

## Fällt das ungeborene Kind unter den Schutz von Artikel 2 EMRK? Der Fall VO v. FRANCE<sup>1</sup> vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)

Thomas PISKERNIGG

### 1. Zur Vorgeschichte<sup>2</sup>

Frau Thi Thanh Van Vo, die spätere Klägerin beim EGMR, begab sich zu einer schwangerschaftsbedingten Routineuntersuchung ins Spital. Aufgrund einer durch Namensähnlichkeit und Verständigungsschwierigkeiten verursachten Verwechslung wurde an ihr jedoch statt der vorgesehenen Untersuchung ein medizinischer Eingriff vollzogen, der eine Schädigung der Fruchtblase und in weiterer Folge einen Verlust von Fruchtwasser zur Folge hatte. Laut ärztlicher Beurteilung konnte das verlorene Fruchtwasser nicht mehr nachgebildet werden, sodaß eine medizinisch indizierte Abtreibung vorgenommen werden musste.

Dem darauffolgenden Strafprozess gegen den behandelnden Arzt, der die Verwechslung bzw. Schädigung der Fruchtblase zu verantworten hatte, schloss sich die Klägerin als Privatbeteiligte an und forderte Schadenersatz, u. a. wegen fahrlässiger Tötung ihres ungeborenen Kindes. Sie argumentierte im Wesentlichen, dass durch die fahrlässige Schädigung der Fruchtblase eine Abtreibung ihres ungeborenen Kindes notwendig geworden wäre, sodass letztlich der angeklagte Arzt den Tod ihres ungeborenen Kindes zu verantworten hätte.

Die zuständigen französischen Gerichte hatten sich in der Folge mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die fahrlässige Tötung eines ungeborenen Kindes vom Straftatbestand der fahrlässigen Tötung erfasst ist. Das Erstgericht verneinte diese Frage, das Berufungsgericht hingegen bejahte sie. Der Court of Cassation schloß sich im Ergebnis der erstgerichtlichen Entscheidung an; die bezughabenden strafrechtlichen Bestimmungen seien strikt zu interpretieren. Die Tat des Angeklag-

ten könne daher nicht unter den Tatbestand der fahrlässigen Tötung subsumiert werden.

Die zentrale Frage, mit der sich der EGMR in diesem Fall zu befassen hatte, war somit folgende<sup>3</sup>: Stellt das Fehlen einer strafrechtlichen Sanktion für die fahrlässige Tötung Ungeborener ein Versäumnis Frankreichs dar, das Recht auf Leben gemäß Artikel 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)<sup>4</sup> zu schützen?

### 2. Die Entscheidung des EGMR

In seinem Urteil ging der EGMR zuerst auf seine eigenen Vorentscheidungen sowie die der Europäischen Kommission für Menschenrechte (EKMR) zur Rechtsposition Ungeborener ein<sup>5</sup>. Dabei hob er besonders ein Argument der EKMR hervor: Das Lebensrecht Geborener sei nicht absolut, sondern sehr wohl Einschränkungen unterworfen (vgl. Artikel 2 Absatz 1 zweiter Satz sowie Absatz 2 EMRK). Keine dieser Einschränkungen sei jedoch auf Ungeborene anwendbar. Würde man daher Ungeborene von Art. 2 EMRK erfasst sehen, wäre deren Lebensrecht „absolut“ geschützt; dies hätte etwa zur Folge, dass Abtreibungen nicht einmal bei Lebensgefahr der Schwangeren zulässig wären, sodass das ungeborene Leben als höherer Wert angesehen werden müsste als das Leben der Frau<sup>6</sup>.

