
Datum: 08.01.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 3. Strafsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 3 Ss 548/08
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:0108.3SS548.08.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 11 Ns 61 Js 214/07 – 33/08
Schlagworte: Verletzung der Unterhaltspflicht, Leistungsfähigkeit, erweiterte Unterhaltsverpflichtung der Eltern, Einsatz von Schmerzensgeldzahlungen, unterhaltsrechtliche Opfergrenze
Normen: § 170 Abs. 1 StGB, § 1603 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 BGB
Leitsätze:
Eine Verurteilung wegen Unterhaltspflichtverletzung gemäß § 170 Abs. 1 StGB nach Bezug von Sonderzahlungen - hier: Schmerzensgeld - erfordert Feststellungen dazu, ob und in welchem Umfang der Unterhaltsverpflichtete seinen eigenen Unterhalt aus dem durch die Sonderzahlung gebildeten Vermögensstamm bestreiten muss und in welchem Umfang ein verbliebener Vermögensstamm zur Befriedigung des Mindestbedarfs des Kindes herangezogen werden kann unter Berücksichtigung der voraussichtlichen Lebensdauer des Unterhaltsverpflichteten sowie seiner zu erwartenden künftigen Erwerbsmöglichkeiten.

Tenor:

Das angefochtene Urteil wird mit den zugrunde liegenden Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts Bielefeld zurückverwiesen.

Gründe:

I.

Der Angeklagte wurde durch Urteil des Amtsgerichts – Strafrichter – C3 vom 23.01.2008 wegen Verletzung der Unterhaltspflicht zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu je 15,00 € verurteilt. Die gegen dieses Urteil gerichtete Berufung des Angeklagten hat das Landgericht Bielefeld am 09.09.2008 mit der Maßgabe verworfen, dass der Angeklagte wegen Verletzung der Unterhaltspflicht zu einer Geldstrafe in Höhe von 70 Tagessätzen zu je 15,00 € verurteilt wird.

Das Landgericht hat u. a. folgende Feststellungen getroffen:

"(...)

Zum ##### machte er (Anm.: der Angeklagte) sich mit einer ##### selbständig. Geschäftslokal und Wohnung befinden sich zusammen in der C-Straße in C. Diese Tätigkeit übt er noch weiterhin aus. Der Vermieter soll das Mietverhältnis zum 15.10.2008 gekündigt haben, weil er seit drei Monaten keine Miete mehr bezahlt haben will. Seine Bruttoeinkünfte gibt er gegenwärtig mit ca. 700,00 bis 800,00 € an. 2000 heiratete der Angeklagte. Seine Ehefrau hatte sich #####/##### von ihm getrennt. Seit Ende 2007 leben sie erneut getrennt. (...)

Der Angeklagte ist mit der Zeugin L2, die inzwischen ## Jahre alt ist, im Jahre 2000 intim befreundet gewesen. Er ist der Vater des am ##### geborenen Sohnes

E L2. (...)

Nachdem die Stadt C3 mit Schreiben vom ##### Strafanzeige gegen den Angeklagten wegen Unterhaltspflichtverletzung erstattet hatte, zahlte der Angeklagte von September 2003 bis November 2004 monatlich je 250,00 €.(...)

Die Unterhaltsvorschusskasse hat gegenüber dem Angeklagten noch einen Restanspruch in Höhe von 7.872,67 €. Insgesamt beläuft sich der Unterhaltsrückstand des Angeklagten gegenüber seinem Sohn E auf ca. 15.000,00 €. Seit Einstellung der Unterhaltszahlungen im November 2004 hat der Angeklagte keinerlei Unterhaltsleistungen mehr gegenüber seinem Sohn E erbracht. (...)

Zum ##### eröffnete der Angeklagte unter der Anschrift C2 in ##### C eine #####. Bei den angemieteten Räumlichkeiten handelt es sich um ein Geschäftslokal und seine Privatwohnung. Die monatliche Warmmiete für die Räumlichkeiten beläuft sich nach wie vor auf 500,00 €. In der Gewinnermittlung seines Steuerberaters für das Jahr 2005 ist dem gegenüber für Miete und Pacht allein ein Betrag in Höhe von 7.650,00 € sowie für Gas, Strom und Wasser ein weiterer Betrag in Höhe von 724,16 € ausgewiesen.

Im Jahre 2003 erzielte er aus dem Gewerbebetrieb Einkünfte in Höhe von 339,00 € und seine Ehefrau aus nicht selbständiger Tätigkeit Bruttoeinnahmen in Höhe von 19.798,00 €. In den Jahren 2004 und 2006 erwirtschaftete er Verluste von 477,00 €, 9.280,00 € und 3.492,00 €, während seine Ehefrau brutto 22.137,00 €, 19.941,00 € und 19.899,00 € verdiente.

Am ##### erlitt der Angeklagte einen Motorradunfall. Er verletzte sich nicht unerheblich unter anderem im Schulterbereich. 5 Tage lang befand er sich stationär im Krankenhaus.

