

LIBERALES IM VERFASSUNGSRECHT DES BUNDES

Diskussionspapier Nr. 34-R-95

Manfried Welan

Februar 1995



Institut für Wirtschaft, Politik und Recht
Universität für Bodenkultur Wien

Die WPR-Diskussionspapiere sind ein Publikationsorgan des Instituts für Wirtschaft, Politik und Recht der Universität für Bodenkultur Wien. Der Inhalt der Diskussionspapiere unterliegt keinem Begutachtungsvorgang, weshalb allein die Autoren und nicht das Institut für WPR dafür verantwortlich zeichnen. Anregungen und Kritik seitens der Leser dieser Reihe sind ausdrücklich erwünscht.

Kennungen der WPR-Diskussionspapiere: W - Wirtschaft, P - Politik, R - Recht

WPR Discussionpapers are edited bei the Department of Economics, Politics, and Law at the Universität für Bodenkultur Wien. The responsibility for the content lies solely with the author(s). Comments and critique by readers of this series are highly appreciated.

The acronyms stand for: W - economic, P - politics, R - law

Bestelladresse:

Institut für Wirtschaft, Politik und Recht
Universität für Bodenkultur Wien
Gregor Mendel-Str. 33
A – 1180 Wien
Tel: +43/1/47 654 – 3660
Fax: +43/1/47 654 – 3692
e-mail: h365t5@edv1.boku.ac.at

Internetadresse:

<http://www.boku.ac.at/wpr/wprpage.html>
http://www.boku.ac.at/wpr/papers/d_papers/dp_cont.html

LIBERALES IM VERFASSUNGSRECHT DES BUNDES

Manfried Welan^{*)}

1) Was heißt "liberal?"

Der Rechtswissenschaftler Theo Mayer-Maly beruft sich in der Antwort auf diese Frage auf den letzten Redaktor unseres Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches von 1811, Franz von Zeiller. Dieser habe im Anschluß an Immanuel Kant in einer unmißverständlichen Weise klargestellt, was liberal heißt:

"Es gilt, die Rechte der Einzelnen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit dergestalt zu vereinigen (moderner: so aufeinander abzustimmen), daß die Freiheit des einen neben der des anderen zu bestehen vermag."

Der Mensch ist kraft seines Menschseins ein autonomes Wesen, dessen Endzweck nur in Freiheit erfüllt werden kann. Das bedeute aber nicht, unbeschränkte Freibriefe auszustellen. Der klassische, vor allen heutigen Parteibildungen liegende Liberalismus bringe vor allem den Respekt vor jedem Mitmenschen zum Ausdruck.

Es geht um Verfassung und Gesetze, welche die Freiheit jedes einen neben der jedes anderen sicherstellen. Sie sollen individuelle Freiheit ermöglichen und garantieren, indem sie Grenzen und Schranken festlegen. So entsteht und besteht eine freie Gesellschaft. Staat und Recht sollen der Freiheit dienen, sie fördern und schützen.

Mayer-Maly klärt uns über zwei Prämissen des liberalen Gedankens auf, die wichtig sind:

"Die eine Voraussetzung geht dahin, daß in jedem Menschen - pathologische Fälle ausgenommen - das Gute angelegt ist.

Wer will schon vor sich als Bösewicht erscheinen?

Wer will denn nicht - darauf hat der amerikanische Rechtsdenker Rawls treffend hingewiesen - in einer gerechten Ordnung leben?

Die Stimme, in der sich die regelmäßige Anlage des Menschen zum Guten artikuliert, ist das Gewissen.

Die andere Voraussetzung ist noch etwas schwieriger. Sie besteht in der Annahme einer vorgegebenen ("prästabilierten") Harmonie; so wie in der Ordnung der Natur alles zueinander paßt, so lange man nicht eingreift, so ist es auch in den wirtschaftlichen und den rechtlichen Beziehungen des Menschen.

^{*)} o. Univ. Prof. Dr. Manfred Welan, Institut für Wirtschaft, Politik und Recht, Universität für Bodenkultur Wien

Für diese Annahme kann die Überlegenheit der Marktwirtschaft gegenüber jeder Planwirtschaft ins Treffen geführt werden. Gegen sie spricht, was zugegeben werden sollte, daß Ungleichgewichtslagen - das heißt: wirtschaftliche Übermacht - Eingriffe fordern. Daher gehen "neoliberale" Konzepte sinnvoll dahin, daß es Aufgabe des Staates ist, Wettbewerb zu veranstalten, also seine Rahmenbedingungen abzusichern."

Der Wirtschaftswissenschaftler Erich Streissler versteht unter klassischem Liberalismus die in den Sozialwissenschaften reflektierte englisch-schottische Tradition vom späten 17. bis zum späten 19. Jahrhundert. Der entscheidende Kern des klassischen Liberalismus i.S. dieser Tradition sei sein skeptisches Menschenbild. Dieses teile er mit dem Christentum. Der Mensch sei zum Großteil unerlöst, es gebe daher nichts Vollkommenes im Diesseits. Das Zentrum der Botschaft des Liberalismus laute somit:

"Gesellschaftliche Institutionen sind so zu konzipieren, daß kein einzelner Dummer und Schlechter in ihnen viel Schaden anrichten kann. Weil die Menschen im Durchschnitt dumm und schlecht sind, darf daher nur möglichst wenig von der unkontrollierten Verantwortung eines Einzelnen abhängen.

Denn man kann sich nicht verlassen, daß dieser Einzelne nicht aus Dummheit oder Schlechtigkeit schwere Fehler begehen wird. Mit großer Wahrscheinlichkeit sind Politiker sogar überdurchschnittlich schlecht und vielleicht gar nicht überdurchschnittlich klug und es ist "höchste Impertinenz", wie Adam Smith sagte, wenn sie uns in ihrem Anerbieten, Dinge für uns zu entscheiden, anderes glauben machen wollen."

Während Mayer-Maly das Optimistische am Liberalismus hervorhebt, betont Streissler das Skeptische. In unserem Verfassungsrecht sind beide Elemente enthalten.

Optimistisch ist es im Hinblick auf den einzelnen Menschen, der um Mensch sein zu können, eine große Zahl von verfassungsrechtlich gewährleisteten Freiheiten hat. Der Mensch hat Rechte als Mensch, weil davon ausgegangen wird, daß er verantwortliche Freiheit besitzt. Die Möglichkeiten seiner verantwortlichen Freiheit soll er verwirklichen können. Er soll unterscheiden und wählen, richten und entscheiden dürfen. Doch erlaubt das Verfassungsrecht aus Gründen des Gemeinwohls durch Bundes- und Landesgesetze Beschränkungen der Freiheitsrechte bis zu einem gesetzesfesten Kern.

Skeptisch ist das Verfassungsrecht gegenüber Trägern öffentlicher Ämter, insbesondere gegenüber der Verwaltung und ihren obersten Organen. Durch Bindung der Vollziehung an Verfassung und Gesetze, durch Begrenzung und Beschränkung der Ämter und durch Verantwortlichkeit und Kontrolle sollen die Amtsträger "in Ordnung" sein. Vertrauen ist gut, aber Kontrolle ist notwendig, ist die in vielen Regelungen zum Ausdruck kommende Parole des B-VG.

Liberalismus ist auch ein "Epochenbegriff für die Zeit, als sich "in den Nischen zwischen den Konfessionen" (Ernst Nolte) autonome Wissenschaft und Kritik, die Vernunft als optimistisches Fortschritts- und Wachstumsprogramm mit Hilfe von Naturwissenschaft, Technik und Medizin,

Markt und Wettbewerb in bürgerlichen Revolutionen und Reformen gegen den absolutistischen oder spätständischen Staat und die Adelskirche, soziopolitisch als ein neues "System", in sich mannigfaltig abgestuft, durchsetzte - oder nur halb erfolgreich war, wie in Österreich." So der Politik und Verfassungslehrer Wolfgang Mantl.

Von der Naturrechtslehre war schon vieles im ABGB 1811 liberal geformt. "Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte und ist daher als eine Person zu betrachten ..." so wie der § 16 ABGB hätte auch Art 1 der Bundesverfassung beginnen können.

