

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 365

Funktion – Kompetenz – Legitimation

Gewaltenteilung in der Ordnung des Grundgesetzes

Von

Gerhard Zimmer



Duncker & Humblot · Berlin

GERHARD ZIMMER

Funktion - Kompetenz - Legitimation

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 365

Funktion - Kompetenz - Legitimation

Gewaltenteilung in der Ordnung des Grundgesetzes

Staatsfunktionen als gegliederte Wirk- und Verantwortungsbereiche-
Zu einer verfassungsgemäßen Funktions- und Interpretationslehre

Von

Gerhard Zimmer



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

**Als Habilitationsschrift auf Empfehlung des Fachbereichs
Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin gedruckt
mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft**

Alle Rechte vorbehalten

© 1979 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1979 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3 428 04482 7

„Toutes les sciences ont progressé quand les hommes, au lieu de disputer sur les principes, ont discuté les résultats.“

Pareto

Vorwort

Von einem Buch erwartet man, daß es auch inhaltlich die Druckfrische seines Erscheinungstages atmet, sich insbesondere auf der vollen Höhe des literarischen Diskussionsstandes befindet. Da sich diese Erwartung etwas enttäuscht sehen könnte, bedarf es einiger erläuternder Worte:

Die Arbeit entstand nach längeren Vorstudien im Wintersemester 1976/77 und wurde in ihrer jetzigen Form im März 1977 abgeschlossen. Seither ist — gerade zu den zentralen Fragen, mit denen auch sie sich auseinandersetzt — eine Fülle wichtiger Entscheidungen und Abhandlungen erschienen, deren Berücksichtigung mehr als nahelag. Wäre ich jedoch der nicht geringen Versuchung gefolgt, mich mit ihnen in angemessener Weise auseinanderzusetzen, so hätte das Typoskript (wenigstens bereichsweise) umgeschrieben oder gar erweitert werden müssen. Nicht zuletzt um das Erscheinen nicht hinauszuzögern, habe ich mich — nach Abschluß des Habilitationsverfahrens im Mai 1978 — dazu entschlossen, nur einige Korrekturen und Nachträge anzubringen. Die Arbeit spiegelt also den Stand von Rechtsprechung und Literatur wider, wie er sich mir im Spätsommer 1976 darstellte.

In ihren Grundlinien ruht die Schrift auf zahlreichen Vorgaben und Vorleistungen, die andere erbracht haben. Ihnen bin ich zu großem Dank verpflichtet. Meine Dankbarkeit gilt auch den Studenten, die mir in der Phase, in der sich die Grundkonzeption herauschälte, bewußt werden ließen, wie sehr die Lehre zur eigenen gedanklichen Klarheit beizutragen vermag.

Die Gutachter haben in dem Habilitationsverfahren eine erhebliche Belastung auf sich genommen und mir eine Reihe freundlicher und hilfreicher Fingerzeige gegeben. Ihre förderliche Kritik hat mich z. T. nachdenklich und weniger sicher als vorher gemacht, z. T. zu wichtigen Korrekturen veranlaßt, kurz: Mein besonderer und herzlicher Dank gilt Herrn Prof. Dr. Heinz Wagner (Berlin) und Herrn Prof. Dr. Helmut Quaritsch (Speyer).

Frau Monika Liedtke hat durch die „Kunst des (Zuhörens und) Verstehens“, ihre Kritik und die Hilfe bei der Korrektur großen Anteil daran, daß die Arbeit nunmehr in dieser Form vorliegt. Ihr danke ich ebenso wie ich meinen Respekt denen bezeugen möchte, die — verkörpert durch einen mir seit meiner Kindheit Vertrauten — als sog. namen-

lose „kleine Leute“ in ihrem Leben Gradlinigkeit, politische Klugheit und Menschenfreundlichkeit bewiesen haben.

Last not least at all muß ich die unschätzbare Hilfe hervorheben, die meine Mutter mir u. a. im August 1976 gewährt hat. Ohne ihre abschirmende, allzeit liebevolle Fürsorge wäre dieses Buch nicht geschrieben worden.

