

Ehegatten werden hier die Gläubiger des Ehegatten, der nicht Eigentümer ist, effektiv von einem Haftungsobjekt ausgeschlossen. An dieser Stelle ist erneut daran zu erinnern, dass es sich bei diesen Gläubigern nicht selten um die Kinder aus erster Ehe und deren Mutter handelt, die teilweise gezielt ausgebootet werden. Ein dauerhaftes Risiko geht der Ehemann, der auf diese Art und Weise sein Vermögen dem Zugriff der vollstreckenden Unterhaltsgläubigern entzieht, zwar nicht ein, denn im Falle des Scheiterns der zweiten Ehe erhält er von der zweiten Ehefrau den noch vorhandenen Wert der während der Ehe aufgebauten Vermögenswerte zurückerstattet. Diese Probleme können bei einer Errungenschaftsgemeinschaft nicht auftreten, weil das Haus notwendig als gemeinsames Vermögen gilt und damit als Haftungsobjekt für die als gemeinsame Verbindlichkeit definierten Unterhaltsschulden den Kindern gegenüber verfügbar bleibt.

#### IV. Fazit

Die Errungenschaftsgemeinschaft ist in Deutschland nebengüterrechtliche Realität. Der Gesetzgeber sollte es als seine Aufgabe be- greifen, die gelebten Besonderheiten der Wirtschaftsgemeinschaft

der Eheleute mit einem Regelwerk zu versehen. Denn anders als gelegentlich behauptet<sup>19</sup>, können Ehegatten die Errungenschaftsgemeinschaft nicht ehevertraglich begründen, ohne bei der Abwicklung den äußerst strengen und unflexiblen Regelungen der Gütergemeinschaft zu unterliegen, die zu Recht wegen der fehlenden Gestaltungsmöglichkeiten des Scheidungsrichters bei der Annahme des vorzulegenden Auseinandersetzungsplans kaum noch Anwendung finden.<sup>20</sup> Ein Weg kann die Normierung eines Wahlgüterstands der Errungenschaftsgemeinschaft sein. Die Einführung der Errungenschaftsgemeinschaft würde für Eheleute und Gläubiger einen deutlichen Gewinn an Rechtssicherheit bedeuten, zudem bei der Einführung die von der Rechtsprechung zum Nebengüterrecht erarbeiteten, bewährten und bekannten Grundsätze Verwendung finden könnten.

<sup>19</sup> Meyer, wie Fn. 1, S. 485-493 (487).

<sup>20</sup> Schulz/ Hauß, wie Fn. 10, S. 236.

DOI: 10.5771/1866-377X-2016-2-71

## Defizite beim Einsatz von *condictio ob rem* und Wegfall der Geschäftsgrundlage im Vermögensausgleich nach Beendigung der faktischen Lebensgemeinschaft

Prof. Dr. Katharina Hilbig-Lugani, Düsseldorf

### I. Einführung

Seit der partiellen Aufgabe des Grundsatzes der Nichtausgleichung durch den Bundesgerichtshof (BGH) im Jahr 2008<sup>1</sup> hat sich zu Rückabwicklungsfragen nach Beendigung der faktischen Lebensgemeinschaft eine umfangreiche Kasuistik entwickelt. Im Folgenden soll die Rechtsprechung zur Rückabwicklung größerer Vermögensverschiebungen bzw. zum einseitigen Vermögenszuwachs auf Seiten eines Partners durch Leistungen im weitesten Sinne des anderen Partners betrachtet werden.<sup>2</sup> Ausgangspunkt dieser Rechtsprechung ist der Grundsatz der Nichtausgleichung. Er leitet sich wie folgt her: Wenn die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ihre Beziehungen nicht vertraglich regeln, so handelt es sich um einen rein tatsächlichen Vorgang, der keine Rechtsgemeinschaft begründet.<sup>3</sup> Bei einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft stehen die persönlichen Beziehungen derart im Vordergrund, dass sie auch das die Gemeinschaft betreffende vermögensmäßige Handeln der Partner bestimmen und daher nicht nur in persönlicher, sondern auch in wirtschaftlicher Hinsicht grundsätzlich keine Rechtsgemeinschaft besteht.<sup>4</sup> Nach Beendigung einer nichtehelichen Beziehung findet daher grundsätzlich kein Ausgleich für laufende Kosten der Lebenshaltung und Haushaltsführung statt.<sup>5</sup> Es entspricht

