

JAHRBUCH
DES
ÖFFENTLICHEN RECHTS

NEUE FOLGE

DAS ÖFFENTLICHE RECHT DER GEGENWART

JAHRBUCH DES
ÖFFENTLICHEN RECHTS
DER GEGENWART

NEUE FOLGE / BAND 64

herausgegeben von

Susanne Baer, Oliver Lepsius,
Christoph Schönberger, Christian Waldhoff
und Christian Walter



Mohr Siebeck

Prof. Dr. Dr. h.c. SUSANNE BAER, LL.M., Humboldt Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Unter den Linden 6, D-10099 Berlin

Prof. Dr. OLIVER LEPSIUS, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Allgemeine und Vergleichende Staatslehre, Universität Bayreuth, D-95440 Bayreuth

Prof. Dr. CHRISTOPH SCHÖNBERGER, Universität Konstanz, Fachbereich Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht, Vergleichende Staatslehre und Verfassungsgeschichte, D-78457 Konstanz

Prof. Dr. CHRISTIAN WALDHOFF, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Finanzrecht, Unter den Linden 6, D-10099 Berlin

Prof. Dr. CHRISTIAN WALTER, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Völkerrecht, Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU), Prof.-Huber-Platz 2, D-80539 München

ISBN 978-3-16-154472-9 / eISBN 978-3-16-159059-7
ISSN 0075-2517

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt schriftlich und unter dem Vorbehalt, dass das Manuskript nicht anderweitig zur Veröffentlichung angeboten wurde. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließende Verlagsrecht. Das Verlagsrecht endet mit dem Ablauf der gesetzlichen Urheberschutzfrist. Der Autor behält das Recht, ein Jahr nach der Veröffentlichung einem anderen Verlag eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen. Bestandteil des Verlagsrechts ist das Recht, den Beitrag fotomechanisch zu vervielfältigen und zu verbreiten und das Recht, die Daten des Beitrags zu speichern und auf Datenträger oder im Online-Verfahren zu verbreiten.

Dieses Jahrbuch einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Bembo-Antiqua belichtet, auf alterungsbeständiges Papier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Inhaltsverzeichnis

Schwerpunktthema: Amt und Person

KLAUS FERDINAND GÄRDITZ: Das Amtsprinzip und seine Sicherung bei Verfassungsorganen	1
ALBERT INGOLD: Das „Amt“ der Abgeordneten. Zum Nutzen eines Relationsbegriffs im Spannungsfeld von Mandat und Person	43
SOPHIE LENSKI: Die Frau hinter der Person hinter dem Amt. Die First Lady zwischen Geschlechterrollen, monarchischem Erbe und der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private	81
OLIVER LEPSIUS: La Cour, c'est moi. Zur Personalisierung der (Verfassungs-) Gerichtbarkeit im Vergleich Deutschland – England – USA	123
JULIAN KRÜPER: Charisma der Aufklärung. Amt, Person und Institution am Beispiel von Joachim Gauck als Leiter der Stasi-Unterlagenbehörde	183
JAN MUSZYŃSKI: Die polnische Bürgerrechtsbeauftragte. Wie das Amt seine Bedeutung erhielt	219
ANDREAS THIER: Charisma, Sakramentalität und Amtskirche. Person, Institution und Amt in der Geschichte des kanonischen Rechts	243
ANETTE BAUMANN: Die Reichsvizekanzler im 16. Jahrhundert – eine erste Annäherung	261

Aufsätze und Abhandlungen

UWE VOLKMANN: Was ist Recht? Und andere Fragen, die Juristen bis heute in Verlegenheit setzen	281
BERND RÜTHERS: Rechtsdogmatik als Schranke des Richterrechts?	309

MARGRIT SECKELMANN: Polyzentrismus im deutschen Kaiserreich? Das Verhältnis zwischen Reichs- und Landesverwaltung unter der Verfassung von 1871	345
EVERHARD HOLTMANN: Dehnungen der Gewaltenteilung. Politische Grenzüberschreitungen im modernen Staat. Überlegungen aus Sicht der politikwissenschaftlichen Institutionenlehre	365
CHRISTOPH GUSY, JOHANNES EICHENHOFER und LAURA SCHULTE: e-privacy. Von der Digitalisierung der Kommunikation zur Digitalisierung der Privatsphäre	385
JOHANNES SAURER: Rechtsvergleichende Betrachtungen zur Energiewende	411
BRUN-OTTO BRYDE: Warum Verfassungsvergleichung?	431
<i>Debatte: Steuerrecht als Innovationsressource des Verfassungsrechts?</i>	
ANDREAS MUSIL: Steuerrecht und Verfassungsrecht	443
ULRICH PALM: Das Steuerverfassungsrecht als dogmatisches Referenzgebiet des allgemeinen Verfassungsrechts	457
SIMON KEMPNY: Steuerverfassungsrechtliche Sonderdogmatik zwischen Verallgemeinerung und Zurückführung. Betrachtet anhand der Beispiele der Erforderlichkeit einer erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidung und des Gebots der Folgerichtigkeit	477
MARKUS HEINTZEN: Das Steuerrecht zwischen Autarkie und Vernetzung	493
JOACHIM WIELAND: Steuerrecht als Innovationsressource des Verfassungsrechts?	505
WOLFGANG SCHÖN: Grundrechtsschutz gegen den demokratischen Steuerstaat. Das Steuerverfassungsrecht zwischen Staatsrechtslehre und <i>public economics</i>	515
MICHAEL DROEGE: Der Beitrag des Steuerrechts und der Fortschritt der Verfassung	539
PAUL KIRCHHOF: Das Steuerrecht als Verfassungsproblem	553
<i>Porträts und Erinnerungen</i>	
BERNHARD MÜLLENBACH: Walter Simons und das Reichsgericht. Aspekte zu einer Richterbiographie zwischen Politik und Justiz	567

HELMUT GOERLICH: Die deutsche „Staatsrechtslehre“, ihre „Festschrift“ und ihre Zukunft	625
IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ: Zur Entstehung, Rezeption und Fortgeltung von Konrad Hesses Verfassungslehre	643
ULRICH BECKER: Hans F. Zacher und die rechtliche Ordnung des Sozialen	663
MICHAEL STOLLEIS: Hans F. Zacher und die Begründung des Sozialrechts	673
STEPHAN RIXEN: Staatsrecht des Sozialen: Hans F. Zachers wissenschaftliches Lebensthema. Eine Würdigung anhand der Diskussionsbeiträge auf den Tagungen der Staatsrechtslehrervereinigung	679
HANS D. JARASS: Mein wissenschaftliches Leben – Wichtige Personen und Institutionen	693