Demokratie, Republik, Bundesstaat sind vom B-VG proklamiert. Liberales Gedankengut hat das nicht notwendig. Denn es durchzieht unser B-VG und prägt es als demokratische Verfassung der Freiheit. Aber das ABGB war der erste Schritt zur freien Gesellschaft. Es hat nämlich den Kreis der Rechtssubjekte gewissermaßen ins Unendliche ausgedehnt und die Personalität aller und jedes Menschen anerkannt. Der Kreis der gleichberechtigten Rechtsgenossen entspricht damit den Forderungen des Christentums, des humanistischen Idealismus und des politischen Liberalismus, der im Schutz von Leben, Freiheit und Eigentum der Person den wesentlichen Staatszweck sah. Der eigenständige Freiraum der Person macht sie selbständig und gewährleistet ihr Wahl- und Wirkungsmöglichkeiten. Durch Freiheit wird der Mensch aber erst zu einem Menschen, der Werte praktiziert und überhaupt erst moralisch handeln kann.

Erich Streissler präzisiert: "Weil nunmehr niemand berechtigt ist, ihm rechtsverbindlich ein irgendwie "richtiges" Verhalten vorzuschreiben, ist das Privatrechtssubjekt nun erst recht verpflichtet, eigenverantwortlich das Gute und Gerechte zu suchen, eigenverantwortlich von sich aus die "ars boni et aequi" zu pflegen."

Diese Moral schafft aber, wie von Hayek immer wieder hervorhebt, nicht der Mensch als einzelner oder von heute auf morgen. Vielmehr sind es die lange und langsam gewachsenen und überlieferten Moralüberzeugungen, die beschränken und binden. Sie wurden durch die Gruppenauswahl der kulturellen Evolution geformt und dienen dem Zweck, Wirkungen von menschlichem Handeln, die unserer Vernunft nicht bewußt sind, zu bestimmen, und denen wir uns anpassen müssen, wenn wir die Menschen und den Menschen bewahren wollen.

Der Entwurf des Privatrechts nach dem ABGB geht vom Vertrauen auf den Menschen aus und setzt die Erziehung nach einer solchen Moral voraus. Aufgrund der optimistischen Vorstellung vom einzelnen Menschen werden diesem Freiheit und Verantwortlichkeit zugestanden. Nach der Lehre von der prästabilierten Harmonie sollte durch das spontane Verhalten der einzelnen in Privatautonomie eine Ordnung frei gelegt werden, von der man annahm, daß sie im Menschen liege. Die Lehre von der relativen Richtigkeitsgewähr des Vertrages hat dies in moderner Zeit ergänzt. Danach liegt der Vorzug einer Regelung durch Privatautonomie statt durch staatliche

Gestaltung darin, "daß der Interessenausgleich zwischen den Nächstbeteiligten ein Höchstmaß an Wahrscheinlichkeit für die objektive Richtigkeit gewährleistet" (Mayer-Maly). Allerdings ist dies nur bei einer Situation gewährleistet, wenn ein annäherndes Kräftegleichgewicht zwischen den Vertragspartnern besteht. "Die Erfassung der Notwendigkeit einer Existenz von Gegenmacht durch die Theorie der countervailing power bildet daher eine wichtige Ergänzung des liberalen Denkens über das Recht" (Mayer-Maly).

Betrachtet man die österreichische Rechts- und Verfassungsgeschichte der Neuzeit, so kann man sagen, daß ihr Sinn und vorläufiges Ergebnis - trotz aller Rückschläge und Regressionen - Befreiungen und Freiheit durch Herrschaft von Verfassung und Gesetz sind. Alle Staatsgewalt ist durch ein höheres Gesetz beschränkt. Machtausübung darf nur Rechtsausübung sein. Die Herrschaft des Rechts hat das Ziel, Willkür um der Freiheit des Menschen willen möglichst auszuschließen.

Mit diesem Freiheitsprozeß hängt der Grundsatz der Gleichheit aller Menschen zusammen. Hier ist das B-VG als eine nach dem Ersten Weltkrieg entstandene Verfassung nicht so liberal wie das ABGB, sondern nationalstaatlich befangen. Es behält nämlich die Gleichheit aller vor dem Gesetz österreichischen Staatsbürgern vor. Ebenso ist es bei den politischen Rechten. Das Wahlrecht auf Gemeinde-, Landes- und Bundesebene ist nur Sache der Staatsbürger. Der Beitritt zur EU hat diesbezüglich einiges geändert. Aber Gleichheit muß in Österreich erst zum allgemeinen Menschenrecht werden. Das verlangt eine politische Entscheidung und kann nicht durch Rechtsprechung ersetzt werden. Grenzen der individuellen Freiheit sind vor allem die Freiheiten des anderen. Beschränkungen können aber auch durch Gesetze zur Erhaltung und Förderung des Gemeinwohls festgelegt werden. Diese Grundgedanken des ABGB wurden vom B-VG übernommen.

Die Verfassung hat durch die umfassenden Freiheiten und Grundrechte viel Vertrauen zum einzelnen Menschen und damit ein optimistisches Menschenbild. Zu seinen Gruppierungen, zum Abgeordneten und zum Parlament hat sie schon etwas weniger Vertrauen, am wenigsten zu Regierung und Verwaltung. Diesbezüglich besteht Skepsis. Aber sie hat viel Vertrauen zur Gerichtsbarkeit, weil sie als unabhängig und objektiv (voraus)gesetzt wird.

Die Staatsmacht wird spätestens seit 1918 nicht mehr von Gott abgeleitet - (die Verfassung 1934 berief sich bezeichnenderweise auf Gott) -, sondern vom Volk, das durch das Mittel der Verhältniswahl Repräsentanten bestimmt. Das Mehrheitsprinzip fungiert dabei in den Parlamenten absolut und relativ, einfach und qualifiziert als Entscheidungsmuster.

Schon oder erst die Dezember-Verfassung 1867 brachte den bürgerlichen Rechtsstaat, wie ihn der Liberalismus konzipiert hat: Freiheitsrechte, Gewaltenteilung, Unabhängigkeit der Richter,

Gesetzesgebundenheit der Verwaltung, Ministerverantwortlichkeit sind mit einem beschränkten Wahlrecht und Parlamentarismus zu einer Einheit kombiniert. Der Wandel von der absoluten zur konstitutionellen Monarchie mit bürgerlicher Mitwirkung an der Gesetzgebung einerseits und bürgerlichen Grundfreiheiten andererseits verwirklichte die Entwicklung von der ständischen zur bürgerlichen Gesellschaft mit Rechtsfreiheit und -gleichheit der Person, Privatautonomie und -eigentum, wie sie schon das ABGB 1811 für einen beschränkten Personenkreis gebracht hatte. 1867 begann in Österreich erst der "Verfassungsstaat der Neuzeit". Der materielle Rechtsstaat, das ist der Staat, der Freiheitsrechte gewährleistet, war mit einer gewaltenteilenden Verfassung, der Bindung an das Recht und der richterlichen Kontrolle, also mit dem formellen Rechtsstaat verbunden.

Wie der Demokratismus wurde der Liberalismus aus einer Antistellung groß. Er war die Gegenbewegung zu Feudalismus, Klerikalismus und Absolutismus. Diese drei bestimmten lange das Image Österreichs im Ausland.

Wer immer in der vorkonstitutionellen Zeit, also vor 1867, sich als ein guter Österreicher fühlte, mußte wie Cajetan Felder, der liberale Bürgermeister der Reichshaupt- und Residenzstadt Wien, "mit tiefem Schmerz und Ingrimm, nachdem er die schwarz-gelben Grenzpfähle überschritten hatte, die Geringschätzung wahrnehmen, mit der man im Auslande von den Zuständen in Österreich sprach, das allenthalben als Hort absolutistisch-klerikaler Reaktion, bürokratisch-polizeilicher Knechtung und scholastisch-jesuitischer Verdummung galt."

Erst in den 60er und 70er Jahren des 19. Jhdts verbesserte sich das Image Österreichs im Ausland. Die Rechtsstaatlichkeit des altösterreichischen Vielvölkerstaates wurde aber erst besonders geschätzt, als die Nachfolgestaaten des Kaiserreiches ohne Menschenrechte und Grundfreiheiten waren. Die "Freiheit vom Staat" war hochentwickelt. Die "Freiheit zum Staat und im Staat" wurde erst später durch die Verbreiterung des Wahlrechts und die tatsächliche Verwirklichung der allgemeinen Ämterzugänglichkeit durchgesetzt. Als Gegenbewegungen zum autokratischen Obrigkeitsstaat des Absolutismus gingen Liberalismus und Demokratismus nach den Worten Hans Kelsens eine Symbiose ein. Je mehr die "Freiheit vom Staat" verwirklicht wurde, desto mehr kam es zur "Freiheit im Staat".

