
Datum: 07.07.2011
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Senat für Familiensachen
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: II-2 WF 286/10
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2011:0707.II2WF286.10.00

Vorinstanz: Amtsgericht Marl, 11 F 203/10

Tenor:

Die sofortige Beschwerde der Antragsteller vom ### gegen den Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht - Marl vom ### wird zurückgewiesen.

Gründe

- I. 2
- Über das Vermögen des Antragsgegners ist das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Antragsteller erstreben in dem vorliegenden, noch nicht rechtshängig gewordenen Verfahren, die Feststellung, dass in der Vergangenheit aufgelaufene Rückstände auf Zahlung von Kindesunterhalt aus dem Urteil des Amtsgerichts – Familiengericht – Marl vom ### (Az. # F ##) auf einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung des Antragsgegners beruhen. 3
- In einem anderen mittlerweile ebenfalls beim Amtsgericht – Familiengericht – Marl rechtshängigen Verfahren (Az. # F ##) erstrebt der Antragsgegner die Feststellung, dass sein Widerspruch gegen die von den Antragstellern zur Insolvenztabelle angemeldete Forderung auf rückständigen Kindesunterhalt begründet ist, soweit die Forderung auf den Rechtsgrund der vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung gestützt worden ist. 4
- Mit der angefochtenen Entscheidung hat das Familiengericht den Antrag der Antragsteller auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe mangels hinreichender Erfolgsaussicht (§§ 113 I 1, 2 FamFG, 114 ZPO) zurückgewiesen. Es ist der Ansicht, für ihren Antrag auf Feststellung des Bestehens einer Forderung aus unerlaubter Handlung fehle das Rechtsschutzbedürfnis, da bereits ein negativer Feststellungsantrag des Antragsgegners mit identischem Verfahrensgegenstand anhängig sei. 5

II.	6
Die gem. den §§ 113 I 1, 2 FamFG, 127 II 2, 3 ZPO zulässige sofortige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.	7
1)	8
Der Senat teilt zwar die Auffassung des Familiengerichts, dass es an einem Rechtsschutzbedürfnis für den Feststellungsantrag der Antragsteller fehle nicht.	9
Das Feststellungsinteresse der Antragsteller beruht auf der Möglichkeit, durch ihren Antrag eine Ausnahme ihrer Forderung auf Zahlung von rückständigem Kindesunterhalt von der Restschuldbefreiung gem. § 302 InsO zu erreichen. Da ihre Unterhaltsforderung zwar titulierte, aber nicht der Anspruchsgrund einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung rechtskräftig festgestellt ist, können sie ihr Ziel nur erreichen, indem sie mit dem Feststellungsantrag einen weiteren Titel gegen den Antragsgegner erwirken, in welchem der Rechtsgrund ihres Anspruchs rechtskräftig festgestellt wird. Eine entsprechende Anwendung der §§ 183 II, 184 II InsO scheidet mangels Vorliegens eines Schuldtitels zum Rechtsgrund der unerlaubten Handlung aus (vgl. BGH, Urteil vom 2.12.2010 – IX ZR 41/10 -, abgedruckt in MDR 2011, 130 f.).	10
Das Feststellungsinteresse der Antragsteller entfällt nicht deswegen, weil der Antragsgegner in einem anderen Verfahren eine negative Feststellungsklage erhoben hat, denn für den Antrag des Antragsgegners auf Feststellung der Begründetheit seines Widerspruchs gegen die zur Insolvenztabelle angemeldete Forderung der Antragsteller fehlt es an einem Rechtsschutzbedürfnis, solange der von den Antragstellern behauptete Rechtsgrund der vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung nicht rechtskräftig festgestellt worden ist (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 15.10.2003 – 13 W 42/03 -, abgedruckt in ZIP 2003, 2311 f.; Schumacher, Münchner Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., § 184 Rz. 8).	11
2)	12
Die fehlende Erfolgsaussicht der Antragsteller begründet sich jedoch darauf, nicht schlüssig dargelegt zu haben, dass die Nichtbefriedigung ihrer titulierten Unterhaltsansprüche in der Vergangenheit auf einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung des Antragsgegners i. S. d. § 302 InsO beruht.	13
Die im Jahr 2007 titulierten Ansprüche der Antragsteller auf Zahlung von Kindesunterhalt beruhen nicht auf einer unerlaubten Handlung. Der Rechtsgrund der unerlaubten Handlung kann daher nur dadurch erfüllt sein, dass sich der Antragsgegner nachträglich der Erfüllung seiner – titulierten – Unterhaltsverpflichtung entzogen hat (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 22.6.2010 – 13 UF 252/09 -, abgedruckt bei "juris", Rz. 4, 9 ff.). Für die Feststellung einer nachträglichen Erfüllung des Tatbestandes der unerlaubten Handlung wegen Verletzung der Unterhaltspflicht (§§ 823 II BGB, 170 StGB) trifft die Antragsteller – als Gläubiger der Forderung - die Darlegungs- und Beweislast (vgl. Wimmer-Ahrens, Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 6. Aufl., § 302 Rn. 3 m. w. N.). Sie müssen im Einzelnen darlegen und beweisen, dass sich der Antragsgegner vorsätzlich seiner Unterhaltspflicht entzogen hat, obwohl er dazu in der Lage war, den titulierten Unterhalt zu leisten und dass ihnen dadurch ein Schaden in Höhe der geltend gemachten rückständigen Unterhaltsforderung entstanden ist. Steht der objektive Tatbestand einer Unterhaltspflichtverletzung fest, obliegt es dem Antragsgegner als Schuldner der Forderung – von den Antragstellern zu widerlegende – Tatsachen vorzutragen, die die Annahme rechtfertigen, dass er nicht vorsätzlich gehandelt	14

hat (sog. "sekundäre Darlegungslast"; vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.10.2006 – 3 WF 192/06 -, abgedruckt bei "juris", Rz. 2 f.).

