

SO NAH UND DOCH SO FERN?

DAS VERHÄLTNISS VON POLITIK UND RECHT IM DEUTSCHEN ASYLREGIME: EINE SYSTEMTHEORETISCHE SKIZZE

Der Beitrag unternimmt den Versuch, Niklas Luhmanns Systemtheorie des Rechts auf asylpolitische Entwicklungen anzuwenden. Dazu wird der offensichtliche, aber oft unklare Zusammenhang von Politik und Recht mit systemtheoretischen Mitteln diskutiert, um danach das (kritische) Potential dieser Theorie für die Analyse der Asylpolitik zu erkunden.

Trotz seines Status als „heiterer Weiser“¹ kann man nicht behaupten, dass Niklas Luhmann allzu viele Anekdoten hinterlassen hat, mit denen die Nachwelt ihre Luhmann-Aufsätze einleiten kann. Deshalb wird gerne wiederholt auf Bekanntes zurückgegriffen, etwa auf den berühmten Fragebogen, den er 1968 bei seinem Antritt an der neu gegründeten Bielefelder Universität denkbar knapp ausfüllte: „Projekt: Theorie der Gesellschaft. Dauer: Dreißig Jahre. Kosten: Keine“. Und tatsächlich: Nach knapp drei Jahrzehnten (und hunderten Veröffentlichungen) brachte Luhmann sein Projekt zu einer Art Ende. 1997 veröffentlichte er „Die Gesellschaft der Gesellschaft“, eine monumentale Zusammenfassung seines Denkens.² Seine Produktivität wirkt auch über Luhmanns Tod im darauffolgenden Jahr hinaus, denn bis heute erscheinen regelmäßig große und kleine Schriften aus dem Nachlass.

„Theorie der Gesellschaft“ heißt in diesem Fall also: Systemtheorie. Danach besteht die moderne Gesellschaft nicht mehr aus Gruppen einzelner Personen, aufgeteilt in Klassen oder Stände, sondern aus Typen von Kommunikation, aus sozialen Systemen (Wirtschaft, Recht, Politik, Kunst, etc.). Diese Systeme übernehmen jeweils spezielle Funktionen und handeln nach einer je eigenen Logik: Im Wirtschaftssystem leiten Angebot und Nachfrage die Kommunikation, maßgeblich ist das Medium Geld.³ Das politische System operiert mit dem Medium Macht und hat die Funktion, „kollektiv bindende Entscheidungen“ (demokratisch) herbeizuführen.⁴ Die Übermittlung größerer Geldbeträge zur Entscheidungsfindung ist eine Kommunikation, an die das System idealerweise nicht anschlussfähig ist. Das gibt es auch, man nennt es aber Korruption. Demokratische Mehrheitsentscheidungen können wiederum nicht die Kommunikationslogik des Rechtssystems sein: Kein Gericht entscheidet am Ende anhand einer Abstimmung aller vom Urteil Betroffenen. Der Richter urteilt auch nicht nach ästhetischen Maßstäben: Recht ist keine Kunst.⁵

Eine Systemtheorie des Rechts

Alle gesellschaftlichen Funktionssysteme zeichnet ihre „operative Geschlossenheit“ aus.⁶ Das bedeutet, dass die Kommunikation der einzelnen Systeme sogenannten „Binärcodes“ folgt, also einer speziellen

Logik, die nur innerhalb des jeweiligen Systems anschlussfähig ist. Im Fall des Rechtssystems ist das der Code „legal/illegal“ bzw. „Recht/Unrecht“. Alles, was im Rechtssystem verhandelt wird, geschieht anhand dieser Leitunterscheidung. Das System ist damit nicht nur nach außen hin geschlossen, sondern auch „selbstreferentiell“: Rechtliche Kommunikation ist nur an andere rechtliche Kommunikation anschlussfähig: „Recht ist, was Recht als Recht bestimmt.“⁷

Um praktisch wirksam zu werden braucht der Code allerdings ein Programm. Im Rechtssystem ist das alles, was „Recht/Unrecht“ auf Tatbestände verteilt, also das gesamte positive Recht in Form von Gesetzen, Verordnungen, Gerichtsentscheidungen, Verträgen, usw. Diese Rechtsprogramme können geändert werden, der Code nicht.⁸ Die Systemtheorie fokussiert damit auf positives, gesetztes Recht. Luhmann möchte beschreiben, wie Recht als System funktioniert und warum sich ein solches System überhaupt herausgebildet hat. Ob geltendes Recht moralischen Ansprüchen genügt oder genügen sollte, ist eine andere Frage. In der modernen Gesellschaft gilt Recht „nicht mehr wegen normimmanenter Qualitäten, sondern deshalb, weil es geändert werden könnte, also seiner Kontingenz wegen.“⁹

