

FREIHEIT UND RECHT
Kapitel 11 aus Giovanni Sartori: „Demokratietheorie“, Darmstadt 1992

www.duftner.com

1) Freiheit und Freiheiten

Der Begriff „Freiheit“ ist noch unbestimmter als jener der Demokratie. Um der Versuchung von „allgemeinen Spekulationen über die *wahre Wahrheit*“¹ zu widerstehen, sollte „Freiheit“ in einem politischen Kontext gesehen werden. Die Frage der politischen Freiheit ist in diesem Fall auch keine philosophische, sondern eine empirische.

Politische Freiheit meint nicht psychologische, moralische, wirtschaftliche, rechtliche, geistige oder gesellschaftliche. Sie stehen zueinander in Beziehung, aber fallen nicht zusammen. Wenig zielführend ist auch eine Vermischung mit der philosophischen Ebene, weil die Frage der politischen Freiheit eine praktische ist.

Es gibt drei Stadien des Freiheitsprozesses: *ich darf*, *ich kann*, oder *ich habe die Macht*. Ersteres meint das Erlaubtsein, das zweite die Fähigkeit und im letzten sind weitere Bedingungen, wie beispielsweise materielle, nötig. Sartori beschränkt sich auf *Freiheit als Erlaubnis* und *Freiheit als Fähigkeit*, da sie sich einander bedingen. Die Unterscheidung zwischen *Dürfen* und *Können* ist gleich der äußeren und inneren Sphäre von Freiheit. Können meint innere Fähigkeiten wie „Autonomie“, „Selbstverwirklichung“ und „Wille“. „Unabhängigkeit“, „Schutz“ und „Handlung“ beziehen sich nicht auf Freiheit als Fähigkeit, sondern auf eine äußere Verwirklichung von Freiheit. Somit ist politische Freiheit keine innere, sondern instrumentell und relational. Ihr wesentlicher Zweck ist „die Schaffung einer freien Situation“².

2) Politische Freiheit

Freiheit soll immer auch in Beziehung zu Unfreiheit gestellt werden, nur wer weiß, was unfrei bedeutet, kann erkennen, was frei ist.

Sartori zieht Hobbes heran, um politische Freiheit als negative bzw. schützende zu definieren. Freiheit bedeutet das Fehlen von äußeren Hindernissen, Einschränkungen und Zwängen, es ist eine Freiheit *von* und keine Freiheit *zu*.

Die Französische Revolution kämpfte für eine Verteidigung der Freiheit gegen die Macht. Es wurde nicht für soziale und wirtschaftliche Freiheit mit Hilfe des Staates gekämpft, sondern für eine individuelle und politische Freiheit gegen den Staat. Nicht primär eine philosophisch/individualistische Überzeugung war Grundlage der Revolution, vielmehr ein

¹ Sartori, G: Freiheit und Recht, S 291 – 325. In: Demokratietheorie (1992), S 291.

² Sartori, G: Freiheit und Recht, S 291 – 325. In: Demokratietheorie (1992), S 294.

politischer Wunsch oder Wille, sich von Bevormundung und Standesfesseln endlich zu befreien.

Politische Freiheit meint immer die Freiheit des Bürgers und nicht des Staates, sie ist die Macht der Machtobjekte. Die Frage ist, wie das schwächere Machtobjekt sowie verlierende Mächte, vor der stärkeren Macht geschützt werden können. Ein Bürger ist nur insofern frei, als er dem mächtigeren widerstehen kann. Somit ist es „Freiheit *von*, weil es Freiheit *für* die Schwächeren ist“³.

Hobbes „Abwesenheit von Hindernissen“ meint nicht willkürliche Freiheit. Politische Freiheit bietet Schutz der Regierten vor einem Machtmißbrauch der Regierenden. Doch wo ist die Grenze zwischen legitimer und illegitimer Machtausübung? Hierzu gilt es vorerst zwei Fragen zu beantworten, nämlich: Was ist schützenswert?, und: Ist dies gefährdet bzw. wie stark ist die Bedrohung?. Die Definition dessen wird von kulturellen Gegebenheiten bestimmt. In der liberaldemokratischen Zivilisation sind es christliche Moralgrundsätze, natürliche Rechte, Nutzenkalkül sowie Ethik.