Nach der Bescheinigung des Facharztes für Allgemeinmedizin N vom 22.07.2006 war der Angeklagte vom ##### bis zum 30.09.2005 inklusive Reha-

bilitation arbeitsunfähig. 14

Die Textil- und Bekleidungsberufsgenossenschaft erachtete hingegen den Angeklagten nur bis zum 31.05.2005 für arbeitsunfähig. Für den Zeitraum vom 01.05.2004 bis zum 04.10.2004 zahlte sie dem Angeklagten am 21.10.2005 Verletztengeld nach §§ 45, 52 SGB VIII in Höhe von 6.423,97 €.(...) 15

Weitere 10.697,88 € Verletztengeld für den Zeitraum vom 05.10.2004 bis zum 31.05.2005 überwies die Berufsgenossenschaft am 01.06.2007. 16

Die Haftpflichtversicherung des Unfallgegners, die B AG, zahlte am 18.06. und 22.10.2004 Schmerzensgeldvorschüsse in Höhe von jeweils 3.000,00 € und am 20.09.2004 einen weiteren Vorschuss in Höhe von 2.000,00 €.(...) 17

Des Weiteren zahlte die B AG am 14.02.2007 auf Grund eines am 26.01.2007 ergangenen Urteils einen Betrag in Höhe von 7.153,03 €, der sich aus einem Betrag von weiteren 6.000,00 € Schmerzensgeld, 215,66 € Heilbehandlungskosten, 18

305,95 € vorgerichtlichen Anwaltskosten und dem verbleibenden Rest an Verzugszinsen zusammensetzte. (...) 19

Einen Teil des Schmerzensgeldes benutzte der Angeklagte zur Erfüllung von Verbindlichkeiten, unter anderem bei seiner Schwester, die ihm nach dem Unfall Geld vorgestreckt haben soll, damit er noch bis November 2004 monatlich 250,00 € Unterhaltsleistungen erbringen konnte. Nähere Einzelheiten zum Verbleib des Geldes haben nicht festgestellt werden können. 20

Die Zeugin L2 wohnt mit ihrem Sohn noch bei ihren Eltern, die in bescheidenen Verhältnissen leben. Von August 2003 bis Dezember 2007 besuchte sie die Schule und erreichte das Abitur. Nebenbei jobbte sie, um den Lebensunterhalt für E und sich sicher zu stellen. E erhielt von Januar 2003 bis Mai 2004 und im Dezember 2004 Sozialleistungen in Höhe von insgesamt 1.058,00 €. Im Jahr 2007 bezog sie BAföG in Höhe von ca. 400,00 € monatlich. Zudem erhielt sie das Kindergeld für E in Höhe von 154,00 € monatlich. (...) 21

Als E L2 am ##### 6 Jahre alt wurde, hatte der Angeklagte Unterhalt nach der 22

2. Altersstufe in Höhe von 247,00 € monatlich zu zahlen. In den Monaten Februar und Juni 2007 war er leistungsfähig und hätte Unterhalt in dieser Höhe erbringen können. Die Unterhaltsverpflichtung an sich und auch die Höhe der Unterhaltsansprüche seines Sohnes waren ihm bekannt. Noch mit Schreiben vom 16.01.2007 wies ihn die Stadt C3 darauf hin, dass E am ##### das 6. Lebensjahr vollende und er deshalb ab dem 01.02.2007 Unterhalt der nächsten Altersstufe in Höhe von 247,00 € zu zahlen habe. 23

Aus dem Betrieb seiner ##### erzielte der Angeklagte im Jahr 2007 monatlich Einkünfte in Höhe von mehr als 700,00 bis 800,00 €. Für das kombinierte Wohn- und Geschäftslokal zahlt er monatlich 500,00 € Warmmiete. Zudem hat er 145,00 € Krankenversicherungsbeitrag zu entrichten. Seine Ehefrau arbeitete im vergangenen Jahr weiterhin als Kassiererin und verdiente monatlich ca. 1.000,00 bis 1.100,00 € netto. Der Einkommenssteuerbescheid für das Jahr 2007 liegt noch nicht vor. 24

Der Angeklagte ist Halter und Eigentümer eines Pkw Opel Calibra Baujahr 1991. Kraftfahrzeugsteuer und Versicherung sind bezahlt.

Der Angeklagte hat bei einer Bank Verbindlichkeiten von gut 3.000,00 €. Inzwischen soll die Bank ein Inkassobüro beauftragt haben. Außerdem bestehen noch Forderungen eines Rechtsanwalts gegen ihn. 26

Der Lebensbedarf des Kindes E L2 war auf Grund der nicht erfolgten Unterhaltszahlungen des Angeklagten in den Monaten Februar und Juni 2007 gefährdet. Die Gefahr wurde durch die Unterhaltsvorschussleistungen der Stadt C3 abgewendet. E verfügt über kein Einkommen und Vermögen. 27

In der Hauptverhandlung erster Instanz beim Amtsgericht in C am 23.01.2008 hat der Angeklagte ausweislich des Protokolls angegeben, mit seiner ##### monatlich ca. 400,00 bis 600,00 € netto zu verdienen. (...)" 28

