

Jürg Oskar Luginbühl

Die Schweiz darf Witwer nicht mehr diskriminieren

Der EGMR hat mit Urteil vom 20. Oktober 2020, bestätigt mit Urteil der Grossen Kammer vom 11. Oktober 2022, entschieden, dass die Schweiz Witwer gegenüber Witwen nicht weiterhin diskriminieren darf. Witwer haben denselben Anspruch auf Rente wie Witwen, auch wenn Art. 24 Abs. 2 AHVG das Gegenteil bestimmt.

Beitragsart: Urteilsbesprechungen

Rechtsgebiete: EMRK, Sozialversicherungsrecht

Zitiervorschlag: Jürg Oskar Luginbühl, [Die Schweiz darf Witwer nicht mehr diskriminieren](#), in: [Jusletter 4. November 2024](#)

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Verfahrensgang (innerstaatlich und am EGMR)
 - 2.1. Innerstaatliches Verfahren
 - 2.2. Verfahren am EGMR
3. Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR, 3. Kammer) vom 20. Oktober 2020
 - 3.1. Leitsätze
 - 3.2. Urteilsspruch
4. Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR, Grosse Kammer) vom 11. Oktober 2022
 - 4.1. Zulässigkeit der Beschwerde / Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK / akzessorische Anwendung von Art. 14 EMRK
 - 4.2. Urteilsspruch betreffend Zulässigkeit der Beschwerde / Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK / akzessorische Anwendung von Art. 14 EMRK
 - 4.3. Zusammenfassung und Beurteilung
 - 4.3.1. Im Allgemeinen
 - 4.3.2. Rechtlich relevanter Sachverhalt
5. Materielle Begründetheit der Beschwerde gestützt auf Art. 14 i.V. mit Art. 8 EMRK
 - 5.1. Sicht des Beschwerdeführers
 - 5.2. Sicht der Regierung
 - 5.3. Rechtliche Würdigung durch den Gerichtshof
 - 5.3.1. Allgemeine Erwägungen
 - 5.3.2. Anwendbarkeit der allgemeinen Grundsätze im konkreten Fall
6. Gerechte Entschädigung (Art. 41 EMRK, «satisfaction équitable»)
 - 6.1. Schadenersatz und Genugtuung
 - 6.2. Gebühren und Auslagen («frais et depens»)
7. Das Urteil vom 11. Oktober 2022 und seine Auswirkungen im Überblick

Im Mai 2012 hat das Bundesgericht die Beschwerde eines Witwers abgewiesen, der geltend gemacht hatte, er erleide als Witwer mit Kindern gegenüber Witwen, die ebenfalls Kinder haben, bei der Berentung eine Diskriminierung aufgrund seines Geschlechts. Der Beitrag zeigt auf, weshalb der EGMR dezidiert die Auffassung vertritt, das Bundesgerichtsurteil halte vor der EMRK nicht stand.¹

1. Einleitung

[1] Das Sozialversicherungssystem der Schweiz geht in seinen Ursprüngen auf das Jahr 1948 zurück. Inhalt und Tragweite wurden über die Jahre stark erweitert.

[2] Bis heute liegt ihm indes ein *traditionelles Rollenverständnis* zugrunde. Daran hat sich mit der Einführung der Witwerrente im Jahre 1997 nichts geändert, wiewohl der Bundesrat bereits 1990² festgestellt hatte, dass eine Ungleichbehandlung von Witwen und Witwern vorliegt. Art. 4 Abs. 2 aBV, per 1. Januar 2000 überführt in Art. 8 Abs. 3, 1 Satz BV, bestimmt sodann bereits seit 1981:

¹ Der Verfasser hat den Witwer am EGMR vertreten. An der Grossen Kammer konnte er dabei auf die tatkräftige Unterstützung von Frau Rechtsanwältin Fanny de Weck, RiseLaw, Zürich, zählen.

² Botschaft vom 5. März 1990.

«Mann und Frau sind gleichberechtigt. Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit.»

Gab es bis ins Jahr 1997 noch *keine Witwerrente*, womit der Verfassungsauftrag während 16 Jahren überhaupt nicht erfüllt wurde, rang sich der Gesetzgeber schliesslich 1997 zur Einführung einer Witwerrente durch. Die Anspruchsberechtigung ist allerdings nach Geschlecht *weiterhin* unterschiedlich geregelt. Frauen erhalten eine Witwenrente auch dann, wenn ihr jüngstes Kind das 18. Altersjahr vollendet hat – Männer nicht. So steht es bis heute im nach wie vor geltenden Art. 24 Abs. 2 AHVG.³

Die Geschlechterdiskriminierung sticht ins Auge.

[3] Ähnliches gilt für Witwen bzw. Witwer *ohne* Kinder. Während *Witwen* bis zum Tod (oder bis zum Zeitpunkt der Wiederverheiratung) unter bestimmten Voraussetzungen eine Witwenrente erhalten, bekommen *Witwer* nichts (Art. 24 Abs. 1 AHVG).

[4] Zu dieser Konstellation hatte sich der Gerichtshof am 11. Oktober 2022 (Grosse Kammer) bzw. am 20. Oktober 2020 (3. Kammer) *nicht* zu äussern. Dass hier indessen eine weitere geschlechterspezifische (und deshalb konventionswidrige) Diskriminierung vorliegen dürfte, liegt nach Ansicht des Verfassers nahe. Auch diese gesetzliche Regelung verstösst zudem gegen die Bundesverfassung (Art. 4 Abs. 2 aBV, in Kraft seit 1981, überführt in Art. 8 Abs. 3, 1 Satz, BV).^{4,5}

[5] Der EGMR hatte – kurz zusammengefasst – folgenden Sachverhalt zu beurteilen:

Der Beschwerdeführer verlor seine Frau 1994 bei einem Unfall. Er war damals 41 Jahre, die beiden Töchter 1 ¾ und 4 Jahre alt. Mit Verfügung vom 9. September 2010 stellte die Ausgleichskasse des Kantons Appenzell Ausserrhoden den Beschwerdeführer in der Anspruchsberechtigung ein, weil seine jüngere Tochter volljährig geworden war. Die Ausgleichskasse wandte dabei Art. 24 Abs. 2 AHVG an. Eine gleichlautende Bestimmung für Witwen kennt die Schweiz nicht. Der Beschwerdeführer focht diesen Entscheid bei sämtlichen innerstaatlichen Instanzen an – erfolglos.

[6] Im Folgenden werden nun zunächst die wichtigsten Aspekte des Urteils der 3. Kammer des EGMR vom 20. Oktober 2020 sowie des Urteils der Grossen Kammer vom 11. Oktober 2022 beleuchtet (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-205675> und <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-220074>).

2. Verfahrensgang (innerstaatlich und am EGMR)

2.1. Innerstaatliches Verfahren

[7] Sowohl die Ausgleichskasse des Kantons Appenzell Ausserrhoden wie auch das Obergericht wiesen die Beschwerde von Max Beeler ab. Nicht anders entschied das Bundesgericht am 4. Mai 2012 (9C_617/2011), wiewohl sich Beeler auf Art. 14 (Diskriminierung) i. V. mit Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Familienlebens) berufen hatte.

³ Darauf, dass diese Bestimmung nach dem Urteil der Grossen Kammer am EGMR vom 11. Oktober 2022 in der Schweiz nicht mehr angewendet werden kann, wird weiter hinten eingegangen.

⁴ Diese Regelung dürfte allerdings bei der bevorstehenden Revision der Witwerrente obsolet werden.

⁵ A.M., aber ohne überzeugende Begründung: Versicherungsgericht Solothurn, Entscheid vom 1. März 2024 (O VS.2024.56); wiederum findet im Ergebnis ein «Abschieben» der EMRK-Problematik an das nächsthöhere Gericht statt.

[8] Bemerkenswert ist, dass das Bundesgericht *explizite* anerkannte, die gesetzliche Regelung in der Schweiz verstosse gegen den Grundsatz der Gleichstellung laut Art. 8 Abs. 3 BV. Weiter erwog es, der Gesetzgeber habe eine Regelung getroffen, die sich weder auf biologische Unterschiede zwischen Mann und Frau zu stützen vermöge, noch sonstwie gerechtfertigt sei.

[9] Trotz dieser zweifellos zutreffenden Erwägungen wies das Bundesgericht unter Hinweis auf Art. 190 BV die Beschwerde ab, weil es nach dieser Bestimmung auch verfassungswidrige Bundesgesetze anzuwenden habe.⁶

[10] Auf den ersten Blick erweist sich der Hinweis des Bundesgerichts auf Art. 190 BV als richtig.

[11] Allerdings hat es das Bundesgericht *unterlassen*, sich mit den konventionsrechtlichen Rügen des Beschwerdeführers (Art. 14 i.V. mit Art. 8 EMRK) auseinander zu setzen, obwohl die EMRK unbestrittenermassen in der Schweiz *direkt anwendbares Recht* ist und für das Bundesgericht – wie für alle innerstaatlichen Gerichte – der Grundsatz *iura novit curia* gilt.

[12] Das Bundesgericht hätte sich somit mit den EMRK-Rügen befassen *müssen*.⁷ Indem es dies nicht tat, dürfte es nicht nur die vorgenannten Grundsätze, sondern auch Art. 6 EMRK verletzt haben («fair trial»). Zudem ist fraglich, ob es nicht auch den Anspruch des Beschwerdeführers auf wirksame Beschwerde (Art. 13 EMRK) verletzt hat.⁸

2.2. Verfahren am EGMR

[13] Mit eigenhändig verfasster Beschwerde vom 19. November 2012 wandte sich Max Beeler an den EGMR und machte die Verletzung von Art. 14 i.V. mit Art. 8 EMRK geltend. Der Gerichtshof überwies die Beschwerde *rund vier Jahre später* an die Schweizerische Eidgenossenschaft (22. November 2016).

[14] Diese beantragte dem Gerichtshof, vertreten durch das Bundesamt für Justiz, auf die Beschwerde *nicht einzutreten*, weil sie mit der Konvention (insbes. Art. 8 EMRK) nicht vereinbar und zudem offensichtlich unzulässig sei. Der Beschwerdeführer, nunmehr vertreten durch den Verfasser dieses Beitrags, beantragte am 23. Juni 2017 auf die Beschwerde einzutreten.⁹ Diesem Antrag wurde Folge geleistet und die 3. Kammer des EGMR verurteilte die Schweiz am

⁶ Es zeigt sich wieder einmal mit aller Deutlichkeit, dass das Fehlen einer Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz zu Urteilen führen kann, die dann vom EGMR korrigiert werden müssen. Letzterer benötigte dafür *in casu* rund 10 Jahre.

