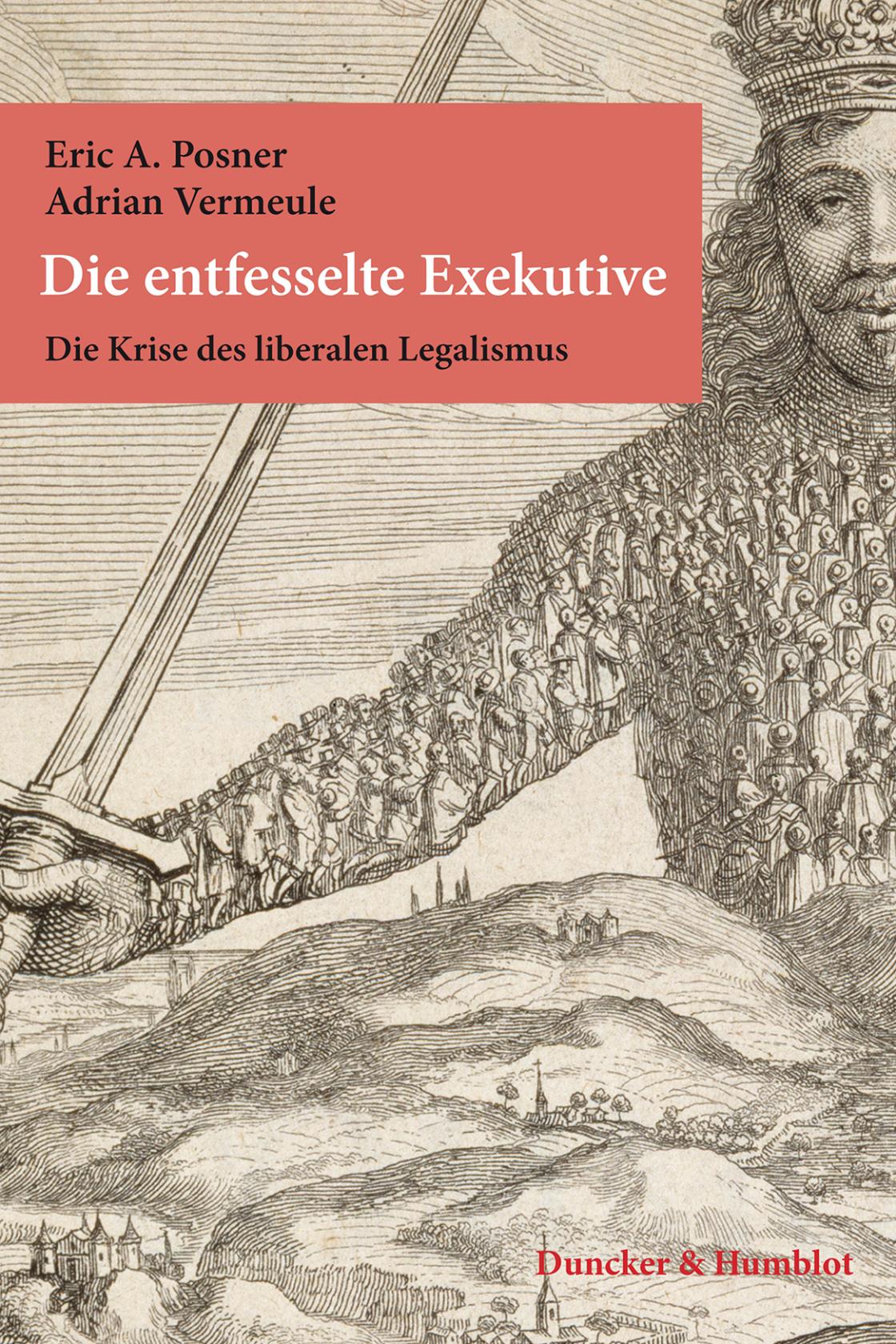


Eric A. Posner
Adrian Vermeule

Die entfesselte Exekutive

Die Krise des liberalen Legalismus



Duncker & Humblot

ERIC A. POSNER / ADRIAN VERMEULE

Die entfesselte Exekutive

Die entfesselte Exekutive

Die Krise des liberalen Legalismus

Von

Eric A. Posner
Adrian Vermeule

Aus dem Englischen übersetzt
von Karl Heinz Siber

Mit einem Geleitwort von Christian Lammert
und einer Einführung von Ellen Kennedy



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

The Executive Unbound: After the Madisonian Republic – First Edition was originally published in English in 2011. This translation is published by arrangement with Oxford University Press, New York

Die englische Originalausgabe erschien 2011 unter dem Titel „The Executive Unbound: After the Madisonian Republic“. Die deutsche Übersetzung erfolgte mit freundlicher Genehmigung des Verlags Oxford University Press, New York

© 2010 by Oxford University Press Inc.

Für die deutsche Ausgabe alle Rechte vorbehalten

© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: textforma(r)t Daniela Weiland, Göttingen

Druck: AZ Druck und Datentechnik, Berlin

Printed in Germany

Umschlag: Thomas Hobbes, Leviathan (Titelblatt)

© akg-images / British Library

ISBN 978-3-428-13850-0 (Print)

ISBN 978-3-428-53850-8 (E-Book)

ISBN 978-3-428-83850-9 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Geleitwort zur deutschen Ausgabe

Von *Christian Lammert*

Professor für die Politik Nordamerikas,
John-F.-Kennedy-Institut, FU Berlin

Publikationen zum politischen System der USA können immer aus zwei verschiedenen Perspektiven gelesen werden. Aus einem genuinen Interesse an den USA und ihrer spezifischen politischen Ordnung oder in einer eher vergleichenden Perspektive mit der Fragestellung, welche Rückschlüsse diese Publikation in einer vergleichenden Perspektive für die Entwicklung von Politik und Demokratie in Deutschland und Europa zulässt. Für beide Perspektiven bietet die vorliegende Studie von Eric A. Posner und Adrian Vermeule interessante, kontroverse und diskussionswürdige Argumente. Die hitzigen Debatten in den USA im Zuge der Veröffentlichung der Originalausgabe im Jahr 2011 veranschaulichten dies nachdrücklich und machten zudem deutlich, welche Relevanz der jeweilige politische und wirtschaftliche Kontext für eine solche Debatte hat. Es stellt sich also auch die Frage, inwieweit dieser spezifische Kontext eine Krisentheorie über die Demokratie und ihre Funktionsmechanismen beeinflusst. So haben bereits Pharr und Putnam gezeigt, dass solche Krisentheorien oftmals auf kurzfristigen Beobachtungen, politischen Skandalen oder subjektiven Einschätzungen basieren.¹ Die Nachwirkungen der Finanz- und Wirtschaftskrise aus dem Jahr 2008 waren noch spürbar, geringe wirtschaftliche Wachstumsraten, relativ hohe Arbeitslosenzahlen und ein Immobilienmarkt, der sich nur sehr langsam wieder erholte, markierten den ökonomischen Kontext dieser Debatte in den USA. Der politische Kontext war noch weiterhin geprägt vom 2001 ausgerufenen „Krieg gegen den Terror“ einerseits und einer starken parteipolitischen und ideologischen Polarisierung der Funktionsebenen und politischen Repräsentanten im politischen System, die – so eine gängige Deutung – zu einer Blockade der politischen Entscheidungsprozesse geführt habe.²

