
Neuere Entwicklungen in der Schutzpflichtdogmatik des EGMR am Beispiel des Falles „Vo/Frankreich“

Kerstin Blau*

Inhalt

A. Einleitung	399
B. Darstellung des Schutzpflichtkonzeptes	400
I. Der Begriff der Schutzpflicht	400
II. Schutzpflichten und Auslegungsgrundsätze des Gerichtshofes	403
III. Schutzpflichten am Beispiel des Art. 2 EMRK - Leitfälle	404
IV. Begründungsansätze im Rahmen des Schutzpflichtkonzeptes	407
1. Formeller und materieller Begründungsansatz	407
2. Abwehrrechtlicher Begründungsansatz	409
3. Stellungnahme	410
4. Zwischenergebnis	412
C. Der Schutz des Embryos im Rahmen des Schwangerschaftsabbruches	413
I. Rechtsvergleichender Ansatz	413
1. Österreich	413
2. Frankreich	414
3. Deutschland	415
4. Zwischenergebnis	417
II. Bisherige Entscheidungen der Straßburger Organe	418
1. „Brüggemann und Scheuten/Deutschland“	418
2. „Paton/Vereinigtes Königreich“	419

* Die Verfasserin ist zurzeit Rechtsreferendarin im Landgerichtsbezirk Trier. Der vorliegende Beitrag basiert auf der Magisterarbeit, die die Verfasserin im Rahmen des Aufbaustudienganges Europäische Integration am Europa-Institut der Universität des Saarlandes angefertigt hat. Der herzliche Dank der Verfasserin für die hervorragende Betreuung und Unterstützung während der Erstellung der Magisterarbeit und des Beitrages gilt Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Heike Jung, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Strafrechtsvergleichung an der Universität des Saarlandes.

3.	„H./Norwegen“	421
4.	„Open Door and Dublin Well Woman/Irland“	422
5.	Zwischenergebnis	423
D.	Der Fall „Vo/Frankreich“	424
I.	Sachverhalt und Verfahren	424
II.	Vorbringen der Verfahrensbeteiligten	427
III.	Würdigung durch den Gerichtshof	428
1.	Status des Embryos nach Art. 2 EMRK	429
2.	Ableitung prozeduraler Schutzpflichten	430
IV.	Opinions dissidentes et séparées	430
V.	Stellungnahme	433
1.	Rechtlicher Status des Embryos nach dem Fall „Vo“	433
a)	Fehlen der dynamisch-teleologischen Auslegung	433
b)	Vergleich mit den bisherigen Entscheidungen	433
c)	Verhältnis von Rechtsstatus des Embryos und Schutzpflicht	435
2.	Prüfung der prozeduralen Schutzpflicht	435
a)	Verhältnis von horizontaler und prozeduraler Schutzpflicht	436
b)	Umsetzung der prozeduralen Schutzpflicht	437
3.	Zwischenergebnis	438
E.	Gesamtwürdigung	439
I.	Einordnung des Falles „Vo“ in das Schutzpflichtkonzept	439
II.	Ausblick	440

A. Einleitung

Im Fall *Vo/Frankreich*¹ hatte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte über die Frage zu entscheiden, ob Frankreich gegen das Recht auf Leben aus Art. 2 EMRK² verstoßen hat. Der Tod eines Embryos, der durch einen ärztlichen Eingriff an der falschen Person (Mutter) aufgrund einer Namensverwechslung verursacht worden war, konnte in Frankreich nicht strafrechtlich geahndet werden.

Als fundamentalste³ Norm der EMRK steht Art. 2 am Beginn der Rechte und Freiheiten aus der Konvention und besagt in Satz 1, dass das Recht jedes Menschen auf Leben gesetzlich geschützt wird. Im Hinblick auf den Schutz des Embryos sind im Rahmen des Art. 2 zwei Problemstellungen zu beachten, zum einen der rechtliche Status des Embryos und zum anderen Inhalt und Reichweite einer möglichen Schutzpflicht zu seinen Gunsten. Im Fall *Vo* beschäftigte sich der Gerichtshof zunächst mit dem rechtlichen Status des Embryos, also mit der Frage, ob der Embryo überhaupt „*bénéficiaire du droit à la vie*“⁴ sein kann, ließ dies aber letztlich offen.⁵ Dann überprüfte er, ob Frankreich ausreichend seiner Verpflichtung nachgekommen war, ein mögliches Recht des Embryos auf Leben zu schützen. Im Kern geht es also im Fall *Vo* darum, ob den Staaten positive Verpflichtungen gegenüber dem Einzelnen, genauer zum Schutz des Embryos, auferlegt werden können.

Zielsetzung der vorliegenden Arbeit ist die verknüpfende Darstellung der beiden im Fall *Vo* aufgeworfenen Problembereiche: Zunächst wird die Frage beleuchtet, ob und inwieweit die Europäische Menschenrechtskonvention als völkerrechtlicher Vertrag den Staaten auch Schutzpflichten auferlegen und ob man allgemein von einem Schutzpflichtkonzept der EMRK sprechen kann. Anschließend wird der rechtliche Status des Embryos im Rahmen des Schwangerschaftsabbruches sowohl in ausgewählten Konventionsstaaten als auch nach den Entscheidungen der Straßburger Organe dargestellt, bevor dann eine Analyse des Falles *Vo* und eine Einordnung in das Gesamtkonzept der Schutzpflichten folgt. Schließlich werden in einer Gesamtwürdigung die Auswirkungen des Falles *Vo* auf das Schutzpflichtkonzept und den künftigen rechtlichen Status des Embryos aufgezeigt.

¹ EGMR, *Vo/Frankreich*, Urteil v. 8.7.2004, Nr. 53924/00, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc> (31.8.2005).

² Bei Artikeln ohne Angabe handelt es sich um solche der EMRK.

³ Vgl. EGMR, *McCann u.a./Großbritannien*, Urteil v. 27.9.1995, Series A 324 (1995), 147; *Frowein*, in *Frowein/Peukert* (Hrsg.), *EMRK-Kommentar*, 2. Aufl. 1996, Art. 2, Rdnr. 1; *Lagodny*, in: *Karl* (Hrsg.), *IKEMRK*, Bd. 1, 5. Nachlieferung, Art. 2, Rdnr. 1.

⁴ *Guillaume*, in: *Pettiti/Decaux/Imbert* (Hrsg.), *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 1995, Art. 2, S. 145.

⁵ Siehe unten, Punkt D.III.1.

B. Darstellung des Schutzpflichtkonzeptes

Zunächst soll erläutert werden, ob die EMRK über bloße Abwehrrechte hinaus auch positive Verpflichtungen oder Schutzpflichten gewährleistet, welche Voraussetzungen an ihre Herleitung gestellt werden und ob man von einer Schutzpflichtdogmatik des Gerichtshofes sprechen kann. Häufig wird in der Literatur⁶ vor Beginn der Darstellung positiver Verpflichtungen auf das Urteil des Gerichtshofes im Fall *Plattform „Ärzte für das Leben“*⁷ hingewiesen, in dem dieser es ablehnte, eine allgemeine Theorie über positive Verpflichtungen zu entwickeln, vielmehr betonte er dort die Notwendigkeit einer Einzelfallgerechtigkeit.⁸ Fraglich ist, ob dies die Begründung einer Schutzpflichtdogmatik oder wenigstens eines Schutzpflichtkonzeptes ausschließt. Als Dogmatik eines Rechtsgebiets wird im Anschluss an *Jarass*⁹ die Lehre über den Umgang mit den Regelungen eines Rechtsgebiets bei der Rechtsanwendung verstanden.¹⁰

I. Der Begriff der Schutzpflicht

Der Gerichtshof hat in seiner Rechtsprechung¹¹ positive Verpflichtungen aus der EMRK anerkannt, eine Definition¹² findet sich dort jedoch nicht. In der Literatur werden positive Verpflichtungen in Anlehnung an die Rechtsprechung des Gerichtshofes als Leistungsrechte des Bürgers gegen den Staat definiert, die über

⁶ *Dröge*, Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 159, 2003, S. 3; *Jaeckel*, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, Leipziger Schriften zum Völkerrecht, Europarecht und ausländischen öffentlichen Recht, Bd. 4, 1. Aufl. 2001, S. 124; *Streuer*, Die positiven Verpflichtungen des Staates: Eine Untersuchung der positiven Verpflichtungen des Staates aus den Grund- und Menschenrechten des Grundgesetzes und der Europäischen Menschenrechtskonvention, Schriften des Europa-Instituts der Universität des Saarlandes, Bd. 42, 1. Aufl. 2003, S. 29.

⁷ EGMR, *Plattform „Ärzte für das Leben“/Österreich*, Urteil v. 21.6.1988, EuGRZ 1989, S. 522 ff.

⁸ Vgl. dazu auch *Ress*, Die „Einzelfallbezogenheit“ in der Rechtsprechung des EGMR, in: Bernhardt u. a. (Hrsg.), Fs. H. Mosler, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 81, 1983, S. 719 ff. (722).

⁹ *Jarass*, Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, AöR 120 (1995), S. 345 (346).

¹⁰ *Jarass*, (Fn. 9), S. 346.

¹¹ Vgl. zur Existenz positiver Verpflichtungen statt vieler: EGMR, *Belgischer Sprachenstreit*, Urteil v. 23.7.1968, EuGRZ 1975, S. 298 (300); EGMR, *Marckx/Belgien*, Urteil v. 13.6.1979, Series A 31 (1979), Rdnr. 45; EGMR, *Young, James and Webster/Vereinigtes Königreich*, Urteil v. 13.8.1980, Series A 44 (1980), Rdnr. 49.

¹² Vgl. dazu *Dröge*, (Fn. 6), S. 5.

bloße Abwehrrechte hinausgehen.¹³ Außerdem wird vorgeschlagen, die positiven Verpflichtungen zu einer Systematisierung in die folgenden drei Kategorien¹⁴ einzuteilen:

In eine erste Kategorie werden positive Verpflichtungen mit einer sozialen¹⁵ Dimension eingeordnet, d.h. der Staat muss tätig werden, um dem Einzelnen zur Durchsetzung der Rechte aus der EMRK zu verhelfen. Ausgangspunkt für die Begründung positiver Verpflichtungen überhaupt und gleichzeitig als Beispiel für die Kategorie der positiven Verpflichtung mit sozialer Dimension war der Fall *Belgischer Sprachenstreit*¹⁶. Dort hatten sich Eltern wegen des fehlenden Unterrichtsangebots in französischer Sprache in einigen Teilen Belgiens mit einer Beschwerde an den Gerichtshof gewandt und eine Verletzung des Rechts auf Bildung aus Art. 2 S. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK geltend gemacht. Der Gerichtshof schloss sich dieser Auffassung an, da das Recht auf Bildung ohne einen Anspruch des Bürgers gegen den Staat weitgehend leer liefe und daher ein Anspruch des Einzelnen gegen den Staat bestehen müsse.¹⁷ Für die vorliegende Fallgruppe des Schutzes des Embryos spielt, wie sich sogleich zeigen wird, die positive Verpflichtung mit sozialer Dimension¹⁸ jedoch keine Rolle.

Als zweite Kategorie wird die horizontale Schutzpflicht¹⁹ oder die Schutzpflicht im engeren Sinne²⁰ genannt, die den Staat immer dann zum Tätigwerden verpflichtet, wenn private Dritte in das Recht eines anderen Bürgers eingreifen. *Streuer*²¹ sieht diese Gruppe als besonders umstrittene Fallgruppe an, was vor allem auf das Problem einer Abgrenzung zur Drittwirkung zwischen Privaten zurückzu-

¹³ *Dröge*, (Fn. 6), S. 124; *Stieglitz*, Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH: Zur Nutzbarmachung konventionsrechtlicher Grundrechtsdogmatik im Bereich der Gemeinschaftsgrundrechte, Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft, Bd. 287, 2002, S. 153; *Streuer*, (Fn. 6), S. 29; *Wiesbrock*, Internationaler Schutz der Menschenrechte vor Verletzungen durch Private, Menschenrechtszentrum der Universität Potsdam, Bd. 7, 1999, S. 84.

¹⁴ *Dröge*, (Fn. 6), S. 191.

¹⁵ *Dröge*, (Fn. 6), S. 191.

¹⁶ EGMR, *Belgischer Sprachenstreit*, (Fn. 11), S. 298 (300).

¹⁷ Vgl. *Streuer*, (Fn. 6), S. 192; *Sudre*, Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme, RTDH 1995, S. 363 (363).

¹⁸ Vgl. für weitere Fälle zur Schutzpflicht u. a.: EGMR, *Marckx/Belgien*, (Fn. 11), Rdnr. 45; EGMR, *Young, James and Webster/Vereinigtes Königreich*, (Fn. 11), Rdnr. 49; EGMR, *Rees/Vereinigtes Königreich*, Urteil v. 18.12.1986, Series A 106 (1986), 6 ff.

¹⁹ *Dröge*, (Fn. 6), S. 11.

²⁰ *Streuer*, (Fn. 6), S. 195.

²¹ *Streuer*, (Fn. 6), S. 294.

führen sei. Dröge²² betrachtet die horizontale Schutzpflicht als Kehrseite oder Korrelat einer Drittwirkung zwischen Privaten, da der Staat letztlich tätig werde, um das Verhalten eines privaten Dritten zu verhindern, was sich wenigstens mittelbar auf das Verhältnis zwischen Privaten auswirke. Eine unmittelbare Drittwirkung der Konventionsrechte zwischen Privaten besteht nach zutreffender Ansicht²³ jedoch nicht, da sonst insbesondere das Beschwerdesystem der EMRK umgangen und der Gedanke der „Gesetzesmediatisierung“ durch den Staat aufgegeben würde. Aus diesen Gründen²⁴ erscheint das Schutzpflichtkonzept gegenüber einer unmittelbaren Drittwirkung²⁵ vorzugswürdig. Streuer²⁶ weist schließlich daraufhin, dass den Staaten mögliche Schutzpflichten nicht grenzenlos auferlegt werden dürften, um eine klare Trennlinie zu einer unmittelbaren Drittwirkung zu gewährleisten und die Leistungsfähigkeit des Staates zu garantieren. Daher sollen ihm nur Handlungen zugerechnet werden können, die durch staatliche Funktionsträger verursacht wurden oder aber im Einzelfall einen konkreten Schutz erforderlich machten.²⁷ Mithin wird in der vorliegenden Arbeit eine positive Verpflichtung mit horizontaler Dimension als horizontale Schutzpflicht bezeichnet. Horizontale Schutzpflichten können auch für die Fallgruppe zum Schutz des Embryos eine wichtige Rolle spielen, da es hier darum geht, Eingriffe privater Dritter in ein mögliches Recht des Embryos aus Art. 2 zu verhindern, sei es durch die freiwillige Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen oder aber in der Konstellation des „unfreiwilligen Schwangerschaftsabbruches“ wie im Fall *Vo*.

In eine dritte Kategorie werden verfahrens- oder organisationsrechtliche²⁸ Pflichten eingeordnet, die auch als prozedurale Schutzpflichten bezeichnet werden. Fraglich ist, was man darunter zu verstehen hat. Streuer²⁹ weist daraufhin, dass im Rahmen der Verfahrenspflichten zwischen den eigentlichen Verfahrensrechten aus der

²² Dröge, (Fn. 6), S. 11.

²³ Vgl. dazu Jaekel, (Fn. 6), S. 41; Streuer, (Fn. 6), S. 294; Szczekalla, Die sogenannten Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, Schriften zum europäischen Recht, Bd. 87, 2002, S. 906.

²⁴ Das Problem der Abgrenzung von Schutzpflichtkonzept und Drittwirkung wird hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt, eine ausführliche Darstellung findet sich bei: Jaekel, (Fn. 6), S. 294; Szczekalla, (Fn. 23), S. 906.

²⁵ Abzulehnen ist auch die Ansicht von Classen, Die Ableitung von Schutzpflichten des Gesetzgebers aus Freiheitsrechten – ein Vergleich von deutschem und französischem Verfassungsrecht sowie der EMRK, JöR 36, S. 29 (38). Er sieht eine Form der Drittwirkung als Voraussetzung für die Begründung von Schutzpflichten an. Vgl. dazu Streuer, (Fn. 6), S. 211.

²⁶ Streuer, (Fn. 6), S. 294.

²⁷ Streuer, (Fn. 6), S. 294.

²⁸ Dröge, (Fn. 6), S. 6; Streuer, (Fn. 6), S. 193.

²⁹ Streuer, (Fn. 6), S. 193.

Konvention, d.h. den Art. 5 Abs. 3 und 4, sowie den Art. 6 und 13 und der Ableitung prozeduraler Komponenten aus den übrigen, materiell-rechtlichen Garantien der Konvention unterschieden werden müsse. Interessant erscheint auch der Ansatz *Murswieks*³⁰, der, wenn auch von einem abwehrrechtlichen Ansatz ausgehend, die Fallgruppe der horizontalen Schutzpflicht als primäre Schutzpflicht und die Umsetzung einer derartigen Schutzpflicht beispielsweise durch Rechtsschutz, Schadensersatzansprüche oder sonstige Schadensabwendungspflichten als sekundäre Schutzpflicht bezeichnet. Die prozedurale Schutzpflicht kommt letztlich einer sekundären Schutzpflicht gleich. *Dröge*³¹ führt schließlich an, dass die prozeduralen Schutzpflichten nicht speziell den positiven Verpflichtungen immanent seien, sondern dass auch bei nur abwehrrechtlichen Garantien ein verfahrensrechtliches Element zu berücksichtigen sei, wodurch Minimalinhalt und Garantie der jeweiligen Rechte sichergestellt werde. Prozedurale Schutzpflichten sind also positive Verpflichtungen, die als prozedurale Elemente aus den materiell-rechtlichen Garantien abgeleitet werden und deren Umsetzung dienen. Im Rahmen der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu Art. 2 hat sich die Herleitung derartiger verfahrensrechtlicher oder prozeduraler Schutzpflichten als besonders wichtig erwiesen, weshalb die Leitfälle zu Art. 2 sogleich erläutert werden. Auch im Fall *Vo* wird hierauf noch näher zurückzukommen sein.