Entwicklungen des Verfassungsrechts im europäischen Raum

ULRICH KARPEN: Relationship between the Constitutional Court and Ordinary Courts in Kosovo. An Outside Perspective	705
ŞÜKRÜ USLUCAN: Ursachen und Probleme ethnokratischer Staats- und Bürgerschaftsmodelle – am Beispiel der Levante	733

Entwicklungen des Verfassungsrechts im außereuropäischen Raum

I. Amerika

NORA MARKARD: Unausweichliche Gleichheit. <i>Obergefell</i> und die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare	767
--	-----

II. Asien

TORU MORI: Die Rolle von Verfassungsrecht – bei Rawls, Habermas und in Japan	795
HIROSHI NISHIHARA: Zwischen Staatsabhängigkeit und Repräsentationsdefizit. Warum akzeptieren viele Japaner die anti-freiheitliche Verfassungsreform der LDP?	815

Schwerpunktthema: Amt und Person

Das Amtsprinzip und seine Sicherung bei Verfassungsorganen

von

Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz, Universität Bonn

Inhalt

I. <i>Amtsprinzip und politische Verantwortung</i>	1
1. <i>Die Bedeutung des Amtsprinzips</i>	3
a) <i>Sicherung einer freiheitlichen Herrschaftsstruktur</i>	4
b) <i>Gemeinwohl durch formale Gesetzmäßigkeit</i>	7
2. <i>Die Auffächerung des Amtsprinzips in der Gewaltengliederung</i>	12
a) <i>Keine Neutralisierung von Politik</i>	13
b) <i>Legislative</i>	13
c) <i>Gubernative</i>	19
d) <i>Judikative</i>	21
II. <i>Instrumente der Sicherung des Amtsprinzips</i>	22
1. <i>Kollegialität und Pluralismus als Stabilisatoren des Amtsprinzips</i>	22
2. <i>Inkompatibilitäten und Berufsverbote</i>	24
3. <i>Regulierung der Annahme von Vorteilen und Korruptionsstrafrecht</i>	26
a) <i>Ausklammerung von Abgeordneten</i>	27
b) <i>Reformbestrebungen: Korruptionsstrafrecht für Abgeordnete?</i>	28
4. <i>Verhaltensregelungen für Abgeordnete</i>	30
a) <i>Das geltende Recht</i>	32
b) <i>Bewertung im Lichte der Freiheit des Mandats</i>	34
5. <i>Amtseide</i>	39
6. <i>Sicherung des Amtsprinzips durch Begrenzung der nachamtlichen Tätigkeit?</i>	40
III. <i>Resümee: Amtsprinzip zwischen rechtsstaatlicher Sicherung der Rechtsbindung und demokratischem Voluntarismus</i>	41

I. Amtsprinzip und politische Verantwortung

Das Amtsprinzip ist als tragender Pfeiler institutionalisierter moderner Herrschaft ebenso unbestritten wie in seiner konkreten Bedeutung undeutlich geblieben. Es bündelt nicht nur bestimmte rechtliche Regeln der Amtsausübung, sondern bringt

auch Erwartungen an ein bestimmtes Amtsethos zum Ausdruck,¹ die nicht durchweg rechtsnormativ abgesichert sind. Mit der Verpflichtung auf das Gemeinwohl, die Proprium des Amtsprinzips sein soll,² wird zudem auf ein Abstraktum verwiesen, das in einem demokratischen Rechtsstaat mit offen-pluralistischen Verfahren der Rechtsetzung weder stabile noch vorrechtliche Koordinate sein kann³. Geläufige Verknüpfungen mit dem Republikprinzip⁴ sind eher schillernd geblieben,⁵ was vor allem daran liegt, dass der normative Regelungsgehalt des Republikprinzips – als Speicher für Verfassungstraditionen, die nicht von Demokratie und Rechtsstaat absorbiert wurden⁶ – bislang für praktische staatsrechtliche Fragen gleichermaßen bedeutungslos wie konturenlos geblieben ist.⁷ Verschiebt man den Fokus zudem von dem das Leitbild für das Amtsprinzip bildenden Berufsbeamtentum hin zu den mit politischen Funktionen betrauten Verfassungsorganen, verschwimmen die Konturen zusätzlich, weil noch weniger klar ist, auf welches Gemeinwohl diejenigen qua Amtlichkeit verpflichtet werden sollen, deren Auftrag gerade funktionspezifisch in der politischen Gemeinwohlerzeugung besteht. Bürokratische Amtlichkeit tritt hier in Konkurrenz zur Politizität. Auch dies ist freilich weniger ein kategorial-grundlegendes Problem, wenn man die Eigenanteile der Rechtsanwender an der Rechtserzeugung ernst nimmt,⁸ als ein funktionelles, weil eben der Grad der Determination durch höherrangiges Recht und damit komplementär der Grad der politischen Gestaltungsfreiheit innerhalb der Staatsorganisation sehr unterschiedlich ausfällt.

Die Stellung als Verfassungsorgan des Bundes bezeichnet wiederum einen bestimmten Zurechnungsmodus, nämlich die unmittelbare Zurechnung von Amtshandlungen zur Bundesrepublik Deutschland als Zurechnungsendsubjekt, beruhend auf Kompetenzen, die dem jeweiligen Organ verfassungsunmittelbar zugewiesen sind und das Verhältnis zu den anderen Verfassungsorganen bestimmen.⁹ Dahinter

¹ *Josef Isensee*, *Gemeinwohl und öffentliches Amt: Vordemokratische Fundamente des Verfassungsstaates*, 2013, S. 66, 114, 139f.

² *Michael Anderheiden*, *Gemeinwohl in Republik und Union*, 2006, S. 493ff.; *Otto Depenheuer*, *Das öffentliche Amt*, in: *Josef Isensee/Paul Kirchhof* (Hrsg.), *HStR*, Bd. III, 3. Aufl. (2005), § 36 Rn. 6; *Joachim Detjen*, *Die Werteordnung des Grundgesetzes*, 2009, S. 153; *Birgit Enzmann*, *Der demokratische Verfassungsstaat: Zwischen Legitimationskonflikt und Deutungsoffenheit*, 2009, S. 297.

³ *Dieter Grimm*, *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats*, in: *ders.*, *Die Zukunft der Verfassung*, 2. Aufl. (1994), S. 159f.; *Uwe Volkmann*, in: *Karl Heinrich Friauf/Wolfram Höfling* (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum GG*, Stand: 2015, Art. 20 (Demokratieprinzip) Art. 20 Rn. 28.