Die nächste Frage, die es zu stellen gilt, ist, ob der negative bzw. schützende Freiheitsbegriff ein angemessener ist? Hierzu zieht Sartori Clinton Rossiter hinzu, der den Freiheitsbegriff über vier Bestandteile definiert: *Unabhängigkeit* im Sinn von möglichst wenig äußeren Beschränkungen und *Privatheit*, als Autonomie auch gegen gesellschaftlichen Druck, bilden die erste Hälfte. Der zweite Teil ergänzt den negativen (frei von) um den positiven (frei zu), mit *Chance* und *Macht*. Damit Unklarheiten zwischen Fähigkeit *zu* und Macht ausgeschlossen werden können, fügt Sartori „Fähigkeit“ hinzu. Nun lautet der vollständige Freiheitsbegriff: Unabhängigkeit, Privatheit, Fähigkeit, Chance und Macht.

Es besteht eine Beziehung zwischen der negativen/beschützenden und der positiven Hälfte insofern, als ersteres die Bedingung und zweiteres die Folge daraus ist. Sartori bezeichnet dies als *Ablaufbeziehung*, an deren ersten Stelle Unabhängigkeit, sowie Privatheit im Sinne des klassischen Liberalismus gesetzt werden sollte, da sie die notwendigen Voraussetzungen bilden um „frei zu...“ sein. Aufgrund der Ablaufbeziehung wird die politische Freiheit, die als äußere verstanden wird, als Vorbedingung für alle anderen. Wodurch andere Freiheiten nicht minder bewertet werden sollen, denn sie sind für sich alleinstehend ebenso unvollständig wie „politische Freiheit“ isoliert betrachtet. Sie bedingen sich einander und ihre Vollständigkeit erreichen sie erst in einer bestimmten Reihenfolge. „Wir brauchen Freiheit *von*, um Freiheit *zu* gewinnen“⁴.

³ Sartori, G: Freiheit und Recht, S 291 – 325. In: Demokratietheorie (1992), S 296.

⁴ Sartori, G: Freiheit und Recht, S 291 – 325. In: Demokratietheorie (1992), S 298.

Das Kräfteverhältnis zwischen Staat und Bürger ist ein ungleiches, der Bürger ist unweigerlich der Schwächere und muß daher vor dem Staat geschützt werden, damit besteht seine Freiheit in Schutzmechanismen. Politische Freiheit, also Unabhängigkeit *von* schützt das Individuum und ermöglicht ihm eine Wahl. Diese *Wahlfreiheit* wird durch alle weiteren Bedingungen größer und wirksamer. Privatheit ermöglicht eine Wahl ohne äußeren Druck, Fähigkeit ist eine Erweiterung der verfügbaren Wahlmöglichkeiten, Chancen sind das Erreichbarwerden von Möglichkeiten, derer man wählen kann und Macht ist in Verbindung mit Freiheit die gleichmachende Bedingung, sie sorgt für eine *gleiche Wahlfreiheit*. Wahlfreiheit bietet den Handelnden verschiedene Handlungsmöglichkeiten, sie ist keine relationale. Die politische hingegen spielt sich zwischen den Akteuren ab, „die alle gleichermaßen und aufeinander bezogen ihre Freiheiten haben müssen“⁵.

3) Liberale Freiheit

Die politische Freiheit verlangt aus praktischer Sicht *Schutz*. Dieser ist am ehesten durch gewissen „Spielregeln“ zu gewährleisten, also Gesetzen zu gehorchen und nicht einem Herrscher. Daher besteht eine enge Verbindung zwischen politischer und rechtlicher Freiheit. Freiheit unter dem und durch das Recht.

Sartori zählt drei rechtliche Lösungsansätze auf: Der griechische Ansatz, der aus heutiger Sicht an einer unbegrenzten legislativen Macht scheiterte, die sich auf das Volk als Souverän stützte und sich selbst über das Gesetz stellte. Alles ist Gesetz, was dem Volk gefällt. Der römische, der einen indirekten Beitrag zur Idee der Legalität leistete, die in einer erneuerten Version der angelsächsischen Herrschaft des Rechts zugrunde liegt. Der dritte Lösungsansatz ist der liberale, der Konstitutionalismus. Hier wurde ein Ausgleich zwischen der Regierung durch Menschen und der Regierung durch Gesetze institutionalisiert.

