

# Vom familienrechtlichen Vertrag sui generis zum lebensgemeinschaftlichen Kooperationsvertrag – eine gelungene Rechtsfortbildung?

Thorsten Keiser\*

A. Kontext und Problemstellung: Juristische Bewertung von Leistungen und Zuwendungen innerhalb enger sozialer Beziehungen .....	27	II. Kritik am familienrechtlichen Kooperationsvertrag .....	40
B. Aktuelle Grundsätze zur Vermögensauseinandersetzung bei Scheitern der nichtehelichen Lebensgemeinschaft .....	30	F. Willensfiktion oder klassische Vertragsdogmatik? Voraussetzungen des lebensgemeinschaftlichen Kooperationsvertrags .....	41
C. Terminologie: Der lebensgemeinschaftliche Kooperationsvertrag als neue einheitliche Grundlage von Zuwendungen und Arbeitsleistungen? .....	33	I. Rechtsfolgewillen statt Rechtbindungswillen? .....	41
D. Charakteristische Merkmale des lebensgemeinschaftlichen Kooperationsvertrages in der Rechtsprechung ...	36	II. Das Erfordernis des Rechtsbindungswillens und die Abgrenzung von der Gefälligkeit .....	45
E. Der familienrechtliche Kooperationsvertrag sui generis als Vorbild und Vorstufe .....	37	III. Der lebensgemeinschaftliche Kooperationsvertrag als Vertrag im Sinne des § 313 BGB .....	48
I. Herausbildung des familienrechtlichen Kooperationsvertrags im Rahmen der Rechtsprechung zur Ehegattenmitarbeit .....	37	IV. Zwischenergebnis .....	51
		G. Die Alternative: Zweckvereinbarung im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB statt Kooperationsvertrag im Sinne des § 313 BGB .....	52
		H. Fazit .....	55

## A. Kontext und Problemstellung: Juristische Bewertung von Leistungen und Zuwendungen innerhalb enger sozialer Beziehungen

Menschen, die auf autonomer Basis zusammenleben, obliegt die eigenverantwortliche Gestaltung einer materiellen Grundlage für ihr Zusammenleben. Dazu sind Vermögensübertragungen nötig, die meist in Form von Arbeits-, Sach-, oder Geldleistungen erbracht werden. Allgemeiner Zweck solcher Leistungen ist die Förderung der Gemeinschaft, sofern es nicht um die Bildung gemeinsamen Vermögens als konkretes wirtschaftliches Ziel geht. Probleme entstehen, wenn einer der Partner von der Teilhabe an den Leistungen ausgeschlossen ist, weil die Beziehung scheitert. Hier entsteht dann die Frage nach Ausgleichsansprüchen für das im Hinblick auf die Ausgestaltung der Lebensgemeinschaft übertragene Vermögen. Die Suche nach ausgleichender Gerechtigkeit erfordert in solchen Fällen eine Bewertung der bereits erfolgten Vermögensübertragungen oder Arbeitsleistungen nach den Kriterien des Bürgerlichen Rechts. Ihre Einordnung in die Systematik des Zivilrechts bereitete immer

\* PD Dr. Thorsten Keiser, LL.M. ist Privatdozent an der Goethe-Universität Frankfurt und Main und derzeit Inhaber eines Fellowships im LOEWE-Schwerpunkt „Gerichtliche und außergerichtliche Konfliktlösung“.

wieder Schwierigkeiten und war und ist Gegenstand umfangreicher Diskussionen.<sup>1</sup> Im Bereich der Ehe sind sie unter dem Stichwort des Ausgleichs für „unbenannte Zuwendungen“ geführt worden, wegen der Schwierigkeiten, das zur Förderung der Gemeinschaft Geleistete unter einen der im BGB vorhandenen Vertragstypen zu fassen.<sup>2</sup> Wenn es um Arbeitsleistungen ging, die nicht im Rahmen einer Ehegattenin-nengesellschaft erbracht worden sind, geht man von einem – ebenfalls atypischen – „Kooperationsvertrag“ zwischen den Ehegatten aus.<sup>3</sup> Einerseits hat die Dogmatik also eine differenzierte Betrachtung bestimmter Vermögensübergänge vorzunehmen, andererseits stellt sich die Frage, ob solche überhaupt nach rechtsgeschäftlichen Kategorien zu beurteilen sind. Zum entscheidenden Kriterium der Rückabwicklung wird damit, was zusammen lebende Menschen bei der gemeinschaftsbezogenen Vermögensübertragung typischerweise wollen und inwiefern diese Willensäußerungen für den anderen wahrnehmbar und in Kategorien vertraglicher oder bereicherungs-rechtlicher Willens- oder Konsensbildung zu erfassen sind. Hier liegt das Problem: Es geht um die Frage, ob bei der Übertragung von Vermögen das Vertrauen auf eine gemeinsame Teilhabe daran rechtlich schutzwürdig ist und wenn ja, mit welchen Mechanismen dieser Schutz gewährleistet werden soll. Entscheidend kommt es also darauf an, ob bestimmte Kontakte zwischen zusammen lebenden Menschen als rechtsgeschäftlich zu werten sind. Ist das der Fall, so muss nach der Systematik des BGB in einer solchen Ausschöpfung privatautonomer Handlungsfreiheit die ent-scheidende Grundlage für Ausgleichsansprüche gesehen werden.

Lange Zeit erschien das Rechtsgeschäft jedoch als Fremdkörper in einem prinzipiell vertragsfeindlichen Raum höchstpersönlicher, aber auch pflichtgeprägter Lebensge-staltung. Zusammenleben wurde lange Zeit fast nur in Form der Ehe anerkannt. Sie diente als Projektionsfläche von Verhaltenserwartungen, die nur begrenzt autonomer Prägung zugänglich waren. Als die Ehe vor allem in den siebziger Jahren des 20. Jahrhunderts nicht mehr nur als Pflichtengemeinschaft, sondern zunehmend auch als Gemeinschaft unabhängig wirtschaftender Individuen angesehen wurde, änderte sich das.<sup>4</sup> Ausgleichsansprüche bei Ehegattenmitarbeit wurden diskutiert, auch auf ver-traglicher Basis.<sup>5</sup> Das Thema der „Ehevereinbarungen“ gewann an Bedeutung, nicht zuletzt im Hinblick auf die Begründung von Ausgleichsansprüchen bei Scheitern der Ehe.<sup>6</sup> In diesem Klima entstanden die Überlegungen, die schließlich zur dogmatischen

1 Siehe nur den Literaturüberblick zur Auseinandersetzung bei Beendigung nichtehelicher Lebensgemein-schaften bei H. Grziwotz, Rechtsprechung zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft, FamRZ 2011, S. 697 (699).

2 J. Gernhuber/D. Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Aufl. München 2010, V § 19 Rn. 77-82.

3 Ebenda, Rn. 83.

4 Dazu unten, E.I.

5 Grundlegend M. Lieb, Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereiche-rungsausgleich und gesetzlichem Güterstand, Tübingen 1970, S. 5-55.

6 R. Hepting, Ehevereinbarungen. Die autonome Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft im Verhältnis zu Ehrerecht, Rechtsgeschäftslehre und Schuldrecht, München 1984, S. 120 ff.

Ausprägung eines familienrechtlichen Vertrags *sui generis* als Kooperationsvertrag führten.

Mit der Liberalisierung religiöser und moralischer Vorstellungen seit den 1970er Jahren hat der quantitative Zuwachs nichtehelicher Lebensgemeinschaften<sup>7</sup> dazu geführt, dass die entsprechenden Abwicklungsfragen zunehmend auch im Rahmen dieser Gemeinschaftsformen gestellt wurden. Zur neuen Herausforderung wurde die „Integration der Lebensgemeinschaften in die Dogmatik des bürgerlichen Rechts“, der sich vor allem Hausmann in einer umfassenden Studie gewidmet hat.<sup>8</sup> Dieser Integrationsvorgang ist vor allem durch richterliche Rechtsfortbildung geschehen.<sup>9</sup> Die nichteheliche Lebensgemeinschaft blieb wegen der in Art. 6 GG abgesicherten Sonderstellung der Ehe von dieser konzeptionell getrennt und damit „gesellschaftliches Faktum ohne Rechtsnatur“.<sup>10</sup> Lange Zeit wurden deswegen die faktischen Lebensgemeinschaften als im bürgerlich-vertragsrechtlichen Sinne weitgehend ‚rechtsfreie Räume‘ angesehen, wobei die Suggestion des Rechtsfreien eher rhetorisch ist, denn bei der Entscheidung, keine Rechtsfolgen im Sinne bürgerlich-rechtlicher Rückabwicklungsansprüche an bestimmte Handlungen anzuknüpfen handelt es sich selbstverständlich auch um „Recht“. Leistungen im gemeinsamen Interesse beruhten nach Ansicht des BGH bei derartigen Gemeinschaften auf Solidaritäts-, nicht auf Rechtspflichten; die Vorstellung von Gegenleistung, Wertersatz, Ausgleichung oder Entschädigung nach der Trennung sei ihnen fremd.<sup>11</sup> Diese als „Grundsatz der Nichtausgleichung“<sup>12</sup> gekennzeichnete Haltung implizierte auch eine Wertung zur Frage der Rechtsgeschäfte zwischen den Lebenspartnern: Von solchen sei in der Regel nicht auszugehen, da die Partner auf einer unverbindlich-solidarischen Ebene jenseits rechtsgeschäftlicher Bindungen miteinander verkehrten. Während zwischen Ehegatten die Frage einer vertraglichen Grundlage von Vermögensübergängen immer wichtiger wurde, war die nichteheliche Lebensgemeinschaft von dieser Diskussion kaum berührt. Eine Anerkennung von „Kooperationsverträgen“ außerhalb der Ehe war dadurch zunächst verhindert, die Weiterentwicklung dieses Instituts stagnierte. Bei nichtehelichen Partnern nahm man an, dass sie ohne Vertragsgrundlage leben und

<sup>7</sup> Zum Verweis auf aktuelle statistische Daten M. Löhnig, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2012, Anh. zu §§ 1297 ff. Rn. 6.

<sup>8</sup> R. Hausmann, Nichtehele Lebensgemeinschaften und Vermögensausgleich, München 1989, S. 343 ff. Zuvor etwa M. Lipp, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft und das bürgerliche Recht – eine dogmatisch-methodische Studie, AcP 180 (1980), S. 537-603.

<sup>9</sup> Eine umfassende gesetzliche Regelung wurde diskutiert, jedoch abgelehnt Löhnig (Fn. 7), Anh. zu §§ 1297 ff. Rn. 18 m.w.N.

<sup>10</sup> M. Lipp, Ausgleichsansprüche zwischen den Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, JuS 1982, S. 17ff.

<sup>11</sup> So etwa BGHZ 77, 55 = NJW 1980, S. 1521 zu Fragen des Ausgleichs bei von einem Partner bezahlten gemeinschaftlichen Schulden der Lebenspartner.

<sup>12</sup> Hausmann, Lebensgemeinschaften (Fn. 8), S. 518.

wirtschaften wollten, sofern sie darüber keine ausdrücklichen Regelungen vereinbarten.

2008 öffnete der BGH den Weg für Ausgleichsansprüche von Vermögensübergängen nach Scheitern der Beziehung.<sup>13</sup> Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft durften fortan verbindliche Erwartungen an den Fortbestand der Beziehung hegen und bei ihrem Scheitern auf Vermögensausgleich hoffen.<sup>14</sup> Dieser Schritt zu rechtlicher Erwartungssicherheit ging notwendig einher mit einer Anerkennung bloß konkluident eingegangener rechtsgeschäftlicher Bindungen zwischen den Partnern. Eine solche stellt der lebensgemeinschaftliche Kooperationsvertrag dar.<sup>15</sup> Grundlage für die neue Rechtsentwicklung war die rechtliche Anerkennung der Erwartung an die Beständigkeit der Lebensgemeinschaft als Geschäftsgrundlage eines Kooperationsvertrags oder als Zweckvereinbarung im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB.<sup>16</sup> Das Problem des rechtlichen Bestandsschutzes von Lebensgemeinschaften ist jedoch nicht identisch mit dem der rechtlichen Verbindlichkeit von Zuwendungen zwischen den Partnern.<sup>17</sup> Die Frage nach dem „Dürfen“ eines Vertrauens auf die Bestandskraft einer Lebensgemeinschaft beantwortet noch nicht die Frage nach dem rechtsgeschäftlichen Wollen bei der Zuwendung.<sup>18</sup> Auf letztere soll die Figur des nichtehelichen Kooperationsvertrags eine Antwort geben. Zu diskutieren ist, ob dieser im Windschatten der Figur des Wegfalls der Geschäftsgrundlage entwickelte Vertrags- typ eine plausible Integration der vermögensrelevanten Handlungen der Partner in das System des Bürgerlichen Rechts zu leisten vermag, und ob er als Vertrag im Sinne des § 313 BGB zu einer gerechten Rückabwicklung von Zuwendungen bei Scheitern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft beitragen kann.

## B. Aktuelle Grundsätze zur Vermögensauseinandersetzung bei Scheitern der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Das mit zwei Grundsatzentscheidungen des BGH von 2008<sup>19</sup> etablierte System der Vermögensauseinandersetzung bei Scheitern der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist in der Literatur ausführlich beschrieben worden und muss hier daher nur kurz

13 BGHZ 117, 193 = NJW 2008, S. 3277.

14 Bestätigt und konkretisiert wurde diese Linie in BGH NJW 2011, S. 2880.

15 Zum Begriff unten C.

16 BGH NJW 2008, Nr. 33 ff.

17 *Hausmann*, Lebensgemeinschaften (Fn. 8), S. 331 ff.