Berlin, im Juli 1979

Gerhard Zimmer

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
-------------------------	----

Erster Teil

Bestände und Probleme — Die Dogmatik der Staatsfunktionen vor den Gegenwartsaufgaben	19
---	----

A. Die Probleme: Bemerkungen zum Stand der zeitgenössischen Funktionenlehre	22
B. Die Bestände: Funktionen und Methoden als Kompetenzprobleme in der konstitutionellen Monarchie	33
I. Staatsfunktionen als Kompetenzen	38
II. Methodenfragen als Kompetenzproblem	42
C. Perspektiven: Zur Notwendigkeit einer verfassungsgemäßen Funktionenlehre	45
I. Kompetenzen nach Begriffen?	46
II. Kompetenzen nach demokratischen Strukturen	51
D. Zusammenfassung	57

Zweiter Teil

Grundlegung zu einer verfassungsgemäßen Funktionenlehre	60
--	----

A. Probleme einer Neubegründung des Funktionenverständnisses	60
I. Funktionale Empirie und Normativität der Verfassung	60
II. Zur Problematik des methodischen Vorgehens	68
B. Wirklichkeitsgestaltung durch Entscheidung	76
I. Entscheidung als Grundstruktur menschlicher Wirktigkeit	76
II. Entscheidung als wirklichkeitsgestaltender Prozeß	82
§ 1: Ablehnung „dezisionistischen“ Entscheidungsdenkens	82
§ 2: Zeitabhängigkeit und Komplexität des Entscheidungsgeschehens	84
§ 3: Entscheidungswirkung und Entscheidungsverantwortung	89
§ 4: Verhältnis zwischen legislativem Entscheidungsprozeß und exekutiver bzw. judikativer Wirktigkeit	94

C. Entscheidung und Entscheidungslegitimation — Die Theorie der Entscheidungslegitimation als Gegenstand der Untersuchung	98
I. Legitimationsgrenzen zwischen Legislative und Judikative: Methoden als Schranken legitimer richterlicher Entscheidungskompetenzen	103
§ 1: Rechtsfindung und Entscheidung: Kritik des hermeneutischen Entscheidungsverständnisses	105
§ 2: Entscheiden und Verstehen: Kritik der These von der Einheit des hermeneutischen Denkens	111
§ 3: Folgen der Auslegung oder Auslegung nach den Folgen? — Kritik hermeneutischen Denkens zur Relevanz der Entscheidungsfolgen	121
Exkurs: Prinzipien und Methoden der Verfassungsinterpretation ..	124
§ 1: Problemaufriß — Grundsätzliche Anmerkungen zur kompetenziellen Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgefüge	125
§ 2: Problematik und Tragweite der Gesetzeskontrolle aus entscheidungstheoretischer Sicht	132
§ 3: Verfassungskonkretisierung als Gesetzesinterpretation: Kritik gegenüber dem undifferenzierten Geltungsanspruch hermeneutischer Prinzipien und Methoden der Gesetzes- und Verfassungsauslegung	134
§ 4: Wirklichkeitsorientierte Lehren der Verfassungsauslegung ..	136
1. Die Theorie der wirklichkeitsgeprägten Normstruktur	136
2. Funktionale Verfassungsauslegung als Vermittlung von Realität und Normativität	138
3. Topik als „techné“ problembezogener Verfassungsaktualisierung	144
Zusammenfassung: Kompetenzen nach Methoden	145
II. Legitimationsgrenzen zwischen Exekutive und Judikative: Kompetenzen als Schranken legitimer richterlicher Entscheidungsmethoden	146
§ 1: Ermessen und Ermessenskontrolle als Entscheidungsprozeß ..	151
§ 2: Verwaltungsverantwortung als Kompetenz	158
§ 3: Verwaltungsverantwortung im Entscheidungsprozeß	162
§ 4: Die Kompetenz als strukturierte Wirkbefugnis	177
§ 5: Kompetenzielle Wirkbefugnisse im Entscheidungsprozeß	183
D. Ergebnisse der Untersuchung	188

Dritter Teil

Das Grundgesetz als Ordnung gegliederter Wirkbefugnisse und Verantwortlichkeiten 196

A. Normative Funktionen auf der Grundlage des Verfassungsgesetzes ..	196
I. Der normative und konstitutive Gehalt des Artikels 20 Abs. 2 S. 2 GG	198
§ 1: Konstitution und Legitimation der Funktionsträger	200
§ 2: Stellung der Funktionsträger im demokratischen Verfassungsgefüge	209