Es gibt zwei Möglichkeiten das Freiheitsproblem rechtlich zu lösen, erstens Regierung durch den Gesetzgeber oder zweitens Herrschaft des Rechts. Durch den legislativen Ansatz besteht die Gefahr darin, daß Menschen trotz der Gesetze tyrannisch durch andere regiert werden, somit die Schutzfunktion des Gesetzes aufgehoben wird. Die Herrschaft des Rechts hingegen sichert nicht an sich die politische Freiheit, weiters besteht die Gefahr eines Stillstandes, wenn diese Rechtsherrschaft in der Findung des Rechts liegt. Drittens haben Richter die Möglichkeit sich auch als Rechtssetzer und nicht nur als Rechtsfinder zu verstehen.

Der liberale Konstitutionalismus versucht die Vorteile beider zu verbinden und die Nachteile möglichst gering zu halten. Prinzipiell gilt hier die Herrschaft durch den Gesetzgeber, doch zum einen wird dieser über einen streng vorgegebenen Weg kontrolliert und

⁵ Sartori, G: Freiheit und Recht, S 291 – 325. In: Demokratietheorie (1992), S 300.

zum anderen wird der Bereich der Gesetzgebung durch höheres (primäres) Recht eingeschränkt. So können beispielsweise Freiheitsrechte nicht oder nur sehr schwer verändert werden. Konstitutionelle Systeme, die faktisch liberale Systeme sind, bilden die Lösung des Problems der politischen Freiheit, in dem sie ein dynamisches Verständnis des rechtlichen Freiheitsbegriffs suchen. Daher ist es unmöglich von politischer Freiheit zu sprechen, ohne vom Liberalismus zu sprechen.

4) Der Vorrang des Rechts bei Rousseau

Sartori verweist auf Rousseau, der von GESETZEN spricht, die sehr allgemeine, grundlegende, alte und so gut wie unveränderliche höchste Gesetze sind. Diese Gesetze entspringen dem *volonté générale*, „der unfehlbare Instinkt, der uns zur Beurteilung der Gesetze befähigt und uns als GESETZ nur das GERECHTE das WAHRE GESETZ annehmen läßt“⁶. Rousseau erhoffte sich ein System, daß die Gesetzgebung unter Kontrolle hält, in dem er diesen allgemeinen Gesetzen den Vorrang einräumte. Diese allgemeinen Gesetze durften in Rousseaus Augen auch nicht veränderbar sein, denn diese sichern die Freiheit. Er konnte auch nicht die legislative Auffassung des Rechts im konstitutionellen Sinn gutheißen.

5) Autonomie: eine Kritik

Für Sartori hat der Begriff der Autonomie nur insofern etwas mit Freiheit zu tun, als er ausschließlich in abgeschwächter Form zur Bestimmung dieser dient. Der Autonomiebegriff ist ein innerer, denn mein Wille kann frei bleiben, auch wenn ich im Gefängnis sitze. Die innere Freiheit löst im Grunde nicht das Problem der äußeren, der politischen Freiheit. Im Gefängnis können meine Handlungen nicht frei sein, mein Wollen jedoch schon.

6) Das Prinzip der abnehmenden Konsequenz

Der Autor warnt davor, die Repräsentationsdemokratie als eine andere Form von Autonomie zu verstehen sowie diese als Freiheit zu sehen. Frei sind wir nicht, weil wir die von den Repräsentanten gemachten Gesetze wollten, sondern weil wir ihre Macht, Gesetze zu erlassen einschränken und kontrollieren können. Diese These untermauert Sartori mit einem Zitat von Mill aus seinem Werk *Über die Freiheit*: „Die Selbstregierung, von der man spricht, ist nicht die Regierung jedes einzelnen durch sich selbst, sondern jedes einzelnen durch alle übrigen“.

7) Von der Herrschaft des Rechts zur Herrschaft der Gesetzgeber

Nach Montesquieu sind wir frei, weil wir „bürgerlichen Gesetzen“ unterworfen sind. Daraus leitet sich die Frage ab, was denn überhaupt bürgerliche Gesetze seien bzw. was Recht im eigentlichen Sinn bedeute? Das lateinische „*ius*“ wurde im Laufe der Rechtsgeschichte mit „*iustum*“ (Gerechtigkeit) verbunden und so bedeutet Recht (*ius*) eben auch Gerechtigkeit. Recht ist keine aufgezwungene Regel, sondern Ausdruck einer gemeinschaftlichen Definition von Gerechtigkeit. Recht war nicht nur Form, sondern auch Inhalt.