Denn Recht kann nicht als geschlossenes System operieren, „wenn es Rechtspflichten ständig mit bloßen Wünschen oder mit Bedingungen moralischer Achtung oder Missachtung verwechselt“.¹⁰ In anderen Worten: Moralische Argumentation im Rechtssystem würde dessen notwendige Einheit gefährden. Dem wird gerne entgegnet, dass doch durchaus moralische Kategorien Teil des Rechtssystems sind, etwa, weil Delikte wie Mord, Diebstahl, Wahlbetrug, etc. unter Strafe stehen. Das stimmt. Aber diese Kategorien spielen nur eine Rolle, insofern sie selbst Teil der rechtlichen Kommunikation geworden sind, das heißt in der Form von Programmen (z. B. dem Strafgesetzbuch) auf den Code legal/illegal anwendbar sind. „Das Recht findet sich aufgerufen, Freiheit zu schaffen und zu schützen; und das schließt Freiheit zwar nicht zu rechtswidrigem, wohl aber zu unmoralischem und unvernünftigem Verhalten ein, und soweit man diese nicht akzeptieren kann oder will, muss mit rechtlichen Verboten nachgeholfen werden.“¹¹

Darin, dass das Recht Freiheit schafft und schützt, liegt seine gesellschaftliche Funktion. Recht garantiert Erwartungssicherheit. Dass Rechtsnormen auch im Enttäuschungsfall aufrechterhalten werden (also: wenn jemand gegen sie verstößt) und alle sich auf diese Tatsache verlassen können, bedeutet einen ungemeinen Stabilitätsgewinn für das Gesellschaftssystem. So ermöglicht es das Recht, „sich wenigstens auf der Ebene der Erwartungen auf eine noch unbekannte, genuin unsichere Zukunft einzustellen“.¹² In einer für die Systemtheorie typischen biologischen Metapher bezeichnet Luhmann das Recht deshalb als „Immunsystem“ der Gesellschaft.¹³ Denn diese ist

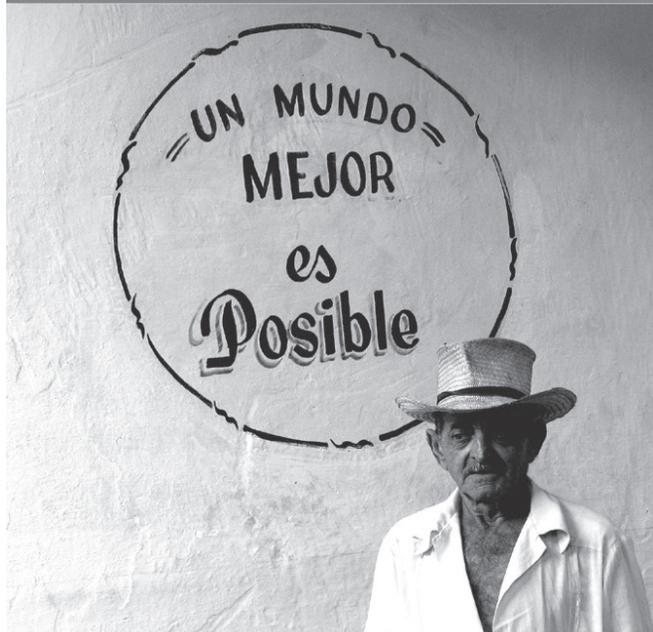
durch ihre zunehmende Komplexität darauf angewiesen, friedliche Lösungen für allerlei Konflikte zu finden. Das Recht ermöglicht es dem Gesellschaftssystem, „mit dem strukturbedingten Risiko einer ständigen Reproduktion von Konflikten zurechtzukommen“.¹⁴ Dabei entfremdet und übersetzt das Recht soziale Konflikte, um sie für die eigene Systemoperation behandelbar zu machen. Sie erscheinen dann nur noch als Rechtskonflikte, „die mit Hilfe der Fiktionen des Rechts und ohne Gegenhalt in der sozialen Realität entscheidbar [sind]“.¹⁵

Anzeige

LATEIN AMERIKA NACHRICHTEN

// Die Monatszeitschrift

Solidarisch, kritisch, unabhängig.



