

Übungsfall: Auflösung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Von Dr. Timo Fest, München*

Auf der Grundlage von Teil I des nachfolgenden Sachverhalts haben die Bearbeiter die materiell-rechtlichen Ansprüche zu prüfen, die im Zusammenhang mit der Auflösung einer nicht-ehelich geführten Lebensgemeinschaft entstehen können. Teil II konfrontiert die Bearbeiter im Rahmen zwangsvollstreckungsrechtlicher Rechtsbehelfe mit der Frage, ob die §§ 739 ZPO, 1362 BGB auf Partner einer nichtehelich geführten Lebensgemeinschaft entsprechende Anwendung finden.

Sachverhalt

Teil I:

Im Sommer 1999 lernt Martin (M) Florentine (F) kennen. Sie nahmen in der Folgezeit eine nichtehelich geführte Lebensgemeinschaft in der Form auf, dass sie ihre jeweiligen Wohnungen behielten, sich aber regelmäßig besuchten. Als sich ihre Beziehung verfestigt hatte, erwarb F im Winter 1999 ein unbebautes Grundstück, das ihre gemeinsame Heimat werden sollte.

Im Frühjahr begannen sie entsprechend der gemeinsamen Planung mit der Errichtung eines Einfamilienhauses, das ihnen als gemeinsame Wohnung dienen sollte. Zu den für die Realisierung des Bauvorhabens erforderlichen Kosten (500.000,- €) trugen F und M sowohl durch finanzielle Leistungen als auch durch Arbeitsleistungen bei. Im Sommer 2001 wurde das Haus fertig gestellt und bezogen.

Seit Anfang des Jahres 2006 verbrachte M immer mehr Zeit in seinem Büro, so dass dem Paar entgegen früherer Gewohnheiten kaum gemeinsame Zeit verblieb. Enttäuscht von dieser Entwicklung äußerte F eines Abends ihren Verdacht, dass M sie mit seiner Sekretärin betrüge. Nachdem M den Verdacht in mehreren langen Gesprächen nicht ausräumen konnte, forderte F ihn im März 2008 auf, das Anwesen sofort zu räumen. Dem kam M nach, verlangt aber einen Ausgleich für die von ihm für den Hausbau aufgewendeten finanziellen Mittel sowie für seine Arbeitsleistungen. Zur Finanzierung habe er in Höhe von 250.000,- € auf seine Anlagen und Ersparnisse zur Alterssicherung zurückgegriffen. Weitere 10.000,- € seien ihm für erbrachte Eigenleistungen zu erstatten. Er habe 1.000 Stunden seiner teuer verdienten Freizeit investiert, deren Wert er – aufgrund seiner handwerklichen Begabung – mit jeweils 15,- € ansetzt. F vertritt die Auffassung, die Zuwendungen des M seien als dessen Beitrag zu der nichtehelich geführten Lebensgemeinschaft zu werten; einen Ausgleich könne er weder für die finanziellen Zuwendungen noch für die Arbeitsleistungen verlangen.

Wie ist die Rechtslage?

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Medienrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München (Professor Dr. Johannes Hager). – Der Fall wurde im WS 2008/2009 als fünfstündige Übungsklausur im Rahmen des Münchner Examenstrainings

Teil II:

Ein weiterer Umstand, der zur Trennung von F und M beigetragen hatte, war, dass M die Rechnung verschiedener Online-Versandhäuser, bei denen er sämtliche Gegenstände bestellte, nicht vor der ersten Mahnung bezahlte. Eines Abends, F war wieder mal alleine zuhause, klingelte der örtlich zuständige Gerichtsvollzieher an der Wohnungstür. Er kam im Auftrag der Q-AG und berichtete der verwunderten F, dass M eine Rechnung über 299,- € nicht bezahlt habe, obwohl ihm bereits sowohl ein Mahn- als auch ein Vollstreckungsbescheid zugestellt wurden.

F ließ den Gerichtsvollzieher in die Wohnung. Nachdem sich dieser umgesehen hatte, eröffnete er F seine Absicht, das an der Wand befindliche Gemälde zu pfänden. F war entsetzt, da sie das Bild von ihren Eltern zum Einzug in das Haus geschenkt bekommen hatte. Sie redete auf den Gerichtsvollzieher ein, dass das Bild ihr gehöre und nicht für Schulden des M haften dürfe. Dieser erwiderte nur, die Eigentumslage nicht prüfen zu können. Das gepfändete Bild nahm er zur Verwahrung mit, da er befürchtete F werde es seinem Zugriff entziehen.

F will die bevorstehende Zwangsversteigerung des Bildes verhindern. Nachdem die Q-AG auf ihre telefonische Anfrage die Freigabe des Bildes abgelehnt hat, beschließt sie, gerichtliche Schritte einzuleiten. Sie ist der Ansicht, der Gerichtsvollzieher hätte ihr den Besitz nicht ohne ihre Zustimmung entziehen dürfen.

Hätte ein vollstreckungsrechtlicher Rechtsbehelf Aussicht auf Erfolg?

Lösung

Teil I:

Fraglich ist, ob M gegen F Ansprüche auf die Erstattung seines Finanzierungsbeitrags und ein Entgelt für seine Arbeitsleistungen zustehen.

I. Rückzahlung eines Darlehens

M könnte ein Rückforderungsanspruch bezüglich seines Finanzierungsbeitrags aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB zustehen, wenn er F den Geldbetrag aufgrund eines konkludent geschlossenen Darlehensvertrags zur Verfügung gestellt hätte. Ein Darlehensvertrag ist auf die nur vorübergehende Überlassung eines Geldbetrags gerichtet. Das mit dem Geld errichtete Haus sollte M und F auf Dauer als neue Heimat dienen. Eine Rückforderung des Geldbetrags war daher nicht beabsichtigt. Folglich besteht kein Darlehensvertrag zwischen M und F.

gestellt. Die Misserfolgsquote lag bei 32%, im Durchschnitt erreichten die Bearbeiter 4,89 Punkte.

