



PROF. DR. BERNHARD RÜTSCHKE

Politische Spielräume in der Rechtsanwendung

**Schweizerische Tagung der
Verwaltungsrichterinnen und
Verwaltungsrichter**

11.-12. September 2025 in Andermatt

JUSTIZ ALS APOLITISCHES STAATSORGAN

« Les juges de la nation ne sont que **la bouche qui prononce les paroles de la loi** ; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur. »

MONTESQUIEU, De l'esprit des lois, 11. Buch,
6. Kapitel, Genève 1748



VORWURF DER POLITISIERUNG DER JUSTIZ



«Wir befinden uns nicht mehr im Bereich des Rechts, sondern **im Bereich der Moral** – einer rachsüchtigen Moral.»

BUNDESGERICHTSURTEILE MIT POLITISCHER BEDEUTUNG

- **Frauenstimmrecht im Kanton Appenzell Innerrhoden**
(BGE 116 Ia 359)
- **Verfassungswidrigkeit von Urnenabstimmungen über Einbürgerungsgesuche**
(BGE 129 I 217)
- **Aufhebung kantonaler Wahlkreise wegen Verletzung der Wahlrechtsgleichheit**
(BGE 129 I 185; 131 I 74; 136 I 352; 140 I 394; 143 I 92; 145 I 259)
- **Aufhebung der Volksabstimmung zur «Heiratsstrafe»**
(BGE 145 I 207)
- **Aufhebung der Wahl der Zürcher Kantonsrätin Isabel Garcia nach deren Parteiwechsel**
(BGE 151 I 41)
- **Vorrang der EMRK gegenüber der Ausschaffungsinitiative**
(BGE 139 I 16)

BUNDESGERICHTSURTEILE MIT POLITISCHER BEDEUTUNG

- **Verfassungsmässigkeit von Kopftuchverböten für muslimische Lehrerinnen und Schülerinnen**
(BGE 123 I 296; 142 I 49)
- **Verfassungswidrigkeit der Mädchensekundarschule St. Katharina in Wil**
(Urteil 2C_405/2022 vom 17. Januar 2025)
- **Rechtsprechung zu psychosomatischen Leiden und rentenbegründender Invalidität**
(BGE 130 V 352; 141 V 281)
- **Anerkennung politisch motivierter Eingriffe des Bundesrats in krankenversicherungsrechtliche Tarifstrukturen**
(BGE 144 V 138)

BEGRIFF DES POLITISCHEN NACH CARL SCHMITT

«Nehmen wir an, dass auf dem Gebiet des Moralischen die letzten Unterscheidungen Gut und Böse sind; im Ästhetischen Schön und Hässlich; im Ökonomischen Nützlich und Schädlich oder beispielsweise Rentabel oder Nicht-Rentabel. (...) Die spezifisch politische Unterscheidung, auf welche sich die politischen Handlungen und Motive zurückführen lassen, ist die **Unterscheidung von Freund und Feind.**»

CARL SCHMITT, Der Begriff des Politischen, Berlin 1932, Kap. 2



PARTEIPOLITISCHES URTEILSVERALTEN IM ASYLRECHT

«Im Vergleich zu SVP- und FDP-Richtern und Richterinnen heissen SP-Richter und -Richterinnen Asylbeschwerden etwa doppelt so häufig gut.»

GABRIEL GERTSCH, Richterliche Unabhängigkeit und Konsistenz am Bundesverwaltungsgericht: eine quantitative Studie, ZBI 2021 34

Während SVP-Richterinnen durchschnittlich 5 Prozent aller Beschwerden gutheissen, sind es bei Richtern der SP und der Grünen 20 Prozent.

JUDITH SPIRIG/DOMINIK
HANGARTNER/BENJAMIN E LAUDERDALE,
Inferring Individual Preferences from
Group Decisions: Judicial Preference
Variation and Aggregation in Asylum
Appeals

POLITIKVERSTÄNDNIS NACH HANNAH ARENDT

«Politisch zu sein, in einer Polis zu leben, das hiess, dass alle Angelegenheiten vermittlels der **Worte, die überzeugen können**, geregelt werden und nicht durch Zwang oder Gewalt. Andere durch Gewalt zu zwingen, zu befehlen statt zu überzeugen, galt den Griechen als eine gleichsam präpolitische Art des Menschenumgangs, wie er üblich war in dem Leben ausserhalb der Polis (...).»

HANNAH ARENDT, Vita activa oder Vom tätigen Leben, Stuttgart 1960



WERTUNGSSPIELRÄUME IN DER RECHTSANWENDUNG

Interessenabwägungen

«Interessenabwägungen sind indessen nicht nur ein Mittel zur Machtbegrenzung, sondern sie schaffen auch Räume für *institutionelle Macht*. Verwaltung und Gerichte erhalten mit den Abwägungsgeboten des Verfassungs- und Gesetzgebers weitreichende Kompetenzen: Sie bestimmen im Rahmen offener Vorgaben, was legitime Interessen sind, wie Interessen zu gewichten sind, welches Gewicht Interessen im Einzelfall zukommt und welchen Interessen der Vorzug zu geben ist. Die mit Interessenabwägungen einhergehenden Wertungsspielräume verleihen der handelnden Administration und der kontrollierenden Judikative eine beachtliche normative Definitionsmacht. Abwägungen sind insofern **‘Einbruchstellen des Politischen in das Recht’**.»