PROBEABO

// 3 Ausgaben // 10 Euro
// endet automatisch

JETZT BESTELLEN
www.lateinamerika-nachrichten.de
abo@ln-berlin.de



facebook.com/lateinamerikanachrichten

Recht und Politik: Die strukturelle Kopplung

Es ist offensichtlich, dass man Recht nicht ohne Politik erklären kann (und andersherum). Mehr noch: Beide Systeme sind in hohem Maße voneinander abhängig. „Das Recht ist zu seiner Durchsetzung auf Politik angewiesen, und ohne Aussicht auf Durchsetzung gibt es keine allseits überzeugende (unterstellbare) Normstabilität.“¹⁶ Umgekehrt macht auch das politische System vom Recht Gebrauch, um zu „kollektiv bindenden Entscheidungen“ zu kommen, also seiner Funktion gerecht zu werden. Wegen der funktionalen Ähnlichkeiten kommt es zwar zu „optische[n] Schwierigkeiten“¹⁷ bei der Unterscheidung. Dennoch bleibt es bei dem für die Systemtheorie so wichtigen Ausgangspunkt: Nur, wenn Recht und Politik als zwei voneinander getrennte Systeme gedacht werden, können Zusammenhänge herausgearbeitet werden.

Diese Zusammenhänge sollen an einem naheliegenden Beispiel veranschaulicht werden, der Gesetzgebung. Ihre Bedeutung für beide Systeme liegt auf der Hand: „Die Verabschiedung von Gesetzen im Parlament kann als politischer Erfolg gebucht werden (...) und sie ändert zugleich den Geltungszustand des Rechts (...)“.¹⁸ In systemtheoretischer Sprache: Das Rechtssystem wird von neuen Gesetzen aus dem politischen System „irritiert“, es findet eine „strukturelle Kopplung“ zwischen den Systemen statt. Bei einer solchen Kopplung muss ein System Umwelteinflüsse systemintern rekonstruieren. Insofern ist die Gesetzgebung formal keine allzu gravierende Irritation für das Rechtssystem, denn mit Gesetzen kann es umgehen. Dass andererseits die substantiellen Irritationen für Gerichte und Verwaltung beispielsweise durch eine Vielzahl von Gesetzesänderungen nach dem „Sommer der Migration“ spätestens ab dem Herbst 2015 enorm waren und sind, steht auf einem anderen Blatt.

Das Recht muss sich also darauf einstellen, dass im Rahmen legitimer Verfahren neue Gesetze in sein System eingespeist werden, die es dann anzuwenden hat. Dass dies aber eben nur durch festgelegte Verfahren möglich ist, macht die Irritation wechselseitig: Die Politik ist irritiert, weil diese Verfahren rechtlich geregelt sind und das Recht,

- ¹ So eine Notiz des Luhmann-Anhängers Rainald Goetz in seinem Internetautogramm „Abfall für alle“, als er von dessen Tod am 6. November 1998 erfährt, damals noch per Fax.
- ² Niklas Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997.
- ³ Niklas Luhmann, Die Wirtschaft der Gesellschaft, 1988.
- ⁴ Niklas Luhmann, Die Politik der Gesellschaft, 2000.
- ⁵ Niklas Luhmann, Die Kunst der Gesellschaft, 1995.
- ⁶ Niklas Luhmann, Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie, 1984.
- ⁷ Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 143 f.
- ⁸ Vgl. Detlef Horster, Niklas Luhmann, 1997, 121.
- ⁹ Niklas Luhmann, Die Ausdifferenzierung des Rechtssystems, 1981, 374.
- ¹⁰ Luhmann (Fn. 2), 757.
- ¹¹ Ebd., 1043.
- ¹² Luhmann (Fn. 7), 130.
- ¹³ Ebd., 566 ff.
- ¹⁴ Ebd., 567.
- ¹⁵ Gunther Teubner, Drei persönliche Begegnungen, in: Rudolf Stichweh (Hg.): Niklas Luhmann. Wirkungen eines Theoretikers, 1999, 19-27.
- ¹⁶ Luhmann (Fn. 7), 150.
- ¹⁷ Ebd., 428.
- ¹⁸ Ebd., 434.

weil Gesetzesänderungen politischen Mehrheiten folgen, auf die das Recht keinen Einfluss hat (und haben darf!).¹⁹ Die Gesetzgebung ist deshalb auch ein gutes Beispiel dafür, dass in der funktional ausdifferenzierten Gesellschaft keine Hierarchien zwischen den Systemen bestehen. Vielmehr stützen die Positivierung des Rechts und die Demokratisierung der Politik einander gegenseitig: „Demokratie ist eine Folge der Positivierung des Rechts und der damit gegebenen Möglichkeiten, das Recht jederzeit zu ändern.“²⁰