Im Rahmen der Beweiswürdigung wird im Urteil des Landgerichts u. a. ausgeführt: 29

"Soweit die getroffenen Feststellungen Gegenstand seiner eigenen Wahrnehmung gewesen sind, hat sich der Angeklagte im Wesentlichen geständig eingelassen. Er hat eingeräumt, der Vater des Kindes E L2 zu sein. Er erkennt auch grundsätzlich seine Unterhaltsverpflichtung an. Er meint jedoch, sich nicht einer Unterhalts- 30

pfllichtverletzung in den Monaten Februar und Juni 2007 schuldig gemacht zu haben, da er nicht leistungsfähig gewesen sei. Er habe 700,00 bis 800,00 € monatlich verdient. Die Warmmiete für Geschäft und Wohnung betrage seit Jahren 500,00 €. Für Krankenversicherung zahle er 145,00 € monatlich. Bis zum 30.09.2005 sei er arbeitsunfähig gewesen. Danach habe er noch eine Bandage getragen. Die Zeugin L2 solle anfangen zu arbeiten. Er sei bereit, das Kind bei sich auf zu nehmen. Beim Amtsgericht C habe er nicht angegeben, 400,00 bis 600,00 € netto monatlich zu verdienen. 31

Diese Einlassung des Angeklagten ist, soweit sie zu den getroffenen Feststellungen in Widerspruch steht, zur sicheren Überzeugung der Kammer widerlegt. 32

Das betrifft zum einen die Höhe seiner monatlichen Einkünfte im Jahr 2007 in Höhe von 700,00 bis 800,00 €. Zur sicheren Überzeugung der Kammer steht fest, dass diese Angaben zu niedrig angesetzt sind. 33

Bei der Gewinnermittlung für das Jahr 2005 sind für Miete und Pacht 7.650,00 € und 724,16 € an Kosten für Gas, Strom und Wasser ausgewiesen. Nach seiner Einlassung zahlt er aber bereits seit Jahren 500,00 € Warmmiete für die Räume, die er sowohl als Geschäftslokal aber auch als Wohnung benutzt. Auf diesen Widerspruch hingewiesen hat er dafür keine Erklärung geben können. 34

Bei Mietkosten in Höhe von 500,00 € und einem Krankenversicherungsbeitrag in Höhe von 145,00 € wären ihm bei 700,00 € Bruttoeinkommen nur 155,00 € zum Bestreiten seines Lebensunterhalts verblieben. Da er zudem einen Pkw unterhält, müssen ihm monatlich höhere Einkünfte zur Verfügung gestanden haben, da er auch gerade nicht darauf verwiesen hat, von seiner Ehefrau unterstützt worden zu sein. 35

Die Kammer hat zum anderen auch keinen Zweifel daran, dass der Angeklagte in erster Instanz sein Einkommen mit monatlich 400,00 bis 600,00 € netto beziffert hat. Diese Angabe ist im Hauptverhandlungsprotokoll festgehalten und findet sich auch im Urteil erster Instanz 36

wieder. Anhaltspunkte für ein akustisches Missverständnis der Protokollführerin und des Strafrichters sind nicht ersichtlich. Vielmehr war in der Berufungsverhandlung das Bestreben des Angeklagten zu erkennen, seine Einkommenssituation als möglichst schwierig darzustellen. Dazu passt, dass er auch zum Verbleib der recht beträchtlichen Schmerzensgeldbeträge ausweichend reagiert hat.

(...)." 37

Im Rahmen der rechtlichen Würdigung wird u.a. Folgendes dargelegt: 38

"Der Angeklagte hat sich danach in den Monaten Februar und Juni 2007 einer Unterhaltspflichtverletzung gemäß § 170 Abs. 1 StGB schuldig gemacht. Seinem am ##### geborenen minderjährigen Sohn E L2 ist er gesetzlich gemäß 39

§ 1601 BGB zum Unterhalt verpflichtet. (...) 40

Das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Leistungsfähigkeit des Angeklagten ist ebenfalls erfüllt. Den Angeklagten traf die gegenüber der gesetzlichen Regel des § 1603 Abs. 1 BGB erweiterte Unterhaltspflicht nach § 1603 Abs. 2 Satz 1 BGB. Allerdings besteht die erweiterte Unterhaltspflicht auch nur bei Sicherstellung des notwendigen Eigenbedarfs (OLG Koblenz NStZ 2005, 640). Der Selbstbehalt eines berufstätigen Unterhaltspflichtigen gegenüber minderjährigen unverheirateten Kindern lag im Jahr 2007 bei 890,00 €, Ziffer 21.2 der Leitlinien zum Unterhaltsrecht des OLG Hamm, Stand 01.07.2005 und 01.07.2007. 41