II. Vergütung für Arbeitsleistungen

Ein Vergütungsanspruch (§ 611 Abs. 1 BGB) für die Arbeitsleistungen in Höhe der üblichen Vergütung (§ 612 Abs. 2 Alt. 2 BGB) besteht ebenfalls nicht. Zwar erbrachte M Leistungen, die Gegenstand eines entgeltlichen Arbeitsvertrags sein können (vgl. § 611 Abs. 2 BGB), allerdings bietet der Sachverhalt keine Anhaltspunkte für eine Einigung der Parteien, wonach M die Arbeiten nur gegen Zahlung der üblichen Vergütung ausführen wollte. Vielmehr wollte er für seine Leistungen zusammen mit F in dem errichteten Haus wohnen, von seinen Leistungen also selbst profitieren. Folglich haben M und F keinen Dienstvertrag geschlossen¹.

III. Schenkungswiderruf wegen groben Undanks

Ein Rückforderungs- bzw. Wertersatzanspruch könnte sich aus dem Widerruf einer Schenkung ergeben. Ein nach § 530 Abs. 1 BGB begründeter Widerruf hätte zur Folge, dass die Schenkung als Rechtsgrund für die Zuwendung i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB später wegfällt und der Schenker das Geschenk – in den Fällen des § 818 Abs. 2 BGB dessen Wert – kondizieren kann.

1. Gegenstand der Schenkung

Eine Schenkung setzt nach § 516 Abs. 1 BGB eine Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkers voraus. Das BGB kennt nur die Zuwendung von Vermögenssubstanz. Da die Arbeitsleistung kein Bestandteil des Vermögens, sondern ein immaterieller Wert ist, mit dem Vermögenswerte geschaffen werden können², kann sie selbst nicht Gegenstand der Zuwendung sein³. Möglicher Gegenstand einer Zuwendung ist zwar der Verzicht auf einen Gegenleistungsanspruch⁴. Da den Arbeitsleistungen jedoch kein Vergütungsanspruch gegenübersteht, auf den M verzichten kann, fehlt es bezüglich der Arbeitsleistungen an einem tauglichen Schenkungsgegenstand. Über den Schenkungswiderruf kann er daher allenfalls den Wert seines Finanzierungsbeitrags ersetzt verlangen.

2. Grober Undank

Der Widerruf einer Schenkung setzt nach § 530 Abs. 1 BGB voraus, dass sich der Beschenkte durch eine schwere Verfehlung gegen den Schenker oder einen nahen Angehörigen des groben Undanks schuldig macht. Erforderlich sind objektiv ein erhebliches Gewicht des Fehlverhaltens und subjektiv ein erkennbarer Mangel an Dankbarkeit.

Da die Verfehlung auf Seiten des Zuwendungsempfängers bestehen muss, scheidet die mögliche Untreue des M als solche Verfehlung aus. In Betracht kommt jedoch sein Raus-

wurf durch F⁵. Die im Einzelfall anzustellende Abwägung könnte aber dahinstehen, wenn bereits das Vorliegen einer Schenkung zu verneinen wäre.

3. Abgrenzung zur unbenannte Zuwendung

Fraglich ist, ob der Finanzierungsbeitrag Gegenstand einer Schenkung war. Zweifel bestehen insbesondere hinsichtlich der Frage, ob die Zuwendung „unentgeltlich“ i.S.d. § 516 Abs. 1 BGB erfolgte. Dies setzt voraus, dass die Zuwendung von einer Gegenleistung unabhängig ist und sich die Parteien darüber geeinigt haben⁶.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt eine Schenkung unter Ehegatten nur vor, wenn die Zuwendung nach deren Willen unentgeltlich im Sinne echter Freigiebigkeit erfolgt und nicht an die Erwartung des Fortbestehens der Ehe geknüpft, sondern zur freien Verfügung des Empfängers geleistet wird. Dagegen stellt eine Zuwendung unter Ehegatten, der die Vorstellung oder Erwartung zugrunde liegt, dass die eheliche Lebensgemeinschaft Bestand haben werde, oder die sonst um der Ehe willen oder als Beitrag zur Verwirklichung oder Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft erbracht wird und darin ihre Geschäftsgrundlage hat, keine Schenkung, sondern eine sog. ehebedingte Zuwendung dar⁷. Dabei handelt es sich um ein nicht normiertes „ehebezogenes Rechtsgeschäft eigener Art“⁸.

Diese Differenzierung ist auf Zuwendungen zwischen den Partnern einer nichtehelich geführten Lebensgemeinschaft⁹ zu übertragen. Hier wie dort erfolgen Zuwendungen, die der Verwirklichung der Lebensgemeinschaft dienen, aufgrund persönlicher Beziehungen und Bindungen. Sie führen regelmäßig nicht zu einer den Empfänger *einseitig* begünstigenden und frei disponiblen Bereicherung, sondern sollen der Lebensgemeinschaft und damit auch dem Schenker selbst zugute kommen¹⁰. Da Gegenteiliges nicht bekannt ist, kann von einer Unentgeltlichkeit i.S.d. § 516 Abs. 1 BGB nicht ausgegangen werden. Ein Anspruch nach den §§ 530, 531 i.V.m. § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB scheidet somit aus.

IV. Erstattungsanspruch aus Partnerschaftsvertrag

Ein Ausgleichsanspruch könnte sich aus einem im BGB nicht normierten Partnerschaftsvertrag ergeben. Zur Begründung eines Erstattungsanspruchs müssten sich die Partner darüber

¹ Vgl. BGHZ 84, 361 (366) = NJW 1982, 2236.

² Vgl. J. Koch, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 516 Rn. 5.

³ Vgl. BGHZ 127, 48 (51) = NJW 1994, 2545; BGHZ 84, 361 (364) = NJW 1982, 2236; Wimmer-Leonhardt, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2005, § 516 Rn. 19; Schwab, ZJS 2009, 115; Grziwotz, FamRZ 2009, 750 (753).

⁴ Vgl. J. Koch (Fn. 2), § 516 Rn. 5.

⁵ Der Ausspruch der Trennung als solcher genügt nicht, vgl. Schwab, ZJS 2009, 115 (116).

⁶ Vgl. E. Herrmann, in: Erman, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2008, § 516 Rn. 3.

⁷ BGHZ 129, 259 (263) = NJW 1995, 1889; BGHZ 116, 167 (169 f.) = NJW 1992, 564.

⁸ BGHZ 116, 167 (170) = NJW 1992, 564; BGHZ 84, 361 (364) = NJW 1982, 2236.

⁹ Zur Begrifflichkeit vgl. BVerfG FamFG 1993, 164 (168); BGHZ 176, 262 Rn. 25 = NJW 2008, 2333; BGH NJW 2009, 2062 (2063 Rn. 14); BGH NJW 2008, 443 Rn. 14.