Der EGMR resumierte schließlich auf Basis der Vorjudikatur, dass das ungeborene Kind nicht als „Person“ anzusehen sei, die „direkt“ unter dem Schutz des Art. 2 EMRK stehe. Selbst wenn das ungeborene Kind ein Recht auf Leben hätte, wäre es implizit beschränkt insbesondere durch Interessen bzw. Rechte der Mutter. Daher habe man die frist-

gebundene Straffreistellung von Abtreibungen nicht als EMRK-widrig angesehen. Der gegenständliche Fall werfe freilich insofern eine neue Frage auf, als die Schwangere das Kind habe auf die Welt bringen wollen. Es sei jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass in bestimmten Fällen der Schutz des Artikels 2 EMRK auch auf Ungeborene ausgedehnt werden könnte – freilich mit den bereits angesprochenen Beschränkungen<sup>7</sup>.

Hinsichtlich der Frage, wann das Recht auf Leben beginne, habe das Gericht einen Ermessensspielraum der Vertragsstaaten anerkannt; dies nicht zuletzt deshalb, weil beim Thema des Lebensbeginns bzw Lebensschutzes Ungeborener weder innerhalb der Mehrheit der Vertragsstaaten selbst noch auf europäischer Ebene Konsens bestehe<sup>8</sup>. Bestenfalls könne es als gemeinsame Basis angesehen werden, dass der Embryo/Fötus zur menschlichen Art („human race“) gehöre. Die Potentialität dieses „Seins“ führe in vielen Staaten zu einer gewissen Anerkennung der Rechtsposition etwa in bezug auf Schenkungen oder das Erbrecht<sup>9</sup>, ohne dass damit der Status der Person im Rechtsinne mit einem Recht auf Leben verbunden wäre<sup>10</sup>. Angesichts dieser Situation sei es nach Überzeugung des Gerichts weder erstrebenswert noch überhaupt möglich, abstrakt die Frage zu beantworten, ob das ungeborene Leben eine „Person“ im Sinne des Art. 2 EMRK sei<sup>11</sup>.

Artikel 2 EMRK verbiete nicht nur dem Staat die Tötung eines Menschen (von den ausdrücklich normierten Ausnahmen abgesehen), sondern verpflichte ihn auch, Leben aktiv zu schützen<sup>12</sup>. Dies müsse jedoch nicht immer (auch) mit den Mitteln des Strafrechts erfolgen. In den Fällen medizinischer Sorgfaltsverletzungen – wie auch im gegenständlichen – genüge es, wenn die Möglichkeit zu Schadenersatzforderungen gegeben sei. Selbst wenn somit Artikel 2 hier anwendbar wäre, könnte keine Verletzung dieser Bestimmung festgestellt werden<sup>13</sup>.

### 3. Kritik ausgewählter wesentlicher Argumentationspunkte

#### a) Ein „absolutes Lebensrecht“ Ungeborener?

Der Verweis des EGMR<sup>14</sup> auf ein „absolutes Lebensrecht“ Ungeborener bei deren Einbeziehung in den Schutzbereich des Art. 2 EMRK (offenbar als „argumentum ad absurdum“<sup>15</sup> gedacht) kann nicht überzeugen. Dies sei nach LEWISCH bereits bei formaler Betrachtung des Artikel 2 EMRK klar ersichtlich: Die Ausnahmetatbestände des Art. 2 Absatz 1 Satz 2 sowie Absatz 2 betreffen ausschließlich das staatliche Handeln, nicht das Handeln Privater. Und eine Rechtfertigung für den Staat, einen Ungeborenen zu töten, sei undenkbar<sup>16</sup>. Die Frage der Kollision von Rechten Privater (z. B. der Mutter) mit den Rechten Ungeborener behandeln die zitierten Ausnahmebestimmungen nicht, diese seien allein aus der Auslegung von Artikel 2 Absatz 1 Satz 1 EMRK zu beantworten.