BERNHARD RÜTSCHKE, Zwischen Rationalität und Werturteil: Begriff und Methodik der Interessenabwägung, ZSR 143 II 5; mit Verweis auf JOHANNES REICH

WERTUNGSSPIELRÄUME IN DER RECHTSANWENDUNG

Rechtsgleichheit

«[Ein Erlass] verletzt das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV), wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein **vernünftiger Grund** in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen, wenn also Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird.»

Statt vieler: BGE 149 I 125 E. 5.1

MORAL UND ETHIK ↔ POLITIK

Richterliche Werturteile

Moral

Persönliche Überzeugungen vom Guten und Gerechten

Ethik

Kritische Reflektion moralischer Überzeugungen anhand von allgemeinen Prinzipien

→ Anspruch auf Verallgemeinerbarkeit

Politik

Ausrichtung eines Urteils an der Parteilinie

→ Absicht, einer politischen Kraft zu nützen oder zu schaden

TRENNUNG VON JUSTIZ UND POLITIK

Institutionelle Sicherungen

- Unvereinbarkeitsregeln
- Schutz vor Einflussnahme durch andere Staatsorgane und intermediäre Gewalten
- Parteipolitische Richterwahlen und Wiederwahlen?

Prozessuale Sicherungen

- Ausgewogene Zusammensetzung von Spruchkörpern
- Verfahrensgarantien (Ausstandsregeln, Äusserungsrechte, Begründungspflichten u.a.)

Methodische Sicherungen

- Methodentransparenz
- Methodenstrenge ↔ pragmatischer Methodenpluralismus?

METHODEN DER RECHTSANWENDUNG

Hermeneutische Methoden → verstehen	Klassifikatorische Methoden → zuordnen	Komparative Methoden → vergleichen	Evaluative Methoden → bewerten
<ul style="list-style-type: none">– Auslegung– Beweiswürdigung	<ul style="list-style-type: none">– Subsumtion– Konkretisierung von offenen Rechtsnormen	<ul style="list-style-type: none">– Analogien– Rechtsgleichheit	<ul style="list-style-type: none">– Interessenabwägung– Praktische Konkordanz

RECHTSFORTBILDUNG

«Eine Gewährleistung von in der Verfassung nicht genannten Freiheitsrechten durch ungeschriebenes Verfassungsrecht wurde vom Bundesgericht in bezug auf solche Befugnisse angenommen, welche **Voraussetzung für die Ausübung anderer (in der Verfassung genannter) Freiheitsrechte** bilden oder sonst als **unentbehrliche Bestandteile der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes** erscheinen. Um die dem Verfassungsrichter gesetzten Schranken nicht zu überschreiten, hat das Bundesgericht stets auch geprüft, ob die in Frage stehende Gewährleistung bereits einer **weitverbreiteten Verfassungswirklichkeit in den Kantonen** entspreche und von einem **allgemeinen Konsens** getragen sei (...).»

BGE 121 I 367 E. 2a

RECHTSFORTBILDUNG

«Il en résulte que le point de départ du droit à la vie relève de la **marge d'appréciation des Etats** dont la Cour tend à considérer qu'elle doit leur être reconnue dans ce domaine, même dans le cadre d'une **interprétation évolutive** de la Convention, qui est « un **instrument vivant**, à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles » (...). Les raisons qui la poussent à ce constat sont, d'une part, que la solution à donner à ladite protection **n'est pas arrêtée au sein de la majorité des Etats contractants**, et en France en particulier, où la question donne lieu à débat (...), et, d'autre part, **qu'aucun consensus européen n'existe sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie** (...). »

Vo c. France, 8.7.2004, No. 53924/00, § 82

SCHLUSSTHESEN

1. **Justiz und Politik sind zu trennen.** Politik meint dabei den Wettbewerb und Kampf von Parteien um Macht und Einfluss.
2. Verfassung und Gesetze eröffnen für die Rechtsanwendung in vielerlei Hinsicht Spielräume, die **eigenständige richterliche Wertungen** verlangen.
3. Diese Wertungen sind grundsätzlich moralischer oder ethischer Natur. Sie haben erst dann politischen Charakter, wenn sie **politischen Kräften (Parteien) gehorchen**.
4. Um politisches Urteilen oder auch nur dessen Anschein zu vermeiden, braucht es **institutionelle, prozedurale und methodische Sicherungen**.
5. Richterwahlen nach Parteiproporz sind per se nicht mit der Gefahr politischen Urteilens verbunden. Das System der Wiederwahl hingegen schon. Dem kann mit einer **Praxis der routinemässigen Wiederwahl** begegnet werden.
6. Um die Rechtsprechung von Politisierung fernzuhalten, braucht es **mehr Methodentransparenz und Methodenstrenge**.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!
Fragen?