¹⁰ BGH NJW 2008, 3277 (3278 Rn. 15) = JuS 2008, 1124 (Wellenhofer); NJW 1997, 2747; BGHZ 129, 259 (263) = NJW 1995, 1889; Schwab, ZJS 2009, 115.

geeignet haben (vgl. § 311 Abs. 1 BGB), dass die jeweils empfangenen Leistungen nach dem Scheitern der Lebensgemeinschaft zurückzugewähren sind. Der Annahme einer solchen konkludenten Einigung steht allerdings entgegen, dass bei einer nichtehelich geführten Lebensgemeinschaft die persönlichen Beziehungen derart im Vordergrund stehen, dass sie auch das die Gemeinschaft betreffende vermögensbezogene Handeln der Partner bestimmten und daher nicht nur in persönlicher, sondern auch in wirtschaftlicher Hinsicht grundsätzlich keine Rechtsgemeinschaft besteht. Beiträge werden geleistet, sofern Bedürfnisse auftreten und, wenn nicht von beiden, so von demjenigen erbracht, der dazu in der Lage ist. Gemeinschaften dieser Art ist – vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung – die Vorstellung fremd, für Leistungen im gemeinsamen Interesse einen Ausgleich zu verlangen¹¹.

V. Zugewinnausgleich

Haben Ehegatten im gesetzlichen Güterstand gelebt, begründet § 1378 Abs. 1 BGB einen von Einzelgegenständen unabhängigen pauschalen Ausgleichsanspruch. Für die Partner einer nichtehelich geführten Lebensgemeinschaft besteht keine vergleichbare Regelung. Ein Anspruch könnte sich allenfalls aus einer entsprechenden Anwendung des § 1378 Abs. 1 BGB ergeben. Es fehlt jedoch sowohl an einer (planwidrigen) Regelungslücke als auch an einer Vergleichbarkeit. Zum einen hat der Gesetzgeber das Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft vom 16.2.2001 (LPartG)¹² geschaffen und im Zuge dessen die Normierung anderer, nichtehelich geführter Lebensgemeinschaften abgelehnt. Zum anderen haben sich die Partner einer solchen Lebensgemeinschaft bewusst gegen eine Ehe und die damit einhergehenden Rechtswirkungen entschieden¹³.

VI. Auflösung einer BGB-Gesellschaft

M könnte einen Anspruch auf die Auszahlung eines Abfindungsguthabens haben, wenn die nichtehelich geführte Lebensgemeinschaft von M und F eine BGB-Gesellschaft gewesen wäre.

1. Anwendbarkeit der §§ 730 ff. BGB

Nach § 730 Abs. 1 BGB findet „in Ansehung des Gesellschaftsvermögens“ eine Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern statt. Im Gegensatz zu einer Außengesellschaft ist die Innengesellschaft in der Rechtsform einer BGB-Gesellschaft nicht (teil-)rechtsfähig¹⁴. Ob die Innengesellschaft über ein Gesellschaftsvermögen verfügt, das nach den

§§ 730 ff. BGB aufzulösen wäre, ist äußerst umstritten.¹⁵ Diese Frage braucht nicht entschieden werden, wenn man dem Gesellschafter jedenfalls einen Anspruch entsprechend § 733 Abs. 2 S. 1 BGB auf Abrechnung und ggf. Auszahlung des Abfindungsguthabens entsprechend dem Verteilungsschlüssel des § 723 BGB zubilligt¹⁶. Bezüglich der Arbeitsleistungen ist der Anspruch nicht bereits durch § 733 Abs. 2 S. 3 BGB ausgeschlossen. Die Vorschrift beruht auf dem Gedanken, dass sich der Einsatz der Arbeitskraft des Gesellschafters regelmäßig im Gesellschaftsvermögen nicht als ein fest umrissener und messbarer Vermögenswert niederschlägt oder zumindest die nachträgliche Bewertung der vermögenswirksamen Auswirkung solcher nach Art und Umfang höchst unterschiedlicher Individualleistungen bei der Auseinandersetzung auf kaum überwindbare Schwierigkeiten stoßen würde¹⁷. Wird durch die Leistung jedoch das Gesellschaftsvermögen bzw. das den Gesellschaftern zustehende Abfindungsguthaben messbar erhöht, findet der Ausschlussgrund des § 733 Abs. 2 S. 3 BGB keine Anwendung¹⁸.

2. Gesellschaftsvertrag

Das Bestehen gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsansprüche setzt den wirksamen Abschluss eines Gesellschaftsvertrags voraus. Da bei einer nichtehelich geführten Lebensgemeinschaft die persönlichen Beziehungen derart im Vordergrund stehen, dass sie auch das vermögensbezogene Handeln der Partner bestimmen, begründet ein Zusammenwirken der Partner nur dann konkludent gesellschaftsrechtliche Folgen, wenn ein dahingehender Rechtsbindungswille festgestellt werden kann. Eine rein faktische Willensübereinstimmung reicht dagegen nicht aus¹⁹.

Im Unterschied zu einem Zusammenwirken von Ehegatten ist es nicht erforderlich, dass ein über die Verwirklichung der Lebensgemeinschaft hinausgehender Zweck verfolgt wird²⁰. Die Differenzierung hat ihren Grund in der Ausgestaltung der Rechte und Pflichten in einer Ehe. Ehegatten sind zur ehelichen Lebensgemeinschaft, zur Rücksichtnahme bei der Wahl und Ausübung einer Erwerbstätigkeit sowie dazu verpflichtet, durch ihre Arbeit und mit ihrem Vermögen die Familie angemessen zu unterhalten (§§ 1353 Abs. 1 S. 2, 1356 Abs. 2 S. 2, 1360 BGB). Insoweit erhält ein mitarbeitender Ehegatte bei Scheidung einer im gesetzlichen Güterstand geführten Ehe grundsätzlich bereits durch den Zugewinnausgleich (§§ 1372 ff. BGB) einen angemessenen Ausgleich. Bei der nichtehelich geführten Lebensgemeinschaft bestehen dagegen weder rechtliche Mitarbeitspflichten noch güterrechtliche Ausgleichsansprüche. Dies gebietet eine

¹¹ BGHZ 77, 55 (58 f.) = NJW 1980, 1520; BGH NJW 2004, 58 (59).

¹² BGBI. I 2001, S. 266.