Der liberale Staat ist auf die von Adolf Merkl geprägte kürzeste Formel gebracht dadurch gekennzeichnet, "daß der Staat inhaltlich und formell in Schranken gewiesen ist, die ihn zum reinen Garanten der Einzelinteressen seiner Bürger machen und den Bürgern darüber hinaus alle erdenklichen rechtlichen Sicherungen bieten, daß diese Schranken nicht überschritten werden."

(Adolf Merkl, Die Baugesetze der österreichischen Bundesverfassung, hier zum liberalen (freiheitlichen) Baugesetz, in: Hans R. Klecatsky (Hrsg.): Die Republik Österreich - Gestalt und Funktion ihrer Verfassung, Wien 1968, S. 96)

Kritiker haben diesen auf den Rechts- und Ordnungszweck beschränkten liberalen Staat einen "negativen" genannt. Lassalles Formulierung "Nachtwächterstaat" ist in die Umgangssprache eingegangen. Der Liberalismus hat in seiner klassischen Periode gedanklich die höchste Eigenschaft des Staates in seiner Nicht-Existenz erblickt. Tatsächlich war er immer so stark, wie die herrschenden Interessen es wollten. Nach den Erfahrungen mit totalen und totalitären Staaten im 20. Jhdt. hat man allerdings gerne wieder Wilhelm von Humboldts "Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen", zitiert, oder in die Richtung eines "Minimalstaates" rhetorische Politik gemacht. Reagans und Thatchers Regierungen haben in diese Richtung gewirkt und ihre Rhetorik hatte großen Einfluß. Der Vielzweckestaat ist auch in liberalen Demokratien zum Maximalstaat geworden, der in vielen Bereichen unregierbar und unkontrollierbar ist, vielfach ineffizient und vor allem unbezahlbar. Mehr und andere Staatsaufgaben bedeuten mehr und andere Staatsausgaben, mehr Staatspersonal, mehr neuer Verwaltung in allen Lebensbereichen, mehr und andere Rechtsvorschriften als früher. Damit wird ein Liberalismus immer wieder zur Gegenbewegung zum alten Staat.

Im Verhältnis zum 19. Jhdt ist fast jeder Staat heute ein totaler. Die Suche nach einem "Optimalstaat" zwischen Maximal- und Minimalstaat ist eine der großen gesellschafts- und staatspolitischen Fragen von heute. Während der Nachtwächterstaat dort stark war, wo ihn die ihn tragenden Interessen stark wollten, so im Bereich der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit, sind Effizienz und Effektivität und Finanzierung des umfassenden modernen Staates zum ständigen Problem geworden. Eine Frage ist damit auch die nach der Freiheit vom, zum und im Staat. Gerade die moderne Demokratie mit ihren vielen Interessen und den sie repräsentierenden Verbänden ist ständig mit dieser Frage konfrontiert. Der Ausgleich dieser Interessen mit der individuellen Freiheit und untereinander stellt die Politik jeden Tag vor neue Entscheidungen.

Ohne individuelle Freiheit, mit allem was ideell und materiell dazugehört, gibt es keine politische Freiheit und keine freiheitliche Demokratie. Die Demokratie ist zur Hüterin der individuellen Freiheit geworden. Aufgrund vieler Erfahrungen wird zwar die Frage, ob die Demokratie diese Hüterin überhaupt sein könne, verneint. Aber indem sie die Staatsform unserer Welt geworden ist und alle anderen Methoden der Staatswillensbildung autoritärer und oft auch noch totalitärer sind, hängen alle Freiheitsrechte und damit die individuelle Freiheit von der Demokratie ab.

2. Eine Verfassung der Freiheit

Als "Verfassung der Freiheit" steht das B-VG in der Tradition bürgerlicher Skepsis gegenüber der Staatsmacht. Daher setzt es sich aus komplizierten Inter- und Intraorgankontrollen zusammen und ist mehr auf Sicherheit als auf Raschheit ausgerichtet. Die Staatsfunktionen sind auf verschiedene Organgruppen aufgeteilt, die in besonderen Verfahren zusammenarbeiten müssen, damit Staatsakte entstehen können. So wirken an der Gesetzgebung regelmäßig auch Verwaltungsorgane mit, so ergehen Akte des Bundespräsidenten grundsätzlich über Vorschlag und unter Gegenzeichnung anderer Organe, so besteht eine Pluralität von obersten Organen.

Das Strukturkonzept der umfassenden Gewaltenteilung gliedert das Gemeinwesen von der Gemeinde als Selbstverwaltungskörper und unterstem Verwaltungssprengel ausgehend über die Länder zum Bund als den beiden staatlichen Gebietskörperschaften hin. Der gebietskörperliche Aufbau des Gemeinwesens ist zusammen mit der berufskörperschaftlichen Gliederung eine besondere Gewaltenteilung in Form einer Polykratie. Denn auf diese Weise stehen sich verschiedene Rechtsträger mit unterschiedlichen Verbandszuständigkeiten und -leitungen gegenüber. Innerhalb der Rechtsträger wird durch bestimmte Organzuständigkeiten und -verbindungen einerseits und durch die Rückführung auf eine demokratische Legitimation andererseits Gewaltenteilung verwirklicht. Die Rechtsträger und ihre Organe sind begrenzt und gebremst, gebunden und beschränkt, kontrolliert und verantwortlich gemacht.

Ein besonderer Anwendungsfall der Gewaltenteilung ist die territoriale Selbstverwaltung in Gestalt der Gemeinde. Man hat die lokale Selbstverwaltung den "archimedischen Punkt des Rechtsstaates" genannt und der Satz des provisorischen Gemeindegesetzes 1849 "Grundfeste des freien Staates ist die freie Gemeinde" wurde zum Definitivum in der Ausprägung der Gemeindeverfassung durch das B-VG. Da die kleinste Territorialeinheit zumindest potentiell den Wünschen und Willensbekundungen des Volkes am ehesten zugänglich ist, ist die lokale Selbstverwaltung heute auch der Grundstein der demokratischen Republik. Der Staat im engeren Sinn hat sich schon zur Mitte des vorigen Jahrhunderts von den Bürgern im lokalen Bereich zurückgezogen und beginnt seither erst bei der Bezirkshauptmannschaft, der ersten Instanz der allgemeinen staatlichen Verwaltung in den Ländern. Dem Dualismus von Selbstverwaltung und Staatsverwaltung entspricht in besonderer Weise die Verbindung beider in den Städten mit eigenem Statut, welche auch Träger der ersten Instanz der allgemeinen staatlichen Verwaltung sind.

Es gibt nicht mehr eine Staatsspitze in Gestalt des Kaisers, der laut Verfassung bis 1918 "geheiligt, unverletzlich und unverantwortlich" war, vielmehr besteht eine Mehrheit oberster Staatsorgane in allen Bereichen. Insbesondere in der obersten Vollziehung des Bundes. Hier stehen sich Bundespräsident, Bundesminister einzeln und in ihrer Gesamtheit als Bundesregierung unter dem Vorsitz des Bundeskanzlers mit unterschiedlichen Zuständigkeiten als oberste

Organe gegenüber, müssen vielfach zusammenwirken und sind alle politisch und rechtlich verantwortlich und letztlich absetzbar. In der Organisation und im Verfahren der obersten Vollziehung und im Verhältnis der genannten Organe zu- und untereinander kommt die Idee der Gewaltenteilung so zur Verwirklichung, daß Regieren mitunter allzu kompliziert und mühsam wird. Dieses System ist so mehr auf Kompromiß und Kontrolle als auf Energie und Alleinentscheidung ausgerichtet. Nur unter bestimmten realpolitischen Voraussetzungen ist eine energische und konsequente Exekutive möglich.

In der gesellschaftlichen Gliederung als Folge der Grund- und Freiheitsrechte und des gebiets- und berufskörperschaftlichen Aufbaus des Gemeinwesens ist das sog. Subsidiaritätsprinzip erkennbar.