Sartori kritisiert hierzu besonders die Rechtspositivisten, nach denen Recht nur nach formalen Kriterien beurteilt wird und nicht nach ihren Inhalten, sich also von „iustum“ trennt. So besteht die Gefahr, daß die Gesetzgebung tyrannisch und zugleich legal sein kann. In diesem Fall kommt das Recht seinem eigentlichen Zweck, Freiheit zu sichern, nicht mehr nahe, sondern Recht wird vielmehr dazu benutzt, Freiheit zu untergraben.

Die praktische Frage des Rechts beschäftigt sich damit, wer und wie Recht schafft und wer es auslegt? Der Gesetzgeber muß dem Recht ebenso unterworfen sein, wie die Bürger. Die Verfassung legt die Bedingungen sowohl in Form als auch in Inhalt für den Gesetzgebungsvorgang fest und der Gesetzgeber hat sich in regelmäßigen Wahlen seinen Bürgern zu stellen. Somit sind die Machtinhaber eines Staates nicht mit einer willkürlichen Macht ausgestattet, sondern durch ihre repräsentative Rolle begrenzt und gebunden.

Aus der Herrschaft des Rechts wurde letztendlich wieder eine Herrschaft der Gesetzgeber, da Verfassungen wie auch Gesetze von Organen in Kraft gesetzt wurden, deren Mitglieder eben gewählte Repräsentanten waren. So kam es, daß geschriebenes Recht primär den Willen der eben herrschenden Mehrheiten widerspiegelte. Dadurch wird Recht automatisch mit Gesetzgebung gleichgesetzt und „es tritt eine 'Willens-' oder 'Befehls-Auffassung' des Rechts an die Stelle der gewohnheitsrechtlichen Auffassung (...), die durch rechtsfindende richterliche Entscheidungen definiert wurde.“⁷

Heute führt diese legislative Auffassung dazu, daß durch Gesetzgebung regiert wird, was sich in einer Gesetzesflut von minderer Qualität äußert. Der liberale Konstitutionalismus beabsichtigte nicht, daß Gesetzgeber die Aufgabe von Juristen übernehmen. Die gewählten Versammlungen sollten dazu dienen die Freiheit institutionell zu garantieren und die Regierung daran hindern, Gesetze nach Belieben zu ändern.

Eine zweite fundamentale Funktion des Rechts wird bei einer ständigen Veränderung von Gesetzen verletzt, die der Rechtssicherheit. Die Gesetze sind zwar formal richtig zustande gekommen, doch wer gibt die Garantie, daß ein Gesetz von heute, morgen noch gültig ist?

Eine weitere Gefahr sieht Sartori beim gesetzten Recht in der Auflösung der Legitimität durch die Legalität. Hier kann es zu zwei Entwicklungen kommen, die Rechtsfinder entwickeln sich zu Richtern, die Gesetze machen oder die Regierung kann frei über die Gesetzgebung verfügen. Aus diesem Grund warnt der Autor auch davor, Verfassungen zu demokratisieren, dies würde die konstitutionellen Garantien nur weiter aushöhlen.

⁶ Sartori, G: Freiheit und Recht, S 291 – 325. In: Demokratietheorie (1992), S 309

⁷ Sartori, G: Freiheit und Recht, S 291 – 325. In: Demokratietheorie (1992), S 321

Sartori bezieht sich auch auf den Vorwurf von Bentham, Gesetze seien eine Verletzung der Freiheit, weil Gesetze befehlen und verbieten. Freiheiten seien aber relational, also Freiheiten innerhalb unterschiedlicher Individuen, Gruppen und Organisationen. Jede Freiheit eines Akteurs ist somit durch die Unfreiheit der anderen, in sie einzugreifen definiert. Die zweite Grenze wird durch den Schädigungsgrundsatz gezogen. Freiheit heißt also nie Willkür sondern ist durch reziproke Unfreiheiten und durch Unfreiheit zu schädigen begrenzt.