⁷ Nach dem Wortlaut sowie der anerkannten Lehrmeinung beinhaltet Art. 190 BV *einen Normenkonflikt* in dem Sinne, dass Bundesgesetze und Völkerrecht (hier: EMRK) für das Bundesgericht *gleichermassen verbindlich* sind. Das Bundesgericht hätte also nicht nur auf die EMRK-Rügen eingehen, sondern es hätte auch den Normkonflikt lösen müssen.

⁸ Der frühere Anwalt des Beschwerdeführers hat sich allerdings nicht auf Art. 13 EMRK berufen. Aufgrund der dargestellten Grundsätze (direkt anwendbares Recht, *iura novit curia*) wäre es dem Bundesgericht indessen nicht verwehrt gewesen, sich auch zu diesem Punkt vernehmen zu lassen. Insgesamt zeigt sich aus Sicht des Verfassers ein fataler Hang des Bundesgerichts, heikle Rechtsfragen, zu denen es Stellung beziehen müsste, nicht zu behandeln und das weitere Vorgehen dem Beschwerdeführer zu überlassen. Ob im vorliegenden Fall auch politische Rücksichten eine Rolle gespielt haben, kann dahingestellt bleiben. Dass eine Gutheissung der Beschwerde auf innerstaatlicher Ebene indessen nicht nur im Einzelfall, sondern darüber hinaus weitreichende Folgen haben würde, war dem Bundesgericht zweifelsfrei bewusst.

⁹ Während die Beschwerde vom 19. November 2012 noch in deutscher Sprache verfasst werden konnte, musste der Beschwerdeführer für das weitere Verfahren eine der beiden Gerichtssprachen (F oder E) wählen. Diese Sprachwahlpflicht verteuert das Verfahren am EGMR erheblich, denn kaum eine Schweizer Anwältin oder eine Schweizer Anwalt aus der Deutschschweiz (oder aus dem Tessin) ist in der Lage, einen Rechtstext an den EGMR in einer der Gerichtssprachen zu verfassen. Als weitere Erschwernis in finanzieller Hinsicht ist die Prozesskostenhilfe zu erwähnen: Der EGMR bezahlt gerade einmal EUR 850 pauschal (einschliesslich Spesen), mithin auch einschliesslich

20. Oktober 2020 mit 7:0 Richterstimmen wegen Verletzung von Art. 14 i.V. mit Art. 8 EMRK. Die damalige Schweizer Richterin am EGMR, Helen Keller, stimmte ebenfalls gegen die Schweiz, gab aber eine «consenting opinion» ab.

[15] Am 19. Januar 2021 stellte die Regierung ein *Gesuch um Überweisung* der Angelegenheit an die Grosse Kammer des EGMR.¹⁰ Die Grosse Kammer bildet auf ein solches Gesuch hin jeweils gestützt auf ihre Prozessordnung ein *Gremium von 5 Richterinnen und Richtern*. Der Gerichtspräsident gehört ihm von Gesetzes wegen an. Dieses entscheidet geheim und teilt seinen Entscheid unbegründet mit. Am 8. März 2021 hiess das Richterkollegium das Gesuch der Schweizer Eidgenossenschaft gut.¹¹

[16] Bereits am 21. Juni 2021 fand die *mündliche Verhandlung* an der Grossen Kammer in Strassburg statt. Sie unterliegt einem klar definierten Ablauf sowie strengen Regeln.¹² Die Verhandlungen der Grossen Kammer werden auf Video aufgenommen und können auf der Website des Gerichtshofs eingesehen werden (im Fall Beeler: <https://www.echr.coe.int/w/beeler-v.-switzerland-no.-78630/12->).

[17] Mit Urteil vom 11. Oktober 2022 bestätigte die Grosse Kammer das Urteil der 3. Kammer vom 20. Oktober 2020 und stellte mit 12:5 Richterstimmen fest, dass die Schweiz die Konvention i.S.v. Art. 14 i.V. mit Art. 8 EMRK verletzt hat, indem sie Max Beeler ab Dezember 2010 keine Witwerrente mehr ausrichtete. Der Entscheid ist – wie immer am EGMR – *rein feststellender Natur, mithin subsidiär*. Er greift nicht direkt in das innerstaatliche Recht ein. Das Urteil des Bundesgerichts vom 4. Mai 2012 (9C_617/2011) wird nicht kassiert. Die entsprechenden Bestimmungen im AHVG, auf welche sich die Ausgleichskasse Appenzell Ausserrhoden (und die weiteren innerstaatlichen Instanzen) stützten, *bleiben zwar in Kraft, sind aber weitgehend nicht mehr anwendbar*.¹³

3. Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR, 3. Kammer) vom 20. Oktober 2020

3.1. Leitsätze

[18] Hinsichtlich des Kammerurteils beschränkt sich der Verfasser dieses Beitrags auf Leitsätze, weil die Grosse Kammer am 11. Oktober 2022 das endgültige, mit der Ausfällung rechtskräftige Urteil, detaillierter begründet hat.

[19] Die Einstellung der Witwerrente gestützt auf das AHVG im Zeitpunkt der Volljährigkeit des jüngsten Kindes eines Witwers verletzt Art. 14 (Diskriminierungsverbot) i.V.m. Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens), weil dieselbe Rechtsfolge Witwen nicht trifft.

Übersetzungskosten. Das Gesuch auf Prozesskostenhilfe wird genau geprüft. Eine Abweisung (wie im vorliegenden Fall) wird nicht begründet.

¹⁰ Ein solches Gesuch bleibt regelmässig geheim. Es wird der Gegenpartei *nicht* zur Stellungnahme zugestellt.

¹¹ Nota bene: Gerichtshofintern gibt es *kein Rechtsmittel*; diesbezüglich zumindest unklar KRADOLFER (mittlerweile Bundesrichter), der von einem Weiterzug ausgeht (Soziale Sicherheit im Regelungsbereich von Art. 8 EMRK, in: Jusletter vom 7. November 2022, Rz 6).

¹² Deren Darstellung würde im vorliegenden Rahmen zu weit führen.

¹³ Das Nähere lässt sich der Weisung Nr. 460 des BSV vom 21. Oktober 2022 – 10 Tage nach dem Urteil der Grossen Kammer – an die kantonalen Ausgleichskassen entnehmen. Allerdings existieren mittlerweile bereits Urteile, die eine Zahlungspflicht der Ausgleichskassen für Witwerrenten *über diese Weisung hinaus* anerkennen.

[20] Die Konvention ist ein «lebendiges Instrument» («instrument vivant» / «living instrument»), die *im Lichte der aktuellen Lebensverhältnisse* ausgelegt werden muss. Die dem AHVG zugrundeliegende Auffassung, dass der Ehemann für den Unterhalt seiner Gattin aufzukommen hat, vor allem dann, wenn letztere Kinder hat, *ist nicht mehr aktuell*. Sie rechtfertigt bei gleichem Sachverhalt *keine unterschiedliche Behandlung allein gestützt auf das Geschlecht*.

[21] Der Gerichtshof ruft einmal mehr in Erinnerung, dass einzig *sehr gewichtige Gründe* («*considérations très fortes*») eine unterschiedliche Behandlung der Geschlechter bei identischem Sachverhalt zu rechtfertigen vermögen. Solche Gründe existieren im vorliegenden Fall nicht. Der Schweiz ist es nicht gelungen, vernünftige Gründe («*justification raisonnable*») für eine Ungleichbehandlung von Witwern und Witwen vorzubringen.

[22] Die Witwerrente nach Art. 23 und 24 AHVG zielt darauf ab, dem überlebenden Ehegatten die Organisation seines Familienlebens zu ermöglichen. Der Normzweck fällt in den Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK. Der Beschwerdeführer war 41 Jahre alt, als seine Ehefrau tödlich verunfallte. Im Zeitpunkt der Einstellung der Witwerrente war der Beschwerdeführer 57 Jahre alt. Damit war eine Wiederintegration in den Arbeitsmarkt kaum mehr möglich. Diese Umstände hatten konventionsrechtlich relevante Auswirkungen auf die Art und Weise, wie der Beschwerdeführer sein Familienleben nach dem Tod seiner Ehefrau organisieren musste.

3.2. Urteilsspruch

[23] Die Kammer entschied mit 7:0 Stimmen, dass die Schweiz die Konvention (Art. 14 i.V. mit Art. 8 EMRK) verletzt hat.

[24] Die Schweizer RichterIn – damals noch Helen Keller – gab eine sog. «consenting opinion» ab. Sie stimmte also ebenfalls *für* eine Verletzung der Konvention, verwies aber auf Umstände, die nach ihrer Ansicht allenfalls auch eine andere Entscheidung hätte rechtfertigen können.¹⁴

4. Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR, Grosse Kammer) vom 11. Oktober 2022

4.1. Zulässigkeit der Beschwerde / Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK / akzessorische Anwendung von Art. 14 EMRK

[25] LUDWIG A. MINELLI, Anwalt und «EMRK – Aktivist» der ersten Stunde, sowie Begründer und Herausgeber der Zeitschrift «Mensch + Recht», bezeichnete Art. 8 EMRK schon vor vielen Jahren unter Hinweis auf die dynamische Rechtsprechung des EGMR als «*Auffangbecken*» unter den von der EMRK garantierten Rechten und Freiheiten. Tatsächlich hat der EGMR den Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK über Jahrzehnte unter Berufung darauf, dass es sich bei der EMRK um ein «lebendiges Instrument» («*living instrument*», «*instrument vivant*») handelt, *stetig erweitert*, um dem Individuum einen *effektiven Rechtsschutz* zu gewähren, *der den gesellschaftlichen Entwicklungen in Europa Rechnung trägt* (Villiger Handbuch der EMRK, 3. Aufl., N 277ff.). Vor diesem

¹⁴ Wer dies im Wortlaut nachlesen möchte, sei auf Rz 6 hievore verwiesen, wo ein Link zum Kammerurteil eingefügt ist.

Hintergrund hat sich der Mindeststandard der EMRK über die Jahrzehnte Schritt für Schritt erhöht.¹⁵

[26] Vorauszuschicken ist weiter, dass sich der Beschwerdeführer *nicht direkt* auf das 12. Zusatzprotokoll zur EMRK – allgemeines Diskriminierungsverbot – stützen konnte, weil die Schweiz dieses als einer der wenigen Staaten des Europarats weder unterzeichnet noch ratifiziert hat.