KOPETZKI vertritt hingegen die Auffassung, dass Artikel 2 Absatz 1 Satz 1 EMRK nicht losgelöst von den nachfolgenden Ausnahmebestimmungen interpretiert werden dürfe. Der Gesetzgeber dürfe bei der Erfüllung seiner Schutzpflichten auch keine Eingriffe Privater in das Leben erlauben, die ihm selbst nicht gestattet seien. Wenn also dem Staat in den Ausnahmebestimmungen die Abtreibung nicht erlaubt sei, dann dürfe (sofern man Ungeborene in den Schutzbereich des Artikel 2 EMRK einbeziehe) der Staat auch Privaten keine Abtreibungen gestatten, was im Ergebnis die Höherwertigkeit des ungeborenen Lebens gegenüber dem geborenen zur Folge hätte. Daher sei der restriktiven Auslegung des Artikels 2, die Ungeborene nicht in den Schutzbereich einbeziehe, zur Vermeidung dieser absurden Konsequenz der Vorzug zu geben<sup>17</sup>.

ME sind derartige absurde Konsequenzen freilich auch dann nicht zwingend, wenn

man die Auffassung KOPETZKIS insoweit teilt, als Artikel 2 Absatz 1 Satz 1 EMRK (auch) im Lichte der nachfolgenden Ausnahmebestimmungen zu interpretieren sei. Aus den Ausnahmebestimmungen ließe sich nämlich ableiten, dass nur (aber immerhin) äußerst schwerwiegende Gründe, die vom dann Getöteten verschuldet oder ihm zumindest zurechenbar sind, eine Tötung rechtfertigen könnten. Dieser Grundsatz könnte auch auf das Verhältnis zu Ungeborenen angewendet werden, was freilich das Ergebnis mit sich brächte, dass die Tötung Ungeborener praktisch nie zu rechtfertigen wäre: Ein ungeborenes Kind ist stets schuldlos. Es kann keinen rechtswidrigen Angriff vornehmen, keinen Aufruhr oder Angriffe (auch gegen Private nicht) verursachen usw. Man muss somit, um die Tötung Ungeborener als praktisch stets rechtswidrig anzusehen, keineswegs die absurde Annahme der Höherwertigkeit ungeborenen Lebens teilen, sondern bloß deren prinzipielle „Unschuld“ im Auge haben. Das Einzige, was „gegen“ Ungeborene ins Treffen geführt werden könnte, wäre deren nackte Existenz. Diese könnte freilich gerade unter Einbeziehung der Ausnahmebestimmungen keine Tötung rechtfertigen.

Es ist somit richtig, dass, sofern man bei Ungeborenen dieselbe Würde und dieselben Rechte anerkennt wie bei Geborenen, eine Abtreibung wohl kaum rechtmäßig sein könnte, auch dann nicht, wenn Leben gegen Leben steht<sup>18</sup>. Das bedeutet jedoch – wie gesagt – nicht, dass deshalb das Leben Ungeborener als „höherwertig“ angesehen werden müsste.

Die Frage der Abtreibung in den Fällen, in denen tatsächlich „Leben gegen Leben“ steht, wäre bloß eine weitere Ausprägung der Problematik, die seit langem am Beispiel des „Brettes des Karneades“ diskutiert wird: Nach einem Schiffbruch halten sich zwei Menschen an einer Planke fest, die jedoch nur eine Person tragen kann. Der körperlich Überlegene stößt den Unterlegenen weg und

kann so – auf Kosten des Schwächeren, der in der Folge ertrinkt – überleben.

Auch wenn man bei solchen Extremfällen an die Grenzen der juristischen Argumentation stößt, gilt heute auf Basis (nicht nur) der österreichischen Rechtsordnung: Der Überlebende handelt hier zwar nicht rechtmäßig, da er einen anderen, mit dem er ein gleichrangiges Lebensrecht teilt, tötet. Es kann ihm aufgrund dieser Extremsituation aber kein strafrechtlich relevanter Schuldvorwurf gemacht werden. Dieselbe Überlegung wäre bei konsequentem Festhalten am gleichen Lebensrecht Geborener und Ungeborener auch auf den Konflikt zwischen dem Leben des Kindes und der Mutter anzuwenden. Daher überzeugt das von der EKMR und nun auch vom EGMR herangezogene „argumentum ad absurdum“ nicht. Oder will man etwa in Zukunft die (allenfalls fristgebundene) Straffreistellung oder gar Rechtfertigung auch der Tötung Geborener damit begründen, dass es, wie der durch das Beispiel des „Brettes des Karneades“ illustrierte vitale Konflikt zwischen Geborenen zeige, kein „absolutes Recht“ auf Leben gebe?