18 Zu dieser Unterscheidung grundlegend *Hausmann*, Lebensgemeinschaften (Fn. 8), S. 331 ff.

19 BGH Urteil vom 9.7.2008, BGHZ 117, 193 = FamRZ 2008, S. 1822 = NJW 2008, S. 3277 u. BGH Urteil vom 9.7.2008 FamRZ 2008, S. 1828 = NJW 2008, S. 3282, wobei die für die aufgeworfene Fragestellung relevanten Ausführungen nur im erstgenannten Urteil zu finden sind, während das zweite in den entscheidenden Passagen auf dieses verweist.

skizziert werden.<sup>20</sup> Es beruht auf mehreren zentralen Wertungen. Wenn zwischen nichtehelichen Lebenspartnern nicht eindeutig der Abschluss eines typisierten Vertrages mit bestimmten Leistungspflichten festgestellt werden kann, ist auf außervertragliche Rückabwicklungsmechanismen zurückzugreifen. Bei der Übertragung von konkret erfassbaren Vermögenswerten (etwa wenn ein Partner dem anderen ein Auto übereignet, das beide nutzen wollen) könnte man an die Voraussetzungen eines Schenkungswiderrufs gem. §§ 531 Abs. 2, 530 Abs. 1, 812 Abs. 1 S. 2 BGB denken. Insofern hat der BGH aber die bisherige Dogmatik der „unbenannten Zuwendungen“ übernommen, die für den Bereich der Zuwendungen zwischen Ehegatten entwickelt worden war. Für die nichteheliche Lebensgemeinschaft verwendet die Rechtsprechung den Begriff „gemeinschaftsbezogene Zuwendungen“.<sup>21</sup> Auch für die nichteheliche Lebensgemeinschaft liege demnach lediglich eine Schenkung vor, wenn die Zuwendung „unentgeltlich im Sinne echter Freigiebigkeit“ erfolge und nicht an den Fortbestand der Beziehung geknüpft sei.<sup>22</sup> Damit sind typischerweise Vermögensübertragungen zum Zweck der Förderung der Lebensgemeinschaft von einer Rückabwicklung ausgeschlossen.

Kompensationschancen bietet dagegen das Gesellschaftsrecht. Auch hier konnte der BGH auf vorgeprägte Grundsätze zurückgreifen, musste aber nicht einmal in das Ehrerecht ausweichen. In der Rechtsprechung des II. Zivilsenats hatte sich hier schon zuvor herauskristallisiert, dass ein ausdrücklich oder stillschweigend geschlossener Gesellschaftsvertrag zwischen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft regelmäßig dann zu Stande kommt, wenn Sie die Absicht verfolgen mit dem Erwerb eines Vermögensgegenstands einen dauerhaften gemeinschaftlichen Wert zu schaffen, der Ihnen gemeinsam gehören und zur gemeinsamen Nutzung zur Verfügung stehen soll.<sup>23</sup> Der nichteheliche Kooperationsvertrag als atypischer Vertrag wird in solchen Konstellationen gemeinsamer Vermögensbildung verdrängt. Die Rückabwicklung richtet sich nach den in §§ 730 ff. BGB geregelten Rechtsfolgen. Oft wird das aber nicht der Fall sein, zumal der BGH betont, dass eine rein faktische Willensübereinstimmung für eine nach gesellschaftlichen Grundsätzen zu beurteilende Zusammenarbeit nicht ausreichen soll.<sup>24</sup> In den verbreiteten Fallgruppen, etwa wenn es um Beiträge zur Errichtung eines Hauses geht, welches der Lebensgemeinschaft als Unterkunft dienen soll, wird die gemeinsame Wertentwicklung regelmäßig nicht Vertragsgegenstand sein, sondern die Förderung des nichtehelichen Zusammenle-

20 Vgl. nur M. Wellenhofer, Familienrecht, 2. Aufl. München 2011, S. 207 ff; W. Schulz, Ausgleich gegenseitiger Leistungen bei Scheitern der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, FPR 2010, 373 ff; Zuletzt in der Kommentarliteratur etwa M. Schwab, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 812, Rn. 417 ff.

21 BGHZ 117, 193 (199) = NJW 2008, S. 3278 Nr. 17. Dazu auch Schulz, Ausgleich (Fn. 20), S. 374.

22 BGHZ 117, 193 (198) = NJW 2008, S. 3278 Nr. 14-16.

23 BGHZ 117, 193 (204) = NJW 2008, S. 3280 Nr. 30.

24 Zuletzt BGH NJW 2011, S. 2881, Nr. 14.

bens. Auch eine gemeinsame Zuordnung des Vermögensgegenstandes entspricht in solchen Fällen oft nicht dem Parteiwillen, da die Zugriffsmöglichkeiten von Gläubigern durch Vermögenskonzentration bei einer Person begrenzt werden sollen. In solchen Fällen verweist die neuere Rechtsprechung auf die Zweckverfehlungskondiktion als möglichen Rückabwicklungsmechanismus.<sup>25</sup> Bei der Bewertung von Leistungen und Zuwendungen zwischen den Partnern kommt es dann darauf an, ob diese sich als Zweckvereinbarung im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB darstellen lassen. Wenn das der Fall ist, soll die *condictio ob rem* das bevorzugte Rückabwicklungsinstrument sein. Nur wenn deren Voraussetzungen nicht gegeben sind, steht dem zuwendenden Partner ein anderer Weg des Ausgleichs offen, nämlich über die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage.<sup>26</sup> Ausgangspunkt ist hier, dass Vertrauen auf den Fortbestand der Partnerschaft als Geschäftsgrundlage einer Zuwendung oder Leistung anerkannt wird.<sup>27</sup> An dieser Stelle liegt die größte Bresche, welche die Rechtsprechung in die Mauer der Nichtausgleichung geschlagen hat. Eine Anerkennung rechtsgeschäftlicher Betätigung erfolgt, wie gesagt, vor allem in Form von Vertrauenschutz. Da es aber keinen Wegfall der Geschäftsgrundlage ohne Geschäft geben kann, geht der BGH von einem stillschweigenden Vertragsschluss zwischen den Partnern aus, dessen Grundlage bei Scheitern der Beziehung entfällt.<sup>28</sup> Ein Vertrag begleitet also die Zuwendungen oder Arbeitsleistungen der Lebenspartner und ist Basis für die spätere Rückabwicklung.

Hier entsteht ein Abgrenzungsproblem. Je nachdem ob die Willensübereinkunft in einen bereicherungs- oder vertragsrechtlichen Zusammenhang eingeordnet wird, kann sie Unterschiedliches bewirken: Wird sie als Vertrag anerkannt, entfällt bei Scheitern der Beziehung dessen Rechtsgrundlage. Die Rückabwicklung richtet sich dann nach § 313 BGB und somit nicht zuletzt nach Zumutbarkeitskriterien und Bilanzierterwägungen. Erscheint die Willensübereinkunft in Gestalt einer bereicherungsrechtlichen Zweckvereinbarung, die gerade keine vertragliche Wirkung haben darf,<sup>29</sup> richtet sich die Rückabwicklung nach § 818 BGB, was zu völlig anderen Rechtsfolgen führt, wie etwa den Kondiktionsausschlüssen der §§ 818 Abs. 3 und 815 BGB. Deswegen ist eine Differenzierung beider Ausgleichsformen geboten.<sup>30</sup> Insgesamt wird damit deutlich, dass im neu geschaffenen Rückabwicklungssystem bei nichtehelicher Lebensgemeinschaft ein Vertrag zwischen den Partnern, der weder Gesellschaftsvertrag noch bereicherungsrechtliche Zweckabrede ist, eine

25 BGHZ 117, 193 (206) = NJW 2008, S. 3280 Nr. 34.

26 BGHZ 117, 193 (208) = NJW 2008, S. 3281 Nr. 40.

27 Ebenda.

28 Ebenda.

29 Vgl. T. Finkenauer, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 313 Rn. 179.

30 Zu diesem Abgrenzungsproblem u.a. bereits N. Dethloff, Familienrecht, 30. Aufl., München 2012 § 8 Rn. 32; und N. Dethloff, Aufgabe des Grundsatzes des Nichtausgleichs in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, JZ 2009, S. 418-421 (420), siehe auch unten F.

entscheidende Rolle spielt. Für die praktisch stets notwendige Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten ist eine Kenntnis seiner Eigenschaften und Voraussetzungen erforderlich. Sie soll nach Klärung einiger Grundbegriffe in den folgenden Abschnitten mit einer Skizze der Entstehungsbedingungen des sog. familienrechtlichen Vertrags *sui generis* oder Kooperationsvertrags beginnen, der das Vorbild für die hier relevante Vertragskonstruktion ist.

### C. Terminologie: Der lebensgemeinschaftliche Kooperationsvertrag als neue einheitliche Grundlage von Zuwendungen und Arbeitsleistungen?

Die Bezeichnung „lebensgemeinschaftlicher Kooperationsvertrag“ wird in Literatur und Rechtsprechung bisher nicht verwendet. Mit ihr soll hier eine vertragliche Grundlage erfasst werden, welche sowohl bei Vermögenszuwendungen als auch bei Arbeitsleistungen zu Gunsten eines Partners einer Lebensgemeinschaft angenommen werden kann. In der Literatur kursieren verschiedene Begriffe für die gleichen Rechtsformen. Die Begriffe folgen einer strengen Differenzierung zwischen der Rückabwicklung bei erbrachten Arbeitsleistungen und substantiellen Vermögensübertragungen. Geht es um den Ausgleich von Vermögenszuwendungen, ist die Terminologie oftmals an das familienrechtliche Konzept der „unbenannten Zuwendung“ angelehnt. Als „unbenannte Zuwendung“ werden auch Sach- und Geldübertragungen zwischen Lebenspartnern bezeichnet.<sup>31</sup> Basis solcher „lebensgemeinschaftlicher Zuwendungen“ soll ein „gemeinschaftsbezogenen Vertrag eigener Art“ sein.<sup>32</sup> Geht es hingegen um Arbeitsleistungen spricht man oft von „Kooperationsvertrag eigener Art“<sup>33</sup> oder schlicht von „Kooperationsvertrag“.<sup>34</sup>

Der BGH verzichtet auf die Bildung eines neuen Rechtsbegriffs für die vertragliche Interaktion zwischen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Benannt wird nur der „familienrechtliche Kooperationsvertrag *sui generis*“,<sup>35</sup> der auf faktische Lebensgemeinschaften ausgedehnt und nur in dieser Form zur Entwicklung der neuen Rückabwicklungsgrundsätze verwendet wird. In deren Zusammenhang ist lediglich die Rede von einer „gemeinschaftsbezogenen Zuwendung“ und „gemeinschaftsbezogenen Arbeitsleistung“.<sup>36</sup> Diese können „nach einer stillschweigenden Übereinkunft mit dem anderen Partner zur Ausgestaltung der Lebensgemeinschaft

31 Etwa bei *Löhnig*, (Fn. 7), Anh. zu §§ 1297 ff. Rn. 130.

32 *Löhnig*, (Fn. 7), Anh. zu §§ 1297 ff. Rn. 132. vgl. auch *R. Hoppenz*, Die Ausübungskontrolle des Gütertrennungsvertrages – konkludente Ehegatteninnengesellschaft, ehebezogene Zuwendung und familienrechtlicher Kooperationsvertrag nur noch Auslaufmodelle?, FamRZ 2011, S. 1701 zum familienrechtlichen Kooperationsvertrag in Abgrenzung zu ehebedingten Zuwendungen.

33 *Löhnig*, (Fn. 7), Anh. zu §§ 1297 ff. Rn. 129.

34 *Hausmann*, Lebensgemeinschaft (Fn. 8), S. 479.

35 Dazu unten E.I.

36 Zu diesen Begriffen *Schulz*, Ausgleich (Fn. 20), S. 374.

erbracht werden“.<sup>37</sup> Zu einer einheitlichen Umschreibung für einen Zuwendungen und Arbeitsleistungen erfassenden Vertragstyp ist man in der Rechtsprechung genauso wenig wie in der Literatur gelangt. Verhindert wird das bis heute durch die Annahme, dass Zuwendungen und Arbeitsleistungen voneinander getrennt werden müssten. Eine Zuwendung von Arbeitskraft sei dem BGB fremd. Diese vor allem von Lieb im Zusammenhang mit Ausgleichsfragen bei Ehegattenmitarbeit formulierte Feststellung bezieht ihre Plausibilität nicht zuletzt aus einer Kritik am Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage als Rückabwicklungsmechanismus in solchen Fällen.<sup>38</sup> Unabhängig wie man dazu steht, gebietet der Grundsatz der Privatautonomie, dass den Parteien auch andere vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten für Kompensationschancen bei geleisteter Arbeit außerhalb der Kategorien von Dienstvertrag und Dienstleistung eröffnet werden müssen. Eine Art Typenzwang, wie er etwa aus Gründen der Schutzbedürftigkeit von Arbeitnehmern im Arbeitsrecht angenommen wird,<sup>39</sup> ist zwischen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft unangebracht, wenn diese sich zu einem persönlichen Zusammenwirken jenseits konkreter Gegenleistungspflichten entschieden haben. Wenn hier Rückabwicklungsmöglichkeiten entstehen sollen, ist ihnen auch ein rechtsgeschäftlicher Gestaltungsspielraum zuzubilligen. Gerade diese notwendige Offenheit setzt aber voraus, dass auch Arbeitsleistungen, die im Rahmen gemeinsamer Zweckverfolgung erbracht werden, demgemäß auf eine (atypische) Vertragsgrundlage gestellt werden können, auch jenseits der Denkform einer „Zuwendung von Arbeitskraft“. In diesem Sinne hat der BGH betont, dass gemeinschaftsbezogene Zuwendungen ebenso wie Arbeitsleistungen nach dem Scheitern einer Lebensgemeinschaft zu Ausgleichsansprüchen führen können, da sie wirtschaftlich auch als geldwerte Leistungen zu erfassen seien.<sup>40</sup> Wegen dieser Einheit ist es aber nicht überzeugend, die rechtsgeschäftliche Beurteilung von Arbeitsleistungen und Sachzuwendungen an unterschiedliche vertragliche Grundlagen zu knüpfen. Wenn man die aktuelle Rechtsprechung und Dogmatik solcher Rückabwicklungsformen akzeptiert, kommt man überhaupt erst vom Gedanken des Ausgleichs auf die vertragliche Grundlage. Die Rückabwicklung kann nach den nun geltenden Grundsätzen sowohl bei Arbeit als auch bei Sachleistung im Wege der Vertragsanpassung bei Wegfall der Geschäftsgrundlage erfolgen. Somit ist nicht mehr ersichtlich, weshalb man nicht von einem einheitlichen Kooperationsvertrag zwischen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ausgehen sollte. Solche Verträge sind stets atypisch. Sie enthalten auch keine Leistungspflichten. Arbeitsleistungen und Zuwendungen sind nur Indikatoren eines stillschweigenden rechtsgeschäftlichen Kontakts, aber nicht verpflichtender Vertragsinhalt. Kooperation

<sup>37</sup> BGHZ 117, 193 (210) = NJW 2008, S. 3281 Nr. 43.