Nach der klassischen Formulierung im Art 79 der Enzyklika *Quadragesimo anno* Pius XI. bedeutet es: ... wie dasjenige, was der Einzelmensch aus eigener Initiative und mit seinen eigenen Kräften leisten kann, ihm nicht entzogen und der Gesellschaftstätigkeit zugewiesen werden darf, so verstößt es gegen die Gerechtigkeit, das, was die kleineren und untergeordneten Gemeinwesen leisten und zum guten Ende führen können, für die weitere und übergeordnete Gemeinschaft in Anspruch zu nehmen. ... Jedwede Gemeinschaftstätigkeit ist ja ihrem Wesen nach subsidiär; sie soll die Glieder des Gemeinwesens unterstützen, darf sie aber niemals zerschlagen oder aufsaugen."

Wie es als oberster Grundsatz der christlichen Soziallehre gilt, daß "der Mensch der Träger, Schöpfer und das Ziel aller gesellschaftlichen Einrichtungen sein" soll, so ist auch nach der liberalen Weltanschauung jede Gesellschaftstätigkeit danach zu befragen und daraufhin zu prüfen, ob sie letztlich die Einzelmenschen fördert oder behindert bzw benachteiligt.

Hinsichtlich der Gerichtsbarkeit hat das B-VG das liberale Gedankengut aus der Dezemberverfassung 1867 übernommen. Hinsichtlich der Grund- und Freiheitsrechte 1920 hat es zunächst das Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger vom 21. 12. 1867 (StGG) in seine Schlußbestimmungen übernommen. Danach haben neben dem B-VG im Sinne des Art 44 Abs 1 unter Berücksichtigung der durch dieses Gesetz bedingten Änderungen eine Reihe von Gesetzen als Verfassungsgesetze zu gelten. Darunter ist auch das genannte Staatsgrundgesetz. Erst nach und nach sind nationale und internationale Grundrechtsquellen vor allem in der Zweiten Republik hinzugekommen.

Die Einrichtung des Rechtsstaates im formellen Sinn des Wortes ist zwar nach Merkl die typische verfassungsrechtliche Ausprägung des Liberalismus, mehr und mehr verlangt aber das internationale Recht den materiellen Rechtsstaat in Sinne eines Menschenrechtsstaates. Nur ein Staat, der der Sache nach Menschenrechtsstaat ist, verdient daher heute den Namen Rechtsstaat.

Die wichtigste neuere Grundrechtsquelle ist die "Menschenrechtskonvention", die im wesentlichen aus der Europäischen Konvention für Menschenrechte und Grundfreiheiten, den Zusatzprotokollen sowie Vorbehalten und Staatenerklärungen besteht.

Die Kampfrichtung des Liberalismus gegen Feudalismus, Klerikalismus und Absolutismus und das liberale Gedankengut als solches sind in einer Reihe von Freiheitsrechten des StGG in besonderer Weise zu erkennen.

Hervorzuheben sind die Unverletzlichkeit des Eigentums, die Freiheit des Erwerbs und der Verfügung über Liegenschaften, der Ausschluß von Untertänigkeits- und Hörigkeitsverbänden, die Freizügigkeit der Person und des Vermögens, die Aufenthalts- und Wohnsitzfreiheit, die Freiheit der Meinungsäußerung, Glaubens- und Gewissensfreiheit, Freiheit der Berufswahl, der Ausbildung für den Beruf und der Ausübung des Berufes.

Besonders hervorzuheben ist das BVG 1988 über den Schutz der persönlichen Freiheit, das jedermann das Recht auf Freiheit und Sicherheit verbürgt.

Diese liberalen Grundrechte gewährleisten staatsfreie Sphären und garantieren das grundsätzliche Unterlassen von Eingriffen des Staates durch Gesetzgebung, Verwaltung und Gerichtsbarkeit in diese Freiheitssphären. Zwar sind viele Freiheitsrechte mit einem Gesetzesvorbehalt verbunden. Der Staat kann also durch Gesetze zum Zwecke des Gemeinwohls auch in diese Freiheitssphären eingreifen. Kein Grundrecht ist ganz "gesetzesfest".

Aber der Wesenskern der Freiheitsrechte muß gewahrt bleiben.

Vieles hängt also von den die verschiedenen Staatszwecke verwirklichenden Bundes- und Landesgesetzen und damit von den Parlamenten ab. Diese werden in periodisch wiederkehrenden Wahlen durch das Staatsbürgervolk legitimiert, sodaß man sagen kann, daß letztlich die Staatsbürger selbst entscheiden, ob und wie in ihre Freiheitssphären eingegriffen werden kann.

Die demokratische Forderung nach Mitwirkung des Volkes an der Staatswillensbildung und die liberale Forderung nach Freiheit vom Staat sind in der Bindung auch der Gesetzgebung an die Verfassung, insbesondere an die Freiheitsrechte, und in der nachprüfenden gerichtlichen Kontrolle eine Verbindung eingegangen. Es hängt von den Gesetzgebungen von Bund und Ländern und damit letztlich vom Wählervolk ab, ob mehr die liberalen Grundsätze und Grundrechte des Verfassungsrechts oder ihre demokratische Beschränkung für öffentliche Zwecke überwiegen. Die Demokratie ist vom B-VG in den Dienst der Gestaltung der Freiheit gestellt, wobei die nachprüfende Kontrolle des Verfassungsgerichtshofes die Grenzen der Eingriffe bestimmt..

Die individuellen liberalen Rechte können durch sozial-demokratische Gesetze kollektivistisch modifiziert werden. Durch gesetzliche Begrenzungen, Bindungen und Pflichten können sie in den Dienst öffentlicher Interessen gestellt werden. Immer aber muß der Wesensgehalt der Freiheitsrechte erhalten bleiben und die Vorhersehbarkeit, Berechenbarkeit und Kontrollierbarkeit des staatlichen Handelns gewährleistet sein. Diese Rechtssicherheit dient dem Wesensgehalt der Freiheit.

Liberales Gedankengut liegt insbesondere in allen jenen Freiheitsschutzvorschriften, welche das Privatleben und das Recht, "in Ruhe gelassen zu werden", normieren. Der Staat muß einen Freiraum für wesentliche und wichtige Möglichkeiten der Persönlichkeit gewähren und gewährleisten. Die Intimsphäre eines Menschen, in der er seinen besonderen Interessen und Neigungen nachgeht, und mit anderen kommuniziert, war und ist ein besonderer Wert des Liberalismus. Dazu gehört auch das Recht auf Datenschutz, auf Achtung des Familienlebens, auf Achtung der Wohnung, auf Achtung der Kommunikation, insbesondere des Briefverkehrs und des Telefonkontakts.

Damit ist auch die uralte Trennung von Privatleben und Öffentlichkeit unter besonderem Schutz. Sie gehört zum liberalen Staat und zur bürgerlichen Gesellschaft wie die Marktverfassung und der demokratische Rechtsstaat. Wenn gesagt wurde, daß sich der ökonomische Liberalismus mit jeder politischen Theorie und Praxis verheiraten kann, so ist das beim politischen und rechtlichen Liberalismus nicht so. Sie können nur mit der Marktwirtschaft und Verkehrswirtschaft verbunden sein. Planwirtschaftliche Elemente, Dirigismus und Staatswirtschaft können zwar da und dort und in Ansätzen vorhanden sein, aber sie geraten mehr oder weniger mit dem Grundkonzept der wirtschaftlichen Freiheitsrechte in Konflikt.

Die Unterscheidung des politischen und des privaten Bereichs des Gesellschaftslebens ist freilich wie alles einem Wandel und Wechsel unterworfen. Die jüngere Geschichte handelt von der Aushöhlung des Gleichgewichts zwischen öffentlicher Sphäre und Privatsphäre, welche die Menschen mit jeweils unterschiedlichen Ausdrucksmöglichkeiten besetzen konnten. Das 20. Jhdt hat eine besondere Erfahrung mit totalitären Systemen, die eine Privatsphäre weder anerkennen noch gewährleisten. Deshalb steht und fällt liberales Gedankengut mit der Wahrung oder Zerstörung des Abstandes des Politischen und Öffentlichen zum Privaten.