Verfassung und Rechtsstaat

Dieser Zusammenhang von Politik und Recht findet seine größte Ausprägung in der wichtigsten strukturellen Kopplung beider Systeme, der Verfassung. Sie erfüllt für beide Systeme maßgebliche Funktionen: Für das Rechtssystem ist sie „ein oberstes Gesetz, ein Grundgesetz“, für das politische System ist sie ein instrumentelles und symbolisches Gestaltungsmittel.²¹ Das macht sie zu einem Instrument der „Disziplinierung von Politik“²²: Denn auch die Legitimität demokratischer Verfahren ist im konstitutionellen Rechtsstaat keine Garantie dafür, dass Gesetze automatisch Teil des Rechtssystems werden. Das Recht muss nicht jede Irritation aus dem politischen System schlucken, es ist wehrhaft. Denn: Gesetze werden daran bemessen, ob sie im Einklang mit höchstem Recht, also mit der Verfassung stehen. „(...) [G]erade die Demokratisierung der Politik erfordert schließlich umso mehr individuellen Rechtsschutz des Einzelnen, auch und gerade in Hinsicht auf seine verfassungsmäßigen Rechte.“²³ Im Fall der Bundesrepublik Deutschland wird diese Schutzfunktion wirksam in Form einer starken Verfassungsgerichtsbarkeit, die Gesetze „kassiert“, wenn sie nicht dem Anspruch der Verfassungskonformität genügen. Inwiefern damit das Bundesverfassungsgericht selbst eine Organisation des politischen Systems ist, kann hier nicht vertieft werden.²⁴ Luhmann selbst lehnt diese Beobachtung ab mit dem zutreffenden Hinweis, dass das Bundesverfassungsgericht ausschließlich als Teil des Rechtssystem agiert, also lediglich den Code legal/illegal anwendet, nur eben nicht auf irgendein Gesetz, sondern auf das höchste.²⁵ Die Verfassung als strukturelle Kopplung von Recht und Politik hat also eine doppelte Orientierungsfunktion: Für das Recht, weil sie die Grundlage seiner Operationen ist und für die Politik, weil Gesetzesänderungen dem Kriterium „verfassungskonform“ genügen müssen.

Die klassische Formel, unter der die vorangegangenen Beobachtungen und vor allem das Zusammenspiel von Politik und Recht versammelt werden, ist der „Rechtsstaat“. Er ist das Schema, in dem die Disziplinierung der Politik durch das Recht und die

Instrumentalisierung des Rechts durch die Politik stattfinden. Rechtsstaatlichkeit meint dabei nicht mehr (aber auch nicht weniger) als die Garantie von Freiheit in den Schranken des Rechts, was in Deutschland insbesondere Ausdruck im Schutz von Individualrechten und der Gesetzesbindung der Verwaltung gefunden hat.²⁶ „Vom Recht aus gesehen ist der Rechtsstaat also die Konsequenz der universellen gesellschaftlichen Relevanz des Rechts (...)“²⁷ und insofern nicht mehr als eine „trotzige Tautologie“²⁸, weil diese Tatsache für das Rechtssystem selbstverständlich ist.

Systemtheorie als Kritik und Kritik als Systemtheorie

Strittig ist, inwieweit die Systemtheorie für normative Zwecke nutzbar gemacht werden kann, welches kritische Potential also in ihr steckt. Es wäre zu kurz gedacht, aus Luhmanns nachweislich unpolitischer, nur dem Wissenschaftssystem zuzuordnenden Ambition zu folgern, dass mithilfe der Systemtheorie keine Gesellschaftskritik möglich wäre.²⁹ Denn kritisches Potential entsteht ja keineswegs nur aus einer kritischen Absicht. Zwar kann und will die Systemtheorie als „Beobachtungstheorie“³⁰ keine externen Maßstäbe mitentwickeln, an denen sich ihre Beobachtungen beurteilen lassen. Ziel einer kritischen Lesart der Theorie wäre dann ein Prozess, der eine „nichtnormative, aber normativ bedeutsame Kritik generiert“.³¹ Das heißt, dass der Maßstab der Kritik nicht von außen kommt (etwa: Wie könnte eine gerechtere/bessere/schönere Gesellschaft aussehen), sondern er entwickelt sich „aus den analysierten Verhältnissen selbst (...) – und das meint: in den [zu] analysierenden Sozialsystemen.“³² Anstatt also eine vermeintlich beste aller Gesellschaften vor Augen zu haben, der die Systeme entgegenarbeiten soll, ist es zielführender, sich deren Funktionen vor Augen zu führen und zu untersuchen, inwiefern diese Funktionen gestört oder gar korrumpiert werden, etwa durch ihre Kolonisierung durch andere Subsysteme. Auf das Rechtssystem bezogen bedeutet das: „Die systemtheoretische Rechtskritik besteht auf der Autonomie