⁴ *Depenheuer* (Fn. 2), § 36 Rn. 4; *Isensee* (Fn. 1), S. 66f., 142; *Gregor Kirchhof*, *Die Allgemeinheit des Gesetzes*, 2009, S. 272; *Karl Albrecht Schachtschneider*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, 2006, S. 310; *Karsten Nowrot*, *Das Republikprinzip in der Rechtsordnungsgemeinschaft*, 2014, S. 403ff.; eingehend, aber funktionsbezogen auf Berufsbeamte begrenzt *Ralph Balzer*, *Republikprinzip und Berufsbeamtentum*, 2009.

⁵ *Anderheiden* (Fn. 2), S. 501.

⁶ *Josef Isensee*, *Republik – Sinnpotential eines Begriffs*, *JZ* 1981, S. 1 (8). Stark materialisierend *Hans-Detlef Horn*, *Demokratie*, in: *Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter* (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, § 22 Rn. 24.

⁷ Jüngster Versuch einer Nachkonturierung *Nowrot* (Fn. 4), S. 89ff., 179ff.

⁸ In jüngerer Zeit mit Recht wieder betont *Horst Dreier*, *Die drei Staatsgewalten im Zeichen von Europäisierung und Privatisierung*, *DÖV* 2002, S. 537 (539); *Matthias Jestaedt*, *Das mag in der Theorie richtig sein ... – Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis*, 2006, S. 33; *Oliver Lepsius*, *Rechtswissenschaft in der Demokratie*, in: *Der Staat* 52 (2013), S. 157 (177ff.).

⁹ Siehe im Einzelnen mit Hinweisen auf die einfachgesetzliche Begriffsverwendung (z.B. in § 31

stehen sehr unterschiedliche Funktionen, die als Konsequenz der Gewaltengliederung verschiedene Grade der Konkretisierung und Individualisierung des Rechts abbilden,¹⁰ hierdurch aber zugleich auch auf unterschiedliche Mechaniken der Legitimationsgenerierung verweisen,¹¹ was nicht ohne Folgen für die adäquate Bestimmung und Sicherung von Amtspflichten bleiben kann. Als Verfassungsorgane, deren Mitglieder Adressaten von Amtspflichten sind, kommen hiernach in Betracht: Deutscher Bundestag, Bundesregierung, Bundespräsident, Bundesrat, Bundesverfassungsgericht¹².

1. Die Bedeutung des Amtsprinzips

Amtlichkeit erfüllt eine formale Vertretungsfunktion, weil Ämter den Staat erst handlungsfähig machen.¹³ Insoweit ist das Amt also eine Organisationseinheit¹⁴ und Zurechnungskategorie¹⁵: Das Handeln des Amtswalters¹⁶ wird dem Staat qua Stellvertretung zugerechnet und damit überhaupt erst öffentliche Funktionserfüllung. Das Amtsprinzip knüpft wiederum unmittelbar an die – moderne, institutionell differenzierte und bürokratisierte Herrschaft erst ermöglichende – Entpersonalisierungsfunktion des Amtes¹⁷ an. Das Amt abstrahiert nämlich von der Person, der ein Amt übertragen wird,¹⁸ es ist organisationsrechtliche Hülle, die zwar durch eine konkrete Person ausgefüllt werden muss, um praktisch operabel zu sein, aber nicht

Abs. 1 BVerfGG, §§ 90b, 105 ff. StGB, § 3 Abs. 1 Nr. 1 BVerfSchG) Klaus Joachim Grigoleit, Bundesverfassungsgericht und deutsche Frage, 2004, S. 134 ff. Vgl. auch Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. (Neudruck) 1921, S. 544.

¹⁰ Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 230, 233 ff.

¹¹ Eingehend Christoph Möllers, Gewaltengliederung, 2005, S. 40 ff.

¹² Zu dessen anfänglich umkämpfter Stellung als Verfassungsorgan siehe § 1 Abs. 1 BVerfGG; § 90b StGB; Christian Burkiczak, in: ders./Franz-Wilhelm Dollinger/Frank Schorkopf (Hrsg.), BVerfGG, 2015, § 1 Rn. 49 ff.; Christian Starck, Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung und im politischen Prozeß, in: FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, 2001, S. 1 (4 ff.).

¹³ Depenheuer (Fn. 2), § 36 Rn. 1.

¹⁴ Depenheuer (Fn. 2), § 36 Rn. 14 f.; Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. (2015), Rn. 205; Thomas Groß, Die Verwaltungsorganisation als Teil organisierter Staatlichkeit, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 13 Rn. 85; Josef Isensee, Öffentlicher Dienst, in: Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. (1994), § 32 Rn. 16.

¹⁵ Rainer Wahl, Stellvertretung im Verfassungsrecht, S. 72.

¹⁶ Zum Begriff Groß (Fn. 14), § 13 Rn. 85; Wahl (Fn. 15), S. 78 f., 258 f.

¹⁷ Allgemein Chris Thornhill, A Sociology of Constitutions: Constitutional and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective, 2011, S. 120 f.; Andreas Voßkuhle, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/ders. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2. Aufl. (2013), § 43 Rn. 2 f. Zu der hintergründigen Vorbildfunktion der kirchlichen Ämterordnung für den modernen Staat siehe Harold J. Berman, Recht und Revolution, 2. Aufl. (1991), S. 327 ff.; Horst Dreier, Kanonistik und Konfessionalisierung, JZ 2002, S. 1 (2 ff.); Wolfgang Reinhard, Geschichte der Staatsgewalt, 2. Aufl. (2000), S. 285 ff.