Öffentlich soll sein, was auf das politische Gemeinwesen, insbesondere auf den Staat, bezug nimmt. Er soll in seinen Funktionen öffentlich sein. Die Öffentlichkeit soll ein Prüfstein der Rechtmäßigkeit und Richtigkeit der Akte und Aktionen der Staatsorgane sein. Deshalb ist nach dem B-VG Öffentlichkeit als relative Richtigkeitsgewähr für alle Staatsfunktionen zumindest teilweise garantiert. Davon sollen hier nur die öffentlichen Verhandlungen in den Parlamenten und Gerichten hervorgehoben werden.

Die verfassungsgesetzlich festgelegte Auskunftspflicht aller Verwaltungsorgane und aller Organe anderer Körperschaften öffentlichen Rechts, die allerdings durch die eingeschränkte sogenannte Amtsverschwiegenheit und gesetzliche Verschwiegenheitspflichten beschränkt ist, ergänzt die Regelungen über die Öffentlichkeit.

Das Wichtigste des liberalen Gedankengutes hat in den Freiheitsrechten und ihrer Gewährleistung seinen positiv-rechtlichen Niederschlag gefunden. "Die Einrichtung des modernen Rechtsstaates, des Rechtsstaates im formellen Sinn des Wortes, ist die typische verfassungsrechtliche Ausprägung des Liberalismus." Dabei gibt das B-VG diesen rechtsstaatlichen Gedanken "die rechtliche Form unter gleichzeitiger Nutzenanwendung des volksherrschaftlichen Gedankens durch die Bestimmung des Art 18 Abs 1: "Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur aufgrund der Gesetze ausgeübt werden." ... Der liberalen Sinnggebung dieses Grundsatzes ... wird nur durch die Auslegung Genüge geleistet, daß inhaltserfüllte, die Form und den Gegenstand der staatlichen Verwaltung im wesentlichen regelnde Gesetze im formellen Sinn als Grundlage der Verwaltung fungieren." (Merkl aaO S 97)

Der Liberalismus hat versucht, durch Verfassung und Gesetz Staatsmacht aufzuteilen, in Rechtsbeziehungen aufzulösen und persönliche Herrschaft durch die Herrschaft von Verfassung und Gesetz zu ersetzen. Der Staat sollte gewissermaßen in Recht verwandelt werden. Durch die Etablierung dieses "Rechtsstaates", in dem Macht rationalisiert, legalisiert und entpersonalisiert ist, sollte es zur Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit des Staates durch Recht im vorhinein und zur Meßbarkeit und Kontrollierbarkeit im nachhinein kommen.

Friedrich Julius Stahl, der konservative Begründer der Theorie der preussischen Monarchie, prägte eine Formulierung vom Rechtsstaat, welche von vielen übernommen wurde:

"Der Staat soll Rechtsstaat sein, das ist die Losung, und ist auch in Wahrheit der Entwicklungstrieb der neueren Zeit. Er soll die Bahnen und Grenzen seiner Wirksamkeit wie die freie Sphäre seiner Bürger in der Weise des Rechts genau bestimmen und unverbrüchlich sichern und soll die sittlichen Ideen von Staats wegen, also direkt, nicht weiter verwirklichen (erzwingen), als er der Rechtssphäre angehört, d.i. nur bis zur notwendigsten Umzäunung. Dies ist der Begriff des Rechtsstaates, nicht etwa, daß der Staat bloß die Rechtsordnung handhabe ohne administrative Zwecke, oder vollends bloß die Rechte der einzelnen schütze, er bedeutet überhaupt nicht Ziel und Inhalt des Staates, sondern nur Art und Charakter, dieselben zu verwirklichen."

Das anglo-amerikanische Schlagwort von der Regierung der Gesetze und nicht der Menschen ("rule of law and not of men") hat dagegen im Gesetz vor allem die demokratische Legitimation der Staatsmacht und den Parlamentarismus gesehen, wobei dieser nie unbeschränkt, sondern immer in maßvoller Selbstbeschränkung verstanden wurde.

Der Staat muß nach dem B-VG Rechtsstaat sein. Durch die Bindung der Gesetzgebung an die Verfassung und durch die Bindung der Vollziehung an inhaltserfüllte Gesetze, welche Organisation, Verhalten und Verfahren von Verwaltung und Gerichtsbarkeit festlegen, soll der Staat in seiner Tätigkeit vorhersehbar und berechenbar, meßbar und kontrollierbar sein.

Die Herrschaft von Verfassung und Gesetz, also die Normierung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung und der Gesetzmäßigkeit der Vollziehung in Gestalt von Verwaltung und Gerichtsbarkeit wäre aber nur ein frommer Wunsch an die Adresse der Staatsorgane, gäbe es nicht ein umfassendes System von Rechtsschutz- und Kontrolleinrichtungen.

Von den 8 Hauptstücken des B-VG sind daher drei ganz der Kontrolle gewidmet. Österreich ist ein Mutter- und Musterland der Rechtskontrolle. Rechnungs- und Gebarungskontrolle durch den Rechnungshof, Garantien der Verfassung und Verwaltung durch die unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern und den Verwaltungsgerichtshof in Wien sowie den vielzuständigen Verfassungsgerichtshof und die Volksanwaltschaft, bei der sich jedermann wegen behaupteter Mißstände in der Verwaltung beschweren kann, werden ergänzt durch weitere Kontroll- und Rechtsschutzeinrichtungen. Sie betreffen insbesondere die politische und finanzielle Kontrolle und den Rechtsschutz innerhalb von Gerichtsbarkeit und Verwaltung. Letztlich kontrollieren Gesellschaft und Öffentlichkeit, insbesondere durch die Massenmedien die Staatsmacht.

Rechtstechnischer Ausdruck liberalen Gedankenguts sind auch alle Arten der Verantwortlichkeiten und Staatshaftung. So wie die Rechtsschutzeinrichtungen und Kontrollen sind die Verantwortlichkeiten von Amtsträgern und die Haftung des Staates für Schäden Rechtsmittel in einem weiteren Sinn, die der Durchsetzung der Rechtsordnung dienen. Während die verschiedenen Arten der Ministerverantwortlichkeit seit der konstitutionellen Monarchie einem Bedeutungswandel und zum großen Teil auch einem Bedeutungsverlust unterworfen sind, da ihre Geltendmachung nicht den Minderheiten im Parlament als der Opposition oder Teilen der Bevölkerung anvertraut ist, sondern einfacher und qualifizierter Mehrheit, hat die Haftung des Staates an Bedeutung für die Bürger gewonnen. Die verschiedenen, den Staat im weitesten Sinn bildenden Rechtsträger wie Bund, Länder, Gemeinden, Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts haften für Schäden, den die als ihre Organe handelnden Personen in Vollziehung der Gesetze durch ein rechtswidriges Verhalten schuldhaft zugefügt haben.

Eine besondere Staatshaftung sieht Art 50 MRK vor.

Abgesehen von anderen öffentlich-rechtlichen Entschädigungsansprüchen aufgrund besonderer Gesetze legt das Polizeibefugnis-Entschädigungsgesetz eine verschuldensunabhängige Haftung des Bundes für Schäden fest, die von einem Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes bei der

Ausübung von Zwangsbefugnissen nach dem Waffengebrauchsgesetz unmittelbar verursacht wurden.

Im übrigen haften die Rechtsträger auch nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts.

Der Abschnitt B des Dritten die Vollziehung des Bundes betreffenden Hauptstückes "Gerichtsbarkeit" übernimmt das liberale Gedankengut der Dezember-Verfassung 1867. Er trägt der Auffassung Rechnung, daß die Justiz von besonderem Vertrauen gegenüber dem Staat getragen ist. Der Grund dafür liegt in der Unabhängigkeit der Richter.

Die Justiz ist von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt (Art 94 B-VG).

Jede Behörde muß entweder Gerichts- oder Verwaltungsbehörde sein, ein- und dieselbe Behörde darf nicht zugleich Gerichts- und Verwaltungsbehörde sein, Verwaltungsbeamte können nicht gleichzeitig Richter sein.

Ein Instanzenzug von einer Verwaltungsbehörde an ein Gericht - oder umgekehrt - ist ausgeschlossen, ebenso eine Weisung von Organen der Verwaltung an Organe der Gerichtsbarkeit und umgekehrt.