¹³ Vgl. BGHZ 170, 187 (193 Rn. 18) = NJW 2007, 992 = JuS 2007, 591 (Wellenhofer).

¹⁴ Vgl. Sprau, in: Palandt, BGB, 68. Aufl. 2009, § 705 Rn. 33.

¹⁵ Siehe ausführlich z.B. Geibel, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, 2008, S. 175 ff.

¹⁶ Vgl. Sprau (Fn. 14), § 705 Rn. 35.

¹⁷ Vgl. BGH NJW 1980, 1744; NJW 1966, 501.

¹⁸ Vgl. BGH NJW 1980, 1744 (1745).

¹⁹ BGHZ 165, 1 (10) = NJW 2006, 1268 = JuS 2006, 754 (K. Schmidt).

²⁰ Vgl. BGHZ 142, 137 (146) = NJW 1999, 2962 = JuS 2000, 186 (K. Schmidt).

größzügigere Anwendung gesellschaftsrechtlicher Auseinandersetzungsregeln²¹.

Ob im Einzelfall ein nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu bewertendes Handeln vorliegt, ist anhand der Umstände des Einzelfalls zu entscheiden. Indizien können sich z.B. aus der Planung, dem Umfang und der Dauer des Zusammenwirkens sowie den geschaffenen Vermögenswerten ergeben²². Danach legt der Umstand, dass das Haus nach ihren Vorstellungen wirtschaftlich beiden gehören sollte, zwar den konkludenten Abschluss eines Gesellschaftsvertrags nahe, allerdings verfolgten M und F damit keinen über die Verwirklichung der Lebensgemeinschaft hinausgehenden Zweck. Sie haben keine über die Ausgestaltung ihrer Gemeinschaft hinausgehenden rechtlichen Vorstellungen, so dass regelmäßig nicht von einem konkludenten Abschluss eines Gesellschaftsvertrags ausgegangen werden kann²³.

VII. Geschäftsführung ohne Auftrag

Hinsichtlich der Arbeitsleistungen besteht kein Ersatzanspruch nach § 670 i.V.m. § 683 S. 1 BGB. Zum einen sind die Arbeitsleistungen keine Aufwendungen. Solche sind nur freiwillige Aufopferungen von vorhandenen Vermögenswerten im Interesse eines anderen²⁴. Mit der eigenen Arbeitskraft können allenfalls Vermögenswerte geschaffen werden; die Arbeitsleistung selbst ist jedoch kein Vermögenswert²⁵. Zum anderen besteht kein Anspruch auf die übliche Vergütung in entsprechender Anwendung von § 1835 Abs. 3 BGB²⁶, da die von M vorgenommenen Handlungen nicht seiner beruflichen Tätigkeit entsprechen.

VIII. Zweckkondition

Des Weiteren kommt ein bereicherungsrechtlicher Anspruch nach § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB in Betracht, wenn der nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt.

1. Rechtsgeschäft

Fraglich ist bereits, ob zwischen den Ehegatten überhaupt ein Rechtsgeschäft vorliegt oder die nichtehelich geführte Le-

bensgemeinschaft als rein tatsächlicher Vorgang anzusehen ist. Letztere Ansicht hat der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung vertreten und daraus gefolgert, dass die Partner einer solchen gescheiterten Lebensgemeinschaft ihre persönlichen und wirtschaftlichen Leistungen nicht gegeneinander aufrechnen könnten²⁷. In einem Urteil vom 9.7.2008²⁸ wurde diese Rechtsprechung aufgegeben, ohne ausdrücklich klarzustellen, welche rechtlichen Beziehungen zwischen den Partnern bestehen. Da die Partnerschaft keinem ausdrücklich normierten Vertragstypus des Schuldrechts unterfällt, handelt es sich um einen atypischen Vertrag, den der Bundesgerichtshof an anderer Stelle als „Kooperationsvertrag“²⁹ bezeichnet.

2. Zweckverfehlung

Des Weiteren ist erforderlich, dass über den mit jeder Leistung notwendig verfolgten Zweck hinaus ein besonderer zukünftig eintretender Erfolg rechtlicher oder tatsächlicher Natur nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts von den Beteiligten vorausgesetzt, aber nicht eingetreten ist. Zwischen der Leistung und dem erwarteten Erfolg muss nach dem Willen der Beteiligten eine Verbindung derart bestehen, dass das Behaltendürfen der Leistung von der Zweckerreichung abhängig ist³⁰. Denkbar wäre eine gemeinsame Zweckabrede i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB, die die Zahlung und Arbeitsleistung an eine Fortdauer der Lebensgemeinschaft oder jedenfalls an eine fortdauernde unentgeltliche Nutzung des Hauses knüpfen würde. Dies setzt allerdings voraus, dass darüber mit F als Empfängerin der Leistungen eine Willensübereinstimmung erzielt worden ist. Einseitige Vorstellungen genügen nicht. Eine stillschweigende Einigung in diesem Sinn ist aber anzunehmen, wenn der eine Teil (hier M) mit seiner Leistung einen bestimmten Erfolg bezweckt und der andere Teil (hier F) dies erkennt und die Leistung entgegennimmt, ohne zu widersprechen³¹. Die danach erforderliche finale Ausrichtung der Leistungen auf einen nicht erzwingbaren Erfolg wird sich innerhalb einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft oder einer anderen auf Dauer angelegten Partnerschaft nur bezüglich solcher Zuwendungen oder Arbeitsleistungen feststellen lassen, die deutlich über das hinausgehen, was die Gemeinschaft Tag für Tag benötigt³². Die letztgenannten Leistungen zur Erfüllung der laufenden Unterhaltsbedürfnisse (z.B. die Entrichtung der Miete für eine gemeinsame Wohnung) werden in dem Bewusstsein erbracht, dass jeder Partner nach seinen Möglichkeiten zur Gemeinschaft beizutragen habe. Der mit diesen Leistungen verbun-

²¹ Vgl. BGHZ 142, 137 (146) = NJW 1999, 2962 = JuS 2000, 186 (K. Schmidt); BGHZ 84, 388 (391) = NJW 1982, 2863.

²² BGH NJW-RR 2003, 1658 = NZG 2003, 1015 = JuS 2004, 249 (K. Schmidt).