in der Regel den Erwartungen der faktischen Lebensgefährten, dass Zuwendungen innerhalb der faktischen Lebensgemeinschaft im täglichen Leben um ihrer selbst Willen und von demjenigen erbracht werden, der dazu in der Lage und bereit ist und dass es gerade nicht zu einer Rückabwicklung jeder Zuwendung kommt. Die Grenze des Grundsatzes der Nichtausgleichung bestimmte der BGH in der weichenstellenden Entscheidung von 2008.<sup>6</sup> Ein

<sup>1</sup> BGH, 9.7.2008 – XII ZR 179/05, BGHZ 177, 193 Rn. 25 f, 33.

<sup>2</sup> Außen vor bleiben damit die allermeisten Fragen des Zusammenlebens faktischer Lebensgefährten, insbesondere Besonderheiten bei der Auslegung der dinglichen Einigung beim Eigentumserwerb von faktischen Lebensgefährten oder Besonderheiten beim Gesamtschuldnerausgleich unter faktischen Lebensgefährten oder Besonderheiten beim Haftungsmaßstab unter faktischen Lebensgefährten oder die Frage nach einem Härtefallunterhaltsanspruch nach Beendigung der faktischen Lebensgemeinschaft. Außen vor soll auch das Sonderproblem des Verhältnisses zu den Schwiegereltern bleiben – hierzu BGH, 4.3.2015, XII ZR 46/13 FamRZ 2015, 833 = NZFam 2015, 502 sowie BGH, 3.2.2010 – XII ZR 189/06, BGHZ 184, 190 = FamRZ 2010, 958.

<sup>3</sup> BGH, 31.10.2007 – XII ZR 261/04, FamRZ 2008, 247 = NJW 2008, 443 Rn. 18 m.w.N.

<sup>4</sup> BGH, 24.3.1980 – II ZR 191/79 –, FamRZ 1980, 664, 665; OLG Bremen, 4.1.2013 – 4 W 5/12, FamRZ 2013, 1826 = NJW-RR 2013, 197 Rn. 10.

<sup>5</sup> OLG Bremen, 4.1.2013 – 4 W 5/12, FamRZ 2013, 1826 = NJW-RR 2013, 197 Rn. 10.

<sup>6</sup> BGH, 9.7.2008 – XII ZR 179/05, BGHZ 177, 193.

Ausgleich und damit eine Durchbrechung des Grundsatzes der Nichtausgleichung kommt dann in Betracht, wenn es sich um eine nach den jeweiligen Verhältnissen erhebliche Zuwendung handelt, die deutlich über das hinausgeht, was zur täglichen Lebensführung erforderlich ist und es zu einem dauerhaften und messbaren Vermögenszuwachs auf Seiten des anderen Lebensgefährten gekommen ist, der auch bei Trennung noch besteht.<sup>7</sup> An die Erheblichkeit sind keine überzogenen Anforderungen zu stellen.<sup>8</sup> Das typische Beispiel für kompensationsfähige Leistungen sind damit Geldzahlungen, Kredittilgungen,<sup>9</sup> Schuldübernahmen, Darlehensbeiträge,<sup>10</sup> das Bereitstellen von Arbeitsmaterial und auch Arbeitsleistungen, die sich etwa im Erwerb eines Grundstücks oder der Errichtung,<sup>11</sup> dem Umbau oder der Renovierung einer Immobilie niedergeschlagen haben. Auf derartige Leistungen beziehen sich die nachfolgenden Ausführungen. Beim Grundsatz der Nichtausgleichung bleibt es somit für die im Rahmen des täglichen Zusammenlebens ohne die Erwartung des Fortbestands der nichtehelichen Lebensgemeinschaft erbrachten Leistungen.<sup>12</sup> Für Ausgleichsansprüche für solche Leistungen, die den Grundsatz der Nichtausgleichung passiert haben, greift die Rechtsprechung zu zwei Anspruchsgrundlagen: Zum einen kann sich ein Anspruch aus Zweckverfehlungskondiktion, der *condictio ob rem* gemäß § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB ergeben. Danach besteht für den Empfänger einer Leistung die Pflicht zur Herausgabe der Zuwendung, sofern der mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eingetreten ist.<sup>13</sup> Zum anderen wird der Wegfall der Geschäftsgrundlage bemüht. Nach § 313 Abs. 1 BGB kann die Anpassung eines Vertrages verlangt werden, wenn „sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert [haben] und ... die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen [hätten], wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten“; die Anpassung setzt weiter voraus, dass „einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann“.