<sup>38</sup> M. Lieb, Ehegattenmitarbeit (Fn. 5), S. 130, ihm folgend BGHZ 84, 361 = NJW 1982, S. 2237.

<sup>39</sup> U. Preis, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Aufl. 2013, § 611 Rn. 37 m.w.N.

<sup>40</sup> BGHZ 117, 193 (208) = NJW 2008, S. 3281.

kann mithin auch in Form von Sachzuwendungen erfolgen, die regelmäßig in ein Geflecht unverbindlich erwarteter materieller und immaterieller Gegenleistungen eingebunden sein werden. Wo die Kompensation auf derselben Grundlage stattfindet, muss auch die vertragliche Grundlage dieselbe sein.

Für eine solche gemeinsame Vertragsgrundlage scheint die Bezeichnung „lebensgemeinschaftlicher Kooperationsvertrag“<sup>41</sup> passend zu sein – unter Berücksichtigung der Tatsache, dass damit auch Zuwendungen erfasst sind. Zu eng wäre die Charakterisierung als „nichtehelicher Kooperationsvertrag“, suggerierte sie doch eine Begrenzung auf Lebensgemeinschaften mit sexuellem Bezug im Sinne von ‚Ehen ohne Trauschein‘. Relevant sind die über vertragliche Grundlagen konstruierten Ausgleichsformen aber auch für andere Konstellationen des faktischen Zusammenlebens, etwa zwischen Freunden, Verwandten oder Geschwistern,<sup>42</sup> die man wegen der mangelnden Alternative „Ehe“ kaum als „nichteheliche“ Lebensformen bezeichnen wird. In diesem Sinne hatte bereits das Bundesverfassungsgericht seine Definition der „eheähnlichen Gemeinschaft“ als „Verantwortungs- und Einstehengemeinschaft“ auf Bindungen von Menschen ohne geschlechtliche Beziehung ausgedehnt.<sup>43</sup> Jedoch beschränkt sich die Definition des Bundesverfassungsgerichts auf Gemeinschaften zwischen Mann und Frau.<sup>44</sup> Heute ist der für die Rückabwicklung von Vermögensübergängen relevante Kooperationsvertrag auch auf gleichgeschlechtliche Gemeinschaften zu beziehen. Die Bezeichnung als „lebensgemeinschaftlicher Kooperationsvertrag“ würde gerade die auch aus Gründen des Diskriminierungsschutzes gebotene Offenheit des Konzepts für verschiedene selbst gewählte Gestaltungen des Zusammenlebens zum Ausdruck bringen. Sozialer Rahmen des Vertrags ist jedenfalls das auf emotionaler Bindung beruhende Zusammenleben von Menschen – gleich welchen Geschlechts – mit gemeinsamer Zukunfts- oder Familienplanung außerhalb ehelicher oder gesellschaftsrechtlicher Formen.<sup>45</sup> Gerade diese Zukunftsperspektiven sind oft die zentralen Motive für die über die Alltagsbedürfnisse einer Gemeinschaft

41 Die bloße Bezeichnung als „gemeinschaftlicher Kooperationsvertrag“ wäre wegen möglicher Assoziationen zur Bruchteilsgemeinschaft im Sinne von § 741 BGB eher unpassend, der die Rückabwicklungsprobleme bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft resultieren ja gerade daraus, dass eine gemeinsame Rechtszuständigkeit bei Vermögensübertragungen nicht geschaffen werden soll. Zur Rechtsstruktur der Bruchteilsgemeinschaft *K. Schmidt*, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 741 Rn. V.

42 BGHZ 117, 193 (206) = NJW 2008, S. 3280, Nr. 33.

43 BVerfG FamRZ 1993, S. 164 (168); *W. Schulz*, Vermögensauseinandersetzung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, FamRZ 2007, S. 593.

44 Kritisch dazu *Schulz*, Vermögensauseinandersetzung (Fn. 43), S. 594.

45 In der gemeinsamen Zukunftsplanung dürfte dann auch das Abgrenzungskriterium zu „befristeten Zweckgemeinschaften“, im Sinne von „bloßen Wohngemeinschaften“ liegen dazu *H. Grziwotz*, Ausgleichsansprüche nichtehelicher Lebensgemeinschaften, FamRZ 2008, S. 1829 (1830).

hinausgehenden Vermögensübertragungen,<sup>46</sup> deren Abwicklung im Kern der Rechtsprobleme steht.

#### **D. Charakteristische Merkmale des lebensgemeinschaftlichen Kooperationsvertrages in der Rechtsprechung**

In der Entscheidung vom 9.7.2008 wird der lebensgemeinschaftliche Kooperationsvertrag wie gesagt eingeführt, im Rahmen der Konstruktion eines Ausgleichsanspruchs wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Dieser neue Ansatz wertete das Instrument der vertraglichen Interaktion zwischen den Partnern auf, um den Boden für die Rückabwicklung zu bereiten: Wo Verträge zwischen den Partnern möglich sind, kann auch das Vertrauen auf die Dauer der Lebensgemeinschaft als deren Geschäftsgrundlage Anerkennung finden.<sup>47</sup> Hergestellt wird damit eine Verknüpfung von Erwartungssicherung und rechtsgeschäftlichem Handeln: § 313 BGB setzt einen „Vertrag“ voraus, dem die Geschäftsgrundlage zugeordnet werden muss. Dieser kann auf gemeinschaftsbezogene Zuwendungen durch Übertragungen von Vermögenssubstanz, also etwa – im untechnischen Sinn – ‚Geschenke‘, gerichtet sein oder auf gemeinschaftsbezogene Arbeitsleistungen.

Insgesamt kann man die charakteristischen Merkmale des lebensgemeinschaftlichen Kooperationsvertrags, wie er den BGH-Entscheidungen von 2008,<sup>48</sup> auftritt folgendermaßen zusammenfassen:

- Der lebensgemeinschaftliche Kooperationsvertrag wird in der Regel stillschweigend abgeschlossen.
- Er ist ein Vertrag *sui generis*, was „atypisch“ bedeutet, ansonsten aber keine Abweichungen von herkömmlicher Vertragsdogmatik behauptet.
- Er richtet sich auf die Erbringung von Arbeitsleistungen und/oder Vermögensübertragungen zur Ausgestaltung der Lebensgemeinschaft, die beide als „geldwerte Leistungen“ zu qualifizieren sind.
- Er dient nur als Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Leistung, aus ihm entstehen keine Primärleistungspflichten.
- Grundsätzlich kann er nur angenommen werden, wenn kein konkludent geschlossener Gesellschaftsvertrag zustande gekommen ist.
- Zu prüfen ist, ob die Partner mit Rechtsbindungswillen handeln, was bei bloßen Gefälligkeiten nicht gegeben ist.
- Da der lebensgemeinschaftliche Kooperationsvertrag mit der Geschäftsgrundlage einer gemeinschaftsbezogenen Zuwendung oder Arbeitsleistung verbunden ist

<sup>46</sup> Zu Problemen der Bestimmung dieses Merkmals *H. Grziwotz*, Ausgleichsansprüche zwischen nichtehelichen Partnern, FamFR 2010, S. 145.

<sup>47</sup> Vgl. BGHZ 117, 193 (202 f.) = BGH NJW 2008, S. 3279 Nr. 26.

<sup>48</sup> Ausdrücklich benannt sind diese Merkmale nur in BGHZ 117, 193 = NJW 2008, S. 3277.

und Ansprüche aus Wegfall der Geschäftsgrundlage nur zur Anwendung kommen sollen, wenn eine Zweckabrede i.S. d. § 812 Abs. 1 S. 2 Alt 2 BGB nicht gegeben ist, müsste sich der lebensgemeinschaftliche Kooperationsvertrag von einer bereicherungsrechtlichen Zweckabrede unterscheiden lassen.

- Da der Vertrag nur im Zusammenhang mit § 313 BGB überhaupt eine eigene Funktion erhält, sich seine Rolle im neuen Vermögensausgleichssystem bei gescheiterter Lebensgemeinschaft also in der Schaffung eines Bezugspunkts für die Geschäftsgrundlage erschöpft, muss es sich um einen Vertrag im Sinne des § 313 BGB handeln.

Schon dieser Überblick macht deutlich, dass es hier um ein unselbständiges Gebilde geht, das offensichtlich nur als Argumentationsstütze für den Ausgleich nach § 313 BGB erforderlich ist. So ist es bezeichnend, dass in dem die Grundsätze des Vermögensausgleichs präzisierenden BGH-Urteil von 2011 ein Kooperationsvertrag nach wie vor nur als „stillschweigende Übereinkunft mit dem anderen Partner zur Ausgestaltung der Lebensgemeinschaft“<sup>49</sup> erwähnt, aber in seinen Voraussetzungen nicht geprüft wird, während der Schwerpunkt der Rechtsfortbildung eindeutig bei seinen Konsequenzen liegt, nämlich dem Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Scheitern der nichtehelichen Beziehung.

## **E. Der familienrechtliche Kooperationsvertrag *sui generis* als Vorbild und Vorstufe**

Da der lebensgemeinschaftliche Kooperationsvertrag auf der Erweiterung des Anwendungsbereichs eines zuvor zwischen Ehegatten konstruierten familienrechtlichen Kooperationsvertrags beruht, ist für die Analyse und Einordnung des ersteren eine kurze Beschreibung seines unmittelbaren Vorbilds erforderlich.

### **I. Herausbildung des familienrechtlichen Kooperationsvertrags im Rahmen der Rechtsprechung zur Ehegattenmitarbeit**

In Darstellungen zur Herausbildung des familienrechtlichen Kooperationsvertrags in der Rechtsprechung<sup>50</sup> wird in der Regel auf eine Entscheidung des BGH von 1982 als Anfangspunkt verwiesen.<sup>51</sup> Ein in Gütertrennung lebender Ehegatte hatte einen erheblichen Arbeitsaufwand zum Bau eines Familienhauses erbracht und verlangte nach der Trennung Ausgleich von der Ehefrau, die das von ihm miterrichtete Haus mit den gemeinsamen Kindern bewohnte.<sup>52</sup> Erörtert wurde das Problem auf der Basis

49 BGH NJW 2011, S. 2881 Nr. 21.

50 Ausführlich R. Wever, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 5. Aufl., Bielefeld 2009, S. 303-307, vgl. auch U. Haas, Ehegatteninnengesellschaft und familienrechtlicher Vertrag *sui generis*?, FamRZ 2002, 205f.

51 BGHZ 84, 361= NJW 1982, 2236. Verweise darauf etwa bei O. Haußleiter/W. Schulz, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 5. Aufl. 2011, Rn. 318 ff. vgl. auch Haußmann, Lebensgemeinschaft (Fn. 8), S. 479 ff.

52 BGH NJW 1982, S. 2236.

bisheriger Wertungen des ob und wie der vermögensrechtlichen Kompensation von Ehegattenmitarbeit. Die Rechtsprechung hatte in Auslegung von § 1356 Abs. 2 BGB der seit 1958 geltenden Fassung darauf abgestellt, ob eine Mitarbeit nach den Verhältnissen der Ehegatten (nicht nach der Verkehrssitte) üblich war.<sup>53</sup> War dies der Fall, bestand eine Pflicht des einen Ehegatten zur Mitarbeit im Betrieb des anderen. 1977 wurde diese Regelung durch das 1. EheRG abgeschafft.<sup>54</sup> § 1356 Abs. 2 BGB normierte fortan nur noch ein Gebot der Rücksichtnahme auf Familie und Ehepartner bei der Wahl der Erwerbstätigkeit. Diese unterlag aber nun dem freien Ermessen des Ehegatten. Damit entfiel eine gesetzliche Wertung, die – wenn auch begrenzt durch das Merkmal der „Üblichkeit“ – den Ehegatten Solidaritätspflichten zur gemeinsamen Erwerbstätigkeit auferlegte.<sup>55</sup> Wo gesetzliche Beistandspflichten auf Ausnahmefälle begrenzt wurden<sup>56</sup> und ein gesetzliches Rollenbild des Ehegatten als autonom wirtschaftendes Individuum deutlichere Gestalt annahm, erweiterte sich der Spielraum für frei vereinbarte vertragliche Grundlagen der Mitarbeit.<sup>57</sup>

Zu prüfen war also, inwiefern bei Erbringung der Arbeitsleistung eine eigene vertragliche Grundlage vorhanden war.<sup>58</sup> Hier begannen die Klassifizierungsprobleme.<sup>59</sup> Die Annahme eines Arbeitsvertrags scheiterte meistens schon am Rechtsbindungswillen.<sup>60</sup> Möglich war die Qualifizierung des rechtsgeschäftlichen Kontakts als stillschweigender Abschluss einer Ehegatteninnengesellschaft, jedoch nur, sofern die erbrachten Arbeitsleistungen über das hinausgingen, was zur Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft diene.<sup>61</sup> Daraus könne man aber nicht folgern, dass das Verhalten der Parteien „keine rechtsgeschäftliche Qualität habe“.<sup>62</sup> An dieser Stelle ließ der BGH in seiner Entscheidung vom 8.7.1982 einen besonderen Vertragstyp in das Vakuum zwischen Innengesellschaft und Arbeitsvertrag treten: Die im vorliegenden Fall von dem Ehemann erbrachten Arbeitsleistungen gingen nach Ansicht des Gerichts über erwiesene Gefälligkeiten und über im Rahmen der Unterhaltpflicht oder gegenseitigen Beistands- und Unterstützungspflicht unter Ehegatten

53 BGHZ 46, 385 = NJW 1967, 1077.

54 Zur Textgeschichte R. Voppel, Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2012, § 1356 Rn. 1.

55 Vgl. BGH NJW 1982, S. 2237.

56 Zur Ableitung von Mitarbeitspflichten aus allgemeinen Beistandspflichten D. Schwab, Familienrecht, 20. Aufl. München 2012, Rn. 127.