Art. 14 EMRK statuiert zwar ebenfalls ein – Wort für Wort identisches – Diskriminierungsverbot. Dieses ist aber nur anwendbar, wenn eine Diskriminierung *im Zusammenhang* mit den durch die Konvention garantierten Rechten und Freiheiten geltend gemacht werden kann (Akzessorieität). Das ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 14 EMRK und führte im vorliegenden Fall dazu, dass sich der Beschwerdeführer auf Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Familienlebens) berufen musste, um eine Geschlechterdiskriminierung geltend machen zu können. Dabei setzt die Anwendung von Art. 14 EMRK *keine tatsächliche Verletzung* einer der materiellen Garantien der EMRK voraus. *Es genügt*, wenn die *konkreten Umstände der Diskriminierung in den Anwendungsbereich* wenigstens einer dieser Rechte und Freiheiten – hier Art. 8 EMRK – fallen (Urteil der Grossen Kammer, § 48). Nur dann kann auf die Beschwerde eingetreten werden (und fällt Art. 14 EMRK akzessorisch ebenfalls in den Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK). Auch in diesem Punkt stützte sich die Grosse Kammer auf seine ständige Rechtsprechung.

[27] Art. 8 EMRK selber ist somit immer nur dann anwendbar, wenn der konkret zu beurteilende Sachverhalt in den Anwendungsbereich («champ d’application», «ambit») dieser Bestimmung fällt. Und nur, wenn das der Fall ist, erfüllt die Beschwerde die Zulässigkeitsvoraussetzungen (bzw. kann auf sie eingetreten werden).

Die Zulässigkeit der Beschwerde (Art. 35 EMRK) stellte somit *die Hauptproblematik* im vorliegenden Fall dar.

[28] Die Regierung berief sich vor dem EGMR knapp zusammengefasst darauf, dass die Schweiz das Zusatzprotokoll Nr. 1 (ZP 1) aus dem Jahr 1952 nicht unterzeichnet und ratifiziert habe.¹⁶ Art. 1 Abs. 1 dieses Zusatzprotokolls garantiert die *Achtung des Eigentums*, wobei zu beachten ist, dass der Gerichtshof Rechtsbegriffe der EMRK und der Zusatzprotokolle *autonom* auslegt.¹⁷ Der Gerichtshof hat sich in seiner Rechtsprechung zu Art. 1 Abs. 1 ZP 1 seit jeher mit Eigentumsansprüchen befasst. Dazu gehören auch Sozialversicherungsleistungen (VILLIGER, *a.a.O.*, 3. Aufl., N 884).

[29] Daraus schloss die Regierung, dass die Berufung des Beschwerdeführers auf Art. 8 EMRK *ausgeschlossen* sei, denn ZP 1 gelte für die Schweiz nicht und regle die Frage eines Eingriffs in Sozialversicherungsleistungen abschliessend. Die Beschwerde sei deshalb gestützt auf Art. 35 Ziff. 1 und 3 EMRK unzulässig, weil die Zulässigkeitsvoraussetzungen nicht gegeben seien. Mit dieser Argumentation erlitt die Regierung sowohl vor der 3. Kammer des EGMR wie auch vor der Grossen Kammer Schiffbruch.

[30] Im Folgenden wird nun dargelegt, aus welchen Gründen auch die Grosse Kammer der Auffassung der Regierung nicht gefolgt ist und Art. 8 EMRK deshalb als anwendbar erklärte. Dabei

¹⁵ Die Entwicklung ist nach Auffassung des Verfassers dieses Beitrags zu begrüssen.

¹⁶ Das trifft zu, wobei anzumerken ist, dass neben der Schweiz *nur noch Monaco* dieses Zusatzprotokoll bis heute weder unterzeichnet noch ratifiziert hat.

¹⁷ Etwas anderes ist m.E. auch gar nicht denkbar, weil die innerstaatlichen Rechtsordnungen (immerhin 46) unterschiedliche Rechtsbegriffe für identische Sachverhalte definieren, so wohl auch bei der «Achtung des Eigentums».

wird hauptsächlich auf die Begründung des Urteils der Grossen Kammer vom 11. Oktober 2022 abgestellt.

[31] Die Grosse Kammer erwog zunächst, dass die Nichtunterzeichnung des Zusatzprotokolls Nr. 1 nach ständiger Rechtsprechung die Anwendbarkeit von Art. 8 EMRK nicht zum vornherein ausschliesst (a.a.O., § 44ff.).

[32] Schon die 3. Kammer des EGMR hatte im Urteil vom 20. Oktober 2020 klargestellt, das Familienleben umfasse nicht nur soziale, atmosphärische und kulturelle Inhalte, sondern auch finanzielle Aspekte. Dabei stützte sie sich auf die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs (a.a.O., § 44). Ferner erinnerte sie daran, dass staatliche Massnahmen, welche das Familienleben begünstigen und sich deshalb auf dessen Organisation auswirken, nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs unter Art. 8 EMRK fallen (a.a.O., § 44). Erhärtet wurde diese Zuordnung durch zwei frühere Entscheide, welche die Schweiz betrafen (a.a.O., § 45: *di Trizio* und *Arquier-Martinez*). Die Witwer- bzw. die Witwenrente bezwecke offensichtlich, dem überlebenden Ehegatten zu ermöglichen, sich seinen Kindern zu widmen, ohne einer Erwerbstätigkeit nachgehen zu müssen (a.a.O., § 45). Im konkreten Fall schliesslich sei es dem Beschwerdeführer nicht möglich gewesen, im Alter von 57 wiederum eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen, nachdem seine jüngere Tochter das 18. Altersjahr vollendet habe (a.a.O., § 46).¹⁸

[33] Die Grosse Kammer erwog in der Folge ausführlich und detailliert, unter welchen Voraussetzungen die Interessen eines Beschwerdeführers aufgrund der innerstaatlichen Regelung einer dem überlebenden Ehegatten zustehenden Rente überhaupt in den Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK fallen (a.a.O., § 49ff.) Dabei hielt sie zunächst fest, dass Sozialversicherungsleistungen vom Gerichtshof in erster Linie im Rahmen des Zuständigkeitsbereichs von Art. 1 des Zusatzprotokolls 1 beurteilt werden – entweder gestützt auf das Zusatzprotokoll alleine oder aber i.V.m. Art. 14 EMRK (a.a.O., § 56). Folglich hatte sich der Gerichtshof in diesen Fällen nicht auch noch mit dem Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK auseinanderzusetzen. Diesbezüglich existiert eine konstante und ausgereifte Rechtsprechung.

[34] Als nicht gleichermassen klar bezeichnete die Grosse Kammer die Anwendung von Art. 8 EMRK in diesem Bereich (a.a.O., § 59). Eher selten seien Fälle, in welchen der Gerichtshof einzig auf Art. 8 EMRK abstelle, wenn es um Sozialversicherungsleistungen gehe. Immerhin hat der Gerichtshof aber in drei früheren Fällen so entschieden (a.a.O., § 60).

[35] Im vorliegenden Fall führt der Gerichtshof allerdings weiter aus, dass der Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK dann weitergehe, wenn er zusammen mit einer Diskriminierung nach Art. 14 EMRK angerufen werde. Solche Fälle seien häufiger als wenn nur der Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK allein zur Debatte stehe. Wenn ein Staat weitergehende Sozialversicherungsleistungen vorsehe – hier: eine Witwerrente –, dann könne er in Anwendung von Art. 53 EMRK¹⁹ im Rahmen von Art. 8 EMRK keine diskriminierende Regelung erlassen (a.a.O., § 61, vgl. statt vieler: *Aldeguer Tomás c. Spanien*, no 35214/09, vom 14. Juni 2016). In allen diesen Fällen gelte ein erweiterter Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK (a.a.O., § 62).²⁰

¹⁸ Diese Erwägungen der 3. Kammer sind ohne weiteres nachvollziehbar und liegen auf der Hand.

¹⁹ Art. 53 EMRK (Günstigkeitsprinzip) beinhaltet den Grundsatz, dass ein Vertragsstaat die Grundrechte und Freiheiten der Konvention nicht in diese beschränkender oder beeinträchtigender Art und Weise auslegen darf. Der Grundsatz gilt sowohl für die Verfassung wie auch für die Gesetze des Vertragsstaats (GRABENWARTER/PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. A. 2016, §2 N 15).

²⁰ Im Fall *Aldeguer Tomás c. Spanien* hielt der Gerichtshof ausdrücklich fest, dass eine Diskriminierung im Sinne von Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 1, Zusatzprotokoll 1 und Art. 8 EMRK vorliege.

[36] In der Folge ruft die Grosse Kammer zahlreiche weitere Faktoren in Erinnerung, welche diese Rechtsprechung stützen (a.a.O., § 63ff.). Die Analyse der eigenen Rechtsprechung führt sie dazu, diese genauer zu untersuchen und die bisherige Rechtsprechung einer Klärung zu unterziehen (a.a.O., § 66ff.).

[37] Die Anwendungsbereiche von Zusatzprotokoll 1, Art. 1 und Art. 8 EMRK würden *teilweise übereinstimmen bzw. sich überlappen*.²¹ Der Gerichtshof sah sich deshalb veranlasst, die Inkohärenzen, die er in seiner bisherigen Rechtsprechung erkannte, nunmehr zu beheben (Präzisierung der Rechtsprechung). Der Gerichtshof könne sich in Zukunft weder damit zufriedengeben, dass ein Vertragsstaat bezeuge, eine Sozialversicherungsleistung diene ihrer Natur nach dem Lebensunterhalt der Familie und dem Respekt gegenüber dem Familienleben, noch genüge es, dass eine hypothetische Kausalität einen solchen Zusammenhang mit einer Sozialversicherungsleistung nahelege (a.a.O., § 69).

[38] Zum Ausgangspunkt seiner aktuellen Rechtsprechung erklärt der EGMR namentlich Teile des Entscheids *Konstantin Markin c. Russland* ([GC], no 30078/06, vom 22. März 2012. Es rechtfertigt sich vorweg ein Zitat aus diesem Urteil:

«i. Sur l'applicabilité de l'article 14 combiné avec l'article 8

129. La Cour doit avant tout déterminer si les faits de la cause relèvent de l'article 8 et donc de l'article 14 de la Convention. Elle a dit à maintes reprises que l'article 14 de la Convention entre en jeu dès lors que «la matière sur laquelle porte le désavantage (...) compte parmi les modalités d'exercice d'un droit garanti», ou que les mesures critiquées «se rattache[nt] (...) à l'exercice d'un droit garanti». Pour que l'article 14 trouve à s'appliquer, il suffit que les faits du litige tombent sous l'empire de l'une au moins des dispositions de la Convention (*Thlimmenos c. Grèce* [GC], no 34369/97, § 40, CEDH 2000-IV, *E.B. c. France*, précité, §§ 47–48, et *Fretté c. France*, no 36515/97, § 31, CEDH 2002-I, ainsi que les références citées).