Anzeige

**Solidarität organisieren
Mitglied werden!**

ROTE HILFE e.V.

Unsere Solidarität gegen ihre Repression!
info@rote-hilfe.de ★ www.rote-hilfe.de

Die Rote Hilfe ist eine parteiunabhängige, strömungsübergreifende linke Schutz- und Solidaritätsorganisation. Die Rote Hilfe organisiert nach ihren Möglichkeiten die Solidarität für alle, unabhängig von Parteizugehörigkeit oder Weltanschauung, die in der Bundesrepublik Deutschland aufgrund ihrer politischen Betätigung verfolgt werden.

Spendenkonto: Rote Hilfe e.V.
Sparkasse Göttingen

IBAN: DE25 2605 0001 0056 0362 39
BIC: NOLADE21GOE

DIE ROTE HILFE
erscheint viermal im Jahr und kostet 4 Euro, im Abonnement 20 Euro im Jahr. Für Mitglieder der Roten Hilfe e.V. ist der Bezug der Zeitung im Mitgliedsbeitrag inbegriffen. **Gefangene erhalten die Zeitung kostenlos.**

**Erhältlich auch in gutsortierten
Bahnhofsbuchhandlungen**

DIE ROTE HILFE
Zeitung gegen Repression

DIE ROTE HILFE
4.2017

40 Jahre
Deutscher Herbst

Repressionsspot

LEONARDO
DAIML
SIEM

lokalisiert

senipol.com

AIIF

des Rechts.“³³

Der „Rechtsstaat“ als politische Strategie

Es ist auffällig, wie der Begriff des „Rechtsstaats“ in der jüngeren Vergangenheit in erster Linie politisch verwendet wird, nämlich zur Rechtfertigung restriktiver Asylpolitik. Der „Rechtsstaat“ wird so zur Legitimation der Einführung von Grenzkontrollen, der Ablehnung von Asylanträgen oder des Vollzugs von Abschiebungen. Das führt zu einer Umdeutung des Rechtsstaatsbegriffs vom Schutz subjektiver Rechte und der Gesetzesbindung der Verwaltung zu Aspekten der inneren Sicherheit. „Wer Rechtsstaat sagt, aber klare Kante meint, der kürzt den Begriff um seine liberalen Bestandteile und reichert ihn mit autoritären Ingredienzien auf.“³⁴

Darüber hinaus zeigt der stete Verweis auf den Rechtsstaat, dass Legitimität für bestimmte Entscheidungen oder konkrete Maßnahmen durch die Verlegung eines Problems vom Politik- in das Rechtssystem erzeugt wird. Diese Verschiebung ist keinesfalls lediglich ein Stilmittel politischer Rhetorik, sondern essentieller Bestandteil des Asylsystems. Das lässt sich veranschaulichen anhand der Frage, wer überhaupt rechtlich als „Flüchtling“ gilt. Maßgeblich ist hier die Definition der Genfer Flüchtlingskonvention von 1951, nach der Flüchtling ist, wer „aus begründeter Furcht vor Verfolgung wegen seiner Rasse, Religion, Nationalität, politischen Überzeugung oder Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ nicht in sein Herkunftsland zurückkehren kann (§ 3 Abs. 1 AsylG). Unabhängig von den genauen Details und praktischen Erweiterungen dieser Definition, etwa um Kategorien des Geschlechts³⁵ oder die Feststellung, dass Verfolgung nicht nur durch Staaten, sondern auch durch nicht-staatliche Akteure erfolgen kann³⁶, wird deutlich, dass der Flüchtlingsbegriff in rechtlicher Hinsicht sehr offen gehalten ist. Die konkrete Lösung der Frage obliegt also der Verwaltung, in diesem Fall dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) und, letztinstanzlich, der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit, die über die zahlreichen Klagen gegen die BAMF-Entscheidungen zu urteilen hat. „So können nicht nur politische Konflikte vermieden, sondern auch politische und moralische Verantwortungszuschreibungen relativiert werden: Was immer die Folgen der politischen Vorgaben sind, es handelt sich um Folgen rechtskonformer Entscheidungen, die Gerichte zu verantworten haben.“³⁷ Das politische Problem wird also in eine juristische Frage umgewandelt, so dass die Politik auf den „Rechtsstaat“ verweisen kann, in dessen Ägide die Entscheidung über Aufenthalt oder Abschiebung letztlich fallen. Mit Luhmann handelt es sich damit um eine „Entpolitisierung von Problemen“ im Rechtssystem, weil Angelegenheiten „unter spezifisch rechtlichen Kriterien weiterbehandelt werden“³⁸.