II. Schutzpflichten und Auslegungsgrundsätze des Gerichtshofes

Vor Darstellung der Leitfälle der Straßburger Organe zu Art. 2 soll kurz erläutert werden, welche Auslegungsgrundsätze der Gerichtshof bei der Auslegung der Konvention anwendet, da dies auch für die Ausgestaltung der Schutzpflichten eine wichtige Rolle spielt. Der Gerichtshof³² geht in seiner Rechtsprechung zwar grundsätzlich von der Anwendbarkeit der Art. 31 ff. der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVRK) aus und nimmt beispielsweise gemäß Art. 31 eine Interpretation nach dem Wortlaut vor. Jedoch würde eine derartige Auslegung nach der WVRK und klassischen völkerrechtlichen Regeln eine restriktive Interpretation mit sich bringen.³³ Um größtmögliche Effektivität der Konventionsrechte im Sinne eines *effet utile* zu erreichen, geht der Gerichtshof daher deutlich über diesen klassischen

³⁰ *Murswiek*, Die Pflicht des Staates zum Schutz vor Eingriffen Dritter nach der EMRK, in: Konrad (Hrsg.), Grundrechtsschutz und Verwaltungsverfahren unter besonderer Berücksichtigung des Asylrechts - Internationaler Menschenrechtsschutz, 1985, S. 213 ff.

³¹ *Dröge*, (Fn. 6), S. 6.

³² Vgl. EGMR, *Golder/Verinigtes Königreich*, Urteil v. 21.2.1975, Series A 18 (1975), Rdnr. 29 ff.; *Matscher*, Methods of interpretation of the Convention, in: Macdonald/Matscher/Petzold (Hrsg.), The European system for the protection of human rights, S. 63 ff.

³³ *Matscher*, (Fn. 32), S. 67.

völkerrechtlichen Ansatz hinaus. Er wählt eine dynamische Auslegung, indem er die Konvention als „*living instrument with respect to present day conditions*“³⁴ interpretiert und ihr so größtmögliche Wirkung verleiht.³⁵ Außerdem verfolgt er eine autonome Interpretation, wonach er die Prinzipien in den verschiedenen Konventionsstaaten rechtsvergleichend auswertet und diejenige Auslegung wählt, die der Konvention am besten entspricht, so dass letztlich eine Harmonisierung der Rechtssysteme eintreten kann.³⁶ Schließlich gewährt der Gerichtshof den Konventionsstaaten in der Regel einen Beurteilungsspielraum (*marge d'appréciation*), „[...] *introduisant une élasticité dans la contrainte imposée aux Etats [...]*“³⁷ Die Kontrolldichte des Gerichtshofes richtet sich nach dem den Staaten eingeräumten Beurteilungsspielraum.³⁸ Je größer dieser Beurteilungsspielraum ist, desto geringer ist die Kontrolldichte. Der den Staaten eingeräumte Beurteilungsspielraum ist nun wiederum umso größer, je weniger Konsens in den einzelnen Konventionsstaaten hinsichtlich einer Frage besteht.³⁹ Eine wichtige Rolle bei der Auslegung der Konvention spielt außerdem das Verhältnismäßigkeitsprinzip, das einen Eingriff des Staates in ein Recht des Bürgers nur zulässt, wenn dieser verhältnismäßig war und die Interessen des Bürgers und der Staaten in ein angemessenes Verhältnis bringt.⁴⁰

III. Schutzpflichten am Beispiel des Art. 2 – Leitfälle

Als Leitfall⁴¹ zur Schutzpflicht im Rahmen des Art. 2 gilt der Fall *Osman/Vereinigtes Königreich*⁴² aus dem Jahr 1998, dem folgender Sachverhalt⁴³ zugrunde lag: Ein Lehrer hatte den Sohn der Familie *Osman* verehrt und belästigt. Die Eltern meldeten dies der Polizei und schließlich wurde dem Lehrer verboten, sich dem Sohn zu nähern. Einige Zeit später erschoss der Lehrer aus Eifersucht den Vater

³⁴ Vgl. statt vieler EGMR, *Tyler/Vereinigtes Königreich*, Urteil v. 25.4.1978, EuGRZ 1979, S. 162 ff.; EGMR, *Matthews/Vereinigtes Königreich*, Urteil v. 18.2.1999, EuGRZ 1999, S. 200 ff.

³⁵ *Matscher*, (Fn. 32), S. 68.

³⁶ *Matscher*, (Fn. 32), S. 71.

³⁷ *Olinga/Picheral*, La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, RTDH 1995, S. 567 (567).

³⁸ *Olinga/Picheral*, (Fn. 37), S. 567.

³⁹ Vgl. dazu *Szczekalla*, (Fn. 23), S. 873.

⁴⁰ *Matscher*, (Fn. 32), S. 74.

⁴¹ Vgl. dazu *Merrills/Robertson*, Human rights in Europe – A study of the European Convention on Human Rights, 4. Aufl. 2001, S. 31; *Peters*, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, 1. Aufl. 2003, S. 36.

⁴² EGMR, *Osman/Vereinigtes Königreich*, Urteil v. 28.1.1998, Reports 1998-VIII, S. 3214 ff., Rdnr. 115 ff.

⁴³ *Ibid.*, Rdnr. 10 ff.

und verletzte den Sohn.⁴⁴ Der Sohn und seine Mutter wandten sich an den Gerichtshof und machten dort einen Verstoß des Vereinigten Königreichs gegen Art. 2 geltend, da Großbritannien nur unzureichende Schutzmaßnahmen ergriffen habe, um den Lehrer von einem derartigen Verhalten abzuhalten.⁴⁵ Der Gerichtshof stellte fest, dass zwar grundsätzlich eine Schutzpflicht der Behörden gegenüber der Familie *Osman* bestanden hatte, jedoch konkretisierte er die Voraussetzungen zur Begründung einer präventiven Schutzpflicht wie folgt:⁴⁶ Den Behörden dürfe keine unmögliche oder unverhältnismäßige Pflicht auferlegt werden; eine Verletzung liege nur vor, wenn die Behörden vorsätzlich oder fahrlässig eine echte und unmittelbare Gefahr ignoriert haben und der Beschwerdeführer müsse zeigen, dass die Behörden nicht alles in ihrer Macht Stehende getan haben, um die Gefahr abzuwenden.⁴⁷ Das Vereinigte Königreich war nach Ansicht des Gerichtshofes seinen Pflichten in ausreichendem Maße nachgekommen, da ein psychiatrisches Gutachten des Lehrers angefertigt worden war und weitere Maßnahmen zu diesem Zeitpunkt als nicht verhältnismäßig erschienen.⁴⁸ Der Gerichtshof hat also im Rahmen des Art. 2 bestätigt, dass einem Staat sogar präventive horizontale Schutzpflichten auferlegt werden können; diese treffen den Staat jedoch nur unter gewissen Voraussetzungen.

Im Fall *McCann*⁴⁹ beschäftigte sich der Gerichtshof im Jahr 1995 erstmals⁵⁰ überhaupt mit dem Recht auf Leben aus Art. 2. In Gibraltar waren drei Personen, die im Verdacht standen, der IRA anzugehören und dort einen Anschlag verüben zu wollen, von Vertretern britischer Sicherheitsbehörden getötet worden, obwohl die Sicherheitsbehörden die Verdächtigen nur observieren und anschließend festnehmen sollten.⁵¹ Sie waren fälschlicherweise davon ausgegangen, dass die Verdächtigen das Feuer eröffnen wollten und dachten, dass diese gerade im Begriff waren, einen terroristischen Anschlag zu verüben, was sich jedoch hinterher als unzutreffend herausstellte.⁵² Die Hinterbliebenen wandten sich aus diesem Grund an den EGMR und machten einen Verstoß gegen das Recht auf Leben aus Art. 2

⁴⁴ EGMR, *Osman/Vereinigtes Königreich*, (Fn. 42), Rdnr. 10 ff.

⁴⁵ *Ibid.*, Rdnr. 103 ff.

⁴⁶ *Ibid.*, Rdnr. 116.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*, Rdnr. 119 ff.

⁴⁹ EGMR, *McCann u.a./Großbritannien*, (Fn. 3).

⁵⁰ Vgl. *Harris/O'Boyle/Warbrick*, *Law of the European Convention on Human Rights*, 1. Aufl. 1995, Art. 2, S. 37.

⁵¹ EGMR, *McCann u.a./Großbritannien*, (Fn. 3), Rdnr. 12 ff.

⁵² *Ibid.*

geltend.⁵³ Der Gerichtshof stellte zunächst fest, dass ein Eingriff in Art. 2 vorlag, da die Sicherheitsbehörden im Auftrag des Vereinigten Königreichs gehandelt hatten und auch Fälle von unabsichtlicher, aber verhältnismäßiger Gewaltanwendung einen Eingriff in das Recht auf Leben darstellten.⁵⁴ Eine Rechtfertigung des Vereinigten Königreichs nach Art. 2 Abs. 2 hielt der Gerichtshof nicht für möglich, da die Gewaltanwendung nicht unbedingt notwendig war.⁵⁵ Vielmehr wollten die Verdächtigen in dem entscheidenden Moment keinen Anschlag verüben, und dies wäre nach Ansicht des Gerichtshofes bei einer besseren Planung und Organisation für das Vereinigte Königreich erkennbar gewesen, so dass der Tod der Menschen hätte verhindert werden können.⁵⁶ Mithin bemängelte der EGMR, dass das Vereinigte Königreich einer positiven Verpflichtung im Sinne einer prozeduralen Schutzpflicht zur vorherigen Sachverhaltsaufklärung nicht hinreichend nachgekommen war.⁵⁷ Andere Fälle⁵⁸, in denen der Gerichtshof im Rahmen des Art. 2 ebenfalls Verstöße gegen prozedurale Schutzpflichten feststellte, betrafen vor allem⁵⁹ Entscheidungen gegen die Türkei. Häufig handelte es sich um Sachverhalte⁶⁰, in denen Menschen durch staatliche Stellen wie die Polizei oder das Militär verschleppt worden und danach nicht mehr aufgetaucht waren (sogenannte Disappearance-Fälle). Es konnte in der Regel nicht aufgeklärt werden, ob die Menschen noch lebten, ob oder wie sie zu Tode gekommen waren. Jedoch hat der Gerichtshof aus Art. 2 i.V.m. Art. 1 abgeleitet, dass einen Staat auch sogenannte prozedurale Schutzpflichten treffen.⁶¹ Dies bedeutet, dass der Staat für eine effektive Aufklärung des Verschwindens sorgen muss, insbesondere muss er eine unabhängige, umfassende und gründliche Untersuchung des Falls ermöglichen sowie effektive Rechtsschutzmöglichkeiten vorsehen.⁶² Kommt ein Staat dieser Pflicht

⁵³ EGMR, *McCann u.a./Großbritannien*, (Fn. 3), Rdnr. 144.

⁵⁴ *Ibid.*, Rdnr. 148.

⁵⁵ *Ibid.*, Rdnr. 213.

⁵⁶ EGMR, *McCann u.a./Großbritannien*, (Fn. 3), Rdnr. 213.

⁵⁷ *Ibid.*, Rdnr. 213; *Lagodny*, (Fn. 3), Art. 2, Rdnr. 13.

⁵⁸ Vgl. z. B. EGMR, *Kaya/Türkei*, Urteil v. 19.2.1998, ECHR 1998-I, Rdnr. 86; EGMR, *Ergi/Türkei*, Urteil v. 28.7.1998, ECHR 1998-IV, Rdnr. 82; EGMR, *Kiliç/Türkei*, Urteil v. 28.3.2000, ECHR 2000-III, S. 75 ff., Rdnr. 78; EGMR, *Aktaş/Türkei*, Urteil v. 24.4.2003, ECHR 2003-V, Rdnr. 299; siehe auch die Übersicht bei: *Lagodny*, (Fn. 3), Art. 2, Rdnr. 70 ff.

⁵⁹ Um die prozeduralen Voraussetzungen des Art. 2 ging es auch im Fall *Hugh Jordan/Vereinigtes Königreich*, Urteil v. 4.5.2001, Nr. 24746/94, Rdnr. 105, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc> (29.8.2005); vgl. dazu *Meyer-Ladewig*, Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten – Handkommentar, 1. Aufl. 2003, Art. 2, Rdnr. 9 ff.; *Grabewarter*, EMRK – Ein Studienbuch, 2. Aufl. 2005, § 20 Rdnr. 15.

⁶⁰ Vgl. Fn. 58.

⁶¹ EGMR, *Hugh Jordan/Vereinigtes Königreich*, (Fn. 59), Rdnr. 105.

⁶² *Ibid.*

nicht nach, liegt eine Verletzung des Art. 2 i.V.m. Art. 1 wegen Nichtbeachtung des prozeduralen Elementes vor, auch wenn der Tod der Person und die genauen Umstände nicht nachgewiesen werden können. Es handelt sich hierbei also um die oben⁶³ in die dritte Kategorie eingeordnete, prozedurale Schutzpflicht des Staates. Der genaue Inhalt dieser prozeduralen Schutzpflicht lässt sich jedoch nur schwer bestimmen und von der horizontalen Schutzpflicht abgrenzen. Zusammenfassend kann man sagen, dass in den Fällen gegen die Türkei häufig der Eintritt des Todes einer Person nicht genau nachgewiesen werden konnte oder aber, wie im Fall *McCann*, mangels ausreichender Planung der prozeduralen Schutzpflicht nicht hinreichend Rechnung getragen worden war. *Streuer*⁶⁴ schreibt zu den prozeduralen Schutzpflichten, dass „[...] das verfahrensrechtliche Element der Norm nicht aus einem bestimmten Tatbestandsmerkmal“ hergeleitet worden ist. Im Hinblick auf die Auslegungsgrundsätze des Gerichtshofes und insbesondere unter Berücksichtigung einer dynamischen Auslegung kann man aber dennoch feststellen, dass der Gerichtshof der Konvention hier eine effektive Durchsetzung verliehen hat, indem er in den Fällen gegen die Türkei eine Verletzung des Art. 2 i.V.m. Art. 1 EMRK aufgrund eines inhärenten prozeduralen Elementes festgestellt hat, obwohl eine Verletzung des Rechts auf Leben aus Art. 2 für sich genommen aufgrund der fehlenden Nachweisbarkeit nicht möglich gewesen wäre. Die Ableitung einer prozeduralen Schutzpflicht ist in diesen Fällen positiv zu bewerten.

IV. Begründungsansätze im Rahmen des Schutzpflichtkonzeptes

Es werden nun verschiedene Begründungsansätze diskutiert, um die vom Gerichtshof in seiner Rechtsprechung abgeleiteten Schutzpflichten dogmatisch einzuordnen.

1. Formeller und materieller Begründungsansatz

Nach überwiegender Ansicht wird die Existenz eines konventionsrechtlichen Schutzpflichtkonzeptes in Anlehnung an die Rechtsprechung des Gerichtshofes bejaht. So unterscheidet *Bleckmann*⁶⁵ bei seiner Herleitung zwischen einer formellen und einer materiellen Sichtweise. Zunächst ergebe sich bereits aus dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 S. 1, dass von einer Schutzpflicht⁶⁶ des Gesetzgebers aus

⁶³ Siehe oben, Punkt B.I.

⁶⁴ *Streuer*, (Fn. 6), S. 304.

⁶⁵ *Bleckmann*, Die Entwicklung staatlicher Schutzpflichten aus den Freiheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: Beyerlin u.a. (Hrsg.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung*, Fs. Bernhardt, S. 309 ff.

⁶⁶ So auch *Jaeckel*, (Fn. 6), S. 112.