130. Certes, l'article 8 ne comporte pas un droit au congé parental et n'impose pas non plus aux États l'obligation positive de prévoir une allocation de congé parental. Cependant, en permettant à l'un des parents de rester au foyer pour s'occuper des enfants, le congé parental et l'allocation y afférente favorisent la vie familiale et ont nécessairement une incidence sur l'organisation de celle-ci [soulignements ajoutés]. Le congé parental et l'allocation correspondante entrent donc dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention. Il s'ensuit que l'article 14, combiné avec l'article 8, trouve à s'appliquer. Partant, lorsqu'un État décide de créer un dispositif de congé parental, il doit le faire d'une manière compatible avec l'article 14 de la Convention (*Petrovic*, précité, §§ 26–29).»

In der Angelegenheit *Markin c. Russland*, wo es um Leistungen für einen Elternurlaub ging, hielt der Gerichtshof mithin fest, dass diese im Rahmen von Art. 14 i.V. mit Art. 8 EMRK *notwendigerweise* Auswirkungen auf die *Organisation des Familienlebens* hatten, weil sie dazu dienten, einem

²¹ Damit bestätigte der Gerichtshof seine *ständige Rechtsprechung*, dass die Zusatzprotokolle die Anwendung der Rechte und Grundfreiheiten der EMRK *nicht* einschränken oder gar ausschliessen wie dies die Regierung gefordert hatte. Art. 1, Zusatzprotokoll 1 ist *nicht* *lex specialis* zu Art. 8 EMRK.

Elternteil den Verbleib bei den minderjährigen Kindern zu ermöglichen – nota bene *beiden* Elternteilen. Mithin lag ein *enger Zusammenhang* («*lien étroit*») zwischen der im innerstaatlichen Recht vorgesehenen Leistung und der Organisation des Familienlebens vor (a.a.O., § 71).

[39] Weiter erwog die Grosse Kammer, damit Artikel 14 EMRK in einem solchen Zusammenhang zur Anwendung komme, müsse der Gegenstand, auf den sich die behauptete Benachteiligung bezieht, zu den *Modalitäten für die Ausübung des Rechts auf Achtung des Familienlebens gemäss Artikel 8 EMRK* gehören, und zwar insoweit, als die *Massnahmen darauf abzielen*, das Familienleben zu *fördern* und sie *zwangsläufig* Auswirkungen auf die Organisation des Familienlebens haben (a.a.O., § 72). Der Gerichtshof vertrat weiter die Ansicht, dass eine *ganze Palette von Umständen des konkreten Falls* vorliegen müssen, um die Rechtsnatur der zu beurteilenden Leistung zu bestimmen, und dass diese in ihrer Gesamtheit gewürdigt werden müssen. Zu diesen Umständen gehören namentlich:

- Sinn und Zweck der in Frage stehenden Leistung im Sinne der Auslegung des innerstaatlichen Rechts aus Sicht des Gerichtshofs²²
- die Bedingungen der Ausrichtung, der Berechnung und der Beendigung solcher Leistungen im innerstaatlichen Recht
- die Auswirkungen solcher Leistungen auf die Organisation der Familie, so wie sie der innerstaatliche Gesetzgeber vorgesehen hat
- das tatsächliche Vorkommen solcher Leistungen, unter Berücksichtigung des konkreten Falles und des Familienlebens während der gesamten Periode der Leistungsausrichtung (a.a.O., § 72; vgl. zu diesen Voraussetzungen *nun auch* das Urteil der 3. Kammer am EGMR: *Berisha c. Schweiz*, no 4723/13, vom 24. Januar 2023, § 39, wo es um die Invalidenrente eines Schwerstbehinderten ging).²³

[40] *Im Sinne eines Zwischenfazits* lässt sich bereits an dieser Stelle sagen, dass es nicht erstaunt, wenn die Grosse Kammer in den nachfolgenden Erwägungen im Urteil vom 11. Oktober 2022 zum Schluss kommt, die Schweiz habe Art. 14 i.V. mit Art. 8 EMRK verletzt.

[41] Schliesslich wendet sich die Grosse Kammer der Anwendbarkeit dieser Voraussetzungen auf den konkreten Fall zu.

[42] Einleitend hält die Grosse Kammer fest, dass sie im Fall *Beeler* – neben allen anderen Umständen – *auch* die gesamte Periode der Ausrichtung der Witwerrente (1997–2010) an den Beschwerdeführer berücksichtigt.

[43] Der Zweck der Witwerrente laut Art. 23 und 24 AHVG bestehe offensichtlich darin, einem überlebenden Ehegatten den Bezug dieser Leistung zu ermöglichen, wenn er eines oder mehrere Kinder habe. Diese Bestimmung beziehe sich ebenso auf den Umstand, dass der überlebende Ehegatte im gemeinsamen Haushalt mit den Kindern des verstorbenen Ehegatten leben könne (Art. 23 Abs. 2 AHVG) wie auch auf den Familienstand des Rentenempfängers (a.a.O., Abs. 4 und 5) als solchen (a.a.O., § 73f.).

²² Wohl in Anwendung von Art. 53 EMRK.

²³ Die Beschwerde wurde vom Gerichtshof allerdings als unzulässig erachtet, weil der Gegenstand der Beschwerde das Familienleben des Invaliden unter Zugrundelegung der im Fall *Beeler* formulierten Voraussetzungen nach Ansicht des Gerichtshofs *nicht* tangierte.

[44] Max Beeler habe deshalb die Witwerrente nach dem Tod seiner Ehefrau ab 1997 *ausschliesslich* deshalb erhalten, weil er der Familienvater war und sich also um seine beiden Kinder habe kümmern müssen. Zuvor hatte seine Gattin die Kinder betreut und Max Beeler war einer Erwerbstätigkeit nachgegangen. Es sei deshalb festzustellen, dass die *Einstellung* der Witwerrente, *sich ebenfalls* aus der familiären Situation des Beschwerdeführers ergeben habe, nämlich deshalb, weil die Rente erlosch, als die jüngere Tochter das 18. Altersjahr vollendete (a.a.O., § 75f.).

[45] Der Gerichtshof verkenne die Auffassung der Regierung, wonach das einzige Ziel der Witwen- bzw. Witwerrente sei, finanzielle Leistungen für den Lebensunterhalt nach dem Hinschied des Ehegatten zur Verfügung zu stellen, nicht. Doch wie auch immer die beabsichtigte Wirkung des Gesetzgebers bezüglich der Witwen- bzw. Witwerrente laut Ansicht der Regierung auch ausfallen möge, *lasse sich nicht Abrede stellen*, dass diese Leistungen ausgerichtet werden, *um das Familienleben der* (überlebenden) *Destinatäre zu fördern*. In der Tat haben sie dem Beschwerdeführer ermöglicht, sich *vollzeitlich* um seine Kinder zu kümmern, so wie dies vorher seiner Ehefrau möglich war. In jedem Fall aber sei es Max Beeler möglich gewesen, den Kindern mehr Aufmerksamkeit zu schenken, ohne mit finanziellen Schwierigkeiten konfrontiert zu werden, die ihn zwingen würden, weiter eine berufliche Tätigkeit auszuüben (a.a.O., § 77).²⁴

Weiter unterzog die Grosse Kammer die Tatsache, dass der Beschwerdeführer in der Zeitspanne von 1997 – 2010 die Witwerrente erhalten, diese dann aber nach der Vollendung des 18. Altersjahres seiner jüngeren Tochter eingebüsst und dieser Umstand sich auf die Organisation des Familienlebens während dieser Zeitspanne ausgewirkt hatte, einer näheren Prüfung (a.a.O., § 78).²⁵

[46] Zunächst erzog der Gerichtshof erneut, dass der Beschwerdeführer nach dem Tod seiner Ehefrau im Jahr 1994 *sehr schwierige Entscheidungen* betreffend der Organisation seines Familienlebens habe treffen müssen, zumal die Kinder damals erst 1 $\frac{3}{4}$ und 4 Jahre alt gewesen seien. Bekanntlich gab Max Beeler damals seine Erwerbstätigkeit auf und widmete sich alsdann vollumfänglich der Betreuung, Pflege und Erziehung seiner beiden Töchter. Der Gerichtshof bekräftigte schliesslich einmal mehr, er habe *keinerlei Zweifel* daran, dass der Erhalt der Witwerrente *klarerweise* einen wesentlichen Einfluss auf die Organisation des Familienlebens gehabt habe.

Daraus ergebe sich ohne Zweifel, dass der Erhalt der Witwerrente *eine Schlüsselrolle* dabei gespielt habe, wie der Beschwerdeführer das tägliche Leben der Familie gestalte (a.a.O., § 79f.). Weiter unterstrich der Gerichtshof erneut, dass sich Max Beeler nach dem Verlust der Witwerrente *im Alter von 57 Jahren, mithin nach 16 Jahren ohne Erwerbstätigkeit* in seinen angestammten Berufen, in einer finanziell ausgesprochen schwierigen Lage befunden habe, die auf seine frühere Entscheidung, sich der Erziehung seiner Kinder zu widmen, zurückzuführen sei (a.a.O. § 81).

4.2. Urteilsspruch betreffend Zulässigkeit der Beschwerde / Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK / akzessorische Anwendung von Art. 14 EMRK

[47] Alle diese Feststellungen führten schliesslich dazu, dass die vorliegenden Umstände *den Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK eröffnen*.²⁶

²⁴ Und demzufolge seine Töchter fremdbetreuen zu lassen.

²⁵ *Pro memoria*: Eine Witwe hätte die Witwerrente bei identischem Sachverhalt weiterhin erhalten.

²⁶ Vgl. zu den Voraussetzungen Rz 39f. hievor.

Daraus folgte ohne weiteres, dass das – akzessorische – Diskriminierungsverbot laut Art. 14 EMRK im Rahmen der Zulässigkeitsvoraussetzungen zu berücksichtigen – und sodann im Folgenden zu prüfen war, ob Art. 14 i.V. mit Art. 8 EMRK auch materiell verletzt sind (a.a.O., § 82).

Dementsprechend wurden die Einwände der Regierung betreffend Zulässigkeit der Beschwerde allesamt zurückgewiesen (a.a.O., § 83).

4.3. Zusammenfassung und Beurteilung

4.3.1. Im Allgemeinen

[48] Die Grosse Kammer hat sämtliche wesentlichen Umstände, die zum Eintreten auf die Beschwerde führten, sowohl in allgemeiner wie fallbezogener Hinsicht einer einlässlichen Prüfung unterzogen. Er hat sich dabei vertieft mit seiner eigenen Rechtsprechung auseinandergesetzt und diese schliesslich nachvollziehbar präzisiert.²⁷

Das Urteil ist in mehrfacher Hinsicht zu begrüssen und konnte gar nicht anders ausfallen, ansonsten der Gerichtshof an seiner Rechtsprechung zu den Sozialleistungen nicht hätte festhalten können.²⁸

Ergänzend ist an dieser Stelle noch auf weitere Urteile des EGMR hinzuweisen, die das Urteil der Grossen Kammer bekräftigen und wohl auch der Regierung bekannt waren.²⁹

[49] Der Gerichtshof hat sodann die Genese der Witwerrente in der Schweiz ausführlich beleuchtet (vgl. dazu: Urteil vom 11. Oktober 2022, § 21ff.).