## II. Zum Rangverhältnis der *condictio ob rem* und des Anspruchs wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage

### 1. Nach allgemeinen Grundsätzen des BGB-Schuldrechts

Nach gewöhnlichen schuldrechtlichen Grundsätzen gehen Ansprüche wegen Störung oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage im tatbestandlichen Anwendungsbereich von § 313 BGB der Zweckverfehlungskondiktion grundsätzlich vor.<sup>14</sup> Zum einen ist man der Ansicht, dass die Regelung des § 313 BGB mit ihren differenzierten Abwägungen den involvierten Interessen besser gerecht werden kann als das Alles-oder-Nichts-Prinzip des Bereicherungsrechts.<sup>15</sup> Zum anderen handelt es sich bei § 313 BGB um einen vertraglichen Anspruch, der dem bereicherungsrechtlichen nach allgemeinen Grundsätzen vorzugehen hat: Denn Voraussetzung der Zweckverfehlungskondiktion ist mit der Zweckabrede eine nur tatsächliche Einigung über den bezweckten Erfolg, die gerade nicht die Qualität eines Vertrages erreichen darf, sondern ein Kausalverhältnis minderen Ranges bildet.<sup>16</sup> Liegt ein Vertrag vor, der Basis der erbrachten

Leistungen ist, greifen die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage.<sup>17</sup>

### 2. Nach der Rechtsprechung über die Rückabwicklung unter faktischen Lebensgefährten

Ob und warum für die Rückabwicklung unter faktischen Lebensgefährten davon abweichende Grundsätze gelten sollen, lässt sich der Rechtsprechung nicht ganz deutlich entnehmen. Im Urteil vom 9. Juli 2008<sup>18</sup> prüft der BGH § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB vor § 313 BGB.<sup>19</sup> Er stellt fest, § 313 BGB käme in Betracht, wenn sich eine Zweckabrede i.S.v. § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB nicht feststellen lässt.<sup>20</sup> Diese Formulierung lässt sich einerseits im Sinne von Subsidiarität von § 313 BGB auslegen.<sup>21</sup> Denkbar und nach dem eben Gesagten weniger überraschend wäre aber auch eine Anspruchskonkurrenz in dem Sinne, dass, wenn tatbestandlich die *condictio ob rem* nicht vorliegt, eben das konkurrierende Institut zu prüfen ist. In einer Entscheidung des BGH vom 3. Februar 2010<sup>22</sup> ist die Reihenfolge übrigens umgekehrt, hier beginnt der BGH mit § 313 BGB und geht dann zu § 812 BGB über. Dort stellt der BGH ausdrücklich fest, Zweckverfehlungskondiktionsansprüche könnten nicht „nicht mehr [!] mit der vom Oberlandesgericht angeführten Erwägung abgelehnt werden, die Abwicklung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage habe Vorrang und schließe eine Anwendung bereicherungsrechtlicher Grundsätze aus, auch wenn deren tatbestandliche Voraussetzungen gegeben seien.“<sup>23</sup> Diese Entscheidung spricht deutlich für Anspruchskonkurrenz.<sup>24</sup> Dies wird von den Instanzgerichten nicht immer befolgt. Gelegentlich prüfen die Gerichte nur § 313 BGB, ohne § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB anzusprechen.<sup>25</sup> Das entspricht zumindest den allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen. Gelegentlich werden sogar beide Ansprüche gemeinsam geprüft.<sup>26</sup>