¹ Susan J. Pharr und Robert D. Putnam, *Disaffected Democracies. What's troubling the trilateral countries?*, Princeton: Princeton University Press, 2002.

² Die American Political Science Association hat in diesem Kontext eine Task Force eingerichtet, die sich mit dem Problem der fehlenden Konsensbildung im politischen Entscheidungsprozess befasst hat. Die Ergebnisse der Task Force finden sich publiziert in Jane Mansbridge und Cathie Jo Martin (Hrsg.), *Negotiating Agreement in Politics. Report of the Task Force on Negotiating Agreement in Politics*, Washington D.C.: American Political Science Association, 2014. Siehe zu den möglichen Folgen der Polarisierung für den politischen Entscheidungsprozess Thomas E. Mann und Norman J. Ornstein (Hrsg.), *It's Even Worse Than It Looks. How the American Constitutional System Collided with the New Politics of Extremism*, New York: Basic Books, 2012.

Die ökonomischen und politischen Probleme beeinflussen dabei natürlich auch die politischen Einstellungen innerhalb der Bevölkerung. Nach einer Gallup-Umfrage aus dem Jahr 2014³ sank das Vertrauen der US-Bürger in die drei politischen Gewalten – Exekutive, Legislative und Judikative – kontinuierlich. Dem Obersten Verfassungsgericht (Supreme Court) trauten noch rund 30 Prozent der Befragten, knapp gefolgt vom Weißen Haus mit 29 Prozent. Weit abgeschlagen liegt hier der Kongress, dem nur noch 7 Prozent der US-Bürger vertrauen, was ein historischer Tiefpunkt ist. Das Ansehen der Kongressmitglieder in der Bevölkerung ist inzwischen so gering, dass sich rund 20 Prozent der Befragten nach einer weiteren Gallup-Umfrage dafür aussprachen, unverzüglich alle Abgeordneten auszutauschen, um so die notwendige Konsensfindung in der Legislative wieder zu ermöglichen. In solchen „Krisenmomenten“ – in den USA hervorgerufen durch die Terrorangriffe im September 2001 und die jüngste Wirtschafts- und Finanzkrise – sind kritische sozial- und politikwissenschaftliche Bücher auf dem Markt gefragt und auch notwendig, sie bieten die Möglichkeit der Reflexion und Diagnose der Krisenerscheinungen und -ursachen.

I. Entfesselte vs. gefesselte Exekutive

Die Publikation von Posner und Vermeule fällt in eine solche Zeit der Krise, in der das Vertrauen der Bürger in die Problemlösungs- und Handlungskapazität der politischen Institutionen nicht besonders stark ausgeprägt ist. Erst in der durch diese Publikation einsetzenden Debatte über die Thesen kann deutlich werden, welche Substanz und Erklärungskraft die Argumente für die breitere politische Debatte haben. Dabei lassen sich Posners und Vermeules provokante Thesen in eine grundlegende und historisch bis in die Gründungsjahre der USA zurückreichende Debatte über die Macht der Exekutive und das System der Gewaltenteilung insgesamt einbetten. Die Positionen innerhalb dieser Debatte ließen sich bislang relativ gut um zwei dominante Argumente strukturieren. Die eine Position findet sich geradezu idealtypisch in jüngeren Publikationen von Bruce Ackerman und Peter Shane, die zwar ähnliche Tendenzen hin zu einer Stärkung der Exekutive sehen, dies aber im Gegensatz zu Posner und Vermeule als eine Gefahr für das politische System auffassen.⁴ Hier finden sich vertraute Anklänge an Arthur Schlesingers schon als klassisch zu bezeichnende Publikation „The Imperial Presidency“⁵ und zahlreiche weitere Publikationen, die sich mit der Watergate-Affäre, dem Vietnam-Krieg und der Nixon-Administration auseinandergesetzt

³ Alle Daten zur öffentlichen Meinung sind dem Online-Portal von Gallup entnommen, <http://www.gallup.com/poll/politics.aspx?ref=b>.

⁴ Bruce Ackermann, *The Decline and Fall of the American Republic*, Oxford: Harvard University Press, 2010; Perter M. Shane, *Madison's Nightmare. How Executive Power Threatens American democracy*, Chicago: University of Chicago Press, 2009.

⁵ Arthur M. Schlesinger, Jr., *The Imperial Presidency*, Boston: Mariner Books, 2004.

haben. Das Gegenargument, das in „Die entfesselte Exekutive“ nicht angesprochen wird, nähert sich dem Problem von einer normativ anderen Perspektive: In einem Gegennarrativ zu Watergate wird hier kritisiert, dass der Kongress und die Gerichte der Exekutive in den USA zu viele Fesseln angelegt haben. Der ehemalige Vizepräsident Dick Cheney formulierte dies so: „In der Folge von Vietnam und Watergate haben wir konzertierte Anstrengungen gesehen, die präsidentielle Autorität zu begrenzen. ... Diese Versuche waren töricht und fehlgeleitet. [Übersetzung D. V.]“.⁶ Propagiert wurde diese These insbesondere aus der George W. Bush-Administration heraus⁷, sie lässt sich aber ohne weiteres bis in die Zeit der Reagan-Administration zurück rekonstruieren.⁸ Ähnlich wie bei Posner und Vermeule wird auch hier argumentiert, dass die Exekutive in der heutigen Zeit unbefähigte Kompetenzen und Befugnisse brauche, um den Ansprüchen modernen Regierens gerecht zu werden. Normativ vertreten Posner und Vermeule in ihrer Arbeit die gleiche Position, sie unterscheiden sich aber konträr zur Position der ‚gefesselten‘ Exekutive in der jeweiligen Realitätsbeschreibung, also dem Ausmaß, in dem die Exekutive ge- oder entfesselt ist. Hier deckt sich die Position in „Die entfesselte Exekutive“ mit Blick auf die Beschreibung der Situation eher mit dem Argument der ‚*imperial presidency*‘, ohne aber deren normative Position der Kritik an der Machtkonzentration zu teilen. So gesehen bietet „Die entfesselte Exekutive“ eine interessante neue Perspektive innerhalb dieser weiter zurückreichenden Debatte über die Kompetenzen und Beschränkungen der Exekutive, die auf einer normativen und auf einer empirischen Ebene diskutiert werden kann.