57 Vgl. BGHZ 127, 48 = NJW 1994, S. 2545 (2546) wo die Frage des Bestehens von Mitarbeitspflichten aus dem allgemeinen ehelichen Solidaritätsgebot erörtert wird, dann aber offen gelassen wird, da im vorliegenden Fall selbst bei bestehenden Mitarbeitspflicht diese weit überschritten worden wären, was den Weg zu einem Ausgleichsanspruch ohnehin eröffnet hätte. Zu dieser Entwicklung auch Haas, Ehegatteninnengesellschaft (Fn. 50), S. 208.

58 BGH NJW 1982, S. 2237.

59 Dazu mit weiteren Beispielen Hausmann, Lebensgemeinschaft (Fn. 8), S. 480 f.

60 Etwa BGH NJW 1982, S. 2237.

61 Ebenda.

62 Ebenda.

geschuldete Dienste weit hinaus.<sup>63</sup> Rechtsgeschäftliche Qualität ergebe sich schon daraus, dass dem Ehegatten ein Wohnrecht an dem für die Familie herzustellenden Haus eingeräumt werden sollte. Weiter wird ausgeführt: „Unter diesen Umständen sieht der Senat in dem geschilderten Verhalten der Parteien den schlüssigen Abschluss eines besonderen familienrechtlichen Vertrags. Welchen Inhalt der Vertrag hat, ist in erster Linie den ausdrücklichen Abreden und sodann dem sonst schlüssig zum Ausdruck gebrachten Parteiwillen zu entnehmen. Dabei können Erfahrungssätze über sozialtypisches Verhalten von Ehegatten für die Auslegung dienlich sein“.<sup>64</sup> Wo demnach ein Parteiwillen feststellbar war, ging die Rechtsprechung von einem Vertrag aus, ohne dessen Inhalt näher zu beschreiben: „welche Ansprüche sich im einzelnen ursprünglich aus dem Vertrag ergaben, bedarf hier keiner Entscheidung. Keine der Parteien besteht mehr auf seiner Erfüllung“.<sup>65</sup> Ob Leistungspflichten entstehen, wurde gar nicht erst erörtert, da der Vertrag überhaupt nur auf der Ebene der Rückabwicklung als Grundlage für die Rückführung von Vermögen diene. Von vornherein ging es um die Schaffung einer Voraussetzung für Billigkeitserwägungen im Rahmen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage.<sup>66</sup>

Damit waren in der Rechtsprechung entscheidende Schritte zur Anerkennung eines familienrechtlichen Vertrags *sui generis* unternommen, der dann in einer weiteren Entscheidung vom 13.7.1994 mit dem Begriff der „Kooperation“ zwischen den Ehegatten in Verbindung gebracht wurde.<sup>67</sup> Entlehnt ist diese Bezeichnung von Gernhuber,<sup>68</sup> der damit Verträge bezeichnete, die der Förderung der ehelichen Lebensgemeinschaft dienen sollten, im Gegensatz zu so genannten Trennungsverträgen, als Regelung einer Beendigung der Kooperation.<sup>69</sup> Für ihn handelt es sich beim Kooperationsvertrag aber nicht um eine außerhalb der geltenden Vertragsdogmatik liegende Rechtsform. Zwar würden Ehegatten nicht in Willenserklärungen miteinander verkehren, dennoch sei es geboten, „an den Kriterien der Willenserklärung die reinen Gefälligkeiten (die ohne Bindung erwiesen werden) von den Leistungen zu sondern, die im Bewusstsein erbracht werden, einer Rechtspflicht zu genügen“.<sup>70</sup> Zur Feststellung des Kooperationsvertrages spielt also die Abgrenzung zur Gefälligkeit eine entscheidende Rolle.

63 Ebenda.

64 Ebenda.

65 Ebenda.

66 Siehe dazu bereits BGH NJW 1972, S. 580, wo ein Ausgleich für Ehegattenmitarbeit nach Scheidung nach Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage angenommen wurde, ohne eine vertragliche Grundlage der Zuwendungen überhaupt zu erörtern. Ausgegangen wurde lediglich von einer „Zuwendung“, die wegen der Scheidung den veränderten Umständen anzupassen sei.

67 BGHZ 127, 48.

68 Dazu auch Haas, Ehegatteninnengesellschaft (Fn. 50), S. 205.

69 Etwa J. Gernhuber, Die geordnete Ehe, FamRZ 1979, 193 (200 f.). Aktuell Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht (Fn. 2), S. 183 f.

70 Ebenda.

## II. Kritik am familienrechtlichen Kooperationsvertrag

Die Konstruktion des familienrechtlichen Kooperationsvertrags zur Begründung von Ausgleichsansprüchen bei Ehegattenmitarbeit hat in der Literatur zu Diskussionen geführt.<sup>71</sup> Im Ergebnis wurde die Gewährung von Ausgleichsansprüchen bei Ehegattenmitarbeit einhellig begrüßt.<sup>72</sup> Kontroversen lösten hingegen die dazu führenden dogmatischen Konstruktionen aus, sowie die Rechtsfolgen des Ausgleichsanspruchs im Einzelnen. Zum Teil erscheint die Kritik des familienrechtlichen Kooperationsvertrags als Ausschnitt einer allgemeinen Kritik an den Rückabwicklungslösungen bei Ehegattenzuwendungen. Soweit dabei der familienrechtliche Kooperationsvertrag betroffen ist, lassen sich verschiedene Ebenen unterscheiden. Ein zentraler Kritikpunkt betrifft die Voraussetzungen des Vertragsschlusses.<sup>73</sup> Auch Ehegatten können untereinander Verträge abschließen wie andere Teilnehmer am Rechtsverkehr.<sup>74</sup> Typisches Problem bei Arbeitsleistungen oder Vermögensübertragungen zur Förderung des ehelichen Zusammenlebens ist jedoch, dass dafür meist keine ausdrückliche vertragliche Basis geschaffen wird. In den Vordergrund tritt daher die Frage nach einem stillschweigenden Vertragsschluss und dessen Motiven.<sup>75</sup> Nach einem öfter geäußerten Vorwurf würden Willenserklärungen und Motive nur fingiert, um eine Rückabwicklung nach Regeln des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu ermöglichen.<sup>76</sup> Der familienrechtliche Kooperationsvertrag erscheint daher als „konturenloses Institut“<sup>77</sup> oder „gekünsteltes Gebilde“.<sup>78</sup> Dafür spricht, dass tatsächlich der Inhalt des Vertrages kaum bestimmbar ist. Grundannahme der älteren Rechtsprechung war, dass die Ehegatten die Rechtsfolgen einer Trennung in der Regel nicht bedenken.<sup>79</sup> Was dann Gegenstand der stillschweigenden Willenserklärung sein sollte, musste folglich unklar bleiben.<sup>80</sup> Primäre Leistungspflichten können es jedenfalls nicht sein, denn diese sind von vornherein nicht gewollt. Eine Ehefrau, die ihrem Mann beim Hausbau hilft, wird dies nicht tun, weil sie und er damit rechnen, dass die Leistungen im Zweifelsfall auch eingeklagt werden können. Die bloße Erwartung

71 Überblick bei *Wever*, Vermögensauseinandersetzung (Fn. 50), S. 308 f. m.w.N.

72 Siehe etwa *P. Derleder*, Zum Ausgleich der Ehegattenmitarbeit bei vereinbarter Gütertrennung im Falle der Scheidung, FuR 1994, S. 303, wo die Gewährung eines Ausgleichsanspruchs für Mitarbeit bei Eheleuten mit Gütertrennung als „Gebot elementarer Gerechtigkeit“ bezeichnet wird.

73 Überblick bei *Voppel* (Fn. 54), § 1356 Rn. 44-46.

74 *Voppel* (Fn. 54), § 1356 Rn. 44.

75 *Voppel* (Fn. 54), § 1356 Rn. 45.

76 Zuletzt *Hoppenz*, Ausübungskontrolle (Fn. 32), S. 1702; vgl. bereits *D. Olzen*, Familienrechtlicher Ausgleichsanspruch nach Scheitern der Ehe, JR 1982, S. 496.

77 *D. Joost*, Zuwendungen unter Ehegatten und Bereicherungsausgleich nach der Scheidung, JZ 1985, S. 12.

78 *K. Tiedke* Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum ehelichen Güterrecht seit dem 1. Januar 1978 – Teil 2, JZ 1984, S. 1078 (1085) „gekünsteltes Gebilde“. Dagegen etwa *Wever*, Vermögensauseinandersetzung (Fn. 50), S. 308.

79 *Olzen*, Ausgleichsanspruch (Fn. 76), S. 496.

80 Ebenda.

an den Fortbestand der Ehe mag als Zuwendungsmotiv bedeutsam sein, wird dadurch aber noch nicht zur Willenserklärung.<sup>81</sup>

Neben dem offenen Fragen beim Vertragsschluss sind die Rechtsfolgen des familienrechtlichen Kooperationsvertrags kritisiert worden. Wenn dieser als Basis für partnerschaftliche Kooperation und Ehegestaltung ernst zu nehmen sei, sei nicht ersichtlich, weshalb bei Wegfall seiner Geschäftsgrundlage nur die auf der anderen Seite ersparten Arbeitskosten an den zuwendenden Ehegatten zurückfließen sollten, nicht aber die Wertzuwächse des gemeinsam gestalteten Vermögensgegenstands.<sup>82</sup> So erscheint der Kooperationsvertrag etwa bei Derleder als „euphemistische Bezeichnung für ein äußerst gemischtes Rechtsfolgenkonglomerat aus arbeitsvertraglichen, bereicherungsrechtlichen und gesellschaftsvertraglichen Elementen“.<sup>83</sup> Besonders verbreitet ist aber der Vorwurf des Mangels an Rechtssicherheit gegenüber dem gesamten, auf dem Wegfall der Geschäftsgrundlage beruhenden Rückabwicklungssystem.<sup>84</sup>

## F. Willensfiktion oder klassische Vertragsdogmatik? Voraussetzungen des lebensgemeinschaftlichen Kooperationsvertrags

Die Übertragung des familienrechtlichen Kooperationsvertrags auf den Bereich der nichtehelichen Lebensgemeinschaft stützt der BGH vor allem auf Gerechtigkeitserwägungen und einen Vergleich zur bisherigen Rechtsprechung bei Ehegatten, insbesondere im Zustand der Gütergemeinschaft.<sup>85</sup> Zentrales Argument ist die rechtliche Schutzwürdigkeit des Vertrauens auf den Bestand der Beziehung, die nun auch für die nichteheliche Lebensgemeinschaft anerkannt werden soll. Dafür erscheint der Kooperationsvertrag als das geeignete Modell. Jedoch setzt sich die Rechtsprechung auch mit der Kritik an dieser Konstruktion auseinander.<sup>86</sup>

### I. Rechtsfolgewillen statt Rechtbindungswillen?

Wie soeben beschrieben wurde, war der in engen sozialen Beziehungen oft schwer feststellbare Rechtbindungswillen ein Hauptkritikpunkt. Konsequenterweise wird dieser nun auch auf die Problematik der nichtehelichen Lebensgemeinschaft übertragen.<sup>87</sup> Die Rechtsprechung argumentiert hier aber zunächst auf einer anderen Ebene. Da es um eine Durchbrechung des rückabwicklungsfreien Raums „nichteheliche Lebensgemeinschaft“ ging, wurde zunächst ein sog. „Rechtsfolgenwillen“ der Partner begründet, mit dem man die Rückabwicklung rechtsgeschäftlich zu stützen

81 Für ein weiteres Verständnis der Willenserklärung im Ehegattenverhältnis jedoch *Haas*, Ehegattenin-nengesellschaft (Fn. 50), S. 208.

82 *Derleder*, Ehegattenmitarbeit (Fn. 72), S. 304.

83 Ebenda.

84 *Joost*, Zuwendungen (Fn. 77), S. 12 m.w.N.

