

Garant aufgrund familiärer Verbundenheit: Haftung aus Verwandtschaft oder aus sozialer Rollenerwartung?

*Von Privatdozent Dr. Jens Bülte, Heidelberg/Mannheim**

Am 9.5.2012 sprach das LG Mannheim eine 30-jährige Mutter wegen Totschlags durch Unterlassen an ihrem Kind schuldig und verurteilte sie zu neuneneinhalb Jahren Freiheitsstrafe, weil sie ihr Kind hatte verhungern lassen.¹ Dieser tragische Todesfall macht die Bedeutung der Unterlassungsstrafbarkeit unmissverständlich deutlich. Denn die Mutter wurde hier strafrechtlich so behandelt, als habe sie mit eigener Hand getötet. Hätte sie dagegen tatenlos zugesehen, wie ein Nachbarskind verhungert, hätte sie allenfalls eine Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr wegen unterlassener Hilfeleistung zu erwarten gehabt. Diese differenzierende Behandlung leuchtet zwar unmittelbar ein, aber worin liegt der Grund für die Potenzierung der Strafdrohung gegen die Eltern?

I. Begründungsansätze für eine Garantspflicht innerhalb der Familie

Offenkundig ist der soziobiologische Grund: Ein Kleinkind ist ohne die Fürsorge anderer Personen nicht überlebensfähig. Diese Fürsorge ist rechtlich, sogar verfassungsrechtlich durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG grundsätzlich den leiblichen Eltern zugewiesen. Sie sind »auf Posten gestellt«², Gefahren von Leib und Leben des Kindes abzuwenden. Aber ist es die Verwandtschaftsbeziehung als solche, die es rechtfertigt, ihnen diese Verantwortung zuzuschreiben? Geht es nicht vielmehr um die Erwartungen, die in die Eltern als Inhaber einer spezifischen sozialen Rolle gesetzt werden? Liegt die Zurechnung des Erfolges also darin begründet, dass Eltern, die für ihre Kinder nicht einstehen, grundlegende Strukturen des menschlichen Zusammenlebens verletzen, indem sie das in sie gesetzte Vertrauen enttäuschen? Verstehen wir den Begriff der Familie mithin als strengen Rechtsbegriff oder aber als soziologisch-empirischen Begriff, wenn wir von »familiärer Verbundenheit« sprechen?

Sowohl der Ansatz, die Zurechnung über die Verwandtschaft als auch über die soziale Rollenerwartung zu begründen, findet sich in der Rechtsprechung wieder: Der *BGH*³ hatte sich in einer Entscheidung aus dem Jahr 1963 darauf berufen, die »Blutsbande« könnten eine Pflicht des Sohnes begründen, für das Leben seines Vaters einzustehen: ein klarer Hinweis auf die Maßgeblichkeit der Verwandtschaft als Grundlage der Garantspflicht. Das *LG Kiel*⁴ hatte dagegen im Jahr 2003 angenommen, dass die Verwandtschaftsbeziehung zwischen Geschwistern als solche nicht ausreiche, um eine gegenseitige Einstandspflicht zu begründen. Die Zurechnung aufgrund eines Unterlassens setze eine enge Lebensgemeinschaft zwischen den Garanten voraus, die ein tatsächliches Obhutsverhältnis begründe.

* Der Beitrag stellt einen (ergänzten) Vortrag dar, den der Verfasser am 5.7.2012 an der Universität Mannheim gehalten hat.

1 LG Mannheim, Urt. v. 9.5.2012 – 1 Ks 200 Js 14922/10; vgl. aber Urt. v. 26.3.2013 – 3 Ks 200 Js 14922/10.

2 So die Formulierung von Rudolphi in: FS-Lackner, 1987, S. 863, 873.

3 BGHSt 19, 167 ff.

4 LG Kiel NStZ 2004, 157 ff.

II. Ausgangspunkt: Die gesetzliche Regelung des § 13 StGB

Ausgangspunkt für die kommenden Überlegungen ist die Regelung des § 13 StGB: Gegenstand der hier gestellten Frage ist die Gleichstellung von Unterlassen und aktivem Tun, die eine Erfolgsszurechnung begründet. Der Gesetzgeber hat in § 13 StGB für diese Gleichstellung den gesetzlichen Rahmen geschaffen. Dieser Rahmen muss wegen der strengen Geltung des strafrechtlichen Gesetzmäßigkeitsprinzips auch im Allgemeinen Teil des Strafrechts der Ausgangspunkt der Überlegungen sein.⁵ § 13 StGB selbst sagt jedoch zur Garantenstellung und Garantenpflicht nur wenig aus. Das Gesetz spricht nur von »rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt«. Dieser Vorgabe kann man lediglich zweierlei entnehmen: Zum einen muss der Unterlassende »einzustehen« haben, es muss ihn also eine Erfolgsverhinderungspflicht treffen; eine reine Handlungspflicht wie in § 138 StGB (Nichtanzeige schwerer Straftaten) oder § 323c StGB (unterlassene Hilfeleistung) reicht nicht aus.⁶ Zum anderen muss es sich um eine Rechtspflicht handeln; eine moralische Pflicht genügt nicht.⁷

Dadurch, dass § 13 StGB den Leser etwas ratlos zurücklässt, wird die besondere Bedeutung der Auslegung des Strafgesetzes nach dem historischen Willen des parlamentarischen Gesetzgebers offenbar. Denn im Hinblick auf den offenen Gesetzeswortlaut verspricht nur der Rückgriff auf diesen Willen verwertbare Ergebnisse. Ferner hat der historische Wille – soweit er ermittelbar ist – im Strafrecht bereits deswegen elementare Bedeutung, weil der Gesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen über die Strafbarkeit selbst treffen muss und sich nur über die historische Auslegung ermitteln lässt, wie diese Entscheidungen aussehen.⁸ § 13 StGB wurde im Rahmen der großen Strafrechtsreform geschaffen; er trat im Jahr 1975 in Kraft. Innerhalb der Kommission, welche die Vorschrift erarbeitete, war man sich einig, dass eine Gesetzesfassung nicht zu finden war, welche die sachlichen Voraussetzungen der Einstandspflicht – die Garantenstellung – hätte abschließend umschreiben können. Der Versuch sei – so *Eberhard Schmidt*, Gutachter der Kommission für die Unterlassungsdelikte – »verlorene Liebesmüh«.⁹ Um aber den verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine bereits seit langem¹⁰ gewohnheitsrechtlich¹¹ anerkannte Unterlassungsstrafbarkeit entgegenzutreten, sollte die Gleichstellung von Tun und Unterlassen gesetzlich geregelt werden.¹²

Das Gesetz musste dabei einerseits die maßgebliche Voraussetzung der Gleichbehandlung von Tun und Unterlassen, nämlich der Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung (Garantenpflicht), enthalten.¹³ Es musste also die Entscheidung über die wesentlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit treffen. Andererseits wollte man nicht der Rechtsentwicklung vorgerei-

5 Zu den verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf die mangelnde Bestimmtheit des § 13 *Dannecker* in: LK-StGB, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 1 Rn 173; ferner *Schmitz* in: MüKo-StGB, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 1 Rn 49 ff.

6 Vgl. BT-Drs. IV/650, S. 124; ferner statt vieler *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl. 2011, § 13 Rn 7.

7 Vgl. nur RGSt 64, 273, 275; BGHSt 30, 391, 394; *Fischer*, StGB, 60. Aufl. 2013, § 13 Rn 6; ferner hierzu auch die Entwürfe zum ASStGB 1925 (Begr. S. 16) und 1927 (Begr. S. 20 f.); ferner *Eb. Schmidt*, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 2, 1958, S. 269.