II. Entfesselte Exekutive und Entparlamentarisierung! Zwei Seiten einer Medaille?

Inwieweit die Thesen und die Realitätsbeschreibung von Posner und Vermeule empirisch verifizierbar sind, soll hier nicht weiter thematisiert und problematisiert werden, da sei nur auf die zahlreichen Rezensionen in den USA verwiesen, die hier die unterschiedlichen Probleme bereits angesprochen haben.⁹ Interessanter scheint die Frage, welche grundlegenden politischen und demokratischen Probleme sichtbar werden, wenn man die spezifischen historischen und ideologischen Vorhänge beiseite zieht, die den ‚*american exceptionalism*‘ auszumachen scheinen. Sicht-

⁶ James Taranto, A Strong Executive, in: Wall Street Journal, 28./29. Januar (2006), A8.

⁷ Vgl. z. B. John Yoo, War by other Means: An Insider Account of the War on Terror, New York: Perseus Oto, 2006, der die War Powers Resolution als nicht-verfassungsmäßigen Übergriff des Kongresses in die außenpolitischen Kompetenzen des Präsidenten kritisiert.

⁸ Siehe hierzu L. Gordon Crovitz und Jeremy A. Rabkin (Hrsg.), The Fettered Presidency: Legal Constraints on the Executive Branch, Washington D. C., AEI Press, 1989.

⁹ Siehe z. B. Aziz Z. Huq, Binding the Executive (by Law or by Politics), in: The University of Chicago Law Review 79, 2012, S. 777–836; Saikrishna B. Prakash und Michael Ramsey, The Goldilocks Executive, in: Texas Law Review, 90, 2012, S. 973–1008.

bar werden dann Probleme der etablierten Systeme der repräsentativen Demokratie, die in Deutschland und Europa unter den Überschriften der Entparlamentarisierung oder allgemeiner der Postdemokratie diskutiert werden. Gemeint sind hier eine zunehmende Auslagerung politischer Entscheidungsprozesse aus politisch legitimierten Institutionen (Parlamenten) in die Exekutive und andere nur indirekt legitimierte Entscheidungsgremien auf der nationalen und supranationalen Ebene und der wachsende Einfluss von Interessengruppen auf die politische Willensbildung.

Diese Probleme finden sich in präsidentiellen genauso wie in parlamentarischen Systemen, wenn auch in unterschiedlicher Ausprägung. Für Posner und Vermeule scheint dies kein Problem darzustellen. Unter Rückgriff auf Carl Schmitt sehen sie in der Legislative eine wenig geeignete institutionelle Form, um den Herausforderungen modernen Regierens im komplexen 21. Jahrhundert gerecht zu werden. Gerade in Krisenzeiten sei die Stunde der Exekutive gekommen, die allerdings nicht allmächtig ist und noch immer kontrolliert wird, allerdings nicht mehr durch den Kongress oder Gesetze, sondern durch die öffentliche Meinung. Posner und Vermeule gehen aber noch weiter und sehen in dieser Machtverschiebung ein generelles Muster des 20. Jahrhunderts. Und einige der Daten, die sie präsentieren, stützen ihre These auch. Der Verwaltungsstaat ist in den USA in der Tat in den letzten Jahrzehnten kontinuierlich ausgebaut worden. Allerdings erwähnen die Autoren dabei nicht, dass auch die anderen Gewalten – der Kongress und der Supreme Court – hier ebenfalls aufgerüstet haben. Zudem kann der Ausbau des Verwaltungsstaates keinesfalls gleichgesetzt werden mit einem Mehr an Macht und Kontrolle durch die Exekutive. Gerade der Krieg gegen den Terror und die damit legitimierte massive Ausweitung der institutionalisierten Sicherheitsarchitektur in den USA zeigen deutlich die Probleme, die mit dem Ausbau einer solchen Bürokratie verbunden sind. Kontrollmechanismen fehlen, die Verwaltungen entwickeln eine Eigenlogik verbunden mit Eigeninteressen, die die Handlungsfähigkeit einer Exekutive auch einschränken können. Die jüngsten Debatten um die Kontrolle der Geheimdienste haben dies deutlich gezeigt. Die Kontrolle, Transparenz und die Legitimation politischer Entscheidungen gehen verloren und das führt wieder zurück zur Debatte über die grundlegenden Probleme demokratischer Systeme in Europa und Nordamerika.

Was Posner und Vermeule in ihrer Studie weitgehend begrüßen, wird in breiten Teilen der deutschen und europäischen Debatte weit kritischer diskutiert. In der von Colin Crouch erneut angestoßenen Debatte über die postdemokratischen Verhältnisse wird nach den Funktionsstörungen demokratischer Verfahren gefragt. Die Debatte setzt eine weiter zurückreichende Debatte über die Krisenerscheinungen der westlichen Demokratien fort¹⁰, ist aber vor dem Hintergrund der

¹⁰ Einen guten Überblick bietet Armin Schäfer, *Krisentheorien der Demokratie. Unregierbarkeit, Spätkapitalismus und Postdemokratie*, MPIfG Position Paper 08/10, Köln 2010.

jüngsten Finanz- und Wirtschaftskrise aktueller denn je. Begriffe wie „Politikverdrossenheit“, „Postparlamentarismus“, „Politainment“ oder eben „Postdemokratie“ markieren die Krisensymptome moderner demokratischer Systeme.¹¹ Aber nicht nur die Sozial- und Politikwissenschaft hat sich dieser Problematik angenommen, gerade im Kontext und in Folge der Finanz- und Wirtschaftskrise ist dieses Problem in der Politik deutlich zu Tage getreten. So hat das Bundesverfassungsgericht in Deutschland im Kontext der europäischen Schuldenkrise mehrmals die Rechte des Bundestages stärken müssen, in Griechenland und Italien sind vorübergehend sogenannte „Expertenregierungen“ eingesetzt worden. Aus den Reihen der Europäischen Kommission werden verstärkt Forderungen artikuliert, die nationalen Haushalte in den europäischen Ländern stärker zu kontrollieren. Damit wird eines der zentralen Rechte und Kompetenzen nationaler Parlamente – das Haushaltsrecht – untergraben. Zudem spielt das EU-Parlament in der jüngsten finanz- und wirtschaftspolitischen Rettungspolitik nur eine untergeordnete Rolle. Grundlegende Strukturentscheidungen werden hier vom Europäischen Rat, der Zentralbank und der Kommission getroffen.