Dabei hat er insbesondere festgestellt, dass sich der Schweizerische Gesetzgeber schon seit den Neunzigerjahren bewusst war, dass die unterschiedliche Behandlung von Witwern und Witwen hinsichtlich der Rentenleistungen gegen das Gleichheitsgebot der Verfassung verstösst und deshalb diskriminierend ist. Trotz zahlreicher AHV-Vorlagen, die allerdings diese Ungleichbehandlung nie alleine zum Gegenstand hatten, ist es dem Schweizer Gesetzgeber in all diesen Jahrzehnten bis heute nicht gelungen, die Ungleichheit innerstaatlich zu beseitigen.³⁰ Dies, obwohl der Bundesrat immerhin bereits in der Botschaft zur 10. AHV-Revision vom 5. März 1990 festhielt (a.a.O., § 22):

«Le droit en vigueur ne connaît que la rente de veuve et ignore la rente de veuf. Or, de nos jours, les épouses exercent de plus en plus souvent une activité lucrative, que ce soit à plein temps ou à temps partiel. S'agissant des cas dans lesquels le mari se consacre aux travaux ménagers et à l'éducation des enfants, celui-ci ne bénéficie d'aucune protection sociale de l'AVS si son épouse décède. Nous proposons dès lors d'introduire le principe d'une rente de

²⁷ Der Verfasser dieses Beitrags hat es für richtig gehalten, die Erwägungen des Gerichtshof teilweise wörtlich wiederzugeben, damit dessen Gedankengang in deutscher Sprache Schritt für Schritt nachvollzogen werden kann.

²⁸ Es ist unter diesen Umständen schwer verständlich, weshalb die Regierung dem Gerichtshof ein Gesuch um Behandlung der Angelegenheit durch die Grosse Kammer unterbreitet hat. Sie musste damit rechnen, dass auch die Grosse Kammer die Schweiz wiederum verurteilen wird.

²⁹ *Şerife Yiğit c. Turquie* [GC], no 3976/05, Urteil vom 2. November 2010; *Sawden c. Royaume-Uni (déc.)*, no 38550/97, 8 juin 1999, sowie *Ryser c. Switzerland*, Nr. 23040/13, Urteil vom 12. Januar 2012, § 30 mit Verweisen. In allen drei Urteilen hatte der EGMR entschieden, dass eine Berufung auf Art. 1, Zusatzprotokoll 1, die Anwendung von Art. 8 EMRK nicht ausschliesse.

³⁰ Gäbe es in der Schweiz eine Verfassungsgerichtsbarkeit wie bspw. in Deutschland, wäre eine derart lange Verschleppung einer offensichtlichen Verfassungswidrigkeit nicht möglich gewesen.

veuf. Un tel droit ne doit toutefois exister que si le veuf a des enfants à charge âgés de moins de 18 ans. De par la limitation prévue, nous sommes conscients que les veuves et les veufs ne sont pas traités sur un pied d'égalité; nous estimons néanmoins que la différence de traitement prévue se justifie encore pour le moment. L'octroi d'une rente de veuf aux mêmes conditions que celles prévalant pour les veuves excéderait le cadre financier défini pour la présente révision» (Hervorhebung durch den Verfasser dieses Beitrags).

Der Bundesrat nahm somit noch im Jahr 1990 *bewusst in Kauf*, eine Regelung zu schaffen (Einführung einer Witwerrente), die schon damals der geltenden Verfassung widersprach (Art. 4, Abs. 2 aBV: Gleichstellung von Mann und Frau). Später bemühte sich der Bundesrat dann gar nicht mehr darum, die offensichtliche Diskriminierung zu beseitigen (a.a.O., bspw.: § 25ff.).

[50] Es zeigt sich nach der hier vertretenen Auffassung angesichts solcher Versäumnisse *ein gravierender Mangel* des demokratisch legitimierten Rechtsstaats Schweiz. Umso weniger sind diejenigen Stimmen zu hören, die nach jeder Verurteilung der Schweiz durch den EGMR das «Klagelied» der «fremden Richter» anstimmen, die angeblich in unzulässiger Art und Weise in die Souveränität unseres Landes eingreifen.³¹ Davon kann im vorliegenden Fall *keine Rede sein*. Vielmehr zeigt die Angelegenheit *Beeler c. Schweiz exemplarisch* auf, dass die EMRK für das schweizerische Rechtswesen *unabdingbar* ist und wenigstens auf dieser Ebene krasse Versäumnisse des Schweizer Gesetzgebers korrigiert werden können.^{32,33}

[51] Der *Supreme Court der Vereinigten Staaten* hat überdies bereits in einem *40 Jahre zurückliegenden Urteil* einstimmig festgestellt, dass die Ausrichtung von Hinterbliebenenrenten einzig zugunsten von Witwen, nicht aber zugunsten von Witwern *verfassungswidrig* ist. Die frühere Supreme Court-Richterin Ruth Bader Ginsburg trat in jenem Fall als Anwältin des Beschwerdeführers auf und stellte sich erfolgreich auf den Standpunkt, die damalige amerikanische Regelung sei verfassungswidrig. Zitat: «*In fact, Congress had in view male bread winners, male heads of household, and the women and children depended upon them.*». Der Supreme Court folgte dieser Auffassung des Kongresses *schon in den Achtzigerjahren nicht*.³⁴

4.3.2. Rechtlich relevanter Sachverhalt

[52] Zunächst erwog der Gerichtshof, dass Max Beeler zwischen 1997 (Unfalltod seiner Ehefrau) und 2010 (Einstellung der Witwerrente) die Witwerrente erhalten und deshalb die Kernaspek-

³¹ Bei Licht besehen handelt es sich ohnehin *nicht um fremde Richter*. Die Schweiz hat mit der Ratifizierung der EMRK im Jahr 1974 diese *ins innerstaatliche Rechtssystem integriert*. Die EMRK als in der Schweiz *direkt anwendbares Völkerrecht* ist somit Teil der innerstaatlich zu berücksichtigenden Rechtsnormen. In diesem Sinne sind die Richterinnen und Richter des Gerichtshofs *keine fremden Richter*.

³² Das Parlament ist aktuell damit befasst, die nach wie vor bestehende Diskriminierung auf Gesetzesebene aufzuheben und eine diskriminierungsfreie Regelung zu schaffen. Das dürfte noch längere Zeit in Anspruch nehmen. Solange keine diskriminierungsfreie Regelung geschaffen und in Kraft gesetzt ist, müssen die zuständigen Ausgleichskassen gestützt auf das Urteil *Beeler rückwirkend Witwerrenten auszahlen*, sofern die Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Da das Urteil der Grossen Kammer am 11. Oktober 2022 *rechtskräftig* geworden ist, haben sie ferner seither sämtlichen Witwern, deren jüngstes Kind das 18. Altersjahr vollendet hat, die Witwerrente solange auszahlen wie dies nach der (noch geltenden) gesetzlichen Regelung bei Witwen der Fall ist – in der Regel also bis zum Eintritt dieser Witwer ins Pensionsalter.

³³ Faktisch übt der EGMR in gewissen Fällen die Funktion der in der Schweiz – aus historischen Gründen – fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit aus.

³⁴ Auch wenn dieses Argument natürlich am EGMR nicht direkt anwendbar war, so zeigt es doch eine gewisse Rückständigkeit des Schweizer Gesetzgebers mit aller Deutlichkeit.

te seines Familienlebens entsprechend habe organisieren können (Aufgabe der Erwerbstätigkeit zugunsten der Betreuung und Erziehung seiner beiden Töchter). Der Gerichtshof erwoog weiter, die schwierige finanzielle Situation, in der sich Beeler nach der Einstellung der Witwerrente ab Dezember 2010 befunden habe, sei einerseits eine Folge des Verlusts seiner Rente gewesen. Andererseits habe er nach 16 Jahren ohne Erwerbstätigkeit in seinen angestammten Berufen als Textiltechniker bzw. als Angestellter bei einer Versicherung praktisch keine reellen Jobchancen mehr gehabt. Dies sei die Konsequenz seiner früheren Entscheidung gewesen, sich ab 1997 seinen beiden Töchtern zu widmen, weil er über die Witwerrente habe verfügen können.

[53] Sinn und Zweck der Schweizer Hinterlassenrente für Witwen und Witwer, so der Gerichtshof weiter, sei es, dem überlebenden Ehegatten zu ermöglichen, *die Rolle des verstorbenen Ehegatten zu übernehmen*, entweder vollzeitlich oder wenigstens teilzeitlich, ohne dabei in finanzielle Schwierigkeiten zu geraten bzw. gezwungen zu sein, eine Erwerbstätigkeit auszuüben. Das gelte selbstverständlich für beide Geschlechter.

[54] Der Beschwerdeführer habe nach dem Tod seiner Frau im Jahre 1994 als seine Töchter 1 ³/₄ und 4 Jahre alt gewesen waren, sehr schwierige Entscheidungen hinsichtlich der Betreuung und Erziehung seiner Töchter treffen müssen. Er habe seine Arbeitstätigkeit aufgeben müssen, um sich seinen Töchtern widmen zu können. Der Gerichtshof hatte *keinerlei Zweifel* daran, dass gerade die Witwerrente dazu führte, dass Max Beeler sein Familienleben so organisierte, wie er dies ab 1997 tat.³⁵

[55] Abschliessend stellte der Gerichtshof fest, dass *der Sachverhalt* des vorliegenden Falles in den Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK fällt.³⁶

Damit war auch der Anwendungsbereich von Art. 14 (Geschlechterdiskriminierung) eröffnet³⁷, die Zulässigkeit der Beschwerde stand fest und der Gerichtshof konnte materiell über diese entscheiden.

5. **Materielle Begründetheit der Beschwerde gestützt auf Art. 14 i.V. mit Art. 8 EMRK**

5.1. **Sicht des Beschwerdeführers**

[56] In materieller Hinsicht hatte der Beschwerdeführer vorgebracht, er sei bei identischem Sachverhalt gegenüber Witwen *aufgrund seines Geschlechts diskriminiert*, weil er die Witwerrente (und die Ergänzungsleistungen) nicht mehr erhalten habe, nachdem die jüngere Tochter das 18. Altersjahr vollendet hatte.