8 Vgl. *Dannecker* in: LK-StGB, § 1 Rn 315; ferner *Hassemer/Kargl* in: NK-StGB, 4. Aufl. 2013, § 1 Rn 108; *Schmitz* in: MüKo-StGB, § 13 Rn 78 f.

9 *Eb. Schmidt*, Niederschriften, Bd. 2, S. 269.

10 Vgl. *Beseler*, Kommentar über das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten, 1851, § 1 III; anders etwa im StGB für Baden von 1845, § 1.

11 Vgl. BT-Drs. IV/650, S. 124.

12 Vgl. BT-Drs. IV/650, S. 124.

13 BT-Drs. IV/650, S. 124.

fen. Dies sind die Gründe dafür, dass § 13 StGB die Gestalt einer »nichtsagenden Formel« erhalten hat.¹⁴ Der Entwurf des § 13 StGB vermied die Nennung einzelner Garantstellungen ausdrücklich. Er stellte lediglich fest, ein Unterlassen könne dem Tun nur gleichstehen, wenn dem Unterlassenden die Unversehrtheit des betroffenen Rechtsguts durch die Rechtsordnung anvertraut sei. Hierzu wurden anerkannte Beispiele aus Rechtsprechung und Lehre wie der »Weichenwärter« oder die »Kinderschwester« genannt.¹⁵ Die Rechtsfortbildung sollte jedoch weiterhin Rechtsprechung und Lehre überlassen bleiben.

III. Von der formellen zur materiellen Rechtspflichtenlehre im Allgemeinen

Der Gesetzgeber hat sich also dafür entschieden, den status quo zunächst gesetzlich zu bestätigen, ohne aber eine Fortentwicklung verhindern zu wollen. Damit führt die Suche nach dem Willen des Gesetzgebers in die Entwicklungsgeschichte der Garantspflicht, zur Ermittlung des damaligen status quo. Um zu begründen, dass die Unterlassungsstrafbarkeit eine Verletzung von Rechtspflichten zum Handeln voraussetzt, hatten Judikatur und Literatur sich auf einen Grundsatz des römischen Rechts berufen: Rechtswidrig unterlassen könne nur, wer gegen eine Handlungspflicht verstoße.¹⁶ Den Eingriff in den Gang der Ereignisse und damit in die Rechtssphäre anderer gestatte das Recht nur im Ausnahmefall.¹⁷ Es erlaube aber im Umkehrschluss grundsätzlich jedermann die Untätigkeit.¹⁸ Die nur »sittliche Verantwortlichkeit«, also die moralische Pflicht, liege außerhalb des Rechts und sei daher weder zur Begründung von Eingriffsrechten noch von Verhinderungspflichten geeignet; eine Strafbarkeit könne sie folglich nicht legitimieren. Soweit im Unterlassungsdelikt eine Gleichstellung von aktivem Tun und Unterlassen erfolge – also nach herkömmlicher Diktion bei den unechten Unterlassungsdelikten –, könne diese darauf gestützt werden, dass in der Auflehnung gegen eine gesetzlich normierte Verhinderungspflicht eine dem aktiven Tun gleichkommende Rechtsverletzung liege. Auch diese Begründung setzt eine scharfe Unterscheidung zwischen der Verletzung einer Rechtspflicht und der Verfehlung gegen eine moralische Pflicht voraus. Die Rechtspflicht zur Erfolgsverhinderung wurde damit zum Kern der Garantpflicht.¹⁹

Anfangs forderte das *RG* – noch zurückhaltend – eine Rechtspflicht aus dem Gesetz selbst oder aus einem das Gesetz vermittelnden bindenden Vertrag.²⁰ Ferner könne sich die Pflicht aus einem gefahr begründenden Vorverhalten ergeben.²¹ Zu Beginn der 1930er Jahre stellte die Judikatur zur Begründung der Verhinderungspflicht jedoch bereits darauf ab, dass sich die Pflicht aus den ausdrücklichen oder stillschweigenden Geboten der Rechtsordnung ergeben könne.²² Hier nennt das *RG* als Gründe für die Rechtspflicht wei-

14 Vgl. *Eb. Schmidt*, Niederschriften Bd. 2, S. 269; zur Kritik vgl. nur *Lilie* JZ 1991, 541 f. m. w. N.

15 BT-Drs. IV/650, S. 125; vgl. aber *Eb. Schmidt*, Niederschriften, S. 269 mit erheblichen Zweifeln im Hinblick auf die Bedeutung der Lebens- und Hausgemeinschaft.

16 V. *Liszt*, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl. 1892, S. 138; vgl. auch RGSt 64, 273, 275.

17 Vgl. hierzu auch *Zaczyk* in: FS-Rudolphi, 2004, S. 361, 368.

18 *Hugo Meyer*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 6. Aufl. 1907, S. 164.

19 Vgl. RGSt 22, 332, 333; 39, 397, 398; 40, 165, 167; 64, 273, 275.

20 Hierzu bereits RGSt 10, 100; 39, 397; 40, 165, 166; 50, 37.

21 Vgl. RGSt 18, 96; 24, 339; 37, 162, 165; 46, 337; 51, 9, 12; 57, 193, 197; 58, 244, 246; 60, 77; vgl. auch v. *Liszt*, Lehrbuch, S. 138 f.

22 RGSt 64, 273, 275.

terhin den Betrieb eines Gewerbes²³ oder das Beamtenverhältnis²⁴ und ließ auch das schlüssige Übernehmen einer Aufgabe der Gefahrenabwehr ausreichen.²⁵ Es setzte sich immer mehr eine materielle Betrachtung durch, die nicht länger auf eine spezifisch gesetzliche Grundlage der Verhinderungspflicht abstellte, sondern ausreichen ließ, dass eine Person nach der Gesamtrechtsordnung als für die Verhinderung einer Gefahrrealisierung zuständig erschien.

IV. Die Bedeutung der Verwandtschaftsbeziehung in der Rechtsprechung und die Aufgabe der formellen Rechtspflichtenlehre

Eng verbunden mit der Loslösung der Garantenstellung von der formellen Rechtspflichttheorie ist die Frage nach der Bedeutung der Verwandtschaft für die Garantenstellung innerhalb des familiären Kontextes. Denn die Entwicklung dieser spezifischen Einstandspflichten zeichnet auch die allgemeine Entwicklung der Garantenpflichten weitgehend nach: Verwandtschaft und Ehe als Rechtskategorien spielten in der Judikatur des *RG* anfänglich noch eine wichtige Rolle. Dies folgt bereits daraus, dass sich die Rechtsprechung zur Ermittlung der Garantenstellung stark am Familienrecht orientierte, das auf Verwandtschaft und Ehe aufbaut. So wies das *RG* im Jahr 1892 dem Ehemann die Pflicht zur Verhinderung von Straftaten seiner Ehefrau zu, in concreto für die Verhinderung der gewerblichen Unzucht. Die Richter leiteten dies aus seiner gesetzlichen Position – damals noch aus dem Preußischen Allgemeinen Landrecht aus dem Jahr 1794 – als Haupt der Ehegemeinschaft her.²⁶ Er sei »schuldig und befugt, die Person, die Ehre, das Vermögen der Ehefrau in und außer Gericht zu verteidigen. Wider seinen Willen darf die Ehefrau für sich selbst kein Gewerbe betreiben... keine Verbindung eingehen, wodurch die Rechte auf ihre Person gekränkt werden.«²⁷

Auch nach der Jahrhundertwende bestimmte die Rechtsprechung die Einstandspflicht parallel zur Unterhaltspflicht des bürgerlichen Rechts und in dessen Terminologie.²⁸ Die Unterhaltspflicht unter Verwandten sei zwar grundsätzlich eine Zahlungspflicht, aber von dieser Regel lasse die zivilrechtliche Rechtsprechung in Notsituationen auch Ausnahmen zu. In Gefahrenlagen müssten auch unterhaltsrechtlich alle Leistungen erbracht werden, die notwendig seien, um den Berechtigten zu unterhalten.²⁹ Die familienrechtliche Unterhaltspflicht wurde damit als verwandtschaftliche Fürsorgepflicht verstanden.