85 BGH NJW 2008, 3280.

86 BGH NJW 2008, 3279.

87 Vgl. etwa *E. Schumann*, Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2013, NehelLG, Rn. 166.

versuchte.<sup>88</sup> Der BGH macht sich hier die Kritik an der älteren Rechtsprechung zu Eigen und zitiert eine Argumentation von Hausmann, nach der die nichteheliche Lebensgemeinschaft schon deswegen kein ‚rechtsfreier Raum‘ sein könne, weil Partner mit Zuwendungen zumindest auf dinglicher Ebene Rechtsfolgen herbeiführen wollten. Eine solche Änderung der Rechtzuständigkeit sei nur innerhalb der Rechtsordnung ein erreichbares Ziel.<sup>89</sup> Tatsächlich stützt die „Dominanz persönlicher Beziehungen“<sup>90</sup> in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht die Schlussfolgerung, dass jede Handlung zwischen den Partnern ohne Herbeiführung von Rechtsfolgen bleiben solle. Ein grundsätzlicher Ausschluss rechtsgeschäftlicher Handlungsspielräume wäre schon mit dem Prinzip der Privatautonomie nicht vereinbar und zwischen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft umso unangemessener, da hier keine Kollisionen zwischen privaten Abmachungen und güterrechtlichen Vorschriften zu befürchten sind. Willensäußerungen zwischen den Partnern sind also einzelfallabhängig festzustellen und zu bewerten. Sofern es dabei um einen Rechtsfolgenwillen mit dinglichen Auswirkungen geht, wird sich dieser vor allem bei Zuwendungen von Vermögenssubstanz feststellen lassen. Oft kommt es den Partnern gerade darauf an, Eigentum auf einen Partner zu übertragen, auch zum Zweck des Schutzes vor Gläubigern im Falle einer Zwangsvollstreckung. Bei Arbeitsleistungen fällt die Begründung schon schwerer. Ein am gemeinsamen Wohnhaus mitarbeitender Partner wird sich während der Erbringung der Arbeitsleistungen keine Gedanken über dingliche Rechtsänderungen machen. Anders als bei der Zuwendung, lässt sich Mitarbeit schwer in dinglichen Kategorien als Übertragung von Verfügungsrechten fassen. Soweit es um diesen Bereich des Kooperationselements geht, kann sich die Rechtsprechung nicht ohne weiteres auf die Übertragung dinglicher Rechte stützen. Da die Rückabwicklung wegen Vermögenszuwendung und Arbeitsleistung wegen Störung der Geschäftsgrundlage gleichermaßen auf einer vertraglichen Grundlage beruhen soll, müsste hier aber ebenfalls ein Rechtsfolgenwille begründet werden.<sup>91</sup>

Auf einer anderen Ebene liegt die Frage, ob die Partner bei Abschluss des Kooperationsvertrages mit *Rechtsbindungswillen* handelten. Das Thema des Rechtsbindungswillens wird in den Entscheidungen von 2008 explizit vor allem im Zusammenhang mit Gesellschaftsverträgen angesprochen.<sup>92</sup> Zum Abschluss eines Gesellschaftsvertrags wird ein Rechtsbindungswillen gefordert; eine faktische Willensübereinstimmung reiche nicht aus für eine nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu

88 BGHZ 117, 193 (203) = NJW 2008, S. 3279.

89 R. Hausmann/G. Hohloch, Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, 2. Aufl. 2004, Kap. 4, Rn. 3. 90 Ebenda.

91 Vgl. BGHZ 117, 193 (209) = NJW 2008, S. 3281, Nr. 41 wo Arbeitsleistungen und Vermögenszuwendungen gleichermaßen der Rückabwicklung nach Wegfall der Geschäftsgrundlage unterworfen werden, weil beide nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise geldwerte Leistungen darstellen.

92 BGHZ 117, 193 (199 f.) = NJW 2008, S. 3278.

beurteilende Zusammenarbeit.<sup>93</sup> Nach wie vor wird hier darauf abgestellt, ob die Partner einen über die Verwirklichung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft hinausgehenden Zweck verfolgen.<sup>94</sup> Diese Feststellung sei umso erforderlicher, da die nichteheliche Lebensgemeinschaft „vom Ansatz her eine Verbindung ohne Rechtsbindungswillen“<sup>95</sup> darstelle. Daraus ergibt sich, dass gerade dort wo ein gesellschaftsrechtlich relevanter *Rechtsbindungswillen* nicht vorhanden ist, ein *Rechtsfolgewillen* im Sinne eines lebensgemeinschaftlichen Kooperationsvertrages zum Tragen kommen kann.<sup>96</sup>

In der Literatur werden die Begriffe „Rechtsbindungswillen“ und „Rechtsfolgewillen“ teilweise synonym verwendet,<sup>97</sup> teilweise aber auch streng voneinander abgegrenzt.<sup>98</sup> „Rechtsfolgewillen“ kann etwa als Umschreibung für das Erklärungsbewusstsein verwendet werden, also für das auf subjektiver Ebene zu bestimmende Bewusstsein, eine rechtsgeschäftlich relevante Erklärung abzugeben.<sup>99</sup> Für andere wiederum bedeutet Rechtsfolgewillen die Herbeiführung einer ganz konkreten Rechtsfolge. Rechtsfolgewillen wird dann gleichgesetzt mit Geschäftswillen.<sup>100</sup> Den Willen, ein genau bestimmbarer Geschäft abzuschließen, womöglich sogar bezogen auf einen konkret vorstellbaren Vertragstyp, wird man bei den hier relevanten Zuwendungen unter Lebenspartnern kaum feststellen können, da deren Problematik gerade in ihrer Unbestimmtheit liegt. In diesem Sinne wäre Rechtsfolgewillen also kein geeignetes Abgrenzungskriterium.

Wenn man hingegen Rechtsfolgewillen mit Erklärungsbewusstsein gleichsetzt, stellt sich die Frage, wie letzteres zu definieren ist und ob es überhaupt als konstitutives Element zum Tatbestand der Willenserklärung gehört. Bekanntlich gibt es dazu verschiedene Meinungen.<sup>101</sup> Von ihnen hingen dann die Voraussetzungen eines lebensgemeinschaftlichen Kooperationsvertrags ab. Wenn es dem BGH tatsächlich darum ginge, einen Rechtsfolgewillen in das Zentrum der Betrachtung zu rücken, wäre insbesondere die Frage relevant, unter welchen Umständen ein lebensgemeinschaftlicher Kooperationsvertrag auch bei fehlendem Erklärungsbewusstsein zustande kommen könnte.<sup>102</sup>

93 Ebenda.

94 Ebenda.

95 Ebenda.

96 Eben weil die Abwicklung nach Gesellschaftsvertrag vorrangig ist, s.o. unter B.

97 Etwa R. Bork, Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2010, Vorbem. zu §§ 145 ff. Rn. 3.

98 R. Singer, Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2012, Vorbem. zu §§ 116 ff. Rn. 29.

99 H. Köhler, BGB-Allgemeiner Teil, 36. Aufl. München 2012, § 6 Rn. 3.

100 Singer (Fn. 98), Vorbem. zu §§ 116 ff. Rn. 29.

101 Prägnant J. Neuner, Was ist eine Willenserklärung?, JuS 2007, S. 881-888.

102 Die Tatsache, dass der Abschluss des nichtehelichen Kooperationsvertrags regelmäßig durch konkudentes Verhalten erfolgt, ändert nichts an den Maßstäben der Beurteilung des Erklärungsbewusstseins dazu Singer (Fn. 98), Vorbem. zu §§ 116 ff. Rn. 43-45.

In einem ähnlichen Zusammenhang wurde bereits überprüft, ob die Rechtsprechung zu stillschweigenden Ehegattenverträgen – wie der familienrechtliche Kooperationsvertrag – sich „mit der von der h.M. vertretenen Konzeption vom Tatbestand einer Willenserklärung“ verträgt.<sup>103</sup> Dabei wurde erörtert, ob eine ohne Erklärungsbewusstsein abgegebene Erklärung als Willenserklärung zu behandeln sei. Nach der Rechtsprechung ist das dann der Fall, wenn „der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Erklärung als Willenserklärung aufgefasst werden durfte und wenn der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat“.<sup>104</sup> Bezieht man das nun auf den lebensgemeinschaftlichen Kooperationsvertrag, zeigt sich, dass hier gerade kein Kriterium für die Beurteilung seiner Voraussetzungen liegen kann. Bei der Wertung des BGH geht es um die Zurechnung der Folgen einer Handlung, welche die andere Seite als rechtsgeschäftlich verstehen durfte. Es geht darum, wann einem Erklärenden das Risiko einer rechtsgeschäftlichen Bindung aufgebürdet werden darf, deren Rechtsfolgen er so zumindest bewusst nicht in Gang setzen wollte.<sup>105</sup> Beim Kooperationsvertrag wird durch die Zuwendung eines Vermögensgegenstandes oder die Erbringung einer Arbeitsleistung konkludent eine Willenserklärung abgegeben. Die Zurechnung der Folgen einer solchen Erklärung birgt für den Zuwendenden aber kein Risiko.<sup>106</sup> Im Gegenteil: Wenn sein Verhalten als Willenserklärung anerkannt wird, kann der Zuwendende davon nur profitieren. Denn primäre Leistungs- und Gegenleistungspflichten löst seine Handlung nach der Rechtsprechung ohnehin nicht aus. Der Vertrag ist nur Stütze eines späteren Rückabwicklungsanspruchs. Wenn ein Vertrag zu Stande kommt, muss der Zuwendende nichts leisten, bekommt aber gegebenenfalls etwas zurück. Das zeigt, dass die über die Figur des Erklärungsbewusstseins geregelten Vertragsrisikoverteilungen hier unpassend sind.

Davon abgesehen finden die dogmatischen Wertungen zum Erklärungsbewusstsein stets vor dem Hintergrund einer Anfechtungsmöglichkeit statt.<sup>107</sup> An eine Anfechtung, zumindest wegen Irrtums,<sup>108</sup> wird aber ein Partner einer nichtehelichen oder sonstigen Lebensgemeinschaft regelmäßig nicht denken. Es geht um Willenserklärungen durch schlüssiges Verhalten, welche die Partner kaum als zeitlich genau zuzuordnende rechtsgeschäftliche Handlungen vor Augen haben werden, was aber für

<sup>103</sup> Haas, Ehegatteninnengesellschaft (Fn. 50), S. 206.

<sup>104</sup> BGHZ 91, 324 = NJW 1984, S. 2279 (Leitsatz).

<sup>105</sup> BGH NJW 1984, S. 2280.

<sup>106</sup> Zum Gesichtspunkt der Risikozurechnung vgl. Singer (Fn. 98), Vorbem. zu §§ 116 ff. Rn. 38.

<sup>107</sup> Vgl. BGH NJW 1984, S. 2280.

<sup>108</sup> Für eine Anfechtung des Kooperationsvertrags wegen arglistiger Täuschung gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB, wenn ein Partner bei Zuwendung des anderen bereits zur Trennung entschlossen war, hingegen Schumann (Fn. 87), NeheLG, Rn. 166, Fn. 626 m.w.N.

eine fristgemäße Anfechtung im Sinne des § 121 BGB Voraussetzung wäre.<sup>109</sup> Auch dürfte der Wille zum Abstandnehmen vom lebensgemeinschaftlichen Kooperationsvertrag vor allem bei einer Trennung entstehen, die nur im äußersten Zufall innerhalb einer Anfechtungsfrist stattfinden wird.

Hier zeigt sich, dass der lebensgemeinschaftliche Kooperationsvertrag nicht ohne weiteres mit Kategorien herkömmlicher Vertragsdogmatik zu erfassen ist. Die Feststellung eines „Rechtsfolgewillens“ im Sinne eines Erklärungsbewusstseins nach Wertungen der Rechtsprechung kann also nicht zu den Voraussetzungen der Willenserklärung eines lebensgemeinschaftlichen Kooperationsvertrags gehören.

## **II. Das Erfordernis des Rechtsbindungswillens und die Abgrenzung von der Gefälligkeit**

In der Literatur zum familienrechtlichen Kooperationsvertrag wurde zumindest ein Rechtsbindungswillen als wichtiges Kriterium hervorgehoben.<sup>110</sup> Der BGH hatte schon bei seiner Leitentscheidung zum familienrechtlichen Kooperationsvertrag von 1982 zumindest Wert auf die Feststellung gelegt, dass die rechtsgeschäftliche Qualität des Verhaltens der Partner auch daran gemessen werden müsse, ob ihre Leistungen nur als bloße Gefälligkeiten einzustufen seien.<sup>111</sup> Auch die aktuelle Rechtsprechung zum Kooperationsvertrag grenzt zwischen verschiedenen Leistungen oder Zuwendungen ab. Nicht jede soll der Rückabwicklung nach § 313 BGB unterliegen. Was zur Deckung des alltäglichen Bedarfs der Lebenspartner geleistet wird, ist nicht zurückzuführen.<sup>112</sup> Daraus wäre zu schließen, dass in solchen Fällen ein Rechtsbindungswillen nicht vorhanden ist, auch beim lebensgemeinschaftlichen Kooperationsvertrag. Daher kommt dem Element des Rechtsbindungswillens auch bei dieser Vertragsform Bedeutung zu.<sup>113</sup> Da das bloße Zusammenleben für die Begründung eines Rechtsbindungswillens nicht ausreicht,<sup>114</sup> sind die einzelnen Handlungen der Lebenspartner auf ihren rechtsgeschäftlichen Gehalt zu überprüfen.<sup>115</sup>

Zunächst stellt sich die Frage, ob sich bei der Bestimmung des Rechtsbindungswillens im Rahmen des lebensgemeinschaftlichen Kooperationsvertrages die Wertungen zum familienrechtlichen Vertrag und vor allem die Kritik daran übertragen lassen. Ist ein Rechtsbindungswillen bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft schlechthin nicht

109 Zu Problemen der Anfechtungsfrist bei fehlendem Erklärungsbewusstsein *Singer* (Fn. 98), Vorbem. zu §§ 116 ff. Rn. 35.

110 Siehe oben, E. I.

111 BGH NJW 1982, S. 2337.

112 BGHZ 117, 193 (208) = NJW 2008, S. 3281.

113 Vgl. auch *M. Schwab*, Die Vermögensauseinandersetzung in nichtehelichen Lebensgemeinschaften, FamRZ 2010, S. 1702.

114 *Löhnig* (Fn. 7), Anh zu §§ 1297 ff Rn. 131.