²³ Vgl. BGH NJW 2008, 3277 (3278 Rn. 22) = JuS 2008, 1124 (Wellenhofer); Schwab, ZJS 2009, 115 (116). Daraus folgert von Proff, NJW 2008, 3266 (3268), dass gesellschaftsrechtliche Ausgleichsansprüche in erster Linie dort in Betracht kommen, wo die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft gemeinsam ein Unternehmen oder eine freiberufliche Praxis aufgebaut haben und gleichberechtigt mitwirken.

²⁴ Vgl. Sprau (Fn. 14.), § 256 Rn. 1.

²⁵ Vgl. Sprau (Fn. 14.), § 670 Rn. 3.

²⁶ Zur entsprechenden Anwendung von § 1835 Abs. 3 BGB vgl. Ehmann, in: Ermann, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2008, § 670 Rn. 6 m.w.N.

²⁷ BGH NJW 1997, 3371 (3372); NJW 1996, 2727; NJW-RR 1996, 1473 (1474).

²⁸ BGH NJW 2008, 3277 = JuS 2008, 1124 (Wellenhofer).

²⁹ BGH NJW 2008, 3277 (3281 Rn. 42) = JuS 2008, 1124 (Wellenhofer).

³⁰ Vgl. Sprau (Fn. 14.), § 812 Rn. 30.

³¹ Vgl. BGHZ 115, 261 (263) = NJW 1992, 427 = FamRZ 1992, 160. Zur Darlegungs- und Beweislast vgl. BGH FamRZ 2009, 849 (851 Rn. 18 ff.) m. Anm. Grziwotz.

³² Vgl. BGH FamRZ 2009, 849 (850 Rn. 15) m. Anm. Grziwotz.

dene Zweck erschöpft sich in den gegenwärtigen Bedürfnissen der Partner, so dass ihr Unterhaltszweck erfüllt und mit der Beendigung der nichtehelich geführten Lebensgemeinschaft nicht rückwirkend als verfehlt angesehen werden kann³³. Im Unterschied dazu verfolgt der leistende Partner mit Zuwendungen oder Arbeitsleistungen, die deutlich über das hinausgehen, was die Gemeinschaft Tag für Tag benötigt, regelmäßig den Zweck, an dem angeschafften bzw. geschaffenen Vermögensgegenstand – sofern er nicht gemeinsames Eigentum wird – langfristig partizipieren zu können³⁴. Dieser Zweck wird bei einem frühzeitigen Scheitern der Lebensgemeinschaft verfehlt. Die von M erbrachten Arbeitsleistungen überschreiten – auf die Dauer des Hausbaus verteilt – den Umfang gewöhnlicher Renovierungsarbeiten nicht. Es handelt sich demnach um Leistungen zur Erfüllung laufender Unterhaltsbedürfnisse, deren Zweck nicht verfehlt wurde. Im Gegensatz dazu überschreitet seine Beteiligung an der Finanzierung unter Rückgriff auf seine Ersparnisse zur Altersvorsorge diesen Umfang deutlich. Da das errichtete Haus im Alleineigentum von F steht (vgl. §§ 94, 93 BGB), ist der verfolgte Zweck, in dem Haus langfristig zu wohnen, mit dem endgültigen Scheitern der Lebensgemeinschaft verfehlt. Der von M stillschweigend verfolgte Zweck, an dem erworbenen Gegenstand langfristig partizipieren zu können, kann F in Kenntnis der Auflösung der Altersversorgung des M nicht unbekannt geblieben sein. Da sie nicht widersprochen hat, ist insoweit von einer gemeinsamen Zweckabrede auszugehen³⁵.

3. Kein Ausschlussgrund

Der Anspruch wäre nach § 815 Alt. 2 BGB ausgeschlossen, wenn M mit der von F behaupteten Untreue den Eintritt des mit seiner Leistung bezweckten Erfolgs wider Treu und Glauben verhindert hätte. Eine Absicht, den Erfolg zu verhindern, ist nicht erforderlich; vielmehr genügt es, wenn der Leistende ohne zwingende Gründe eine Handlung vornimmt, die – wie ihm bewusst ist – dazu geeignet ist, den Erfolg zu verhindern³⁶. Allerdings kann F die bestrittene Untreue nicht beweisen. Die Lebensgemeinschaft ist folglich nicht an einer Untreue, sondern an einem ggf. unbegründeten Vorwurf der Untreue gescheitert. Der Anspruchsausschluss scheidet folglich bereits daran, dass F eine Untreue des M nicht beweisen kann.

Die für den Hausbau verbrauchten finanziellen Mittel können nicht in natura nach § 812 Abs. 1 S. 2 i.V.m. S. 1 BGB herausgegeben werden, so dass F nach § 818 Abs. 2 Alt. 1 BGB Wertersatz zu leisten hat. Zu ersetzen ist der objektive Verkehrswert, den die Leistung nach ihrer tatsächlichen Beschaffenheit für jedermann hat³⁷. Da Umstände für

eine Entreicherung i.S.d. § 818 Abs. 3 BGB nicht ersichtlich sind³⁸, hat F Wertersatz i.H.v. 250.000,- € an M zu leisten.

IX. Störung der Geschäftsgrundlage

Fraglich ist, ob M nach den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage³⁹ Ansprüche zustehen. Wegen des endgültigen Scheiterns der nichtehelich geführten Lebensgemeinschaft liegt die Annahme eines Rücktrittsrechts nach § 313 Abs. 3 S. 1 BGB nahe. Im Fall des Rücktritts wären nach § 346 Abs. 1 BGB nicht nur solche Zuwendungen, bei denen eine Vermögenssubstanz übertragen wird, sondern sämtliche Leistungen zurückzugewähren⁴⁰, also auch die von M erbrachten Arbeitsleistungen. Eine derart umfassende Erstattung der Leistungen ist jedoch nicht angebracht. Schließlich wurde der Zweck der Leistungen während der Zeit des Zusammenlebens zumindest teilweise erreicht⁴¹. Daher kann M allenfalls ein Anspruch auf Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB⁴² zustehen.