II. Verfassungsgesetzliche Wirkvorbehalte als Mindestgrenzen der Funktionsbereiche	217
§1: Verfassungsgesetzliche Wirkvorbehalte der Legislative	217
§2: Verfassungsgesetzliche Wirkvorbehalte der Exekutive	222
§3: Verfassungsgesetzliche Wirkvorbehalte der Judikative	231
III. Wirkvorbehalte als Schranken der Funktionsbereiche	233
B. Strukturelle Bedingungen funktionaler Wirksamkeit im Entscheidungsprozeß	237
I. Strukturelle Bedingungen legislativer Wirklichkeitsgestaltung durch Gesetz	249
§1: Organisations- und Personalstruktur: Politischer Sachverstand und freies Mandat	250
§2: Entscheidungsgegenstand, Entscheidungssituation und Entscheidungsverfahren	256
§3: Struktur der Entscheidungswirkungen	264
II. Strukturelle Bedingungen exekutiver Entscheidungsprozesse	266
§1: Regierung	270
§2: Bürokratische Verwaltung	273
§3: Kommunal-„Verwaltung“	281
§4: Regierungsfreie Räume und Wirkbereiche	283
1. Einrichtungen ohne Entscheidungsbefugnisse: Beratung und Finanzkontrolle	284
2. Einrichtungen mit Entscheidungsbefugnissen: Bundesbank, „pluralistische“ Gremien	285
III. Strukturelle Bedingungen judikativer Entscheidungsprozesse ..	288
§1: Organisation und Struktur judikativer Entscheidungsträger	296
§2: Entscheidungsgegenstand und Entscheidungssituation	306
§3: Bemerkungen zur Struktur judikativer Entscheidungsverfahren	310
§4: Aspekte judikativer Entscheidungswirkungen	313
D. Zusammenfassung: Normativität und Flexibilität von Strukturen ..	320

Vierter Teil

Verfassungsgemäße Funktionenordnung und aktuelle Funktionenprobleme 324

A. Der Verantwortungsbereich der Legislative: Verfassungsgemäße Wirklichkeitsgestaltung durch Gesetz	329
I. Abstrakt-generelle Rechtsetzung als legislativer Wirkvorbehalt ..	332
II. Abstrakt-generelle Rechtsetzung als legislative Wirkschranke ..	335
B. Der Bereich exekutiver Entscheidungsverantwortung: Wirklichkeitsgestaltung ohne gesetzliche Ermächtigung: Der Gesetzesvorbehalt — Wirklichkeitsgestaltung im Rahmen des Gesetzes: Verwaltungsvorschriften und exekutives Ermessen	341
I. Bemerkungen zu einer verfassungsgemäßen Lehre vom Gesetzesvorbehalt	345

II. Bemerkungen zu einer verfassungsgemäßen Dogmatik der Verwaltungsvorschriften (Auslegungs- und Ermessensrichtlinien) ..	347
III. Alternativenwahl und Entscheidungsverantwortung: Überlegungen zu einer verfassungsadäquaten Revision der Ermessenslehre	359
C. Die judikative Entscheidungsverantwortung	369
I. Richterrecht und Rechtsfortbildung	375
II. Grenzen verfassungsgerichtlicher Entscheidungsverantwortung ..	379
Literaturverzeichnis	386
Autorenverzeichnis	414
Personen- und Sachverzeichnis	424

Abkürzungsverzeichnis

Abl. (abl.)	= ablehnend
Abs.	= Absatz
AcP	= Archiv für die zivilistische Praxis
A. E.	= am Ende
ALR	= Preußisches Allgemeines Landrecht
Anm.	= Anmerkung (Fußnote)
AO	= Abgabenordnung
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts
arg.	= argumentum
Art.	= Artikel
ASTL	= Allgemeine Staatslehre
Aufl.	= Auflage
AWG	= Außenwirtschaftsgesetz
BadVGH	= Badischer Verwaltungsgerichtshof
BAG	= Bundesarbeitsgericht
BayVBl.	= Bayerische Verwaltungsblätter
BayVGH	= Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVGHE	= Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
BBankG	= Gesetz über die Deutsche Bundesbank
BBauG	= Bundesbaugesetz
BBG	= Bundesbeamtengesetz
Bd.	= Band
BFHE	= Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	= Bundesgesetzblatt
BRRG	= Beamtenrechtsrahmengesetz
BSHG	= Bundessozialhilfegesetz
BT	= Bundestag
Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz I, II	= Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, hrsg. (in Gemeinschaft m. a.) von Christian Starck — I = Erster Band: Verfassungsgerichtsbarkeit, II = Zweiter Band: Verfassungsauslegung, Tübingen 1976
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	= Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	= Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts

BWahlG	= Bundeswahlgesetz
DB	= Der Betrieb
ders.	= derselbe
Diss.	= Dissertation
DJT	= Deutscher Juristentag
DNotZ	= Deutsche Notar-Zeitschrift
DRiG	= Deutsches Richtergesetz
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
EheG	= Ehegesetz
EvStL	= Evangelisches Staatslexikon, hrsg. von Hermann Kunst, Roman Herzog und Wilhelm Schneemelcher, 2. vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Stuttgart - Berlin 1975
FamRZ	= Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FFG	= Filmförderungsgesetz
FGG	= Reichsgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit
FGO	= Finanzgerichtsordnung
GG	= Grundgesetz
GGO I, II	= Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien, I Allgemeiner Teil, II Besonderer Teil
GjS	= Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften
GOBT	= Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages
GOBR	= Geschäftsordnung der Bundesregierung
GSJ	= Gesetz zum Schutze der Jugend in der Öffentlichkeit
GVG	= Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	= Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HdbDStR II	= Handbuch des Deutschen Staatsrechts, hrsg. von Gerhard Anschütz und Richard Thoma, 2. Band, Tübingen 1932
Hinw. (m. w. Hinw.)	= Hinweis (mit weiteren Hinweisen)
h. L. (M.)	= herrschende Lehre (Meinung)
Hrsg. (hrsg.)	= Herausgeber (herausgegeben)
IGH	= Internationaler Gerichtshof
i. S.	= im Sinne
i. V. m.	= in Verbindung mit
Jb.	= Jahrbuch
JÖR	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JR	= Juristische Rundschau
JZ	= Juristenzeitung
JuS	= Juristische Schulung
Kap.	= Kapitel
KJ	= Kritische Justiz
Leibholz-Festschrift	= Die moderne Demokratie und ihr Recht. Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag, hrsg. von K. D. Bracher, Ch. Dawson, W. Geiger und R. Smend, 2 Bände, Tübingen 1966
Lit.	= Literatur
LS	= Leitsatz

Maunz / Dürig / Herzog	= Theodor Maunz / Günter Dürig / Roman Herzog, Grundgesetz. Kommentar, Losebl., München - Berlin 1958 ff. (Stand: Januar 1976)
m. E.	= meines Erachtens
Neudr.	= Neudruck
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
N. F.	= Neue Folge
OVG	= Oberverwaltungsgericht
OVGE	= Entscheidungen des OVG Berlin
PatG	= Patentgesetz
Phil. Jb.	= Philosophisches Jahrbuch der Görresgesellschaft
PVS	= Politische Vierteljahresschrift
Rdnr.	= Randnummer
r. (l.) Sp.	= rechte (linke) Spalte
Rspr.	= Rechtsprechung
s.	= siehe
S.	= Seite
SGG	= Sozialgerichtsgesetz
SJZ	= Süddeutsche Juristenzeitung
SozGG	= Sozialgerichtsgesetz
StabG	= Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft
StGB	= Strafgesetzbuch
StGH	= Staatsgerichtshof
StPO	= Strafprozeßordnung
StWG	= s. StabG
VerwArch.	= Verwaltungsarchiv
VRspr.	= Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VG	= Verwaltungsgericht
VGH	= Verwaltungsgerichtshof
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung
VwVG	= Verwaltungsverfahrensgesetz
WährG	= Erstes Gesetz zur Neuordnung des Geldwesens
WürttBadStGH	= Württemberg-Badischer Staatsgerichtshof
WRV	= Verfassung des Deutschen Reichs (Weimarer Verfassung) vom 11. 8. 1919
ZfA	= Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfP	= Zeitschrift für Politik
ZfParl.	= Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZgesStRW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zit.	= zitiert
Ziff.	= Ziffer
ZPO	= Zivilprozeßordnung
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik
zutr.	= zutreffend
ZZP	= Zeitschrift für Zivilprozeß