Nach Ziffer 1.5 der vorgenannten Leitlinien sind Einkommen aus selbständiger Tätigkeit anhand der Gewinn- und Verlustrechnungen bzw. Einnahmen-Überschussrechnungen zu ermitteln. Zum Ausgleich von Schwankungen oder zur Feststellung eines Trends ist auf einen mehrjährigen Zeitraum, in der Regel 3 Jahre, abzustellen, ähnlich auch BayObIGSt 2002, 71; OLG Koblenz a.a.O.. 42

Überwiegend lehnt demgegenüber die obergerichtliche Strafrechtsprechung und die strafrechtliche Literatur Durchschnittsberechnungen für einen größeren Zeitraum ab und verlangt die Feststellung der Leistungsfähigkeit für jeden einzelnen Zeitabschnitt (OLG Celle StV 2001, 349; BayObIG NStE Nr. 4 zu § 170 b StGB; OLG Köln 43

NJW 1962, 1517; Schönke/Schröder-Lenkner, 27. Auflage, § 170 Rdnr. 22; 44

Münch Komm-Ritscher, § 170 Rdnr. 46; so wohl auch Fischer, 55. Auflage, § 170 Rdnr. 8 a). 45

Die Kammer neigt der letztgenannten Auffassung zu, letztlich kann die Entscheidung aber dahinstehen, da der Angeklagte in den Monaten Februar und Juni 2007 nach den Berechnungsmodalitäten beider Auffassungen laufende Einkünfte unterhalb des Selbstbehalts von 890,00 € monatlich erzielt hat. 46

Nach dem Einkommenssteuerbescheid hat der Angeklagte im Jahr 2004 nur Negativeinkünfte in Höhe von 477,00 € erzielt. Allerdings ist dabei unberücksichtigt geblieben, dass er am 21.10.2005 für den Zeitraum vom 01.05. bis 04.10.2004 Verletztengeld in Höhe von 6.423,97 € ausgezahlt erhalten hat, zusätzlich noch am 01.06.2007 für den Folgezeitraum bis zum 31.05.2005 weitere 10.697,88 €. Von diesem Betrag sind 3.898,38 € noch auf das Jahr 2004 bis zum 31.12.2004 anzurechnen. Außerdem sind ihm insgesamt 8.000,00 € Vorschuss auf Schmerzensgeldzahlungen zugeflossen. (...) 47

Für das Jahr 2004 errechnen sich danach Einkünfte in Höhe von 17.845,35 €, die sich aus 10.322,35 € Verletztengeld, 8.000,00 € Schmerzensgeld und 477,00 € Negativeinkünften zusammen setzen.

Für das Jahr 2005 verbleibt ein anrechenbares Verletztengeld für den Zeitraum bis zum 31.05.2005 in Höhe von 6.799,50 €. Die Gewinnermittlung für dieses Jahr weist zwar einen steuerlichen Verlust von 9.280,84 € aus. Sie ist jedoch deutlich zu mindern, (...) 49

Danach verbleibt nur noch ein steuerlicher Verlust in Höhe von 3.119,18 €. Wird dieser Betrag von dem Verletztengeld in Höhe von 6.799,50 € in Abzug gebracht, errechnet sich ein Einkommen in Höhe von 3.680,32 €. 50

Nach dem Einkommenssteuerbescheid hat der Angeklagte im Jahr 2006 Negativeinkünfte in Höhe von 3.492,00 € erzielt. Ob dabei auch wieder Raumkosten in ähnlicher Größenordnung wie bei der Gewinnermittlung für das Jahr 2005 berücksichtigt worden sind, hat nicht festgestellt werden können. 51

Im Jahr 2007 hat der Angeklagte mindestens 700,00 € brutto verdient. 52

Wenn die gleichbleibenden Einkünfte für das Jahr 2007 für sich isoliert genommen werden, liegen sie ebenso unter dem Selbstbehalt von 890,00 €, als wenn das Durchschnittseinkommen aus den Jahren 2004 und 2006 ermittelt wird. (...) 53

Wenn auch in den Monaten Februar und Juni 2007 der Angeklagte jedenfalls mehr als 700,00 € Einnahmen erzielte, war er gleichwohl als leistungsfähig einzustufen. Immerhin zahlte die B AG am 14.02.2007 weitere 7.153,03 €, wovon weitere 6.000,00 € auf zuerkannte Schmerzensgeldansprüche geleistet wurden. Die Schmerzensgeldzahlung ist als Einkommen zu behandeln. Sie ist auch nicht als Einkommen auf das Jahr 2007 zu verteilen. Dem Angeklagten kann allenfalls die Verwendung der Hälfte dieses Betrages zur Abdeckung eines etwaigen Nachholbedarfs zugebilligt werden. Der Restbetrag des Schmerzensgeld in Höhe von 54

3.000,00 € ist jedenfalls für die Monate Februar – Juni 2007 in Höhe von monatlich 600,00 € dem Einkommen hinzuzurechnen. Der Selbstbehalt von 890,00 € wird dadurch überschritten und der Angeklagte ist erweitert unterhaltspflichtig. Als Ausfluss der ihn treffenden erweiterten Unterhaltungspflicht war er verpflichtet, den den Selbstbehalt übersteigenden Einkommensbetrag zur Zahlung des Regelunterhalts in Höhe von 247,00 € an seinen Sohn E jedenfalls in den Monaten Februar und Juni 2007 einzusetzen." 55