Art. 2 ausgegangen werden müsse. Außerdem stehe Art. 2 am Anfang der Konvention und entfalte daher eine Art Signalwirkung, die auch für die übrigen Konventionsrechte die Ableitung von Schutzpflichten ermögliche; es handle sich um ein allgemeines Rechtsprinzip.⁶⁷ Diese Sichtweise allein sei jedoch zu formell und daher fügt er als materiellen Begründungsansatz noch hinzu, dass alle Rechte der Konvention implizit auch dem Schutz der Menschenwürde dienen sollten und der Staat als Garant für die Menschenrechte für eine effektive Umsetzung sorgen müsse, um diesem allgemeinen Rechtsprinzip gerecht zu werden.⁶⁸ Eine Drittwirkung der Freiheiten aus der Konvention zwischen Privaten sei für die Herleitung von Schutzpflichten nicht Voraussetzung, da die Staaten beispielsweise nach den Art. 8 bis 11 die Rechte anderer einschränken könnten.⁶⁹ Wiesbrock⁷⁰ stimmt Bleckmann zwar darin zu, dass grundsätzlich Schutzpflichten aus dem Wortlaut des Art. 2 abgeleitet werden könnten; diese begründeten für den Staat jedoch nur eine allgemeine Handlungspflicht und könnten, jedenfalls aufgrund des Wortlauts, den Staat nicht zum Schutz des Bürgers vor Eingriffen Dritter berechtigen. Sudre⁷¹ führt an, dass die positiven Verpflichtungen aus der Konvention vom Gerichtshof durch seine oben bereits angesprochene, im Regelfall dynamische Interpretation der Konvention abgeleitet worden seien. Es handle sich bei den positiven Verpflichtungen um „*obligations inhérentes au droit garanti*“, die eine effektive Durchsetzung der Konvention ermöglichten.⁷² Er spricht von einer „*théorie de l’inhérence*“, da letztlich aus jedem Recht der Konvention, teilweise in Verbindung mit Art. 1, positive Verpflichtungen der Staaten abgeleitet werden könnten.⁷³ Dröge⁷⁴ sieht die effektive Auslegung der Konvention durch den Gerichtshof ebenfalls als wichtigsten Ansatz in seiner Rechtsprechung zur Herleitung von Schutzpflichten. Andere Autoren⁷⁵ verweisen darauf, dass aus der Pflicht der Konventionsstaaten nach Art. 1, die Anwendung der Konvention in ihrem Hoheitsgebiet sicherzustellen, positive Verpflichtungen abgeleitet werden könnten. Streuer⁷⁶ führt hierzu noch aus, dass der Art. 1 nicht per se eine Schutzpflicht begründen könne, jedoch in Verbindung mit dem jeweiligen Recht. Der Wortlaut des Art. 1 spreche von „zusichern“ und daher liege ihm ein weites Schutzverständnis zugrunde, das

⁶⁷ Bleckmann, (Fn. 65), S. 311.

⁶⁸ Bleckmann, (Fn. 65), S. 312.

⁶⁹ Bleckmann, (Fn. 65), S. 311.

⁷⁰ Wiesbrock, (Fn. 13), S. 88.

⁷¹ Sudre, (Fn. 17), S. 369.

⁷² Ibid.

⁷³ Sudre, (Fn. 17), S. 368.

⁷⁴ Dröge, (Fn. 6), S.187.

⁷⁵ Frowein, (Fn. 3), Art. 1, Rdnr. 10; Jaeckel, (Fn. 6), S. 112.

⁷⁶ Streuer, (Fn. 6), S. 221.

auch die Ableitung von Schutzpflichten ermögliche.⁷⁷ Dies sei letztlich überzeugender als eine bloße Ableitung der Schutzpflichten aufgrund einer weiten Auslegung von Begriffen wie „Achtung“ oder „Gewährleistung“ aus der Konvention, zumal diese nicht in jedem Artikel der Konvention zu finden seien und daher eine Einbeziehung des Art. 1 plausibler erscheine.⁷⁸

Im Wesentlichen⁷⁹ werden also drei Begründungsansätze zur Herleitung der Schutzpflichten vorgebracht. Dies ist erstens der von *Bleckmann* vertretene Ansatz, wonach die Schutzpflichten letztlich aus dem allgemeinen Grundsatz der Menschenwürde abgeleitet werden, zweitens die von *Sudre* erwähnte „*théorie de l'inhérence*“ und drittens der von verschiedenen Autoren hergestellte Bezug zu Art. 1 in Verbindung mit den übrigen Garantien der Konvention. Ordnet man die Fallgruppe zum Schutz des Embryos in die hier genannten Begründungsansätze ein, so bestünden verschiedene Möglichkeiten, staatliche Schutzpflichten zu seinen Gunsten abzuleiten.

2. Abwehrrechtlicher Begründungsansatz

Einige Autoren⁸⁰ gehen jedoch von einem abwehrrechtlichen Begründungsansatz aus und sehen keine Verletzung einer Schutzpflicht, sondern einen Eingriff des Staates, wenn dieser seine Schutzpflicht nicht erfüllt.

So schreibt *Murswiek*⁸¹, dass rechtstheoretisch das Erlaubtsein eines Verhaltens dessen Nichtverbotensein gleichstehe und ein Eingriff seitens Privater in das Recht anderer Privater letztlich einen Eingriff des Staates durch Unterlassen darstelle. Für dieses Unterlassen sei der Staat zwar nur dann verantwortlich, wenn er auch zum Handeln verpflichtet sei, diese Handlungspflicht ergebe sich jedoch aus folgenden Gründen.⁸² Dem Bürger werde auf der einen Seite die Duldungspflicht auferlegt, ein nicht verbotenes Verhalten Dritter hinzunehmen, und gewissermaßen im Umkehrschluss müsse der Staat dann dafür sorgen, ein verbotenes Verhalten Dritter, durch das in die Konventionsrechte eingegriffen wird, zu ver-

⁷⁷ *Streuer*, (Fn. 6), S. 221.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Teilweise wird versucht, zur Ableitung der Schutzpflichten als Begründungsansatz Art. 13 EMRK oder die Präambel heranzuziehen. Dies ist abzulehnen, da dem Staat durch Art. 13 EMRK nicht explizit eine Pflicht zum Handeln auferlegt wird und es sich auch bei der Präambel um vom Europarat aufgestellte Zielvorstellungen handelt. Vgl. dazu die Darstellung mit verschiedenen Gegenargumenten bei *Streuer*, (Fn. 6), S. 216 und *Wiesbrock*, (Fn. 13), S. 86.

⁸⁰ *Murswiek*, (Fn. 30), S. 226; *Szczekalla*, (Fn. 23), S. 726; so wohl auch *Stieglitz*, (Fn. 13), S. 155.

⁸¹ Vgl. *Murswiek*, (Fn. 30), S. 226. Hier wird insbesondere der Fall EGMR, *Young, James and Webster/ Vereinigtes Königreich*, (Fn. 11), analysiert.

⁸² *Murswiek*, (Fn. 30), S. 227.

bieten.⁸³ Eine solche Pflicht der Konventionsstaaten bestehe, da sonst quasi der „Naturzustand“ im Sinne eines Faustrechts wiedereingeführt werde und der Staat bereits aus staatsrechtlichen Gründen als einziger das Monopol legitimer Gewaltanwendung und damit zur Verhinderung von Eingriffen zwischen Privaten innehabe.⁸⁴ Zwar sieht *Murswiek* hierin eine primäre Pflicht des Staates zum Tätigwerden, dennoch soll dem Einzelnen nur ein Abwehrrecht gegen den Staat zustehen und nicht etwa ein Anspruch auf Tätigwerden.⁸⁵

*Szczekalla*⁸⁶ folgt ebenfalls der abwehrrechtlichen Lösung: Zwar geht er von der oben bereits erwähnten Einzelfallbezogenheit⁸⁷ in der Rechtsprechung des EGMR aus, schließt daraus jedoch, dass eine genaue Abgrenzung von negativen und positiven Verpflichtungen kaum möglich sei, zumal der Gerichtshof bei beiden ähnliche Prüfungsmaßstäbe wie die Einhaltung eines fairen Gleichgewichts („*fair balance test*“) zwischen Staat und Bürger anlege.⁸⁸ Es biete sich daher an, die „normale abwehrrechtliche Dogmatik“, womit insbesondere die Schrankendogmatik gemeint sein dürfte, auf die Schutzpflichten anzuwenden, zumal ein Eingriff sich leichter feststellen lasse als eine positive Verpflichtung.⁸⁹ Es komme hierbei nicht darauf an, dass der Staat subjektiv tatsächlich Kenntnis vom Verhalten des einzelnen Bürgers habe, vielmehr gehe es um die effektive Durchsetzung der Menschenrechte, so dass auch ein normatives Unterlassen für einen Eingriff des Staates ausreiche.⁹⁰ Ordnet man die Fallkonstellation zum Schutz des Embryos in diese abwehrrechtliche Lösung ein, so würde der Staat generell in die Rechte des Embryos aus Art. 2 eingreifen, wenn er keine strafrechtlichen Sanktionen schafft.

3. Stellungnahme

Der von *Murswiek* und *Szczekalla* vertretenen abwehrrechtlichen Lösung kann nicht gefolgt werden, da sie der Verpflichtung der Staaten aus der Konvention zur effektiven Durchsetzung der Konventionsrechte nicht gerecht wird. Beharrt man auf einem bloßen *status negativus*, so könnte der Einzelne lediglich die Abwehr eines Eingriffs vom Staat verlangen, das Ziel wäre nur negativ formuliert. Dies wird der

⁸³ *Murswiek*, (Fn. 30), S. 229; so auch *Stieglitz*, (Fn. 13), S. 155.

⁸⁴ Vgl. zur Pflicht des Staates zum Verbot von Eingriffen Dritter und zum dort erwähnten Recht auf Sicherheit ausführlich *Murswiek*, (Fn. 30), S. 228 ff.

⁸⁵ *Murswiek*, (Fn. 30), S. 229.

⁸⁶ *Szczekalla*, (Fn. 23), S. 896.

⁸⁷ Siehe dazu oben, Punkt B.

⁸⁸ *Szczekalla*, (Fn. 23), S. 897.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*

Bedeutung der Fragestellung nicht gerecht, die sich insbesondere in der hier zu behandelnden Fallkonstellation im Rahmen des Art. 2 zum Schutz des Embryos stellt. Vielmehr geht es um die Problematik, ob nicht eine aktive Handlung des Staates erforderlich gewesen wäre. Zwar mag die Abgrenzung zwischen Eingriff und positiver Verpflichtung im Einzelfall schwierig sein und der Gerichtshof verzichtet teilweise auch auf eine genaue Abgrenzung⁹¹, jedoch spricht auch gerade die Tatsache, dass ähnliche Maßstäbe für die Prüfung angelegt werden, dafür, im Einzelfall eine Schutzpflicht des Staates zu bejahen. Soll der Staat beispielsweise gesetzgeberisch tätig werden und strafrechtliche Sanktionen zum Schutz des Embryos erlassen, so dominiert hier ganz eindeutig die positive Verpflichtung zum aktiven Tun und nicht die Tatsache, dass der Staat dadurch in die Rechte des Bürgers eingegriffen hat, dass er es unterließ, eine solche Regelung zu treffen. Eine derartige Formulierung wirkt bereits sprachlich sehr konstruiert. Würde man lediglich ein Abwehrrecht bejahen, so wäre dies schwächer als eine klar formulierte, positive Verpflichtung zum Tätigwerden; die Konsequenzen aus dem Unterlassen würden zumindest nicht klar dargelegt. Schon im Sinne einer dynamischen Auslegung, wie sie vom Gerichtshof mit dem Ziel einer größtmöglichen Effektivität der Konvention vorgenommen wird, erscheint es daher vorzugswürdig, von positiven Verpflichtungen aus der Konvention zu sprechen. Auch die Ansicht *Wiesbrocks*⁹², wonach im Gegensatz zu einer (horizontalen) Schutzpflicht lediglich eine allgemeine Handlungspflicht des Staates bejaht werden sollte, ist bereits aus praktischen Gründen nicht nachvollziehbar. Auch eine bloße Handlungspflicht des Staates wird in der Praxis in die Rechtssphäre Privater hineinspielen. Dies ergibt sich zwangsläufig, sofern den Staat Handlungspflichten treffen, die zum Beispiel das Verhalten Privater sanktionieren, wenn man auch aus den oben genannten Gründen allenfalls von einer mittelbaren Drittwirkung der Konvention zwischen Privaten sprechen kann.

Im Übrigen erscheint es jedoch eher zweitrangig, ob man nun mit *Sudre*⁹³ von „*obligations inhérentes au droit garanti*“ im Sinne einer objektiven Werteordnung spricht, oder aber Schutzpflichten aus Art. 1 in Verbindung mit anderen Konventionsrechten ableiten will. Gegen eine Anwendung des Art. 1 sprechen sich in Anlehnung an *Murswiek*⁹⁴ zwar mehrere Autoren⁹⁵ aus, da Art. 1 selbst keinen materiellen Gehalt aufweise. Jedoch ist *Streuer*⁹⁶ darin zuzustimmen, dass Art. 1 grund-

⁹¹ Vgl. EGMR, *Broniowski/Polen*, Urteil v. 22.6.2004, Rdnr. 144, [http://hudoc.echr.coe.int/hudoc\(29.8.2005\)](http://hudoc.echr.coe.int/hudoc(29.8.2005)).

⁹² *Wiesbrock*, (Fn. 13), S. 88.

⁹³ *Sudre*, (Fn. 17), S. 366.

⁹⁴ *Murswiek*, (Fn. 30), S. 223.

⁹⁵ *Classen*, (Fn. 25), S. 36; *Stieglitz*, (Fn. 13), Rdnr. 802.

⁹⁶ *Streuer*, (Fn. 6), S. 211.

sätzlich in Verbindung mit dem jeweils einschlägigen Recht aus der Konvention vom Gerichtshof genannt wird und so ein materieller Gehalt abgeleitet werden kann. Soweit sie jedoch darauf abstellt, dass die Herleitung von Schutzpflichten nach Art. 1 im Gegensatz zu der Annahme inhärenter Konventionsgarantien überzeugender sei, können die beiden Begründungsansätze nach Ansicht der Verfasserin nicht strikt voneinander getrennt werden. Vielmehr ergänzen sie sich, gerade weil Art. 1 immer in Verbindung mit dem jeweiligen Konventionsrecht genannt wird und daher eine gewisse Inhärenz positiver Verpflichtungen nicht verneint werden kann. Ob und inwieweit man schließlich mit *Bleckmann* darin übereinstimmt, dass ein der Konvention immanenter Grundsatz der Menschenwürde zur Herleitung von Schutzpflichten dienen sollte, soll an dieser Stelle noch offen bleiben. Im Hinblick auf einen möglichen Rechtsträgerstatus des Embryos wird auf diese Frage im Rahmen der Diskussion des Falles *Vo* noch einmal zurückzukommen sein.⁹⁷

4. Zwischenergebnis

Insgesamt gesehen handelt es sich bei den Schutzpflichten also um Garantien, die sich sowohl aus Art. 1 in Verbindung mit dem jeweiligen Konventionsrecht als auch als inhärentes Konventionsrecht aus der EMRK ableiten lassen. Diese können, wie am Beispiel des Art. 2 dargestellt, in die oben genannten Kategorien eingeteilt werden und erlauben daher allgemeine Rückschlüsse auf die Verpflichtungen der Staaten. Insofern steht die im Fall *Plattform „Ärzte für das Leben“*⁹⁸ betonte Einzelfallgerechtigkeit einer derartigen systematischen Einordnung der Schutzpflichten nicht entgegen. Vielmehr haben sich im Zuge der Entwicklung der Rechtsprechung gerade auch durch die Einzelfallgerechtigkeit gewisse Arten von positiven Verpflichtungen herausgebildet, die immer wiederkehren. Die Bedeutung dieses Schutzpflichtkonzeptes für die Stellung des Embryos im Rahmen der EMRK wird nun im Folgenden untersucht.

⁹⁷ Siehe unten, Punkt E.I.

⁹⁸ EGMR, *Plattform „Ärzte für das Leben“/Österreich*, (Fn. 7), 522 ff.

C. Der Schutz des Embryos im Rahmen des Schwangerschaftsabbruches

Der Schutz des Embryos war seit den siebziger Jahren wegen der umstrittenen Gesetzeslage zum Schwangerschaftsabbruch in verschiedenen Konventionsstaaten mehrfach Gegenstand der Kontrolle durch die Straßburger Organe.⁹⁹

I. Rechtsvergleichender Ansatz

Entscheidender Maßstab für die Kontrolle durch die Straßburger Organe ist die Frage, ob bereits ein europäischer Konsens besteht, oder ob den Konventionsstaaten mangels Konsens vielmehr ein größerer Beurteilungsspielraum eingeräumt werden muss. Um diese Wechselwirkung von Konventionsebene und nationaler Ebene zu verdeutlichen, werden zunächst exemplarisch¹⁰⁰ die jeweiligen Rechtslagen zum Schwangerschaftsabbruch in Österreich, Frankreich und Deutschland erörtert.

1. Österreich

In Österreich, wo der EMRK Verfassungsrang¹⁰¹ eingeräumt wird, hat der Österreichische Verfassungsgerichtshof (VfGH)¹⁰² bereits 1974 im Rahmen einer Überprüfung der Regelung zum Schwangerschaftsabbruch, die eine Straffreiheit während der ersten drei Monate der Schwangerschaft vorsah, festgestellt, dass eine Verletzung des Art. 2 nicht vorlag, da der Embryo gar nicht vom Schutzbereich erfasst sei.¹⁰³ Hierbei stützte er sich vorwiegend auf formale Argumente, unter anderem hielt er die Ausnahmeregelungen des Art. 2 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 sowie des Art. 15 Abs. 2 nur auf bereits lebende Personen für anwendbar; im Umkehrschluss bestünden derartige Ausnahmeregelungen in Art. 2 für den *nasciturus* nicht

⁹⁹ Vgl. EKMR, *Brüggemann und Scheuten/Bundesrepublik Deutschland*, Nr. 6959/75, Entscheidung v. 12.7.1977, DR 10, 100 ff.; EKMR, *X./Vereinigtes Königreich*, Nr. 8416/79, Entscheidung v. 13.5.1980, DR 19, 244 ff.; EKMR, *H./Norwegen*, Nr. 17004/90, Entscheidung v. 19.5.1992, DR 73, 155 ff.; EGMR, *Plattform „Ärzte für das Leben“/Österreich*, (Fn. 7), S. 522 ff.; EGMR, *Open Door and Dublin Well Woman/Irland*, Urteil v. 29.10.1992, EuGRZ 1992, S. 484 ff.

