CARSTEN MEINERT

Die »gemischte Schenkung«

Jus Privatum
279

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 279

Carsten Meinert

Die „gemischte Schenkung“

Eine Studie zum Schenkungsbegriff und zur Teilentgeltlichkeit im System des BGB

Mohr Siebeck

Carsten Meinert, geboren 1977; Studium an der Hochschule für Finanzen NRW (Nordkirchen); Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Osnabrück und an der Université de Lausanne, Schweiz; 2009 Promotion (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn); Referendariat in Bonn, Brüssel und Köln; 2011 Richter am Finanzgericht Köln; 2022 Habilitation (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn); seit 2023 Inhaber der Professur für Bürgerliches Recht, Unternehmens- und Steuerrecht an der Universität Potsdam; seit 2024 Richter am Finanzgericht Köln im zweiten Hauptamt.

ISBN 978-3-16-162329-5 / eISBN 978-3-16-164188-6
DOI 10.1628/978-3-16-164188-6

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über *https://dnb.dnb.de abrufbar.*

© 2025 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Laupp und Göbel in Gomaringen aus der Stempel Garamond gesetzt, von Druckerei Stückle in Ettingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland.
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Für Tzaitel

Vorwort

Die „gemischte Schenkung" hat in der juristischen Praxis eine hohe Relevanz. Gleichsam hat sie zu einer intensiven wissenschaftlichen Auseinandersetzung geführt, die mehr als zwei Dutzend Monographien hervorgebracht hat. Seit einiger Zeit ist es um das Rechtsphänomen der gemischten Schenkung jedoch ruhiger geworden. Dies liegt nicht daran, dass die mit ihm verbundenen Fragestellungen entfallen wären. Vielmehr scheint man sich auf einen „methodenoffenen" kombinatorischen Ansatz zur Rechtsfindung verständigt zu haben. Wagt man allerdings einen näheren Blick auf die unter Anwendung dieses Rechtsfindungsmodells konkret gewonnenen Ergebnisse, so zeigt sich, dass der vorgebliche Konsens nur ein scheinbarer ist, weil hinter seiner Fassade ein breiter Meinungspluralismus zu Tage tritt. Dabei variiert nicht nur der Umgang mit der gemischten Schenkung im Detail erheblich, sondern auch die Grundannahmen zum Wesen der Schenkung und ihren Voraussetzungen stehen im Streit. Der Diskurs trägt insoweit Züge eines gordischen Knotens, den zu zerschlagen es eines Vordringens zu den dogmatischen Wurzeln von Schenkung und Teilentgeltlichkeit bedarf. Der Umstand, dass bislang kein gänzlich überzeugendes Rechtsfindungskonzept für gemischte Schenkungen entwickelt wurde, gibt Anlass für die vorliegende Untersuchung. Sie verfolgt zwei zentrale Anliegen: Ein erstes ist es, die Teilentgeltlichkeit im System des BGB zu verorten und ihr ein stabiles dogmatisches Fundament zu verleihen. Erst auf dieser Basis kann – zweitens – der bisherige Diskurs kritisch eingeordnet und hiervon ausgehend ein in sich schlüssiges Rechtsfindungskonzept für gemischte Schenkungen entwickelt werden, das den Parteiinteressen und den gesetzlichen Wertungen angemessen Rechnung trägt.

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2021/2022 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Habilitationsschrift angenommen. Für die Veröffentlichung konnten die wesentlichen Entwicklungen in Rechtsprechung und Literatur bis einschließlich Herbst 2024 berücksichtigt werden. Die Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung hat die Publikation mit einem großzügigen Druckkostenzuschuss gefördert, wofür ich mich ganz herzlich bedanke. Zudem bedanke ich mich für die hohe Ehre, die mir durch die Verleihung des W. Rainer Walz-Preises 2022 für diese Arbeit zuteilwurde.

Die vorliegende Arbeit ist während meiner Abordnung vom Finanzgericht Köln an das Institut für Steuerrecht der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn entstanden. Für die Möglichkeit, diese Arbeit schreiben zu dürfen, danke ich dem Geschäftsführenden Direktor des Instituts, meinem akademischen Lehrer *Prof. Dr. Rainer Hüttemann*, Dipl.-Volksw., und dem Präsidenten des Finanzgerichts Köln

a. D. *Benno Scharpenberg* von Herzen. Beide haben mich uneingeschränkt in diesem Projekt unterstützt, was keine Selbstverständlichkeit darstellt. Meinem akademischen Lehrer gebührt darüber hinaus ein grenzenloser Dank dafür, dass er mich seit meiner Zeit als studentische Hilfskraft an seinem Osnabrücker Lehrstuhl stets gefördert, mit seinen scharfsinnigen Überlegungen gedanklich bereichert und darin ermutigt hat, die Herausforderung der Habilitation anzunehmen. Er ist mir sowohl menschlich als auch fachlich ein großes Vorbild. Mein Dank gilt außerdem Herrn *Prof. Dr. Jens Koch* für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und für die wertvollen Anregungen, die er mir für meinen Habilitationsvortrag gegeben hat.

Ganz herzlich bedanke ich mich auch bei den Kolleginnen und Kollegen am Institut für Steuerrecht, die mein Durchhaltevermögen mit ihrer großen Hilfsbereitschaft und der überaus freundschaftlichen Atmosphäre bestärkt haben. Aus diesem Kreis ganz besonders hervorgehoben sei *Julia Heinz*, die mich unermüdlich bei der Enddurchsicht des Manuskripts unterstützt hat. Eine große Hilfe waren aber auch *Justus Hofmann* und *Lena Franke*. Für die letzte Aktualisierung der Druckfassung danke ich den Mitarbeitern und studentischen Hilfskräften an meinem Potsdamer Lehrstuhl. Ein herausgehobener Dank gilt daneben *Michael Bommer*, der mir während der Schaffensphase meines Projekts und darüber hinaus als enger Freund zu jeder Zeit beistand und mich mit wertvollem Rat unterstützt hat. Ganz besonders bedanke ich mich auch bei *Nils Grosche*, *Andreas Heinen*, *Rafael Harnos*, *Oliver Mörsdorf*, *Gregor Albers*, *Armin von Weschpfennig* und *André Meyer*, die mir nicht nur als sehr gute Freunde und Kollegen, sondern stets auch als kritische Diskussionspartner zur Seite standen.

Das größte Glück hat es mir bereitet, dass meine drei Töchter *Sophie*, *Anna* und *Lara Marie* in meiner Habilitationszeit zur Welt gekommen sind. Meine Frau *Tzaitel Maria* hat mit ihrem aufopferungsvollen Einsatz zwischen Familie und Beruf dafür gesorgt, dass mir in dieser herausfordernden Zeit der nötige Raum für meine wissenschaftliche Tätigkeit verblieb. Ihr widme ich diese Arbeit, weil sie ohne ihre Hilfe, ihre Geduld und ihr liebevolles Wesen nicht möglich gewesen wäre. Ganz herzlich bedanke ich mich schließlich bei meinen Eltern *Rita* und *Bernd Meinert*, die mich mein gesamtes Leben unterstützt und sich hingebungsvoll mit um die Betreuung meiner Kinder gekümmert haben.

Bonn, im Februar 2025 Carsten Meinert

Inhaltsübersicht

Vorwort VII
Inhaltsverzeichnis XI

§ 1 Einführung 1

§ 2 Strukturmerkmale des Rechtsphänomens der „gemischten Schenkung“ 7

A. Erscheinungsformen „gemischter Schenkungen“ im Diskurs 7

B. Divergierende Schenkungsverständnisse als zentraler Unsicherheitsfaktor bei der Qualifikation als gemischte Schenkung 32

C. Zweifelsfragen der Abgrenzung von Teilentgeltlichkeit und voller Ent- bzw. Unentgeltlichkeit 251

D. Die gemischte Schenkung im zivilrechtlichen Vertragstypensystem: Präzisierung anhand der strukturellen Problemeigenschaften gemischter Schenkungen und ihres Verhältnisses zu anderen Vertragstypenverbindungen 380

E. Zusammenfassung der Ergebnisse des Präzisierungsprozesses 501

§ 3 Diskussionsstand zur rechtlichen Behandlung gemischter Schenkungen 505

A. Überblick 505

B. Vor Inkrafttreten des BGB entwickelte Ansätze 507

C. Mit Inkrafttreten des BGB aufkommende Ansätze (ab 1900) 552

D. Methodenoffene Ansätze in der jüngeren Rechtsprechung und Literatur . . 565

E. Zusammenfassung und systematischer Überblick über die einzelnen Ansätze 592

§ 4 Entwicklung eines Rechtsfindungskonzepts für gemischte Schenkungen 599

A. Bedürfnis nach einem konsistenten Rechtsfindungskonzept 599

B. Fehlende gesetzliche Normierung und Erwägungen des historischen Gesetzgebers 600

C. Bedeutung des Parteiwillens für die Rechtsfindung 614

D. Würdigung der konfliktvermeidenden Ansätze 683

E. Würdigung der Ansätze, die eine Konfliktauflösung auf Normebene anstreben 696

F. Folgerungen für die Rechtsfindung bei gemischten Schenkungen 851

§ 5 Zusammenfassung der Ergebnisse 939

Literaturverzeichnis 965
Stichwortverzeichnis 995

Inhaltsverzeichnis

Vorwort VII
Inhaltsübersicht IX

§ 1 Einführung 1

§ 2 Strukturmerkmale des Rechtsphänomens der „gemischten Schenkung“ 7

A. Erscheinungsformen „gemischter Schenkungen“ im Diskurs 7

I. Problemaufriss 7
II. Unterschiedliche Reichweiten der Problemzurechnung 8
1. Gemeines Recht und die Partikularrechtsordnungen des 19. Jahrhunderts 8
a) Problembeschreibung durch *Savigny* 8
b) Bedeutung der Rechtsfrage unter dem gemeinen Recht 9
c) Das *negotium mixtum cum donatione* in der gemeinrechtlichen Literatur 12
2. Eingrenzungsbestrebungen unter dem BGB 14
3. Überblick über die als gemischte Schenkung beschriebenen Konstellationen 16
a) Deklaration unterschiedlicher Lebenssachverhalte als gemischte Schenkung 16
b) Erste Fallgruppe: Verbindung von Veräußerungsgeschäften mit Schenkungselementen 17
c) Zweite Fallgruppe: Verbindung von sonstigen Umsatzgeschäften mit Elementen anderer unentgeltlicher Vertragstypen 19
d) Dritte Fallgruppe: Verbindung von Nichtumsatzverträgen mit Schenkungselementen 21
aa) Das *negotium mixtum cum donatione* im weiteren Sinne . . 21
bb) Beurteilung der Gesellschaft im jüngeren Diskurs 23
e) Vierte Fallgruppe: Verbindung von anderen unentgeltlichen Vertragstypen mit Schenkungselementen 29
f) Ergänzende Abgrenzungsfragen 29
4. Zwischenergebnis 31