¹⁸ Siehe Friedrich E. Schnapp, Zu Dogmatik und Funktion des staatlichen Organisationsrechts, Rechtstheorie 9 (1978), S. 275 (281); Robert Uerpman, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 47 ff.; Hans J. Wolff, Organschaft und juristische Person, Bd. II, 1934, S. 236.

im Amtswalter aufgeht. Das amtliche Handeln wird insoweit von den handelnden Personen abgelöst, die Person „wird vertretbar und ersetzbar“¹⁹. Diese erhebliche Abstraktionsleistung des Amtes macht es erst möglich, aber auch nötig, persönliche Interessen von Amtswaltern und amtlichem Auftrag zu scheiden. „Wer ein Amt in der staatlichen Organisation innehat, muß zwischen amtlichem und privatem Handeln trennen und die unterschiedlichen Bedingungen beider Sphären anerkennen“²⁰. Zurechnung qua Amtlichkeit folgt also keinem bedingungslosen Automatismus, sondern kontextbezogen nach spezifischen Rollenfunktionen, an die dann wiederum normative Verhaltenserwartungen anknüpfen. Sichern Grundrechte vor allem individuelle Freiheit zur Beliebigkeit,²¹ fungiert das Amtsprinzip kontrastierend hierzu als Verpflichtung, sich individueller Willkür zu enthalten.²² Gefährdungen des Amtsprinzips entstehen, wenn individuelle Interessen und Gemeinwohlbelange nicht getrennt werden,²³ also der Amtswalter als ‚Mensch‘ nach Eigennutzen agiert²⁴. Das Kernproblem, das das Amtsprinzip bewältigen soll, ist das Risiko einer Konfusion von zur amtlichen Wahrnehmung übertragenen Kompetenzen einerseits und privaten Freiheitsinteressen andererseits, also der Amtsmissbrauch.²⁵

a) Sicherung einer freiheitlichen Herrschaftsstruktur

Amtlichkeit gründet zwar auf vorverfassungsrechtlichen Besitzständen,²⁶ deren Übertragung auf demokratische Organisationsstrukturen keineswegs von Anfang an selbstverständlich war.²⁷ Der Amtsgedanke als solcher ist – als Sicherungsmechanismus einer uneigennützigem Umsetzung eines verbindlichen Mandats – staatsformneutral²⁸. Von der Überhöhung des Berufsbeamtentums – einer schlichten Rechtstechnik, Staatsfunktionen praktisch zu organisieren²⁹ – zum Eidolon einer

¹⁹ Josef Isensee, *Salus publica – suprema lex?*, 2006, S. 61. Zur Substituierbarkeit auch Franz-Xaver Kaufmann, *Steuerung wohlfahrtsstaatlicher Abläufe durch Recht*, in: Dieter Grimm/Werner Maihofer (Hrsg.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, 1988, S. 65 (84); Wolfgang Loschelder, *Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Sonderbindung*, 1982, S. 237.

²⁰ Thomas Groß, *Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation*, 1999, S. 253f. Vgl. in diesem Sinne auch Isensee (Fn. 19), S. 15: Selbstlosigkeit des Amtes.

²¹ So die Funktion der Abwehrgrundrechte Hans Hugo Klein, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, 1974, S. 10. Zum dahinter stehenden (egalitären) Freiheitsverständnis Wolfgang Kahl, *Die Schutzergänzungsfunktion von Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz*, 2000, S. 34ff.

²² Andreas Musil, *Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung*, 2005, S. 439.

²³ Musil (Fn. 22), S. 393.

²⁴ Anderheiden (Fn. 2), S. 494f.

²⁵ Vgl. Nowrot (Fn. 4), S. 404ff.

²⁶ Eingehend Isensee (Fn. 1), S. 104ff.

²⁷ Vgl. Meinhard Schröder, *Grundlagen und Anwendungsbereich des Parlamentsrechts*, 1979, S. 143.

²⁸ So für das Berufsbeamtentum Hans Gerber, *Entwicklung und Reform des Beamtenrechts*, VVD-StRL 7 (1932), S. 2 (4). Vgl. auch für die Übertragbarkeit des Amtsprinzips auf überstaatliche Verbände Deppenheuer (Fn. 2), § 36 Rn. 3.

²⁹ Adolf Merkl, *Entwicklung und Reform des Beamtenrechts*, VVDStRL 7 (1931), S. 55 (72).

apokryphen ‚Staatsidee‘³⁰ befreit,³¹ erbringt Amtlichkeit aber gerade in einem demokratischen Rechtsstaat spezifische Leistungen, die freiheitlichen Basisstrukturen von Herrschaft zu sichern. Ein Amt wird im demokratischen Rechtsstaat nur durch ein Legitimationssubjekt – als Bezugsgröße jedweder Herrschaft – in dessen Interesse anvertraut (vgl. auch Art. 38 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 GG), nicht zur eigennützigen Verwendung verliehen.³² Amtlichkeit wird daher entlang des Legitimationsbedarfs staatlicher Herrschaft ausgeformt: Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG), legitimiert sich also nur durch einen formalen demokratischen Ableitungszusammenhang,³³ der auf das Volk verweist, nicht auf die Person, die Herrschaft ausübt. Repräsentativ-demokratische Verfassungen sind daher immer Ämterordnungen.³⁴ Macht wird auf ein rechtlich definiertes Mandat beschränkt, das in Verantwortung gegenüber dem Volk auszuüben ist.³⁵

Demokratische Herrschaft wird vor allem über Rechtsetzung ausgeübt. Rechtsstaatlich sichert das Amtsprinzip insoweit die allgemeine Rechtsbindung (Art. 20 Abs. 3 GG),³⁶ und zwar vor allem gegen die Risiken einer Fehlanwendung auf Grund eigennütziger Motive der Rechtsanwender. Durch die Sicherung der Rechtmäßigkeit qua Amtlichkeit wird zugleich die praktische Wirksamkeit demokratischer Rechtsetzung unterstützt,³⁷ nämlich gegen Inanspruchnahme durch gruppenspezifische Sonderinteressen vorbei an der demokratischen Legitimationsmechanik geschützt. Amtlichkeit ist damit letztlich eine Praktik demokratischer Gleichheitssicherung. Damit nimmt das Amtsprinzip einen realistischen Standpunkt ein, indem es die

³⁰ Etwa *Carl Heyland*, Das Berufsbeamtentum im neuen demokratischen Staat, 1949, S. 29 ff.; *Arnold Köttgen*, Die Entwicklung des deutschen Beamtenrechts und die Bedeutung des Beamtentums im Staat der Gegenwart, in: Gerhard Anschütz/Richard Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, 1932, S. 1 (6, 8), mit larmoyanter Verlustbeschreibung, wonach diese Repräsentation der Staatsidee den Abgeordneten abhandengekommen sei, weil sich zwischen diese und das Volk die Parteien „geschoben“ hätten (S. 8); *Herbert Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 1964, S. 253 ff.

³¹ Zutreffend *Wilhelm Grewe*, Inwieweit lässt Art. 33 Abs. 5 des Grundgesetzes eine Reform des Beamtenrechts zu?, 39. Deutscher Juristentag (1950), D 3 (8); *Gerd Sturm*, Die Inkompatibilität, 1967, S. 64 f.