¹⁰⁰ Zur exemplarischen Auswahl der Rechtslagen in den drei Staaten vgl. ihre Bedeutung für die Entscheidungen der EKMR; siehe dazu unten Punkt C.II.1.-3.

¹⁰¹ Vgl. dazu *Holoubek*, Der Grundrechtseingriff – Österreichische und konventionsrechtliche Aspekte, DVBl 1997, S. 1031 (1031); *Machacek*, Das Recht auf Leben in Österreich, EuGRZ 1983, S. 453 (458); *Peters*, (Fn. 41), S. 2.

¹⁰² Urteil des Österreichischen VfGH v. 11.10.1974, EuGRZ 1975, S. 74 ff.

¹⁰³ *Ibid.*, S. 74 (78).

und dieser sei folglich nicht vom Recht auf Leben erfasst.¹⁰⁴ Kritisiert wurde die Entscheidung vor allem, da der VfGH zu sehr auf eine formale Sichtweise abgestellt und die Ausnahmeregelungen des Art. 2 als „*numerus clausus*“ angesehen habe. Machacek¹⁰⁵ weist in Bezug auf die österreichische Rechtslage daraufhin, dass der VfGH grundsätzlich von einem formalistischen Grundrechtsverständnis ausgehe, wonach die innerstaatlichen Grundrechte primär als Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat eingeordnet und diesen kein „neuer“, materieller¹⁰⁶ Inhalt, beispielsweise in Form von Schutzpflichten, verliehen werden könne. Es handelte sich hier um eine sehr restriktive Auslegung des Art. 2 durch den VfGH; allerdings gab es zu diesem Zeitpunkt noch keine Entscheidung der Straßburger Organe zum rechtlichen Status des Embryos.

2. Frankreich

Die erste Entscheidung in Frankreich war die Überprüfung der „*Loi Veil*“ durch den Conseil Constitutionnel¹⁰⁷ im Jahr 1975. In der „*Loi Veil*“ war die Straffreiheit des Schwangerschaftsabbruches bis zum Ende der 10. Woche kombiniert mit dem Vorliegen einer besonderen Indikation vorgesehen, im Ergebnis hielt sich der Conseil trotz des von den Beschwerdeführern geltend gemachten Verstoßes gegen Art. 2 nicht für die Überprüfung der Konvention zuständig, da diese lediglich einen Zwischenrang zwischen der Verfassung und sonstigen Gesetzen einnehme und er sah auch keinen Verstoß gegen innerstaatliches Recht.¹⁰⁸ Kritisiert¹⁰⁹ wurde die Entscheidung unter anderem, da der Conseil eine Anwendung der EMRK vermieden habe, indem er sich für unzuständig erklärte und damit insbesondere den Status des Embryos als Person im Sinne des Art. 2, schlicht ausgeklammert habe. Der Conseil d'Etat¹¹⁰ entschied dann im Jahr 1990 über die Beschwerde der *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres* gegen eine ministerielle Verordnung zur Erlaubnis und Verbreitung der „*pilule*

¹⁰⁴ Urteil des Österreichischen VfGH v. 11.10.1974, (Fn. 102), S. 74 (78).

¹⁰⁵ Machacek, (Fn. 101), S. 455.

¹⁰⁶ So auch Weidmann, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte auf dem Weg zu einer europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit, Europäische Hochschulschriften, Bd. 450, S. 121.

¹⁰⁷ Vgl. dazu Reis, Das Lebensrecht des ungeborenen Kindes als Verfassungsproblem, 1984, S. 65; Weber, Menschenrechte - Texte und Fallpraxis, 1. Aufl. 2004, S. 6.

¹⁰⁸ Weber, Zur Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Verfassungsgerichtsbarkeit - dargestellt am Beispiel des Schwangerschaftsabbruches, in: Fürst (Hrsg.), Fs. Zeidler, 1987, S. 370 ff.

¹⁰⁹ Vgl. dazu Eissen, Die Entscheidung des Conseil Constitutionnel zum Gesetz über den freiwilligen Schwangerschaftsabbruch, EuGRZ 1975, S. 69 (71).

¹¹⁰ Conseil d'Etat, *Confédération nationale des Associations familiales catholiques et autres*, Assemblée, Urteil v. 21.12.1990, Recueil Lebon, S. 368 (376 ff.).

abortive“ und stellte fest, dass der Embryo grundsätzlich vom Anwendungsbereich des Art. 2 erfasst sei, zumal ihm auch gewisse Rechte wie etwa das Erbrecht nach Art. 725 Code Civil zustünden.¹¹¹ Im Ergebnis sah der Conseil jedoch keinen Verstoß gegen Art. 2, da eine Einschränkung des Rechts auf Leben des Embryos in einem derartigen Fall möglich sei.¹¹² Diese Entscheidung wurde überwiegend begrüßt¹¹³, da die Anwendbarkeit des Art. 2 bejaht worden war. Andererseits handelt es sich aber um ein „*droit à caractère relatif*“, das Einschränkungen unterliegen kann. Die Cour de Cassation war hingegen noch nicht mit den Regelungen zum freiwilligen Schwangerschaftsabbruch in Verbindung mit dem Art. 2 befasst.¹¹⁴ Sie musste sich jedoch schon in mehreren Fällen zum rechtlichen Status des Embryos äußern, die vor allem die sogenannte „*interruption involontaire de grossesse*“ betrafen, mithin die Frage, ob der Tod eines Embryo als fahrlässige Tötung geahndet werden kann. Hierauf wird in der Diskussion des Falles *Vo* zurückzukommen sein.

Insgesamt ist der Schutz des Embryos also eher begrenzt, da der Conseil d'Etat den Art. 2 zwar für anwendbar hielt. Allerdings blieb der Rechtsträgerstatus des Embryos offen, da das Recht auf Leben auch wieder eingeschränkt werden kann. Mögliche Schutzpflichten¹¹⁵ des Staates wurden nicht angesprochen, so dass man im Bereich des Schwangerschaftsabbruches nicht von einem Schutzpflichtkonzept ausgehen kann.

3. Deutschland

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG)¹¹⁶ hielt in seiner ersten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch aus dem Jahr 1975 die Neuregelung des § 218a StGB, der eine Straffreiheit des Schwangerschaftsabbruches bis zur 12. Schwangerschaftswoche ohne weitere Indikationen vorsah (erstes Fristenlösungsurteil), für verfassungswidrig, da eine staatliche Schutzpflicht zugunsten des Embryos zum Schutz des Lebens unmittelbar aus dem Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG abgeleitet werden

¹¹¹ *Confédération nationale des Associations familiales catholiques et autres*, Assemblée, (Fn. 110), S. 368 (376).

¹¹² *Ibid.*, S. 368 (377).

¹¹³ Vgl. zu einer eingehenden Analyse der Entscheidung *C.M., F.D. et Y.A.* (Auditeurs au Conseil d'Etat), *Le Conseil d'Etat, le droit à la vie et le contrôle de conventionnalité*, AJDA 1991, S. 91 (92 ff.).

¹¹⁴ *C.M., F.D. et Y.A.* (Auditeurs au Conseil d'Etat), (Fn. 113), S. 93; *Guillaume*, in: *Petit/Décaux/Imbert* (Hrsg.), (Fn. 4), Art. 2 CEDH, S. 147.

¹¹⁵ Vgl. zu einer Drittwirkung der *libertés publiques* in anderen Bereichen: *Classen*, (Fn. 25), S. 39; *Ress*, Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, in: *VVDStRL* 48 (1990), S. 57 (92); *Weidmann*, (Fn. 106), S. 120.

¹¹⁶ BVerfGE 39, 1.

könne, die in enger Verbindung mit dem Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG stehe.¹¹⁷ Danach ist der Staat verpflichtet, die Menschenwürde allen menschlichen Lebens zu schützen, es handelt sich um eine umfassende Schutzpflicht, die höher zu bewerten ist als das Selbstbestimmungsrecht der Frau.¹¹⁸ Das BVerfG räumte dem Staat zwar einen gewissen Ermessensspielraum bei der Erfüllung der Schutzpflicht ein, als *ultima ratio* sei aber sogar eine Pönalisierungspflicht des Staates erforderlich, um einen effektiven Schutz des Lebens zu gewährleisten.¹¹⁹ Teilweise wurde die Entscheidung des BVerfG kritisiert¹²⁰, da es offen gelassen habe¹²¹, ob der Embryo Rechtsträger sei.

In seiner zweiten Entscheidung aus dem Jahr 1993 kam das BVerfG¹²² zu dem Ergebnis, dass die Neuregelung des § 218a StGB, die einen Schwangerschaftsabbruch nach vorheriger Beratung ermöglicht (zweites Fristenlösungsurteil), verfassungsgemäß sei, da zwar eine Schutzpflicht des Staates zum Schutz des Embryos aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG bestehe. Diese könne jedoch bei entsprechender Beratungsregelung durch kollidierende Rechtsgüter Dritter eingeschränkt werden.¹²³ Ob und inwieweit der Embryo Grundrechtsträger des Rechts auf Leben sein kann, hat das BVerfG in dieser zweiten Entscheidung nach überwiegender Ansicht erneut offen gelassen.¹²⁴

*Merkel*¹²⁵ dagegen zieht letztlich die Schlussfolgerung, dass „[...] der Embryo bei seiner Tötung im Schwangerschaftskonflikt nicht als Rechtsperson mit Grundrechten behandelt, sondern aus dem Bereich der Grundrechte exkludiert wird.“ Denn durch die Beratungsregelung im Rahmen des Schwangerschaftsabbruches sei dieser bereits nicht tatbestandsmäßig, so dass hierin ein Wertungswiderspruch zu der Grundrechtssubjektivität des Embryos bestehe, da diesem nicht einerseits das Recht auf Leben zuerkannt werden, andererseits aber gleichzeitig seine Tötung

¹¹⁷ BVerfGE 39, 1 (40).

¹¹⁸ Ibid., 1 (43).

¹¹⁹ Ibid., 1 (47).

¹²⁰ Vgl. z. B. *Brugger*, Abtreibung – ein Grundrecht oder ein Verbrechen?, NJW 1986, S. 896 (899); *Hoerster*, Forum: Ein Lebensrecht für die menschliche Leibesfrucht?, JuS 1989, S. 172 (172).

¹²¹ Vgl. dazu auch *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2002, Art. 2, Rdnr. 64.

¹²² BVerfGE 88, 203.

¹²³ Ibid., 203 (254).

¹²⁴ Ibid., 203 (251); vgl. auch *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.), (Fn. 121), Art. 2, Rdnr. 64; *Höfling*, in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 2, Rdnr. 51.

¹²⁵ *Merkel*, Forschungsobjekt Embryo: Verfassungsrechtliche und ethische Grundlagen der Forschung an embryonalen Stammzellen, 2002, S. 54.

gesetzlich legitimiert werden könne.¹²⁶ *Büchner*¹²⁷ kritisiert die Ansicht *Merkels*, da dieser verkenne, dass es sich bei den strafrechtlichen Regelungen um einfachgesetzliche Ausgestaltungen eines übergeordneten Schutzpflichtkonzeptes handle, das Bestehen der Schutzpflicht setze die Grundrechtssubjektivität des Embryos voraus.¹²⁸ Die Argumentation *Merkels* zeigt anschaulich die kollidierenden Rechtsgüter, die im Rahmen der Regelung zum Schwangerschaftsabbruch berücksichtigt werden müssen. Einerseits soll der Embryo geschützt, andererseits muss auch dem Persönlichkeitsrecht der Frau hinreichend Rechnung getragen werden. Letztlich ist die Schlussfolgerung *Merkels* aber nicht haltbar, da durch die Rechtsprechung des BVerfG und die Billigung der Beratungsregelung ein ausgereiftes Schutzpflichtkonzept verfolgt wird. Zwar mag es sich im o.g. Sinne um ein „*droit à caractère relatif*“ handeln, dennoch trägt dieses Recht zu einer Stärkung des Embryoschutzes bei. Würde man *Merkels* Schlussfolgerung zugrunde legen, so müsste die Argumentation lauten, dass der Schwangerschaftsabbruch rechtmäßig wäre, da dem Embryo ohnehin keine Grundrechtssubjektivität zukomme. Auch weitere Ausführungen zu etwaigen Schutzpflichten würden sich bei konsequenter Begründung der Schlussfolgerung erübrigen, da der Embryo ohnehin kein „*bénéficiaire du droit à la vie*“ ist.

4. Zwischenergebnis

Insgesamt lässt die Rechtsprechung des BVerfG im Vergleich zur Rechtslage in Österreich und Frankreich ein deutliches Schutzpflichtkonzept¹²⁹ erkennen; eine eindeutige Stellungnahme des BVerfG zum Rechtsträgerstatus des Embryos fehlt allerdings. Auch der Conseil d'Etat, der zwar die Anwendbarkeit des Art. 2 bejaht hat, ohne auf etwaige staatliche Schutzpflichten einzugehen, nahm nicht zu einer möglichen Rechtsträgereigenschaft Stellung. Mithin ist weder der rechtliche Status des Embryos einheitlich geregelt, noch besteht ein länderübergreifendes Schutzpflichtkonzept. Sofern *Szczekalla* die Fälle zum Schwangerschaftsabbruch als besonders „schutzpflichtanfällig“¹³⁰ bezeichnet und zu dem Ergebnis kommt, dass man hier sogar von einem gemeinsamen europäischen Standard bezüglich der Schutzpflichten ausgehen könne, kann dies nach Auswertung der hier aufgezeigten

¹²⁶ *Merkel*, (Fn. 125), S. 54.

¹²⁷ *Büchner*, Keine Rechte für menschliche Embryonen? Zu Reinhard Merkels These von der fehlenden Grundrechtsträgerschaft, Beitrag in 1/2003, S. 2, <http://juristen-vereinigung-lebensrecht.de/pub/zfl/200301/beitrag1.htm> (29.8.2005).

¹²⁸ *Büchner*, (Fn. 127), S. 2.

¹²⁹ Vgl. dazu *Giwew*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik: Eine Studie zum rechtlichen Schutz des Embryos im Zusammenhang mit der Präimplantationsdiagnostik unter besonderer Berücksichtigung grundrechtlicher Schutzpflichten, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 859, 2001, S. 84 ff.

¹³⁰ *Szczekalla*, (Fn. 23), S. 933, 938.

Urteile für die Fallgruppe des Schwangerschaftsabbruches nicht bestätigt werden, selbst wenn es sich hier nur um drei ausgewählte Rechtsordnungen innerhalb der Konventionsstaaten handelt. Vielmehr ist die Hypothese von *Jacobs/White*¹³¹, „[...] *there is no consensus among the Member States of the Council of Europe on the legal and moral questions raised by medical termination of pregnancy [...]*“, zutreffend. Im Hinblick auf die oben erwähnte Kontrolldichte der Konventionsorgane spricht dies bereits für einen weiten Beurteilungsspielraum der Staaten.

II. Bisherige Entscheidungen der Straßburger Organe

Auf Konventionsebene war zunächst hauptsächlich die Europäische Kommission für Menschenrechte (EKMR) mit Fällen zum Schwangerschaftsabbruch beschäftigt, da sie bis zum Inkrafttreten des 11. Zusatzprotokolls zur EMRK im Jahr 1998 die unzulässigen und offensichtlich unbegründeten Entscheidungen bereits vorab herausfilterte, so dass der Gerichtshof oft gar nicht mehr zum Zuge kam.

1. „Brüggemann und Scheuten/Deutschland“

Im Fall *Brüggemann und Scheuten/Deutschland*¹³² aus dem Jahr 1977 wandten sich die Beschwerdeführerinnen nach der oben dargestellten, ersten Entscheidung des BVerfG¹³³ zum Schwangerschaftsabbruch an die Europäische Kommission für Menschenrechte und machten einen Verstoß gegen ihr Recht auf Privatleben aus Art. 8 geltend, da ihnen eine straffreie Abtreibung nicht möglich sei.¹³⁴ Die EKMR kam zu dem Ergebnis, dass bereits der Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 nicht einschlägig war, da zwar grundsätzlich jedermann ein Recht auf Privatleben zustehe, jedoch bestünden hierfür Grenzen („*However, there are limits to the personal sphere.*“).¹³⁵ So konnte die Schwangerschaft nach Ansicht der Kommission nicht ausschließlich der Privatsphäre der Frau zugerechnet werden. Vielmehr sah sie diese als eng mit dem Schutz des Embryos verbunden an. Daher ging die Kommission nicht von einer Verletzung des Art. 8 Abs. 1 aus.¹³⁶ Allerdings wurde nicht zu der Frage Stellung genommen, ob der *nasciturus* nun von Art. 2 erfasst wird, da dies ihrer Auffassung nach im vorliegenden Kontext nicht notwendig war, zumal sich bereits aus den genannten Argumenten ergeben habe, dass schon der Schutz-

¹³¹ *Jacobs/White*, The European Convention on Human Rights, 1. Aufl. 1996, Art. 2, S. 43.

¹³² EKMR, *Brüggemann und Scheuten/Deutschland*, DR 10, 100 ff.

¹³³ BVerfGE 39, 1 ff.

¹³⁴ EKMR, *Brüggemann und Scheuten/Deutschland*, (Fn. 132), 100 ff.

¹³⁵ *Ibid.*, 100 (115).