[57] Weiter wies er auf die finanziellen und familiären Probleme hin, denen er sich nach der Einstellung der Witwerrente – im Gegensatz zu einer Witwe – ausgesetzt sah. Im Zeitraum von Dezember 2010 (Einstellung der Witwerrente) und der Pensionierung im Jahr 2018 hätten er und seine Familie unter *erheblichen finanziellen Einschränkungen* gelitten. Die sonst in jeder Familie üblichen Aktivitäten wie Ausflüge mit den Töchtern oder das Begehen von Feiertagen im Rahmen des Üblichen seien entfallen. Noch nicht einmal die Geburtstage der Kinder habe man

³⁵ Anmerkung des Verfassers dieses Beitrags: Er tat dasselbe, was eine Witwe an seiner Stelle getan hätte.

³⁶ Vgl. dazu: Urteil vom 11. Oktober 2022, § 73–83, mit Verweisen (abrufbar unter Rz 6 hievior).

³⁷ Vgl. dazu: Urteil vom 11. Oktober 2022, § 73–83, mit Verweisen (abrufbar unter Rz 6 hievior).

feiern können. Geschenke habe es keine gegeben. Für alle diese selbstverständlichen familiären Aktivitäten sei *kein Geld* vorhanden gewesen.³⁸ Dementsprechend habe das Familienleben gelitten. Er wies weiter darauf hin, die Meinung, wonach der Entzug der Kinderrente bei erwachsenen Kindern keine Rolle mehr spiele, sei nicht zielführend. Denn dann müsste dies auch bei Witwen nach der Volljährigkeit des jüngsten Kindes der Fall sein. Das aber sei vom Gesetzgeber gerade nicht vorgesehen. Ohnehin sei es so, dass sowohl Witwen wie Witwer beim Wegfall der Rente in der Regel in einem Alter seien, welches ihnen die Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit nach langer Abwesenheit vom Arbeitsmarkt nicht ermögliche. Es gebe keinerlei objektive Gründe, Witwer gegenüber Witwen bei der Ausrichtung einer Rente zu benachteiligen. Diese Regelung sei in Europa wohl einmalig.

[58] Ferner bestritt er, dass die Benachteiligung der Frauen auf dem Arbeitsmarkt, insbesondere hinsichtlich der Entlohnung, eine Diskriminierung der Männer bei der Witwerrente rechtfertigen könne.³⁹ Max Beeler hielt im Gegenteil dafür, dass es sich hier *nicht um eine sogenannte «positive Diskriminierung» der Männer handle*, um den Frauen zu helfen, sondern um eine *Zementierung eines Rollenverständnisses von Mann und Frau, das längst überholt und deshalb diskriminierend sei*. Es gehe hier nicht darum, für Witwen einen speziellen Schutz zulasten der Männer aufrecht zu erhalten, weil erstere angeblich mit einer grösseren finanziellen Abhängigkeit vom männlichen Erwerbseinkommen zu kämpfen hätten. Die Unterhaltsehe – hier der Ehemann, der das Geld nach Hause bringt, dort die Ehefrau, die sich um Kinder und Haushalt kümmert⁴⁰ – gehöre der Vergangenheit an, und sei in dieser Form nur noch selten anzutreffen. Zudem habe bereits das Bundesgericht mit Urteil vom 4. Mai 2012 festgestellt, dass im hier interessierenden Zusammenhang keine Unterschiede zwischen Mann und Frau auszumachen seien, welche auf biologische oder funktionelle Gründe zurückzuführen seien. Die Diskriminierung beruhe einzig auf demokratischen Prozessen, wobei das Volk eine Anpassung der Witwerrente an diejenige von Witwen mehrfach verworfen habe. Zudem habe das Parlament im Laufe der Revisionsbemühungen immer nur darauf hingewiesen, eine nicht geschlechterdiskriminierende Ausgestaltung sei zu kostspielig. Solche Motive seien angesichts der zentralen Bedeutung der Gleichstellung der Geschlechter inakzeptabel und unverhältnismässig.

5.2. Sicht der Regierung

[59] Die Regierung berief sich generell auf das weite Ermessen eines Vertragsstaats bei Massnahmen im Bereich des Sozialversicherungsrechts, anerkannte aber gleichzeitig die Notwendigkeit einer Änderung der Gesetzgebung hinsichtlich der Ausrichtung von Witwer- und Witwenrenten aufgrund des gesellschaftlichen Wandels in den letzten Jahrzehnten.

[60] Dennoch vertrat die Regierung ganz allgemein die Ansicht, dass trotz des über die Jahre veränderten Arbeitsmarkts für Frauen, Witwen weiterhin etwas mehr («légèrement») finanziell un-

³⁸ Diese Vorbringen können nach der Einstellung der Witwerrente und der nicht mehr möglichen Aufnahme einer Erwerbstätigkeit im Alter von 57 Jahren *als notorisch gelten*.

³⁹ Tatsächlich brachte die Regierung dieses Argument vor. Übersetzt bedeutet es: Eine Frauen betreffende verfassungswidrige Ungleichbehandlung könne durch eine Männer betreffende verfassungswidrige Ungleichbehandlung sozusagen «kompensiert» werden. Ein solches Verfassungsverständnis – das Bundesamt für Justiz vertrat im Verfahren am EGMR *die Schweiz* – erscheint als äusserst bedenklich.

⁴⁰ So sinngemäss die Argumentation der Regierung.

terstützt werden müssten als Witwer. Es könne deshalb eine Gesetzesrevision abgewartet werden. Ein weiteres Zuwarten sei noch verhältnismässig, weil zwar bisher sämtliche Revisionsbemühungen gescheitert seien, aber sich die massgeblichen sozialen Prozesse über längere Zeit hinziehen würden.

[61] Die Gleichstellung von Mann und Frau sei noch nicht vollständig erreicht, insbesondere nicht hinsichtlich des Grundsatzes der Lohngleichheit zwischen Mann und Frau. Eine strikte Gleichstellung sei noch nicht angezeigt. Die Ungleichbehandlung von Witwern und Witwen beruhe deshalb nicht auf dem Geschlecht, sondern auf sozialen Realitäten. In der Folge werden dafür statistische Argumente ins Feld geführt.

[62] Die Situation der Frauen auf dem Arbeitsmarkt sei aktuell von derjenigen der Männer verschieden, weil es für Männer objektiv einfacher sei, eine lukrative Anstellung auf dem Arbeitsmarkt zu erlangen, und sie weit weniger mit der Betreuung der Kinder befasst seien als die Frauen. Man könne deshalb mit guten Gründen («raisonnement») sagen, dass die Unterstützungsbedürftigkeit der Witwer sich laufend in dem Masse vermindere bzw. erlösche, als die Kinder grösser würden und an Autonomie gewinnen. Die eher unvorteilhafte Situation der Witwen auf dem Arbeitsmarkt müsse deshalb weiterhin kompensiert werden. Eine formelle Gleichstellung sei unter dem Aspekt von Art. 14 EMRK nur schwierig zu erreichen.

[63] Im Hinblick auf die konkrete Situation des Beschwerdeführers Beeler hielt sie fest, dass dieser selber entschieden habe, nach dem Unfalltod seiner Frau im Jahre 1997 für die Kinder – damals 1 $\frac{3}{4}$ und 4 Jahre alt – da zu sein und deshalb seine Erwerbstätigkeit aufzugeben. Dabei habe er wissen müssen, dass er die Witwerrente nicht mehr erhalten werde, sobald seine jüngere Tochter das 18. Altersjahr erreicht. Es sei von ihm zu erwarten gewesen, dass er Massnahmen ergreife, um sich nach der Einstellung der Witwerrente wiederum ganz oder teilweise in den Arbeitsmarkt zu integrieren. Der Beschwerdeführer habe solche Bemühungen nicht aufgezeigt. Im Übrigen habe Beeler ja im Jahr 2018 mit 65 die Altersrente beziehen können.

Zwischenfazit

[64] Angesichts der vorgetragenen Argumente ist es kaum verwunderlich, dass die Grosse Kammer die Beschwerde auch in materieller Hinsicht guthiess.

5.3. Rechtliche Würdigung durch den Gerichtshof

5.3.1. Allgemeine Erwägungen

[65] Die Grosse Kammer rief zunächst in Erinnerung, dass Art. 14 EMRK vor *jeder* Diskriminierung schützt, deren Schutz ein Betroffener im Rahmen der übrigen Freiheitsrechte der EMRK genießt (hier: Art. 8 EMRK). Eine unterschiedliche Behandlung sei immer dann diskriminierend, wenn sie sich *nicht auf objektive und vernünftige Gründe* stützen könne. Das bedeute, dass mit der diskriminierenden Behandlung *kein vernünftiges Ziel* verfolgt werde *oder* dass zwischen der innerstaatlichen Regelung und dem angestrebten Ziel unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit kein nachvollziehbarer Zusammenhang bestehe.

Mit anderen Worten:

Art. 14 EMRK umfasse diejenigen Fälle, bei denen ein Individuum oder eine Gruppe ohne nachvollziehbare Begründung schlechter behandelt werde als eine andere, selbst dann, wenn die Konvention selber keine bessere Behandlung verlange.

Bei diesen einleitenden Bemerkungen stützte sich der EGMR auf seine *konstante Rechtsprechung* (mit zahlreichen Hinweisen).

[66] Hinsichtlich der *Beweislast* hielt der Gerichtshof – erneut unter Hinweis auf die frühere Rechtsprechung – fest, dass diese *den Vertragsstaat* treffe, sofern der Beschwerdeführer eine Ungleichbehandlung dargelegt habe.⁴¹

[67] Dann wandte sich der Gerichtshof dem Kern seiner Erwägungen zu.

[68] Er hielt mit der notwendigen Deutlichkeit und Ausführlichkeit fest, dass die *Gleichstellung der Geschlechter ein Kernanliegen des Europarats* darstelle.

Der Gerichtshof habe deshalb schon *mehrfach geurteilt*, dass unterschiedliche innerstaatliche Massnahmen oder Gesetze, die sich *einzig auf das Geschlecht* der Adressaten stützen, nur dann angewendet werden können, wenn sich diese mit *ausgesprochen überzeugenden Argumenten* («*considérations très fortes*») rechtfertigen lassen oder aus *zwingenden Gründen* («*motifs impérieux*») notwendig sind.

Insbesondere, so der Gerichtshof einmal mehr, *genügt* die Berufung der Vertragsstaaten auf *Traditionen, vorausgesetzte allgemeine Regeln* oder *überwiegende soziale Gebräuche* nicht, um eine nach Geschlecht unterschiedliche Behandlung zu rechtfertigen. Das sei bspw. dann der Fall, wenn der Vertragsstaat eine Tradition anrufe, wonach der Mann in der Familie die Hauptrolle und die Frau eine nur untergeordnete Rolle spiele. *In einer solchen Konstellation* sei der Ermessensspielraum der Vertragsstaaten *regelmässig eng* («*étroit*»).