Um ein politisches System zu konstruieren, das den Einzelnen nicht unterdrückt, sondern schützt, muß nach heutigem Wissensstand die Macht entpersonalisiert werden und das Recht über den Menschen gestellt werden. Dabei darf es jedoch nicht zu einer Herrschaft „im Namen des Gesetzes“ kommen. Dies kann durch die Konstitutionalisierung der Freiheit *von* verhindert werden, in dem folgende Bedingungen erfüllt werden: Freiheit unter dem Recht, nicht Autonomie und ein konstitutionelles System als unpersönliches Regierungsinstrument, nicht Volksmacht.

8) Kommentar

Schon im ersten Teil dieses Kapitels nimmt Sartori vorweg, daß die philosophische Dimension der Freiheit nicht mit der praktischen vermengt werden soll, um die Diskussion nicht ins Unendliche zu führen. Philosophische Antworten bilden jedoch oftmals den Grundstock für praktische Lösungsansätze.

So zieht Sartori selbst Rousseau heran, um die Bedeutung von allgemeinen GESETZEN, die Vorrang vor allen anderen haben, zu untermauern. Er begründet dies damit, daß Rousseau hierbei der kompromißloseste Verfechter war. Diese GESETZE gründen jedoch auf dem *volonté générale*, der in meinen Augen nur über einen philosophischen oder transzendenten Zugang verstanden werden kann. Würde man den *volonté générale* praktisch deuten, käme er eher einer Diktatur der Mehrheit nahe. Zweifelsohne ist die Idee Rousseaus, daß allgemeine GESETZE vorrangig sein sollen äußerst wichtig, doch ihr Entstehungsgedanke ist philosophisch und nicht praktisch.

Besonders klar beschreibt Sartori den Begriff der negativen bzw. in seinem Sinn der beschützenden Freiheit und jenen der positiven. Bei vielen Denkern wird eine relativ klare Trennlinie zwischen dem negativen, beispielsweise Hayek, und positiven, Rawls, Freiheitsbegriff gezogen. Sartori macht deutlich, daß beide einander bedingen, wohl in einer bestimmten Reihenfolge, doch die eine ist ohne die andere nichts wert.

Nach wie vor ist der letzte Punkt des Abschnitts „von der Herrschaft des Rechts zur Herrschaft der Gesetzgeber“ ein bedeutender, zumal heute in Österreich primär über das Er-

lassen von Gesetzen regiert wird. Nicht nur, daß Gesetze mehr oder weniger vom österreichischen Nationalrat entsprechend der Regierungsmehrheit abgesegnet werden, es können auch Gesetze mit einer qualifizierten Mehrheit in Verfassungsrang gehoben werden. So war es in Österreich bis vor kurzem Praxis, sich durch eine 2/3-Mehrheit im Nationalrat in friedlicher Sicherheit zu wiegen. Sagte der Verfassungsgerichtshof, ein Gesetz sei nicht verfassungskonform, wurde es eben vom NR auf Verfassungsstufe gestellt und der VfGH mußte ein Gesetz verteidigen, das er ursprünglich als verfassungswidrig beurteilte. So kann gesetztes Recht Legitimität durch Legalität auflösen.

Daß Gesetze einer dauernden Veränderung unterliegen ist schon lange nichts neues mehr, vor allem jetzt, da die Europäische Union als ein weitere Gesetzgeber hinzugefügt wurde. Um Rechtssicherheit eben noch gewährleisten zu können wäre zumindest eine Fixierung von gewissen „Basis-“ oder Bürgerrechten notwendig. Diese sind in Europa in vielfacher Form festgeschrieben und werden auch kontrolliert bzw. der Bürger hat die Möglichkeit, sie einzuklagen. Die Europäische Union hingegen konnte sich zwar zu einer Grundrechtscharta durchringen, diese wurde allerdings nicht zum Primärrecht der Union erhoben. Es bleibt abzuwarten, ob der EuGH die Charta in seinen Urteilen heranziehen wird und welche Bedeutung ihr dadurch beigemessen werden kann.

Sartori stellt auch ganz klar fest, daß Freiheit nie Willkür mit einschließt, sondern gibt der Formel: „die Freiheit des einen endet dort, wo die des anderen beginnt“ mehr Klarheit in dem er zwei Bedingungen nennt: Freiheit ist durch reziproke Unfreiheiten und Unfreiheit zum Schädigen begrenzt.