Diese Parallelität der Garantenpflicht zur Unterhaltspflicht relativierte das *Gericht* später. Schritt für Schritt kam es zu einer Ablösung vom Familienrecht und der Verwandtschaftsbeziehung als Rechtsbegriff. Dies zeigt das folgende Beispiel aus der Judikatur des *RG*: Ein Mann hatte seine Verlobte, die ein Kind von ihm erwartete, kurz vor der Geburt an einen menschenleeren Ort gebracht. Die Eltern ließen das Neugeborene an diesem Ort erfrieren. Das *RG* bejahte die Garantenpflicht des Vaters aus zwei Gründen, die – wie das Urteil betont – jeder für sich allein die Unterlassungsstrafbarkeit rechtfertigten: Die rechtliche Verhinderungspflicht wurde zum einen aus gefährlichem Vorverhalten hergeleitet, zum anderen mit Blick auf die »persönliche Beziehung des Angeklagten zu dem

23 Vgl. RGSt 58, 299.

24 RGSt 53, 292.

25 RGSt 58, 130, 131 f.; vgl. ferner *Mezger*, Lehrbuch des Strafrechts, 1933, S. 138.

26 So auch später RGSt 48, 196, 197.

27 RGSt 22, 332, 334; vgl. aber auch BGH NJW 1953, 591.

28 Vgl. nur RGSt 71, 187, 189.

29 RGSt 39, 397, 398 f.; darauf Bezug nehmend RGSt 64, 316, 321.

in eine hilflose Lage geratenen Kind« angenommen. Nach damals geltendem bürgerlichem Recht wurde der uneheliche Vater nicht als Verwandter angesehen. Damit war er trotz seiner Unterhaltungspflicht nicht allgemein fürsorgepflichtig.³⁰ Daher konnte das *RG* eine Garantspflicht nicht aus dem Familienrecht herleiten. Die Richter stellten deswegen auf § 221 RStGB ab, der schon damals die Aussetzung unter Strafe stellte und die leiblichen Eltern mit qualifizierter Strafe bedrohte, die ein Kind, das sie in ihrer Obhut hatten, in hilfloser Lage verließen. Damit – so das *Gericht* – setze diese Strafvorschrift eine Rechtspflicht der leiblichen Eltern voraus, ihr Neugeborenes nicht erfrieren zu lassen.³¹

Hier kommt es zu einer klaren Abkehr vom formellen Rechtspflichtbegriff: Die rechtliche Pflicht sei nicht allein davon abhängig, welche Ausgestaltung das Gesetz wähle, sondern vornehmlich davon, auf »welcher aus dem Willen der Gemeinschaft heraus entwickelten Vorstellung von Recht seine Vorschriften aufgebaut sind«. ³² Den Rechtscharakter der elterlichen Einstandspflicht für den Säugling folgerten die Richter auf dieser Grundlage aus Art. 132 der *Constitutio Criminalis Carolina* von 1532.³³ Aus dieser Regelung – die im Übrigen nur die Aussetzung durch die Mutter unter Strafe stellt – lasse sich zwanglos die rechtliche Anerkennung des Gebots auch für den unehelichen Vater herleiten.³⁴ Hierin kommt bereits der Gedanke zum Ausdruck, den die Reformkommission im Jahr 1955 mit der Zuweisung einer Zuständigkeit für die Gefahrenabwehr aus der Gesamtrechtsordnung umschreiben wird.

In der Folgezeit gewinnt die auf die konkrete Lebensbeziehung zwischen den Personen ausgerichtete Begründung der Verhinderungspflicht sichtlich an Bedeutung. In einer wegweisenden Entscheidung aus dem Jahr 1935 löste sich das *RG* trotz Verwandtschaftsbeziehungen zwischen Täter und Opfer stillschweigend von der familienrechtlichen Betrachtungsweise. Hier wurde eine »Rechtspflicht zur Krankenpflege« gegenüber einer »in den Haushalt aufgenommenen und als Familienmitglied bei sich behaltenen« Hausgenossin angenommen. Der Begriff der Familie kann hier kaum noch als Rechtsbegriff i. S. eines Verwandtschaftsgefüges verstanden werden. Dies gilt bereits deswegen, weil das *RG* dem Hausherrn die Garantpflicht für das Leben der Kranken auferlegte, ohne die verwandtschaftliche Beziehung zwischen ihm und dem Opfer zu benennen. Aus dem Urteil erfährt der Leser lediglich, dass die ebenfalls angeklagte Tochter des Hausherrn die Nichte der Kranken war. Die Entscheidung stützt die Annahme der Garantpflicht ausdrücklich auf die häusliche oder andere enge Lebensgemeinschaft. Wenn Menschen der Außenwelt in so enger Lebensgemeinschaft gegenüberstünden, wie es in der Familie oder der häuslichen Lebensgemeinschaft der Fall sei, werde die sittliche Pflicht, sich gegenseitig in der Not beizustehen, zur Rechtspflicht. Diese Art der Lebensgemeinschaft vergleicht das *Gericht* mit den Gefahrengemeinschaften der gemeinsamen Bergnot oder »dem Streifdienst am Feinde«. ³⁵

30 RGSt 66, 71, 74.

31 Vgl. auch RGSt 76, 371 ff.; dass die Eltern gegenüber ihren Kindern zur Gefahrenabwehr verpflichtet sind, wird im Grundsatz nicht in Frage gestellt, vgl. BGHSt 7, 268; 41, 113 ff.

32 RGSt 66, 71, 73.

33 Diese Regelung lautete: »Item so eyn weib jre kind vmb das sie des abkumm von jr legt vnd das kind wirt funden vnd ernert die selbig mutter soll wo sie des überwunden vnd bedretten wirt nach gelegenheit der sach vnnnd radt der verstendigen gestrafft werden/Stürb aber das kind von solchem hinlegen so soll man die mutter nach gelegenheit des geuerlichen hinlegens am leib oder leben straffen«; vgl. hierzu auch *Wielant*, Die Aussetzung nach § 221 Abs. 1 StGB, 2008, S. 43 ff.

34 RGSt 66, 71, 74; zweifelnd *Schmidhäuser*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1975, S. 667.

35 RGSt 69, 321, 323.

Der Vergleich der Familie mit Soldaten im Einsatz macht allerdings bereits die Geisteshaltung deutlich, die in die Entscheidung einfließt und sie erheblich desavouiert. Die sittliche Pflicht zur gegenseitigen Hilfeleistung, die sich zur Rechtspflicht verdichten könne, leitete das *RG* dann auch nicht nur aus der »christlichen Nächstenliebe« her, sondern ferner aus der »Kameradschaft der Frontsoldaten und dem Nationalsozialismus, der innerhalb der Volksgemeinschaft Opferbereitschaft verlange«. ³⁶ Den Grund für den Wandel der moralischen zur rechtlichen Pflicht sah das *Gericht* in den »Vorstellungen von Recht, die aus dem Willen der Gemeinschaft entwickelt sind und dem Gesetz zugrunde liegen«. Diese Grundlagen der Rechtsordnung banalisierte die Entscheidung jedoch zum »gesunden Volksempfinden« und schafft damit eine ideologische Sollbruchstelle in der Unterlassungsdogmatik. ³⁷