Colin Crouch argumentiert, dass die politischen Institutionen der westlichen Demokratien formal zwar völlig intakt seien und sich auf dieser Ebene noch klar und deutlich von vor-demokratischen und autoritären Systemen unterscheiden lassen. Allerdings entspricht das zu Grunde liegende Prinzip der Legitimation politischen Handelns durch die Teilnahme und Teilhabe des Volkes nur noch begrenzt der empirischen Wirklichkeit. Wahlkämpfe werden nur noch von ‚Spindoctors‘ gemanagt, die die politische Agenda durch die Auswahl und Inszenierung weniger Themen bestimmen. Wahlkämpfe werden zunehmend personalisiert und der Bürger als Wähler nimmt lediglich eine passive Rolle ein, zieht sich zunehmend zurück von der aktiven Gestaltung der politischen Auseinandersetzungen und politische Entscheidungsprozesse werden in die Hinterzimmer der Macht ausgelagert, in denen Regierungsvertreter mit starken und einflussreichen Interessengruppen über die Politik entscheiden.¹² Crouch knüpft in dieser Frage bei der Kritik von Jacques Rancière an, der das Verschwinden des Politischen in modernen Gesellschaften beklagt. Rancière kritisiert, dass an Stelle der demokratischen Auseinandersetzung in postdemokratischen Gesellschaften die „Herrschaft der Meinungsbefragung“ sowie ein routinierter politischer Betrieb, der sich auf Expertenwissen stützt, getreten sei. „Die Postdemokratie ist die Regierungspraxis und die begriffliche Legitimierung nach dem Demos, einer Demokratie, die die Erscheinung, die Verrechnung, und den Streit des Volks liquidiert hat.“¹³

¹¹ Die gängigen Argumente finden sich bei Colin Crouch, *Post-democracy*, Cambridge: Polity, 2002; Sheldon Wolin, *Tocqueville between two Worlds*, Princeton: Princeton University Press, 2011; Jacques Rancière, *Das Unvernehmen*, Frankfurt am Main 2002.

¹² Crouch, S. 13 (Anmerkung 11).

¹³ Jacques Rancière, *Das Unvernehmen*, Frankfurt 2002, S. 111.

Crouchs Kritik ist nicht nur auf den europäischen Raum beschränkt und lässt sich auch sehr gut anhand der Gesundheitsreform der Obama-Administration in den Jahren von 2008 bis zur Verabschiedung der Reform im Jahr 2010 verdeutlichen. Die öffentliche Debatte war geprägt von einer polarisierten Darstellung, in der es weniger um die Inhalte der Gesundheitsreform ging, als vielmehr um die Zukunft der USA und der marktwirtschaftlichen Ordnung selbst. Die Detailfragen des Reformgesetzes hat die Administration mit der Pharma-Industrie, den Ärztenverbänden und den Versicherungsgesellschaften ausgehandelt. Der Kongress hatte hier eher eine blockierende und höchstens reaktive Rolle in der Ausgestaltung des Gesetzestextes.¹⁴ Nach Jörke nimmt Crouch damit Phänomene in den Blick, die in der jüngeren Politikwissenschaft mit den Schlagwörtern der „Verhandlungsdemokratie“, „sektorale Öffentlichkeit“ oder mit Blick auf die Europäische Union als „Komitologie“ beschrieben und diskutiert werden und damit das Problem der Repräsentation und Responsivität moderner Regierungen in den Blick nehmen.¹⁵ In dem von Crouch wieder in die Diskussion gebrachten Begriff der Postdemokratie bündelt sich das Unbehagen über die Qualität demokratischer Entscheidungsprozesse in westlichen Gesellschaften.

Bereits vor 20 Jahren hat der italienische Demokratietheoretiker Norberto Bobbio die Komponenten des Demokratiebegriffs skizziert, anhand derer die heutigen Legitimationsprobleme sehr gut veranschaulicht werden können.¹⁶ Bobbio nennt hier zentrale nicht eingehaltene Versprechen der Demokratie, die heute im Prozess der europäischen Integration und der zunehmenden internationalen Vernetzung der Märkte noch schärfer konturiert sind. An erster Stelle das Versprechen der staatsbürgerlichen Souveränität, das durch den auswuchernden Verwaltungsstaat und den Bedeutungszuwachs privater und intermediärer Organisationen ausgehöhlt worden sei. Zum Zweiten sei das Versprechen, der „oligarchischen Macht ein Ende zu bereiten“, nicht eingelöst worden. Auch in etablierten Demokratien geht es weiterhin darum, die Interessen und den Einfluss der gesellschaftlichen und ökonomischen Eliten demokratisch zu kontrollieren. Thomas Pikettys Studie zur Entwicklung des Kapitals im 21. Jahrhundert zeigt hier eindrucksvoll, wie sich die ökonomische und politische Stellung der Eliten in den vergangenen 40 Jahren verändert hat.¹⁷ Durch die spezifischen Konstellationen der kapitalistischen Ordnung habe sich so in Form von Hedgefondsmanagern und anderen CEOs eine ‚neue Aristokratie‘ herausbilden können, die massiven Einfluss auf die Politik aus-

¹⁴ Vgl. Christian Lammert, In den Mühlen des Kongresses: Gesundheitspolitik, in: Peter Lösche und Anja Ostermann (Hrsg.), Die Ära Obama. Erste Amtszeit, Bonn 2012, S. 103–120.

¹⁵ Dirk Jörge, Auf dem Weg zur Postdemokratie, in: Leviathan 33, 2005, S. 482–491, S. 483.

¹⁶ Norberto Bobbio, Die Zukunft der Demokratie, in: ders., Die Zukunft der Demokratie, Berlin 1988, S. 7–34.