³² Vgl. *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. III, 3. Aufl. (2005), § 34 Rn. 30; *Depenheuer* (Fn. 2), § 36 Rn. 71; *Isensee* (Fn. 19), S. 60; *Werner von Simson*, Das demokratische Prinzip des Grundgesetzes, VVD-StRL 29 (1971), S. 4 (33).

³³ BVerfGE 93, 37 (67); 119, 331 (366); *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl. (2004), § 24 Rn. 14 ff.

³⁴ *Hubertus Buchstein*, Politikwissenschaft und Demokratie, 1992, S. 104; ähnlich *Joachim Detjen*, Gemeinwohl, Repräsentation, Gewaltenteilung – Kernkonzepte des demokratischen Verfassungsstaates und ihre Verankerung im politischen Bewusstsein, in: Dirk Lange/Gerhard Himmelmann (Hrsg.), Demokratiebewusstsein, 2007, S. 101 (109); *Dirk Tänzler*, Repräsentation als Performanz: Die symbolisch-rituellen Ursprünge des Politischen im Leviathan des Thomas Hobbes, in: Jan Andres/Alexa Geisthövel/Matthias Schwengelbeck, Die Sinnlichkeit der Macht: Herrschaft und Repräsentation seit der Frühen Neuzeit, 2005, S. 19 (41). Aus diesem Grund wurde das Amt vereinzelt sogar als Schlüsselbegriff der repräsentativen Demokratie qualifiziert: *Wilhelm Hennis*, Amtsgedanke und Demokratiebegriff, in: FG Rudolf Smend, 1962, S. 51 (55, 60, 65); im Anschluss *Peter Graf Kielmansegg*, Das Experiment der Freiheit: Zur gegenwärtigen Lage des demokratischen Verfassungsstaates, 1988, S. 58.

³⁵ *Enzmann* (Fn. 2), S. 297.

³⁶ *Schachtschneider* (Fn. 4), S. 310; ferner *Detjen* (Fn. 2), S. 153. Entsprechend für die Unparteilichkeit *Michael Fehling*, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 2001, S. 47 ff., 143 ff.

³⁷ *Isensee* (Fn. 1), S. 142 f.

Fehlbarkeit der Menschen einkalkuliert³⁸ und Risiken durch konkrete Regeln, die einer gemeinwohlschädlichen Privatisierung von Herrschaft entgegenwirken, eindämmt. Zugleich ist das Amtsprinzip in seiner repräsentativ-distanzierenden Zurechnungsfunktion eine Konsequenz der Nichtidentität von Regierenden und Regierten^{39,40}. Amtlichkeit begründet eine Verantwortung, die – als Funktion von Repräsentation – auf einen hypothetischen ‚Volkswillen‘ gänzlich verzichten kann,⁴¹ also die eigenständige Willensbildung in den hierfür legitimierten Organen fokussiert.⁴² Hierin liegt im Übrigen auch ein substantieller Unterschied zur direkten Demokratie, deren anders institutionalisierte Gemeinwohlfindung auch dadurch gekennzeichnet ist, dass Amtspflichten der Abstimmenden fehlen, was – bedingt durch die damit einhergehende voluntative Unmittelbarkeit und Volatilität des Distanzlosen – eigene Freiheitsrisiken begründet.⁴³

Gemeinwohlfindung ist in einer offenen und pluralistischen Gesellschaft auch kein Proprium staatlicher Institutionen.⁴⁴ Auch die Wahrnehmung grundrechtlicher Freiheit ist Teil eines umfassenden Gemeinwohlkonzepts,⁴⁵ das die Einzelnen und ihre Selbstbestimmung als Ausgangspunkt der Rechtsordnung nimmt (Art. 1 Abs. 1 GG). Die nicht determinierte – im positiven Sinne: willkürliche⁴⁶ – Wahrnehmung von Freiheitsrechten ist ein Eigenwert, ein konstitutionalisiertes Gemeinwohl, das in sich selbst ruht und nicht von (wie auch immer zu bemessenden) praktischen Erträgen abhängt. Auch summierte Individualinteressen können ein adäquates Interesse der Allgemeinheit konstituieren bzw. sich mit anderweitig generierten Gemeinwohlbelangen decken.⁴⁷ Von privater – freiheitsrechtlicher – Willkür soll amtliche Tätigkeit indes gerade freigehalten werden. Die Gemeinwohlformel, auf die das Amtsprinzip verweist, ist damit letztlich eine Frage der rechtlichen Kompetenzabgrenzung.⁴⁸

³⁸ Vgl. auch *Anderheiden* (Fn. 2), S. 495.

³⁹ Hierzu allgemein etwa *Christoph Gusy*, Das Mehrheitsprinzip im demokratischen Staat, AöR 106 (1981), S. 329 (331); *Oliver Lepsius*, Zwischen Volkssouveränität und Selbstbestimmung, in: Hauke Brunkhorst/Rüdiger Voigt (Hrsg.), *Rechts-Staat*, 2008, S. 15 (23).

⁴⁰ *Hennis* (Fn. 34), S. 65. Hierin liegt auch eine historische Wurzel des freien Mandats, vgl. *Hans Hugo Klein*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2015, Art. 38 Rn. 189.

⁴¹ *Albert Janssen*, Die gefährdete Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland, 2014, S. 550; unter Berufung auf *Peter Graf Kielmansegg*, „Die Quadratur des Zirkels“: Überlegungen zum Charakter der repräsentativen Demokratie, in: Ulrich Matz (Hrsg.), *Aktuelle Herausforderungen der repräsentativen Demokratie*, 1985, S. 9 (35); ähnlich *Detjen* (Fn. 2), S. 153.

⁴² Vgl. auch *Michael Kloepfer*, Gesetzgebung im Rechtsstaat, VVDStRL 40 (1982), S. 63 (67).

⁴³ Diese müssten eigentlich durch eine rationalisierende und balancierende verfassungsgerichtliche Kontrolle ausgeglichen werden, was aber bislang kaum gesichert ist. Vgl. hierzu *Bernd Hartmann*, Volksgesetzgebung und Grundrechte, 2005; *Fabian Wittreck*, Direkte Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit, JöR 51 (2005), S. 173 ff.

⁴⁴ *Arno Scherzberg*, Verwaltung in der Demokratie – Grund und Grenzen des Öffentlichkeitsgebots, in: Otto Depenheuer (Hrsg.), *Deutsch-Türkisches Forum für Staatsrechtslehre I*, 2004, S. 97 (106). Entsprechend für den „Gemeinsinn“ *Peter Häberle*, „Gemeinwohl“ und „Gemeinsinn“ im nationalverfassungsstaatlichen und europarechtlichen Kontext, in: Herfried Münkler/Karsten Fischer (Hrsg.), *Gemeinwohl und Gemeinwohl im Recht*, 2002, S. 99 (110 f.).