Tatbestandliche Voraussetzung für die Anwendung der Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 1 BGB ist, dass der die Anpassung bzw. die Rückabwicklung begehrenden Vertragspartei ein Festhalten am unveränderten Vertrag unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen Risikoverteilung nicht zugemutet werden kann. Dabei ist zu beachten, dass der Partner es einmal für richtig erachtet hat, dem anderen die Leistungen zu gewähren. Er trägt daher grundsätzlich das Risiko, an dem Zugewandten nicht dauerhaft zu partizipieren. Auf der Grundlage dieser vertraglichen Risikoverteilung ist ein korrigierender Eingriff nur gerechtfertigt, wenn den erbrachten Leistungen erhebliche Bedeutung zukommt. Dafür ist eine Gesamtabwägung der Umstände des Einzelfalls maßgeblich, in die auch der Zweck der Zuwendung einzubeziehen sowie zu berücksichtigen ist, inwieweit

³⁸ Zu der Möglichkeit einer verschärften Haftung nach § 820 Abs. 1 S. 1 BGB vgl. *Schwab*, ZJS 2009, 115 (121).

³⁹ Der BGH hat verschiedentlich ausgesprochen, dass für bereicherungsrechtliche Ansprüche kein Raum bestehe, wenn mit den Regelungen über die Störung der Geschäftsgrundlage ein vertraglicher Anspruch besteht (BGHZ 84, 1 (10) = NJW 1982, 2184). Nach BGH NJW 2008, 3277 (3281 Rn. 40) = JuS 2008, 1124 (*Wellenhofer*) soll jedoch der Bereicherungsanspruch vorrangig sein und die Regelungen über die Störung der Geschäftsgrundlage nur Anwendung finden, wenn mangels Schaffung eines gemeinschaftlichen Vermögenswertes keine gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsansprüche bestehen oder eine Zweckabrede i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB nicht festgestellt werden kann. Skeptisch *Schwab*, ZJS 2009, 115 (118).

⁴⁰ BGHZ 127, 48 (51) = NJW 1994, 2545; BGHZ 84, 361 (365, 368) = NJW 1982, 2236.

⁴¹ Vgl. BGH NJW 2008, 3277 (3281); *Schwab*, ZJS 2009, 115 (119).

⁴² Zur prozessualen Umsetzung vgl. *Schwab*, ZJS 2009, 115 (120).

³³ Vgl. *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 5. Aufl. 2006, § 44 Rn. 20; *Coester*, JZ 2008, 315 f.; *Schwab*, ZJS 2009, 115 (121); *Schulz*, FamRZ 2007, 593 (594).

³⁴ BGH FamRZ 2009, 849 (850 Rn. 15); NJW 2008, 3277 (3280 Rn. 35) = JuS 2008, 1124 (*Wellenhofer*)

³⁵ Vgl. BGHZ 115, 261 (263) = NJW 1992, 427.

³⁶ Vgl. *Sprau* (Fn. 14), § 815 Rn. 3.

³⁷ Vgl. BGHZ 82, 299 (307) = NJW 1982, 1154; *Sprau* (Fn. 14), § 818 Rn. 18.

dieser Zweck erreicht worden ist⁴³. Keinem Ausgleich zugänglich sind daher die im Rahmen des täglichen Zusammenlebens ersatzlos erbrachten Leistungen⁴⁴. Daran gemessen sind die von M erbrachten Arbeitsleistungen keine erheblichen Leistungen, für die er einen Wertersatz beanspruchen kann.

X. Ergebnis

M steht nur bezüglich des Finanzierungsbeitrags für den Bau des Hauses ein Wertersatzanspruch nach §§ 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2, 818 Abs. 2 BGB i.H.v. 250.000,- € zu.

Teil II:

Mit der Behauptung, der Gerichtsvollzieher hätte ihr den Besitz nicht ohne ihre Zustimmung entziehen dürfen, rügt F einen Verfahrensfehler. Fraglich ist, ob eine auf diese Begründung gestützte Erinnerung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung nach § 766 Abs. 1 ZPO Erfolg hätte. Dazu müsste der Rechtsbehelf zulässig und begründet sein.

I. Zulässigkeit

Fraglich ist nur, ob die Erinnerung statthaft und F erinnerungsbefugt ist.

1. Ordnungsgemäße Erhebung

Die Vollstreckungserinnerung führt das Verfahren nicht in eine höhere Instanz, sondern gewährleistet lediglich eine gerichtliche Kontrolle. Sie ist daher kein Rechtsmittel, sondern lediglich eine formlose Gegenvorstellung innerhalb des Vollstreckungsbetriebs⁴⁵. Es bedarf insbesondere keines den Anforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO genügenden Antrags.

2. Zuständigkeit

Zur Entscheidung über die Erinnerung ist nach § 766 Abs. 1 S. 1 ZPO das Vollstreckungsgericht berufen. Dies ist gemäß § 764 Abs. 2 ZPO das Amtsgericht, in dessen Bezirk das Vollstreckungsverfahren stattgefunden hat. Die Zuständigkeit ist sowohl sachlich als auch örtlich ausschließlich (vgl. § 802 ZPO). Gemäß § 20 Nr. 17 S. 2 RPflG ist die Entscheidung dem Richter vorbehalten.

3. Statthaftigkeit

Die Erinnerung ist statthaft gegen das gesamte vollstreckungsrelevante Verhalten des Gerichtsvollziehers (Vollstreckungsmaßnahmen, Amtsverweigerung, unrichtige Kosten) sowie gegen alle Zwangsvollstreckungsmaßnahmen des Voll-

streckungsgerichts⁴⁶. Dies bedeutet, dass der Beteiligte⁴⁷ (Vollstreckungsgläubiger oder Dritter) die Verletzung von Vorschriften über die formellen Voraussetzungen oder die Durchführung der Zwangsvollstreckung als verletzt rügen muss, die das Vollstreckungsorgan (hier der Gerichtsvollzieher) bei der Zwangsvollstreckung zu beachten hat⁴⁸. F rügt, der Gerichtsvollzieher habe ihr den Besitz an dem Bild nicht gegen ihren Willen entziehen dürfen. Diese Rüge zielt auf eine Verletzung der Verfahrensvorschrift des § 809 ZPO. Dabei handelt es sich um eine Vorschrift betreffend die Pfändung von beweglichen Sachen, die der Gerichtsvollzieher bei der Pfändung aufgrund einer Geldforderung vorliegend zu beachten hatte. Die Verwendung des Begriffs „Besitz“ anstelle der gesetzlichen Terminologie „Gewahrsam“ ist trotz der rechtlichen Unterschiede (z.B. § 857 BGB) unschädlich.