Gegen das seinem Verteidiger am 17.10.2008 zugestellte Urteil hat der Angeklagte mit Telefax-Schreiben seines Verteidigers vom 16.09.2008, eingegangen bei dem Landgericht Bielefeld am selben Tag, Revision eingelegt und diese mit weiterem Telefax-Schreiben seines Verteidigers vom 17.11.2008, eingegangen bei dem Landgericht Bielefeld am selben Tag, mit der Verletzung formellen und materiellen Rechts unter näherer Ausführung der erhobenen Sachrüge begründet. 56

II. 57

Die Revision des Angeklagten hat mit der allein ausgeführten und damit in zulässiger Weise erhobenen Sachrüge zumindest vorläufig Erfolg und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts. 58

Die Feststellungen tragen eine Verurteilung des Angeklagten wegen Verletzung der Unterhaltspflicht gemäß § 170 Abs. 1 StGB nicht. Weder sie noch die Ausführungen im Rahmen der Beweiswürdigung belegen, dass der Angeklagte während des ihm vorgeworfenen Tatzeitraumes Februar und Juni 2007 leistungsfähig im Sinne des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals des § 170 Abs. 1 StGB war.	59
Eine Leistungsfähigkeit des Angeklagten setzt voraus, dass er in dem fraglichen Zeitraum tatsächlich zu einer mindestens teilweisen Leistung des Unterhalts für seinen Sohn E L2 imstande war, ohne seine eigene Existenz zu gefährden, wobei es auch der Feststellung des konkreten Umfangs einer bestehenden Leistungsfähigkeit bedarf.	60
Maßstab für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit eines Unterhaltsverpflichteten ist das bürgerliche Recht. Zu berücksichtigen sind dabei regelmäßig diejenigen Mittel	61
- insoweit sind nähere ziffernmäßige Angaben erforderlich -, die der unterhaltsverpflichteten Person tatsächlich zur Verfügung stehen und die sie von Rechts wegen behalten darf (Fischer, StGB, 55. Aufl., § 170 Rdnr. 8, 8a).	62
Gemäß § 1603 Abs. 1 BGB ist unterhaltspflichtig nicht, wer bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines angemessenen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren. Gemäß § 1603 Abs. 2 S. 1 BGB sind Eltern, die sich in dieser Lage befinden, ihren minderjährigen unverheira-	63
teten Kindern gegenüber verpflichtet, alle verfügbaren Mittel zu ihrem und der Kinder Unterhalt gleichmäßig zu verwenden. Gegenüber minderjährigen unverheirateten Kindern besteht somit grundsätzlich eine verschärfte Unterhaltspflicht, die besagt, dass der Unterhaltspflichtige auch dann alle für den Unterhalt zur Verfügung stehenden Mittel gleichmäßig für seinen und den Unterhalt des Kindes verwenden muss, wenn auf diese Weise der eigene angemessene Unterhalt nicht gesichert werden kann. Erst die Gefährdung des notwendigen Unterhalts bildet die Grenze, die sich an sozialrechtlichen Gesichtspunkten orientiert und bei erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen mit 890,00 € bis Juni 2007 anzusetzen ist (Schulze/Dörner/Ebert, BGB, 5. Aufl. 2007, § 1603 Rdnrn. 9, 10).	64
Die erweiterte Unterhaltsverpflichtung der Eltern gebietet es, die Leistungsfähigkeit unabhängig davon zu beurteilen, woher die zur Verfügung stehenden Mittel stammen (Wendl/Staudigl, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 7. Aufl. 2008, § 2, Rdnr. 259). Dies rechtfertigt es, auch ein Schmerzensgeld, das der unterhaltspflichtige Elternteil erhalten hat, zu den Mitteln zu rechnen, deren Einsatz ihm nach § 1603 Abs. 2 S. 1 BGB zugemutet wird (Wendl/Staudigl, a.a.O., Rdnr. 259, BGH, FamRZ 1989, S. 170, 172).	65
Der Berücksichtigung von Schmerzensgeldzahlungen steht die spezifische schadensersatzrechtliche Funktion des Schmerzensgeldes – der Ausgleich immaterieller Beeinträchtigungen des Betroffenen und Genugtuung – nicht entgegen (BGH,	66
NJW 1989, S. 524, 526). Eine derartige Zweckbestimmung ist für die unterhalts-	67
rechtliche Leistungsfähigkeit des Empfängers nicht ohne Weiteres maßgebend. Gerade die erweiterte Unterhaltspflicht gemäß § 1603 Abs. 2 S. 1 BGB, die auf der besonderen familienrechtlichen Verantwortung der Eltern für ihre minderjährigen unverheirateten Kinder beruht, gebietet es, die Leistungsfähigkeit im Grundsatz unabhängig davon zu beurteilen, woher die zur Verfügung stehenden Mittel stammen und worauf ihre Zuwendung beruht. Das rechtfertigt es, auch das Schmerzensgeld zu den Mitteln zu rechnen, deren Einsatz dem	68

Elternteil in § 1603 Abs. 2 S. 1 BGB zugemutet wird (BGH, a.a.O.).