B. Divergierende Schenkungsverständnisse als zentraler Unsicherheitsfaktor bei der Qualifikation als gemischte Schenkung 32
I. Grundlegung 32
1. Bedeutung des Schenkungstatbestandes für die Untersuchung . . . 32
2. Methodologische Grundlegung 36
3. Legaldefinition der Schenkung 39
4. Der schuldvertragliche Charakter der Schenkung 41
a) Unklares Verhältnis von Hand- und Versprechensschenkung . . 41
b) Vertragscharakter von Versprechens- und Handschenkung . . . 41
aa) Gemeinrechtlicher Diskurs 41
bb) Versprechensschenkung 42
cc) Handschenkung 43
c) Inhalt der Kausalabrede bei Handschenkungen 46
aa) Meinungsspektrum 46
bb) Würdigung 48
5. Zwischenergebnis 50
II. Die „Zuwendung" als Rechtbegriff 51
1. Problemaufriss 51
2. Zuwendungshandlungen i. S. d. § 516 Abs. 1 BGB 54
3. Zuwendung bei der Versprechensschenkung 58
4. Zwischenergebnis 62
III. Zuwendung des Schenkers „aus seinem Vermögen" 63
1. Problemstellung 63
a) Inhalt und typusprägende Funktion der Vermögenszuwendung 63
b) Bedeutung für den Problemkreis gemischter Schenkungen . . . 65
c) Unklare Kontur des Vermögensbegriffs 67
2. Anforderungen an die rechtliche Verstetigung der übertragenen Position 70
a) Diskurs zum Umfang der erfassten Rechte 70
b) Bereits bestehende Rechte 70
c) Konstitutiv bestellte Teilherrschaftsbefugnisse 72
aa) Problemstellung 72
bb) Dingliche Rechte 72
(1) Grundlagen 72
(2) Meinungsbild bei unentgeltlichen zeitlich befristeten Übertragungen 75
(3) Stellungnahme 77
cc) Obligatorische Rechte 81
(1) Problemstellung 81
(2) Meinungsstand 82
(a) Älteres Meinungsbild 82
(b) Meinungsbild seit der BGH-Entscheidung vom 11.12.1981 84

(3) Stellungnahme 86
(a) Fehlende Überzeugungskraft eines Rückgriffs auf die finanzgerichtliche Rechtsprechung 86
(b) Unentgeltliche Dienst- und Werkleistungen 87
(aa) Mangelnder Vermögenscharakter der Arbeitskraft 87
(bb) Erwerbsverzicht bzw. Ausgabenersparnis als Zuwendungsobjekt? 88
(c) Unentgeltliche Gebrauchs- und Nutzungsüberlassungen 94
(aa) Zweifelhafte Ent- und Bereicherung 94
(bb) Kein „allgemeiner Unentgeltlichkeitsvertrag" der Schenkung 95
(cc) Abgrenzung zu anderen unentgeltlichen Vertragstypen 98
3. Zwischenergebnis 100
IV. Bereicherung des Beschenkten 101
1. Inhalt des Bereicherungserfordernisses 101
2. Einzelne Funktionen des Bereicherungserfordernisses 104
3. Bedeutung des Bereicherungsmerkmals für gemischte Schenkungen – Abgrenzungsfunktion auch gegenüber entgeltlichen Vertragstypen? 105
a) Problemstellung 105
b) Mögliche Bezugspunkte für die Beurteilung von „Bereicherung" und „Unentgeltlichkeit" 106
aa) Umstrittener Inhalt des Unentgeltlichkeitsmerkmals 106
bb) Variante 1: Identität von „Bereicherung" und „Unentgeltlichkeit" 107
cc) Variante 2: Wesensverschiedenheit von „Bereicherung" und „Unentgeltlichkeit" 108
(1) Mögliche Interpretationen des Zuwendungsbegriffs . . . 108
(2) Saldierende Perspektive der h. M. 109
(a) Zweistufige Ermittlung der Bereicherung 109
(b) Objektiver und subjektiver Bereicherungsbegriff . . . 110
(3) Einseitige Bereicherungsermittlung auf Grundlage eines eng verstandenen Zuwendungsbegriffs 111
c) Konsequenzen für die mögliche Reichweite gemischter Schenkungen 112
d) Würdigung 115
aa) „Bereicherung" und „Unentgeltlichkeit" als eigenständige Tatbestandsmerkmale 115
bb) Argumente für eine saldierende Gesamtbetrachtung 117
cc) Argumente gegen eine saldierende Gesamtbetrachtung . . . 120
(1) Bedeutung des Begriffs der „Zuwendung" und dessen Reichweite 120
(2) Parteiliches Äquivalenzermessen 122

(a) Grundlegung 122
(b) Imparitätische Anwendung des Äquivalenzermessens durch die h. M. 125
(c) Fehlende Überzeugungskraft der herrschenden imparitätischen Berücksichtigung des Äquivalenzermessens im Qualifikationsprozess 125
(aa) Fehlender funktionaler Mehrwert einer saldierenden Betrachtung 125
(bb) Unterminierung des Äquivalenzermessens hinsichtlich der Entgeltabrede 127
(d) Überzeugungskraft der alternativen Interpretationen des Bereicherungsmerkmals 129
(3) Anwendung des Bereicherungskriteriums bei der Auflagenschenkung 130
(a) Unstimmigkeiten auf Grundlage des herrschenden Verständnisses 130
(b) Position der herrschenden saldierenden Ansicht bei der Auflagenschenkung 130
(aa) Begründungen für eine saldierende Bereicherungsermittlung und deren Würdigung . 130
(bb) Erforderliches Maß an Bereicherung 131
(cc) Erste Modifikation: Subjektives Bereicherungsverständnis 132
(dd) Zweite Modifikation: Einbeziehung immaterieller Bereicherungen 136
(ee) Umfang der Schenkung bei der Auflagenschenkung. 139
(c) Würdigung 140
(aa) Gespaltene Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale 140
(bb) Umfang der Schenkung bei Auflagenschenkungen 142
dd) Folgerungen 143
4. Zwischenergebnis 144
V. Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung 144
1. Zuwendungszweck (*causa donandi*) 144
2. Vertragscharakter der Schenkung 149
3. Bedeutung des *animus donandi* unter der Konzeption des BGB . . 152
a) Problemstellung 152
b) Meinungsstand 152
aa) Position der h. M.: Verzicht auf das Erfordernis eines *animus donandi* 152
bb) Gegenposition: Erfordernis eines *animus donandi* 153

c) „Unbenannte Zuwendungen" als Hauptschauplatz der Diskussion um den *animus donandi* 154
d) Stellungnahme 158
4. Grundlagen der Unentgeltlichkeit und ihre Bedeutung für die Qualifikation als gemischte Schenkung 161
a) Die Unentgeltlichkeit als streitbelastetes Tatbestandsmerkmal . 161
b) Die Negativdefinitionen der Unentgeltlichkeit 162
c) Perspektiven der „Unentgeltlichkeit" 165
aa) Mehrschichtige Relevanz der Fragestellung 165
bb) Objektiv-subjektives Verständnis 167
cc) (Rein) Subjektives Verständnis der Unentgeltlichkeit 169
d) Konsequenzen für die Beurteilung als gemischte Schenkung . . 170
aa) Auswirkungen der vertretenen Perspektiven 170
bb) Verhältnis der unentgeltlichkeitsausschließenden Umstände zum Rechtsphänomen der gemischten Schenkung 171
(1) Problemstellung 171
(2) (Unmittelbare) Entgeltlichkeit bei Austauschgeschäften . 171
(3) Nichtumsatzverträge, insbesondere die Gesellschaft . . . 172
(4) Erfüllungshandlungen 173
(5) Rechtsgrundlosigkeit 175
5. Entgeltlichkeit als negatives Abgrenzungsmerkmal 175
a) Entgeltlichkeit als unbestimmter Rechtsbegriff 175
b) Rechtliche Verknüpfung als Voraussetzung „formeller Entgeltlichkeit" 177
aa) Überblick über den Diskussionsstand 177
bb) Entgeltlichkeitsbegründende Verknüpfungsarten 178
(1) Möglichen Verknüpfungsarten nach der h. M. 178
(a) Synallagmatische Verknüpfungen 178
(b) Konditionale Verknüpfungen 182
(c) Kausale Verknüpfungen 183
(2) Abweichende Verknüpfungsanforderungen im Schrifttum 185
(a) Beschränkung auf synallagmatische Verknüpfungen . 185
(b) Wirtschaftlicher Entgeltbegriff 186
(3) Stellungnahme 187
(a) Praktische Relevanz der Streitfrage 187
(b) BGH-Argument des bereicherungsrechtlichen Schutzes 187
(c) Beschränkung auf synallagmatische Verknüpfungen . 188
(d) *Schreibers* weites wirtschaftliches Verständnis 191
(4) Zwischenergebnis 192
cc) Nachträgliche Verknüpfung mit einer Gegenleistung 193
(1) Problemstellung 193
(2) Vorweggenommene Erfüllungshandlungen 194

(a) Problemerläuterung anhand des BGH-Urteils vom 17.06.1992 – XII ZR 145/91 194
(b) Meinungsstand 195
(c) Stellungnahme 195
(3) Änderungen des Rechtsgrundes durch nachträgliche Entgeltvereinbarung 197
(a) Problemstellung 197
(b) Meinungsstand 197
(c) Stellungnahme 199
dd) Zwischenergebnis 203
c) Potenzielle Entgelteignung als Voraussetzung „formeller Entgeltlichkeit“ 204
aa) Relevanz der Frage für den Problemkreis gemischter Schenkungen 204
bb) Positionen mit unmittelbarem Vermögensbezug und Besonderheiten bei der Übernahme von dinglichen Lasten . 205
cc) Nicht vermögensrechtliche (immaterielle) Gegenleistungen . 207
(1) Problemstellung 207
(2) Meinungsstand 208
(3) Stellungnahme 211
dd) Daten als Entgelt 213
(1) Geschäftsmodell personenbezogener Daten als Gegenleistung 213
(2) Problemfelder und Relevanz für die gemischte Schenkung 214
(3) Kein Hindernis einer Entgelteignung durch die DSGVO 215
(4) Positiv-rechtliche Regelung durch die Digitale-Inhalte-Richtlinie (DID-RL) 217
(a) Überblick über den Inhalt der DID-RL 217
(b) Grundlegende Zweifel an der Ableitung einer Entgelteignung von Daten aus der DID-RL 219
(aa) Zielkonflikt zur DSGVO und fehlende Erwähnung „anderer Daten“ 219
(bb) Zweifel am rechtsgeschäftlichen Charakter von Datengeschäften 220
(c) Zweifelsfragen bei der Auslegung der DID-RL 222
(aa) „Bereitstellung von Daten“ und Inhalt der Gegenleistung 222
(bb) Äquivalenzfähigkeit von personenbezogenen Daten 223
(d) Zwischenergebnis zur Aussagekraft der DID-RL und Konsequenzen für den Anwendungsbereich des § 516a BGB 225

(5) Entgelteigenschaft von Datenbereitstellungen außerhalb des Anwendungsbereichs der DID-RL 226
ee) Zwischenergebnis 226
d) „Materielle Entgeltlichkeit": Äquivalenz als Maßstab für die Reichweite der Entgeltlichkeit 227
aa) Äquivalenz als tragender Gedanke entgeltlicher Verträge . . 227
bb) Äquivalenztheorien und ihre Überzeugungskraft 228
(1) Objektive Äquivalenztheorie 228
(a) Ideengeschichtliche und aktuelle Einflüsse der objektiven Äquivalenz 228
(b) Würdigung 231
(2) Subjektive Äquivalenztheorie 234
(a) Uneinheitliches Verständnis 234
(b) Subjektive Mehrwertstheorie 235
(c) Subjektive Gleichwertigkeitstheorie 237
(3) Funktionale Äquivalenztheorie 240
(a) Maßgeblichkeit des rechtsgeschäftlichen Parteiwillens 240
(b) Keine Gleichsetzung von „Gegenseitigkeit" und „Äquivalenz" 240
(c) Funktionale Gleichsetzung als wesensprägendes Merkmal 245
cc) Äquivalenzermessen der Parteien 246
e) Zwischenergebnis 247
6. Folgen für die Qualifizierung als „unentgeltliche" Leistung 249