Einleitung

Rückblickend stellt sich der hier vorgelegte Entwurf als das Ergebnis von Bemühungen dar, die ursprünglich einmal den Problemen der Verfassungsinterpretation gegolten hatten, die dann aber sehr schnell auf das weite Meer der Methodenproblematik hinausgetrieben wurden. Zunächst erschien der Raumgewinn durchaus vielversprechend — zumal immer neu auftauchende literarische Positionslichter den Eindruck gesicherter Wege vermittelten. Mit dem Anwachsen der literarischen Flut erwies sich dieser Eindruck allerdings als trügerisch: Die Markierungen wurden zwar differenzierter und subtiler, gleichzeitig machte sich aber auch ein immer stärkeres Gefühl bemerkbar, daß sie letztlich wieder auf dieselben Positionen zurückverwiesen. Also lag es nahe, sich nach anderen Orientierungshilfen umzusehen. Hier boten sich vor allem neuere soziologische Erkenntnisse und Deutungsversuche an, die für sich in Anspruch nehmen, theoretische Gewißheiten mit empirischen zu verbinden. Der Optimismus verflüchtigte sich jedoch schnell angesichts der in diesen Bereichen noch beherrschenderen ‚Methodenfrage‘.

Nun bedarf es nicht einmal methodengeschichtlicher Untersuchungen, sondern nur aufmerksamer Beobachtung der Rechtsverwirklichung, um zu erkennen, daß juristische Methoden Folgen haben — und zwar Folgen für Menschen in ihrer individuellen und sozialen Befindlichkeit. Die Konzentration auf die Methoden richterlicher Erkenntnis und Geistestätigkeit läßt zumindest den Eindruck entstehen, als seien Methoden und nicht betroffene Menschen das zentrale Problem rechtsverwirklichender Tätigkeit, als seien Methoden und nicht deren Wirkungen für die betroffenen Menschen der ausschlaggebende Bezugspunkt wissenschaftlicher Erkenntnisbemühungen. Mit der Einsicht, daß rechtsverwirklichende Methoden sehr gravierende und unterschiedliche Folgen nach sich ziehen können, war die Verbindung der Methodenproblematik mit der Lehre von der Gewaltenteilung bzw. von den Staatsfunktionen hergestellt. Eingehendere Beschäftigung mit der Methodengeschichte legte die Annahme nahe, daß Methoden von der Stellung der Rechtsprechung in einem konkreten Staats- und Verfassungsgefüge abhängen. Das ursprüngliche Thema, mit dem der Verfasser auch der Methodenproblematik beizukommen glaubte, hieß daher: Die richterliche Gewalt als Staatsfunktion.

Es bedarf hier keiner näheren Ausführungen darüber, daß die Beschäftigung mit der zeitgenössischen Funktionenlehre keineswegs enttäuschungsfrei verlief. Jedenfalls verhalf sie alsbald zu der Einsicht, daß das gewählte Thema falsch angelegt war: Keine der drei Staatsgewalten bzw. Staatsfunktionen kann für sich alleine zutreffend erfaßt und beschrieben werden. Ihre Stellung ist zumindest im hochentwickelten demokratischen Verfassungsstaat eingebunden in ein dreipoliges, mehrdimensionales Wirkfeld, das die drei Wirkungsbereiche zugleich einander zuordnet und voneinander abgrenzt. Jede isolierende Betrachtung verfehlt daher die relativen Zusammenhänge kooperativ gegliederter und wahrzunehmender Ausübung von Staatsgewalt. Zudem zeigte sich, daß Staatsfunktionen und rechtsverwirklichende Methoden auf eine gemeinsame Fragestellung hinauslaufen: auf die Frage nach den jeweiligen relativen und gegliederten Bereichen legitimer Wirkbefugnis. Diese Frage kann jedoch ihrerseits wieder nur in strenger Ausrichtung auf die Legitimationsgrundlagen der konkreten Verfassungsordnung beantwortet werden. Es dürfte unbestreitbar sein, daß die Legitimationsstränge im konstitutionellen Staat anders verlaufen als in der demokratischen Verfassungsordnung. So lag es also nahe, die Funktionenproblematik auf die Zusammenhänge von Legitimation, Verantwortung und Sanktion in der demokratischen Ordnung hin anzulegen.