¹⁷ Thomas Piketty, Capital in the Twenty-First Century, Cambridge, M. A.: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014.

üben kann. Politisch flankiert durch jüngste Entscheidungen des Obersten Verfassungsgerichts in den USA (*Citizen United vs. Federal Election Commission*), können nun unbegrenzte finanzielle Mittel in den Wahlkämpfen eingesetzt werden. Bei seinem dritten nicht eingehaltenen Versprechen hat Bobbio schon fast prophetische Fähigkeiten bewiesen: die Beseitigung der „unsichtbaren Macht“ sei nicht gelungen. Geheimdienste sind im modernen Rechtsstaat zwar prinzipiell der parlamentarischen Kontrolle unterworfen, aber die Enthüllungen durch Edward Snowden um die National Security Agency (NSA) und die jüngsten Enthüllungen über US-Spionage in Deutschland zeigen deutlich, dass sich in diesem Bereich viel Macht konzentriert hat, die sich der liberalen Öffentlichkeit – und wie es scheint zum Teil auch der Kontrolle durch die Legislative und Exekutive – weitgehend entzogen hat. Bobbio hat in diesem Kontext auch bereits auf die Folgen des technologischen Fortschritts und seine Bedeutung für die Möglichkeiten einer Überwachung der Bürger hingewiesen und die wichtige Frage nach der ‚Kontrolle der Kontrolleure‘ gestellt.

Auch wenn nach Bobbio diese nicht eingehaltenen Versprechen den Charakter eines demokratischen Systems nicht grundsätzlich in Frage stellen müssen, so ist Posners und Vermeules Legitimierung eines starken Verwaltungsstaates in einer solchen Perspektive doch als problematisch einzuschätzen, eben weil er nicht mehr lediglich als Versäumnis einer idealtypischen demokratischen Entwicklung charakterisiert, sondern im Sinne modernen Regierens und von Effektivitätskriterien befürwortet wird. Das verweist auf einen zweiten Punkt, den Posner und Vermeule in ihrer Studie stark machen: die Exekutive wird nicht mehr durch die anderen Gewalten und das Verfassungsrecht kontrolliert, wird aber jetzt gebändigt durch die öffentliche Meinung, die ihr neue Fesseln anlege. Das Wiederwahlinteresse des Präsidenten, aber auch der Zwang zu einem breiten gesellschaftlichen Konsens gerade in Krisenzeiten, koppelte die Exekutive stärker an die Interessen der Gesellschaft, so Posner und Vermeule.¹⁸ Ein solches Argument ist aus zweierlei Gründen problematisch: Zum einen haben zahlreiche Studien gezeigt, dass die öffentliche Meinung nur bedingt die Pluralität der gesellschaftlichen Wirklichkeiten widerspiegeln kann.¹⁹ Zum anderen lässt sich für die letzten 30 Jahre eine Entwicklung in den USA aufzeigen, dass die Zugangschancen zum politischen System mehr und mehr abhängig sind vom sozio-ökonomischen Status des Einzelnen.²⁰ Dies gilt nicht nur für die Teilnahme an Wahlen, sondern noch verstärkt für andere Formen der politischen Partizipation (Engagement in Wahlkampagnen,

¹⁸ Posner und Vermeule S. 32.

¹⁹ Siehe zum komplexen Verhältnis von öffentlicher Meinung und dem Präsidenten in den USA Michael J. Towle, *Out of Touch. The Presidency and Public Opinion*, College Station: Texas A&M University Press, 2004; Diane H. Heith, *Polling to Govern. Public Opinion and Presidential leadership*, Stanford: Stanford University Press, 2004.

²⁰ Die American Political Science Association hat dieses Problem bereits 2004 aufgegriffen. Vgl. hierzu: Lawrence R. Jacobs (Hrsg.), *Inequality and American Democracy: What We Know and What We Need to Learn*, New York: Russell Sage Foundation, 2007.

direkter Kontakt zum Kongressabgeordneten). Einige politische Interessen werden im politischen System der USA weniger gehört als andere.²¹ Eine Kontrolle der Exekutive durch die öffentliche Meinung weist also einige fundamentale demokratietheoretische Probleme auf. Ein solcher Ansatz propagiert die Möglichkeit einer ‚konsensualen Demokratie‘. Eine kritische Einschätzung solcher Vorstellungen findet sich bei Rancière, der unter konsensualer Demokratie eine Politik versteht, die „unter dem Namen der Demokratie die konsensuale Auslöschung der Formen demokratischen Handelns geltend macht“.²² Nach Rancière entstehen postdemokratische Verhältnisse in dem Moment, wenn ein politischer Akteur, in der Regel die Exekutive, beansprucht, mit dem ‚Volk‘ in seiner gegenwärtigen gesellschaftlichen Formation identisch zu sein. In einer plebiszitären Präsidialdemokratie, wie sie Posner und Vermeule in Ansätzen skizzieren, finden sich genau die Probleme, die Rancière für postdemokratische Verhältnisse kritisiert hat.

III. Machteilung und Machtkontrolle

Die Publikation „Die entfesselte Exekutive“ lässt sich somit sehr gut in die breite Debatte zu den Ausprägungen und Gefahren einer postdemokratischen Ordnung einbetten, die in Europa geführt wird und durch die Finanz- und Wirtschaftskrise 2008 noch an Bedeutung hinzugewonnen hat. Im Kern geht es in dieser Debatte um das Demokratiedefizit gegenwärtiger politischer Institutionen, das sich in Form einer Aushöhlung etablierter demokratischer Verfahren, einer wachsenden Apathie und Depolitisierung breiter Bevölkerungsschichten, des Einflusses mächtiger Interessengruppen, der neoliberalen Deregulierung der Ökonomie und der politischen Selbstmarginalisierung der Nationalstaaten deutlich machen lässt.²³ Es stellt sich nun die zentrale Frage, wie unter diesen Kontextbedingungen eine demokratisch legitimierte Politik überhaupt noch möglich sein kann. Meyer beantwortet diese Frage unter Rückgriff auf die Ideen von Hannah Arendt konträr zu Posner und Vermeule und plädiert für eine strikte Teilung der Macht.²⁴ Grundlage bei Arendt ist dabei ein Verständnis von Politik als Realisierung eines „Zwischen“ oder als „Zusammen- und Miteinander-Sein der Verschiedenen“.²⁵ Erst im Vollzug dieses „Miteinander-Seins“ können sich die pluralen Perspektiven und Interessen herausbilden, die im politischen Prozess geklärt und koordiniert werden

²¹ Vgl. zu dieser Problematik auch Jacob S. Hacker und Paul Pierson, *Winner-Take-All Politics. How Washington Made the Rich Richer – And Turned Its Back to the Middle Classes*, New York: Simon and Schuster, 2010.