- 7 So KG FamRZ 2010, 476 Rn. 41 (indes i.R.v. § 313 BGB) und OLG Bremen, 4.1.2013 – 4 W 5/12, FamRZ 2013, 1826 = NJW-RR 2013, 197 Rn. 26.
- 8 Bspw. LG Bamberg, 10.11.2014 – 2 O 181/14, FamRZ 2015, 1307 – ca. Zuwendungen i.H.v. insgesamt Euro 25.000 unproblematisch erheblich.
- 9 So in OLG Brandenburg, 5.8.2014 – 3 U 45/13, FamRZ 2015, 346. Zu beachten ist, dass die Tilgungsrate üblicherweise nur 1-2% Tilgungsrate bei Hauskrediten jährlich; im Fall OLG Brandenburg, 5.8.2015 – 3 U 45/13, FamRZ 2015, 346 ausnahmsweise 7,5%; vollständige Tilgung des innerhalb von nur zehn Jahren.
- 10 So in LG Bamberg, 10.11.2014 – 2 O 181/14, FamRZ 2015, 1307.
- 11 So in LG Köln, 19.8.2014 – 15 O 315/13 (juris).
- 12 Vgl. nur OLG Brandenburg, 5.8.2015 – 3 U 45/13, FamRZ 2015, 346 Rn. 13.
- 13 BGH, 9.7.2008 – XII ZR 179/05, BGHZ 177, 193 Rn.34.
- 14 BeckOK BGB/Wendehorst BGB § 812 Rn. 102 m. umf. Nachw.
- 15 BeckOK BGB/Wendehorst BGB § 812 Rn. 102.
- 16 BeckOK BGB/Unberath BGB § 313 Rn. 24.
- 17 BeckOK BGB/Unberath BGB § 313 Rn. 24 m. umf. Nachw.
- 18 BGH, 9.7.2008 – XII ZR 179/05, FamRZ 2008, 1822 = BGHZ 177,193.
- 19 Vgl. Rn.34ff, 40ff; diesem Aufbau folgt KG FamRZ 2010, 476.
- 20 BGH, 9.7.2008 – XII ZR 179/05, FamRZ 2008, 1822 = BGHZ 177, 193 Rn. 40.
- 21 Siehe aber ebd. Rn. 40 „Daneben ...“; dazu sogleich.
- 22 BGH, 3.2.2010 – XII ZR 189/06 = FamRZ 2010, 958 (vgl. Rn. 17ff und 47ff).
- 23 BGH, 3.2.2010 – XII ZR 189/06 = FamRZ 2010, 958 Rn. 47.
- 24 Dazu passt die Sprache des BGH in anderen einschlägigen neueren Entscheidungen und an anderer Stelle mit Formulierungen wie „daneben“, „und“, „auch“.
- 25 So etwa das LG Bamberg, 10.11.2014 – 2 O 181/14, FamRZ 2015, 1307; OLG Brandenburg, 5.8.2014 – 3 U 45/13, FamRZ 2015, 346.
- 26 So etwa in LG Köln, 19.8.2014 – 15 O 315/13 (juris), Rn. 20-22.