C. Zweifelsfragen der Abgrenzung von Teilentgeltlichkeit und voller Ent- bzw. Unentgeltlichkeit 251

I. Überblick 251
II. Tatbestandliche Unabhängigkeit der gemischten Schenkung von objektiven Wertverhältnissen 251
III. Umfang und Inhalt des (subjektiven) Einigungserfordernisses 254
1. Abhängigkeit der gemischten Schenkung von einer konsentierten partiellen Unentgeltlichkeit 254
2. Rechtliche Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung 255
3. Umfang der (Teil-)Entgeltlichkeit 255
a) Denkbare Ausprägungen der Teilentgeltlichkeit 255
b) Teilentgeltlichkeit mit direkter oder indirekter Quotenabsprache 256
c) Teilentgeltlichkeit ohne Quotenabsprache 257
d) Wirksamkeit des Vertragsschlusses 258
aa) Problemstellung 258
bb) Verträge mit Quotenabsprache 258
cc) Verträge ohne Quotenabsprache 259
4. Zwischenergebnis 260

IV. Auslegungs- und Beweisfragen 261
1. Problemstellung und Überblick 261
2. Tatrichterliche Würdigung bei Streitigkeiten im Vertragsverhältnis 264
a) Beweislastverteilung 264
b) Auslegung der Parteierklärungen 267
aa) Überblick 267
bb) Die konkreten Pateierklärungen 267
(1) Die Parteierklärungen als Ausgangspunkt der Auslegung 267
(2) Verwendung der gesetzlichen Vertragstypenbezeichnungen 268
(3) Gesamtumstände des konkreten Einzelfalls als Auslegungsbasis 270
cc) Besonderheiten bei Geschäften zwischen Personen mit enger persönlicher Bindung und bei vorweggenommener Erbfolge. 272
(1) In Rechtsprechung und Literatur diskutierte Auslegungsregeln 272
(a) Verträge bei enger persönlicher Bindung 272
(b) Verträge über die vorweggenommene Erbfolge 273
(2) Würdigung 275
(a) Verträge über die vorweggenommene Erbfolge 275
(b) Sonstige Verträge zwischen Parteien mit enger persönlicher Bindung 277
3. Tatrichterliche Würdigung von Streitigkeiten unter Beachtung von Drittinteressen 279
a) Schutzbedürftigkeit von am Vertrag unbeteiligten Dritten 279
b) Willkürgrenze 280
c) Tatsächliche Vermutung zugunsten einer gemischten Schenkung 281
aa) Tatsächliche Vermutung einer Einigung über die Unentgeltlichkeit 281
bb) Bestimmung des „groben Missverhältnisses“ 283
cc) Vermuteter Umfang der Unentgeltlichkeit 286
d) Ergänzende Würdigung 286
4. Zwischenergebnis 288
V. Abgrenzung zu anderen Rechtsgeschäften 288
1. Vergleich i. S. v. § 779 BGB 288
2. Symbolischer Preis und Schutzgebühren 290
a) Symbolischer Preis 290
b) Schutzgebühr 291
3. Schenkung unter Auflage 292
a) Problemstellung 292
b) Schenkungscharakter der Auflagenschenkung und ihr Verhältnis zur gemischten Schenkung 294
aa) Gemeinrechtlicher Diskurs 294
bb) Diskurs auf Grundlage des BGB 296

cc) Stellungnahme 297
c) Abgrenzung von Auflage und Entgelt 301
aa) Auflage als unbestimmter Rechtsbegriff 301
bb) Dogmatische Qualifikationen der Auflagenschenkung 301
(1) Uneinheitliche Beurteilung der dogmatischen Grundlagen 301
(2) Auflage als „Nebenzweckbestimmung“ 301
(3) Einseitige oder gegenseitige Abhängigkeit 302
(4) Würdigung 304
(a) Einseitige Abhängigkeit 304
(b) Auflage als Nebenzweck 305
cc) Abgrenzungskriterien 307
(1) Problemstellung 307
(2) Umfang der Schenkung, Vorleistungspflicht des Zuwendenden und Verpflichtung des Beschenkten 308
(3) Wertigkeit der beiderseitigen Leistungen 309
(4) Ursprung der vom Zuwendungsempfänger zu erbringenden Leistung 310
(a) Die Einlassungen *Haymanns* und *Oertmanns* 310
(b) Bestreiten der Auflage aus der Zuwendung durch Gebrauchsvorgaben oder Substanzzugriff 310
(c) Bestreiten der Auflage aus der Zuwendung oder ihrem Wert 311
(d) Bestreiten der Auflage auch aus dem sonstigen Vermögen 312
(e) Stellungnahme: Keine abschließende Abgrenzung anhand des Ursprungs der Leistung des Zuwendungsempfängers 312
(aa) Substanzbezogenes Verständnis 312
(bb) Wert der Zuwendung als Differenzierungskriterium 314
(5) „Aufwiegen“ der beiderseitigen Leistungen 315
(a) Position in Rechtsprechung und Literatur 315
(b) Quantitatives Aufwiegen 315
(c) Qualitatives Aufwiegen 317
dd) Zwischenergebnis: Prüfungsstufen für die Abgrenzung . . . 318
ee) Anwendungsbeispiele, insbesondere Übertragung von Vermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge 319
(1) Verpflichtungen mit unmittelbarem Bezug zum übertragenen Vermögen 319
(2) Verpflichtungen ohne unmittelbaren Bezug zum übertragenen Vermögen 320
(3) Übertragungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge (Übergabeverträge) 321

VI. Schenkung und Gesellschaftsrecht 323
1. Problemstellung 323
2. Diskussion um die Entgeltlichkeit der Gesellschaft 325
a) Überblick 325
b) Meinungsstand 326
aa) Die Gesellschaft als unentgeltliches Geschäft 326
bb) Die Gesellschaft als entgeltliches Geschäft 326
cc) Die Gesellschaft als entgeltfreies oder entgeltneutrales Geschäft 327
c) Stellungnahme 328
aa) Fehlende Überzeugungskraft der „unentgeltlichen Gesellschaft“ 328
bb) Unterschied zwischen Gegenseitigkeit und Entgeltlichkeit . 329
cc) Fehlende Entgeltlichkeit der altruistischen Gesellschaft . . . 329
dd) Reichweite der *causa societatis* als eigentliche Problematik . . 330
3. Schenkungsrelevante Fälle mit Gesellschaftsbezug 331
a) Zuwendung der Gesellschafterstellung 331
aa) Gegenstand und Rechtsgrund der Zuwendung 331
(1) Überblick 331
(2) Anteilsübertragungen durch Gesellschafteraustausch . . 332
(3) Einbuchungsfälle 333
bb) Begründung einer gemischten Schenkung? 336
(1) Problemstellung 336
(2) Mögliche Leistungen des neuen Gesellschafters 337
(a) Zahlungen in das Privatvermögen des bisherigen Gesellschafters 337
(b) Eigene Einlage des neuen Gesellschafters 337
(c) Sonstige Beiträge des neuen Gesellschafters 338
(aa) Problemstellung 338
(bb) Meinungsstreit zum Umfang der Schenkung . . . 339
(cc) Stellungnahme 341
(dd) Qualifikation als gemischte Schenkung? 342
b) Leistungen in der „laufenden“ Gesellschaft 343
aa) Problemstellung 343
bb) Meinungsstand 344
cc) Stellungnahme 346
c) Ausscheiden eines Gesellschafters 348
aa) Problemstellung 348
bb) Meinungsstand 350
cc) Stellungnahme 352
(1) Gegenstand der Zuwendung 352
(2) Rechtsgrund der Zuwendung 354
(a) Einseitiger Abfindungsausschluss 354

(b) Allseitiger Abfindungsausschluss 354
4. Zusammenfassung 357
VII. Unentgeltlichkeitstatbestände außerhalb des Schenkungsrechts 357
1. Problemstellung 357
2. Überblick über den Regelungsinhalt der §§ 2113 Abs. 2 und 2205 S. 3 BGB 359
3. Standpunkt der Rechtsprechung 360
a) „Kurzformel" der Rechtsprechung 360
b) Fallgruppen und ihre Rechtsfolgen nach der Rechtsprechung . . 364
4. Bewertung im Schrifttum 366
5. Stellungnahme 368
a) Problemabgrenzung 368
b) Objektive Betrachtung 370
c) Formel der Rechtsprechung 371
d) Schenkungsrechtliches Unentgeltlichkeitsverständnis 375
6. Zwischenergebnis 380

D. Die gemischte Schenkung im zivilrechtlichen Vertragstypensystem: Präzisierung anhand der strukturellen Problemeigenschaften gemischter Schenkungen und ihres Verhältnisses zu anderen Vertragstypenverbindungen 380

I. Weiterer Präzisierungsbedarf 380
II. Abgrenzung der „gemischten Schenkung" zu anderen vertraglichen Verbindungsformen und Bedeutung der realen Teilbarkeit 381
1. Problemstellung 381
a) Das Erfordernis eines einheitlichen Schuldverhältnisses 381
b) Geschäfte mit räumlichem und zeitlichem Abstand 382
c) Geschäfte ohne räumlichen und zeitlichen Abstand 383
2. Meinungsstand zur Bedeutung der realen Teilbarkeit für die Qualifikation als gemischte Schenkung 385
a) Differenzierung nach realer Teilbarkeit 385
aa) Keine gemischte Schenkung bei realer Teilbarkeit 385
bb) Bestimmung der realen Teilbarkeit 387
b) Keine Abhängigkeit von realer Teilbarkeit 388
3. Kategorisierung der Verbindungsgrade 391
a) Unklarer Inhalt des Einheitlichkeitserfordernisses 391
b) Vertragsmehrheiten 391
c) Vertragseinheiten 393
aa) Zusammengesetzte bzw. gekoppelte Verträge 393
bb) Gemischte Verträge 397
(1) Überblick über die wesensprägenden Charakteristika gemischter Verträge 397
(2) Die Einheitlichkeit als wesensprägendes Kriterium 398