115 Anders als bei Ehegatten in Gütertrennung kommt hier auch kein Ehevertrag als rechtsgeschäftlicher Anknüpfungspunkt in Frage, dessen Ausübungskontrolle ein funktionales Äquivalent für die über den Kooperationsvertrag gelösten Rückabwicklungsfragen darstellen könnte. Dazu *Hoppenz*, Ausübungskontrolle (Fn. 32), S. 1703.

festzustellen, so dass der lebensgemeinschaftliche Kooperationsvertrag ebenfalls als „gekünsteltes Gebilde“ erscheinen muss.<sup>116</sup> Muss man sich bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft auch mit der Einsicht zufrieden geben, dass die bloße Erwartung an den Fortbestand der Beziehung noch keinen Rechtsbindungswillen begründet, sondern ein bloßes Zuwendungsmotiv darstellt und bei Vorliegen eines Rechtsbindungswillens stets von einem Gesellschaftsvertrag auszugehen sei?<sup>117</sup> Anders gefragt: Wird das Merkmal des Rechtsbindungswillens auf Kosten einer notwendigen Anerkennung von Rechtsgeschäften im nichtehelichen Lebensraum überstrapaziert?

Bei der Erörterung solcher Fragen für die eheliche Lebensgemeinschaft spielt die zunehmende vermögensrechtliche Liberalisierung der Ehe eine Rolle.<sup>118</sup> Je mehr Spielraum für autonome wirtschaftliche Betätigung den Ehegatten eingeräumt wird, desto eher ist man geneigt, deren Interaktion in Form von Willenserklärungen zu erfassen.<sup>119</sup> Wenn diese Annahme plausibel ist, würde das für die lebensgemeinschaftliche Kooperation außerhalb der Ehe bedeuten, dass erst recht über das Maß des täglich Benötigten hinausgehende Zuwendungshandlungen der Partner rechtsgeschäftliche Anerkennung verdienten. Den Bereich der rechtsgeschäftlichen Handlungen könnte man hier weiter fassen, denn immerhin gab und gibt es keine Hindernisse für rechtlich relevante Selbstverpflichtungen. Eheliche Pflichten, die der freien Willensbetätigung hätten im Wege stehen können, mussten hier erst gar nicht abgebaut werden. Einzuwenden ist gegen dieses *argumentum a maiore ad minus* jedoch, dass die bloße Eröffnung eines Raums für Privatautonomie an sich noch kein Indiz für die Abgabe einer Willenserklärung ist.

Schlüssig lässt sich das Verhalten von Partnern als konkludente Willenserklärung hingegen begründen, wenn man den dazu erforderlichen Rechtsbindungswillen nach objektiven Maßstäben beurteilt.<sup>120</sup> So ist etwa in der Literatur zum familienrechtlichen Vertrag *sui generis* darauf hingewiesen worden, dass der Wille der Eheleute mit der herrschenden Meinung aus Sicht eines objektiven Beobachters unter den gegebenen Umständen zu beurteilen sei.<sup>121</sup> Unschädlich ist hier die Tatsache, dass es sich regelmäßig um eine konkludente Willenserklärung handelt. Sofern es dabei nicht um Bestätigungen Genehmigungen, Zustimmungs- und Verzichtserklärungen geht, ist hier die objektive Auslegungsmethode ebenso angemessen, wie bei der ausdrücklichen Erklärung.<sup>122</sup> Legt man diese Sichtweise zu Grunde, kombiniert mit einem nor-

<sup>116</sup> Zur Kritik am familienrechtlichen Kooperationsvertrag oben E.II.

<sup>117</sup> Zu letzterem *Schwab*, Vermögensauseinandersetzung (Fn. 113), S. 1702, der darauf schließt, dass eigentlich beim Kooperationsvertrag der Rechtsbindungswille fehlen müsse, wenn eine Abgrenzung zum Gesellschaftsvertrag mit Rechtsbindungswillen möglich sein soll.

<sup>118</sup> So v.a. bei *Haas*, Ehegatteninnengesellschaft (Fn. 50), S. 207.

<sup>119</sup> *Haas*, Ehegatteninnengesellschaft (Fn. 50), S. 208.

<sup>120</sup> *Singer* (Fn. 98), Vorbem. zu §§ 116 ff. Rn. 29.

<sup>121</sup> *Hass*, Ehegatteninnengesellschaft (Fn. 50), S. 207.

<sup>122</sup> *Singer* (Fn. 98), § 133 Rn. 26.

mativen Element und allgemeinen Billigkeitserwägungen, gelangt man leichter zur Annahme eines Rechtsbindungswillens, auch für die nichteheliche Lebensgemeinschaft. Dieser würde sich darauf richten, eine Zuwendung ohne Übernahme einer diesbezüglichen Leistungspflicht zu erbringen, wobei im Fall des Scheiterns der Beziehung aber ein Ausgleich erwartet wird. Wann das der Fall ist, wäre auch, aber nicht nur, anhand der wirtschaftlichen Bedeutung der Vermögensübertragung als „Seriositätsindiz“<sup>123</sup> zu entscheiden. Die normative Bewertung des Rechtsbindungswillens ermöglicht hier auch die Einbeziehung anderer Kooperationsleistungen. Über die täglichen Bedürfnisse der Gemeinschaft hinaus können etwa auch Betreuungsleistungen für Kinder erbracht worden sein, oder Angehörige eines Partners gepflegt worden sein.<sup>124</sup> Möglich wäre dann auch die rechtliche Anerkennung solcher Leistungen als Vertragsschluss mit Rechtsbindungswillen, aber ohne „Verpflichtungs- und Rechtsdurchsetzungswillen“.<sup>125</sup> Bei dieser Konstruktion besteht allerdings die Gefahr, dass die Billigkeitserwägungen, die schon im Rahmen der Rückabwicklung nach Wegfall der Geschäftsgrundlage angestellt werden,<sup>126</sup> in den Bereich des Vertragsschlusses vorverlagert werden. Da der lebensgemeinschaftliche Kooperationsvertrag überhaupt nur als Rechtfertigung für einen Wegfall der Geschäftsgrundlage Relevanz hat, wird möglicherweise von der Angemessenheit der von § 313 BGB vorgesehenen Rückabwicklung folgen her auf das Zustandekommen eines Vertrages geschlossen werden. Was letztlich „über den täglichen Bedarf“ der Gemeinschaft hinaus geleistet wird, kann unterschiedlich bestimmt werden und ist somit ein gewisser Unsicherheitsfaktor bei der Feststellung eines Vertragsschlusses.

Der BGH bestimmt den Rechtsbindungswillen des lebensgemeinschaftlichen Kooperationsvertrags hingegen negativ, durch Abgrenzung der Handlungen der Partner von „bloßen Gefälligkeiten“.<sup>127</sup> Diese Abgrenzung kann hier aber nicht im herkömmlichen Sinne gemeint sein. Ausschlaggebend für die Abgrenzung zwischen Rechtsgeschäft und Gefälligkeitsverhältnis ist normalerweise die Frage, ob die Parteien einander rechtsverbindlich Leistungen zusagen oder nicht.<sup>128</sup> Beim lebensgemeinschaftlichen Kooperationsvertrag hat dieses Kriterium jedoch keine Aussagekraft, denn Leistungspflichten sind hier ohnehin nicht gewollt. Auch wenn erhebliche

123 So die Formulierung von *Haas*, Ehegatteninnengesellschaft (Fn. 50), S. 208; vgl. die Bestimmung des Rechtsbindungswillens nach Kriterien des Ausmaßes von Arbeitsleistungen aus Sicht einer Klausurlösung *K. von Koppenfels-Spies/J. Gerds*, Referendarexamensklausur – Zivilrecht: Nichteheleiche Lebensgemeinschaft und Ehevertrag, JuS 2009, S. 726 (730).

124 Vgl. *Dethloff*, Nichtausgleich (Fn. 30), S. 420.

125 Diese Formulierung wurde vorgeschlagen von *Schwab*, Vermögensauseinandersetzung (Fn. 113), S. 1702.

126 Zur nach wie vor herrschenden Einordnung von § 313 BGB als Ausprägung von Treu und Glauben und damit als Instrument von Billigkeitsrechtsprechung *A. Stadler*, Jauernig, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2011, § 313, Rn. 1.

127 BGHZ 117, 193 (209 f.) = NJW 2008, S. 3281 Nr. 43.

128 *Bork* (Fn. 97), Vorbem. zu §§ 145 ff. Rn. 3.

Vermögenswerte übertragen oder Arbeitsleistungen zur Ausgestaltung der Lebensgemeinschaft erbracht werden, so erfolgen diese weder in Erfüllung noch zur Begründung von Leistungspflichten.<sup>129</sup> Auch vertragliche Ansprüche wegen Leistungsstörungen, etwa bei fehlerhaftem Bau eines gemeinsam bewohnten Hauses, entsprechen nicht dem Parteiwillen. Maßgeblich für die Beurteilung der Gefälligkeit und damit des Rechtsbindungswillens kann also nur die Frage sein, ob bei Scheitern der Beziehung ein Ausgleich erwartet wird oder nicht. Somit wird deutlich, dass die Erwartung an den Fortbestand der Beziehung schon auf der rechtsgeschäftlichen Ebene relevant sein muss, wenn es um die Qualifizierung der Willenserklärung geht.

Das vernachlässigt die aktuelle Rechtsprechung des BGH, bei der die Prüfung der Rechtsfolgen stets die Kriterien des Vertragsschlusses überlagert. Auch die nach der Rechtsprechungsänderung 2008 erfolgte Ausformung der Rückabwicklungsvoraussetzungen setzt bei den Billigkeitserwägungen im Rahmen des § 313 BGB an.<sup>130</sup> Auch wenn ein Rechtsbindungswillen unter Zugrundelegung objektiver Kriterien zwischen den Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft entgegen kritischer Stimmen zum familienrechtlichen Kooperationsvertrag schlüssig begründet werden kann, bleibt dennoch der Eindruck der Konturlosigkeit bestehen.<sup>131</sup> Der lebensgemeinschaftliche Kooperationsvertrag ist ein Vertrag ohne Leistungspflichten, den man billigerweise zustande kommen lassen wird, wenn einem Lebenspartner Ausgleichsansprüche gewährt werden sollen. Um Näheres über Anforderungen und Merkmale des lebensgemeinschaftlichen Kooperationsvertrags sagen zu können, ist er in seinem eigentlichen Funktionszusammenhang zu beschreiben, nämlich als Vertrag im Sinne des § 313 BGB.

### **III. Der lebensgemeinschaftliche Kooperationsvertrag als Vertrag im Sinne des § 313 BGB**

Ein „Vertrag“ im Sinne des § 313 BGB ist notwendiger Bezugspunkt für die unvorhergesehene Veränderung von Umständen, die nicht Bestandteil des Vertrages geworden sind und die Geschäftsgrundlage bilden. Geschäftsgrundlage und Vertragsinhalt sind also deutlich zu unterscheiden, wenn die Rückabwicklung nach § 313 BGB überhaupt einschlägig sein soll. Es geht um Ausgleich bei Verträgen, die sich überraschend als unvollständig erweisen. Wenn im Vertrag schon eine Regelung für die Veränderung äußerer Umstände enthalten ist, verliert der Ausgleichsmechanismus des § 313 BGB seine Berechtigung. Das ergibt sich aus dem Prinzip der Privatautonomie. Was die Parteien gestaltet haben, muss Vorrang vor den auf Billigkeitserwägungen beruhenden Korrekturen durch die Rechtsprechung haben. Daher be-

129 Bork (Fn. 97), Vorbem. zu §§ 145 ff. Rn. 79.

130 BGH NJW 2011, S. 2880.

131 So auch i.E. C. F. Majer, Ausgleichsansprüche in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft – Zugleich Anmerkung zu BGH, NJW 2008, 3277 = FPR 2008, 519 und BGH, NJW 2008, 3282, NJOZ 2009, S. 114 (117).

nötigt ein Vertrag im Sinne des § 313 BGB ein Profil, das ihn überhaupt von einer Geschäftsgrundlage unterscheidbar macht. Der Inhalt des Rechtsgeschäfts zwischen den Partnern kann nicht gleichzeitig dessen Geschäftsgrundlage sein.<sup>132</sup> Hier liegt das Hauptproblem in Bezug auf den lebensgemeinschaftlichen Kooperationsvertrag.<sup>133</sup> Bei der objektiven Beurteilung des rechtsgeschäftlichen Charakters einer Zuwendung oder Arbeitsleistung, muss entscheidend berücksichtigt werden, ob diese zur Ausgestaltung, d.h. im Vertrauen auf den Fortbestand der Lebensgemeinschaft, gemacht wird. Denn hierin liegt das Unterscheidungskriterium zur nicht ausgleichsfähigen Förderung der täglichen Grundlagen der Lebensgemeinschaft. Gleichzeitig liegt in diesem Vertrauen das Billigkeitskriterium, das den Weg zur Rückabwicklung eröffnet.<sup>134</sup> Wirtschaftliche Relevanz einer Vermögensübertragung an sich ist kein ausreichender Indikator für Rechtsbindungswillen. Es ist auch denkbar, dass Güter von erheblichem Wert aus bloßer Gefälligkeit geschaffen oder übertragen werden. Nur ein durch schlüssiges Verhalten zum Ausdruck gebrachtes Vertrauen als rechtlich schutzwürdiges Interesse eröffnet hier den Weg zur rechtsgeschäftlichen Qualifizierung der Handlung.<sup>135</sup> Dieses Vertrauen stellt aber auch gleichzeitig die Geschäftsgrundlage dar, denn es ist das maßgebliche Motiv der Zuwendung. Allein darum kann es gehen, wenn nach „Umständen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind“ im Sinne des § 313 BGB gefragt wird. Somit wären also Vertrag und Geschäftsgrundlage, Willenserklärung und Zuwendungsmotiv nicht unterscheidbar.<sup>136</sup> Man müsste fragen, warum sich die Rückabwicklung nicht aus dem als Inbegriff verrechtlichten Vertrauens anzusehenden Kooperationsvertrag selbst ergeben soll.