Alle Aufgaben der Vollziehung in Verwaltung und Gerichtsbarkeit müssen vom Gesetzgeber nach objektiven Kriterien entweder der Justiz oder der Verwaltung übertragen werden. Sie dürfen nicht zur Entscheidung in derselben Sache berufen sein. Ausnahmen von diesem gewaltentrennenden Organisationsprinzip sind nur aufgrund der Verfassung selbst möglich.

"Die Rahmenregelung der Richterernennung durch Art 86 zielt auf die Herstellung und Bewahrung des vom Vertrauen des Volkes getragenen Richterstandes ab. Bei der Grundeinstellung der Verfassung ist es selbstverständlich, daß die richterliche Unabhängigkeit als das vermeintliche oder wirkliche Paladium der bürgerlichen Freiheit in der gewohnten und bewährten rechtstechnischen Weise in der Verfassung verankert ist (Art 87 und 88).

Nach Art 87 B-VG sind die Richter in Ausübung ihres richterlichen Amtes unabhängig. Außerdem wird gemäß Art 88 B-VG in der Gerichtsverfassung eine Altersgrenze bestimmt, nach deren Erreichung die Richter in den dauernden Ruhestand zu versetzen sind (Abs 1). Im übrigen dürfen Richter nur in den vom Gesetz vorgeschriebenen Fällen und Formen aufgrund eines förmlichen richterlichen Erkenntnisses ihres Amtes entsetzt oder wider ihren Willen an eine andere Stelle oder in den Ruhestand versetzt werden.....

Das Gesetz kann zwar verhüten, daß ein Richter wegen seiner Rechtsprechung versetzt oder in den Ruhestand versetzt wird, kann aber nicht Benachteiligungen im Richteravancement, durch die letztlich die prozessuale Haltung des Gerichtes beeinflußt werden soll, verhindern.

Die zwingende Vorschrift des mündlichen, öffentlichen Zivil- und Strafprozesses und die Einrichtung des Anklageprozesses im Strafverfahren sind altes liberales Gedankengut (Art 90)."

(Adolf Merkl aaO. S.98f).

Der in Art 87 Abs 3 festgelegte Grundsatz der festen Geschäftsverteilung bedeutet, daß für jede Rechtssache im vorhinein das zuständige Gericht und auch die jeweils zuständigen Richter bestimmt sind. Damit wird dem liberalen Grundrecht auf den gesetzlichen Richter entsprochen und die Unabhängigkeit der Justiz gesichert. Wie durch den Art 18 Abs 1 B-VG und die damit in Verbindung stehenden Rechtsschutz- und Kontrolleinrichtungen ist damit der Abschnitt über die Gerichtsbarkeit eine Verwirklichung der liberalen Forderung nach Rechtssicherheit. Der Staat soll zumindest in allen seinen hoheitlichen Vollzugsformen vorhersehbar und berechenbar, meßbar und kontrollierbar sein. Durch die Bindung an Verfassung und Gesetz soll er mit seiner Befehls- und Zwangsgewalt im Dienste der Gemeinschaft der Staatsbürger stehen.

Zum eisernen liberalen Normenbestand gehört das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art 83 Abs 2), das als umfassendes Recht auf die zuständige Behörde verstanden wird.

Der Sicherung der liberalen Rechtsauffassung dient das Verbot der Militärgerichtsbarkeit (Art 84), wiewgleich diese Sondergerichtsbarkeit für Kriegszeiten vorbehalten bleibt.

Zu den liberalen Gedankengut ausdrückenden Regelungen über die Gerichtsbarkeit und den gesetzlichen Richter gehören insbesondere auch die Bestimmungen des Art 6 MRK:

- "(1) Jedermann hat Anspruch darauf, daß seine Sache in billiger Weise und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über die Stichhaltigkeit der gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Anklage zu entscheiden hat. Das Urteil muß öffentlich verkündet werden, jedoch kann die Presse und die Öffentlichkeit während der gesamten Verhandlung oder eines Teiles derselben im Interesse der Sittlichkeit, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit in einem demokratischen Staat ausgeschlossen werden, oder wenn die Interessen von Jugendlichen oder der Schutz des Privatlebens der Prozeßparteien es verlangen, oder, und zwar unter besonderen Umständen, wenn die öffentliche Verhandlung die Interessen der Rechtspflege beeinträchtigen würde, in diesem Fall jedoch nur in den nach Auffassung des Gerichts erforderlichen Umfang.
- (2) Bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld wird vermutet, daß der wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte unschuldig ist."

Jeder Angeklagte hat ein Minimum besonderer Rechte.

Dieser strafprozessuale Mindeststandard ist eine Ausprägung des Gebotes eines fairen Verfahrens, das als solches über dieses Minimum hinausgeht. Vom Minimum sollen das Recht auf Akteneinsicht und auf ausreichenden Kontakt mit einem Verteidiger ("Waffengleichheit"), der Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand für mittellose

Beschuldigte im Interesse der Rechtspflege, das Recht auf Beiziehung eines Dolmetschers hervorgehoben werden.

Gemäß Art 7 MRK kann niemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach inländischem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Ebenso darf keine höhere Strafe als die im Zeitpunkt der Begehung der strafbaren Handlung angedrohte Strafe verhängt werden.

Damit ist auch das Verbot rückwirkender Strafgesetze, der Grundsatz "Keine Strafe ohne Gesetz", ein Analogieverbot und das sich auch aus Art 18 Abs 1 B-VG ergebende Bestimmtheits- und Klarheitsgebot festgelegt.

Indem dem Bundesheer die militärische Landesverteidigung obliegt und es nach dem Prinzip der Eingliederung in die Vollziehung des Bundes gestaltet ist, verwirklicht das B-VG auch hier liberale Vorstellungen. Das gilt auch für die durch die Verfassung bestimmten Fälle der Inanspruchnahme der Mitwirkung des Bundesheeres durch die gesetzmäßige zivile Gewalt. Es ist bestimmt zum Schutz der verfassungsmäßigen Einrichtungen und ihrer Handlungsfähigkeit sowie der demokratischen Freiheiten der Einwohner und zur Aufrechterhaltung der Ordnung und Sicherheit im Inneren überhaupt, sowie zur Hilfeleistung bei Elementarereignissen und Unglücksfällen außergewöhnlichen Umfangs. Diese Rechtsgüter sind besondere Werte der liberalen Anschauungsweise. Dazu gehört auch, daß die Aufgaben des Heeres verfassungsgesetzlich abschließend geregelt sind und daß die Zuständigkeiten der zivilen Behörden gewahrt bleiben. Nur im äußersten Notfall können sie auch vorübergehend von militärischen Organen wahrgenommen werden (Art 79 B-VG).

Die Abschaffung der Todesstrafe, die Aufhebung der Militärgerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der Bundesversammlung zur Beschlußfassung über eine Kriegserklärung sind - unbeschadet der materiellen Derogation dieser Regelung - in Verbindung mit dem Grundrecht auf Schutz des menschlichen Lebens normativer Niederschlag liberaler Weltanschauung. Denn nach ihr ist das Leben des Menschen ein Höchstwert.

3. Drei Weise aus Österreich und die Verfassung

Man hat dem Liberalismus kontinental-europäischer Prägung Rationalismus vorgeworfen. Macht könne nie und nimmer rationalisiert werden. Politik sei immer irrational oder zumindest auch irrational. Die Staatsmacht könne nicht in Rechtsbeziehungen aufgelöst und entpersonalisiert werden. Demokratisierung und Rationalisierung der Macht seien zum Scheitern verurteilt. Die Herrschaft der Gesetze sei letztlich im Alltag Herrschaft von Menschen über Menschen. Die Herrschaft der Gesetze sei zwar ein Ideal, aber alle Erfahrungen sprächen dagegen. Man kann aber all dem entgegenhalten, daß der Liberalismus viele Erfahrungen in Recht umgesetzt hat. Er hat nicht Institutionen und Individuen nach einem Ideal in einen politischen Plan gepreßt. Er hat sie im Sinne alter Erfahrungen organisiert. Aufgrund der Erfahrungen mit Machthabern lehrten schon antike Denker, daß politische Freiheit nur dann besteht, wenn die Macht nicht mißbraucht wird. Eine ewige Erfahrung lehrt jedoch, wie Montesquieu sagt, daß jeder Mensch, der Macht hat, dazu getrieben wird, sie zu mißbrauchen. "Er geht immer weiter, bis er an Grenzen stößt. Wer hätte das gedacht: Sogar die Tugend hat Grenzen nötig. Damit die Macht nicht mißbraucht werden kann, ist es nötig, durch Anordnung der Dinge zu bewirken, daß die Macht die Macht bremst." Daher sieht die Verfassung so viele Rechts- und Machträger vor, legt Verbands- und Organzuständigkeiten nach Gegenstand, Raum und Zeit fest, setzt viele Mittel ein, um die Macht in Bahnen und Schranken zu halten und legt Inter- und Intraorgankontrollen fest.