Dieser Einsatz schließt es nicht aus, der besonderen Ausgleichsfunktion, die dem Schmerzensgeld für den Empfänger zukommt, bei der Bestimmung der ihm zumutbaren unterhaltsrechtlichen Opfergrenze in billiger Weise Rechnung zu tragen. Hat der Schmerzensgeldempfänger solche körperliche Verletzungen erlitten, dass er während des Unterhaltszeitraums unter andauernden, schwerwiegenden Behinderungen leidet, so ist derartigen Belastungen durch eine maßvolle, die Belange des Kindes berücksichtigende Anhebung dessen Rechnung zu tragen, was ihm als unterhaltspflichtigem Elternteil zur Deckung seines notwendigen Eigenbedarfs zu belassen ist (BGH, a.a.O.).

69

Eine solche Anhebung des Selbstbehalts kommt hier nicht in Betracht, da Anhaltspunkte für eine fortdauernde Behinderung oder schwerwiegende Beeinträchtigung des Angeklagten während des maßgeblichen Tatzeitraums (oder während einer anderen Zeit) nicht ersichtlich sind, so dass es bei der Berücksichtigung eines Selbstbehalts in Höhe von maximal 890,00 € monatlich bis Juni 2007 verbleibt. Durch diesen Betrag erfährt die unterhaltsrechtliche Opfergrenze des Angeklagten gegenüber seinem minderjährigen Kind E ihre Konkretisierung, d. h., dass ihm als Unterhaltspflichtigem von seinem Einkommen mindestens dieser Betrag für den eigenen Unterhalt erhalten bleiben muss.

70

Die unterhaltsrechtliche Opfergrenze greift auch dort ein, wo der Kindesunterhalt

71

nur aus dem Stamm des Vermögens aufgebracht werden kann (BGH, NJW 1989,

72

S. 524, 525). Dass der unterhaltspflichtige Elternteil in Ermangelung sonstiger Mittel grundsätzlich auch den Vermögensstamm zur Bestreitung des Unterhalts einsetzen muss, steht außer Frage. Eine allgemeine Billigkeitsgrenze, wie sie insoweit etwa für den Unterhalt zwischen geschiedenen Ehegatten gilt, sieht das Gesetz beim Unterhalt zwischen Verwandten nicht vor. Allerdings findet auch die Obliegenheit zum Einsatz des Vermögensstammes dort ihre Grenze, wo der Eigenbedarf des Unterhaltspflichtigen berührt wird. Eine Verwertung des Vermögensstammes kann daher nicht verlangt werden, wenn sie den Unterhaltsschuldner von fortlaufenden Einkünften abschneiden würde, die er zur Bestreitung seines eigenen Unterhalts benötigt (BGH, a.a.O., m. w. N.). Dabei wird das Maß der für den eigenen Unterhalt benötigten Mittel, soweit es um die erweiterte Unterhaltspflicht nach § 1603 Abs. 2

73

S. 1 BGB geht, gleichfalls durch die vorgenannte Opfergrenze bestimmt und damit auf den notwendigen Eigenbedarf beschränkt. Bleiben die Einkünfte des Elternteils aus dem Vermögen von vornherein hinter diesem Maß zurück und muss er mangels sonstiger Mittel sogar zur Sicherstellung dieses eigenen Bedarfs den Stamm des Vermögens angreifen, so geht er deswegen nicht des Schutzes des notwendigen Selbstbehalts verlustig. Der Umstand, dass die unvermeidliche Inanspruchnahme des Vermögens für den eigenen Unterhalt in absehbarer Zeit zur Erschöpfung der Mittel führen und der Elternteil deshalb später voraussichtlich auf Leistungen Dritter oder öffentliche Unterstützung angewiesen sein wird, rechtfertigt es nicht, ihn als weniger schonungsbedürftig anzusehen und ohne Weiteres zur Deckung des Mindestbedarfs des Kindes heranzuziehen (BGH, a.a.O.).

74

Muss ein Unterhaltspflichtiger daher seinen eigenen Unterhalt ganz oder teilweise aus seinem Vermögensstamm bestreiten, so kann ihm nach § 1603 Abs. 2 S. 1 BGB nicht zugemutet werden, den Mindestbedarf des unterhaltsbedürftigen Kindes zu decken. Vielmehr muss die Sicherung des Eigenbedarfs auch die Gewährleistung des künftigen eigenen Unterhalts einschließen. Leistungsfähig ist der Unterhaltspflichtige nur, wenn er auf Dauer