¹³⁶ *Ibid.*, 100 (117).

bereich des Art. 8 Abs. 1 nicht betroffen sei. Bezüglich der Kritik an der Entscheidung kann *Reis*¹³⁷ darin zugestimmt werden, dass die Kommission das Problem, ob der Embryo einen Schutz nach Art. 2 genießt, ausgeklammert hat und sich auch mit der Argumentation des Österreichischen VfGH bezüglich der oben erwähnten Entscheidung aus dem Jahr 1974 nicht auseinandergesetzt hat, in der ein Schutz des Embryos nach Art. 2 ausgeschlossen worden war. Zwar wurde die deutsche Regelung für mit der Konvention vereinbar gehalten und das extensive Schutzpflichtkonzept des BVerfG von der Kommission mit Hinweis auf den Beurteilungsspielraum der Staaten gebilligt, jedoch wurde keine Klarheit zum rechtlichen Status des Embryos und zu möglichen Schutzpflichten geschaffen.

2. „Paton/Vereinigtes Königreich“

In der Entscheidung *Paton/Vereinigtes Königreich*¹³⁸ machte der Beschwerdeführer einen Verstoß Großbritanniens gegen Art. 2 geltend, da seiner Frau, die in der 8. Woche schwanger war, nicht durch gerichtliche Verfügung untersagt worden war, einen – medizinisch indizierten – Schwangerschaftsabbruch vornehmen zu lassen. Im Rahmen des Art. 2 setzte sich die EKMR zunächst rechtsvergleichend mit dem ersten Urteil des BVerfG¹³⁹, der Entscheidung des Österreichischen VfGH¹⁴⁰ sowie mit der Entscheidung des U.S. Supreme Court im Fall *Roe v. Wade*¹⁴¹ auseinander und stellte fest, dass durch das BVerfG im Ergebnis auch das ungeborene Leben geschützt wurde, der U.S. Supreme Court einen „zwingenden Punkt“ („*compelling point*“) erst ab Beginn der Lebensfähigkeit sah, während der Österreichische VfGH den Embryo gar nicht als Rechtsträger des Rechts auf Leben ansah.¹⁴² Vom Wortlaut ausgehend untersuchte die EKMR dann, ob unter „*everyone*“ im Sinne des Art. 2 nur bereits lebende Personen erfasst sind oder ob auch die Möglichkeit besteht, dass der Embryo „*bénéficiaire du droit à la vie*“ ist.¹⁴³

¹³⁷ *Reis*, Die Europäische Kommission für Menschenrechte zur rechtlichen Regelung des Schwangerschaftsabbruches, JZ 1981, S. 738 (739).

¹³⁸ EKMR, *Paton/Vereinigtes Königreich*, Entscheidung v. 13.5.1980, DR 19, S. 244 ff.

¹³⁹ BVerfGE 39, 1 ff.

¹⁴⁰ Urteil des Österreichischen VfGH, (Fn. 102), 74 ff.

¹⁴¹ Fall *Roe v. Wade*, 410 U.S. (1973), 113 ff., EuGRZ 1974, S. 52 ff.; ähnlich Fall *Doe v. Bolton*, 410 U.S. (1973), 179 f. In *Roe v. Wade* hatte der U.S. Supreme Court über die Verfassungsmäßigkeit des Abtreibungsverbots im Bundesstaat Texas zu entscheiden, das ein grundsätzliches Verbot der Abtreibung mit nur einigen Ausnahmen vorsah. Er hielt das Verbot in dieser Form für verfassungswidrig, da das Persönlichkeitsrecht der Frau („*right of privacy*“) nach einer Abwägung mit dem Schutz des ungeborenen Lebens nicht hinreichend beachtet worden war und erarbeitete ein Fristenlösungsmodell im Sinne einer „*three phase solution*“. Vgl. auch *Brugger*, (Fn. 120), S. 896 ff.; *Weber*, (Fn. 108), S. 375.

¹⁴² EKMR, *Paton/Vereinigtes Königreich*, (Fn. 138), S. 244 (253).

¹⁴³ *Ibid.*, S. 244 (249).

Nach Ansicht der Kommission bezieht sich der Begriff „*everyone*“ in allen anderen Artikeln der Konvention (Art. 5, 6, 8, 11 und 13) auf bereits geborene Personen, lediglich der Art. 6 Abs. 1 schließe nicht völlig aus, dass auch das ungeborene Leben erfasst ist.¹⁴⁴ Insgesamt aber sprächen die Schranken des Art. 2 Abs. 1 S. 2, die sich eindeutig nur auf bereits lebende Personen bezögen, dafür, dass der Begriff „jedermann“ nur lebende Personen erfasse und daher ein Schutz des Embryos ausgeschlossen sei.¹⁴⁵ Anschließend untersuchte die Kommission den Begriff „Leben“ („*life*“) aus Art. 2 und widmete sich dem umstrittenen Problem, wann das Leben beginnt.¹⁴⁶ Sie verwies an dieser Stelle zunächst auf Art. 4 Abs. 1 S. 1 und 2 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention, wonach das Recht auf Leben bereits ab der Empfängnis geschützt wird. Schließlich stellte die Kommission drei mögliche Hypothesen auf, wonach dem Embryo erstens ein absolutes Recht auf Leben, zweitens überhaupt kein Schutz nach Art. 2 oder aber drittens ein mit gewissen Einschränkungen versehenes Recht auf Leben zustehe.¹⁴⁷ Nach Ansicht der EKMR besteht jedenfalls kein absoluter Lebensschutz, da das Recht des Fötus auf Leben ohne jegliche Einschränkungen sonst mit dem Recht auf Leben der Mutter gleichgestellt werde und ein Schwangerschaftsabbruch auch in Fällen medizinischer Indikation nicht mehr möglich wäre.¹⁴⁸ Das ungeborene Leben würde dadurch im Ergebnis sogar höher gestellt als das Leben einer bereits geborenen Person, obwohl der Art. 2 Abs. 1 S. 2 die Schranken abschließend festgelegt habe, und dies würde letztlich dem Sinn und Zweck der Konvention widersprechen.¹⁴⁹ Die Frage, ob der Embryo dann gar nicht von Art. 2 erfasst wird oder ob ihm ein Recht mit gewissen Einschränkungen zusteht, ließ die Kommission offen, da hier ein Schwangerschaftsabbruch innerhalb des ersten Schwangerschaftsdrittels aufgrund medizinischer Indikation vorgenommen worden war, so dass auch die letztgenannte Alternative diese Art der Einschränkung ermögliche.¹⁵⁰ Die Kommission hielt die Beschwerde für offensichtlich unzulässig. *Reis*¹⁵¹ begrüßte die Entscheidung, da die EKMR im Gegensatz zum Österreichischen VfGH in seinem Urteil zum Schwangerschaftsabbruch verschiedene Hypothesen in Betracht ziehe und nicht generell den Schutz des Embryos aus Art. 2 verneine. Dagegen schreiben *Jacobs/White*¹⁵², „*It is difficult to conclude other than that the Commission was anxious*

¹⁴⁴ EKMR, *Paton/Vereinigtes Königreich*, (Fn. 138), S. 244 (249).

¹⁴⁵ *Ibid.*, S. 244 (250).

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ *Ibid.*, S. 244 (252).

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ *Ibid.*, S. 244 (253).

¹⁵¹ *Reis*, (Fn. 137), S. 740.

¹⁵² *Jacobs/White*, (Fn. 131), S. 43.

to sidestep a controversial case.“ Dies erscheint zutreffend, da die Kommission zwar nicht generell den Schutz des Embryos nach Art. 2 verneint hat, jedoch eine genaue Stellungnahme zu dessen Rechtsstatus vermied und somit weiterhin Unklarheit über diese Frage besteht.

3. „H./Norwegen“

Im Fall *H./Norwegen*¹⁵³ aus dem Jahr 1992 wandte sich der Beschwerdeführer an die Kommission, da seine Frau eine Abtreibung an einem vierzehn Wochen alten Fötus vorgenommen und die norwegischen Gerichte seinem Antrag auf Erlass einer Verfügung zur Unterlassung des Schwangerschaftsabbruches nicht stattgegeben hatten, obwohl der Beschwerdeführer bereit war, später das alleinige Sorgerecht für das Kind zu übernehmen.¹⁵⁴ Auch hier war von der Kommission im Wesentlichen zu überprüfen, ob ein Verstoß gegen den Art. 2 vorlag. Sie wiederholte zunächst die Feststellung aus dem Fall *Paton/Vereinigtes Königreich*, wonach der Begriff „jedermann“ sich nur auf bereits lebende Personen beziehe und somit ein Schutz des Embryos nicht erfasst sei.¹⁵⁵ Dann erwähnte die EKMR, dass der Art. 2 Abs. 1 S. 1 nicht nur eine negative Verpflichtung der Staaten beinhalte, aktive Tötungen zu verhindern, „[...] but also to take appropriate steps to safeguard life“, also die Verpflichtung, positive Maßnahmen zu erlassen.¹⁵⁶ Im Anschluss verfolgte die Kommission dieses Konzept der Schutzpflicht jedoch nicht weiter, sondern ließ den Rechtsstatus des Fötus erneut offen.¹⁵⁷ Zur Begründung verwies sie wie im Fall *Paton/Vereinigtes Königreich* auf die Urteile des BVerfG¹⁵⁸ und des Österreichischen VfGH und merkte an, dass es nicht Aufgabe der Gerichte sei, den gesetzgeberischen Willen zu ersetzen.¹⁵⁹ Dann analysierte sie die norwegische Rechtslage und hielt die norwegische Beratungsregelung, wonach eine Beratung durch zwei Ärzte vorgenommen werden musste, für ausreichend und noch innerhalb des Beurteilungsspielraums der Staaten. Auch wenn der Schwangerschaftsabbruch bereits in der 14. Woche stattfand, habe Norwegen seine „discretion“ hier nicht verletzt („Having regard to this, it is clear that national laws on abortion differ considerably“).¹⁶⁰ Überraschend¹⁶¹ an der Entscheidung erschien der weite Beurtei-

¹⁵³ EKMR, *H./Norwegen*, Entscheidung v. 19.5.1992, DR 73, S. 155 ff.

¹⁵⁴ Ibid., S. 155 (155).

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ Ibid., S. 155 (167).

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ BVerfGE 39, 1.

¹⁵⁹ EKMR, *H./Norwegen*, (Fn. 153), S. 155 (168).

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ *Harris/O'Boyle/Warbrick*, (Fn. 50), S. 42.

lungsspielraum, der Norwegen eingeräumt wurde, obwohl der Schwangerschaftsabbruch erst in der 14. Schwangerschaftswoche erfolgt war. Außerdem wurde jegliche Begründung zum rechtlichen Status des Embryos vermieden, indem die Kommission auf den Beurteilungsspielraum verwies. Zwar sprach sie hier in Bezug auf den Schwangerschaftsabbruch erstmals positive Verpflichtungen der Staaten an, die sich aus dem Art. 2 Abs. 1 S. 1 ergeben können. Jedoch sollen diese den Staaten offenbar nur auferlegt werden, wenn der Beurteilungsspielraum überschritten worden ist. Letzterer bestimmt sich nach dem Vorliegen eines gemeineuropäischen Standards, der im Bereich des Schwangerschaftsabbruches¹⁶² in den einzelnen Konventionsstaaten und wie die Kommission selbst im Fall *H./Norwegen* festgestellt hat, noch nicht gegeben ist.

4. „Open Door and Dublin Well Woman/Irland“

Der Gerichtshof schließlich beschäftigte sich im Fall *Open Door and Dublin Well Woman/Irland*¹⁶³ aus dem Jahr 1992 mit dem dortigen Verbot des Schwangerschaftsabbruches. Als Beschwerdeführerinnen traten zwei irische Beratungsstellen auf, die schwangere Frauen über Abtreibungsmöglichkeiten im Ausland, insbesondere im Vereinigten Königreich informiert hatten.¹⁶⁴ In Irland besteht ein Abtreibungsverbot außer in Fällen medizinischer Indikation, und die Verbreitung derartiger Informationen war den Beschwerdeführerinnen durch Verbotsverfügungen untersagt worden.¹⁶⁵ Im Wesentlichen machten die Beschwerdeführerinnen geltend, dadurch in ihrem Recht auf Informationsfreiheit aus Art. 10 Abs. 1 verletzt worden zu sein, was von der irischen Regierung auch anerkannt worden ist, da die Beschwerdeführerinnen keine Informationen über Abtreibungen im Ausland mehr verbreiten durften, so dass unstreitig ein Eingriff in Art. 10 vorlag.¹⁶⁶ Entscheidender Punkt war aber für den Gerichtshof die Frage, ob der Eingriff nach Art. 10 Abs. 2 gerechtfertigt werden konnte. Er sah den Schutz der Moral in Irland als legitimen Zweck im Sinne des Art. 10 Abs. 2 an, da der Schutz des ungeborenen Lebens dort einen sehr hohen Stellenwert genießt.¹⁶⁷ Problematisch war jedoch, ob der Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft notwendig, also verhältnismäßig war. Hier hatte die Regierung insbesondere eingewandt, dass die Abtreibung moralisch falsch und die Mehrheit des Volkes in Irland der Meinung sei,

¹⁶² Vgl. die Rechtslage in ausgewählten Konventionsstaaten, Punkt C.I.

¹⁶³ EGMR, *Open Door and Dublin Well Woman/Irland*, (Fn. 99).

¹⁶⁴ *Ibid.*, S. 484 (484).

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ *Ibid.*, S. 484 (486).

¹⁶⁷ *Ibid.*

dass das ungeborene Leben geschützt werden müsse.¹⁶⁸ Dieser Argumentation müsse sich auch der Gerichtshof beugen und den Art. 10 Abs. 2 im Lichte des Art. 2 auslegen, der einen Schutz des ungeborenen Lebens garantiere.¹⁶⁹ Dem ist der EGMR jedoch nicht gefolgt, vielmehr stellte er klar, dass es ihm in diesem Fall nicht obliege, zu überprüfen, ob der Embryo nun nach Art. 2 geschützt wird oder nicht, da die Beschwerdeführerinnen auch nicht geltend gemacht hätten, dass die Konvention ein Recht auf Abtreibung enthalte.¹⁷⁰ Dann nahm er eine Abwägung zwischen dem Schutz der Moral in Irland einerseits und der Bedeutung der Informationsfreiheit in der demokratischen Gesellschaft andererseits vor und räumte Irland im Ergebnis einen weiten Beurteilungsspielraum ein.¹⁷¹ Dieser war jedoch überschritten, da ein gewisses Maß an Toleranz, Pluralismus und Offenheit in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist. Nach Ansicht des EGMR wurde dem hier nicht Rechnung getragen, da die Beschwerdeführerinnen sich insbesondere darauf beschränkt hatten, die Informationen weiterzugeben, ohne die Zulässigkeit der Abtreibung zu bewerten oder ähnliches.¹⁷² Mithin war der Eingriff in Art. 10 nicht gerechtfertigt, wobei der Gerichtshof hier nicht zum rechtlichen Status des Embryos oder möglichen Schutzpflichten Stellung nehmen musste.

5. Zwischenergebnis

Der rechtliche Status des Embryos ist also nach den Entscheidungen der Straßburger Organe noch weitgehend ungeklärt. Als eine Art Minimalaussage wurde lediglich herausgearbeitet, dass ein Schutz des Embryos nach Art. 2 nicht generell ausgeschlossen werden könnte. Auch wies die Kommission im Fall *H./Norwegen* kurz daraufhin, dass aus Art. 2 grundsätzlich Schutzpflichten abgeleitet werden könnten. Sie hielt weitergehende Ausführungen jedoch nicht für erforderlich, da Norwegen bei den Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch seinen Beurteilungsspielraum nicht überschritten habe. In diesen Entscheidungen spiegelt sich letztlich die Rechtslage in den Konventionsstaaten, die hinsichtlich des Schwangerschaftsabbruchs bezüglich des rechtlichen Status des Embryos und der Gewährleistung möglicher Schutzpflichten höchst unterschiedlich ausgeprägt ist, als kleinster gemeinsamer Nenner wieder. Es wird deutlich, dass den Staaten mangels einheitlichen Standards ein weiter Beurteilungsspielraum eingeräumt wird, so dass die Probleme zum rechtlichen Status des Embryos und damit verbundene positive Verpflichtungen der Staaten zu dessen Schutz unter Hinweis auf diesen Beur-

¹⁶⁸ EGMR, *Open Door and Dublin Well Woman/Ireland*, (Fn. 99), S. 484 (488).

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Ibid.*, S. 484 (486).

¹⁷² *Ibid.*

teilungsspielraum – jedenfalls bisher – nicht beantwortet werden mussten. Schließlich drängt sich die Frage auf, ob die bisherigen Entscheidungen der Konventionsorgane zum Schwangerschaftsabbruch gegen ein Schutzpflichtkonzept insgesamt sprechen, oder ob es vielmehr um die Anwendbarkeit des Art. 2 für den Embryo überhaupt geht. Für die letztere Alternative, also die grundsätzliche Bejahung von Schutzpflichten, spricht zwar die Entscheidung der Kommission im Fall *H./Norwegen*, jedoch können nach Ansicht der Verfasserin beide Aspekte nicht strikt voneinander getrennt werden. Bisher mussten sich die Straßburger Organe wegen des ungeklärten rechtlichen Status des Embryos letztlich auch noch nicht zu möglichen Schutzpflichten in der Fallgruppe Schwangerschaftsabbruch äußern.