Das schwierige Verhältnis zwischen Vertrag und Geschäftsgrundlage bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft wurde in der Literatur bereits diskutiert.<sup>137</sup> Schon in der Grammatik des richterrechtlich geprägten § 242 BGB fragte man sich, wo denn das Geschäft sei, dessen Grundlage wegfallen solle.<sup>138</sup> Daraus entstehenden Bedenken über die Anwendbarkeit des Wegfalls der Geschäftsgrundlage auf nichteheliche Lebensgemeinschaften begegnete etwa Hausmann mit prinzipiellen Ausführungen zur Funktion des Instituts. Dieses sei nicht nur auf den Ausgleich von Äquivalenzstörungen gerichtet, sondern nicht zuletzt auf den Schutz materieller Reziprozitäts erwartungen.<sup>139</sup> Treffend ist diese Bezeichnung für die nichteheliche Lebensgemein-

132 Zuletzt etwa *J. Henke/J. Keßler*, Die Rückforderung von Zuwendungen nach endgültiger Trennung, JuS 2011, S. 583 (587).

133 Dazu u.a. bereits *Majer*, Ausgleichsansprüche (Fn. 131), S. 117.

134 Siehe oben F.II.

135 Siehe oben F.II.

136 So die Kritik von *Majer*, Ausgleichsansprüche (Fn. 131), S. 117.

137 Besonders von *Hausmann*, Lebensgemeinschaft (Fn. 8), S. 336 ff. m.w.N.

138 Ebenda.

139 *Hausmann*, Lebensgemeinschaft (Fn. 8), S. 622 ff.

schaft vor allem deswegen, weil damit ein Leistungsaustausch jenseits des auf *do ut des* – Verbindungen zugeschnittenen Äquivalenzprinzips charakterisiert werden kann. Rechtliche Anerkennung verdient auch ein Tauschverhältnis mit zeitlich nicht genau definierbaren, von immateriellen Elementen mitgeprägten Gegenleistungserwartungen.<sup>140</sup> Eine derartige Akzentuierung der Erwartungssicherheit vermag aber nicht zu erklären, warum man diese Reziprozitätserwartung nicht als Vertragsinhalt anerkennen will. Wenn das Erwarten-dürfen eines Bestands der Partnerschaft als objektiv-normativer Indikator einer Willenserklärung herangezogen wird, dann müsste es auch Vertragsgegenstand werden, denn sonst wäre nicht klar worauf, wenn nicht auf diese Gegenseitigkeitserwartung, sich der Wille dann richten sollte.

Auf der Rechtsfolgenebene würden dann einige Unterschiede entstehen. So könnte etwa der Bestand der Gemeinschaft statt als Geschäftsgrundlage eher als stillschweigende Bedingung im Sinne des § 158 BGB aufgefasst werden.<sup>141</sup> Dann würden Billigkeits- und Zumutbarkeitserwägungen keine Rolle spielen, anders als bei § 313 BGB, wo sie im Wortlaut eine Grundlage finden. Je nach Vertragsauslegung müsste dann eine Sachzuwendung zurückgegeben werden, etwa wenn das Ende der Lebensgemeinschaft als auflösende Bedingung gem. § 158 Abs. 2 BGB für das Behalten dürfen eines Gegenstands vereinbart ist. Bei dieser stärksten Form der Zwecksicherung durch auflösende Bedingung entstünde bei Scheitern der Beziehung ein uneingeschränkter Herausgabeanspruch, der nicht durch Billigkeitsgesichtspunkte zu begrenzen wäre.

Ähnlich verhält es sich bei Arbeitsleistungen. Hier beschränkt die Rechtsprechung den Ausgleichsanspruch auf Grundlage von § 313 BGB. Zurückgeführt werden sollen nur die vom anderen Partner ersparten Kosten einer fremden Arbeitskraft.<sup>142</sup> Bemessen wird also nicht der konkrete Wert der vom ehemaligen Partner geleisteten Arbeit; besondere Qualifikationen etwa bleiben somit außer Betracht. Außerdem wird darauf abgestellt, ob der Wert der Arbeitskraft zum Zeitpunkt des Scheiterns der Beziehung als Wegfall der Geschäftsgrundlage noch im Vermögen des anderen Teils enthalten war.<sup>143</sup> Ganz anders könnte die Rückabwicklung bei Arbeitsleistungen jedoch ausfallen, wenn man in der auf Reziprozitätserwartungen gerichteten vertraglichen Einigung eine aufschiebende Bedingung derart sehen würde, dass eine Vergütung für die Arbeitsleistung im Fall der Trennung nachträglich zu erbringen sei.<sup>144</sup> Hier stünde der Zuwendende dann sozusagen nachträglich wie eine vertraglich

140 Ebenda.

141 Dazu *Hausmann*, Lebensgemeinschaft (Fn. 8), S. 636 ff; vgl. auch *W. Maus*, Scheidung ohne Trauschein, Frankfurt/M. 1984, S. 188 ff.

142 BGHZ 117, 193 (210f.) = NJW 2008, S. 3281 Nr. 45.

143 Ebenda.

144 Vgl. *Hausmann*, Lebensgemeinschaft (Fn. 8), S. 636.

verpflichtete Arbeitskraft; der Kooperationsvertrag würde nur eine Art Verschiebung von Leistungspflichten bewirken.

Angesichts dieser Unterschiede erweist sich die schwierige Abgrenzung zwischen Vertrag und Geschäftsgrundlage im Rahmen des lebensgemeinschaftlichen Kooperationsvertrags als Faktor von Rechtsunsicherheit. Die ohnehin schon beträchtlichen Abgrenzungsprobleme zwischen Bedingung, ergänzender Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage<sup>145</sup> verstärken sich aufgrund der nur normativ möglichen Bestimmbarkeit der Willensäußerungen des lebensgemeinschaftlichen Kooperationsvertrags.<sup>146</sup>

#### IV. Zwischenergebnis

Der lebensgemeinschaftliche Kooperationsvertrag kommt dort zum Tragen, wo früher die Annahme einer rechtlichen Unverbindlichkeit von Handlungen zwischen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft Rückabwicklungsansprüche ausschloss. Er kann der älteren Doktrin der Lebensgemeinschaft als prinzipiell rückabwicklungsfreiem Raum entgegengesetzt werden, ohne dass man sich dazu einer Willensfiktion bedienen muss. Ein erforderlicher Rechtbindungswillen lässt sich objektiv begründen, wenn man auf einen Willen zur Ausgestaltung der Lebensgemeinschaft mit der notwendigen Folge abstellt, dass bei Trennung Ausgleichsansprüche entstehen sollen.<sup>147</sup> Es handelt sich um einen objektiven Partizipationswillen, durch den ein schutzwürdiges Vertrauen zum Ausdruck gebracht wird.<sup>148</sup> Dieses bildet den Kern seines rechtsgeschäftlichen Gehalts. Auf subjektiver Ebene hängt diese Willensäußerung aber nicht von einem Erklärungsbewusstsein ab, weil sich nach der spezifischen Interessenlage beim lebensgemeinschaftlichen Kooperationsvertrag hier keine Risikoverteilungsprobleme stellen, die mit dieser Figur üblicherweise gelöst werden. Das zeigt, dass der Kooperationsvertrag nicht vollständig mit Mitteln herkömmlicher Vertragsdogmatik zu erfassen ist. Als Vertrag, dessen eigentlicher rechtsgeschäftlicher Gehalt in der Anerkennung des Vertrauens auf den Fortbestand einer persönlichen Beziehung besteht, ist es indessen kaum möglich, bei ihm eine Geschäftsgrundlage auszumachen. Die Willensbetätigung der Parteien erschöpft sich hier in einer zukünftigen Erwartung. Diese ist gleichzeitig Motiv und Vertragsinhalt, was zu Rechtsunsicherheit führen könnte, obwohl der BGH auf der Rechtsfolgenseite die Zumutbarkeitskriterien bei einer Rückabwicklung nach § 313 BGB in richterrechtlicher Rechtsfortbildung überzeugend konkretisiert hat.

145 Dazu etwa *H.P. Westermann*, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 158 Rn. 51.

146 Ähnlich i.E. *Majer*, Ausgleichsansprüche (Fn. 131), S. 117: Es leuchte nicht ein, warum die nichteheliche Lebensgemeinschaft als einzige Daseinsberechtigung für den Kooperationsvertrag nicht auch dessen Bestandteil sein solle.

147 Anders i.E. *Hoppenz*, Ausübungskontrolle (Fn. 32), S. 1702.

148 Zu einem Vertrauensgrundsatz als „Richtschnur für den Vermögensausgleich“ bereits *A. Röthel*, Rückgewähr von Zuwendungen durch Verlobte, Ehegatten, Lebenspartner, Jura 2006, S. 641 (650).

## G. Die Alternative: Zweckvereinbarung im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB statt Kooperationsvertrag im Sinne des § 313 BGB.

Schon in seiner Leitentscheidung von 2008 hatte der BGH, bevor er zum Wegfall der Geschäftsgrundlage aufgrund des lebensgemeinschaftlichen Kooperations- und Zuwendungsvertrags kam, Rückabwicklungsansprüche aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB geprüft.<sup>149</sup> Der Wegfall der Geschäftsgrundlage soll subsidiär zur Zweckverfehlungskondiktion sein.<sup>150</sup> Für den lebensgemeinschaftlichen Kooperationsvertrag wird damit die Abgrenzung zur Zweckvereinbarung im Sinne des § 812 BGB relevant. Um diese Abgrenzungsfrage zu beantworten, sind die Voraussetzungen des Kooperationsvertrages mit den Voraussetzungen der Zweckvereinbarung zu vergleichen.

Wie beim Kooperationsvertrag, geht es bei der Feststellung einer bereicherungsrechtlichen Zweckvereinbarung in der Regel um die Bewertung konkludenten Verhaltens. Zweckvereinbarungen werden zwischen Partnern in der Regel stillschweigend getroffen. Voraussetzung dafür soll im Rahmen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft sein, dass der Zuwendende mit dem Empfänger zu einer Willensübereinstimmung dahingehend gelangt ist, dass „der eine Teil mit seiner Leistung einen bestimmten Erfolg bezweckt und der andere Teil dies erkennt und die Leistung entgegennimmt, ohne zu widersprechen“.<sup>151</sup> Eine solche Zweckabrede soll dann vorliegen, wenn „die Partner zwar keine gemeinsamen Vermögenswerte schaffen wollten, der eine aber das Vermögen des anderen in der Erwartung vermehrt hat, an dem erworbenen Gegenstand langfristig partizipieren zu können“.<sup>152</sup> Genau dieser Partizipationswille ist aber auch, wie gezeigt wurde, das entscheidende Kriterium für die Annahme eines Rechtsbindungswillens beim Kooperationsvertrag. Insofern sind die Voraussetzungen von Zweckabrede und Vertrag kongruent. Das betrifft auch den Hinweis der Rechtsprechung, dass die Zweckabrede nur bei solchen Zuwendungen angenommen werden kann, die über die Deckung des täglichen Lebensbedarfs der Gemeinschaft hinausgehen.<sup>153</sup> Hier liegt ein gemeinsames Kriterium des Ausgleichs nach Wegfall der Geschäftsgrundlage und Bereicherungsrecht, das zudem noch maßgeblich für die Abgrenzung zwischen Rechtsbindungswillen und Gefälligkeit im Rahmen des Kooperationsvertrages ist. Damit sind sämtliche Merkmale des Kooperationsvertrages auch in der Zweckabrede enthalten. Bekanntlich schließen sich aber

<sup>149</sup> BGHZ 117, 193 (206 f.) = NJW 2008, S. 3280.

<sup>150</sup> BGHZ 117, 193 (208) = NJW 2008, S. 3281 Nr. 40, wonach die Rückabwicklung nach Wegfall der Geschäftsgrundlage nur solche Fälle erfasst, in denen es mangels Schaffung eines gemeinschaftlichen Vermögenswerts nicht zu gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsansprüchen kommt oder in denen eine Zweckabrede im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB nicht festzustellen sei.

<sup>151</sup> BGHZ 117, 193 (206) = NJW 2008, S. 3280. Kritisch zur Zweckabrede zwischen Lebenspartnern *Hausmann/Hohloch*, Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft (Fn. 89), Kap. 4 Rn. 138.

<sup>152</sup> Ebenda. Bestätigt in BGH NJW 2011, S. 2832 f.