(a) Die gängigen Gruppenbildungen als verkürzte Problembeschreibung 398
(b) Abgrenzung zu zusammenhängenden Verträgen . . . 399
(c) Abgrenzung zu zusammengesetzten Verträgen 399
(3) Die Typenmischung als wesensprägendes Kriterium . . . 403
d) Zwischenergebnis 405
4. Würdigung mit Bezug auf die Abgrenzung „gemischter Schenkungen“ 407
a) Zuordnung zur „gemischten Schenkung“ als Bestimmung der untersuchungswürdigen Sachprobleme 407
b) Ausscheidung von „Vertragsverbindungen“ bzw. „zusammenhängenden Verträgen“ 408
c) Ausscheidung „zusammengesetzter Verträge“ 408
aa) Einschätzung im Schrifttum 408
bb) Würdigung 409
d) Bedeutung der realen Teilbarkeit 411
aa) Begriff der „realen Teilbarkeit“ 411
bb) Zuordenbarkeit als Leitkriterium für eine fehlende Einheitlichkeit des Rechtsgrundes 415
(1) Höherwertige Leistung ist nicht vertretbar i. S. v. § 91 BGB 415
(2) Überschießende Geldleistung 416
(a) Problemstellung 416
(b) Bestimmung des Kaufpreises nach § 316 BGB? 416
(c) Bestimmung des Kaufpreises durch ergänzende Vertragsauslegung? 418
(aa) Grundlagen der ergänzenden Vertragsauslegung . 418
(bb) Anwendbarkeit der Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung bei der Zuordnung der Leistungsteile 419
(d) Zwischenergebnis 421
(3) Beidseitige Leistung vertretbarer Sachen i. S. v. § 91 BGB . 421
cc) Kein Einfluss der Erfüllung auf den Charakter des Schuldverhältnisses 422
dd) Leistungszuordnung bei einer Gesamtlieferung 423
(1) Tilgungsbestimmung und gesetzliche Tilgungsreihenfolge 423
(2) Annahmeverweigerung des Gläubigers wegen Mängeln . 425
(3) Mängel zeigen sich erst nach der Annahme 425
(a) Problemstellung 425
(b) Anwendbarkeit des § 366 Abs. 2 BGB? 427
(c) Gleichzeitige oder frühere Fälligkeit der Kaufschuld . 428
(d) Spätere Fälligkeit der Kaufschuld 428
5. Zwischenergebnis 432

III. Abgrenzung der „gemischten Schenkung“ zu Typenkombinationsverträgen 433
1. Vermischung der Schenkung mit anderen unentgeltlichen Vertragstypen 433
2. Der Typenkombinationsvertrag in der rechtlichen Diskussion . . . 437
a) Probleme der Typenkombination 437
b) „Klassische“ Theorien zur Lösung des Konkurrenzproblems und Kritik hieran 438
aa) Fehlen einer gesetzlichen Regelung 438
bb) Die Absorptionstheorie 439
cc) Die Kombinationstheorien *Rümelins* und *Hoenigers* 439
dd) Die (Kombinations-)Theorie der analogen Rechtsanwendung 440
ee) Unterschiedliche Wirkungsebenen der Ansätze und diesbezügliche Kritik 441
c) Die heute herrschende Einzelfallbetrachtung und ihre Schwächen 443
aa) Die „kombinierende Methode“ 443
bb) Unterschiedliche Methodenrangfolgen innerhalb der „kombinierenden Methode“ 445
(1) Vorrang des kombinatorischen Ansatzes 445
(2) Betonung teleologischer Aspekte 446
(3) Vorrang der Absorption 447
d) Würdigung und Bedeutung für die Untersuchung 448
3. „Gemischte Schenkung“ als Unterform des Typenkombinationsvertrags? 450
a) Die Einlassung *Sokolowskis* 450
b) Einordnung der „gemischten Schenkung“ durch die Lehre . . . 450
c) Grundlagen der gesonderten Betrachtung „gemischter Schenkungen“ (als Typenverschmelzungsvertrag) . 453
aa) Zweck einer Systematisierung 453
bb) Rechtfertigungsansätze für eine gesonderte Behandlung „gemischter Schenkungen“ 453
cc) Zweifel an der Überzeugungskraft der angetroffenen Begründungsansätze 456
(1) Die Quellen und die rechtliche Qualität der Schenkung . 456
(2) Der „additive Charakter“ nach *Schreiber* 456
(3) Die fehlende Vermischung auf der Leistungsebene 457
4. Zwischenergebnis 460
IV. Präzisierung anhand der typischen Konfliktlagen im bürgerlichen Recht 462
1. Die rechtliche Sonderstellung des unentgeltlichen Erwerbs 462
2. Weitere Präzisierung: Reduzierung des Untersuchungsgegenstandes auf Konflikte zwischen divergierenden Regelungen für ent- und unentgeltliche Vertragstypen 466

a) Konstellationen der 4. Fallgruppe 466
b) Konstellationen der 2. Fallgruppe 467
3. Einzelne Konfliktlagen 469
a) Überblick 469
b) Konfliktlagen betreffend das Vertragsverhältnis der „gemischten Schenkung“ 469
aa) Positiv normierte Sonderregelungen der Schenkung 469
(1) Sonderregelungen zur Entstehung und Bestandskraft der Schenkung 469
(2) Haftungs- und Mängelgewährleistungsprivilegien des Schenkers 470
(a) Besonderheiten und Probleme der schenkungsspezifischen Regelungen 470
(b) Privilegien bei Rechts- und Sachmängeln nach §§ 523, 524 BGB 472
(aa) Schadensersatz statt der Leistung für Schlechtleistung 472
(bb) Mangelfolgeschäden 475
(c) Der schenkungsspezifische Verschuldensmaßstab des § 521 BGB 479
(aa) Nachträgliche Unmöglichkeit, Verzug und Nichtleistung trotz Möglichkeit 479
(bb) Fälle anfänglicher Unmöglichkeit 480
(cc) Behandlung von Nebenpflichtverletzungen 482
bb) Disparitäten durch fehlende schenkungsrechtliche Rechtsfolgenanordnungen 488
(1) Konfliktpotenzial von Negativregelungen 488
(2) Gewährleistungsansprüche 488
(3) Widerrufsrechte nach §§ 312 ff., 355 ff. BGB 489
c) Konfliktlagen außerhalb des Rechtsgeschäfts der gemischten Schenkung 491
d) Konfliktlagen bei anderen unentgeltlichen Vertragstypen 493
aa) Existenz einer „gemischten Leihe“? 493
bb) Sonderhaftungsrecht 495
(1) Haftungsprivilegierung des Verleihers 495
(2) Haftungsmaßstab des Beauftragten 496
cc) Sonderregeln der Vertragsbeendigung 499
4. Zwischenergebnis 500

E. Zusammenfassung der Ergebnisse des Präzisierungsprozesses 501

§ 3 Diskussionsstand zur rechtlichen Behandlung gemischter Schenkungen 505

A. Überblick 505

B. Vor Inkrafttreten des BGB entwickelte Ansätze 507

I. Die gemischte Schenkung in den römischen Digesten 507
II. Absorptionstheorien 510
1. Verhältnis der Absorptionstheorien zur Einheitstheorie 510
2. Nur Schenkungsregeln (Schenkungstheorie) 510
3. Nur Regelungen des entgeltlichen Geschäfts (Entgeltlichkeitstheorie) 512
4. Nur Kauf oder Schenkung je nach Schwerpunkt (Schwerpunkttheorie) 515
5. Exemplarische Rechtsfolgen 516
III. Trennungstheorien 517
1. Allgemeines 517
a) Überblick über die Trennungstheorie in Rechtsprechung und Literatur 517
aa) Die Trennungstheorie als herrschende Ansicht vor Inkrafttreten des BGB 517
bb) Das junge BGB und die Rechtsprechung des Reichsgerichts . 518
cc) Die Trennungstheorie in der jüngeren Rechtsprechung und Literatur 520
b) „Trennungstheorie“ als Sammelbegriff 521
2. Abgrenzung der Leistungselemente 522
a) Mehrschichtige Interpretationsdivergenzen 522
b) Mittel der Schenkung 523
aa) Problemstellung 523
bb) Mehrwerttheorie 524
(1) Grundgedanke der Mehrwerttheorie 524
(2) Exemplarische Rechtsfolgen 527
cc) Quotentheorie 528
(1) Grundgedanke der Quotentheorie 528
(2) Exemplarische Rechtsfolgen 530
c) Ermittlung des Verhältnisses von ent- und unentgeltlichem Teil . 534
d) Teilbarkeit der Leistung 538
aa) Überblick über die Relevanz der Teilbarkeit im Diskurs zur gemischten Schenkung 538
bb) Bedeutung der wertmäßigen Teilbarkeit 539
(1) Wertmäßige Teilbarkeit als Grundvoraussetzung der Trennungstheorie 539
(2) Anforderungen an eine wertmäßige Teilbarkeit 541

cc) Bedeutung der realen Teilbarkeit 542
(1) Bedeutung für die Anzahl der Rechtsgeschäfte 542
(2) Bedeutung für die Teilungsmethode 543
e) Wahrung der Einheit des Schuldverhältnisses 544
aa) Kritik an der Aufteilung des Geschäfts durch die Trennungstheorie 544
bb) Einschränkung der Trennung bei einem Bedeutungsüberhang eines Elements 544
cc) Wahlrecht 545
dd) Anwendung des § 139 BGB (analog) 546
3. Zusammenfassung 549
IV. Preisnachlasstheorie 549
1. Die Preisnachlasstheorie im Schrifttum 549
2. Exemplarische Rechtsfolgen 551

C. Mit Inkrafttreten des BGB aufkommende Ansätze (ab 1900) 552

I. Blütezeit des Diskurses zur gemischten Schenkung 552
II. *Müllers* Einheitstheorie 552
1. Der Ansatz *Müllers* 552
2. Exemplarische Rechtsfolgen 555
III. *Hoenigers* Kombinationslehre 557
1. Verkürzte Kritik an *Hoenigers* Lehre 557
2. Der Kombinationsgedanke 558
3. Der Kontinuitätsgedanke 559
IV. Theorie vom schenkweisen Vertragsschluss 562
1. Der Ansatz der Theorie vom schenkweisen Vertragsschluss 562
2. Exemplarische Rechtsfolgen 564

D. Methodenoffene Ansätze in der jüngeren Rechtsprechung und Literatur . . 565

I. Postulat der Methodenoffenheit und seine Folgen für die Rechtsfindung 565
1. Siegeszug der Methodenoffenheit und ihre Vorläufer 565
2. Konkretisierungsbedarf der Methodenoffenheit 567
II. Entscheidungslinien in der Judikatur nach 1945 568
1. Überblick 568
2. Subjektiver Parteiwille in der Rechtsprechung des OGHBrZ 568
3. Objektivierte Betrachtung nach der Übergewichtstheorie des BGH 571
a) Entwicklung der Übergewichtstheorie anhand von § 2287 BGB 571
b) Die Erstreckung der Übergewichtstheorie auf andere Normen . 573
4. Normzweckorientierte Betrachtung in der Rechtsprechung des BGH 574
III. Typologisch-teleologische Ansätze 576
1. Typologisches Verständnis der Vertragstypenordnung 576

2. Abstufbarkeit der einzelnen Merkmale als Ausgangspunkt der Rechtsfindung . . . 578
3. Ergänzung der typologischen Betrachtungsweise um teleologische Aspekte . . . 578
4. Exemplarische Rechtsfolgen . . . 579
IV. Meinungspluralismus unter dem Mantel der sog. „Zweckwürdigungstheorie“ . . . 582
1. Überblick . . . 582
2. Form des § 518 BGB . . . 583
3. Schenkungsrechtliche Haftungserleichterungen . . . 585
4. Rückforderungsrecht nach § 528 BGB und Widerrufsmöglichkeit des § 530 BGB . . . 587
5. Verfügungsbeschränkungen der §§ 2113 Abs. 2, 2205 S. 3 BGB . . . 589
V. Der Ansatz von *Ernst* . . . 590
1. Die zentralen Annahmen *Ernsts* . . . 590
2. Exemplarische Rechtsfolgen . . . 591

E. Zusammenfassung und systematischer Überblick über die einzelnen Ansätze 592

I. Beschränkung des aktuellen Diskurses auf einzelne Ansichten . . . 592
II. Bedeutung der konzeptionellen Hauptlinien im Meinungsspektrum . 594
1. Überblick . . . 594
2. Konfliktvermeidung auf Sachverhaltsebene . . . 595
3. Konfliktauflösung auf Normebene . . . 595
4. Zwischenergebnis . . . 596
III. Verhältnis der Hauptlinien zueinander . . . 597
IV. Zwischenergebnis . . . 598