⁴⁵ Vgl. *Isensee* (Fn. 19), S. 54 f.

⁴⁶ Vgl. *Horst Dreier*, *Recht und Willkür*, in: Christian Starck (Hrsg.), *Recht und Willkür*, 2012, S. 1 ff.

⁴⁷ *Anderheiden* (Fn. 2), S. 494.

⁴⁸ Vgl. *Peter Häberle*, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 2. Aufl. (2006), S. 468; ferner

Die Gewaltunterworfenen werden durch die qua Amtsprinzip gesicherte Gesetzlichkeit der Herrschaft gegen Willkür geschützt,⁴⁹ also vor einer inhaltlichen Privatisierung von Hoheitsmacht im Eigeninteresse der Amtswalter.⁵⁰ Amtlichkeit ist daher zugleich ein notwendiges Korrelat grundrechtlicher Freiheit.⁵¹ Verfassungsrechtlich bildet sich dies in der reziproken Verteilung von Grundrechtsberechtigung und -verpflichtung ab: Die Grundrechtsbindung (Art. 1 Abs. 3 GG) schließt grundsätzlich die Grundrechtsberechtigung aus, weil anderenfalls amtliche Gemeinwohlbindung privatisiert, der Willkür des Amtswalters überantwortet und grundrechtliche Freiheit immanent gefährdet würde.⁵² Partikularität des Regelungszugriffs ist notwendige Bedingung jeder freiheitlichen Ordnung: Die Verfassung neutralisiert die Amtswalter nicht, sondern belässt ihnen ‚als Menschen‘ die grundrechtlichen Freiheiten,⁵³ fordert dafür aber die strikte Trennung von Amtlichkeit und Privatem.⁵⁴

b) Gemeinwohl durch formale Gesetzlichkeit

Aus der Erwartung, ein Amt werde nicht eigennützig im Interesse des Trägers, sondern in Ausrichtung auf Interessen der Allgemeinheit wahrgenommen, erklärt sich der Verweis auf das Gemeinwohl. Das Gemeinwohl fungiert hier zunächst nur als Bündelungsbegriff für öffentliche Interessen, die rechtlich von partikularen, privaten Interessen abzugrenzen sind.⁵⁵

Dieter Grimm, Gemeinwohl in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Münkler/Fischer (Fn. 44), S. 125 (128); *Klaus Ferdinand Gärditz*, Grundrechte im Rahmen der Kompetenzordnung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), HStR IX, 2011, § 189 Rn. 13; *Walther Schmitt Glaeser*, Die Position der Bürger als Beteiligte im Entscheidungsverfahren gestaltend Verwaltung, in: Peter Lerche/ders./Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, S. 35 (61).

⁴⁹ *Dieter Fuchs*, Modelle der Demokratie: Partizipatorische, Liberale und Elektronische Demokratie, in: André Kaiser/Thomas Zittel (Hrsg.), Demokratietheorie und Demokratieentwicklung, 2004, S. 19 (31); *Graf Kielmansegg* (Fn. 34), S. 59; *Christine Steinhoff*, Demokratie und Verfassung an den Grenzen des Wachstums, 1998, S. 124.

⁵⁰ Gerade eine Vermengung von Amtlichkeit und Wettbewerb werden daher als Gefahr korruptiver Verformung gesehen, vgl. *Josef Isensee*, Transformation von Macht in Recht – das Amt, ZBR 2004, S. 3 (11); *Musil* (Fn. 22), S. 394. *Ulrich Battis*, Hergebrachte Grundsätze versus Ökonomismus: Das deutsche Beamtenrecht in der Modernisierungsfalle?, DÖV 2001, S. 309 (311 ff.), betont die Bedeutung des Amtsprinzips gerade bei stärkerer Ökonomisierung als ethisches Gegengewicht.

⁵¹ *Isensee* (Fn. 19), S. 63; *ders.* (Fn. 1), S. 155 f.

⁵² Dies ist die Ratio des traditionellen Konfusionsarguments. Vgl. BVerfGE 15, 256 (262); *Peter Michael Huber*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), GG, 6. Aufl. (2010), Art. 19 Rn. 245; *Michael Kloepfer*, Verfassungsrecht II: Grundrechte, 2010, § 49 Rn. 57; *Michael Sachs*, in: *ders.* (Hrsg.), GG, 7. Aufl. (2014), Art. 19 Rn. 90.

⁵³ *Sturm* (Fn. 31), S. 61.

⁵⁴ Dies schließt es nicht aus, dass es zu Grenzkonflikten kommt, weil auch ein Amtswalter während der Amtsausübung nicht ‚entmenschlicht‘ wird und Amtspflichten mit latent fortbestehenden grundrechtlichen Freiheitsansprüchen konfligieren können. Vgl. zum Problem stellvertretend *Uwe Volkmann*, Dimensionen des Kopftuchstreits, Jura 2015, S. 1083 (1085); ferner *Isensee* (Fn. 1), S. 149 f.; *Johannes Rux*, Anmerkung, DVBl. 2001, S. 1542 f.; *Jürgen Schwabe*, Literaturecho, DVBl. 2004, S. 616.

⁵⁵ *Isensee* (Fn. 19), S. 14.

aa) *Kein substantialistisches Gemeinwohl qua Amtsprinzip*

Das Amtsprinzip lässt sich freilich auch nicht zur Projektionsfläche für diffuse substantialistische Gemeinwohlerwartungen überhöhen und damit überlasten. Das Amtsprinzip ist weder exklusive noch eigenständige Quelle eines materialisierten Gemeinwohls; es ist in die Regeln demokratischer Rechtserzeugung – von der abstrakt-generellen über die konkret-individuelle Normsetzung bis zum schlichten Vollzug im Verwaltungszwang – mit dienender Funktion zu integrieren. Würde ein – wie auch immer definiertes – Gemeinwohl von der Gesetzlichkeit gelöst, blieben dessen Bezugspunkte undeutlich. Im freiheitlichen demokratischen Rechtsstaat ist Gemeinwohl als zeitlich stets nur vorläufig⁵⁶ und inhaltlich kontingent gesetzt. Die Verfassung mag materiale Gemeinwohlkonzeptionen festschreiben,⁵⁷ deren normativer Gehalt dann Gegenstand von Interpretationen ist – und Norminterpretation ist ebenfalls ein (legitimationsbedürftiger) Gemeinwohlbeitrag im Rahmen der Rechtsanwendung.⁵⁸ Innerhalb dieses offenen konstitutionellen Bezugsrahmens ist Gemeinwohl allerdings nicht vorgegeben, sondern muss fortwährend in Verfahren, die begriffsimmanent ergebnisoffen sind,⁵⁹ erzeugt werden.⁶⁰ Im Kern geht es dann um die funktionale Rollenverteilung in den gemeinwohlerzeugenden Verfahren,⁶¹ insoweit aber auch um Legitimation und Gewaltengliederung.