Sie bindet die Machträger an Gesetze, verbindet sie durch Organkontrollen in diversen Verfahren und gewährleistet dies alles durch unabhängige Einrichtungen wie Gerichts- und Rechnungshöfe.

Sie vertraut keinem einzelnen eine Staatsfunktion an und sie vertraut selten dem einzelnen in den Staatsfunktionen. Man kann sich ja auf einen einzelnen erfahrungsgemäß nicht ganz verlassen. Sie vertraut aber auf Wahlen und auf den politischen Wettbewerb vorher und nachher. Denn jeder Wettbewerb bringt neue Entdeckungen und Informationen. Aufgrund der Erfahrung können wir nicht annehmen, daß man sich auf die Weisheit und Güte einzelner verlassen kann. Das B-VG geht davon aus, daß Gruppenentscheidungen und Gruppenkontrollen die funktionsfähigste gesellschaftliche Organisationsform sind. Sie verhindern vor allem, daß ein einzelner in ihnen allzu viel Schaden anrichtet.

Die österreichische Bundesverfassung ist auch von der Erfahrung geprägt, daß irren menschlich ist. In jeder Rechtsetzung und Rechtsprechung, in jedem Staatsbereich kommen Fehler vor, sodaß die Verfassung den Fehler in allen Staatsfunktionen einkalkulieren muß. Der Fehlerkalkül ist auf allen Stufen der Rechtserzeugung institutionalisiert. Dementsprechend gibt es so viele Rechtsschutz- und Kontrolleinrichtungen.

Die Unwissenheit in bezug auf die Zukunft ist unser aller Problem. Deshalb geht die Verfassung auf diese Unwissenheit in besonderer Weise ein und von ihr aus. Sie sagt nicht, wohin die Reise

geht oder wo es "lang geht". Insofern berücksichtigt sie in ihrem Aufbau und Inhalt, in ihren Organen und Verfahren, in ihren Grundrechten und Grundsätzen Gedanken, welche von den drei größten politischen Denkern Österreichs in diesem Jahrhundert formuliert worden sind.

Der größte österreichische Freiheitsdenker Friedrich August von Hayek argumentiert für die individuelle Freiheit vor allem aus der Erkenntnis unserer Unwissenheit. Wenn man weiß, daß wir wenig wissen und daß auch niemand weiß, was uns als einzelnen frommt, ergibt sich die individuelle und politische Freiheit als Postulat der praktischen Vernunft. Jeder von uns befindet sich in Unkenntnis oder Ungewißheit eines großen Teiles dessen, von dem die Erreichung unserer Ziele abhängt. Der Mensch weiß wenig. Er ist informationsarm. Er neigt zum Irrtum, vor allem in Beziehung auf die Zukunft. Kein Mensch und keine Gruppe und daher auch keine Institution kann die Information über die Lebenssituationen aller besitzen und verarbeiten, die von einer politischen Entscheidung betroffen sind. Aufgrund dieser Unwissenheit darf niemand andere Lebensführungen und -räume inhaltlich bestimmen. Das Recht muß diesbezüglich individuelle Freiheiten gewähren und gewährleisten. Es muß die Grenzen dieser Freiheiten gegeneinander genau abstecken und gegenüber Eingriffen schützen.

Die Erfahrung, daß niemand von uns viel darüber weiß, was unser Wohl und unserer Nachkommen ausmachen wird, ist die Grundlage für ein demokratisches Wahlrecht und für ein freies Verfahren der Meinungs- und Willensbildung. Wie jeder Wettbewerb dient auch der politische Wettkampf als Entdeckungsverfahren der Nutzung des weitverstreuten Wissens in einer Gesellschaft. Durch die individuelle Freiheit und den politischen Wettbewerb und damit durch den Verzicht auf direkte Bestimmung der Individuen kann eine Gesellschaft freier Menschen von viel mehr Informationen und Kenntnissen Gebrauch machen, als die Vernunft des weisesten Herrschers erfassen könnte. Der Wettbewerb ist auch hier nicht zuletzt dadurch gerechtfertigt, daß man nicht weiß, was dabei herauskommt, und weil man durch ihn dem Zufall zum Recht verhilft.

Auch der größte Demokratiedenker Österreichs, Hans Kelsen, geht von unserer Unwissenheit aus. Wenn es nicht möglich ist, absolut gültige Normen zu erkennen, ist es auch nicht möglich, ein absolut gültiges Kriterium für die Entscheidung von Konflikten zwischen entgegengesetzten Interessen zu finden. Daher kann nur entweder das eine Interesse auf Kosten des anderen befriedigt oder ein Kompromiß zwischen beiden herbeigeführt werden. Wenn sozialer Friede als höchster Wert vorausgesetzt wird, wird die Kompromißlösung als gerecht erscheinen. Kompromißlösungen sind für Kelsen Ausdruck der Toleranz und Toleranz ist nicht zuletzt aufgrund unseres beschränkten Wissens anderen gegenüber notwendig. Für Kelsen steht die Idee der Freiheit im Zentrum der Demokratie. Es ist die Gleichheit in der Freiheit, die sowohl die individuelle als auch die politische Freiheit umfaßt.

Wenn absolute Wahrheit und absolute Werte menschlicher Erkenntnis verschlossen oder nur ansatzweise zugänglich sind, so muß jeder politischen Überzeugung die Möglichkeit gegeben werden, sich zu äußern und im freien Wettbewerb um die Gemüter sich geltend zu machen. Wir müssen nicht nur die eigene, sondern auch die fremde, ja die gegenteilige Meinung zumindest für möglich halten. Rede und Gegenrede im öffentlichen Polylog geben zumindest möglichst vielen die Chance, sich zu Wort zu melden und für die eigenen Werte in der Wirklichkeit zu werben.

Die politische Willensbildung nach dem Mehrheitsprinzip wird dementsprechend aus dem Gedanken begründet, daß möglichst viele Menschen frei seien, indem sie an der Ordnung der Gesellschaft mitwirken. Das Mehrheitsprinzip kann aus der Idee der Freiheit abgeleitet werden. Mehrheiten haben aber nicht mehr Recht im Sinne von mehr Wahrheit und daher auch keinen politischen Mehrwert. Politische Kräfte, welche die Mehrheit im Staat bilden und welche die Demokratie aufrecht erhalten wollen, müssen daher die Minderheit als politische Kraft aufrechterhalten und ihr Zugeständnisse machen. Die Mehrheit ist Bedrohung und doch auch Schutz der Freiheit. Es geht also nicht um das Mehrheitsprinzip, sondern um ein Mehrheits-Minderheits-Prinzip. So ist das ganze politische Verfahren, insbesondere auch der Weg der Gesetzgebung im weiteren Sinn mit seiner dialektisch-kontradiktorischen, auf Rede und Gegenrede, Argument und Gegenargument abgestellten Technik auf die Erzielung eines Kompromisses bei Schutz der Minderheit und Garantie der Freiheit ausgerichtet. So können Toleranz und Kompromiß den in der Verfassung festgelegten Regeln der Politik ein Mehr an Fairness und Gerechtigkeit vermitteln.