## **b) „Europäischer Konsens“ als Voraussetzung für Verletzungen der EMRK?**

Der EGMR erachtet es angesichts des Fehlens eines „europäischen Konsenses“ als gar nicht wünschenswert, die Frage „abstrakt“ zu beantworten, ob Ungeborene in den Schutzbereich des Artikels 2 EMRK einzubeziehen sind. Diese Begründung überrascht angesichts der ansonsten gerade auch in ethisch strittigen Fragen stark rechtsfortbildenden Judikatur des EGMR doch sehr.

Als Beispiel für diese Widersprüchlichkeit sei nur seine Österreich betreffende Entscheidung über die Vereinbarkeit des (seinerzeitigen) § 209 des österreichischen Strafgesetzbuches mit der EMRK angeführt<sup>19</sup>. In Europa herrscht alles andere als Konsens über die Behandlung von Homosexualität (be-

kanntlich hat z. B. das slowakische Parlament im Jahre 2002 sogar eine Deklaration betreffend die Souveränität in ethischen und kulturellen Fragen verabschiedet, womit ein Zeichen gegen den Druck zur Verabschiedung „liberalerer“ Gesetze betreffend Abtreibung, Homosexualität etc gesetzt werden sollte). Dennoch hat der EGMR einer Beschwerde wegen des oa Strafrechtsparagrafen, der strengere Jugendschutzbestimmungen für homo- als für heterosexuelle Beziehungen enthielt, stattgegeben. Dies legt die Vermutung nahe, dass das „Konsensargument“ doch recht selektiv verwendet wird.

#### 4. Resumee

Die vorliegende Entscheidung erscheint im Ergebnis weniger bedenklich als in der Begründung. Man kann wohl trefflich darüber streiten, ob es zu einem effektiven Lebensschutz unbedingt notwendig ist, Ärzten, welche die medizinisch gebotene Sorgfalt außer Acht lassen und so den Tod eines Patienten verursachen, mit den Mitteln des Strafrechts entgegenzutreten. ME spricht angesichts des fundamentalen Werts des Lebens als Basis aller anderen Rechtsgüter allerdings mehr für eine (auch) strafrechtliche Verfolgung als für die Beschränkung auf Schadenersatzansprüche (Hinterbliebener), allenfalls verbunden mit bloß standesrechtlichen Disziplinarmaßnahmen. Es erscheint mir von daher auch durchaus fraglich, ob der EGMR ebenso entschieden hätte, stünde die fahrlässige Tötung eines Geborenen zur Debatte.

Viel schlimmer ist an diesem Urteil aber die Tatsache, dass durch die Art der Begründung die rechtliche „Minderwertigkeit“ Ungeborener in der Rechtsprechung des EGMR weiter zementiert oder gar vertieft wurde, und zwar mit mehr als zweifelhaften, längst widerlegten oder gar der Judikatur zu gleichgelagerten bzw. verwandten Problemstellungen widersprechenden Argu-

menten. Wieder wurde nicht klar entschieden, ob Ungeborene vom Schutzbereich des Artikels 2 EMRK erfasst sind (angesichts der Argumentation des EGMR fragt es sich sogar, ob die Bejahung dieser Frage einen Unterschied im Ergebnis gebracht hätte). In wesentlichen Punkten atmet die Gedankenführung des EGMR den fauligen Hauch ergebnisorientierter Argumentation. Und das kann den wachen Beobachter nur traurig stimmen, besonders dann, wenn er sich vor Augen hält, was dies für die kommenden medizinrechtlichen „Lebensfragen“ bedeutet: Stammzellforschung, PID, Klonen etc.