Politisierung der Gerichte

Damit ist die Frage, wer in Deutschland einen Anspruch auf Schutz hat, aber weder gelöst noch tatsächlich entpolitisiert. Um beim Beispiel der Verwaltungsgerichte zu bleiben: Die Entscheidung über ein Asylgesuch wird so zwar in das Rechtssystem transformiert, das heißt unter juristischen Gesichtspunkten betrachtet. Das gilt auch für das gerichtliche Setting, das ja eben keine weitere Anhörung der oder des Betroffenen ist, sondern die Verhandlung einer Klage gegen den Entscheid des BAMF.³⁹ Allein: Dem Gericht bleibt kaum eine andere Möglichkeit, als den betreffenden Fall nach politischen Maßstäben zu entscheiden. Denn das Rechtssystem ist hier mit Fragen konfrontiert, die sich gar nicht rein rechtlich lösen lassen. Ist der Asylgrund legitim? Ist das Herkunftsland sicher? Ist es sicher genug, um den Asylantrag

abzulehnen, aber zu unsicher, um eine Abschiebung zu vollziehen? Schon in der Widersprüchlichkeit dieser letzten Frage, die für aber tausende abgelehnte Asylsuchende in Deutschland gestellt und von Verwaltungsgerichten irgendwie beantwortet werden muss (um im Zweifelsfall den prekären Status der Duldung zu verleihen), zeigt sich die Unmöglichkeit einer rechtlichen Lösung dieser und ähnlicher Konflikte. Das Recht kann letztlich nur Konflikte lösen, die es selbst konstruieren kann.⁴⁰ Aber „[d]er Wirklichkeitsnachbau des Rechts ist defizitär“⁴¹, was insbesondere bei Asylklagen sichtbar wird. Die Verwaltungsgerichte müssen also diese Wirklichkeit konstruieren und kommen dabei nicht umhin, auf politische Kategorien zurückzugreifen. Konkret bedeutet das, dass ihre asylrechtlichen Entscheidungen etwa auf Lageberichten des Auswärtigen Amtes über die Situation im Herkunftsland eines Schutzsuchenden beruhen.⁴² Entscheidungsgrundlage ist also die Einschätzung eines politischen Akteurs zur politischen Situation in einem bestimmten Land.

Aber was sollen Richterinnen und Richter denn sonst auch machen? Schon auf rechtstheoretischer Ebene kann an dieser Stelle gegen Luhmann eingewendet werden, dass seine Konstruktion der Unterscheidung von Normen einerseits und Fakten andererseits inklusive

¹⁹ Ebd., 416.

²⁰ Ebd., 471.

²¹ Ebd., 478.

²² Ebd., 470.

²³ Ebd., 479.

²⁴ Aber hier: Basil Bornemann, Politisierung des Rechts und Verrechtlichung der Politik durch das Bundesverfassungsgericht, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 2007, Bd. 28 (1), 75–95.

²⁵ Luhmann (Fn. 7), 475.

²⁶ Ebd., 423.

²⁷ Ebd.

²⁸ Ebd., 424.

²⁹ Vgl. Albert Scherr (Hg.), Systemtheorie und Differenzierungstheorie als Kritik. Perspektiven in Anschluss an Niklas Luhmann, 2015 oder Marc Amstutz / Andreas Fischer-Lescano (Hg.), 2014.

³⁰ Marc Amstutz, Der zweite Text. Für eine kritische Systemtheorie des Rechts, in: Amstutz / Fischer-Lescano (Hg.), 2014, 386.

³¹ Ebd., 370.

³² Ebd., 388 (Herv. im Original).

³³ Kolja Möller, Rechtskritik und Systemtheorie, in: Scherr (Fn. 30), 193.