§ 4 Entwicklung eines Rechtsfindungskonzepts für gemischte Schenkungen . . . 599

A. Bedarf für ein konsistentes Rechtsfindungskonzept . . . 599

B. Fehlende gesetzliche Normierung und Erwägungen des historischen Gesetzgebers . . . 600

I. Fehlende gesetzliche Regelungen zur gemischten Schenkung . . . 600
II. Erwägungen des historischen Gesetzgebers und ihr Einfluss auf die Rechtsfindung . . . 602
1. Präsenz der Problematik im Diskurs . . . 602
2. Die gemischte Schenkung im Gesetzgebungsprozess . . . 602
a) Dresdener Entwurf und Vorlagen der Redaktoren für die Erste Kommission . . . 602
b) Erste Kommission . . . 604
aa) Bewusster Verzicht auf eine gesetzliche Regelung durch die Erste Kommission . . . 604

bb) Trennungstheorie als Grundvorstellung 605
(1) Formulierung in den Motiven 605
(2) Fußnote 4) zu den Motiven 606
c) Zusammenfassung 608
3. Methodologische Folgerungen für die Rechtsanwendung 609
a) Problemstellung 609
b) Diskurs um das methodologische Gewicht des historischen Elements 609
aa) Meinungsstand 609
bb) Stellungnahme 611
c) Würdigung für das Rechtsphänomen der gemischten Schenkung 612
III. Zwischenergebnis 613

C. Bedeutung des Parteiwillens für die Rechtsfindung 614
I. Problemaufriss 614
II. Einfluss der konkreten Parteiabsprache auf Vertragsinhalt und -qualifikation 617
1. Idee der freien Typenbestimmung 617
2. Funktionsverständnis der normativen Vertragstypenordnung . . . 619
a) Entwicklungsgeschichtlicher Rückblick zum Funktionsverständnis der normativen Vertragstypenordnung . . 619
aa) Typisierende Wirkung des römischen Aktionensystems . . . 619
bb) Erosion des Typenzwangs und gemeinrechtliche Funktionszuweisung der Vertragstypenordnung 621
b) Reichweite der „inhaltlichen Vertragsfreiheit" nach dem BGB . . 625
aa) Überblick 625
bb) (Historisches) Grundkonzept der normativen Vertragstypenordnung des BGB 627
(1) Funktionale Bedeutung der Einleitungsnormen zu den jeweiligen Vertragstypen 627
(2) Normative Vertragstypenordnung als verkehrserleichternde Mustersammlung 627
cc) Diskussion um die Relevanz der normativen Vertragstypenordnung für die inhaltliche Gestaltungsfreiheit 628
(1) Begrenzung der privatautonomen Gestaltungsmacht durch zwingendes Recht 628
(2) Diskurs um die adäquate Funktionsdeutung des dispositiven Rechts 632
3. Folgerungen für die Vertragsqualifikation 634
4. Verbleibende Einflussbereiche des geäußerten Parteiwillens 639
a) Auslegung privatautonomer Erklärungen und Gesetzesauslegung 639
b) Einheitliches Schuldverhältnis 640
c) Hauptleistungspflichten und Qualifikation der Abrede 640

d) Ausgestaltung von Einzelrechtsfolgen 641
e) Bedeutung des Parteiwillens für die Bestimmung des „Mittels der Schenkung“ 642
aa) Problemstellung 642
bb) Qualifizierung des Mittels der Schenkung 643
(1) Ausdrückliche Bestimmung des Mittels der Schenkung . 643
(a) Akzeptanz durch die Rechtsordnung 643
(b) Fehlende Überzeugungskraft der Mehrwerttheorie und der Theorie des geschenkten Vertragsschlusses . . 644
(c) Zuwendung real abgetrennter Elemente der Gesamtleistung 645
(d) Zuwendung einer ideellen Quote i. S. d. der Quotentheorie 645
(2) Stillschweigende Bestimmung eines Mittels der Schenkung? 646
(a) Bejahung einer stillschweigenden Bestimmung im Diskurs 646
(b) Real teilbare Leistungen 647
(c) Real unteilbare Leistungen 647
cc) Quantitative Aufteilung des Leistungsgegenstandes anhand von Referenzwerten 649
(1) Überblick 649
(2) Subjektiv bestimmtes Wertverhältnis 650
(a) Bedeutung einer parteilichen Verständigung 650
(b) Auswirkungen auf das dispositive Recht 650
(c) Auswirkungen auf das zwingende Recht 651
(3) Objektiv bestimmtes Wertverhältnis 652
(a) Stillschweigende Einigung über den „wahren“ objektiven Wert 652
(b) Tatsächliche Vermutung einer Einigung über den „wahren“ objektiven Wert 654
(c) Rückgriff auf objektive Werte als Verkürzung des Parteiwillens 655
(aa) Parteiabsprache als Objekt rechtlicher Beurteilung 655
(bb) Erklärungswert des Verzichts auf eine konkretisierte Äquivalenzvereinbarung und dessen Folgen für die Behandlung gemischter Schenkungen 656
(d) Folgerungen hinsichtlich der Bedeutung des objektiven Wertes für die Rechtsfindung bei gemischten Schenkungen 658
f) Zwischenergebnis 659
III. Der „hypothetische Parteiwille“ als Rechtsfolgenmaßstab 660
1. Problemstellung 660

2. Die Rechtsfindungsmethode der ergänzenden Vertragsauslegung . 661
a) Planwidrige Unvollständigkeit der vertraglichen Absprache . . . 661
b) Streit um die dogmatische Einordnung der ergänzenden Vertragsauslegung 661
c) Verhältnis der ergänzenden Vertragsauslegung zum dispositiven Gesetzesrecht 665
aa) Problemstellung 665
bb) Normativ-typische Verträge 666
cc) Gemischte Verträge 667
(1) Vorrang der ergänzenden Vertragsauslegung 667
(2) Bezugspunkt der ergänzenden Vertragsauslegung 668
(3) Verbleibende Relevanz des dispositiven Gesetzesrechts . 669
d) Zwingendes Gesetzesrecht und ergänzende Vertragsauslegung . 671
aa) Grundsätze 671
bb) Würdigung einzelner Ansätze, die sich der Bezugnahme auf den (hypothetischen) Parteiwillen bzw. die Parteiinteressen bedienen 672
(1) Problemstellung 672
(2) Bedingte Vereinbarung zur nachträglichen Herstellung voller Entgeltlichkeit? 672
(3) Der (hypothetische) Parteiwille als Rechtsfolgenmaßstab? 674
(a) Allgemeines 674
(b) Maßgeblichkeit des (hypothetischen) Parteiwillens im Zeitpunkt des Vertragsschlusses? 674
(c) Maßgeblichkeit des (hypothetischen) Parteiwillens im Zeitpunkt der Anspruchsentstehung? 675
e) Ergänzende Vertragsauslegung und objektive Werte 676
3. Bezugnahme auf den hypothetischen Parteiwillen in § 139 BGB . . 676
a) Problemstellung 676
b) Wirkungsweise und Subsidiarität des § 139 BGB 677
c) Einheitlichkeit und Teilbarkeit des Geschäfts bei gemischten Schenkungen 679
aa) Einheitlichkeit 679
bb) Teilbarkeit 679
IV. Zwischenergebnis 681

D. Würdigung der konfliktvermeidenden Ansätze 683
I. Allgemeines 683
II. Preisnachlasstheorie 684
III. Theorie vom schenkweisen Vertragsschluss 686
IV. Trennungstheorien 688
1. Überblick 688
2. Mehrwerttheorie 688

3. Quotentheorie 690
a) Ergänzende Einwände gegen die Trennungstheorie 690
b) Qualifiziertes und quantifiziertes Mittel der Schenkung 690
c) Fehlende Qualifizierung und Quantifizierung des Mittels der Schenkung 691
4. Zwischenergebnis 694
V. Résumé: Überzeugungskraft der Einheitstheorie 694

E. Würdigung der Ansätze, die eine Konfliktauflösung auf Normebene anstreben 696

I. Dogmatische Rückgriffsmöglichkeit auf die normative Vertragstypenordnung bei Annahme eines einheitlichen Geschäfts . . 696
1. Bedeutung der Fragestellung 696
2. Meinungsstand zum (unmittelbaren) Anwendungsbereich der normierten Vertragstypenregelungen 700
a) Begrifflich-kategorialer Ansatz 700
aa) Begrifflich-kategoriales Verständnis der Vertragstypen . . . 700
bb) Keine unmittelbare Anwendbarkeit im begrifflich-kategorialen Verständnis 703
(1) Erfordernis der Auslegung 703
(2) Methodologische Einordnung im Sinne *Ernsts* 704
(3) Würdigung 705
cc) Klassifikatorische Konsequenzen einer begriffsbezogenen Betrachtung 708
(1) Behauptete Wesensverschiedenheit zu den Typenkombinationsverträgen 708
(2) Würdigung 709
(a) Kein Einfluss des begrifflichen Gegensatzes auf die Parteivereinbarung 709
(b) Identische Konfliktlagen trotz begrifflicher Unterschiede 711
(c) Vergleich zu den Typenkombinationsverträgen 713
dd) Bedeutung nur geringfügiger Abweichungen vom vertragstypischen Leistungsinhalt – Existenz einer Bagatellgrenze? 714
ee) Zwischenergebnis 717
b) An strafrechtlichen Wertungen orientierter Ansatz *Lents* 717
c) *Hoenigers* Kombinationsgedanke 720
d) Typologischer Ansatz 722
aa) Grundannahmen der Typologik 722
bb) Kritik an der Typologik 727
cc) Würdigung des Nutzens der Typologik für die Beurteilung gemischter Schenkungen 730

(1) Selbsteinschätzung ihrer Anhänger 730
(2) Parallelen zwischen Typologik und begrifflich-kategorialem Verständnis mit Rechtsfortbildungsmöglichkeit 732
(3) Methodologische Folgerungen für die Rechtsanwendung bei gemischten Verträgen 736
(4) Die Typenreihe als wesensprägendes Merkmal der gemischten Schenkung? 738
e) Zwischenergebnis 741
3. Grundlagen eines rechtsfortbildenden Rückgriffs auf die normative Vertragstypenordnung 742
a) Die Analogie im Diskurs zur gemischten Schenkung 742
b) Bedeutung der Wortsinngrenze für die Art der Rechtsanwendung 744
c) Kein Analogieverbot durch den Satz „*singularia non sunt extendenda*“ 748
aa) Problemstellung 748
bb) Kritik am Verständnis als methodologische Metaregel 749
cc) Konsequenzen für die Rechtsanwendung bei gemischten Geschäften 752
d) Analogievoraussetzungen 753
aa) Überblick 753
bb) Regelungslücke 754
(1) Anforderungen an eine Regelungslücke 754
(2) Allgemeines Schuldrecht als Lückenhindernis? 754
cc) „Planwidrigkeit“ der vorgefundenen Lücke 758
dd) Vergleichbarkeit der Interessenlage 760
4. Beurteilung von Normen, die unmittelbar an die Unentgeltlichkeit anknüpfen 762
5. Zwischenergebnis 763
II. Leitlinien des Rechtsfindungsprogramms: Absorption oder Kombination? 763
1. Problemstellung 763
2. Fehlende Überzeugungskraft der Absorptionstheorien 766
a) Keine Fortgeltung der gemeinrechtlichen Kritik 766
b) Argumente für die Absorptionstheorien 766
c) Bedenken gegen die Absorptionstheorien 768
aa) Umgehungsgefahr als Einwand gegen die Schenkungs- und die Entgeltlichkeitstheorie 768
bb) Probleme bei der Schwerpunktermittlung als Einwand gegen die Schwerpunkttheorie 769
cc) Vernachlässigung des Parteiwillens 771
d) Zwischenergebnis 772
3. Der Kombinationsgedanke als Ausgangspunkt der Rechtsfindung . 773