²² Rancière, S. 105 (Anmerkung 10).

²³ Katrin Meyer, *Kritik der Postdemokratie. Rancière und Arendt über die Paradoxien von Macht und Gleichheit*, in: *Leviathan* 39, 2011, S. 21–38.

²⁴ Ebd.

²⁵ Hannah Arendt, *Denktagebuch 1950–1973*, 2 Bde, hrsgg. von Ursula Lutz und Ingborg Nordmann, München 2003, S. 15.

müssen. Aus dieser Definition des politischen Handelns als Konstitution von Pluralität leitet Arendt dann die These ab, dass die demokratische Staatsform in dem Maße antipolitisch ist, in dem sie sich an der Logik souveräner Herrschaft orientiert.²⁶ Daraus leitet Arendt zwei fundamentale Probleme demokratischer Ordnungen ab. Zum einen die „Herrschaft der Majorität“, die eine Politik im Sinne einer pluralen Partizipation aktiv verhindern kann.²⁷ Zum anderen der Volksbegriff im Sinne eines homogenen Kollektivs. Genau einem solchen Verständnis der Gesellschaft versucht das US-amerikanische System vorzubeugen, indem bei den Wahlen ganz unterschiedliche Repräsentationsmechanismen eingebaut wurden: Im Repräsentantenhaus repräsentiert jeder Abgeordnete seinen Wahlkreis, im Senat sind die Einzelstaaten die Repräsentationsbasis und der Präsident vertritt als einzige demokratisch gewählte Instanz die Gesamtheit (nationaler Wahlkreis) der Bevölkerung (indirekt vermittelt über das *Electoral College*). Genau durch diese unterschiedlichen Repräsentationsprinzipien soll eine Pluralität von Interessen gewährleistet werden, die den Prinzipien Arendts gerecht werden kann.

Demokratie kann somit auch als Teilung der Macht verstanden werden. Bei Arendt sind zwei Phänomene von pluralisierter Macht erkennbar. Zum einen eine Steigerung politischer Handlungsmacht in Folge der Ermächtigung vieler Individuen zur politischen Partizipation und der damit einhergehenden Vergrößerung des Felds des Politischen. Zum anderen die qualitative Bereitschaft der politischen Akteure, ihre Handlungsmacht mit anderen zu teilen. Damit beschreibt Arendt Pluralisierung nicht nur als Konstitution einer politischen Macht, sondern zugleich als ihre Grenze. „Die Grenze der Macht liegt nicht in ihr selbst, sondern in der gleichzeitigen Existenz anderer Machtgruppen, also dem Vorhandensein von anderen, die außerhalb des eigenen Machtbereichs stehen und selber Macht entwickeln. Diese Begrenztheit der Macht durch Pluralität ist nicht zufällig.“²⁸ Macht kann somit zum einen als eine Differenz erzeugende Interaktion verstanden werden, individuelle und kollektive Macht wird andererseits aber zugleich immer von außen durch eine andere Macht limitiert. Daraus leitet Meyer einige Konsequenzen ab, die im Kontext der Postdemokratie zu berücksichtigen sind.²⁹ Es gehört erstens zur Aufgabe der Demokratie, die Möglichkeiten politischer Partizipation zu steigern. Entscheidend sei des Weiteren, dass aus der doppelten Anlage der Machtteilung als vermehrbare und sich wechselseitig begrenzende Macht die politische Aufgabe erwächst, das Verhältnis beider zueinander zu bestimmen. Demokratien müssen immer über ihre Grenzen reflektieren und ständig eine Debatte darüber führen, welche Positionen konstitutiv ausgeschlossen werden, weil sie das Spiel des Pluralismus und des politischen Dissens zum Stillstand bringen könnten. Komplexe institutionelle Machtbe- und -verschränkungen sind sicherlich ein

²⁶ Dies., *Über die Revolution*, München 1974, S. 212.

²⁷ Ebd.

²⁸ Hannah Arendt, *Vita activa oder Vom tätigen Leben*, München 1981, S. 195.

²⁹ Meyer S. 35f. (Anm. 20).

Instrument, um diese Debatten führen zu können. Hier findet sich also genau die Gegenposition zu dem, was Posner und Vermeule in „Die entfesselte Exekutive“ propagieren.

IV. Fazit

Posner und Vermeule nähern sich dem Problem des Regierens in komplexen Kontexten von einer sehr pragmatischen Perspektive. Ihnen geht es weniger um eine kritische demokratie-theoretische Perspektive. In gewisser Weise unterstützen sie genau das, was in der europäischen Debatte mit dem Begriff des Postparlamentarismus, bzw. der Entparlamentarisierung kritisiert wird. Expertengremien und Kommissionen sind zu legitimieren, da sie zu einer Steigerung der Effektivität politischer Steuerung beitragen, indem der Staat sich bereits im Prozess der Gesetzesformulierung mit Vertretern gesellschaftlich einflussreicher Gruppierungen zusammensetzt. Hierfür lassen sich auch für Deutschland prominente Beispiele anführen. Beim „Bündnis für Arbeit“, den „Energiekonsensgesprächen“ und in den „Rürup- und Hartz-Kommissionen“ trat der Staat nur noch als ‚primus inter pares‘ auf und verzichtete tendenziell auf hierarchische Vorgaben.³⁰ Diese Entwicklung zum verhandelnden Staat wird in der Forschung oftmals damit begründet, dass „komplexe Gesellschaften durch recht- und hoheitlich-hierarchische Interventionen nicht hinreichend gesteuert werden können“.³¹ Aus dieser Perspektive plädieren Posner und Vermeule deutlich für eine Priorisierung der ‚output-Legitimität‘, auch wenn dies auf Kosten der ‚input-Legitimität‘ geht. Die damit einhergehenden Kosten auf Seiten der demokratischen Authentizität werden nicht angesprochen und problematisiert. In ihrer empirischen Argumentation teilen Posner und Vermeule zahlreiche Punkte der eher kritischen Debatte über die Postdemokratie und Entparlamentarisierung in Deutschland und Europa, ohne aber deren normative Kritik zu übernehmen. Ganz im Gegenteil, sie sehen in diesen von ihnen skizzierten Entwicklungen gleichzeitig eine Stärkung der Demokratie.³² Sie fordern dann die normativen Kritiker dazu auf, „Frieden mit der neuen politischen Ordnung“ zu machen.³³ Gewaltenteilung und damit institutionelle Mechanismen der Machtkontrolle seien kein geeignetes Mittel mehr und der Analysefokus müsse sich auf die politischen Mechanismen richten, die geeignet sind, die Handlungsfähigkeit des Präsidenten einzuschränken, und auf die Institutionen, die die Antriebskraft für diese Mechanismen liefern – vor allem Wahlen, Parteien, der Staatsapparat und die Medien.³⁴ Damit bietet „Die entfesselte