Sir Karl Raimund Popper sagte gern: "Ich weiß, daß ich nichts weiß und kaum das." Wie wenige Wissenschafts- und Erkenntnistheoretiker hat er auf die Politik und das politische Denken eingewirkt. Er hat die alte Frage "wer soll regieren?" durch eine neue ersetzt: "Wie kann man eine Regierung einigermaßen unter Druck halten, daß sie nicht allzu schlimme Dinge tut?" Und seine Antwort dazu war immer wieder: "Indem man sie absetzen kann." Es geht ihm also um politische Einrichtungen, in und unter denen schlechte und böse Menschen möglichst wenig Schaden stiften können. Das führt zu unserer Verfassung. Sie enthält auf allen Ebenen von der Gemeinde angefangen über das Land bis zum Bund ein Wahlrecht nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Das Proporzwahlrecht aber ermöglicht nur ganz selten die Absetzung der Regierung. Es hängt bei der gegebenen Parteienkonstellation weitgehend von den jeweiligen Parteiführungen ab, welche Gruppen miteinander koalieren und die Regierung bilden und welche Gruppen die Opposition übernehmen. Jede Wahl ist, wie man einmal gesagt hat, eine Fahrt ins Blaue, da das Wählervolk nicht weiß, oder besser nicht bestimmen kann, wer regiert und wer opponiert. Wir haben zwar ein gut durchdachtes System von Institutionen, das es möglich macht, den Machtgebrauch wirksam zu kontrollieren, Mißbräuche hintanzuhalten und möglichst auszuschließen, daß schlechte Politiker einen allzu großen Schaden stiften. Aber Absetzung ist durch Wahl schwer möglich, bestenfalls geht es um Denkmäler. Die Verfassung geht davon aus,

daß die Amtsträger und die politischen Parteien ständig bereit sind, aus ihren Irrtümern und Fehlern zu lernen. Aber wenn nicht Willen oder Fähigkeit zu lernen vorhanden sind, gibt es keine Sanktion, sondern nur eine neue oder erneuerte Koalition. Das Proporzwahlrecht läßt bei gegebener Parteienkonstellation andere Lösungen nicht zu.

Abgesehen von diesem grundlegenden Manko unserer Verfassung ist sie aber durch ihre Rechtstechnik durchaus im Dienste der politischen Freiheit. Da absolute Wahrheit und Werte unserer Erkenntnis verschlossen sind, geht es um kritische Prüfung und Diskussion möglichst vieler, um Fehler und Schwächen in Meinungen und Überzeugungen frühzeitig zu erkennen und auszuschalten. Es geht um Bereitschaft zur Kritik und um den öffentlichen Diskurs der Staatsorgane und Staatsbürger. Das Konzept unserer Verfassung ist das Konzept der offenen Gesellschaft. In ihr und durch sie gibt es Freiheit, aber keine schrankenlose. In ihr und durch sie gibt es vor allem Vielfalt. Diese Vielfalt an Meinungen, Rechtsträgern, Machträgern ermöglicht einen friedlichen Wettbewerb, öffentliche Kritik und Konfliktregelung durch und nach Diskurs und eine friedliche Veränderung ohne Gewalt.

Für Popper ist der Lauf der Welt weder vorherbestimmt noch zielgerichtet noch absolut erkennbar. Durch Versuch und Irrtum, "trial and error" können wir uns der Wahrheit nähern, indem wir unsere Vorstellungen immer wieder kritisch überprüfen und der Widerlegung freigeben. Nicht Antworten und Lösungen, sondern Fragen und immer wieder Fragen sind das wichtigste, auch in der Politik. Popper redete dem sog. "piecemeal engineering" das Wort. Es geht um eine Reform in Permanenz, um ein schrittweises, probierendes Reformieren, bei ständiger kritischer Überprüfung der Resultate und eventuell auftretender Neben- und Fernwirkungen. Es geht um ein ständiges Lernen und Revidieren auf der Suche nach dem Gemeinwohl. Diese Suche wird von der Verfassung als Pflicht der Amtsträger wie selbstverständlich vorausgesetzt.

Unsere Verfassung geht auch von einem weiteren Postulat Poppers aus, nämlich, daß man, "um zu lernen, Fehler möglichst zu vermeiden, gerade von unseren Fehlern lernen muß." Wir müssen aus unseren Fehlern lernen, und nicht, wie man es so gerne tut, die Fehler wiederholen. Es gibt nur versuchen und irren. Alles Lernen kommt davon, daß man sich seines Irrtums bewußt wird und nicht über den Irrtum hinwegredet. "Es gibt daher keine Autoritäten; eine Autorität wäre jemand, der keinen Irrtum begehen könnte, der also nichts lernen kann, nicht mehr zu lernen braucht. Das aber gibt es nicht." Vor allem aber gibt es das nicht nach unserer Bundesverfassung. Das Irren ist ebenso geradezu vorausgesetzt wie der sog. Fehlerkalkül. Es gibt verfassungswidrige Gesetze, rechtswidrige Staatsverträge, gesetzwidrige Verordnungen, rechtswidrige Verwaltungsakte usw., aber sie können vom Verfassungsgerichtshof aufgehoben werden und dem Recht zur Verwirklichung geholfen werden. Ähnliches gilt für die Politik im allgemeinen. Die Autorität der Politik in ihren vielen Erscheinungsformen ist letztlich durch die Verfassung in Frage gestellt und der einzelne aufgefordert, immer wieder Fragen zu stellen.

Der Politikwissenschaftler K. W. Deutsch hat einmal gesagt, "wer Macht hat, braucht nicht zu lernen." Um Freiheit und Recht zu behalten, zu erhalten und zu fördern, ist aber lernen notwendig. Lernen ist vielleicht der wichtigste Sinn der Freiheit, wie sie die Verfassung meint.

Literatur (Auswahl)

Alfred Grosser, Der schmale Grad der Freiheit, München 1984

Friedrich August von Hayek, Die Verfassung der Freiheit, Tübingen 1971; Ursprünge und Wirkungen unserer Moral, in: Conturen, 1984, Nr. 15a/16a S. 61 ff

Wilhelm von Humboldt, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen, Reclams Universalbibliothek, o.J. Nr 1991, 1992

Hans Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, Neudruck der 2. Aufl., 1929, Aalen, 1963

Wolfgang Mantl, Liberalismus in Österreich - eine Spurensuche, in: Politische Perspektiven 2/94, S. 15 ff

Theo Mayer-Maly, Der liberale Gedanke und das Recht, in: Max Imboden/Friedrich Koja/René Marcic/Kurt Ringhofer/Robert Walter (Hg), Festschrift für A.J. Merkl, zum 80. Geburtstag, München - Salzburg, 1970, S. 247-254

Adolf J. Merkl, Die Baugesetze der österreichischen Bundesverfassung, in: Hans R. Klecatsky (Hg), Die Republik Österreich, Gestalt und Funktion ihrer Verfassung, Wien 1968, S. 77 ff; ders., Die politische Freiheit als Gegenstand wissenschaftlicher Erkenntnis, Anz.d.phil.hist. Klasse d. Öst. Akademie der Wissenschaften 1955, S. 285 ff; ders., Die ständisch-autoritäre Verfassung Österreichs (1935), S 8 ff

Franz Leopold Neumann, Demokratischer und autoritärer Staat, Studien zur politischen Theorie, Frankfurt-Wien, 1967

Josef Oelinger, Art Liberalismus, in: Alfred Klose, Wolfgang Mantl, Valentin Csifkovits, Katholisches Soziallexikon, Graz-Innsbruck-Köln-München Wien, 2. Aufl., 1980, p. 1652 ff

Guido de Ruggiero, Geschichte des Liberalismus in Europa, Neudruck der Ausgabe München 1930, Aalen, 1964

Heinrich Schneider, Die politische Freiheit, Freiheitszuwachs und Freiheitsentzug im 19. und 20. Jhdt., in: Ansgar Paus (Hg), Freiheit des Menschen, Graz-Wien-Köln 1974, S. 117 ff

Friedrich Julius Stahl, Rechts- und Staatslehre, 3. Aufl., 1878, Bd. 2, S. 137

Erich Streissler, Liberalismus, Marxismus und christliche Soziallehre, zur Frage der Grundannahmen, in: Politische Akademie (Hg.), Menschenbilder - Zukunftsbilder, Wien 1989, S. 17 ff; ders., Sozialevolutorische Ethik und Privatrecht, in: Franz Bydliniski/Theo Mayer-Maly (Hg.), Die ethischen Grundlagen des Privatrechts, Wien-New York 1994, S. 131 ff

Was heißt heute liberal? in: Die Zeit Nr 49/1994, S. 13 ff und Nr. 50/1994, S. 18 ff