Vorliegend kann auf der Grundlage des Sachvortrages der Antragsteller nicht ansatzweise davon ausgegangen werden, dass sich der Antragsgegner seiner Unterhaltspflicht entzogen hat i. S. d. § 170 StGB. 15

a) 16

Die Verletzung der Unterhaltspflicht setzt das materiell-rechtliche Bestehen einer Unterhaltspflicht voraus. Bestand eine solche Pflicht und ist sie nachträglich weggefallen, kommt eine Verletzung der Unterhaltspflicht auch dann nicht in Betracht, wenn die Höhe des geschuldeten Unterhalts rechtskräftig titulierte ist (vgl. dazu auch: Schönke/Schröder-Leckner/Bosch, Strafbuch, 28. Aufl., § 170 Rn. 13 m. w. N.). 17

Das Bestehen einer Unterhaltspflicht setzt die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners voraus (§ 1603 I BGB). Ausnahmsweise kann auch bei tatsächlicher Leistungsunfähigkeit eine Unterhaltspflicht bestehen, wenn der Unterhaltsschuldner gegen seine, sich aus § 1603 II 1 BGB ergebende Obliegenheit, alle verfügbaren Mittel zur Deckung des Mindestkindesunterhalts einzusetzen verletzt, wozu auch die Ausnutzung seiner Arbeitskraft gehört. Unterlässt er es, sich in ihm zumutbaren Maße um den Erhalt einer geeigneten Arbeitsstelle zu bemühen und kann davon ausgegangen werden, dass er bei ausreichenden Erwerbsbemühungen eine entsprechende Anstellung gefunden hätte, ist er in dem Umfang als leistungsfähig zu behandeln, in dem er zur Deckung des Mindestkindesunterhalts verfügbares Einkommen ohne Gefährdung seines eigenen notwendigen Selbstbehalts verdienen könnte (vgl. Senat, Beschluss vom 27.5.2010 – 2 UF 8/10 -, abgedruckt in NJW-RR 2010, 1657, 1658). 18

Aus dem Sachvortrag der Antragsteller ergibt sich nicht, in welchem konkreten Zeitraum der Antragsgegner seine Unterhaltspflicht verletzt haben soll. Sie haben auch keine Angaben zum Einkommen des Antragsgegners gemacht, aus welchen auf seine Leistungsfähigkeit geschlossen werden könnte. Soweit sie sich darauf berufen, der Antragsgegner habe seine Erwerbsbemühungen in einem nicht näher genannten Zeitraum nicht dargelegt, reicht das nicht aus, um eine Leistungsfähigkeit des Antragsgegners in einer bestimmten Höhe fingieren zu können. Insoweit fehlt es an konkreten Angaben zu den Umständen, aus denen sich eine Erwerbsobliegenheit des Antragsgegners ergibt (z. B.: Arbeitslosigkeit über einen längeren Zeitraum), sowie an einem nachvollziehbaren Sachvortrag zur Höhe der erzielbaren Einkünfte. 19

Da aufgrund der Angaben der Antragsteller schon das Vorliegen einer materiell-rechtlichen Unterhaltspflicht nicht festgestellt werden kann und keine konkreten Angaben zur Art der Verletzungshandlung und zum Zeitraum der Verletzung gemacht worden sind, kann auch das Vorliegen einer Unterhaltspflichtverletzung nicht festgestellt werden. 20

b) 21

Hinzu kommt, dass die Antragsteller den ihnen aus der behaupteten Unterhaltspflichtverletzung entstandenen Schaden nicht hinreichend beziffert haben. Als Verbindlichkeiten aus unerlaubter Handlung kommen nur Schadensersatzansprüche i. S. d. § 823 ff. BGB in Betracht. Die in der Anmeldung zur Insolvenztabelle vom 19.7.2010 genannte Schadenssumme von # € deckt sich jedoch nicht mit der der Anmeldung beigefügten Forderungsaufstellung in Höhe von insgesamt # €. 22

c)	23
Letztlich fehlen auch hinreichende Angaben der Antragsteller zum Vorsatz des Antragsgegners. Mangels Darlegung der konkreten Art der Verletzungshandlung kann nicht festgestellt werden, dass der Antragsgegner in einem konkret zu benennenden Zeitraum zumindest billigend in Kauf genommen hat, seine Unterhaltspflicht zu verletzen. Auf den fehlenden Sachvortrag des Antragsgegners zur Art seiner Erkrankung und zu den Auswirkungen auf seine Erwerbsfähigkeit kommt es unter diesen Umständen nicht an.	24
Rechtsbehelfsbelehrung:	25
Diese Entscheidung ist unanfechtbar.	26