75

selbst gesichert ist. Bei der Bestimmung des Vermögens, das zur Sicherung des eigenen Unterhalts des Unterhaltspflichtigen zu schonen ist, ist daher die gesamte voraussichtliche Lebensdauer des Unterhaltspflichtigen zu berücksichtigen. Auch im Rahmen der erweiterten Unterhaltspflicht nach § 1603 Abs. 2 S. 1 BGB kann der Vermögensstamm folglich zur Befriedigung des Mindestbedarfs des Kindes nur in dem Maße herangezogen werden, in welchem unter Berücksichtigung der voraussichtlichen Lebensdauer, allerdings unter gleichzeitiger Einbeziehung etwa zu erwartender künftiger Erwerbsmöglichkeiten, der notwendige Eigenbedarf des Unterhaltspflichtigen bis an sein Lebensende gesichert bleibt. Sind danach keine Mittel für den Unterhalt des Berechtigten übrig, so begründet das Vermögen keine Leistungsfähigkeit und damit keine Unterhaltsverpflichtung, auch nicht zur Befriedigung des Mindestbedarfs des bedürftigen Verwandten (BGH, NJW 1989,

S. 524, 525 m. w. N.).

76

Unter Berücksichtigung vorgenannter Grundsätze tragen die Feststellungen und Ausführungen des Landgerichts im Rahmen der Beweiswürdigung die Bejahung einer Leistungsfähigkeit des Angeklagten in den Monaten Februar und Juni 2007 nicht.

77

Gemäß Feststellungen des Landgerichts erwirtschaftete der Angeklagte aus seinem Gewerbebetrieb im Jahr 2003 Einkünfte in Höhe von 339,00 € und in den Jahren 2004 bis 2006 Verluste in Höhe von 477,00 €, 9.280,00 € und 3.492,00 €, während seine Ehefrau brutto 19.798,00 €, 22.137,00 €, 19.941,00 € und 19.899,00 € verdiente.

78

Im Jahr 2007 erzielte der Angeklagte monatlich Einkünfte in Höhe von mehr als 700,00 bis 800,00 € - ob netto oder brutto teilt das Urteil nicht mit -, zahlte für das kombinierte Wohn- und Geschäftslokal monatlich 500,00 € Warmmiete und zudem 145,00 € Krankenversicherungsbeitrag, während seine Ehefrau monatlich ca. 1.000,00 bis 1.100,00 € netto verdiente.

79

Das Gericht ist zu der Überzeugung gelangt, dass monatliche Einkünfte im Jahr 2007 in Höhe von 700,00 bis 800,00 € zu niedrig angesetzt seien, dem Angeklagten monatlich höhere Einkünfte zur Verfügung gestanden haben müssten, der Angeklagte diese in erster Instanz mit monatlich 400,00 bis 600,00 € netto beziffert habe, der Angeklagte im Jahr 2007 mindestens 700,00 € brutto verdient und er in den Monaten Februar und Juni 2007 jedenfalls mehr als 700,00 € Einnahmen erzielt habe.

80

Diese Ausführungen ermöglichen dem Revisionsgericht nicht die Prüfung, in welcher Höhe der Angeklagte tatsächlich im Jahr 2007 Einkünfte erzielte und in welchem konkreten Umfang er davon imstande war, seinen eigenen Unterhalt zu sichern. Zugunsten des Angeklagten ist daher davon auszugehen, dass, wie die Kammer ebenfalls ausführt, die Einkünfte des Angeklagten seinen Selbstbehalt nicht deckten. Berechenbare Beträge, die zur Deckung eines Teilbetrages des Selbstbehalts herangezogen werden könnten, lassen sich dem Urteil des Landgerichts nicht zweifelsfrei entnehmen, so dass zunächst davon auszugehen ist, dass in den Jahren 2004 bis 2006 aufgrund der Erwirtschaftung von Verlusten und im Jahr 2007 mangels hinreichender Einkünfte des Angeklagten sein Selbstbehalt in Höhe von 890,00 € in voller Höhe nicht sichergestellt war.

81

Da der Angeklagte in den Jahren 2004 bis 2007 jedoch aufgrund eines am ##### erlittenen Motorradunfalls und daraus resultierender Arbeitsunfähigkeit vom ##### bis zum 30.09.2005 Sonderzahlungen erhielt, sind diese (nach den bisherigen Feststellungen allein) der Berechnung seiner Leistungsfähigkeit zugrunde zu legen.

82

83

So bezog der Angeklagte laut Urteilsfeststellungen am 21.10.2005 Verletztengeld in Höhe von 6.423,97 € und am 01.06.2007 in Höhe von 10.697,88 € für die Zeit seiner Arbeitsunfähigkeit (17 Monate) nach den §§ 45, 52 SGB VIII (gemeint ist wohl SGB VII: Verletztengeld aufgrund gesetzlicher Unfallversicherung bei Arbeitsunfähigkeit).