<sup>153</sup> BGHZ 117, 193 (208) = NJW 2008, S. 3280.

bereicherungsrechtliche Rückabwicklung und Wegfall der Geschäftsgrundlage aus.<sup>154</sup> Würde im letzteren Fall Vertragsanpassung stattfinden, wäre dieser angepasste Vertrag immer noch ein Rechtsgrund im bereicherungsrechtlichen Sinne. Insofern wird betont, dass die *condictio ob rem* nur bei Fehlen eines Vertrages einschlägig ist.<sup>155</sup> Zur deswegen gebotenen Differenzierung zwischen Zweckabrede und Vertrag<sup>156</sup> gibt es in Bezug auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft Ansätze in der Rechtsprechung. Demnach müsste der Vertrag wegen des Vorrangs des Bereicherungsanspruchs eine Art Minus zur Zweckabrede darstellen, die rechtsgeschäftliche Einigung im Rahmen des Kooperationsvertrags müsste also weniger weit reichen, als die nicht als Vertrag aufzufassende „tatsächliche Einigung“<sup>157</sup> über den im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB beabsichtigten Zuwendungserfolg. Das Kammergericht Berlin hatte einen typischen „Hausbaufall“ zu entscheiden, bei dem ein Partner Investitionen zu Gunsten eines im Alleineigentum seiner Partnerin stehenden Hausgrundstücks tätigte.<sup>158</sup> Dabei war ihm jedoch zur Vermeidung eines Zugriffs von Vollstreckungsgläubigern bewusst *kein* Miteigentum an dem Haus eingeräumt worden. Daraus schloss das Gericht auf eine mangelnde Konkretheit der Zweckabrede, im Anschluss an den BGH, der zuvor die Einräumung eines Wohnrechts als Hinweis für eine „tatsächliche Einigung“ aufgefasst hatte.<sup>159</sup> Hier kristallisiert sich also die Vereinbarung von Gegenleistungen als Abgrenzungskriterium zwischen Zweckabrede und Kooperationsvertrag heraus.<sup>160</sup> Während diese beim Kooperationsvertrag gerade nicht entstehen sollen, würden sie als Hinweise für eine sichtbar hohe Erwartung der Teilhabe an dem übertragenen Vermögenswert eine Zweckabrede begründen helfen.<sup>161</sup> Denkbar wären dann als mögliche Indikatoren für eine Abwicklung nach § 812 BGB neben einem geplanten Eigentumserwerb auch die beiderseitige Hoffnung auf künftige Eheschließung,<sup>162</sup> oder weitere Vorteile, wie das Recht auf unentgeltliche Nutzung einer Wohnung.<sup>163</sup> Zumindest im Hinblick auf den Miteigentumsanteil hat der BGH selbst diesen Ansatz aber wieder relativiert. Wer schon

<sup>154</sup> Noch immer lesenswert *D. Liebs*, Bereicherungsanspruch wegen Mißerfolgs und Wegfall der Geschäftsgrundlage, JZ 1978, S. 697.

<sup>155</sup> Etwa *Finkenauer* (Fn. 29), § 313 Rn. 179.

<sup>156</sup> Insgesamt *Schwab*, Vermögensauseinandersetzung (Fn. 113), S. 1705 ff.

<sup>157</sup> Vgl. etwa BGH NJW 1989, S. 2745 (2747).

<sup>158</sup> KG Berlin, NJW-RR 2010, S. 296.

<sup>159</sup> BGHZ 117, 193 (207f.) = NJW 2008, S. 3280 f.

<sup>160</sup> Vgl. BGH NJW 2011, S. 2883, zu einem Wohnrecht als Zweck erbrachter Arbeitsleistungen beim Hausbau und der möglichen Erkennbarkeit durch den Partner. Skeptisch zur Feststellung einer Zweckvereinbarung *H. Grziwojt*, Von der faktischen Lebensgemeinschaft zur Zusammenlebensgemeinschaft, FPR 2010, S. 369 (372). Deren Erkennbarkeit für den anderen Teil werde stets auf eine Fiktion hinauslaufen.

<sup>161</sup> Zweifelnd *Hausmann/Hohloch*, Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft (Fn. 89), Kap. 4 Rn. 142.

<sup>162</sup> Vgl. *Hausmann/Hohloch*, Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft (Fn. 89), Kap. 4 Rn. 142.

<sup>163</sup> So thematisiert bei BGH NJW-RR 2009, S. 1142 (1143) = FamRZ 2009, S. 849-853.

einen Miteigentumsanteil erhalte, könne ohnehin einen Aufhebungsanspruch aus § 749 BGB geltend machen.<sup>164</sup> Tatsächlich wäre der Trennungsfall wohl ein wichtiger Grund im Sinne von § 749 Abs. 2 BGB. Miteigentum wäre also nicht Wegweiser zwischen § 313 BGB und Bereicherungsrecht, sondern führt zu einem ganz anderen Abwicklungsmechanismus, der § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 regelmäßig überflüssig machen würde. Dass es meist nicht zu einer derartigen Güterzuordnung kommt, ist gerade die Ursache der Probleme um die Abwicklung nach Scheitern der nichtehelichen Lebensgemeinschaft.<sup>165</sup>

Welche Abgrenzung zwischen Zweckabrede und Kooperationsvertrag interessenge recht ist, lässt sich letztlich nur anhand der Rechtsfolgen der damit untrennbar verbundenen Rückabwicklungsmechanismen bestimmen.<sup>166</sup> Wenn für die Annahme von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 die Erwartung einer Teilhabe des zuwendenden Partners an den übertragenen Vermögenswerten berechtigterweise besonders groß ist, wäre es unbillig, ihn bei der Rückabwicklung schlechter zu stellen als jemanden, dessen weniger konkreter Partizipationswillen ‚nur‘ zu einem lebensgemeinschaftlichen Kooperationsvertrag führt. Auf den ersten Blick scheint Bereicherungsrecht der gegenüber § 313 BGB unattraktiver und riskantere Weg des Ausgleichs zu sein, etwa wegen der Entreicherungsgefahr des § 818 Abs. 3.<sup>167</sup> Vielleicht wäre sogar wegen des speziell auf die *condictio ob rem* anwendbaren § 815 BGB eine Kondiktionssperre zu befürchten, wenn der Zuwendende das Scheitern der Beziehung selbst zu verantworten hat – sofern man die Norm nicht im Wege einer teleologischen Reduktion im Hinblick auf die Abschaffung des Verschuldensprinzips im Ehescheidungsrecht unangewendet lassen will.<sup>168</sup> Wer also besonders auf den Fortbestand einer Beziehung vertrauen darf, sollte für die Enttäuschung dieses Vertrauens durch Scheitern der Lebensgemeinschaft auch angemessen entschädigt werden.

Jedoch fallen eindeutige Rechtsfolgenvergleiche schwer, da die Rückabwicklung nach § 313 BGB erst richterrechtlich in Ausformung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „Zumutbarkeit“ geprägt werden muss.<sup>169</sup> Gerade im Zuge dessen hat der BGH den Anspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage neuerdings auf das begrenzt, was als Wert noch im Vermögen des Zuwendungsempfängers vorhanden

<sup>164</sup> BGH NJW 2011, S. 2883.

<sup>165</sup> Vgl. BGH NJW 2011, S. 2883.

<sup>166</sup> Vgl. Schwab, Vermögensauseinandersetzung (Fn. 113), S. 1706 mit Hinweis auf Ansprüche aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB als Konsequenz einer Vertragsanpassung wegen § 313 BGB.

<sup>167</sup> Näher Schwab, Vermögensauseinandersetzung (Fn. 113), S. 1704.

<sup>168</sup> Zur teleologischen Reduktion C. Sorge, *Condictio ob rem* und Rückabwicklung gemeinschaftsbezogener Zuwendungen in nichtehelichen Lebensgemeinschaften, JZ 2011, S. 660-671. Zur Anwendung von § 815 BGB: BGHZ 117, 193 (211) = NJW 2008 S. 3282. Kritisch zur Anwendung von § 815 BGB auch Maus, Scheidung (Fn. 141), S. 153 f.

<sup>169</sup> Deutliche Ansätze dazu in BGH NJW 2011, S. 2880.

ist.<sup>170</sup> Hierin kann man eine Annäherung an die Rechtsfolge der Entreicherung sehen. Ein Gleichlaufen der Rechtsfolgen kann sich auch ergeben, wenn man der Auffassung ist, dass die nach § 313 Abs. 1 BGB geschuldete Vertragsanpassung zu einer Kondiktion gemäß § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB und damit wieder ins Bereicherungsrecht führen würde.<sup>171</sup> Dennoch verursacht die letztlich ungelöste Frage der Abgrenzung zwischen lebensgemeinschaftlichem Kooperationsvertrag und bereicherungsrechtlicher Zweckvereinbarung ein Rechtssicherheitsrisiko.<sup>172</sup> Immerhin geht es auf der einen Seite um Billigkeitsrechtsprechung und Richterrecht, auf der anderen Seite um einen Mechanismus zum Ausgleich objektiver Vermögensverschiebungen.

## H. Fazit

Der lebensgemeinschaftliche Kooperationsvertrag lässt sich als Konsequenz des Rechtsbindungswillens von Partnern einer Lebensgemeinschaft erfassen. Ansonsten bleibt er aber genauso konturlos, wie der familienrechtliche Kooperationsvertrag, in dem er seine Wurzel hat. Jedoch ermöglicht ihm gerade diese Offenheit, seine Funktion im Zusammenhang mit dem Rückabwicklungsinstrument des § 313 BGB erfüllen zu können. Es wäre also ein fruchtloser dogmatischer Ansatz, dem Kooperationsvertrag konkretere Merkmale zuzuschreiben. Damit kann vor allem das Abgrenzungsproblem zur Zweckvereinbarung nicht gelöst werden.<sup>173</sup> Letztlich muss akzeptiert werden, dass der Kooperationsvertrag nicht mehr und nicht weniger als ein Rahmen für Billigkeitserwägungen ist. Die Einführung des § 313 BGB ändert nichts daran, dass der Kooperationsvertrag von seinem Charakter her eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben darstellt. Er liegt daher außerhalb klassischer Vertragsdogmatik und lässt sich in diese auch nicht integrieren. Da der Kooperationsvertrag im Wesentlichen von den Rechtsfolgen her gedacht wird, muss seine Beurteilung auch bei den Rechtsfolgen ansetzen. Die notwendige Abgrenzung zum Gesellschafts- und Bereicherungsrecht würde formalistisch bleiben, wenn sie nicht entscheidend die unterschiedlichen Rechtsfolgen berücksichtigen würde. Sowohl im Rahmen des Bereicherungsrechts als auch beim Wegfall der Geschäftsgrundlage sind die Rechtsfolgen indessen nicht eindeutig zu bestimmen. Auf der einen Seite eröffnen § 818 BGB und vor allem die Kondiktionssperre des § 815 BGB einen Spielraum für unterschiedliche Wertungen und Ergebnisse. Auf der anderen Seite ist der unbestimmte Rechtsbegriff der „Zumutbarkeit“ zu konkretisieren. Dabei ist die richterrechtliche Rechtsfortbildung jedoch bereits fortgeschritten, wie die neueste Präzisierung der Kriterien für die Rückabwicklung zeigt.<sup>174</sup>

170 BGH NJW 2011, S. 2882.

171 Schwab, Vermögensauseinandersetzung (Fn. 113), S. 1706.

172 Insgesamt auch Schumann (Fn. 87), NehelLG, Rn. 167.

173 Vgl. Dethloff, Nichtausgleich (Fn. 30), S. 420. Für eine Abgrenzung zur Innengesellschaft stehen aber immerhin deutlichere Kriterien zur Verfügung.

174 BGH NJW 2011, S. 2280 (2882).

Ein großer Teil der verbleibenden Rechtsunsicherheit ergibt sich nicht aus der Handhabung der Generalklausel, die, mit sinnvollen richterlichen Wertmaßstäben gefüllt, eine Basis für neue verlässliche Normbildung sein kann, was sich derzeit auch abzeichnet. Problematisch ist die Abgrenzung zu § 812 BGB. Auch wenn man die Anerkennung der *condictio ob rem* als Rückabwicklungsmechanismus an sich für plausibel halten kann,<sup>175</sup> bleibt unklar, warum sie den Vorzug vor § 313 BGB bei der Rückabwicklung erhalten soll, wo doch vertragliche Ausgleichsformen wegen der größeren Flexibilität gegenüber gesetzlichen den Vorzug verdienen. In dieser unschlüssigen Bewertung des Konkurrenzverhältnisses liegt das eigentliche Problem. Die Rechtsprechung konstruiert zum Schein Abgrenzungsmerkmale zwischen Zweckvereinbarung und Kooperationsvertrag, um die problematische und tendenziell unflexiblere Rechtsfolgensphäre der ungerechtfertigten Bereicherung zu umgehen.<sup>176</sup> Ausweichen kann der BGH auf diese Weise etwa auch einer ausführlichen Prüfung von Verschuldensfragen bei Auflösung der Beziehung, die wegen § 815 BGB geboten sein könnten und zumindest zu weit in die Privatsphäre reichenden Beweiserhebungen, vielleicht gar zu einer Remoralisierung von Rückabwicklungswertungen führen könnte. Eine systematisch zu bevorzugende Prüfung des Kooperationsvertrags in Verbindung mit § 313 BGB würde solche Verlegenheiten gar nicht erst auftreten lassen. Wenn Billigkeitsrechtsprechung betrieben werden soll, wofür es in den Lebensgemeinschaften gute Gründe gibt, sollte das auch offen eingeräumt und nicht durch vordergründige Abgrenzungserwägungen verschleiert werden. Die dringend geforderte Rechtsfortbildung zu Ausgleichsregeln kann insbesondere dann verlässliche Kriterien hervorbringen, wenn sie vornehmlich im Bereich von § 313 BGB erfolgen würde. Auch auf dogmatischer Ebene könnte dann jenseits von unlösbaren Abgrenzungsfragen zum Bereicherungsrecht eine offene Auseinandersetzung darüber stattfinden, was bei Scheitern der Beziehung eine Vermögensrückführung rechtfertigt und in welcher Weise diese zu erfolgen hätte. Der Kooperationsvertrag verdiente dann als Ausdruck einer Grundhaltung zur Verrechtlichung alternativer Lebensformen Anerkennung, als untypischer – nicht nur atypischer – Vertrag im Rahmen von Treu und Glauben. In dieser Weise konzipiert, wäre er auch eine gelungene Rechtsfortbildung.

175 Für eine Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht zuletzt ausführlich *Sorge, Condicio ob rem* (Fn. 168), S. 660-671.

176 Insofern nach wie vor zutreffend die Beobachtung von *Dethloff, Nichtausgleich* (Fn. 30), S. 419, dass die „vom BGH suggerierten scharfen Trennlinien“ zwischen Zweckabrede und Kooperationsvertrag nicht existieren.