III. Konkretisierung der Rechtsfindung auf Grundlage des Kombinationsansatzes 774
1. Konkretisierungsbedarf hinsichtlich des Kombinationsmodells . . 774
2. Anwendung der „strengeren" Regelungen durch *Müller* 775
3. *Lex specialis derogat legi generali* 777
4. *Hoenigers* Rechtsfindungskonzept 777
a) Überblick 777
b) Rechtsfolgenmodifikation 777
c) Kontinuitätsthese 778
aa) Verschiedene Ebenen der Kontinuitätsthese 778
bb) Absorbierende normbezogene Grenzwertbetrachtung 778
(1) Mehrschichtige Zweifel an der Grenzwertbetrachtung . . 778
(2) Formvorgabe des § 518 Abs. 1 BGB 779
(3) Auslegungsregel des § 520 BGB 780
cc) Annahme einer Kette sich kontinuierlich abstufender Rechtswirkungen 781
(1) Negation eines Normenkonflikts durch *Hoeniger* 781
(2) Culpahaftung und Gewährleistungsrecht 782
(3) Widerruf wegen groben Undanks nach § 530 BGB 784
d) Zwischenergebnis 786
5. Vorrang zwingenden Rechts 786
a) Postulat eines absoluten Anwendungsvorrangs zwingenden Rechts 786
b) Zwingende Regelungen der Vertragstypenordnung 786
aa) Wirkungsgrenzen zwingenden Rechts 786
bb) Verdrängung des Parteiwillens als Lösungskonzept – Bedenken gegen absorbierende Schwerpunktlösungen 787
c) Zwingende Regelungen außerhalb der Vertragstypenordnung . . 788
d) Erfordernis einer Rechtsfolgenmodifikation? 789
e) Zwischenergebnis 789
6. Normzweck 790
a) Problemstellung 790
b) Die einzelne positiv-rechtliche Norm als Ausgangspunkt der Rechtsfindung 791
aa) Bedeutung des Normzwecks für die Rechtsfindung 791
bb) Auf den normativ-typischen Fall beschränkte Normzwecke 792
(1) Vorkaufsrecht 792
(2) Annahmefiktion des § 516 Abs. 2 BGB 794
cc) Äquivalenzbezogene Normzwecke 795
(1) Wiederherstellung der funktionalen Äquivalenz als Regelungsziel 795
(2) Das Beispiel der Minderung und ihre Funktionsweise . . 796
(a) Die Minderung im Diskurs zur gemischten Schenkung 796

(b) Funktionsweise der Minderung 796
(3) Übertragbarkeit der Minderungsgrundsätze auf die gemischte Schenkung mit konkretisierter Äquivalenzabsprache? 797
(a) Vergleichbarkeit der Interessenlage bei gemischten Schenkungen mit konkretisierter Äquivalenzabsprache 797
(b) Berechnung des Minderungsbetrages bei gemischten Schenkungen mit konkretisierter Äquivalenzabsprache 798
(c) Existenz einer Äquivalenzvermutung? 800
(aa) Meinungsstand 800
(bb) Stellungnahme 801
(4) Keine Übertragbarkeit der Minderungsgrundsätze auf die gemischte Schenkung ohne konkretisierte Äquivalenzabsprache 803
(5) Zusammenfassung 804
dd) Normzwecke, die auch gemischte Verträge erfassen 804
(1) Überblick 804
(2) Die Schenkungsnormen der §§ 528, 530 BGB 805
(3) Die erbrechtlichen Regelungen der §§ 2113 Abs. 2, 2287, 2325 BGB 806
(4) Zusammenfassung 808
c) Bedeutung des Normzwecks für die Bestimmung des Rechtsfolgenprogramms 809
aa) Begrenzte Vergleichbarkeit als Problem der Rechtsfolgenbestimmung illustriert anhand der §§ 528 Abs. 1 S. 1, 531 Abs. 2 BGB 809
(1) Mögliche Inkompatibilität gesetzlicher Rechtsfolgenanordnungen 809
(2) Anwendung der gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolgen durch Beschränkung auf den unentgeltlichen Teil 810
(a) Isolierte Herausgabe des „Geschenk[s]“ 810
(b) Wertersatzanspruch nach § 818 Abs. 2 BGB 811
(3) Rechtsfortbildungserfordernis 812
bb) Begründungspluralismus in Rechtsprechung und Literatur . 813
(1) Normzweck als Rechtsfolgenrechtfertigung 813
(2) Abweichungen vom Normzweckgedanken 814
cc) Würdigung der normzweckbezogenen Rechtsfolgenbestimmung 815
(1) Dogmatische Schwächen des pluralistischen Begründungsansatzes 815
(2) Verkürzung der Problemlage durch eine nur einseitige Zweckbetrachtung 817

(a) Einseitige Zweckbetrachtung in Rechtsprechung und Literatur . . . 817
(b) Schwächen einer nur einseitigen Zweckbetrachtung . . 817
(c) Rechtfertigungserfordernis zur Erstreckung von Rechtsfolgenanordnungen auf das gesamte Geschäft . 819
d) Zwischenergebnis . . . 820
7. Trennungsgedanke . . . 821
a) Trennungsgedanke als ansatzübergreifendes Lösungsmodell . . 821
b) Teilbarkeit von Rechtsfolgen . . . 822
aa) Von der Teilbarkeit des Leistungsgegenstandes abhängige Rechtsfolgen . . . 822
(1) Herausgabeansprüche, (Un-)Wirksamkeitsanordnungen und § 519 BGB . . . 822
(2) § 520 BGB, Nacherfüllungsanspruch, Rücktritt . . . 822
bb) Sonstige Rechtsfolgen . . . 824
(1) Geldansprüche . . . 824
(2) Formerfordernis des § 518 Abs. 1 BGB . . . 824
(a) Beurkundungsgegenstand . . . 824
(b) Inhalt der Beurkundung . . . 825
(c) Rechtsfolgen einer fehlenden Beurkundung . . . 827
c) Existenz eines Aufteilungsmaßstabs . . . 828
aa) Von der Teilbarkeit des Leistungsgegenstandes abhängige Rechtsfolgen . . . 828
bb) Von der Teilbarkeit des Leistungsgegenstandes unabhängige Rechtsfolgen . . . 829
d) Zwischenergebnis . . . 829
8. Übergewichtstheorie . . . 830
a) Überblick . . . 830
b) Würdigung . . . 831
aa) Wirtschaftlicher Schwerpunkt als Rechtfertigungsgrund . . 831
bb) Grundsätzliche Vorbehalte gegen die Übergewichtstheorie . 831
(1) Wirtschaftlicher Schwerpunkt als nur eine von mehreren Vorzugstendenzen . . . 831
(2) Referenzwerte für die Ermittlung des Übergewichts . . . 832
cc) Vorbehalte hinsichtlich der angenommenen Rechtsfolgen . . 833
(1) Problemstellung . . . 833
(a) Herstellung eines angemessenen Interessenausgleichs als Rechtsfindungsziel . . . 833
(b) Präzisierung des Interesses an einem Zugriff auf den Zuwendungsgegenstand . . . 834
(2) Rückzahlungsanspruch des Käufers-Beschenkten beim Überwiegen des unentgeltlichen Teils . . . 837

(a) Fehlende Überzeugungskraft eines Anspruchs auf reine Kaufpreisrückzahlung 837
(b) Begrenzung des Nutzungsersatzes (§ 818 Abs. 1 BGB) auf den unentgeltlichen Teil 838
(c) Zeitpunkt der Wertermittlung 840
(3) Ersatzanspruch des Verkäufers-Schenkers beim Überwiegen des entgeltlichen Teils 841
(a) Wertersatz als Wahlrecht des Käufers-Beschenkten . . 841
(b) Berechnung des Wertersatzanspruchs 843
(4) Rechtsfindung bei jeweils hälftiger Ent- bzw. Unentgeltlichkeit 843
dd) Fehlende Übertragbarkeit auf die §§ 2113 Abs. 2, 2205 S. 3 BGB 844
(1) Problemstellung 844
(2) Wesentliche Divergenzen zwischen beiden Normengruppen 844
(3) Normbezogene absorbierende Schwerpunktbetrachtung als Lösung? 846
(4) Herausgabeanspruch mit Wertersatzpflicht als Konfliktlösungsregel für die §§ 2113 Abs. 2, 2205 S. 3 BGB 847
(a) Rückzahlung der Gegenleistung als allgemein anerkannte Lösung 847
(b) Verkehrswertabhängiger Ersatzanspruch 848
(c) Kein Erfordernis zur Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts 850
c) Zwischenergebnis 850

F. Folgerungen für die Rechtsfindung bei gemischten Schenkungen 851
I. Überblick 851
II. Privatautonome Absprache als Ausgangspunkt der Rechtsfindung . . 851
III. Einfluss der ergänzenden Vertragsauslegung auf die Rechtsfindung . 852
IV. Grundsätzliche analoge Rückgriffsmöglichkeit auf gesetzliche Wertungen 853
1. Gesetzesrecht als Referenzrahmen 853
2. Vergleichbarkeit der Interessenlagen 853
a) Normzweck als Ausgangspunkt 853
b) Fehlen jedweder Vergleichbarkeit der Interessenlagen 854
c) Vollständige Vergleichbarkeit der Interessenlagen 854
d) Partielle Vergleichbarkeit der Interessenlagen 856
V. Existenz einer grundsätzlichen Wertungskonkurrenz 856
VI. Auflösung von Wertungskonkurrenzen bei Existenz einer konkretisierten Äquivalenzabrede 858
1. Bestmögliche Abbildung der Interessenlage als Rechtsfindungsziel 858