Der strafrechtsdogmatischen Grundlinie, nach der die enge Lebensgemeinschaft das für die Garantenstellung maßgebliche Kriterium ist und nicht die Verwandtschaft als rechtlich bestimmtes Verhältnis, folgte die spätere reichsgerichtliche Judikatur. Dabei wurde zur Begründung einer Garantenpflicht unter Verschwägerten die Entscheidung von 1935 zwar genannt, aber weder auf die »Opferbereitschaft des Volkes« noch auf das »gesunde Volksempfinden« als Grundlage oder Entscheidungsmaßstab rekurriert. Das *RG* machte hier deutlich, dass die Frage nach der engen Lebensgemeinschaft – als Beispiel nannte es die Familie – nicht anhand von ideologischen Bewertungen beantwortet werden darf. Vielmehr wurde der Tatrichter ausdrücklich aufgefordert, den Sachverhalt so genau aufzuklären, dass die Frage nach der konkreten Gestalt und Intensität der Lebensgemeinschaft beantwortet werden könne. Insofern findet sich bereits in dieser Entscheidung von 1936 eine deutliche Ausrichtung auf eine tatsächlich soziale, empirische Betrachtung; die enge Lebensgemeinschaft war keine Rechtsbeziehung. ³⁸

Die Familie als Form der Lebensgemeinschaft war bereits nach diesem Verständnis kein Rechtsbegriff mehr, sondern eine soziologisch-empirische Kategorie. Dieser Wandel bedeutet einen weiteren Schritt auf dem Weg von der formellen zu einer materiell-gefahrenorientierten Rechtspflichtenlehre, denn die familienrechtliche Verwandtschaftsbeziehung wurde vom maßgebenden Tatbestandsmerkmal zum Indiz für eine enge Lebensgemeinschaft als Ausdruck eines auf gegenseitige Hilfe angelegten Sozialgefüges. Wie ernst die Judikatur des *RG* dieses soziale Verständnis der Familie als Rollengefüge nahm und dass das »gesunde Volksempfinden« die Entscheidungen zur Garantenstellung nicht grundlegend prägte, illustriert der folgende, etwas später entschiedene Fall: Das *RG* hatte eine Frau, die den Mord an ihrem Geliebten durch dessen Ehefrau nicht verhinderte, nicht als Garantin angesehen. Auch wenn die Geliebte zeitweilig im Haus der Eheleute gewohnt habe, könne nicht von einer Lebensgemeinschaft gesprochen werden, die eine gegenseitige Einstandspflicht begründe. Die Geliebte sei nicht Teil der Lebensgemeinschaft, sondern »Störerin« und ein Fremdkörper in der Hausgemeinschaft gewesen, die die Ehefrau in eine »Aschenbrödelrolle« gedrängt habe.

³⁶ RGSt 69, 321, 323.

³⁷ Vgl. hierzu auch *Eb. Schmidt*, Leitsätze zum Thema Unterlassungsdelikte, Niederschriften der Großen Strafrechtskommission, Bd. 2, Umdruck R 47, Anhang Nr. 54, S. 248; ferner *Lilie JZ* 1991, 541, 543.

³⁸ So aber *Lilie JZ* 1991, 541, 542.

Diese tatsächliche Betrachtungsweise der Familie als eine Form der engen sozialen Lebensgemeinschaft und der Verwandtschaft als bloßes Indiz für die Intensität der Gemeinschaft bei einem Zusammenleben war damit der Stand der Rechtsprechung zum Zeitpunkt, in dem der maßgebliche Entwurf des § 13 StGB entstand. Diese sozial-empirische Bestimmung der Garantstellung und Garantspflicht ist damit der Wille des historischen Gesetzgebers, an dem sich auch heute die Auslegung grundsätzlich orientieren muss, ohne aber die Rechtsfortbildung durch Judikatur und Lehre aus dem Blick zu verlieren.

V. Der Rückfall durch das Kriterium der Blutsbände

Der *BGH* setzte die faktisch-soziologische Betrachtung zunächst fort und stellte für die Garantpflicht unter Eheleuten nicht allein auf den Bestand der Ehe und das Recht zum Getrenntleben,³⁹ sondern auf die bestehende Hausgemeinschaft ab.⁴⁰ Auch die vormalig angenommene Rechtspflicht zur Verhinderung von Straftaten des Ehegatten wurde von der Judikatur der frühen Bundesrepublik ausdrücklich von dem Bestehen einer Hausgemeinschaft abhängig gemacht und später gänzlich abgelehnt.⁴¹

Mit Blick auf eine eigenständige Bedeutung der Verwandtschaft im Kontext familiärer Garantpflichten findet später dennoch eine Kehrtwende, gleichsam ein Rückfall statt: Zunächst beanstandete der *BGH* in einer Entscheidung im zweiten Band die Annahme nicht, der Schwiegersohn habe gegenüber der nicht mit ihm zusammenlebenden Schwiegermutter eine Garantstellung.⁴² Später begründete der *BGH* die Pflicht des Sohnes, den Mordanschlag gegen seinen Vater zu verhindern, mit den bestehenden »Blutsbänden«: »Denn daß innerhalb der engsten und natürlichsten Gemeinschaft, nämlich der durch Blutsbände verbundenen Familie, in aller Regel eine Rechtspflicht zur Abwendung schwerer Gefahren besteht, kann nicht bezweifelt werden. Diese Auffassung ist auch im allgemeinen Rechtsbewußtsein lebendig.«⁴³ Die Verhinderungspflicht sei unabhängig von Hausgemeinschaft und Unterhaltspflichten.⁴⁴

Mit dieser Entscheidung löst der *BGH* die Lebensgemeinschaft zunächst von der Hausgemeinschaft, die er nicht als deren Voraussetzung begreift. Er löst die enge Gemeinschaft weiterhin von ihrem Begriffsinhalt, wenn er nicht einmal zwingend ein gemeinsames Leben fordert, sondern allein die Blutsverwandtschaft ausreichen lässt, und selbst schwere Zerwürfnisse in der Familie der Garantpflicht nicht entgegenstehen sollten. Hier werden also zwei Dinge miteinander verbunden, die zwar typischerweise, aber nicht zwangsläufig in einem Zusammenhang stehen: die Verwandtschaft und eine enge persönliche Bindung. Diese Kombination darf aber nur dann erfolgen, wenn man den Begriff der Gemein-

39 Anders noch BGHSt 6, 322, 323; 7, 268, 271.

40 BGHSt 2, 150, 153 unter Bezugnahme auf RGSt 71, 187, 189; später auch BGH JR 2004, 156, 157.

41 OLG Stuttgart NStZ 1986, 1767, 1768; OLG Hamm MDR 1970, 162; anders noch OLG Bremen NJW 1957, 72 für Straftaten im Bereich der ehelichen Wohnung; offen gelassen von BGHSt 6, 322, 323 ff.; vgl. ferner *Kühl*, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2012, § 18 Rn 60; *Rudolphi/Stein* in: SK-StGB, Stand 2009, § 13 Rn 52 m. w. N.; vgl. auch *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 42. Aufl. 2012, Rn 724.

42 BGHSt 13, 162 ff.; dagegen *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantpflichten, 1986, S. 173.

43 BGHSt 19, 167, 169; mit ausdrücklichen Zweifeln an der Tragfähigkeit dieser Begründung *Lilie* JZ 1991, 541, 542.

44 Vgl. auch BGHSt 41, 113; so auch *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 213; dagegen *Frister*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2011, Kap. 22 Rn 41; eingehend hierzu *Böhm*, Garantpflichten aus familiären Beziehungen, 2006, S. 208 ff.

schaft oder Lebensgemeinschaft zu einem eigenständigen rechtlichen Begriff erhebt, die enge, die Einstandspflicht begründende Lebensgemeinschaft als Rechtsfiktion aus der Verwandtschaft versteht. Dann mag man zwischen Blutsverwandten stets eine Lebensgemeinschaft annehmen. Aber so hatte zumindest das *RG* diesen Begriff nicht entwickelt. Hier war die Familie als Beispiel der engen Lebensgemeinschaft genannt und die Verwandtschaft wurde als deren Indiz verstanden. Diese Sichtweise hatte vornehmlich die soziale Wirklichkeit im Blick, die das Strafrecht berücksichtigen muss.