### 3. Fazit

Im Bereich der Rückabwicklung nach Beendigung der faktischen Lebensgemeinschaft ist das Rangverhältnis der *condictio ob rem* und des Anspruchs wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage dunkel. Wahrscheinlich stehen beide Ansprüche aus Perspektive des BGH in Anspruchskonkurrenz. Mit Sicherheit ableiten lässt sich das nicht. Besonders problematisch daran ist, dass sich diese Anspruchskonkurrenz dogmatisch kaum begründen lässt. Eine Erklärung dafür, wie sich aus denselben tatsächlichen Umständen ein Vertrag – das höherrangige Verhältnis mit den strengeren Anforderungen – ableiten lässt, wenn man gerade daran gescheitert ist, ein minderes Verhältnis – die Zweckabrede – zu bejahen, hat die Rechtsprechung bislang nicht entwickelt. Dogmatisch überzeugender ist der Vorrang des Wegfalls der Geschäftsgrundlage.

### III. Zu den Voraussetzungen der Zweckabrede und der Geschäftsgrundlagenvereinbarung

#### 1. Zweckabrede

Leistung im Sinne der Konditionen des § 812 Abs. 1 BGB ist die bewusste zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.<sup>27</sup> Manche der oben genannten Zuwendungen führen unmittelbar zur Mehrung des Vermögens des Partners (z.B. Geldzahlungen an den Partner), manche befreien ihn von einer Verbindlichkeit (z.B. Kredittilgungen), manche ersparen ihm Aufwendungen (Ankauf von Material, Einsatz von Arbeitsleistungen). Der Zweck dieser Leistung bezieht sich in der Zweckverfehlungskondition, anders als bei der *condictio indebiti* (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB) und der *condictio ob causam finitam* (§ 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB) auf das eben bereits angedeutete andere, mindere Kausalverhältnis – die Zweckabrede. Der Leistende muss mit seinem Verhalten einen konkreten, tatsächlichen Erfolg gemäß der Zweckabrede bezweckt haben.<sup>28</sup> Der Inhalt der Zweckabrede besteht nach dem BGH in Fällen wie den hier betrachteten darin,<sup>29</sup> dass die Lebensgefährten zwar nicht die Schaffung eines gemeinsamen Vermögensgegenstandes, aber eine langfristige Partizipation beider Lebensgefährten an demselben bezwecken.<sup>30</sup> Das allgemeine Zusammenleben im Zeitpunkt der Zuwendung genügt nicht,<sup>31</sup> ebenso wenig einseitige Vorstellungen.<sup>32</sup> Der Leistende muss dem anderen Partner zumindest konkludent zu verstehen geben, dass er die Zuwendung nur in Erwartung des Eintritts des betreffenden Erfolgs tätigt.<sup>33</sup> Spiegelbildlich muss der Empfänger der Leistung konkludent erklären, dass er diese Zwecksetzung erkennt und akzeptiert.<sup>34</sup> Es muss also Konsens über den Erfolgseintritt als Motiv für die Leistung erzielt werden, diese Motivation darf nicht nur einseitig geblieben sein.<sup>35</sup> Für die Zweckabrede kann somit die von dieser Absicht der langfristigen Partizipation erkennbar getragene Zuwendung und die beanstandungslose Annahme der Zuwendung in Kenntnis des verfolgten Zwecks<sup>36</sup> genügen.<sup>37</sup> Die Anforderungen an die Zweckabrede sind also relativ hoch. Bei der Subsumtion hilft man sich in den typischen Fällen mangels Informationen über die Erkennbarkeit und die Kenntnis oft mit typisierten Geschehensabläufen und fehlenden entgegenstehenden Hinweisen hinweg. Eine typische Argumentation könnte lauten, dass M erhebliche Leistungen