2. Anwendbarkeit des Trennungsgedankens 859
a) Rechtsfolgenaufteilung als Konfliktvermeidungsmodell 859
b) Teilbare Rechtsfolgen 859
c) Besonderheiten bei Minderung und Schadensersatz 860
d) Besonderheiten beim Rücktritt 862
aa) Grundsätzliche Rücktrittsmöglichkeit 862
bb) Nutzungsersatz gemäß § 346 Abs. 1 BGB 864
cc) Wertersatz gemäß § 346 Abs. 2 S. 2 BGB 865
(1) Problemstellung 865
(2) Inhalt des Wertersatzanspruchs bei entgeltlichen Verträgen 865
(a) Problemstellung und Meinungsstand 865
(b) Würdigung 867
(aa) Wertbemessung anhand der Gegenleistung als gesetzliche Entscheidung 867
(bb) Objektive Wertverhältnisse als Ersatzmaßstab . . 870
(3) Inhalt des Wertersatzanspruchs bei (teilweise) unentgeltlichen Verträgen 870
(a) Problemstellung und Meinungsstand 870
(b) Würdigung 871
3. In Teilen substitutionsfähige Rechtsfolgenanordnungen 874
a) Rechtsfolgensubstitution als Mechanismus zur Verfeinerung des Interessenausgleichs 874
b) §§ 530 f., 2287 BGB und die modifizierte Übergewichtstheorie . 874
c) Einschränkungen in Fällen des §§ 519, 528 BGB 875
aa) § 528 BGB 875
(1) Wahlrecht zugunsten des Käufers-Beschenkten bei § 528 BGB 875
(2) Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung als alternative Rechtsfolge 876
bb) § 519 BGB 878
d) Fälle der §§ 816 Abs. 1 S. 2, 822 BGB 879
aa) Problemstellung 879
bb) Beurteilung im fachlichen Diskurs 880
cc) Würdigung 882
4. Nicht substitutionsfähige Rechtsfolgenanordnungen (§§ 518 Abs. 1, 2113 Abs. 2, 2205 S. 3 BGB) 884
a) Problemstellung 884
b) Zwingendes Recht 885
aa) Durchsetzungsanspruch des zwingenden Rechts als Konfliktlösungsregel 885
bb) Konsequenzen für die Anwendung der §§ 518 Abs. 1, 2113 Abs. 2, 2205 S. 3 BGB 886

c) Nacherfüllungsanspruch 887
aa) Fehlende Substituierbarkeit 887
bb) Rechtsfindung bei übereinstimmender Haftung nach Kauf- und Schenkungsrecht 887
cc) Rechtsfindung bei divergierenden Rechtsfolgenanordnungen 888
(1) Beurteilung im fachlichen Diskurs 888
(2) Würdigung 889
(a) *Ernsts* Einwand eines fehlenden Äquivalenzbezugs . . 889
(aa) Konkretisierte Äquivalenzvereinbarung als innerer Grund der Mängelgewährleistung nach alter Rechtslage 889
(bb) Keine Modifikation des inneren Grundes der Mängelgewährleistung durch die Normierung einer Pflicht zur mangelfreien Leistung 891
(cc) Folgerungen für den Nacherfüllungsanspruch des § 439 BGB 893
(b) *Chiusis* Lösungsmodell 894
(c) Eigenes Lösungsmodell als Fortentwicklung der Konzeption *Schlinkers* 894
(aa) Abhängigkeit der Nacherfüllung von einem aufgezehrten Schenkungsanteil 894
(bb) Kaufpreis als untauglicher Grenzwert 895
(cc) Fehlende Überzeugungskraft eines Ausgleichsanspruchs nach § 670 BGB 895
(dd) Berücksichtigung der Grundsätze absoluter Unverhältnismäßigkeit als Korrektiv 897
(ee) Fazit 898
5. Verbraucherschutzrechtliche Aspekte 898
a) Problemstellung 898
b) Unternehmereigenschaft des Verkäufers-Schenkers 902
aa) „Unternehmer“ und „Verbraucher“ als Beschreibung von Rechtsgeschäftslagen 902
bb) (Fehlende) Gewerblichkeit unentgeltlicher Leistungselemente 904
cc) Grundlagen der Beurteilung von Mischveranlassungen (sog. „*Dual-use*-Fälle“) 905
(1) Problemstellung 905
(2) Vermutungsregel des § 344 HGB 907
(3) Schwergewichtsformel 907
(a) Inhalt und Europarechtskonformität der Regelung . . 907
(b) Übertragbarkeit der Schwerpunktbetrachtung auf den Unternehmerbegriff 907
(aa) Problemstellung 910
(bb) Keine Beschränkung der Schwerpunktmethode auf bestimmte Rollen 911

(cc) Dualismus von Verbraucher- und Unternehmerbegriff . . . 912
(dd) Unbeachtlichkeit von Zweifeln an der Eignung der Schwerpunktbetrachtung als Konfliktlösungsmodell . . . 915
(4) Zwischenergebnis . . . 916
dd) Maßstäbe der Schwerpunktbetrachtung . . . 916
(1) Schwächen der Rechtsprechung zu Gebrauchtwagenfällen 916
(2) Behandlung von Fehlinformationen . . . 917
(3) Konsequenzen für die gemischte Schenkung . . . 918
c) „Kauf" i. S. v. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB? . . . 920
aa) Problemstellung . . . 920
bb) Gemischte Schenkung kein (reiner) Verbrauchsgüterkauf . . 921
cc) Keine analoge Anwendung der §§ 474 ff. BGB auf die gemischte Schenkung . . . 926
d) Zwischenergebnis . . . 926
VII. Auflösung von Wertungskonkurrenzen bei Verzicht auf eine konkretisierte Äquivalenzabrede . . . 927
1. Problemstellung . . . 927
2. Rückgriff auf objektive Ersatzmaßstäbe als nachrangiges Lösungsmodell . . . 927
3. Vom Fehlen einer konkretisierten Äquivalenzabrede unbeeinträchtigte Rechtsfolgen . . . 929
a) Überblick . . . 929
b) Besonderheiten des Rücktritts . . . 929
4. Mangelnde Schutzwürdigkeit von Parteiinteressen beim Fehlen einer konkretisierten Äquivalenzabrede . . . 930
a) Wegfall des auf die Wahrung der Äquivalenz gerichteten Interesses . . . 930
b) §§ 530 f., 816 Abs. 1 S. 2, 822, 2287 BGB . . . 931
c) § 528 BGB . . . 933
d) Mängelgewährleistungsansprüche . . . 934
aa) Minderung (§ 441 BGB) . . . 934
bb) Nacherfüllung (§ 439 BGB) . . . 934
cc) Schadensersatz statt der Leistung . . . 935
5. Rechtsfolgenbestimmung unter Rückgriff auf ein objektiviertes Ent- bzw. Unentgeltlichkeitsverhältnis . . . 938

§ 5 Zusammenfassung der Ergebnisse . . . 939

Literaturverzeichnis . . . 965
Stichwortverzeichnis . . . 995

§ 1 Einführung

„Wenn man auch einem mehr Gold, als er mit seinem Ambte oder Arbeiten verdienet, zugeben beliebet, so kommt ebenfalls Schenkung und Dingung zusammen. Das thun manchmahl grosse Herren Ehrenthalben, welche ihnen geleistete Dinge überflüssig zubelohnen sich besonders rühmlich achten, und also in den Contract, vieles an Freygebigkeit mit einfliessen lassen; Gleicher Gestalt pflegt mancher für seine Dienste auch wenig Lohn zunehmen, und das übrige, was ihm noch dafür gebührte, zuschenken."[1]

Mit diesen Worten hat *Samuel Freiherr von Pufendorf* im Jahre 1711 Lebenssachverhalte beschrieben, die bis heute weder an Aktualität noch an rechtlichem Konfliktpotenzial eingebüßt haben. Die Rede ist von einem Rechtsphänomen, das – wohl im Anschluss an *Förster/Eccius*[2] – im zivilrechtlichen Diskurs heute überwiegend unter dem Schlagwort der „gemischten Schenkung"[3] diskutiert wird. Allerdings erschöpft sich die Phantasie des Diskurses keineswegs in der Wahl nur dieser Bezeichnung. Insbesondere in der älteren Rechtsprechung und Literatur findet sich eine ganze Bandbreite verschiedenartigster Termini, zu denen neben der weit verbreiteten Titulierung als *„negotium mixtum cum donatione"*[4] diejenige als *„venditio gratiosa"*[5], „wohlfeiler Kauf"[6], „onerose Schenkung"[7], „brüderlicher Kauf"[8], „Freundes-"[9] bzw. „Freund-

---

[1] *Pufendorf*, S. 49 f.

[2] *Förster/Eccius*, § 122 IX.a), S. 29.

[3] So etwa der BGH in ständiger Rechtsprechung (vgl. nur BGH vom 28.09.2016 – IV ZR 513/15, NJW 2017, 329; BGH vom 15.05.2012 – X ZR 5/11, ZEV 2013, 213) sowie einzelne Entscheidungen des Reichsgerichts (vgl. etwa RG vom 06.04.1892 – V 344/91, RGZ 29, 265); *Enneccerus/Lehmann*, Bürgerliches Recht, Bd. 2, § 100 B.IV, S. 401 Fn. 18; *Goldschmidt*, S. 1 ff.; *Müller*, JherJb 48 (1904), 209 (210); *Weirauch*, Gruchot 48 (1904), 229 (229 ff.); *Sokolowski*, S. 1 ff.; *Steger*, S. 1 ff.

[4] *Savigny*, System, Bd. 4, § 154 S. 99; *Baron*, § 68 I.1., S. 132, Fn. 7; *Koeppen*, S. 1 ff.; *Scheiblich*, S. 6 ff.

[5] *Baron*, § 286 II., S. 522; *Glück*, Bd. 16/1, § 978, S. 72; *Scherpf*, passim.; *Vangerow*, Bd. 3, § 632, Anm. 2 a), S. 427.

[6] OAG Wolfenbüttel vom 01.10.1867, SeuffA 23 Nr. 198; OAG Rostock vom 01.12.1870, SeuffA 28, Nr. 223.

[7] ROHG vom 12.03.1875 – Rep. 1052/74, ROHGE 17, 11 ff. in einer auf Grundlage des Code civil getroffenen Entscheidung zur Stempelsteuer.

[8] *Koeppen*, S. 28.

[9] So etwa *Baron*, § 347 1., S. 622; *Glück*, Bd. 16/1, § 978, S. 72; *Jülicher*, S. 1; *Schmidt*, S. 2. Bisweilen wird dem Begriff eine doppelte Bedeutung beigemessen, weil man davon ausgeht, dass er neben den hier behandelten Fällen auch solche Konstellationen umfasse, in denen die Freundschaft lediglich das Motiv für eine besonders hohe oder niedrige Preisfestsetzung im Rahmen eines reinen Kaufs (sog. Gefälligkeitskauf) bilde, vgl. *Jülicher*, S. 1; *Schmidt*, S. 2.

schaftskauf“[10] oder als „Schenkung in Verbindung mit einer Nichtschenkung“[11] treten. Dazu gesellt sich der im steuerrechtlichen Kontext etablierte Begriff der „Teilentgeltlichkeit“, der in jüngerer Zeit auch im zivilrechtlichen Diskurs vermehrt Verwendung findet.[12]

Das Rechtsphänomen der gemischten Schenkung ist alles andere als neu. Die ihm innewohnende Problematik lässt sich bis in die justinianischen Digesten zurückverfolgen,[13] wobei sie insbesondere im Laufe des letzten Jahrhunderts zahlreiche monographische Abhandlungen erfahren hat. Dass sie mit dieser Arbeit abermals aufgegriffen und zum Gegenstand der Untersuchung gemacht wird, hat einen einfachen Grund: Es mangelt bis heute an gänzlich befriedigenden Lösungen. Hintergrund dürfte sein, dass nur wenige Rechtsprobleme den Rechtsanwender mit ähnlich vielen Zweifelsfragen konfrontieren, wie die gemischte Schenkung. Wohl deshalb war sie schon unter Geltung des gemeinen Rechts umstritten und ist auch nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches zum 1. Januar 1900 Gegenstand unversöhnlicher Meinungskämpfe geworden, die sich bis in die heutige Zeit erstrecken. Selbst nach einem generationenübergreifenden Diskurs scheint man weit entfernt davon zu sein, allgemein akzeptierte Lösungen gefunden zu haben. Nicht nur wird im Schrifttum immer noch zutreffend darauf hingewiesen, dass die rechtliche Behandlung der gemischten Schenkung „in nahezu allen Fragen streitig“ sei.[14] Mehr noch zeigt sich verschiedentlich gar eine juristische Resignation, wenn es heißt, dass „die lange und tiefgreifende Auseinandersetzung um die Rechtsnatur der gemischten Schenkung […] ohne gesetzliche Regelung kaum aufzulösen“ sei.[15] Ähnlich resignativ eingelassen hat sich der BGH,[16] der die „tatsächliche Unmöglichkeit einer rechtlich in jeder Beziehung befriedigenden Regelung“ konstatierte, als er sich in seiner Entscheidung vom 27.11.1952 mit dem Dilemma der Rechtsfindung bei einer gemischten Schenkung konfrontiert sah.