³⁰ Dirk Jörge, Befinden wir uns auf dem Weg in die Postdemokratie?, in: Helmut Neuhaus (Hrsg.), Demokratie – Hoffnung und Krise, Erlangen 2012, S. 121–140, S. 128.

³¹ Arthur Benz, Parlamentarische Demokratie?, in: Michael Greven (Hrsg.), Demokratie – eine Kultur des Westens?, Opladen 1998, S. 201–222, S. 203.

³² Posner und Vermeule, S. 278.

³³ Ebd.

³⁴ Ebd. 279.

Exekutive“ eine spannende und zur Diskussion anregende Gegenthese zur Postdemokratie und der Entparlamentarisierung. In dieser Debatte müssen natürlich die grundlegenden Strukturunterschiede parlamentarischer und präsidentieller Systeme und auch die jeweiligen nationalen Konnotationen und Entwicklungstendenzen mitberücksichtigt werden, aber der demokratietheoretische Kern bietet aus einer vergleichenden Perspektive doch den Stoff für eine gewinnbringende Debatte über die zukünftige Ausgestaltung demokratischer Systeme.

Inhalt

Einführung zur deutschen Ausgabe. Von Ellen Kennedy	7
Einleitung	19
<i>Kapitel 1: Das konstitutionelle Grundgerüst</i>	38
<i>Kapitel 2: Konstitutioneller Wandel</i>	93
<i>Kapitel 3: Das gesetzliche Grundgerüst</i>	119
<i>Kapitel 4: Schranken für die Handlungsfreiheit der Exekutive</i>	155
<i>Kapitel 5: Globaler liberaler Legalismus</i>	209
<i>Kapitel 6: Tyrannophobie</i>	235
Schlussbemerkung	275
Danksagungen	280
Register	281

Einführung zur deutschen Ausgabe

Von *Ellen Kennedy*

Professor of Political Science, The University of Pennsylvania

Die entfesselte Exekutive ist ein Buch, das provozieren will und provoziert hat. Ein prominenter Rezensent der amerikanischen Ausgabe ließ kein gutes Haar an Eric A. Posners und Adrian Vermeules Argument, dem zufolge an die Stelle der Madison'schen Verfassung ein Verwaltungsstaat getreten sei, der mittels einer schrittweisen Erweiterung der Machtbefugnisse staatlicher Behörden und Organe, die nahe an Dominanz herankommt, soziale Wohlfahrt und nationale Sicherheit zur Verfügung stellt.¹ Die amerikanische Verfassung von 1787 mit ihren Grundprinzipien der Gewaltenteilung und der Rechtsstaatlichkeit habe einer neuen Verfassungswirklichkeit Platz gemacht, einem „exekutiven Staat“ mit einer „Schmittianischen“ Verfassung. Ironischerweise fühlt man sich dabei an Madisons Schrift *Federalist No. 48* erinnert, in der er konzedierte, dass Verfassungsartikel bloße „Papierhindernisse“ seien. Gesetzestexte allein können die Rechtsordnung eines freien Volks nicht bewahren. Harvey Mansfield, von dessen in der *New York Times* erschienenen Besprechung des Buches hier die Rede ist, erteilte den Autoren den Rat, „Schmitt aus ihrem Gedankengebäude hinauszuerwerfen; sie verstehen (oder kennen) ihn nicht gut genug.“ Mit dieser Aussage hat Mansfield recht. Die Frage lautet jedoch nicht, ob die beiden genug über Carl Schmitt oder die deutsche Verfassungslehre wissen, sondern ob sich die Krisen der amerikanischen Republik womöglich im Rahmen der Schmitt'schen Denkparadigmen besser verstehen lassen als mit den Theoriemodellen der Verfassungsväter und der heutigen liberalen Legalisten.

I.

Die entfesselte Exekutive stellt die These auf, die amerikanische Verfassung, die sich im dritten Jahrhundert ihrer Geschichte befindet, sei nicht mehr in der Lage, mit den Mitteln des Rechtsstaats die Staatsmacht zu bändigen; die moderne Alternative zum freiheitlich-demokratischen Staat sei die plebiszitäre Präsidialherrschaft. Der liberale Legalismus – die *bête noire* dieses Buches – ist eine Theorie und eine Auffassung, die postuliert, dass „die aus gewählten Volksvertretern

¹ Harvey Mansfield, „Is the Imperial Presidency Inevitable?“, *The New York Times*, 11. März 2011. Mansfield ist Professor für Staatsrecht in Harvard, ein namhafter Konservativer und seit 9/11 selbst Befürworter einer „imperialen Präsidentschaft“.

bestehende Legislative für das Regieren (innerhalb der durch die Verfassung gesetzten Schranken) und die Exekutive sowie die Judikative für die Umsetzung und Durchsetzung der Gesetze zuständig sind“.² Nach Ansicht von Posner und Vermeule fürchtet der liberale Legalismus die Macht der Exekutive wegen ihrer Ermessensfreiheiten. Seine Loyalität gilt vor allem Anderen der „Herrschaft des Gesetzes“, also dem Rechtsstaat als einem System allgemeiner und spezifischer Anweisungen, deren legitimatorische Kraft sich aus ihrem normativen Gehalt speist. Diese Konzeption, so sagen Posner und Vermeule, sei meilenweit von der heutigen Realität entfernt: Die Legislative möge zwar die Gesetze verabschieden, aber die Exekutive mache die administrativen Spielregeln und entscheide über den Vollzug der Gesetze.