D. Der Fall „Vo/Frankreich“

Im Fall *Vo/Frankreich* vom 8. Juli 2004 hatte der Gerichtshof in der Großen Kammer erstmals über die Frage zu entscheiden, ob einem Staat zum Schutz des Embryos Pönalisierungspflichten dahingehend auferlegt werden können, dass er die fahrlässige Tötung eines Embryos unter Strafe zu stellen muss.¹⁷³ Es ging hier also nicht wie in den Fällen zum freiwilligen Schwangerschaftsabbruch um die kollidierenden Rechtsgüter des ungeborenen Lebens einerseits und des Persönlichkeitsrechts der Mutter. Vielmehr war problematisch, ob der Embryo selbst als Rechtsträger angesehen werden kann und etwaige Schutzpflichten zu seinen Gunsten aus Art. 2 abgeleitet werden können oder sogar müssen.

I. Sachverhalt und Verfahren

Frau *Vo*, eine Frau vietnamesischer Abstammung, die im sechsten Monat schwanger war, hatte sich 1991 zu einer Routineuntersuchung in ein Krankenhaus nach Lyon begeben. Dort wurde bei ihr wegen einer Verwechslung ein Eingriff vorgenommen, der eigentlich bei einer anderen Frau *Vo*, die sich zur gleichen Zeit im Krankenhaus befunden hatte, hätte erfolgen sollen. Aufgrund dieses Eingriffs wurde bei Frau *Vo* die Fruchtblase perforiert, und ein großer Teil des Fruchtwassers trat aus, erst dann bemerkte der Arzt, dass es sich um die falsche Patientin handelte. Frau *Vo* wurde zwar sofort in das Krankenhaus aufgenommen, bei einer weiteren Untersuchung etwa fünf Tage später stellten die Ärzte jedoch fest, dass sich kein neues Fruchtwasser gebildet hatte und eine Fortsetzung der Schwangerschaft nicht mehr möglich war. Daher musste aus medizinischen Gründen ein Schwangerschaftsabbruch vorgenommen werden. Einige Tage später erstatteten Frau *Vo* und ihr Lebensgefährte Anzeige wegen fahrlässiger Körperverletzung an

¹⁷³ EGMR, *Vo/Frankreich*, (Fn. 1), Rdnr. 3.

Frau *Vo* selbst sowie wegen fahrlässiger Tötung („*homicide involontaire*“) des ungeborenen Kindes. Sie traten in dem Verfahren als Nebenkläger auf. Daraufhin wurde ein Bericht über den Zustand des Fötus bei Vornahme des Schwangerschaftsabbruches angefertigt. Die Gutachter¹⁷⁴ kamen zu dem Ergebnis, dass der Fötus sich von der Entwicklungsstufe her etwa in der 20. bis 21. Woche befand und seine Lungenfunktionen auch diesem Entwicklungsstand entsprechend schwach ausgeprägt waren. Er konnte nicht atmen und der Tod war einzig und allein auf die Durchtrennung der Fruchtblase seitens des Arztes und den daraus resultierenden, medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbruch zurückzuführen, andere Ursachen konnten ausgeschlossen werden.

In dem innerstaatlichen Verfahren¹⁷⁵ war der Arzt zunächst vor dem Tribunal Correctionnel von Lyon sowohl vom Vorwurf der fahrlässigen Körperverletzung zum Nachteil der Frau, da die Voraussetzungen eines Amnestiegesetzes zugunsten des Arztes erfüllt waren, als auch vom Vorwurf der fahrlässigen Tötung zum Nachteil des Embryos freigesprochen worden.¹⁷⁶ Problematisch war für das Gericht die Frage, ob der Fötus „*autrui*“ im Sinne des Art. 221 Abs. 6 code pénal¹⁷⁷ sein kann und damit der Straftatbestand der fahrlässigen Tötung erfüllt war.¹⁷⁸ Nach Ansicht des Gerichts war der rechtliche Status des Embryos im französischen Recht nicht geklärt; es bestehe eine Lücke, die nur vom Gesetzgeber geschlossen werden könne.¹⁷⁹ Maßgeblicher Zeitpunkt für eine Strafbarkeit war für das Gericht daher die Lebensfähigkeit des Fötus, die etwa ab der 24. Woche besteht. Der Schwangerschaftsabbruch fand aber in der 20. oder 21. Woche statt, so dass keine fahrlässige Tötung vorlag.¹⁸⁰ Die Cour d'Appel von Lyon lehnte im Berufungsverfahren die Argumentation des Tribunal Correctionnel ab und verwies vor allem auf zahlreiche internationale Konventionen wie den Art. 2 EMRK sowie den Art. 6 des UN-Paktes über Bürgerliche und Politische Rechte, die für alle Personen und auch für Kinder das Recht auf Leben garantierten und die die Cour de Cassation in einigen Urteilen bereits angewandt habe.¹⁸¹ Schließlich garantiere auch die „*Loi Veil*“ zum Schwangerschaftsabbruch einen Schutz des Lebens „[...] *dès le commence-*

¹⁷⁴ EGMR, *Vo/Frankreich*, (Fn. 1), Rdnr. 14.

¹⁷⁵ *Ibid.*, Rdnrn. 17-22.

¹⁷⁶ *Ibid.*, Rdnr. 19.

¹⁷⁷ Article 221-6 du nouveau code pénal: „*Le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 francs d'amende*“.

¹⁷⁸ EGMR, *Vo/Frankreich*, (Fn. 1), Rdnr. 19.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ *Ibid.*, Rdnr. 20.

ment de la vie“ und nach dem Stand der Wissenschaft könne nicht ausgeschlossen werden, dass ein Fötus zwischen der 23. und 24. Woche lebensfähig ist.¹⁸² Daher hielt die Cour d'Appel den Straftatbestand der fahrlässigen Tötung für erfüllt und verurteilte den Arzt zu einer Bewährungsstrafe.¹⁸³ Die Chambre criminelle der Cour de Cassation wiederum gab der Revision des Angeklagten statt und befand, dass die Cour d'Appel den Art. 221 Abs. 6 code pénal falsch interpretiert habe, da die fahrlässige Tötung trotz der genannten internationalen Bestimmungen nicht den Fötus erfasse und eine enge Auslegung erforderlich sei.¹⁸⁴

Die Cour de Cassation hatte in zwei ähnlichen Fällen¹⁸⁵, in denen ein Fötus an den Folgen eines Autounfalls der Mutter gestorben war, den Straftatbestand der fahrlässigen Tötung daran geknüpft, ob er nach der Geburt gelebt hatte oder nicht und nur im ersten Fall eine Strafbarkeit angenommen, da wegen des Bestimmtheitsgebots eine strenge Auslegung vorgenommen werden müsse, die sich nach Ansicht der Cour nicht mehr auf den Fötus erstreckt.¹⁸⁶ Für diese Rechtsprechung ist die Cour teilweise heftig kritisiert worden, da es sich hierbei um eine künstliche Unterscheidung handle und die Rechtsprechung zu restriktiv sei.¹⁸⁷ Als Reaktion auf die Entscheidungen brachte Herr *Garraud*, Abgeordneter der Assemblée Nationale, das sogenannte *Amendement Garraud* als Gesetzesinitiative ein. Es sollte ein Straftatbestand der „*interruption involontaire de grossesse*“¹⁸⁸ geschaffen werden, um die Tötung des Embryos im Mutterleib strafrechtlich ahnden zu können. Zwar wurde das Gesetz von der Assemblée Nationale verabschiedet, jedoch vom Sénat abgelehnt.¹⁸⁹ Ein derartiger Straftatbestand besteht also in Frankreich zur Zeit nicht.

¹⁸² EGMR, *Vo/Frankreich*, (Fn. 1), Rdnr. 20.

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ Es handelt sich um die Entscheidungen der Assemblée plénière v. 29.6.2001, Recueil Dalloz 2001, S. 2917 und der Chambre criminelle v. 25.6.2002, Recueil Dalloz 2002, S. 2171. Vgl. dazu *Pradel*, La seconde mort de l'enfant conçu (à propos de l'arrêt d'Assemblée plénière du 29 Juin 2001), Recueil Dalloz, S. 2907 ff.

¹⁸⁶ Entscheidungen der Assemblée plénière und der Chambre criminelle, (Fn. 185).

¹⁸⁷ Siehe *L'enfant à naître peut-il être victime d'un homicide involontaire?*, <http://www.genethique.org> (dossiers/homicide involontaire), S. 4, (5.9.2005).

¹⁸⁸ Siehe die Gesetzesinitiative des *Amendement Garraud*, <http://www.genethique.org> (dossiers/homicide involontaire), S. 4, (5.9.2005).

¹⁸⁹ EGMR, *Vo/Frankreich*, (Fn. 1), Rdnr. 32.

II. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

Nach der abschließenden Entscheidung der Cour de Cassation wandte sich Frau *Vo* an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und machte eine Verletzung des Rechts auf Leben aus Art. 2 geltend, da Frankreich seine Schutzpflicht in Form einer Pönalisierungspflicht verletzt habe, indem es keinen entsprechenden Straftatbestand geschaffen hatte, um derartige Handlungen zum Nachteil des Embryos zu ahnden.¹⁹⁰

Die Beschwerdeführerin brachte im Wesentlichen vor, dass bereits der Embryo als „*toute personne*“ im Sinne des Art. 2 angesehen werden müsse, da das Leben aus wissenschaftlicher Sicht bereits mit der Empfängnis beginne und man ab diesem Zeitpunkt nicht mehr von einer bloßen Ansammlung von Zellen ausgehen könne.¹⁹¹ Sie verwies auf die oben im Rahmen des Schutzpflichtkonzeptes¹⁹² dargestellten Fälle gegen die Türkei¹⁹³, in denen der Gerichtshof eine effektive Aufklärung von Straftaten in Fällen, in denen Personen verschwunden oder umgebracht worden waren, gefordert hatte, wozu auch die Pflicht zur Schaffung effektiver strafrechtlicher Sanktionen gehörten.¹⁹⁴ Geht es wie im vorliegenden Fall um den Schutz des Embryos vor fahrlässigen Handlungen, so reichten nach Ansicht der Beschwerdeführerin zivilrechtliche oder disziplinarische Sanktionen zur Sicherung eines effektiven Lebensschutzes, wie der Gerichtshof im Fall *Calvelli und Ciglio/Italien*¹⁹⁵, in dem es um den Tod eines Kindes kurz nach der Geburt ging, festgestellt hatte, nicht aus, da das Recht auf Leben dadurch abgewertet werde.¹⁹⁶ Daher habe sie auch nicht den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten gewählt.¹⁹⁷ Außerdem hätten verschiedene französische Berufungsgerichte (Cours d'Appel) in derartigen Fällen häufig zu Gunsten des Embryos entschieden, und es sei zu Beginn des Verfahrens 1991 noch nicht absehbar gewesen, wie sich die Rechtsprechung der Cour de Cassation in den Jahren 1999 bis 2002 entwickeln werde.¹⁹⁸

Dagegen wandte die französische Regierung ein, dass der Beginn des Lebens weder aus metaphysischen noch medizinischen Gesichtspunkten abschließend definiert werden könne, der Wortlaut des Art. 2 spreche gerade nicht vom Schutz des Lebens ab Beginn der Empfängnis, wie dies zum Beispiel in dem Art. 4 Abs. 3 der

¹⁹⁰ EGMR, *Vo/Frankreich*, (Fn. 1), Rdnr. 46.

¹⁹¹ *Ibid.*, Rdnr. 47.

¹⁹² Vgl. dazu oben Punkt B.III.

¹⁹³ Siehe Fn. 58.

¹⁹⁴ EGMR, *Vo/Frankreich*, (Fn. 1), Rdnr. 49.

¹⁹⁵ EGMR, *Calvelli und Ciglio/Italien*, Urteil v. 17.1.2002, ECHR 2002-I, Rdnr. 51.

¹⁹⁶ EGMR, *Vo/Frankreich*, (Fn. 1), Rdnr. 49.

¹⁹⁷ *Ibid.*, Rdnr. 50.

¹⁹⁸ *Ibid.*

Amerikanischen Menschenrechtskonvention der Fall sei, so dass der Embryo bereits entstehungsgeschichtlich nicht von Art. 2 erfasst sein sollte.¹⁹⁹ Außerdem würde das Leben des Fötus dann mit dem Leben der Mutter gleichgestellt, so dass für diese selbst aus gesundheitlichen Gründen kein Schwangerschaftsabbruch mehr möglich sei, weshalb auch die Europäische Kommission für Menschenrechte im bereits oben dargestellten Fall *Paton/Vereinigtes Königreich*²⁰⁰ jedenfalls einen absoluten Schutz des Embryos aus Art. 2 abgelehnt habe.²⁰¹ Die Rechtsmittel vor den Verwaltungsgerichten hätten im Gegensatz zu der restriktiven Rechtsprechung der Cour de Cassation von vorneherein größere Aussichten auf Erfolg gehabt, da der Conseil d'Etat den Schutz des Embryos nach Art. 2 in seiner bisherigen Rechtsprechung nicht ausdrücklich ausgeschlossen habe.²⁰² Frankreich sei seinen positiven Verpflichtungen nach den vom Gerichtshof im Urteil *Calvelli und Ciglio* aufgestellten Grundsätzen durch die Möglichkeit der administrativen Sanktionen hinreichend nachgekommen.²⁰³ Unterstützt wurde die französische Regierung in ihrer Argumentation durch Stellungnahmen von zwei Parteien, dem *Center for Reproductive Rights* und der *Family Planning Association*.²⁰⁴ Beide sprachen sich gegen eine Ausdehnung des Schutzbereichs des Art. 2 auf den Fötus vor allem mit der Begründung aus, dass das Selbstbestimmungsrecht der Frau zum Schwangerschaftsabbruch außerordentlich beeinträchtigt oder gar unmöglich gemacht werde.

III. Die Würdigung durch den Gerichtshof

Der Gerichtshof stellte zunächst die bisherigen Entscheidungen²⁰⁵ der Konventionsorgane zum Rechtsstatus des Embryos dar und zeigte auf, welche Überlegungen in dieser Frage maßgeblich waren.²⁰⁶ Für den Status quo ergab sich daraus, dass der Embryo zwar nicht unmittelbar in den Schutzbereich des Art. 2 einbezogen und daher nicht als „Person“ im Sinne des Art. 2 angesehen worden war, andererseits erschien ein Schutz auch nicht generell ausgeschlossen, da ihm möglicherweise doch ein Recht auf Leben zustehen könnte, das durch die Rechte der Mutter eingeschränkt wird.²⁰⁷

¹⁹⁹ EGMR, *Vo/Frankreich*, (Fn. 1), Rdnr. 52.

²⁰⁰ Siehe EKMR, *Paton/Vereinigtes Königreich*, (Fn. 138).

²⁰¹ EGMR, *Vo/Frankreich*, (Fn. 1), Rdnr. 53.

²⁰² *Ibid.*, Rdnr. 57.

²⁰³ *Ibid.*, Rdnr. 58.

²⁰⁴ *Ibid.*, Rdnrn. 60-73.

²⁰⁵ Vgl. dazu oben, Punkt C.II.

²⁰⁶ EGMR, *Vo/Frankreich*, (Fn. 1), Rdnrn. 74-79.

²⁰⁷ *Ibid.*, Rdnr. 80.

1. Status des Embryos nach Art. 2 EMRK

Zur weiteren Interpretation des Art. 2 führte der Gerichtshof dann aus, dass den Konventionsstaaten wegen der unterschiedlichen Rechtslage in den einzelnen Staaten hinsichtlich des Rechtsstatus des Embryos ein weiter Beurteilungsspielraum gewährt werden müsse, auch wenn seine Rechtsprechung sonst von einer dynamischen Interpretation geprägt sei, um die Konvention als „*instrument vivant*“²⁰⁸ zu entwickeln. Zunächst wurde auf die Rechtslage in Frankreich Bezug genommen, wo die Cour de Cassation²⁰⁹ in verschiedenen Fällen betreffend den Tod eines Embryos zwar eine Rechtslücke im Tatbestand der fahrlässigen Tötung des Art. 221 Abs. 6 des code pénal bejaht, jedoch eine Ausdehnung des Tatbestandes auf den Fötus aus Gründen der Vorhersehbarkeit und Bestimmtheit des Gesetzes nicht für möglich gehalten hatte, vielmehr konnte nach Ansicht der Cour nur der nationale Gesetzgeber diese Lücke schließen.²¹⁰ Daher hielt der EGMR den rechtlichen Status des Embryos in Frankreich nicht für hinreichend geklärt.²¹¹ Zu demselben Ergebnis kam er nach Analyse der Rechtslage auf europäischer Ebene, da zwar in den meisten Staaten dem Embryo gewisse Rechte wie das Erbrecht zuerkannt und zunehmender Schutz beispielsweise im Zuge der Embryonenforschung gewährt würden, jedoch war dies nach Ansicht des Gerichtshofes mehr eine Folge der „*dignité humaine*“, ohne dass der Embryo dadurch als Person im Sinne des Art. 2 angesehen werden könne.²¹² Schließlich wies der Gerichtshof darauf hin, dass auch in der Konvention von Oviedo über Menschenrechte und Biomedizin von 1997 und in deren Zusatzprotokollen eine Definition des Begriffs „Person“ vermieden werde.²¹³ Aus diesen Argumenten zog er die Schlussfolgerung, dass es zur Zeit weder wünschenswert noch möglich sei, abstrakt die Frage zu beantworten, ob der Embryo eine „Person“ im Sinne des Art. 2 ist („[...] *la Cour est convaincue qu'il n'est ni souhaitable ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une personne au sens de l'article 2 CEDH*“).²¹⁴

²⁰⁸ Siehe Fn. 34.