erbracht hat; dass typischerweise und mangels entgegenstehender Anhaltspunkte und mangels anderweitiger Kompensation solche erheblichen Leistungen nicht erbracht werden, sofern der Leistende an dem zu schaffenden Vermögensgegenstand nicht langfristig partizipieren kann; dass F die Leistungen des M entgegengenommen hat und davon auszugehen ist, dass die Zwecksetzung des M erkennbar war und dass F diesen Zweck erkannt hat, weil typischerweise solche erheblichen Leistungen nicht erbracht werden, wenn der Leistende an dem zu schaffenden Vermögensgegenstand nicht langfristig partizipieren kann; dass F mangels entgegenstehender Hinweise diese für sie erkennbare Zwecksetzung des M nicht beanstandet hat und folglich eine Zweckabrede vorliegt. Die Bejahung einer Zweckabrede folgt in diesem Beispiel allein aus der Kenntnis des Umstands, dass M eine erhebliche Leistung erbracht hat, dass mehr nicht bekannt ist und dass der Erfahrungssatz als gesichert gelten kann, dass typischerweise solche erheblichen Leistungen nicht erbracht werden, wenn der Leistende nicht in irgendeiner Weise davon profitiert.

#### 2. Der Kooperationsvertrag und seine Geschäftsgrundlage

Stellt man auf § 313 BGB ab, bedarf es zunächst eines Vertrages. Rechtsprechung und Literatur haben den stillschweigend geschlossenen familienrechtlichen Kooperationsvertrag entwickelt. Vertragsinhalt ist die Ausgestaltung und Verbesserung der Ehe oder faktischen Lebensgemeinschaft durch eben diese Leistung des Ehegatten oder Lebensgefährten. Indizien für das Vorliegen des familienrechtlichen Kooperationsvertrages sind Zuwendungen und Arbeitsleistungen eines Partners, die über das täglich Erforderliche hinausgehen. Da dies im Wesentlichen schon beim Grundsatz der Nichtausgleichung geprüft wurde, bleibt meist wenig, was für die Existenz eines solchen Kooperationsvertrages positiv anzuführen ist. In der Regel wird er zügig bejaht und unmittelbar aus dem Vorliegen der Leistung gefolgert. Geschäftsgrundlage

27 Jauernig/Stadler, § 812 Rn. 2 ff m.w.N.

28 BeckOK BGB/Wendehorst, Stand 01.02.2015, § 812 Rn. 86 f.

29 BGH, 9.7.2008 – XII ZR 179/05, BGHZ 177, 193 Rn. 34 ff; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Auflage 2010, § 44 Rn. 23.

30 BGH, 9.7.2008 – XII ZR 179/05, BGHZ 177, 193 Rn. 35; BGH, 18.2.2009 – XII ZR 163/07, FamRZ 2009, 849 Rn. 15 (mit den Beispielen Fortbestand der Lebensgemeinschaft, fortdauernde unentgeltliche Nutzung der mit Mitteln beider von einem erworbenen Wohnung); BGH, 25.11.2009 – XII ZR 92/06, BGHZ 183, 242 Rn. 34; zust M. Schwab, FamRZ 2010, 1701 (1702); s.a. Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Auflage 2010, § 44 Rn. 23.

31 BGH, 18. 2. 2009 – XII ZR 163/07, FamRZ 2009, 849 Rn. 15; Grädler/Nitze, ZGS 2009, 36, 39.

32 BGH, 9.7.2008 – XII ZR 179/05, BGHZ 177, 193 Rn. 34; BGH, 25. 11. 2009 – XII ZR 92/06, BGHZ 183, 242 Rn. 33.

33 BeckOK BGB/Wendehorst BGB § 812 Rn. 92.

34 BeckOK BGB/Wendehorst BGB § 812 Rn. 92.

35 BeckOK BGB/Wendehorst BGB § 812 Rn. 92.

36 Kennenmüssen genügt nicht. Die Ausführungen des BGH in diesem Punkt lassen Klarheit vermissen, s. näher Grädler/Nitze, ZGS 2009, 36, 39, 41; Gernhuber/Coester-Waltjen: Familienrecht, 6. Auflage 2010, § 44 Rn. 23.