[69] Schliesslich verwies der Gerichtshof abschliessend auf seine ständige Rechtsprechung, wonach die Vertragsstaaten zwar aufgrund der Konvention nicht verpflichtet sind, *überhaupt* Sozialversicherungsleistungen zu gewähren. Tun sie dies aber, haben diese *diskriminierungsfrei* zu sein.

[70] Die hievori zitierte ständige Rechtsprechung hat der Beschwerdeführer sowohl vor der 3. Kammer des EGMR wie auch an dessen Grosser Kammer vortragen lassen.

Die Regierung wurde deshalb mit ihrer gegenteiligen Auffassung – zu Recht – nicht gehört.

5.3.2. Anwendbarkeit der allgemeinen Grundsätze im konkreten Fall

[71] Im vorliegenden Fall erwog die Grosse Kammer in der gebotenen Kürze, was folgt:

[72] Der Beschwerdeführer kann sich angesichts der allgemeinen Grundsätze darauf berufen, dass er als Mann gegenüber Frauen im Sinne von Art. 14 EMRK diskriminiert worden ist (a.a.O., § 98).

[73] Als seine jüngere Tochter 18 Jahre alt wurde und er deshalb die Witwerrente verlor, war er im Alter von 57 Jahren nicht mehr in der Lage, erneut auf dem Arbeitsmarkt Fuss zu fassen (a.a.O., § 99).

[74] Max Beeler habe die Rente nur deshalb eingebüsst, weil er ein Mann ist (a.a.O., § 100f.).

[75] Er habe sich in einer analogen Situation befunden wie eine Witwe, deren jüngeres Kind das 18. Altersjahr vollendet habe. Dennoch sei er nicht gleich behandelt worden wie eine Witwe und habe die Witwerrente nicht weiterhin erhalten (a.a.O., § 101).

⁴¹ Das war im «Fall Beeler» unstrittig.

[76] Die Ungleichbehandlung liege im Umstand, dass die Ausrichtung seiner Witwerrente eingestellt worden sei (a.a.O., § 102).

[77] Angesichts dieser Tatsachen sei zu entscheiden, ob es *objektive und vernünftige Gründe* für diese Diskriminierung gebe (a.a.O., § 103).

[78] Dass solche Gründe vorliegen, *verneint* der Gerichtshof mit ausführlicher Begründung (a.a.O., § 104ff.).

Nachfolgend werden sie knapp zusammengefasst wiedergegeben:

[79] Nochmals wird bekräftigt, dass *nur sehr überzeugende Gründe* eine unterschiedliche Behandlung von Mann und Frau bezüglich ihres Geschlechts zu rechtfertigen vermögen und dass die Vertragsstaaten in solchen Konstellationen nur einen *engen* Ermessensspielraum haben.

[80] In der Folge bezieht sich der Gerichtshof auf die Argumentation der Regierung (Rz 59ff. hievore) und verwirft diese unter Hinweis auf seine Rechtsprechung, das Urteil des Bundesgerichts in dieser Sache vom 4. Mai 2012 sowie auf das Bestreben der europäischen Institutionen auf eine möglichst umfassende Gleichstellung von Mann und Frau.⁴²

[81] Diese Gleichstellung beinhaltet aus Sicht des Gerichtshofs eine *möglichst egalitäre Rollenverteilung* zwischen Mann und Frau und eine fortschrittliche Anerkennung der Rolle der Väter bei der Erziehung der Kinder.

[82] Daraus leitete der Gerichtshof ab, was folgt (Zitat):

«*Elle en a déduit qu'une disposition générale et automatique, appliquée à un groupe de personnes en fonction de leur sexe, indépendamment de leur situation personnelle, sortait <du cadre d'une marge d'appréciation acceptable, aussi large soit-elle>, et était donc <incompatible avec l'article 14> (ibidem, § 148).*»

Der Gerichtshof erwog mithin, dass der Schweiz in der hier vorliegenden Konstellation *kein Ermessensspielraum* zukommt und demzufolge Art. 14 EMRK materiell verletzt ist.

[83] Die Grosse Kammer bestätigt einmal mehr, dass von einer Regierung angerufene *Traditionen oder überwiegende soziale Gepflogenheiten* nicht genügen, um eine unterschiedliche Behandlung der Geschlechter zu rechtfertigen – gleichgültig, ob Frauen oder Männer bevorteilt werden.

Demzufolge wird das von der Regierung angerufene Konzept, in der Schweiz sei immer noch der Ehemann hauptverantwortlich für das Familieneinkommen («*mari pourvoyeur*») *verworfen*.

[84] Der Gerichtshof rief in Erinnerung, dass die Schweiz bereits 1997 festgestellt hatte, dass die Frauen *immer mehr auch selber einer Erwerbstätigkeit nachgehen* und dass *hauptsächlich finanzielle Rücksichten* die gesetzgeberische Gleichstellung von Witwern und Witwen verunmöglicht haben.

Die Regierung habe überdies ab dem Jahr 2000 mehrfach versucht, eine Gleichstellung von Witwern und Witwen zu erreichen. Alle diese Versuche seien aber gescheitert.

[85] Der Gerichtshof bezog sich sodann auf das Urteil des Bundesgerichts vom 4. Mai 2012. Dort erwog das Bundesgericht, die unterschiedliche gesetzgeberische Regelung (Art. 24 Abs. 2 AHVG), die eine frühere Einstellung der Witwer- gegenüber der Witwenrente vorsieht, *sei verfassungswidrig* (Art. 8 Abs. 3 BV, vgl. dazu insbesondere Rz 9ff. hievore).

⁴² Die (auch) so zu verstehende Gleichstellung lässt sich der Bundesverfassung seit 1981 entnehmen.

[86] Die Grosse Kammer zeigte sich sodann überzeugt, dass Art. 24 Abs. 2 AHVG die Vorurteile und die Stereotype der Rolle der Frau in der Gesellschaft zementiere und deshalb sowohl einen Nachteil für die Karriere der Frauen als auch das Familienleben der Männer darstelle (a.a.O., § 113).

Daraus schloss sie folgerichtig, dass Art. 2 CEDAW⁴³ die Vertragsstaaten dazu verpflichte, namentlich auf dem Weg der Gesetzgebung oder weiterer geeigneter Massnahmen dem Grundsatz der Gleichstellung von Mann und Frau zum Durchbruch zu verhelfen, und einen Rechtsschutz zu installieren, der die Rechte der Frauen auf dasselbe Niveau stellt wie dasjenige der Männer (a.a.O., § 113).^{44,45}

[87] Aus allen diesen Gründen hatte der Gerichtshof keinen Grund daran zu zweifeln, dass Max Beeler im Alter von 57 Jahren nach 16-jähriger Abwesenheit vom Arbeitsmarkt auf *dieselben Hindernisse* bei der Reintegration in den Arbeitsmarkt getroffen wäre wie eine Frau in derselben Situation.

Insofern erkannte er auch hier eine tatsächliche Gleichstellung zwischen Witwern und Witwen, welche dazu führte, dass Max Beeler diskriminiert wurde, weil er die Witwenrente mit dem 18. Geburtstag seiner jüngeren Tochter verlor.

[88] Gestützt auf diese Erwägungen entschied der Gerichtshof, dass es der Regierung unter Zugrundelegung eines in diesem Fall nur engen innerstaatlichen Ermessensspielraums *nicht gelungen* sei, *ausgesprochen überzeugende Argumente* vorzubringen, um die unterschiedliche Behandlung des Beschwerdeführers gestützt auf sein Geschlecht zu rechtfertigen. Mithin schloss er auch in *materieller Hinsicht* auf eine Verletzung von Art. 14 i.V. mit Art. 8 EMRK.

[89] Fazit:

Die Erwägungen des Gerichtshofs erweisen sich als überzeugend, sehr sorgfältig begründet und – zumindest im Ergebnis – nicht zu beanstanden.⁴⁶

Die dagegen laut gewordene Kritik stammt samt und sonders aus der Feder von Akteuren, die – zu Ende gedacht – nicht akzeptieren wollen, dass die Schweiz seit 50 Jahren der EMRK angehört und sich verpflichtet hat, die Urteile des EGMR umzusetzen.⁴⁷

⁴³ Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, SR 0.108.

⁴⁴ Dieser Rechtsschutz ist in der Schweiz zwar vorhanden (Art. 8 Abs. 3 BV), wurde aber vom Bundesgericht mit dem – nach Auffassung des Verfassers – fragwürdigen Verweis auf Art. 190 BV *nicht angewendet* – hier im Falle eines Mannes, der sich u.a. auf Art. 8 Abs. 3 BV berief (vgl. dazu: Rz 9ff. hievon).

⁴⁵ Ob diese Erwägung des Gerichtshofs einen Wink an die Schweiz darstellt, ein Verfassungsgericht zu etablieren, muss im Rahmen dieser Arbeit offen bleiben.

⁴⁶ Kritisch MATTHIAS KRADOLFER, *Soziale Sicherheit im Regelungsbereich von Art. 8 EMRK*, in: Jusletter vom 7. November 2022. Die Ausführungen vermögen allerdings angesichts der konkreten Thematik – gegebene Eintrittsvoraussetzungen, offensichtliche Diskriminierung – *nicht zu überzeugen*.

⁴⁷ Alle diese Akteure aus Jurisprudenz und Politik *haben sich nicht zu Wort gemeldet oder aber das Urteil begrüsst*, als die Grosse Kammer am EGMR die Meinungsäusserungsfreiheit von *Dogu Perincek* schützte, nachdem dieser in der Schweiz wegen der *Leugnung des Völkermordes an Armeniern* schuldig gesprochen worden war.

6. Gerechte Entschädigung (Art. 41 EMRK, «satisfaction équitable»)

6.1. Schadenersatz und Genugtuung

[90] Stellt der Gerichtshof eine Verletzung der Konvention fest, kann er die Schweiz sowohl zum Ersatz des materiellen Schadens wie auch zur Leistung einer Genugtuung verpflichten.

[91] Im vorliegenden Fall machte der Beschwerdeführer einen materiellen Schaden von CHF 189'355 für die entgangene Witwerrente samt Ergänzungsleistungen geltend.

[92] Der Gerichtshof verwies die Forderung an die zuständigen Schweizer Instanzen, weil diese besser in der Lage seien, über Bestand und Höhe der Forderung zu befinden. Insofern folgte er dem Antrag der Regierung (a.a.O., § 118ff.).