²⁰⁹ EGMR, *Vo/Frankreich*, (Fn. 1), Rdnrn. 74-79.

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ *Ibid.*

²¹² *Ibid.*, Rdnr. 84.

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ *Ibid.*, Rdnr. 85.

2. Ableitung einer prozeduralen Schutzpflicht

Der Gerichtshof wandte sich dann der Frage zu, ob Frankreich seine prozeduralen Schutzpflichten aus Art. 2 („*exigences procédurales inhérentes à l'article 2 CEDH*“) erfüllt hat.²¹⁵ Er wiederholte dazu die im Rahmen seiner ständigen Rechtsprechung²¹⁶ zu Art. 2 aufgestellten Grundsätze, wonach die Staaten nicht nur negative Verpflichtungen aus der Konvention erfüllen, sondern auch positive Verpflichtungen zum Schutz des Lebens ergreifen müssen.²¹⁷ Ein effizientes Rechtssystem könne zwar in einigen Fällen strafrechtliche Sanktionen erfordern. Jedoch sei dies bei fahrlässigen Handlungen wie im vorliegenden Fall nicht unbedingt erforderlich.²¹⁸ In Fällen medizinischer Fahrlässigkeit können nach Ansicht des Gerichtshofes auch zivilrechtliche Ansprüche allein, zusammen mit strafrechtlichen Sanktionen oder aber mit disziplinarischen Maßnahmen, zur Erfüllung der prozeduralen Schutzpflichten ausreichen.²¹⁹ Der Gerichtshof hielt die in Frankreich bestehenden Regelungen für ausreichend, um der prozeduralen Schutzpflicht zu genügen, da der Beschwerdeführerin die Möglichkeit offen gestanden habe, vor den Verwaltungsgerichten innerhalb einer vierjährigen Verjährungsfrist disziplinarische Sanktionen gegen das Krankenhaus zu erwirken und die für sie ungünstige Rechtsprechung der Cour de Cassation innerhalb dieser Frist absehbar gewesen sei, so dass ihr eine Anrufung der Verwaltungsgerichte vor Fristablauf möglich gewesen wäre.²²⁰ Mit 14 zu 3 Stimmen stellte der Gerichtshof fest, dass, sofern der Art. 2 anwendbar gewesen wäre, keine Verletzung vorgelegen hätte, da die inhärente prozedurale Schutzpflicht erfüllt worden ist.²²¹

IV. Opinions dissidentes et séparées

Die Entscheidung war umstrittener, als das Abstimmungsergebnis von 14 zu 3 Stimmen auf den ersten Blick vermuten lässt. Sie gab Anlass zu zwei Sondervoten („*opinions dissidentes*“) der drei Richter, die für eine Verletzung des Art. 2 gestimmt hatten sowie zu zwei „*opinions séparées*“, die zwar im Ergebnis, aber nicht mit der Begründung der Mehrheit voll übereinstimmten und die von insgesamt sieben Richtern der Mehrheitsauffassung dargelegt wurden.

²¹⁵ EGMR, *Vo/Frankreich*, (Fn. 1), Rdnr. 85.

²¹⁶ Vgl. dazu oben, Punkt B.

²¹⁷ EGMR, *Vo/Frankreich*, (Fn. 1), Rdnr. 88.

²¹⁸ *Ibid.*, Rdnr. 90.

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ *Ibid.*, Rdnr. 94.

Der Richter *Ress*²²² wies in seiner „*opinion dissidente*“ darauf hin, dass nur durch das Strafrecht ein Unwerturteil ausgesprochen und nur so eine Prävention für künftige Fälle erreicht werden könne, während disziplinarische Sanktionen zu anderen Konsequenzen wie beispielsweise solchen für das Berufsleben führten, die einem strafrechtlichen Unwerturteil nicht gleichkämen.²²³ Zwar könne Frankreich nicht unbedingt verpflichtet werden, ein entsprechendes Strafgesetz zu erlassen, jedoch hätte es von Amts wegen ein disziplinarisches Verfahren gegen den Arzt einleiten müssen, um seine prozeduralen Schutzpflichten aus Art. 2 effektiv umzusetzen.²²⁴ Weiterhin ging er davon aus, dass der Embryo vom Schutzbereich des Art. 2 erfasst sei und verwies vor allem auf die Entscheidungen von Kommission und Gerichtshof, die einen Schutz des Embryos nicht generell ausgeschlossen, sondern die Frage bewusst offen gelassen hätten („*Même si formellement la Commission et la Cour ont laissé la question ouverte, un tel édifice juridique prouve que les deux institutions étaient plutôt enclines à suivre le sens ordinaire de „la vie humaine“ et aussi de „toute personne“ que l’autre sens.*“).²²⁵ Der vorliegende Fall habe auch nichts mit den Fällen zum Schwangerschaftsabbruch zu tun, vielmehr gehe es nur um den Schutz des Fötus selbst nach Art. 2, der sich zwar auf die Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch auswirken könne, aber nicht bereits deshalb ausgeschlossen sei.²²⁶

In einer zweiten „*opinion dissidente*“ sprachen sich die Richterinnen *Mularoni* und *Straznicka* ebenfalls für eine Verletzung des Art. 2 aus, da auch nach ihrer Auffassung die prozeduralen Garantien nicht hinreichend erfüllt worden seien.²²⁷ Sie gingen davon aus, dass der Verweis auf die mögliche disziplinarische Sanktion keine effektive Umsetzung der prozeduralen Schutzpflicht darstelle, da die Beschwerdeführerin zum relevanten Zeitpunkt nach Erstatten der Anzeige 1991 noch nicht mit der Rechtsprechung der Cour de Cassation aus den Jahren 1999 bis 2002 rechnen konnte und man ihr zu viel zumute, indem man von ihr verlangte, nun auch noch die Verwaltungsgerichtsbarkeit anzurufen.²²⁸ Schließlich hätten sowohl die Kommission als auch der Gerichtshof in ihren bisherigen Entscheidungen die Anwendbarkeit des Art. 2 zum Schutz des Embryos nicht ausgeschlossen; auch neuere wissenschaftliche Entwicklungen sowie das Alter des Fötus, der mit einem Alter von ca. einundzwanzig Wochen nicht weit von dem Punkt der Lebensfähigkeit ab der 24. Woche entfernt war, hätten berücksichtigt werden müssen und

²²² *Opinion dissidente* des Richters *Ress*, in: EGMR, *Vo/Frankreich*, (Fn. 1), S. 51 ff.

²²³ *Ibid.*, S. 51, Rdnr. 2.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ *Ibid.*, S. 51, Rdnr. 4.

²²⁶ *Ibid.*, S. 52, Rdnr. 4.

²²⁷ *Opinion dissidente* der Richterinnen *Mularoni* und *Straznicka*, EGMR, *Vo/Frankreich*, (Fn. 1), S. 57.

²²⁸ *Opinion dissidente* der Richterinnen *Mularoni* und *Straznicka*, (Fn. 227), S. 55.

dessen Schutz nach Art. 2 nicht einfach von der Rechtsfähigkeit abhängig gemacht werden dürfen.²²⁹

Auch nach Ansicht der Richter *Costa* und *Traja*, die sie in ihrer „*opinion séparée*“²³⁰ darlegten, müsse der Schutzbereich des Art. 2 aus verschiedenen Gründen wie der Berücksichtigung neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse auch den Embryo erfassen. Es sei nicht nachvollziehbar, warum der Gerichtshof die Frage offen gelassen habe.²³¹ So habe unter anderem auch der französische Conseil d’Etat in der oben erwähnten Entscheidung von 1990 implizit die französische Regelung zum Schwangerschaftsabbruch an Art. 2 gemessen.²³² Sie sahen außerdem eine unzutreffende Argumentation des Gerichtshofes, indem dieser durch die Prüfung prozeduraler Schutzpflichten in eine Argumentation zu Art. 2 eingestiegen sei, obwohl er die Anwendbarkeit zuvor offen gelassen hatte.²³³ Im Ergebnis hielten sie die Umsetzung der prozeduralen Schutzpflicht Frankreichs jedoch für erfüllt.²³⁴

Dagegen führte der Richter *Rozakis* in seiner „*opinion séparée*“²³⁵ aus, dass der Embryo eindeutig nicht von Art. 2 erfasst werde, jedoch ziehe der Gerichtshof diese unvermeidbare Schlussfolgerung nicht („[...] *Malgré ces constats, auxquels je souscris volontiers, la Cour refuse de tirer la conclusion qui s'impose, à savoir qu'au stade actuel de l'évolution de la science, du droit et de la morale, tant en France, qu'en Europe, le droit à la vie de l'enfant à naître n'est pas encore garanti*).²³⁶ Widersprüchlich sei dann, dass der EGMR seine Neutralität aufgebe, indem er für den Fall der hypothetischen Anwendbarkeit des Art. 2 doch auf die prozeduralen Garantien des Art. 2 eingehe und feststelle, dass diese erfüllt seien.²³⁷ Die Herleitung prozeduraler Pflichten setze jedoch nach ständiger Rechtsprechung voraus, dass der Art. 2 anwendbar sei.²³⁸

²²⁹ *Opinion dissidente* der Richterinnen *Mularoni* und *Straznicka*, (Fn. 227), S. 59.

²³⁰ *Opinion séparée* der Richter *Costa* und *Traja*, EGMR, *Vo/Frankreich*, (Fn. 1), S. 46 ff.

²³¹ *Ibid.*, S. 46 ff.

²³² *Ibid.*, S. 46.

²³³ *Ibid.*, S. 46, Rdnr. 5.

²³⁴ *Ibid.*, S. 50, Rdnr. 17.

²³⁵ *Opinion séparée* der Richter *Rozakis*, *Caflisch*, *Fischbach*, *Lorenzen*, *Thomassen*, EGMR, *Vo/Frankreich*, (Fn. 1), S. 44 ff.

²³⁶ *Ibid.*, S. 45.

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ *Ibid.*

V. Stellungnahme

Die Entscheidung des Gerichtshofes wirft insbesondere im Hinblick auf den rechtlichen Status des Embryos nach Art. 2 und die Ableitung einer prozeduralen Schutzpflicht Fragen auf.

1. Der rechtliche Status des Embryos nach dem Fall „Vo“

Was den Rechtsstatus des Embryos nach Art. 2 betrifft, so hat der Gerichtshof im Fall *Vo* nicht zur Klärung dieser Frage beigetragen.

a) Fehlen der dynamisch-teleologischen Auslegung

Vielmehr hat er hier den Mittelweg gewählt, indem er die Entscheidung offen gelassen und nicht eindeutig Stellung bezogen hat, zumal einige Richter²³⁹ die Auffassung vertreten hatten, dass der Embryo letztlich vom Anwendungsbereich des Art. 2 erfasst sein müsse, während der Richter *Rozakis* in seiner *opinion séparée* davon überzeugt war, dass der Embryo keinesfalls vom Schutzbereich des Art. 2 erfasst sei. Dieser Mittelweg ist bedauerlich, da es sich lediglich um ein Festhalten am Status quo handelt und somit die Rechtslage fortbesteht, die sich bereits aus Entscheidungen der Straßburger Organe seit Mitte der siebziger Jahre ergeben hatte. Seither konnte in dieser Frage kein Fortschritt erzielt werden. Es entspricht nicht den sonstigen, an einer dynamisch-evolutiven Auslegung orientierten Grundsätzen des Gerichtshofes, die Konvention als „*living instrument*“ zu interpretieren und dementsprechend fortzuentwickeln. Dies gilt auch für den Verweis des EGMR²⁴⁰ auf die Konvention über die Menschenrechte und die Biomedizin von Oviedo und die dort fehlende Definition des Begriffs „*personne*“ sowie dem Hinweis, dass nach Art. 29 des Zusatzprotokolls zu dieser Konvention der Gerichtshof selbst zur Klärung möglicher streitiger Begriff angerufen werden sollte, die fehlende Definition in dieser Konvention jedoch letztlich auch gegen eine Einbeziehung des Embryos in den Art. 2 spreche.

b) Vergleich mit den bisherigen Entscheidungen

Insgesamt reiht sich der Fall *Vo* in die vorherigen Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch ein. Auch dort beschränkten sich die Ausführungen zum rechtlichen Status des Embryos auf die Minimalfeststellung, dass ihm kein absoluter

²³⁹ *Opinions dissidentes* des Richters *Ress*, (Fn. 222) u. der Richterinnen *Straznicka/Mularoni*, (Fn. 227), sowie die Richter *Costa* und *Traja*, (Fn. 230), in ihrer *opinion séparée*.

²⁴⁰ EGMR, *Vo/Frankreich*, (Fn. 1), Rdnr. 84.

Schutz gewährt werden, ihm aber allenfalls ein gewisser Schutz mit Einschränkungen zum Schutz der Mutter zukommen könne. *Opsahl*²⁴¹ schreibt in Bezug auf die Auslegung des Art. 2, „*The Commission and Court are not likely to make categorical findings as to whether foetus life is or is not human life*“. Im vorliegenden Fall stellte sich aber nicht – unmittelbar – die gleiche Konfliktlage wie bei der Frage des Schwangerschaftsabbruches, wo letztlich eine Kollision des Persönlichkeitsrechtes der Mutter mit einem möglichen Recht des Embryos auf Leben unvermeidbar erschien. Diese Erwägungen dürften aber letztlich dennoch – unausgesprochen – hinter der Entscheidung des Gerichtshofes stehen. Man wollte die über lange Zeit erarbeiteten Grundsätze im Bereich des Schwangerschaftsabbruches nicht durch eine Entscheidung gefährden, die, obwohl sie sich nicht explizit mit dem Schwangerschaftsabbruch beschäftigte, sich möglicherweise auf die diesbezüglichen Regelungen auswirken könnte. So haben sich neben der französischen Regierung auch zwei „externe“ Parteien, das *Center for Reproductive Rights* und die *Family Planning Association*, jeweils mit Hinweis auf die in langen Jahren durchgesetzten Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch und das Selbstbestimmungsrecht der Frau, gegen die Ausdehnung des Schutzbereichs des Art. 2 auf den Embryo ausgesprochen.

Den Nachweis der möglichen Auswirkung auf die Rechtslage zum Schwangerschaftsabbruch hat der Gerichtshof aber nicht erbracht. Bereits die Kommission hatte in der Entscheidung *Paton/Vereinigtes Königreich*²⁴² drei Hypothesen zum möglichen Status des Embryos aufgeworfen, wobei sie nur einen absoluten Schutz des Embryos ausgeschlossen, dagegen aber offen gelassen hatte, ob dem Embryo nicht doch ein gewisser Schutz mit Einschränkungen zukommen könnte. Der Richter *Ress* wies zu Recht daraufhin, dass die Entscheidung im Fall *Vo* unabhängig von den Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch betrachtet werden muss. Letztere hätten auch bei Zubilligung des Rechtsträgerstatus beibehalten werden können, beispielsweise durch „*limitation implicite*“.²⁴³ Zumindest hätte die Hypothese der Kommission aus dem Fall *Paton/Vereinigtes Königreich*, inwieweit dem Embryo ein Recht auf Leben mit gewissen Einschränkungen zustehen könnte, überprüft werden müssen. Die Feststellung, dass der Embryo zwar Rechtsträger ist, dieses Recht aber gleichzeitig eingeschränkt werden kann, wäre möglich gewesen. Wie die Richterinnen *Straznicka* und *Mularoni* erwähnten, war der Fötus im vor-

²⁴¹ *Opsahl*, The right to life, in: Matscher/Petzold (Hrsg.), *Protecting Human Rights: The European Dimension*, Studies in honour of G. J. Wiarda, 1988, S. 207 (221).

²⁴² Fn. 138.

²⁴³ *Opinion dissidente* des Richters *Ress*, (Fn. 222), S. 53, Rdnr. 4; vgl. dazu *Bröhmer*, Einige Bemerkungen zu Sondervoten vor hohen Gerichten und zu den Sondervoten von Georg *Ress*, in: *Bröhmer u.a.* (Hrsg.), *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte*, Fs. *Ress*, 2005, S. 917 ff.; *Pradel*, La CEDH, l'enfant conçu et le délit d'homicide involontaire: entre prudence et embarras, *Recueil Dalloz* Nr. 34, 30.9.2004, S. 2456 (2457).

liegenden Fall in der 21. Schwangerschaftswoche schon relativ weit entwickelt, und es erscheint schwierig, die Grenze zur Lebensfähigkeit auf wenige Wochen festzulegen und davon den Schutz nach Art. 2 abhängig zu machen. Hätte der Gerichtshof eine derartige Begründung gewählt, so wäre unzweifelhaft gewesen, dass die Gewährung des rechtlichen Status des Embryos nach Art. 2 sich nicht negativ auf die bisherigen Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch auswirkt.

c) Verhältnis von Rechtsstatus des Embryos und Schutzpflicht

Aus der Argumentation des Gerichtshofes ergibt sich weiterhin, dass er die Bejahung einer objektiven Schutzpflicht ohne klare Aussage zum Rechtsträgerstatus, wie sie etwa in Deutschland vom BVerfG²⁴⁴ aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitet worden ist, nicht in Betracht gezogen hat. Dies dürfte mit dem fehlenden europäischen Standard²⁴⁵ in der Frage der Schutzpflichten zusammenhängen. Auch die Kommission hatte bereits im Fall *H./Norwegen*²⁴⁶ die grundsätzliche Herleitung von Schutzpflichten aus Art. 2 bejaht, die Anwendbarkeit des Art. 2 dann aber unter Hinweis auf den Beurteilungsspielraum der Staaten offen gelassen.