VI. Ablehnung der »Blutsbande« und familienrechtlicher Bewertungen als Grundlage einer Garantenpflicht

In der Lehre wurde die »neue« *BGH*-Judikatur z. T. aufgrund der Klarheit ihres Verwandtschaftskriteriums durchaus positiv rezipiert.⁴⁵ *Geilen* nannte die durch Blutsbande verbundene Familie ausdrücklich den »unproblematischen und unanfechtbaren Begriffskern der Lebensgemeinschaft«.⁴⁶ Die Familie kann nach einer starken Ansicht in der Lehre als eine von Natur aus auf gegenseitigen Beistand ihrer Mitglieder angelegte Gemeinschaft die Garantenpflicht begründen.⁴⁷ Die Vorteile einer solchen Betrachtungsweise der Blutsverwandtschaft liegen in dem durch den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG beherrschten Strafrecht auf der Hand. Das Kriterium der Verwandtschaft ist hinreichend bestimmt und für jedermann verständlich. Aber was nützt ein klares Tatbestandsmerkmal, wenn es zum einen nur eine Fallgruppe innerhalb der fraglichen Lebensgemeinschaften erfassen kann und zum anderen Beziehungen einschließt, die gerade kein gemeinsames Leben umschreiben?⁴⁸ Lässt man darüber hinaus weitere Lebensgemeinschaften als Grund für die Einstandspflicht zu, geht zudem nicht nur die Bestimmtheit des § 13 StGB ein Stück weit verloren, sondern auch die Einheitlichkeit der Grundlage der Garantenpflicht aus familiärer Verbundenheit.⁴⁹

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2003 hat das *LG Kiel*⁵⁰ in einer in der Literatur⁵¹ vielfach zustimmend aufgenommenen Entscheidung dem *BGH* widersprochen: Geschwister seien nicht allein aufgrund ihrer Verwandtschaft für das Leben des jeweils anderen Garanten. Zwar genieße die Familie den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung (Art. 6 Abs. 1 GG), aber dennoch unterliege die konkrete Ausformung der Familie einer dynamischen Betrachtung. Es finde eine immer frühere und weitergehende Verselbständigung der Kinder einer Familie statt; zudem seien an die Stelle des klassischen Fa-

45 Wessels/*Beulke*, Strafrecht AT, Rn 718; *Heuchemer* in: Beck-OK-StGB, März 2013, § 13 Rn 40; *Stree* in: Schönke/Schröder, 27. Aufl. 2006, § 13 Rn 18; dagegen *Roxin*, Strafrecht AT II, 2003, § 32 Rn 39 ff., der ausdrücklich den reinen »Zahlvater« nicht als Garanten ansieht; ebenso *Wohlers/Gaede* in: NK-StGB, § 13 Rn 60; vgl. auch BVerfGE 108, 82, 112.

46 *Geilen* FamRZ 1964, 385.

47 *Kühl*, Strafrecht AT, § 18 Rn 55 (elementare Verbundenheit); *Schmidhäuser*, Strafrecht AT, 16/42; *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, S. 213; Wessels/*Beulke*, Strafrecht AT, Rn 718; *Stree* in: Schönke/Schröder, 27. Aufl. 2006, § 13 Rn 17; wohl auch *Ebert*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2001, S. 178 und *Tag* in: Gesamtes Strafrecht, 2. Aufl. 2011, § 13 StGB Rn 17.

48 Vgl. auch *Kühl* JuS 2007, 497, 500.

49 Mit Zweifeln an einer einheitlichen Grundlage der Garantenpflichten allerdings *Kühl*, Strafrecht AT, § 18 Rn 42 m. w. N.

50 *LG Kiel* NSTZ 2004, 157 ff.

51 *Stree/Bosch* in: Schönke/Schröder, 28. Aufl. 2010, § 13 Rn 18; *Rudolphi/Stein* in: SK-StGB, § 13 Rn 49; *Wohlers/Gaede* in: NK-StGB, § 13 Rn 60; *Nikolaus* JA 2006, 605 ff.

milienverbandes andere Formen des familiären Zusammenlebens getreten. Die unter einem Dach lebende Großfamilie gehöre der Vergangenheit an.⁵² Dieser Idealtyp der Lebensgemeinschaft könne nicht mehr Maßstab für die Einstandspflicht sein. Es komme vielmehr auf die tatsächlichen Obhutsverhältnisse an. Diese würden von den Garanten regelmäßig bewusst begründet und könnten daher bereits deswegen die für die hinreichende Bestimmtheit maßgebliche Appellwirkung in Richtung der Beistandsleistung herbeiführen. Das Kriterium des Obhutsverhältnisses lasse für den Garanten das Risiko der Strafbarkeit erkennbar werden und erfülle damit die Voraussetzungen des Art. 103 Abs. 2 GG.

Nur einen Monat später bestätigte dann auch der *BGH*⁵³ die landgerichtliche Entscheidung im Ergebnis: Der 3. *Strafsenat* nimmt zwar § 1353 BGB, der die Verantwortung der Ehegatten füreinander normiert, zum Ausgangspunkt. Die Verantwortung gelte grundsätzlich auch für die strafrechtliche Bewertung, so dass die Garantenstellung nicht per se mit der Auflösung der häuslichen Gemeinschaft ende. Aber sie ende auch nicht erst mit der Scheidung. Es seien »zahlreiche Lebensgestaltungen denkbar, in denen keiner der beiden Ehegatten tatsächlich darauf vertraue oder auch nur Anlass hätte, darauf zu vertrauen, der andere Teil würde ihm zum Schutz seiner Rechtsgüter beistehen.« Diese Orientierung der Garantenstellung an der sozialen Wirklichkeit des Ehelebens stützt der *BGH* zwar formell auf § 1565 BGB, der das Scheitern der Ehe und die Rechtsfolge der Scheidungsmöglichkeit beschreibt. Doch damit basiert die Entscheidung des *BGH* auf der sozialen Gesamtbewertung, denn § 1565 Abs. 1 S. 2 BGB lautet: »Die Ehe ist gescheitert, wenn die Lebensgemeinschaft der Ehegatten nicht mehr besteht und nicht erwartet werden kann, dass die Ehegatten sie wiederherstellen.«⁵⁴

Es erscheint insofern zweifelhaft, ob man tatsächlich bereits aus der allgemeinen zivilrechtlichen Beistandspflicht des § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB, der den Ehegatten die Verantwortung füreinander zuweist, unmittelbar eine Garantenstellung herleiten kann.⁵⁵ Dies gilt insbesondere deswegen, weil das Familienrecht die eheliche Lebensgemeinschaft offensichtlich als Grundlage der Verantwortung der Ehegatten füreinander ansieht und damit die Verantwortung von der Lebensgemeinschaft abhängig macht. Daher ist die Garantenstellung der Ehegatten füreinander bei Bestehen der ehelichen Lebensgemeinschaft regelmäßig gegeben, aber ohne eine tatsächliche Lebensgemeinschaft, die auf gegenseitige Hilfe angelegt ist, wohl nur schwer begründbar.⁵⁶

Eine strafrechtliche Garantenpflicht aufgrund verwandtschaftlicher Verbindungen, ohne Rücksicht auf die Lebensgemeinschaft, wird zum Teil auch aus § 1618a BGB hergeleitet, der ähnlich formuliert ist wie § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB. Danach schulden Eltern und Kinder einander Beistand und Rücksicht. Insofern wird eine zivilrechtliche Pflicht zur Beistandsleistung angenommen. Aus dieser zivilrechtlichen Pflichtenstellung wird in der strafrechtlichen Literatur zum Teil abgeleitet, es bestehe zwischen Eltern und Kindern stets auch eine strafrechtliche

52 23% aller Jugendlichen wachsen nach den Erhebungen des Statistischen Bundesamtes (FamRZ 2006, 1506) in »alternativen Familienformen« auf, vgl. auch *Diederichsen* FRP 2007, 221, 222; hierzu aber bereits *Brammsen* (Fn 42), S. 149 f.