37 BGH, 9.7.2008 – XII ZR 179/05, BGHZ 177, 193 Rn. 34; BGH, 18. 2. 2009 – XII ZR 163/07, FamRZ 2009, 849 Rn. 15; BGH, 25. 11. 2009 – XII ZR 92/06, BGHZ 183, 242 Rn. 33; s.a. Gernhuber/Coester-Waltjen: Familienrecht 6. Auflage 2010, § 44 Rn. 23.

des Kooperationsvertrages ist typischerweise die Vorstellung oder Erwartung, die Lebensgemeinschaft, deren Ausgestaltung die Zuwendung diente, werde Bestand haben (sogenanntes tatsächliches Element).<sup>38</sup> Die Geschäftsgrundlage ist nicht Vertragsinhalt,<sup>39</sup> doch genügen wiederum nicht nur die einseitigen Vorstellungen einer Partei. Solche Erwartungen, die für die auf Abschluss des familienrechtlichen Kooperationsvertrages gerichteten Willenserklärungen maßgeblich waren, werden Geschäftsgrundlage, sofern sie dem Vertragspartner zur Kenntnis gebracht und von beiden in den Geschäftswillen übernommen wurden.<sup>40</sup> In der Rechtsprechung wird das Erfordernis der Geschäftsgrundlage meist zügig bejaht und nicht weiter thematisiert. Zu der Art und Weise, wie die Geschäftsgrundlage bejaht wird, gilt im Kern das oben bei der Zweckabrede Gesagte. Aus kargen äußeren Umständen und einem Erfahrungssatz werden Erkennbarkeit, Erkennen und Billigung abgeleitet. Hier kommt noch hinzu, dass bereits für den familienrechtlichen Kooperationsvertrag mit wenig Tatsachensubstanz viel dargestellt werden muss. Ein Vertrag bedarf eines Rechtsbindungswillens. Dieser wird von der Rechtsprechung wiederum aus den äußeren Umständen in Verbindung mit einem Erfahrungssatz hergeleitet. Hier lautet der Erfahrungssatz, dass typischerweise solche erheblichen Leistungen nicht erbracht oder entgegengenommen werden, ohne dass hierfür eine vertragliche Grundlage besteht. Dies ist zwar durchaus plausibel, läuft aber stärker auf eine fingierte Willenserklärung als auf den Nachweis des Vorliegens eines Rechtsbindungswillens hinaus.<sup>41</sup> Weniger problematisch ist das weitere Erfordernis, dass die Parteien bei Kenntnis des künftigen Wegfalls der Grundlage den Vertrag nicht oder nicht wie geschehen abgeschlossen hätten (sogenanntes hypothetisches Element). Dies kann typischerweise nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge bejaht werden, sofern nicht bestimmte Anhaltspunkte dagegen vorliegen. Insbesondere kann nicht eingewandt werden, ein Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft müsse wissen, dass die Beziehung jederzeit scheitern könne. Zum einen entspricht das nicht der inneren Einstellung und Erwartung des leistenden Partners. Zum anderen zeigt der Blick auf die hohe Scheidungsquote, dass eine lebenslange Dauer der Beziehung nicht einmal mehr unter Ehegatten vorausgesetzt werden kann, obwohl § 1353 Abs. 1 S. 1 BGB das Vertrauen in die lebenslange Dauer schützt.<sup>42</sup> Eine solche Geschäftsgrundlage entfällt typischerweise mit der endgültigen Trennung, nicht aber mit dem Tod des Zuwendenden,<sup>43</sup> wohl aber mit dem Tod des Zuwendungsempfängers.<sup>44</sup>

### 3. Fazit

Eine genaue Prüfung der Voraussetzungen von Zweckabrede, familienrechtlichem Kooperationsvertrag und Geschäftsgrundlage bleibt meistens aus. Die Voraussetzungen von Zweckabrede und Geschäftsgrundlage scheinen einander auszuschließen, denn ersteres setzt das Fehlen eines Vertrages voraus, zweiteres das Vorliegen eines Vertrages. Dass im Ergebnis für die Betroffenen ausgewogene und überzeugende Ergebnisse erzielt werden, gleicht nicht aus, dass die Subsumtion im Wesentlichen nur mit Erfahrungssätzen und Schlüssen aus dem Fehlen entgegenstehender Hinweise gelingt.