Hätte der Gerichtshof nun den Rechtsträgerstatus bejaht, so hätte die prozedurale Schutzpflicht im Anschluss daran ohne die Konstruktion der hypothetischen Schutzpflicht geprüft werden können. Eine Verletzung der Schutzpflicht folgt nicht automatisch aus der Bejahung des Rechtsträgerstatus, sondern muss im Einzelfall gesondert festgestellt werden. Zutreffend erscheint daher die Ansicht²⁴⁷ der Richter *Rozakis* und *Costa* insofern, als diese anmerkten, dass sich inhärente Schutzpflichten aus einem Artikel der Konvention nur ergeben können, wenn die Anwendbarkeit des Artikels zuvor bejaht worden ist. Es wäre also konsequent gewesen, wenn der Gerichtshof sich zuvor für die Anwendbarkeit des Art. 2 entschieden hätte.

2. Die Prüfung der prozeduralen Schutzpflicht

Er warf stattdessen die – aus seiner Sicht hypothetische – Fragestellung auf, „[...] *si la protection juridique offerte par la France à la requérante, par rapport à la perte de l'enfant à naître qu'elle portait, satisfaisait aux exigences procédurales inhérentes à l'article 2 de la Convention*“.²⁴⁸

²⁴⁴ BVerfGE 39, 1 ff. und 88, 203 ff.

²⁴⁵ Siehe oben, Punkt C.I.4.

²⁴⁶ Fn. 153.

²⁴⁷ *Opinion séparée* der Richter *Costa* und *Traja*, (Fn. 230), S. 46 ff.

²⁴⁸ EGMR, *Vo/Frankreich*, (Fn. 1), Rdnr. 85.

a) Verhältnis von horizontaler und prozeduraler Schutzpflicht

Im Hinblick auf die in der Einleitung²⁴⁹ vorgenommene Kategorisierung der Schutzpflichten lässt sich feststellen, dass der Gerichtshof hier nicht die Einhaltung einer horizontalen Schutzpflicht zugunsten des Embryos geprüft hat, vielmehr ging er sofort auf die dem Art. 2 inhärenten, prozeduralen Garantien ein, ohne zuvor auf die materielle Sichtweise abzustellen. Ordnet man dies in das oben vorgestellte Konzept der Schutzpflichten und insbesondere in die bisher im Rahmen des Art. 2 ergangenen Entscheidungen ein, stellt man fest, dass der Gerichtshof in den Fällen gegen die Türkei häufig ein prozedurales Element abgeleitet hatte, ohne dessen Herleitung näher zu begründen. Wie oben²⁵⁰ bereits erläutert worden ist, diente dies in den dort zitierten Entscheidungen einer dynamischen Interpretation und wirksamen Umsetzung der Konvention. Im vorliegenden Fall hätte der Gerichtshof jedoch die Möglichkeit gehabt, zum rechtlichen Status des Embryos Stellung zu nehmen. Diese hat er jedoch nicht genutzt, sondern stattdessen den Status quo bestätigt.

Das Ableiten einer prozeduralen Schutzpflicht erscheint daher im vorliegenden Fall nicht als dynamische Interpretation. Vielmehr drängt sich die Schlussfolgerung auf, dass generell ein Unterschied in der Qualität der Schutzpflichten, also zwischen horizontalen Schutzpflichten und prozeduralen Schutzpflichten besteht. Kriterien für die Ableitung der prozeduralen Schutzpflicht nannte der Gerichtshof im Fall *Vo* nicht, er sprach nur von „*exigences procédurales inhérentes à l'article 2*“.²⁵¹ Insofern sei für die theoretische Begründung der Schutzpflichten auf die oben²⁵² dargestellten Ansätze verwiesen, wonach die Schutzpflichten generell als den Konventionsrechten inhärente Garantien und in Verbindung mit Art. 1 abgeleitet werden können. *Dröge*²⁵³ hat die prozeduralen Schutzpflichten als „formelle Garantien mit Hilfsfunktion“ bezeichnet, die als eine Art Unterstützung der horizontalen Schutzpflicht dienen. *Streuer*²⁵⁴ geht zwar nicht von einer bloßen Hilfsfunktion aus, bezeichnet die prozeduralen Schutzpflichten jedoch als „prozedurale Elemente materieller Grund- und Menschenrechte“. Diese generelle Einordnung der prozeduralen Schutzpflicht weist darauf hin, dass sie nur anwendbar sein sollte, wenn keine Möglichkeit besteht, eine horizontale Schutzpflicht (von *Murswiek*²⁵⁵ treffender als originäre oder primäre Schutzpflicht bezeichnet) – wie

²⁴⁹ Siehe oben, Punkt B.

²⁵⁰ Siehe oben, Punkt B.II.

²⁵¹ EGMR, *Vo/Frankreich*, (Fn. 1), Rdnr. 85.

²⁵² Siehe oben, Punkt B.IV.

²⁵³ *Dröge*, (Fn. 6), S. 7.

²⁵⁴ *Streuer*, (Fn. 6), S. 303.

²⁵⁵ Vgl. dazu *Murswiek*, (Fn. 30), S. 236. Siehe auch bereits die Darstellung oben, Punkt B.I.

im vorliegenden Fall aus Art. 2 – herzuleiten, dies aber im Sinne einer dynamischen Auslegung geboten wäre. Da im vorliegenden Fall eine eindeutige Stellungnahme des Gerichtshofes möglich gewesen wäre, erscheint der Verweis auf eine dann auch nur hypothetisch anwendbare prozedurale oder auch sekundäre Schutzpflicht für den hier in Frage stehenden rechtlichen Status des Embryos in der Tat nur als Hilfspflicht²⁵⁶, die letztlich der Bedeutung des Rechtsgutes nicht gerecht wird.

b) Umsetzung der prozeduralen Schutzpflicht

Was nun die Frage betrifft, ob die prozedurale Schutzpflicht von Frankreich hinreichend umgesetzt worden ist, so hat der Gerichtshof eine effektive Durchsetzung bejaht. Frau *Vo* habe die Möglichkeit gehabt, innerhalb der Verjährungsfrist von vier Jahren vor den Verwaltungsgerichten ein disziplinarisches Verfahren gegen den Arzt einzuleiten, und die Rechtsprechung der Cour de Cassation, die den Straftatbestand der fahrlässigen Tötung nicht auf den Embryo ausdehnte, sei noch vor Ablauf der Verjährungsfrist von vier Jahren für Frau *Vo* absehbar gewesen. Nach Ansicht der Verfasserin wurde jedoch in den beiden *opinions dissidentes*²⁵⁷ zurecht angemerkt, dass Frankreich wenigstens durch den Erlass einer entsprechenden gesetzlichen Vorschrift die Voraussetzung dafür hätte schaffen müssen, dass in derartigen Fällen von Amts wegen ein disziplinarisches Verfahren eingeleitet wird. Dies hätte nicht auf die Beschwerdeführerin abgewälzt werden dürfen. Eine derartige Amtsermittlungspflicht entspricht zwar nicht einer Pönalisierungspflicht, also dem Schaffen eines materiellen Straftatbestandes zur Ahndung des Todes des Embryos als fahrlässige Tötung, jedoch kommt dieser öffentlich-rechtliche Amtsermittlungsgrundsatz zumindest dem in Kontinentaleuropa überwiegend geltenden strafrechtlichen Legalitätsprinzip nahe, so dass wenigstens formell das Verfahren effizient geführt worden wäre.

Eine Pönalisierungspflicht kann dem innerstaatlichen Gesetzgeber aber nicht auferlegt, sondern allenfalls freigestellt werden. So ist beispielsweise das BVerfG²⁵⁸ in seiner zweiten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch von einer Pönalisierungspflicht im Rahmen des Schwangerschaftsabbruches abgerückt, obwohl es an sich ein weitreichendes Schutzpflichtkonzept bejaht. Außerdem gibt es in Deutschland keinen Straftatbestand der fahrlässigen Tötung eines Embryos; nach ganz

²⁵⁶ Vgl. zum Unterschied zwischen „substantive“ und „procedural“ rights: Strasser, The relationship between substantive rights and procedural rights guaranteed by the ECHR, in: Matscher/Petzold (Hrsg.), Protecting Human Rights: The European Dimension, 1988, S. 595 ff.

²⁵⁷ *Opinion dissidente* der Richterinnen Mularoni und Straznicka, (Fn. 227), S. 55; *opinion dissidente* des Richters Ress, (Fn. 222), S. 51, Rdnr. 2.

²⁵⁸ BVerfGE 88, 203.

h.M.²⁵⁹ ist der Straftatbestand des § 222 StGB erst mit Beginn der Eröffnungswehen erfüllt. In Frankreich hat sich anhand der gescheiterten Gesetzesinitiative des *Amendement Garraud* erst kürzlich gezeigt, dass eine Pönalisierungspflicht im Moment zum Schutz des Embryos innerstaatlich nicht durchsetzbar ist. Eine ähnliche Rechtslage besteht auch in anderen europäischen Ländern, während in einigen Ländern wie Spanien oder Italien unter bestimmten Umständen die Ahndung eines unfreiwilligen Schwangerschaftsabbruchs möglich ist.²⁶⁰ Die uneinheitliche Rechtslage und die problematische innerstaatliche Durchsetzbarkeit einer Pönalisierungspflicht dürften letztlich zu einem weiten Beurteilungsspielraum der Konventionsstaaten geführt haben, so dass man dem Gerichtshof in diesem Punkt nicht vorwerfen kann, dass er es versäumt habe, den Staaten eine derartige Pflicht aufzuerlegen. Eine andere Lösung wäre wohl nur schwer durchsetzbar gewesen. Dies gilt jedoch nicht für die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens von Amts wegen. Dieses wäre ohne weiteres durchführbar und somit zwingend gewesen, um dem in Frage stehenden Rechtsgut gerecht zu werden. Mithin war die Zumutbarkeitsgrenze für die Beschwerdeführerin überschritten.

3. Zwischenergebnis

Insgesamt gesehen gibt die Entscheidung des Gerichtshofes in mehreren Punkten Anlass zu Kritik. So reiht sie sich einerseits in die Fälle zum Schwangerschaftsabbruch und den Status quo des Embryos nach Art. 2 ein. Eine neue Entwicklung im Hinblick auf den Rechtsträgerstatus ist nicht ersichtlich. Andererseits kann man den Fall *Vo* insofern als neuere Entwicklung in der Schutzpflichtdogmatik des Gerichtshofes bezeichnen, als er hier erstmals im Zusammenhang mit dem Schutz des Embryos die Einhaltung einer Schutzpflicht, allerdings unter der Prämisse der hypothetischen Anwendbarkeit des Art. 2, überprüft hat. Positiv hieran erscheint, dass tatsächlich eine – wenn auch prozedurale – Schutzpflicht zugunsten des Embryos in Erwägung gezogen worden ist, während die Kommission vorher im Fall *H./Norwegen* lediglich eventuell bestehende Schutzpflichten angedeutet hatte. Eingeschränkt wird die Ableitung der Schutzpflicht jedoch durch ihre nur hypothetische Prüfung und ihren prozeduralen Charakter. Die Tatsache, dass der Gerichtshof hier erstmalig mit einer Fallkonstellation befasst war, in der es um den rechtlichen Status des Embryos selbst außerhalb der Konstellation des Schwangerschaftsabbruches ging, erklärt zwar, dass er die dort aufgestellten Grundsätze, insbesondere zum Persönlichkeitsrecht der Frau, nicht in Frage stellen wollte. Nach den aufgezeigten Argumenten wäre jedoch eine klare Stellungnahme des Gerichtshofes wünschenswert gewesen.

²⁵⁹ Vgl. statt vieler *Tröndle/Fischer*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 52. Aufl. 2004, Vor §§ 211-216 StGB, Rdnr. 2.

²⁶⁰ *L'enfant à naître peut-il être victime d'un homicide involontaire?*, (Fn. 187), S. 6.

E. Gesamtwürdigung

Abschließend stellt sich die Frage, wie die Entscheidung des Gerichtshofes im Rahmen des Schutzpflichtkonzeptes zu bewerten ist und welche Folgen sich hieraus für künftige Entwicklungen auf Konventionsebene und auf innerstaatlicher Ebene ergeben können.

I. Einordnung des Falles „Vo“ in das Schutzpflichtkonzept

Was die Einordnung der Entscheidung in das Schutzpflichtkonzept betrifft, so wurde als Zwischenergebnis zu den oben²⁶¹ dargestellten Begründungsansätzen festgehalten, dass die Schutzpflichten entweder als inhärente Garantien aus der Konvention oder aber durch den Art. 1 jeweils in Verbindung mit dem materiellen Recht abgeleitet werden können. Offen geblieben war noch, inwieweit die Ansicht *Bleckmanns*²⁶², der die Schutzpflichten materiell aus dem Grundsatz der Menschenwürde ableiten will, ebenfalls als Begründungsansatz für die Schutzpflichten verwendet werden kann. *Streuer*²⁶³ lehnt *Bleckmanns* Ansatz ab, da hierfür kein Anhaltspunkt in den Konventionsrechten ersichtlich sei und ein vergleichbares Recht wie der Art. 1 GG in der EMRK nicht existiere. Innerstaatliche Grundsätze seien nicht einfach auf die Konventionsebene übertragbar.²⁶⁴ Zwar hat der Gerichtshof im Fall *Vo* festgestellt, dass dem Embryo in den einzelnen Konventionsstaaten gewisse Rechte wie das Erbrecht zustünden, jedoch schrieb er, dass dies mehr eine Folge der „*dignité humaine*“ sei, ohne dass der Embryo dadurch als Person im Sinne des Art. 2 angesehen werden könne.²⁶⁵ Er sieht die Menschenwürde somit nicht als Voraussetzung zur Gewährung des Rechts auf Leben aus Art. 2 an. Vielmehr kommt er sogar zu dem Ergebnis, dass auch die Menschenwürde selbst den Embryo noch nicht zum „*bénéficiaire du droit à la vie*“ machen kann. Dies spricht für die Ansicht *Streuers*, dass der Grundsatz der Menschenwürde nicht als Begründungsansatz für die Gewährung von Schutzpflichten herangezogen werden kann. Abzulehnen ist daher auch die Ansicht *Jacqués*²⁶⁶, der aus Art. 2 i.V.m. Art. 3 einen Rechtsträgerstatus des Embryos ableiten und dann aus Gründen der „*dignité humaine*“ einen weitergehenden Schutz des Embryos gewährleisten will. Denn von

²⁶¹ Siehe oben, Punkt B.IV.1.

²⁶² *Bleckmann*, (Fn. 65), S. 312.

²⁶³ *Streuer*, (Fn. 6), S. 217.

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ Vgl. EGMR, *Vo/Frankreich*, (Fn. 1), Rdnr. 84.

²⁶⁶ *Jacqué*, *La Convention européenne des droits de l'homme et la bioéthique*, in: Furkel/Jung (Hrsg.), *Bioethik und Menschenrechte - Bioéthique et droits de l'homme*, Schriftenreihe Annales Universitatis Saraviensis, Bd. 127, 1993, S. 4.

einer derartigen objektiv-rechtlichen Dimension der prozeduralen Schutzpflicht geht der Gerichtshof gerade nicht aus, so dass die nur hypothetisch geprüfte Schutzpflicht letztlich nur als Minus zu einer objektiven Schutzpflicht, d.h. als Hilfspflicht, angesehen werden kann.

II. Ausblick

Nach der Entscheidung im Fall *Vo* erscheint es wenig wahrscheinlich, dass der Gerichtshof sich in absehbarer Zeit klar zum rechtlichen Status des Embryos äußern wird, zumal die restriktive Auslegung des Art. 2 nun schon seit den siebenziger Jahren andauert. Daher wird den Konventionsstaaten auch künftig ein weiter Beurteilungsspielraum in dieser Frage zukommen. Zwar hat sich im Fall *Vo* die oben²⁶⁷ vorgenommene Kategorisierung der Schutzpflichten bestätigt. Der Gerichtshof hat jedoch im Hinblick auf die Umsetzung der prozeduralen Schutzpflicht großzügige Maßstäbe angelegt und disziplinarische Maßnahmen für ausreichend erachtet, um den Tod des Embryos zu sanktionieren, was ebenfalls mit dem ungeklärten Rechtsträgerstatus zusammenhängt. Aufgrund der großzügigen Auslegung der prozeduralen Schutzpflichten dürfte für die Konventionsstaaten daher zunächst keine Veranlassung bestehen, extensivere Maßnahmen zum Schutz des Embryos zu ergreifen. Dies wird letztlich zu einer weiteren Stabilisierung der uneinheitlichen Rechtslage in den jeweiligen Konventionsstaaten sowohl im Hinblick auf den Rechtsträgerstatus als auch auf das Schutzpflichtkonzept beitragen. Der Gerichtshof hat es im Fall *Vo/Frankreich* insbesondere durch die extensive Auslegung der prozeduralen Schutzpflicht versäumt, ein positives Signal zum Schutz des Embryos zu setzen und so auch die Entwicklung hinsichtlich eines möglichen Rechtsträgerstatus zu beschleunigen.

²⁶⁷ Siehe oben, Punkt B.I.