³⁴ Wolfgang Janisch, Die Gewalt, die uns schützt, in: Süddeutsche Zeitung (SZ) v. 27.10.2018, 45.

³⁵ Nora Markard, Ein neues Schutzkonzept? Der Einfluss der Menschenrechte auf den internationalen Schutz, in: Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik 2015 (2), 57–61.

³⁶ Paul Tiedemann, Flüchtlingsrecht, 2015.

³⁷ Scherr, 2015, 162.

³⁸ Luhmann (Fn. 7), 424.

³⁹ Da allerdings das BAMF als Partei des Verfahrens selten vor Gericht erscheint, erhält dieses Setting schnell den Anschein einer erneuten Anhörung der klagenden Person.

⁴⁰ Luhmann (Fn. 7), 159.

⁴¹ So Rainald Goetz in einem Interview zum Suhrkamp-Streit: Thomas Steinfeld, „Das Recht ist die Niederlage der Vernunft“. Rainald Goetz im Interview, SZ v. 22.12.2012, 15.

⁴² Scherr, 2015, 161.

der Feststellung, dass das Rechtssystem nur anhand der Kategorie der Norm seine Urteile fällt, der Realität nicht gerecht wird.⁴³ Vielmehr ist doch die normative Arbeit der Interpretation von Gesetzen „faktenabhängig“, sie entsteht als Zusammenhang von „Text und faktischem Kontext“⁴⁴. Es muss also legitim sein, wenn ein Gericht zur Beurteilung einer Asylklage auf die tatsächliche Situation vor Ort Bezug nimmt.

Diese Debatte kann hier nicht vertieft werden. Aufgezeigt werden sollte lediglich die starke Überlappung von Politik und Recht in im Fall von (gerichtlichen) Asylverfahren. Von hier aus kann dann etwa untersucht werden, wie damit auch rassistische Kategorien explizit oder implizit handlungsleitend für gerichtliche Urteile werden.⁴⁵ Eine weitere zu vertiefende Frage wäre die genaue Unterscheidung der Maßstäbe politischer und rechtlicher Verwaltung, also des BAMF einerseits und der Verwaltungsgerichte andererseits, bei grundsätzlich gleicher Aufgabe, nämlich der Entscheidung über Asylgesuche. Denn eine dem Innenministerium nachgeordnete Behörde wie das BAMF ist eben kein Ort, an dem Recht „umgesetzt“ wird: Verwaltung „realisiert Politik und nicht Recht“.⁴⁶ Überhaupt bedarf es einer genaueren Analyse der konkreten Logik, der politische und rechtliche Verwaltung jeweils folgen. Denn unübersehbar sind, wie im hier aufgezeigten Fall, fließende Übergänge bei formaler der Trennung der Organisationen (Behörde/Gericht) und der Funktionssysteme (Politik/Recht).

Der „Super-Code“ Inklusion und Exklusion

Abschließend soll ein kurzer Blick auf ein grundsätzliches Thema geworfen werden, mit dem sich die Systemtheorie des Rechts auf Fragen von Flucht und Asyl anwenden lässt. Es geht um die Unterscheidung von „Inklusion“ und „Exklusion“, für Luhmann ein „Super-Code“⁴⁷, der den Codes der Funktionssysteme vorgelagert ist. In systemtheoretischer Hinsicht bedeutet „Exklusion“, dass ein psychisches System (also Menschen) nicht an der Kommunikation eines sozialen Systems teilnehmen kann. Für moderne Gesellschaften beobachtet Luhmann eine Art Kettenreaktion der Exklusion: Ohne Zugang zum Bildungssystem keine adäquate Teilhabe am politischen System, ohne Papiere keine Sozialleistungen, ohne Wohnung keinen Arbeitsplatz, usw. „Die Negativintegration in die Gesellschaft ist nahezu perfekt.“⁴⁸