Maßstabslosigkeit von Gemeinwohl ist insoweit kein Defizit,⁶² sondern selbst normatives Programm, das innerhalb der Bindungen der Verfassung individuelle wie demokratische Selbstbestimmung ermöglicht – und hierbei nicht zuletzt vor expertokratischen Auguren der Gemeinwohlfindung abschirmt. Begrifflich missverständlich ist es daher, das Resultat von politisch-voluntativen Entscheidungen, die ja gerade ein Gemeinwohl erst generieren sollen, auf ihre Gemeinwohlorientierung zu

⁵⁶ Zur Herrschaft auf Zeit siehe BVerfGE 119, 247 (261); *Böckenförde* (Fn. 33), § 24 Rn. 50; *Horst Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, Bd. II, 2. Aufl. (2006), Art. 20 (Demokratie) Rn. 79.

⁵⁷ Vgl. *Rolf Grawert*, Gemeinwohl, *Der Staat* 43 (2004), S. 434 (448); *Grimm* (Fn. 48), S. 127; *Fritz Ossenbühl*, Umweltschutz und Gemeinwohl in der Rechtsordnung, *Verwaltungsgrundschau* 1983, S. 301 (302); *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2004), S. 152; *Uwe Volkmann*, Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung, 1998, S. 405; *ders.* (Fn. 3), Art. 20 Rn. 28; problemspezifisch ferner *Christian Callies*, Die umweltrechtliche Verbandsklage nach der Novellierung des Bundesnaturschutzgesetzes: Tendenzen zu einer „Privatisierung des Gemeinwohls“ im Verwaltungsrecht?, *NJW* 2003, S. 97 (100); politisch-theoretisch *Robert A. Dahl*, *Democracy and its Critics*, 1989, S. 306 ff.

⁵⁸ Für das BVerfG *Grimm* (Fn. 48), S. 130 f.

⁵⁹ *Niklas Luhmann*, *Legitimation durch Verfahren*, 4. Aufl. (1997), S. 38 f.

⁶⁰ Hierzu *Horst Dreier*, Demokratische Repräsentation und vernünftiger Allgemeinwille, *AöR* 113 (1988), S. 450 (457, 460, 466 f.); *Christoph Engel*, Offene Gemeinwohldefinitionen, *Rechtstheorie* 32 (2001), S. 23 (25 ff.); *Häberle* (Fn. 48), S. 60, 208 ff., 499 ff., 709 f., 771; *Sebastian Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, 2008, S. 278 f. Für eine Gegenbewegung, das Gemeinwohl auch rechtlich stärker zu materialisieren, etwa *Nowrot* (Fn. 4), S. 398.

⁶¹ *Gunnar Folke Schuppert*, Gemeinwohl im kooperativen Staat, in: *Münkler/Fischer* (Fn. 44), S. 67 (75, 79, 81 ff.).

⁶² So aber *Nowrot* (Fn. 4), S. 398; ferner *Bernd J. Hartmann*, Eigeninteresse und Gemeinwohl bei Wahlen und Abstimmungen, *AöR* 124 (2009), S. 1 (14 f.); durch Konstitutionalisierung ethischer Werte zu einem materiellen Gemeinwohlprogramm tendenziell auch *Udo Di Fabio*, in: *Morlok/von Alemann/Merten* (Hrsg.), *Gemeinwohl und politische Parteien*, 2008, S. 38 (45), freilich unter Anerkennung der materiellen Wertstiftung der von Parteien katalysierten Volkswillensbildung.

überprüfen;⁶³ dies setzt dann jedenfalls ein – möglicherweise rational diskutierbares⁶⁴ – rechtsexogenes Gemeinwohlkonzept als Maßstab voraus, das aber weder rechtliche Bindungen zu erzeugen vermag noch innerhalb einer vollpositiven Rechtsordnung⁶⁵ operabel ist. Damit ist Gemeinwohl weder eine dem Recht vorgelagerte oder gar übergeordnete noch eine substanzhaft-materielle Größe, die sich gegen politisch-demokratische Entscheidungen ausspielen lässt. Gemeinwohl wird politisch erzeugt und ist parteilich.⁶⁶ Parteilichkeit ist nicht per se ein Makel;⁶⁷ sie wird nur amtsspezifisch in sehr unterschiedlichem Grad zugelassen.

bb) Schutz der Rechtlichkeit durch Formalisierung

Ist das Amtsprinzip insoweit ein Transformationssicherungsmechanismus, der die Rechtsanwendung gegen einen eigennützigen Missbrauch von Macht schützen soll, dient es gerade auch der Sicherung der Formalität des Rechts gegen politische Einflüsse. Demokratische Politik ist unvermeidbar parteilich und darf es auch (funktionsnotwendig) sein, wird aber verbindlich nur in den formalen Bahnen des Rechts. Auch demokratisch legitimierte Organe müssen sich, um ihren demokratischen Gestaltungswillen zu verwirklichen, auf die rechtsstaatlichen Mechanismen der Rechts-erzeugung verweisen lassen. In Bezug auf die Politik sichert das Amtsprinzip insoweit, dass das Recht Macht durch Formalisierung begrenzt. „Long live formalism. It is what makes a government a government of laws and not of men“.⁶⁸

cc) Schutz der Rechtlichkeit durch Entpolitisierung

Hiervon geht auch das BVerfG aus, wenn es den modernen Sinn einer Garantie der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG) als institutionelle Flankierung der Gesetzlichkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) und – in Tradition des Art. 130 Abs. 1 WRV („Die Beamten sind Diener der Gesamtheit, nicht einer Partei.“) sowie früherer Deutungen⁶⁹ – als ein rechtsstaatlich balancierender Faktor gegenüber den wechselnden politischen Mehrheiten⁷⁰ beschreibt, damit

⁶³ Etwa *Niels Petersen*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, 2015, S. 31. Elaboriert von der Warte eines substantiell-kommunitären Demokratieverständnisses *Uwe Volkmann*, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 248 ff.