Die Kontroversen über das Recht als *ratio* oder als Wille dürfte deutschen Gelehrten ebenso vertraut sein wie andere hier vertretene Positionen. Wie die „Jungtürken“ der Weimarer Jurisprudenz, stellen Posner und Vermeule die Vereinbarkeit der beiden widerstreitenden Konzepte des politischen Denkens des 19. Jahrhunderts in Frage, nämlich der Demokratie und der Freiheit in den Institutionen der parlamentarischen Regierung. Es ist nicht verwunderlich, dass sie als „Schmittianer“ die kritischen Argumente Carl Schmitts „gegen den liberalen Legalismus [...] dem Grunde nach zutreffend“ finden und sich an die analytische Methode von Schmitts Büchlein über den *Parlamentarismus* halten. Für die Kritik sowohl von links als auch von rechts ist die Trennung zwischen „Idee“ und „Wirklichkeit“, wie Marx sie in seiner Kritik an der Hegel'schen Rechtsphilosophie forderte, grundlegend. Die Autoren bescheinigen der US-Verfassung von 1787, sie sei vom Geist Madisons beseelt, und meinen damit vor allem die Gewaltenteilung und die Mechanismen der wechselseitigen Kontrolle und Überwachung. Das ist die „Idee“ des amerikanischen Konstitutionalismus, eines Konzepts, das die Konzentration der Macht in einem Zweig des Staates (oder in einer Person) verhindern soll. Andernfalls könnte ein Regime entstehen, das Madison zufolge, „ob erblich, selbsternannt oder gewählt, mit guten Recht geradezu als die Definition der Tyrannei“ angesehen werden müsse.³ Posner und Vermeule bezeichnen solche Befürchtungen als grundlos, ja krankhaft und sinnlos. „Die Tyrannophobie ist in den Vereinigten Staaten eine Realität ...; es liegen aber keine Belege dafür vor, dass sie einen Beitrag zum Ausbleiben der Diktatur in den Vereinigten Staaten geleistet hat und leistet. „Den USA seien Tyrannen bislang nicht dank irgendwelcher Bekenntnisse zu Werten erspart geblieben, sondern dank ihres „Wohlstands und anderer demografischer Faktoren“. Die politische Gespaltenheit der USA habe nichts mit Angst vor der Tyrannei oder mit Freiheitsliebe zu tun, sondern mit den heftigen Auseinandersetzungen um „die globalen wirtschaftlichen Auswirkungen von Regulierung und Verwaltungsstaat“. Wir mögen es uns nicht eingestehen, aber in den USA dreht sich alles um „Klasse“. Diese politischen Realitäten lassen sich

² Eric A Posner und Adrian Vermeule, *Die entfesselte Exekutive*, Berlin, Duncker & Humblot, 2014, S. 19.

³ Madison, *Federalist* Nr 47.

nicht in den Rahmen der Madison'schen Theorie zwingen, und ein Festhalten am Begriff der Gewaltenteilung vernebelt nur die Tatsachen. Die Exekutive ist heute der dominierende Arm des Staates und hat die antiquierten und parteiischen Bereiche der Legislative und der Judikative hinter sich gelassen.

Posners und Vermeules Paradebeispiel für ihre Sicht der Dinge ist die Finanzkrise von 2008, „die schlimmste Finanzkrise seit der Großen Depression“.⁴ Eine Kettenreaktion von Kreditausfällen im amerikanischen Hypothekenmarkt mündete in die Zahlungsunfähigkeit diverser Großbanken und mutierte binnen Kurzem zu einer weltweiten Krise. In solchen Situationen schlägt typischerweise die Stunde der Exekutive, und so auch hier: Ein Ausnahmezustand wurde verkündet, einige Banken wurden gerettet, während man andere pleite gehen ließ, die Federal Reserve (Fed) übernahm durch einen Börsenstabilisierungsfonds (Exchange Stabilization Fund) die De-facto-Bürgschaft für Anlagefonds am Geldmarkt und kaufte Anteile am Versicherungskonzern AIG, obwohl das nach den Buchstaben des Gesetzes illegal war.⁵ Sie bewerkstelligte das alles durch Verhandlungen und Deals mit Bankern, Kongressabgeordneten und Anderen und unter Einsatz dessen, was Posner und Vermeule die „informelle Autorität“ der Fed nennen. Dieses Beispiel demonstriert nach ihrer Meinung, wie disponibel die „Herrschaft des Gesetzes“, d. h. das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit, heute in der hohen Politik geworden ist. „Die Fed und das Finanzministerium brachten nicht einfach generelle Normen zur Anwendung, die der Kongress als Gesetzgeber aufgestellt hatte“, sondern entwickelte aus dem ihr vom Gesetz zugestandenen regulatorischen Mandat heraus eine Praxis der „Regulierung durch Gegengeschäfte“.

Das Fazit der Autoren: Die Theorie, die dem Madison'schen Staatsmodell zugrunde lag, sei „in Konkurs gegangen: Ihre Kongruenz mit der Wirklichkeit ist nicht mehr nur unvollkommen (in der Weise, wie alle regulativen Ideale unvollkommen sind), sondern hat sich so weit verflüchtigt, dass sie die politische Realität nicht einmal mehr annäherungsweise beschreibt“.⁶ Aus dem Leim begann das Modell schon 1887 zu gehen, als die Interstate Commerce Commission gegründet wurde. Damit wurde ein Weg eingeschlagen, der in der Folge zu einer faktischen Einschränkung der „Souveränität“ der Einzelstaaten führte, indem Entscheidungs- und Aufsichts Befugnisse an die Zentralregierung in Washington abgetreten wurden. Abgesehen von der Tatsache, dass der Bürgerkrieg schon ein Vierteljahrhundert zuvor gezeigt hatte, wie begrenzt die „Souveränität“ der Einzelstaaten war und ist, verrät uns die Aussage der Autoren, die Regulierung des Handels habe einen Dolch ins Herz des Madison'schen Verfassungsstaats gerammt, eine Menge über ihre Präferenz für eine Politik des *laissez-faire*.

⁴ Posner und Vermeule, Die entfesselte Exekutive, S. 62.

⁵ Zu beachten ist, dass der Federal Reserve per Statut durchaus ein Ermessensspielraum im Fall einer Finanzkrise zusteht. Bekanntlich entscheiden Zentralbanken über Zinssätze und andere wichtige Elemente der modernen Wirtschaft, ohne dafür jedes Mal ein Mandat einholen zu müssen.

⁶ Posner und Vermeule, Die entfesselte Exekutive, S. 38.