Abgesehen vom Vertragserfordernis stehen sich beide Konzepte sehr nah. In beiden Fällen fehlt es an einer expliziten Abrede, in beiden Fällen bringt der Leistende einen gewissen Willen zum Ausdruck, meist konkludent durch die Erbringung seiner Leistung; in beiden Fällen reagiert der andere Teil typischerweise nicht und dies wird angesichts der unterstellten Erkennbarkeit der Absicht der anderen Seite dann als eine Art Zustimmung im untechnischen Sinne gedeutet.<sup>45</sup>

Eine klare Trennlinie zwischen der Zweckabrede und der Geschäftsgrundlage ist in der Rechtsprechung kaum auszumachen.<sup>46</sup> Die Zweckabrede ist auf die langfristige Partizipation an dem Vermögensgegenstand (die den Bestand der nichtehelichen Lebensgemeinschaft voraussetzt) gerichtet. Die Geschäftsgrundlage liegt im langfristigen Bestand der nichtehelichen Lebensgemeinschaft (mit dem die langfristige Partizipation einhergeht). In den typischen Fallgestaltungen sind die zwei Überlegungen praktisch bislang kaum unterscheidbar.

## IV. Schlussfolgerungen

Dreh- und Angelpunkt der im Ergebnis sehr überzeugenden Ausgleichsansprüche sollte um der Ehrlichkeit der Subsumtion Willen nicht eine vertragliche Einigung sein und nicht das Minus der Zweckabrede. Bezugspunkt sollte eine lebensgemeinschaftsbezogene Leistung sein, verstanden als eine nach den Umständen des Einzelfalls erhebliche Leistung i.S.v. § 812 BGB, die im Vertrauen auf den Fortbestand der Gemeinschaft und im Vertrauen auf die langfristige Partizipation des Leistenden getätigt wird. Eine lebensgemeinschaftsbezogene Leistung liegt nicht vor, wenn der Empfänger der Leistung das Vertrauen nicht erkennen konnte oder wenn dieser Erwartung des Leistenden widersprochen hat. Eine Remedur für die oben genannten Defizite erscheint letztlich nur *de lege ferenda* möglich. Im internationalen Vergleich wäre Deutschland nicht gänzlich isoliert, wenn es einen gesetzlichen Vermögensausgleich unter faktischen Lebensgefährten nach Beendigung der Gemeinschaft vorsehen würde.<sup>47</sup>

38 BGH, 9.7.2008 – XII ZR 179/05, BGHZ 177, 193 Rn. 40.

39 BeckOK BGB/*Unberath* § 313 Rn. 17.

40 BeckOK BGB/*Unberath* § 313 Rn. 19.

41 Ganz abgesehen davon, dass hier auf dasselbe faktische Geschehen in der Zweckabrede und im familienrechtlichen Kooperationsvertrag zwei verschiedene Erfahrungssätze mit nicht ganz kongruentem Inhalt angewandt werden, s.o..

42 BGH, 9.7.2008 – XII ZR 179/05, BGHZ 177, 193 Rn. 32.

43 Denn dann findet die Lebensgemeinschaft ihr „natürliches Ende“ – BGH, 25. 11.2009 – XII ZR 92/06 –, BGHZ 183, 242 Rn. 26, 33 f.

44 BGH, 25.11.2009 – XII ZR 92/06 –, BGHZ 183, 242 Rn. 27.

45 Anders lässt sich kaum erklären, dass die Rspr in den typischen Fallgestaltungen – M erbringt erhebliche Leistungen zugunsten des Alleineigentums der F, F lässt es geschehen – zu einer Bejahung einer Zweckabrede und einer Geschäftsgrundlage kommt.

46 S. *Gernhuber/Coester-Waltjen*: Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 44 Rn.23; *Dethloff*, JZ 2009, 418, 419f.

47 Dies zeigt beispielsweise das schwedische Sambolag von 2003, das unter bestimmten Voraussetzungen die Aufteilung der Wohnung der Lebensgefährten anordnet.