⁶⁴ Hierfür *Jan Henrik Klement*, Nachhaltigkeit und Gemeinwohl, in: Wolfgang Kahl (Hrsg.), Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, 2008, S. 99 (104 ff.); ähnlich *Engel* (Fn. 60), S. 34 ff.

⁶⁵ Zur Vollpositivität *Matthias Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, 292; *ders.*, Verfassungstheorie als Disziplin, in: *Deppenheuer/Grabenwarter* (Fn. 6), § 1 Rn. 82.

⁶⁶ *Michael Stolleis*, Parteienstaatlichkeit – Krisensymptome des demokratischen Verfassungsstaats?, VVDStRL 44 (1986), S. 7 (24 f.).

⁶⁷ Zur Parteilichkeit von Verfassungsgebung *Christoph Möllers*, Religiöse Freiheit als Gefahr?, VVDStRL 68 (2009), S. 47 (56 f.).

⁶⁸ *Antonin Scalia*, A Matter of Interpretation, 1998, S. 25.

⁶⁹ Vor allem *Merkel* (Fn. 29), S. 73, 75.

⁷⁰ BVerfGE 39, 196 (201); 99, 300 (315); 107, 218 (237); 114, 258 (288); 119, 247 (261 f.); *Udo Di Fabio*, Das beamtenrechtliche Streikverbot, 2012, S. 54 ff.; *Josef Isensee*, Amt in der Republik, in: *Rolf Gröschner/Oliver W. Lembcke* (Hrsg.), Freistaatlichkeit, 2011, S. 163 (168 ff.); *Markus Kennemer*, Sinn

aber zugleich implizit die verfassungsrechtlichen Koordinaten des Amtsprinzips fixiert:⁷¹ „Seine Aufgabe kann das Berufsbeamtentum nur erfüllen, wenn es rechtlich und wirtschaftlich gesichert ist [...]. Nur wenn die innere und äußere Unabhängigkeit gewährleistet ist und Widerspruch nicht das Risiko einer Bedrohung der Lebensgrundlagen des Amtsträgers und seiner Familie in sich birgt, kann realistischerweise erwartet werden, dass ein Beamter auch dann auf rechtsstaatlicher Amtsführung beharrt, wenn sie (partei-)politisch unerwünscht sein sollte. Die hergebrachten Grundsätze und mithin die Institution des deutschen Berufsbeamtentums werden durch Art. 33 Abs. 5 GG demnach nicht um ihrer selbst willen geschützt. Die Verfassungsbestimmung konserviert nicht ‚das Gestrige‘, sondern übernimmt nur die tradierten und funktionswesentlichen Grundstrukturen des Berufsbeamtentums. Die Mütter und Väter des Grundgesetzes verstanden das Berufsbeamtentum insoweit als ein Instrument zur Sicherung von Rechtsstaat und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Hierfür erschien ihnen ein auf Sachwissen gegründeter, unabhängiger Beamtenapparat unerlässlich“.⁷²

dd) Funktion und Grenzen des Amtsprinzips zur Gemeinwohlsicherung

Damit geht aber die republikanische Gemeinwohlerwartung letztlich weitgehend in der Gesetzlichkeit auf.⁷³ Ein vorläufiges Gemeinwohl wird demokratisch durch formalisierte Rechtsetzung erzeugt, das Amtsprinzip sichert dessen Durchsetzung, indem es die praktische Wirksamkeit der Rechtlichkeit vor einer feindlichen Übernahme durch gesetzlich nicht sanktionierte Sonderinteressen der Amtswalter schützt: *Sedes materiae* der Gemeinwohlbindung des Amtes sind insoweit das Rechtsstaatsprinzip und die in ihm liegenden – für eine Demokratie essentiellen⁷⁴ – Formalisierungsleistungen^{75,76}. Die Amtlichkeit staatlichen Handelns wird der Transmissionsriemen, der politische Macht in Recht übersetzt.⁷⁷ Amtlichkeit sichert insoweit vor allem die Unparteilichkeit der Rechtsanwendung.⁷⁸ Politische Parteilichkeit ist demokratisch unverzichtbar und erwünscht, wird aber, soll sie Verbindlichkeit erlangen, in die Formen des Rechts gezwängt. Amtlichkeit verlangt dann, dass die politischen – insoweit

und Zweck des hergebrachten Berufsbeamtentums, DVBl. 2007, S. 1321 (1326ff.); *Herbert Landau/Martin Steinkühler*, Zur Zukunft des Berufsbeamtentums in Deutschland, DVBl. 2007, S. 133 (135); *Walter Leisner*, Grundlagen des Berufsbeamtentums, 1971, S. 15ff.

⁷¹ Vgl. auch *Emanuel V. Towfigh*, Das Parteien-Paradox, 2015, S. 47.

⁷² BVerfGE 119, 247 (261f.).

⁷³ Vgl. *Depenheuer* (Fn. 2), § 36 Rn. 3: „Rechtsstaatlich steht das Amt im Dienste der Gesetze, denen es seine rechtliche Existenz verdankt“. Vgl. auch *Graf Kielmansegg* (Fn. 34), S. 58f.

⁷⁴ *Klaus Ferdinand Gärditz*, in: *Friauf/Höfling* (Fn. 3), Art. 20 Abs. 3 (Rechtsstaat) Rn. 216; *Wilhelm Henke*, Demokratie als Rechtsbegriff, *Der Staat* 25 (1986), S. 157 (163f.); *Christoph Möllers*, Dogmatik der grundgesetzlichen Gewaltengliederung, *AöR* 132 (2007), S. 493 (503); *Schmidt-Aßmann* (Fn. 57), S. 45.

⁷⁵ Zu diesen nur *Schmidt-Aßmann* (Fn. 57), S. 44.

⁷⁶ *Peter Graf Kielmansegg*, Demokratische Legitimation, in: *Hanno Kube u.a.* (Hrsg.), *Leitgedanken des Rechts*, Bd. 1, 2013, § 59 Rn. 22; *Towfigh* (Fn. 71), S. 45.

⁷⁷ *Isensee* (Fn. 50), S. 3ff.; im Anschluss *Depenheuer* (Fn. 6), § 36 Rn. 2.

⁷⁸ *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck 20. Aufl. (1995), Rn. 196; *Merkel* (Fn. 29), S. 75, 77; *Stolleis* (Fn. 66), S. 25.