53 BGHSt 48, 301 ff. mit zust. Anm. *Freund* NJW 2003, 3384 ff.; *Rönnau* JR 2004, 158 f.; ferner *Ingelfinger*, NSZ 2004, 409 ff.; ähnlich *Roxin*, Strafrecht AT II, § 32 Rn 45; vgl. auch *Frister*, Strafrecht AT, Kap. 22 Rn 41.

54 Zustimmung *Kühl*, Strafrecht AT, § 18 Rn 58; *Rudolph/Stein* in: SK-StGB, § 13 Rn 50 ff.; *Tag* in: Gesamtes Strafrecht, § 13 StGB Rn 18.

55 Vgl. auch *Lilie* JZ 1991, 541, 546; krit. auch *Rudolph/Stein* in: SK-StGB, § 13 Rn 50.

56 So auch *Roxin*, Strafrecht AT II, § 32 Rn 45; a.A. wohl *Böhm* (Fn 44), S. 197.

Garantenpflicht, für die Verhinderung schwerer Rechtsgutsverletzungen einzustehen.⁵⁷ *Böhm* spricht hier von einer »Unterform der allgemeinen Solidarität«.⁵⁸

Dieser Auffassung wird in der Lehre entgegengehalten, es handle sich um einen nicht einklagbaren Programmsatz.⁵⁹ Dieses Monitum überzeugt, denn ausweislich der Gesetzesmaterialien ist § 1618a BGB als *lex imperfecta*, also als eine Rechtsregel ohne Rechtsfolge, zu verstehen.⁶⁰ Der Gesetzgeber hat die Verletzung dieser Beistandspflicht bewusst nicht mit Sanktionsfolgen versehen, sondern als Grundlage der darüber hinausgehenden familienrechtlichen Pflichten als »Leitlinie«⁶¹ konzipiert. Aus einer so unspezifischen Pflichtenstellung, die familienrechtlich ohne Rechtsfolge bleibt, strafrechtliche Einstandspflichten herleiten zu wollen, ist wenig plausibel. Denn nicht jede rechtliche Beistandspflicht kann die strafrechtliche Einstandspflicht und damit Erfolgszurechnung begründen. Daher wird man auch in akuten Notsituationen und bei Bedrohung elementarster Rechtsgüter aus dem Familienrecht keine strafrechtliche Garantenpflicht herleiten können; zumal dies auch einen Rückfall in die formelle Rechtspflichtenlehre bedeuten und die Erfolgzzurechnung aus dem Gefahrenzusammenhang lösen würde.

VII. Garantenpflicht als Folge sozialer Rollenerwartung

Der Ansatz des *LG Kiel* wird im Ergebnis auch durch die dargestellte Rechtsprechung des *RG* bestätigt: Das *Gericht* ging von einem wandlungsfähigen Familienbegriff als Beispiel für eine Lebensgemeinschaft aus und stellte auch in Verwandtschaftsverhältnissen stets die Frage nach der konkreten Gestaltung der Lebensgemeinschaft in den Mittelpunkt. Der Grund für diese Bedeutung der Lebensgemeinschaft wird vom *RG* angesprochen, wenn es sie als Gefahrengemeinschaft betrachtet. Das *LG Kiel* spricht von Obhutsverhältnis und verwendet dabei einen Begriff aus § 221 StGB. Das eröffnet einen materiellen gefahrenbezogenen Ansatz: Die Garantenpflicht begründet die Verantwortlichkeit des Unterlassenden nicht nur für mangelnde Hilfeleistung, sondern sie ist die Basis einer Zurechnung der eingetretenen Rechtsgutsverletzung. Zurechnung setzt nach allgemeiner Ansicht eine Beziehung zwischen dem Risiko der Tatbestandsverwirklichung und dem Tatverantwortlichen voraus. Das ist im Rahmen anderer Garantenstellungen anerkannt: Wer rechtswidrig eine Gefahr geschaffen hat, muss grundsätzlich dafür sorgen, dass sie sich nicht im Erfolg verwirklicht;⁶² wer sich vertraglich verpflichtet, einen Erfolg abzuwenden und die Aufgabe tatsächlich übernimmt, hat für dessen Ausbleiben einzustehen. Die Verwandtschaft als solche ist aber risikoneutral, so dass sie in keinem zurechnungsbegründenden Gefahrenzusammenhang zum Erfolg steht. Warum sollte sie also eine gefahrenspezifische Pflicht begründen können?

Die These des *LG Kiel* überzeugt: Es kommt nicht auf die Verwandtschaft an, sondern allein auf die enge Lebensgemeinschaft, denn nur Letztere hat eine gefahrenspezifische Bedeutung und kann daher die moralische Pflicht zur Rechts-

57 *Frister*, Strafrecht AT, Rn 41; *Ebert*, Strafrecht AT, S. 178; *Schramm*, Ehe und Familie im Strafrecht, 2011, S. 264; vgl. ferner *Kühl*, Strafrecht AT, § 18 Rn 50, 54.

58 *Böhm* (Fn 44), S. 207; zur Bedeutung einzelner Vorschriften des Familienrechts als Grundlage einer strafrechtlichen Garantenstellung S. 193 ff.

59 *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1991, 29/62; *Roxin*, Strafrecht AT II, § 32 Rn 42.

60 BT-Drs. 8/2788, S. 43; ferner *Böhm* (Fn 44), S. 197.

61 So ausdrücklich BT-Drs. 8/2788, S. 43.

62 Vgl. aber zur Problematik der Voraussetzungen der Gefahrherbeiführung (rechtswidrig/rechtmäßig) bereits *Eb. Schmidt*, Niederschriften, Bd. 2, S. 269.

pflicht erstarken lassen. Leben Ehegatten in einer Lebensgemeinschaft, so werden sie regelmäßig auch darauf verzichten, für Notfälle besondere Sicherungsmaßnahmen zu ergreifen. Sie dürfen sich zu Recht darauf verlassen, dass sie vom jeweils anderen Hilfe erhalten, und sie bilden insofern eine Gefahrgemeinschaft. Ob diese Gemeinschaft auf einer rechtlichen Basis steht, kann – will man nicht in die formelle Rechtspflichttheorie verfallen – für die Frage der Gefahrenabwendung keine Rolle spielen.⁶³ Daher ist es zutreffend, wenn das *AG Duisburg* im Jahr 1971 – als homosexuelle Handlungen z. T. sogar noch strafbar waren – eine Garantenstellung innerhalb einer langjährigen homosexuellen Lebensgemeinschaft annahm.⁶⁴ Ebenso richtig erscheint auch die Auffassung des *BGH* aus dem Jahr 1955, eine Verlobung aufgrund einer »ungewöhnlich starken Liebesbeziehung« als Grundlage einer Garantenstellung anzusehen, weil die Verlobten ihre »Schicksale verknüpft« und eine »von der Sitte nicht gebilligte, aber tatsächliche Gemeinschaft des Lebens aufgenommen« hatten.⁶⁵