2. Erinnerungsbefugnis

F ist weder Vollstreckungsgläubigerin noch Vollstreckungsschuldnerin, sondern Dritte. Als solche ist sie nur insoweit erinnerungsbefugt, als sie die Verletzung einer Verfahrensvorschrift rügt, die zumindest auch dem Schutz Dritter zu dienen bestimmt ist⁴⁹. Die Vorschrift des § 809 ZPO nennt ausdrücklich Dritte und bezweckt mithin schon ihrem Wortlaut nach deren Schutz⁵⁰.

II. Begründetheit

Die Erinnerung ist begründet, wenn das Vollstreckungsorgan die Vollstreckungsvorschriften der ZPO nicht beachtet hat und die beanstandete Vollstreckungshandlung daher zumindest rechtswidrig ist⁵¹.

1. Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen

Hinsichtlich der Einhaltung der allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen bestehen keine Zweifel. Mit dem Vollstreckungsbescheid liegt ein tauglicher Vollstreckungstitel vor (vgl. § 794 Abs. 1 Nr. 4 ZPO). Einer Vollstreckungsklausel bedarf der Vollstreckungsbescheid hier nicht (vgl. § 796 Abs. 1 ZPO). Die Zustellung wurde nach der Angabe ordnungsgemäß ausgeführt, der nach § 753 ZPO erforderliche Vollstreckungsauftrag liegt vor.

2. Beachtung der §§ 808 ff. ZPO

Fraglich erscheint aber, ob die Vorschriften über die Durchführung der konkreten Vollstreckungsmaßnahme beachtet wurden. Die Zwangsvollstreckung findet wegen einer Geldforderung in das bewegliche Vermögen statt. Dabei müsste

⁴³ Vgl. BGH NJW 2008, 3277 (3281 Rn. 44) = JuS 2008, 1124 (Wellenhofer).

⁴⁴ Vgl. BGH NJW 2008, 3277 (3281 Rn. 40) = JuS 2008, 1124 (Wellenhofer).

⁴⁵ Vgl. Lippross, Vollstreckungsrecht, 9. Aufl. 2002, Rn. 332 m.w.N.

⁴⁶ Vgl. Lackmann/Wittschier, Die Klausur im Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Aufl. 2007, Rn. 4.

⁴⁷ Über die Erinnerung wird nach § 764 Abs. 3 ZPO durch Beschluss entschieden, so dass die Personen als „Beteiligte“ und nicht als „Kläger/Beklagter“ bezeichnet werden.

⁴⁸ Lackmann/Wittschier (Fn. 46), Rn. 4.

⁴⁹ Vgl. Lackmann/Wittschier (Fn. 46), Rn. 11.

⁵⁰ Vgl. Hüßtege, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 29. Aufl. 2008, § 809 Rn. 1.

⁵¹ Lackmann/Wittschier (Fn. 46), Rn. 14.

der Gerichtsvollzieher als das zuständige Vollstreckungsorgan die §§ 808 ff. ZPO beachtet haben. Fraglich erscheint eine Verletzung des § 809 ZPO. Gemäß § 808 Abs. 1 ZPO darf der Gerichtsvollzieher nur solche Sachen pfänden, die im Alleingewahrsam des Vollstreckungsschuldners stehen. Hat ein Dritter auch nur Mitgewahrsam, bedarf die Pfändung nach § 809 ZPO seiner Zustimmung. Sowohl Eheleute als auch Partner einer nichtehelich geführten Lebensgemeinschaft haben grundsätzlich Mitgewahrsam an den in der gemeinsamen Wohnung befindlichen Sachen. F ist weder Vollstreckungsschuldnerin noch Vollstreckungsgläubigerin, mithin Dritte. Sie hätte der Pfändung daher nach § 809 ZPO grundsätzlich zustimmen müssen. Indem das Bild gegen ihren Willen gepfändet wurde, könnte ein Verstoß gegen § 809 ZPO vorliegen.

Anderes würde jedoch dann gelten, wenn die unwiderlegbare Vermutung des § 739 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 1362 Abs. 1 S. 1 BGB eingreifen würde. Der Anwendung des § 739 Abs. 1 ZPO steht nicht entgegen, dass die Eigentumsvermutung des § 1362 Abs. 1 S. 1 BGB widerlegt wäre. Dies ergibt sich daraus, dass die Eigentumsverhältnisse von dem Gerichtsvollzieher nicht zu prüfen sind⁵². Allerdings scheidet eine direkte Anwendung der Vorschriften aus, da F und M nicht miteinander verheiratet waren. Fraglich ist daher, ob die Vorschriften § 739 Abs. 1 ZPO und § 1362 Abs. 1 S. 1 BGB entsprechende Anwendung finden⁵³.

§ 1362 Abs. 1 S. 1 BGB will den Gläubigern von Eheleuten den Zugriff auf deren Vermögen erleichtern, weil der gemeinsame Haushalt die eindeutige Zuordnung der einzelnen Gegenstände zum Eigentum des Mannes oder der Frau häufig erschwert⁵⁴. Für den Außenstehenden ist in der Regel nicht ersichtlich, welche Gegenstände jeder Partner bereits in

die Ehe eingebracht hat. Durch die Führung eines gemeinsamen Haushalts kommt es zu einer tatsächlichen Vermischung der bis dahin vorhandenen beweglichen Habe. Bei den während der Ehe angeschafften Sachen ist oftmals nicht hinreichend erkennbar, ob sie gemeinsam oder nur von einem Ehepartner zu Eigentum erworben wurden⁵⁵.

Bei Partnern einer nichtehelich geführten Lebensgemeinschaft, die eine gemeinsame Wohnung bewohnen, tritt eine Eheleuten vergleichbare Vermischung der Güter ein, die eine Alleingewahrsamszurechnung erschwert. Folglich besteht die erforderliche Vergleichbarkeit. Fraglich ist hingegen das Bestehen einer (planwidrigen) Regelungslücke. Diese wird von Teilen der Literatur mit dem Hinweis befürwortet, dass andernfalls eine grundlose Schlechterstellung der Ehegatten vorläge und daher zur Vermeidung eines Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 GG eine entsprechende Anwendung von § 739 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 1362 Abs. 1 S. 1 BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaften verfassungsrechtlich geboten sei⁵⁶.