#### Referenzen

- 1 Urteil vom 8.7.2004, application number 00053924/00, hudoc reference REF00005124.
- 2 Punkte 10 ff des Urteils.
- 3 Punkt 74.
- 4 Wortlaut der Bestimmung:  
Artikel 2 – Recht auf Leben  
(1) Das Recht jedes Menschen auf das Leben wird gesetzlich geschützt. Abgesehen von der Vollstreckung eines Todesurteils ... darf eine absichtliche Tötung nicht vorgenommen werden.  
(2) Die Tötung wird nicht als Verletzung dieses Artikels betrachtet, wenn sie sich aus einer unbedingt erforderlichen Gewaltanwendung ergibt:  
a) um die Verteidigung eines Menschen gegenüber rechtswidriger Gewaltanwendung sicherzustellen;  
b) um eine ordnungsgemäße Festnahme durchzuführen oder das Entkommen einer ordnungsgemäß festgehaltenen Person zu verhindern;  
c) um im Rahmen der Gesetze einen Aufruhr oder einen Aufstand zu unterdrücken.
- 5 Punkte 75 ff.
- 6 Punkt 77.
- 7 Punkt 80.
- 8 Punkt 82.
- 9 Eine Regelung, der gemäß zB das Erbrecht des Ungeborenen, nicht jedoch das Lebensrecht geschützt wäre, erschiene in sich widersprüchlich: Was wäre etwa von „Schutz des Erbrechts“ zu halten, wenn man diesen durch die Tötung des Rechtsträgers praktisch jederzeit „umgehen“ könnte? Diese Frage wirft sich auch bei der Interpretation der einschlägigen österreichischen Bestimmungen auf, kann in diesem Rahmen aber nur kurz angedeutet werden.
- 10 Punkt 84.
- 11 Punkt 85.
- 12 Punkt 88.
- 13 Punkte 94 f.
- 14 Ähnlich bereits der österreichische Verfassungsgerichtshof in seinem „Fristenlösungserkenntnis“ VfSlg 7400 (1974).

- 15 Dazu F. BYDLINSKI, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup> (1991) 458: „Der Nachweis, dass eine bestimmte Auslegungsvariante zu Konsequenzen führt, die ganz allgemein als inakzeptabel gewertet werden, stellt das argumentum ad absurdum dar.“ Als in dem Sinn absurden Konsens dürfte der EGMR ein Auslegungsergebnis werten, demgemäß das Leben Ungeborener Vorrang vor dem Leben Geborener hätte; diesfalls träge die Argumentation des EGMR sicherlich zu. Die Einbeziehung Ungeborener in den Schutzbereich des Artikels 2 EMRK hat ein solches Auslegungsergebnis jedoch gerade nicht zur Folge.
- 16 Überzeugend LEWISCH, Recht auf Leben (Art 2 EMRK) und Strafgesetz, in: FUCHS/BRANDSTETTER (Hg), Festschrift für WINFRIED PLATZGUMMER (1995) 395 ff.
- 17 Grundrechtliche Aspekte der Biotechnologie am Beispiel des „therapeutischen Klonens“, in: KOPETZKI/MAYER (Hg), Biotechnologie und Recht, Veröffentlichungen des Ludwig-Boltzmann-Institutes für Gesetzgebungspraxis und Rechtsanwendung, Band 11 (2002) 29 f.
- 18 Anderes könnte bei Vorliegen des „voluntarium indirectum“ gelten (vgl. eingehend RHONHEIMER, Die Perspektive der Moral [2001] 334 ff), ebenso in den Fällen, in denen nur das Leben der Mutter (durch rechtzeitige Abtreibung des Kindes, das früher oder später ohnehin, bei natürlichem Verlauf gemeinsam mit der Mutter, sterben würde), keinesfalls aber das des Kindes zu retten ist.
- 19 S.L. gegen Österreich, Application no. 45330/99, vom 9.1.2003.

Dr. Thomas PISKERNIGG

Der Autor ist derzeit in der Volksanwaltschaft tätig.

*IMABE*-Institut, Landstraßer Hauptstraße 4/13  
A-1030 Wien