Es kommt damit nicht auf die Wohngemeinschaft als solche, sondern auf die Lebensgemeinschaft an; diese kann eine Garantenpflicht begründen. Zu den pragmatischen Gründen einer Wohngemeinschaft muss eine Schutzfunktion hinzukommen. Diese muss die vom *LG Kiel* als Obhutsverhältnis bezeichnete Beziehung zwischen den Mitgliedern der Gemeinschaft und ihren Rechtsgütern herstellen. Die Beteiligten müssen sich also berechtigt auf Hilfe im Notfall verlassen und auf weitere Schutzmaßnahmen verzichten dürfen, während der potenzielle Helfer mit diesem Vertrauen rechnen muss. Grundlage ist damit das gefahrenbezogene Vertrauendürfen, soweit für den Garant erkennbar ist, dass die gefährdete Person sich rückhaltlos auf seine Hilfe verlässt.⁶⁶ Bei Vorliegen dieses Elements ist es gerechtfertigt, die Hilfspflicht nicht nur als sittliche, sondern als rechtliche Norm anzusehen, die zur Erfolgsverhinderung zwingt, weil die Einstandspflicht in diesem Fall auf einer Mitverursachung der konkreten Gefahrensituation und damit der Erfolgsdrohung beruht.

VIII. Bedeutung der Familie als Rollengefüge für die Einstandspflicht

Wenn man dieser Auffassung folgt, so versinkt die Familie dennoch keineswegs in Bedeutungslosigkeit; vielmehr bestimmt sie als soziales Rollengefüge den Kern der Garantenpflicht mit. Sie bleibt – auch wenn sie einem erheblichen Wandel unterworfen ist – Teil der Realität, an der sich die Strafvorschriften ausrichten müssen. Wenn die Garantenstellung aus enger Lebensgemeinschaft auf gesellschaftliche Erwartungen und Vertrauen aufbaut, dann müssen diese Grundbedingungen des Pflichtentstandes aufgrund nachvollziehbarer Kriterien bestimmt werden. Hier hat die Rollenerwartung eine entscheidende Bedeutung. So wie die Pflichtwidrigkeit eines Verhaltens im Kontext der Fahrlässigkeitsdelikte über den Idealtypus des »besonnen und gewissenhaften Menschen in einer bestimmten sozialen Rolle« bestimmt

63 *Kretschmer* JR 2008, 51, 52.

64 *AG Duisburg* MDR 1971, 1024; zust. *Otto*, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2004, § 9 Rn 54; *Rudolph/Stein* in: SK-StGB, § 13 Rn 51; abl. *Doering* MDR 1972, 664 f.; *Jakobs*, Strafrecht AT, 29/66.

65 *BGH* JR 1955, 103, 104; differenzierend noch *Stree* in: Schönke/Schröder, 27. Aufl. 2006, § 13 Rn 19.

66 Vgl. auch die Nachweise bei *Doering* MDR 1972, 664; ferner *Zaczyk* in: FS-Rudolph, S. 361, 367 f.

wird,⁶⁷ kann auch hier die Rollenerwartung innerhalb der Familie oder Lebensgemeinschaft zum Maßstab der Einstandspflicht werden. Wenn auch die Familie nicht mehr als sozialer Verband der Prägung der 1960er Jahre – der Zeit, in der der *BGH* das Blutsbande-Kriterium prägte – bestehen mag, so haben sich doch zumindest Rollen aus dem Gesamtgefüge Familie erhalten. Nimmt daher eine Person innerhalb einer sog. Patchwork- oder Regenbogenfamilie eine Rolle als Vater oder Mutter ein, so richten sich hiernach auch die Erwartungen an den Rolleninhaber. Leben zwei Personen wie in einer Ehe zusammen, so sind auch die Erwartungen, die sie aneinander stellen dürfen, denen einer ehelichen Gemeinschaft angeglichen.⁶⁸ Damit werden Familienbegriffe unter Loslösung vom rechtlichen Aspekt der Verwandtschaft zum tatbestandlichen Schema sozialer Erwartungen: Familie ist damit die menschliche Lebensgemeinschaft, die sich in familiären Rollenmustern organisiert, unabhängig von Geschlecht, Alter und Verwandtschaft.

Mit dem Instrument der sozialen Rolle, dem sich aus ihr ergebenden Vertrauen und der Erwartungen kann auch der Einwand, der Vertrauensbegriff habe keine objektiv bestimmbaren Konturen,⁶⁹ so weitgehend entschärft werden, dass die verbleibenden Unklarheiten verfassungsrechtlich hinnehmbar erscheinen. Denn die Rollenzuschreibung ermöglicht zumindest – so wie es das *LG Kiel* festgestellt hat –, dass die Appellfunktion der Strafnorm Wirkung entfalten kann. Die familiäre Rolle bündelt das Vertrauen und Erwarten zu einem für den Betroffenen verständlichen Schema. Dort kann er sich wiederfinden und seine Pflichten erkennen.

Soweit *Lilie* die positiv-rechtliche Rückkopplung durch den Begriff der nahestehenden Person i. S. von § 35 und § 241 StGB sucht,⁷⁰ hat dieser Ansatz für sich, dass er auf eine im Gesetz bereits vorhandene Begrifflichkeit aufbauen kann. Aber im Hinblick auf die Definition des Begriffs »nahe stehend« herrscht keineswegs Klarheit, und sie dient als Kriterium der Entschuldigung.⁷¹ Daher warnt auch *Lilie* davor, aus der Begrifflichkeit der §§ 35, 241 StGB zu viel ableiten zu wollen. Die nahe stehende Person taugt daher keinesfalls zur Begründung aller Garantstellungen aus engen persönlichen Beziehungen, sondern allenfalls als Beweis dafür, dass der Gesetzgeber der persönlichen Nähe als solcher auch strafrechtliche Bedeutung beimisst. In der Begründung des Gesetzesentwurfs wird die Nähebeziehung im Übrigen dahingehend bestimmt, dass sie bei Personen vorliegt, die mit dem Notstandstäter »in Hausgemeinschaft leben oder die in ähnlicher Weise wie Angehörige mit ihm persönlich verbunden sind«⁷².

IX. Verfassungsrechtlicher Schutz von Ehe und Familie als Grundlage einer verwandtschaftlichen Haftung?

Auch die verfassungsrechtliche Garantie eines besonderen Schutzes von Ehe und Familie im bürgerlich-rechtlichen Sinn liefert kein Argument gegen das hier

67 BGH NStZ 2003, 657, 658; NJW 2000, 2754, 2758; ferner Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn 669; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT/2, 7. Aufl. 1989, § 43 Rn 34.

68 Vgl. auch Brammsen (Fn 42), S. 169.

69 Vgl. etwa Maiwald JuS 1981, 473, 481.

70 *Lilie* JZ 1991, 545 f.; dagegen Rudolph/Stein in: SK-StGB, § 13 Rn 51a.