Dem Rechtssystem kommt hier eine zentrale Bedeutung zu: Der Code Recht/Unrecht bleibt zwar stets zentraler Bestandteil der funktional differenzierten Gesellschaft. „Aber für exkludierte Bevölkerungsgruppen hat diese Frage geringe Bedeutung im Vergleich zu dem, was ihre Exklusion ihnen auferlegt“⁴⁹. Mit Bezug auf Asylsuchende geht es also zuerst einmal darum, ob ihr prekärer Status es verhindert, überhaupt adäquat auf den Rechtscode zugreifen zu können. Die aufgrund ihrer Lage Exkludierten brauchen etwa entsprechende Beratung, um ihre Rechte geltend zu machen. Die erste Frage ist deshalb nicht, ob eine Klage gegen einen abgelehnten Asylantrag Erfolg hat (Code Recht/Unrecht), sondern, ob es überhaupt zu dieser Klage kommen kann (Code Inklusion/Exklusion). Die Verbindung zum politischen System liegt auf der Hand: Denn es ist dessen Aufgabe, durch Gesetzgebung die Exklusion von Geflüchteten aus dem Rechtssystem zu mindern, etwa, indem in das Konzept der sogenannten „AnKER-Zentren“ eine Rechtsberatung eingeschrieben wird, anstatt nur darauf zu verweisen, dass das Sache der Bundesländer sei. Die Folgen kann man in Bayern beobachten, wo an einigen Orten (mit Hinweis auf die Rechtslage!) keinerlei Beratung mehr in die Aufnahmeeinrichtungen vorgelassen wird und Unterstützerkreisen deshalb nichts bleibt,

als mit einem Bus vor der Tür zu warten, um von Geflüchteten am Rande einer Schnellstraße konsultiert zu werden.⁵⁰ Auch mit Blick auf die oben diskutierte Funktion des Rechtsstaats ist es umso zynischer, rechtliche Unterstützung für (abgelehnte) Asylsuchende als „Anti-Ab-schiebe-Industrie“ (Alexander Dobrindt) zu diffamieren: Es handelt sich vielmehr um den Versuch, auch Exkludierten den Zugang zum Rechtssystem zu garantieren, damit sie von ihrem „Recht auf Rechte“ (Hannah Arendt) Gebrauch machen können.

Von hier aus weiter

Die Beispiele zeigen, dass die Systemtheorie eine produktive Grundlage für die Analyse der Verhältnisse von Recht und Politik im Asylregime sein kann. Offen bleibt allerdings, ob die Politik letztlich wirklich nur eines unter vielen Funktionssystemen ist, oder ob ihr, wie insbesondere beim Thema Inklusion/Exklusion deutlich wird, nicht eine stärkere Steuerungsfunktion zukommt, als die Systemtheorie ihr zugesteht.⁵¹ In jedem Fall bietet die Systemtheorie ein vielseitiges analytisches Instrumentarium, um über Fragen der Asylpolitik nachzudenken, inklusive eines nicht zu unterschätzenden kritischen Potentials. Denn „(...) vordringlich ist doch die Frage, mit welcher Theorie man die moderne Gesellschaft beschreiben kann, von der auch derjenige ausgehen kann, der viel oder alles ändern möchte“.⁵²

Valentin Feneberg hat 2018 sein Studium der Sozialwissenschaften an der HU Berlin abgeschlossen und arbeitet als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Deutschen Zentrum für Integrations- und Migrationsforschung (DeZIM) in Berlin.

Weiterführende Literatur:

Marc Amstutz / Andreas Fischer-Lescano, Kritische Systemtheorie. Zur Evolution einer normativen Theorie, 2014.

Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993.

Albert Scherr, Wer soll deportiert werden? Wie die folgenreiche Unterscheidung zwischen den „wirklichen“ Flüchtlingen, den zu Duldenen und den Abzuschiebenden hergestellt wird, in: Soziale Probleme 2015, Bd. 26 (2), 151.

⁴³ Amstutz (Fn. 31), 375.

⁴⁴ Ebd., 378.

⁴⁵ Scherr, 2015, 163 ff.

⁴⁶ Luhmann (Fn. 7), 431.

⁴⁷ Niklas Luhmann, Inklusion und Exklusion, in: (ders.), Soziologische Aufklärung 6, 1995, 243.

⁴⁸ Luhmann (Fn. 7), 584.

⁴⁹ Ebd., 583. Erschütternd anschaulich dazu: Konrad Menninghagen, Bericht von der Front, in: myops 2019, 13. Jg. (35), 58-67.

⁵⁰ Bernd Kastner / Inga Rahmsdorf, Ausgesperrt. Rechtsberater dürfen oberbayrische Asylheime nicht mehr betreten, in: SZ v. 9.2.2018, 5.

⁵¹ Dafür tritt ausgerechnet ein namhafter Rechtswissenschaftler ein, der Luhmann ansonsten sehr wohl gesonnen ist, vgl. Dieter Grimm, „Ich bin ein Freund der Verfassung“, 2017, 105.

⁵² Luhmann (Fn. 7), 550.