Dieser Auffassung ist der Bundesgerichtshof in einer jüngeren Entscheidung nicht gefolgt. Zum einen würde eine entsprechende Anwendung des § 739 Abs. 1 ZPO den Prüfungsumfang des Gerichtsvollziehers um die Voraussetzungen der Analogie (insbesondere der Vergleichbarkeit) im Einzelfall erweitern. Mangels einer vorgeschriebenen rechtlichen Ausbildung wäre dies unangebracht. Auch zeige die Einführung des § 739 Abs. 2 ZPO einen entgegenstehenden Willen des Gesetzgebers⁵⁷. Letztlich sei eine entsprechende Anwendung auch nicht aus Verfassungsgründen geboten. Sofern ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG vorliege, könne dieser sowohl dadurch beseitigt werden, dass der Gesetzgeber eine entsprechende Anwendung der Vorschrift auf nichtehelich geführte Lebensgemeinschaften in die ZPO aufnehme, als auch dadurch, dass er die Vorschrift des § 739 ZPO aufhebe. Die Wahl zwischen diesen Alternativen habe ausschließlich der Gesetzgeber, so dass keine Kompetenz zur Rechtsfortbildung bestehe⁵⁸.

Der Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG zu widersprechen⁵⁹. Die Vorschrift verbietet es, wesentlich Gleiches ungleich zu behandeln. Die an den Gesetzgeber gerichtete Aufforderung, die Anwendungsbereiche der §§ 739 ZPO, 1362 BGB auf nichtehelich geführte Lebensgemeinschaften zu erstrecken oder die Normen abzuschaffen, offenbart, dass der Bundesgerichtshof die Sachverhalte für vergleichbar, also wesentlich gleich erachtet. Zur Beseitigung der gegenwärtigen Ungleichbehandlung ist ausweislich Art. 1 Abs. 3 GG nicht nur der Gesetzgeber,

⁵² Vgl. Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht. 8. Aufl. 2008, Rn. 239 m.w.N.

⁵³ Die Frage einer entsprechenden Anwendung von Vorschriften, deren personeller Anwendungsbereich dem Wortlaut nach auf Ehegatten oder Familienangehörige beschränkt ist, stellt nicht nur im Familienrecht. Ob eine entsprechende Anwendung möglich und geboten sei, ist nach der Rechtsprechung des BGH „für jede Regelung mit Blick auf deren Sinn und Zweck unter Berücksichtigung des allgemeinen Sprachgebrauchs“ zu entscheiden (BGH NJW 2009, 2062 Rn. 10; BGHZ 121, 116 (119) = NJW 1993, 999; BGHZ 102, 257 (259) = NJW 1988, 1091). Bejaht für das Eintrittsrecht nach § 569a BGB a.F. (entspricht § 563 Abs. 1 S. 1 BGB n.F., BGHZ 121, 116 (121 ff.) = NJW 1993, 999), die Ersatzstellung nach § 181 Abs. 1 ZPO a.F. (entspricht § 178 Abs. 1 Nr. 1 ZPO n.F., BGHZ 111, 1 (3 ff.) = NJW 1990, 1666), das Recht des Inhabers eines dinglichen Wohnrechts zur Aufnahme seiner Familie § 1093 Abs. 2 BGB (BGHZ 84, 36 (38 ff.) = NJW 1982, 1868) und den Ausschluss des gesetzlichen Forderungsübergangs nach § 67 Abs. 2 VVG a.F. (entspricht § 86 Abs. 3 VVG n.F., BGH NJW 2009, 2062 Rn. 10; offen gelassen von BGH NJW 1980, 1468 (1469) = VersR 1980, 526), abgelehnt für § 116 Abs. 6 SGB X (BGHZ 102, 257 (259) = NJW 1988, 1091).

⁵⁴ BGH NJW 1976, 238 (239).

⁵⁵ BGHZ 170, 187 (190 Rn. 12) = NJW 2007, 992 = JuS 2007, 591 (Wellenhofer); BGH NJW 1992, 1162 (1163).

⁵⁶ Vgl. Brox/Walker (Fn. 52), Rn. 240a.

⁵⁷ Vgl. BGHZ 170, 187 (192 f. Rn. 17, 18) = NJW 2007, 992 = JuS 2007, 591 (Wellenhofer).

⁵⁸ Vgl. BGHZ 170, 187 (193 ff. Rn. 19 ff.) = NJW 2007, 992 = JuS 2007, 591 (Wellenhofer).

⁵⁹ In diese Richtung auch BGH NJW 2009, 2062 (2063 Rn. 14) unter Bezugnahme auf BVerfGE 112, 50 (67 ff.) = NJW 2005, 1413 = JuS 2005, 764 (Ruland) = FamRZ 2005, 590; BVerfGE 106, 166 (176 ff.) = FamRZ 2003, 151.

sondern auch die Rechtsprechung berechtigt und verpflichtet. Während dem Gesetzgeber die genannten Alternativen zur Erreichung einer Gleichbehandlung offen stehen, hat die Rechtsprechung die §§ 739 ZPO, 1362 BGB anzuwenden, solange die Vorschriften nicht vom Bundesverfassungsgericht verbindlich (vgl. § 31 Abs. 1 BVerfGG) für nichtig erklärt worden sind. Da eine solche Entscheidung nicht vorliegt, der Bundesgerichtshof die Vorschriften insbesondere nicht zum Gegenstand einer konkreten Normenkontrolle (Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG, § 13 Nr. 11, §§ 80 ff. BVerfGG) gemacht hat, kann die durch Art. 3 Abs. 1 GG gebotene Gleichbehandlung nur durch eine entsprechende Anwendung der §§ 739 ZPO, 1362 BGB auf nichtehelich geführte Lebensgemeinschaften erreicht werden. Insgesamt erscheint es daher überzeugend, § 739 ZPO auf nichtehelich geführte Lebensgemeinschaften entsprechend anzuwenden, so dass für die Zwangsvollstreckung Alleingewahrsam von M fingiert wird. Die Pfändung erfolgte daher nicht unter Verstoß gegen § 809 ZPO, sondern rechtmäßig.

III. Ergebnis

Die (Dritt-)Erinnerung hat somit keinen Erfolg. Da die Alleingewahrsamsfiktion des § 739 Abs. 1 ZPO ihrem Wortlaut nach die (materiellen) Rechte Dritter unbeschadet lässt, kann F jedoch unter Berufung auf ihr Eigentum an dem Bild erfolgreich die Drittwiderspruchsklage (§ 771 Abs. 1 ZPO) erheben. In diesem Fall wird das Gericht die Pfändung des Bildes auf der Grundlage des gegenüber M erlassenen Vollstreckungsbescheids für unzulässig erklären.