71 Vgl. auch Kühl, Strafrecht AT, § 18 Rn 47.

72 BT-Drs. IV/650, S. 161.

vertretene Verständnis. Denn in der verfassungsrechtlichen und menschenrechtlichen Diskussion wird der Familienbegriff keineswegs statisch verstanden. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG auch Familien einbezogen sind und der verfassungsrechtliche Familienbegriff dem sozialen Wandel nicht unveränderlich entgegensteht.⁷³ Zum anderen entspricht ein weiter Begriff der Familie der Rechtsprechung des *EGMR*. Danach ist der Begriff des Familienlebens umfassend zu verstehen. Er schließt alle Beziehungen zwischen Eltern und ihren Kindern ein, unabhängig von ihrem Status als ehelich oder nicht ehelich. Die Frage, ob es sich um eine legitime Familie handelt, ist nicht relevant, so dass auch Beziehungen erfasst sind, in denen Personen nur de facto eine Familie bilden, soweit sie zusammenleben und eine enge persönliche Bindung besteht. Damit ist das Familienleben i. S. von Art. 8 EMRK faktisch zu bestimmen.⁷⁴ Die biologische Vaterschaft allein begründet nach ausdrücklicher Judikatur des *EGMR* kein geschütztes Familienleben.⁷⁵ Auch das *BVerfG* billigt im Übrigen dem biologischen Vater nicht per se ein Recht zum Kontakt mit seinem leiblichen Kind zu, sondern stellt hier auf die persönliche Bindung ab.⁷⁶

Es ist ferner nicht erkennbar, in welcher Weise Ehe oder Familie der besondere Schutz des Staates verwehrt oder das Ehemonopol in Frage gestellt sein sollte, wenn man die strafrechtliche Garantenpflicht rechtsguts- und gefahrenbezogen auslegt und nicht am Rechtsinstitut von Ehe und Familie orientiert.⁷⁷ Zwar bedeutet die Annahme einer Garantenstellung einen weitergehenden strafrechtlichen Schutz vor Rechtsgutsverletzungen, aber die Versagung eines allein auf die biologische Verwandtschaft rekurrierenden Schutzes stellt keinesfalls einen Verfassungsverstoß dar. Obwohl Art. 6 Abs. 1 GG den besonderen Schutz von Ehe und Familie garantiert, richtet sich der darin enthaltene Schutzauftrag grundsätzlich an den Gesetzgeber. Zwar sind die verfassungsrechtlichen Vorgaben bei der Auslegung des Rechts, insbesondere des Strafrechts, im Einzelfall von individualisierender Bedeutung, aber die Strafbegründung als Verfassungsgebot würde einen individuellen grundrechtlichen Schutzanspruch voraussetzen.⁷⁸ Bedingung hierfür wäre wiederum, dass dem Staat keine andere Möglichkeit bliebe, als das konkrete Rechtsgut in der spezifischen Situation durch die Person, der eine Garantenpflicht auferlegt ist, schützen zu lassen und diesen Schutz mit der Strafe für die Erfolgszurechnung zu bewahren. Dies kann hier schlicht nicht angenommen werden, weil der Gesetzgeber seiner Pflicht zum Schutz der betroffenen Rechtsgüter bereits durch § 323c StGB nachgekommen ist. Zudem wird man eine Pflicht zum Schutz von Leib und Leben durch den anderen Ehegatten oder Verwandten kaum aus Art. 6 Abs. 1 GG, sondern allenfalls aus Art. 2 Abs. 2 GG herleiten können.

73 Vgl. *Uhle* in: Beck-OK-GG, Januar 2013, Art. 6 Rn 14 ff.

74 So ausdrücklich *EGMR* (Große Kammer) NJW 2003, 809, 810; ferner *Meyer-Ladewig*, EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 8 Rn 49 f.

75 *EGMR* Ur. v. 1.6.2004, 45582/99, Slg. 04-IV – *Lebbink/Niederlande*.

76 *BVerfGE* 108, 82, 111 ff.

77 So aber *Jakobs*, Strafrecht AT, 29/61.

78 Vgl. *Badura* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 67. Ergl. 2013, Art. 6 Abs. 1 GG Rn 11.

Eher erscheint es dagegen möglich, aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG eine Garantenpflicht der Eltern abzuleiten. Die Vorschrift weist den Eltern die Pflege und Erziehung ihrer Kinder als »natürliches Recht« und »zuvörderst ihnen obliegende Pflicht« zu. Unmittelbar daraus einen Schluss für das Strafrecht zu ziehen, überzeugt jedoch nicht. Zwar ist der Begriff der Elternschaft in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG vom Gesetzgeber des Grundgesetzes wohl biologisch-genetisch gemeint gewesen.⁷⁹ Aber der Zusammenhang zwischen dem Recht zur Erziehung und der Pflicht zur Pflege macht bereits deutlich, dass die Letztere die Folge aus der – sei es auch nur scheinbaren – Inanspruchnahme des Ersteren ist. Daher spielt auch hier die enge Lebensgemeinschaft eine elementare Rolle. Das subjektive Recht auf eine von staatlicher Einmischung freie Erziehung begründet das Risiko der Vernachlässigung des Kindes. Den Eintritt eines Schadens haben Eltern, die mit ihrem Kind eine Lebensgemeinschaft bilden und so den Staat und seine auch schützende Einmischung »fernhalten«, zu verhüten.⁸⁰ Sie sind Garanten, weil sie den Staat daran hindern, seiner Pflicht zur Erhaltung von Gesundheit und Leben des Kindes aus Art. 2 Abs. 2 GG nachzukommen, indem sie ihr Erziehungsrecht in Anspruch nehmen. Daher erwächst auch hier die Garantenstellung aus der sozialen Rolle und dem damit verbundenen Vertrauen und der Erwartung und nicht aus der Verwandtschaft als solcher. Die Einstandspflicht erwächst aus der Risikoschaffung.

X. Fazit: Soziale Rollenerwartung als Grundlage der Garantenhaftung, Verwandtschaft als Indiz für die Lebensgemeinschaft

Zusammenfassend soll damit festgehalten werden, dass die Garantenpflicht aus familiärer Verbundenheit eine strafrechtliche Haftung aus sozialer Rollenerwartung darstellt. Der Garant haftet nicht, weil er Verwandter ist, sondern aufgrund der persönlichen engen Lebensgemeinschaft. Der Begriff der Familie ist hier Synonym für ein vertrautes Zusammenleben, das auf gegenseitigem berechtigtem Vertrauen und Erwarten⁸¹ aufbaut. Die Voraussetzungen dieser als Familie umschriebenen engen Lebensgemeinschaft als Garantenstellung müssen für den konkreten Einzelfall durch das Gericht durch Beweisaufnahme ermittelt und als Grundlage für Vertrauen⁸² und Erwarten bewertet werden.⁸³ Wie weit die Garantenpflicht im Einzelnen reicht, ist damit noch nicht gesagt. Diese Frage muss aus der konkreten Beziehung beantwortet werden. Die Verhinderungspflicht kann aber nur so weit reichen wie das Vertrauen und die berechnete Erwartung. Zwar erfordert der hier vorgestellte Ansatz exakte Feststellungen der konkreten Tatsituation durch das Gericht und wirft damit Bewertungsfragen auf. Dennoch könnte er eine ausgewogene Lösung zwischen Abbildung der sozialen Wirklichkeit einerseits und der Erfüllung strafrechtsdogmatischer und vor allem verfassungsrechtlicher Bestimmtheitsvorgaben des Art. 103 Abs. 2 GG andererseits leisten.

⁷⁹ Vgl. *Schramm* (Fn 57), S. 256.

⁸⁰ Vgl. hierzu auch *Brammsen* (Fn 42), S. 151 m. w. N.

⁸¹ Vgl. auch *Brammsen* (Fn 42), S. 163 f.

⁸² *Rudolphi/Stein* (in: SK-StGB, § 13 Rn 50) sprechen von der Maßgeblichkeit des gegenseitigen Vertrauens- und Abhängigkeitsverhältnisses.

⁸³ Im Ergebnis ebenso *Stree/Bosch* in: Schönke/Schröder, § 13 Rn 21; vgl. hierzu mit Hinweis auf § 35 StGB als Orientierung *Lilie JZ* 1991, 541, 546; ferner *Wohlers/Gaede* in: NK-StGB, § 13 Rn 50.