Das Verletztengeld erfüllt eine Einkommensersatzfunktion, so dass die Vermutung des § 1610 a BGB, die sich nur auf schadensbedingte Mehraufwendungen in Folge eines Körper- oder Gesundheitsschadens bezieht, nicht gilt, sondern für den Fall unfallbedingter Mehraufwendungen solche von dem Angeklagten hätten dargelegt und bewiesen werden müssen. Mangels entsprechender Feststellungen sind schädigungsbedingte Mehraufwendungen nicht zu berücksichtigen, so dass entsprechend der gesetzlichen Einkommensersatzfunktion des Verletztengeldes für den maßgeblichen Zeitraum (01.05.2004 bis 30.09.2005) Einkünfte in Höhe von insgesamt 17.121,85 € feststellbar sind, von denen zunächst der Selbstbehalt in Höhe von 890,00 € monatlich – ein geringerer Betrag ist für diese Zeit den Feststellungen nicht zu entnehmen – für 17 Monate, somit in Höhe von 15.130,00 €, in Abzug zu bringen sind. Demzufolge verbleibt ein Restbetrag in Höhe von 1.991,85 €.

84

Da keine Feststellungen zu anderweitigen Einkünften des Angeklagten in dem vorgenannten Zeitraum getroffen wurden, bezieht der Senat - trotz Teilzahlung erst am 01.06.2007 in Höhe von 10.697,88 € - den Gesamtbetrag entsprechend der Zielsetzung der gesetzlichen Unfallversicherung auf den Zeitraum der Arbeitsunfähigkeit und nicht die spätere Teilzahlung auf die Zeit ihres tatsächlichen Bezuges. Eine andere Beurteilung wäre dann möglich, wenn festgestellt wäre, dass der Angeklagte im Zeitraum seiner Arbeitsunfähigkeit aufgrund anderweitiger Einkünfte oder Unterstützungsleistungen Dritter seinen Selbstbehalt sicherstellen konnte.

85

Zu dem danach verbliebenen Vermögen in Höhe von 1.991,85 € erhielt der Angeklagte am 18.06. und 22.10.2004 Schmerzensgeldzahlungen in Höhe von jeweils 3.000,00 € und am 20.09.2004 weitere 2.000,00 €. Somit verfügte er über insgesamt 9.991,85 € im vorgenannten Zeitraum.

86

Da der Angeklagte in der Zeit von 2004 bis 2006 ausschließlich Verluste aus dem Betrieb seines Gewerbes erwirtschaftete und er bis zum 30.09.2005 arbeitsunfähig war - der Senat geht insoweit nicht von der abweichenden Einschätzung der Textil- und Bekleidungsberufsgenossenschaft, die den Angeklagten lediglich bis zum 31.05.2005 als arbeitsunfähig erachtete, aus -, war in der Folgezeit, somit vom 01.10.2005 bis zum 31.12.2006, sein Selbstbehalt in Höhe von monatlich 890,00 € (bezogen auf die Dauer von 15 Monaten, somit in Höhe von 13.350,00 €) von diesem verbliebenen Vermögen in Höhe von 9.991,85 € zu decken mit der Folge, dass der Vermögensstamm am 31.12.2006 bereits vollständig verbraucht war.

87

Zwar zahlte die B AG dem Angeklagten am 14.02.2007 einen Betrag in Höhe von 6.000,00 € als Schmerzensgeld, so dass insoweit wieder Vermögen vorhanden war. Von diesem benutzte der Angeklagte jedoch gemäß Urteilsfeststellungen einen Teil zur Erfüllung von Verbindlichkeiten, u. a. bei seiner Schwester, die ihm nach dem Unfall Geld vorgestreckt haben soll, damit er noch bis November 2004 monatlich 250,00 € Unterhaltsleistungen erbringen konnte. Da der Angeklagte ab dem 01.05.2004 arbeitsunfähig und gemäß oben genannter Ausführungen leistungsunfähig war, ist ein Betrag in Höhe von maximal 1.750,00 € (7 x 250,00 €) an Verbindlichkeiten gegenüber der Schwester in Ansatz zu bringen, so dass dem Angeklagten für das Jahr 2007, in dem er zur Deckung seines Selbstbehalts keine ausreichenden Einkünfte erzielte, ein Restbetrag in Höhe von 4.250,00 € verblieb.

88

Jedenfalls bezogen auf das Jahr 2007, somit für die Dauer von 12 Monaten, - im Hinblick auf die Folgezeit sind fehlende zu erwartende Erwerbsmöglichkeiten des Angeklagten nicht festgestellt, so dass der Senat eine längerfristige Berechnung nicht vornimmt - war von diesem Betrag in Höhe von 4.250,00 € zunächst der notwendige Eigenbedarf des Angeklagten in Höhe von 890,00 € monatlich zu sichern, der sich im Übrigen ab Juli 2007 auf 900,00 € erhöhte. Nach Abzug dieses eigenen Unterhalts des Angeklagten waren in den Monaten Februar und Juni 2007 Mittel für den Unterhalt des Kindes E L2 nicht vorhanden. 89

Die bisher festgestellten Einkommens- und Vermögensverhältnisse begründen demzufolge keine Leistungsfähigkeit und damit keine Unterhaltsverpflichtung des Angeklagten für sein Kind E im festgestellten Tatzeitraum. Da ergänzende Feststellungen zu Art und Umfang weiterer Einkünfte des Angeklagten möglich sind, war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts zurückzuver-weisen. 90