[93] Der Gerichtshof stützte sich dabei auf die ständige Praxis in vergleichbaren Fällen zur gerechten Entschädigung, soweit eine Schadenersatzforderung in Frage steht.

[94] Max Beeler forderte des Weiteren eine Genugtuung über CHF 18'935.50 (10% der Schadenersatzforderung). Angesichts der insgesamt 12 ½-jährigen Verfahrensdauer (Schweiz und EGMR) erscheint der gestellte Anspruch als massvoll.

[95] Es zeigt sich indessen auch in diesem Fall, dass der Gerichtshof Genugtuungsforderungen («dommage moral») regelmässig eher zurückhaltend anerkennt.

[96] Zwar hatte der Gerichtshof keine Zweifel daran, dass Max Beeler durch die Verweigerung der Witwerrente (und der Ergänzungsleistungen) seit dem 1. Dezember 2010 eine genugtuungsrelevante Verletzung in seinen persönlichen Verhältnissen erlitten hatte. Die *sehr lange* Verfahrensdauer berücksichtigte er aber nicht (a.a.O., § 123ff.). Er hielt eine Zahlung der Schweiz von EUR 5'000 an den Beschwerdeführer für angemessen.⁴⁸

6.2. Gebühren und Auslagen («frais et depens»)

[97] Ebenfalls zur «Gerechten Entschädigung» gehören die Gebühren und Auslagen (in der Regel Anwaltskosten), die der Beschwerdeführer innerstaatlich und am EGMR zu tragen hat.

[98] Die gute Nachricht ist:

Der EGMR arbeitet kostenlos. Seine Aufwendungen werden vom Europarat gedeckt.

[99] Der Beschwerdeführer machte folgende Kosten geltend:

- CHF 3'300 vor den innerstaatlichen Instanzen
- CHF 350 für die eigenhändig geschriebene Beschwerde an den EGMR
- CHF 7'216.45 für die Eingaben an die urteilende Kammer⁴⁹
- CHF 26'182.20 für das Verfahren an der Grossen Kammer⁵⁰

⁴⁸ Der Verfasser dieses Beitrags erachtet die zugesprochene Genugtuung als – zurückhaltend ausgedrückt – bescheiden. Die Schweiz als eines der reichsten Länder der Welt hätte nach der hier vertretenen Ansicht wenigstens zu einer Zahlung von EUR 10'000 verpflichtet werden sollen – erst recht, weil die Schweiz das Verfahren vor der Grossen Kammer, das nochmals 2 zusätzliche Jahre in Anspruch nahm, verursacht hat.

⁴⁹ Hier wird in Erinnerung gerufen, dass der Beschwerdeführer nachzuweisen hatte, dass die Kammer auf die Beschwerde eintreten muss – wie hievordargelegt die grösste Hürde im Prozess am EGMR.

⁵⁰ Anwaltskosten und Spesen der involvierten Anwälte (RA Fanny de Weck, RA Jürg Oskar Luginbühl) samt Reise- und Übernachtungsspesen.

- CHF 448.40 für Reise- und Übernachtungsspesen Max Beeler⁵¹

[100] Die Regierung erklärte sich bereit, für Kosten und Gebühren des innerstaatlichen Verfahrens *sowie* für das Verfahren an der Kammer einen Betrag von EUR 3'000 anzuerkennen.

Dieses Zugeständnis entspricht dem Urteilsspruch der Kammer vom 20. Oktober 2020, wo Max Beeler für Kosten und Gebühren des innerstaatlichen Verfahrens *sowie* für das Verfahren an der Kammer einen Betrag von EUR 3'000 zugesprochen erhielt – anstelle der geforderten und belegten CHF 10'866.45.

[101] Die Grosse Kammer erachtete schliesslich eine Zahlung der Schweiz von EUR 6'500 als angemessen («raisonnable») – für das *innerstaatliche* Verfahren, für die *Einreichung der Beschwerde* am EGMR und *für die Eingaben an die urteilende Kammer*.

Sie ging also immerhin über das «Zugeständnis» der Regierung hinaus.⁵²

[102] Für das Verfahren *vor der Grossen Kammer* entschädigte der Gerichtshof Max Beeler und seine Rechtsanwälte lediglich mit EUR 10'000 – anstatt der geltend gemachten CHF 26'630.60.⁵³

[103] Zusammengefasst lässt sich sagen, dass die Anwaltsentschädigungen am EGMR *noch tiefer ausfallen*, als dies die Anwaltschaft (und die Klientschaft) bei vollständigem Obsiegen in innerstaatlichen Prozessen gewohnt ist. Dies, obwohl die *Schweiz* die Entschädigungen zu bezahlen hat.

[104] Soweit ersichtlich handelt es sich um eine Praxis des EGMR, die auch in anderen Fällen ähnlich gehandhabt wird.⁵⁴

Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob der EGMR die Vertragsstaaten soweit als irgend möglich «schont», weil diese den Gerichtshof finanzieren.

[105] Aus Anwalts- und Klientensicht fällt die «Gerechte Entschädigung» in allen ihren Bestandteilen *regelmässig deutlich zu tief* aus.

Da es sich um eine lange geübte Praxis des EGMR handelt, die Entschädigung aber letztlich auch als «gerecht» empfunden werden können sollte, darf man den EGMR *zu einem Umdenken ermuntern*.

7. Das Urteil vom 11. Oktober 2022 und seine Auswirkungen im Überblick

[106] Mit dem vorliegenden Urteil hat der EGMR seine konstante Rechtsprechung im Bereich des Sozialversicherungsrechts bestätigt und präzisiert. Da es sich um ein Urteil der Grossen Kammer handelt, wird die Schweiz es in Zukunft *a fortiori* zu berücksichtigen haben.

⁵¹ Zugesprochene «Gerechte Entschädigungen» müssen von der Schweiz verzinst werden.

⁵² Den Differenzbetrag musste Max Beeler – mühevoll in Raten – selber bezahlen.

⁵³ Die vorprozessualen Aufwendungen sind aufgrund der Anforderungen, welche die Grosse Kammer an die Schriftlichkeiten stellt, erheblich. Es ist üblich und zu empfehlen, dass sich ein Beschwerdeführer an der Grossen Kammer von mindestens zwei rechtskundigen Personen vertreten lässt. Frau Rechtsanwältin de Weck reichte eine detaillierte Honorarnote über CHF 11'583.15 ein. Rechtsanwalt Luginbühl machte Aufwendungen über CHF 14'598.05 ohne detaillierte Aufstellung geltend, nachdem er im Verfahren an der Kammer eine detaillierte Honorarnote eingereicht hatte, die Kammer aber dennoch für das innerstaatliche Verfahren *und* das Verfahren an der Kammer gerade einmal EUR 3'000 zugesprochen hatte. *Allein* die detailliert ausgewiesenen Anwaltskosten für das Verfahren an der Kammer beliefen sich auf CHF 7'216.45, Rz 100 hievor.

⁵⁴ Ausnahmen kommen vor, scheinen aber sehr selten zu sein.

[107] Kern des Urteils bilden die Erwägungen des Gerichtshofs zur unterschiedlichen Behandlung von Mann und Frau, allein gestützt auf ihr Geschlecht.⁵⁵

Ausgangspunkt ist die seit vielen Jahren unmissverständliche Haltung des Europarats. Er verfolgt eine Politik, welche die Gleichstellung von Mann und Frau zu einem der wichtigsten Ziele der europäischen Gemeinschaft erklärt hat. Der Gerichtshof teilt diese Auffassung uneingeschränkt.⁵⁶

[108] Aus dieser Grundhaltung folgt, dass *nur ausgesprochen überzeugende Argumente oder zwin- gende Gründe* eine Differenzierung gestützt auf das Geschlecht bei gleichem Sachverhalt zu recht- fertigen vermögen. Der Gerichtshof betont dies an verschiedenen Stellen des Urteils.

[109] Vor diesem Hintergrund stellt die Gutheissung der Beschwerde an beiden Kammern ange- sichts des Wortlauts von Art. 24 Abs. 2 AHVG *eine Selbstverständlichkeit* dar.

Max Beeler wurde *offensichtlich und über lange Zeit diskriminiert*. Die Einstellung der Witwerrente hatte *einen einschneidenden und prägenden Einfluss auf das Familienleben*. Dies in einer Art und Weise, die Art. 8 EMRK klar verletzt.

[110] Das Urteil vom 11. Oktober 2022 hat zunächst Auswirkungen auf sämtliche Witwer, deren jüngstes Kind seit dem Erlass des Urteils 18 Jahre alt geworden ist. Allen diesen Witwern muss die Schweiz die Witwerrente *weiterhin gleich wie den Witwen bezahlen* – ungeachtet der nach wie vor in Kraft stehenden Bestimmung von Art. 24 Abs. 2 AHVG.⁵⁷

Erst wenn das Parlament (bzw. eventuell das Volk) eine neue, nicht geschlechterdiskriminierende Regelung gutheisst, darf diese angewendet werden. Bis dahin gilt Richterrecht.

[111] Das Urteil dürfte zudem Auswirkungen *auf andere Sozialversicherungszweige* zeitigen. Es würde zu weit führen, hier auf die möglichen Auswirkungen einzutreten. Verwiesen wird statt- dessen auf einen Beitrag von KURT PÄRLI, Professor an der Universität Basel.⁵⁸ Es sind verschie- dene Sozialversicherungszweige betroffen.

[112] Es bleibt zu hoffen, dass Parlament und Justiz aus diesem Fall die notwendigen Lehren ziehen. Es stellt *der Schweiz jedenfalls kein gutes Zeugnis aus*, dass sie eine offensichtliche Diskri- minierung über Jahrzehnte hinweg nicht beseitigt. Weder Legislative noch Judikative waren dazu imstande.

[113] Stattdessen wurde dem Beschwerdeführer zugemutet, über *mehr als 12 Jahre hinweg unter erheblichen persönlichen und finanziellen Entbehrungen* sein gutes Recht letztlich in Strassburg zu suchen – und schliesslich auch zu finden.

JÜRIG OSKAR LUGINBÜHL, Rechtsanwalt.

⁵⁵ Soweit ersichtlich existieren noch keine Urteile, die nonbinäre Personen betreffen. Diese dürften indessen in abseh- barer Zeit eine Rolle spielen.

⁵⁶ Letztlich handelt es sich um eine Selbstverständlichkeit, die der Schweiz als Mitglied des Europarats vertraut sein sollte.

⁵⁷ Für eingestellte Witwerrenten *vor* dem 11. Oktober 2022 siehe Rz 17 und Fn 13.

⁵⁸ SZS 1/2021, S. 21ff.; <https://szs.recht.ch/de/artikel/01szs0121kom/egmr-entscheid-b-gegen-die-schweiz-fall-nr-7863012-vom-20102020>.