Damit endete die Fragestellung, die ihren Ausgang von der Verfassungsinterpretation genommen hatte, in einer Aufgabe, die die Leistungsfähigkeit eines einzelnen zwangsläufig übersteigt, die aber dennoch so dringlich erscheint, daß sie zumindest den Versuch rechtfertigt, einige neue Elemente zur Diskussion zu stellen und der Vertiefung oder auch Widerlegung auszusetzen. Dieser Versuch muß zwangsläufig mit (möglicherweise erheblichen) Mängeln erkaufte werden. Zahlreiche Fragen von prinzipieller Bedeutung werden nur gestreift oder auch oberflächlich behandelt. Zu jeder dieser Fragen liegt eine derartige Fülle literarischen Materials vor, daß es anmaßend wäre zu behaupten, es insgesamt überschaut oder gar verarbeitet zu haben. Der Verfasser rechnet also damit, daß die Liste der Verluste und Gravamina lang sein wird. Für Auslassungen, Unkorrektheiten und Fehler bleibt er allein verantwortlich — auch wenn der Bitte um Nachsicht stattgegeben wird.

Erster Teil

Bestände und Probleme — die Dogmatik der Staatsfunktionen vor den Gegenwartsaufgaben

Die staatspolitisch und verfassungsdogmatisch schlechthin grundlegende Frage nach der Verteilung der Befugnisse zur Ausübung der Staatsgewalt auf die „besonderen Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung“ (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG) ist ungelöst¹.

¹ N. Achterberg, Probleme der Funktionenlehre (1970), S. 1, leitet seine gedankenreiche Untersuchung mit der (zutreffenden) Feststellung ein: „Die Begriffsinhalte (Verf.) der Staatsfunktionen sind in der deutschen Staatsrechtslehre ungeklärt.“ Folglich bleibe „die begriffliche (Verf.) Klärung der Staatsfunktionen“ eine dringende und „verfassungsgesetzlich geforderte Aufgabe der Staatsrechtswissenschaft“ (S. 5 unten - 6 oben). Sowohl mit dieser Fest- als auch Aufgabenstellung erfolgt bereits — unbemerkt (s. aber ders., S. 230) — eine ganz entscheidende Weichenstellung: Fragestellung und Erkenntnisziel implizieren im Ansatz das Vor-Urteil, die Funktionenlehre müsse aus den Begriffsinhalten entwickelt werden. Was dies bedeutet, zeigt sich erst, wenn man berücksichtigt, daß die gesamte Diskussion um die Zulässigkeit von Verschränkungen, um den „Kernbereich“ der Funktionen, von einer einzigen Frage beherrscht wird: der Frage, wem im konkreten Fall die legitime Befugnis zur Ausübung einer bestimmten Tätigkeit zusteht. Hängt nun aber die Klärung der Funktionenprobleme von den Begriffsinhalten, von begrifflichen Klärungen ab, so entscheiden unweigerlich begriffliche Deutungen über legitime Befugnisse und damit über Kompetenzen. Damit nicht genug: Das zugrundegelegte Begriffsdenken muß zwangsläufig, da es Begriffe und nicht etwa Relationen und Bezüge ausschlaggebend sein läßt, an den verfassungsgesetzlichen Zusammenhängen vorbeigehen. Zudem haben — insbesondere im Staatsrecht — Begriffe ihre eigene Geschichte, stehen hinter Begriffsinhalten immer Vorstellungen des Begriffenen und damit der Vergangenheit, die von den Begriffen nur schwer ablösbar sind. Begriffsdenken ist daher immer in Gefahr, bei „Begriffskontinuität trotz Verfassungsdiskontinuität“ (s. Achterberg, S. 3, im Anschluß an D. Jesch) antiquierte Vorstellungen an den neuen verfassungsgesetzlichen Ordnungsentwurf heranzutragen. Inwieweit dies in der zeitgenössischen Funktionenlehre tatsächlich zutrifft, mag zunächst dahingestellt bleiben. Hier kommt es alleine darauf an, auf das gravierende Vorurteil hinzuweisen, das nicht nur die Untersuchung Achterbergs bereits in ihrem Ausgangspunkt belastet. Achterberg hat freilich selbst die Problematik gesehen, wenn er S. 230 (Schlußbemerkung) ausführt, die „Diagnose einer Funktionenverflechtung“ sei „ohne Klärung der Funktioneninhalte (Verf.) letztlich unmöglich“. Aus den Begriffsinhalten sind Funktioneninhalte geworden. Das Begriffsdenken hat eine Mutation hin zur Funktionenproblematik durchgemacht. Der eigene Ansatz versucht, die entscheidende Frage der Funktionenlehre nach den (relativen) Befugnisbereichen sofort mit der positiven Verfassungsordnung zu verbinden. Die eingangs unter dieser Perspektive getroffene Fest-