Worum aber geht es bei der gemischten Schenkung überhaupt? Bereits die Antwort auf diese Eingangsfrage fällt weniger eindeutig aus, als man dies vielleicht vermuten würde. Ein näherer Blick in die Literatur führt alsbald zu der Erkenntnis, dass der Begriff der „gemischten Schenkung“ keineswegs einheitlich verwendet wird. Überdies existieren verschiedene Ansichten über die dogmatische Einordnung und Reichweite der dahinter verborgenen Rechtsfragen. Die aufgeworfene Frage vermag man daher nicht im Vorbeigehen zu beantworten. Ungeachtet dessen lässt sich bereits hier auf denjenigen „typischen“ Lebenssachverhalt verweisen, der nicht nur den wissenschaftlichen Diskurs zur gemischten Schenkung, sondern auch die hierzu ergange-

---

[10] *Baron*, § 68, S. 132, § 286 II., S. 522; *Wening-Ingenheim*, § 144, S. 175. Kritisch dazu *Richrath*, S. 147.

[11] *Cosack*, Bürgerliches Recht, Bd. 1, 3. Aufl., § 140 2., S. 502.

[12] Vgl. z. B. *Ernst*, in: FS Picker (2010), S. 139 passim; *Fischer*, Unentgeltlichkeit, S. 57.

[13] Vgl. hierzu näher unter § 3B.I, S. 507 ff.

[14] *Olzen*, S. 256.

[15] *Olzen*, S. 258 unter Verweis auf Staudinger-*Reuss*, 12. Aufl., § 516 Rn. 22.

[16] BGH vom 27.11.1952 – IV ZR 146/52, NJW 1953, 501 (502). In der Folge beschränkte sich der BGH auf die Suche nach derjenigen Lösung, die der Sachlage „am meisten gerecht“ wird.

ne Rechtsprechung dominiert und deshalb als Kardinalfall[17] einer solchen bezeichnet werden kann: Die Vermischung von kauf- und schenkungsrechtlichen Leistungselementen in einem einheitlichen Geschäft. In der Regel geht es um Konstellationen, in denen eine einheitliche Sache zu einem Preis verkauft wird, der nach der Parteiabrede aus Liberalität unter dem Wert liegt, den die Parteien eigentlich als „wahren" Wert der Sache angenommen haben. Exemplarisch lässt sich dies anhand eines einfachen Beispiels illustrieren: Ein Pkw, dessen Wert die Parteien übereinstimmend auf 30.000 € schätzen, wird für 15.000 € verkauft und man ist sich darüber einig, dass der Rest „geschenkt" sei. Der Kauf- und der Schenkungszweck (*causa credendi* und *causa donandi*[18]) – zwei scheinbar widersprüchliche Zwecke[19] – treten hier gemeinsam in Erscheinung.

Vertragsparteien solcher Gestaltungen sind in der Regel keine fremden Dritten, sondern Familienangehörige oder sonstige nahestehende Personen. Die Motive für derartige Vereinbarungen können sowohl auf Seite des Begünstigenden als auch auf derjenigen des Begünstigten unterschiedlich ausfallen. Letzterer wird häufig wirtschaftlich nicht in der Lage sein, ein „volles" Entgelt zu erbringen, etwa das gerade volljährige Kind, welches sich zum Führerschein ein Auto wünscht. Gleichsam lässt sich aber an Fälle denken, in denen er zwar über hinreichende Mittel verfügt, aber nicht bereit ist, mehr als den reduzierten Kaufpreis zu zahlen und das Geschäft nur eingeht, wenn er den Rest „geschenkt" bekommt. Dem Begünstigenden wiederum geht es regelmäßig darum, dem Leistungsempfänger etwas Gutes zu tun. Dies liegt etwa nahe, wenn die Eltern dem Kind das Auto zum schenkungsweise reduzierten Preis überlassen, aber aus erzieherischen Gründen oder wirtschaftlichen Zwängen an einem anteiligen Kaufpreis festhalten. Vorstellbar erscheint aber ebenso, dass der Begünstigende mit dem Geschäft eigene Interessen verfolgt, wie etwa die mit dem verbilligten Verkauf verbundene Erwartung, zukünftig mit dem Pkw gefahren zu werden. Treibende Erwägung dürfte in der Lebenswirklichkeit ferner das Bestreben sein, durch innerfamiliäre Vermögensverschiebungen eine günstigere steuerliche Behandlung der daraus zufließenden Einkünfte zu erzielen sowie – etwa durch die optimale Ausnutzung von Freibeträgen – Erbschaft- und Schenkungsteuern zu sparen. Vor diesem Hintergrund lässt sich auch der praktische Hauptanwendungsfall der gemischten Schenkung, die Vermögensübertragung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge, erklären. Neben dem Wunsch, Familienvermögen (Höfe, Betriebe, Immobilien) in der Familie zu halten,[20] ist eine solche nicht selten von dem Interesse getrieben, durch eine frühzeitige Übertragung auf die nachfolgenden Generationen Steuern zu sparen. Mitunter können aber auch hier wirtschaftliche Zwänge eine partielle Schenkung in Form eines Preisnachlasses veranlassen, weil weder der Begünstigte das erforderliche Kapital aufbringen kann, um den Verkehrswert zu bezahlen, noch der

[17] So die treffende Umschreibung von *Kirschenbauer*, S. 53.

[18] Zu den drei Grundformen der *causa solvendi*, *credendi* und *donandi*, vgl. bereits *Vangerow*, Bd. 1, § 121, S. 175. *Koeppen*, S. 30 hingegen spricht anstelle der *causa credendi* von der *causa obligandi*.

[19] So die Annahme von *Lammfromm*, S. 134, vgl. dazu eingehend unter § 3B.IV.1, S. 549 ff.

[20] So etwa das Motiv bei RG vom 05.07.1972 – IV ZR 125/70, BGHZ 59, 343.

Begünstigende gänzlich auf eine Gegenleistung verzichten kann, da sich sein Lebensunterhalt primär aus dem Übertragungsobjekt speist.

Dass die Vereinbarung einer gemischten Schenkung im Geltungsbereich des BGB möglich ist, wird als Ausfluss der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsmacht der Parteien allgemein anerkannt.[21] Über diesen Punkt hinaus ist der Diskurs jedoch von nur wenig Konsens geprägt. Genauso vielfältig, wie die Bezeichnungen des Rechtsphänomens ausfallen, so reichhaltig und kontrovers wird auch über dessen rechtliche Behandlung diskutiert. Deutlich wird dies etwa bei der angesprochenen Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes, der – je nachdem, wie weit man das verbindende Moment von Leistung und Gegenleistung fasst[22] und welche Vertragstypenvermischungen man dem Rechtsphänomen definitorisch zuordnet[23] – verschieden weit ausfällt und daher zu divergierenden rechtlichen Einschätzungen führt. Aber selbst diejenigen, die identische Untersuchungsobjekte zugrunde legen, gelangen mit Blick auf die dogmatische Einordnung der gemischten Schenkung und die daraus resultierenden Rechtsfolgen zu oftmals uneinheitlichen Ergebnissen.

Ursächlich für die Rechtsfindungsschwierigkeiten bei gemischten Schenkungen ist, dass dem BGB – was im Übrigen auch für andere Gesetzeswerke, wie z. B. die InsO, das AnfG oder die Steuergesetze gilt – explizite Regelungen hierzu fehlen.[24] Nicht nur mangelt es der normativen Vertragstypenordnung an einem Nominatvertrag der „gemischten Schenkung", sondern vielmehr scheint diese Kategorie dem Regelwerk insgesamt fremd zu sein. Stattdessen kennt das BGB – wie sich an verschiedenen Stellen zeigt – im Grundsatz nur entgeltliche und unentgeltliche Schuldverträge. Angesichts ihres gemischten Vertragszwecks lassen sich gemischte Schenkungen aber weder der einen noch der anderen Entgeltlichkeitsform eindeutig zuordnen. In der Folge ist der Rechtsanwender im Unklaren darüber, ob er bei der rechtlichen Beurteilung der gemischten Schenkung überhaupt auf die Vorschriften des Kauf- bzw. des Schenkungsrechts zugreifen kann und wenn ja, welchem Regelungsregime im Kollisionsfall der Vorrang gebührt. Die Problematik beschränkt sich nicht nur auf die Regelungen des dispositiven Gesetzesrechts, die beim Fehlen vertraglicher Vereinbarungen relevant werden. Gleichermaßen ist zu beantworten, inwieweit zwingende Normen des einen oder anderen Regelungsbereichs zu beachten sind. Wie verhält es sich etwa, wenn die Eltern sich im Beispielsfall nicht länger am Versprechen zur Übertragung des Pkw festhalten lassen wollen? Gibt der gemischte Vertrag dem Kind einen Rechtsanspruch

---

[21] Vgl. schon aus der älteren Rechtsprechung und Literatur: RG vom 15.12.1920 – V 320/20, RGZ 101, 99 (100); RG vom 02.05.1908 – V 387/07, RGZ 68, 326 (327 f.); RG vom 07.03.1903 – V 450/02, RGZ 54, 107 (110); RG vom 07.10.1890 – II 164/90, RGZ 37, 308; *Goldschmidt*, S. 15; *Koeppen*, S. 19.

[22] So werden etwa von manchen Autoren Geschäfte über real teilbare (höherwertige) Leistungen von vornherein als zwei selbständige Verträge klassifiziert und deshalb bereits dem Grunde nach aus der Kategorie der gemischten Schenkung ausgenommen, vgl. etwa *Goldschmidt*, S. 2 und MüKoBGB-*Koch*, § 516 Rn. 34. Vgl. dazu eingehend unter § 2D.II, S. 381 ff.

[23] Zu den diskutierten Fallgruppen vgl. unter § 2A.II.3, S. 16 ff.

[24] Eine Ausnahme bildet § 21 Abs. 2 S. 1 EStG, der eine Aufteilungsregel für den Fall vorsieht, dass das Entgelt für die Überlassung von Wohnraum weniger als 50 v.H. der ortsüblichen Miete beträgt.

auf Übergabe und Übereignung oder scheitert ein solcher am Versäumnis der notariellen Form des § 518 Abs. 1 i. V. m. § 125 S. 1 BGB? Können die Eltern das für den Sohn günstige Geschäft ungeachtet des vereinbarten (Teil-)Entgelts nach § 530 BGB widerrufen, wenn dieser sich grob undankbar verhält? Falls ja, was ist die konkrete Rechtsfolge? Und schließlich: Begründen drittschützende Normen wie § 2287 oder § 2329 BGB in solchen Fällen einen Herausgabeanspruch? Die aufgeworfenen Fragen sind nur einzelne Beispiele für das der gemischten Schenkung immanente Spannungsverhältnis. Sie verdeutlichen jedoch bereits eindrücklich die mit ihr verbundenen Probleme und geben einen ersten Einblick in die Fragenkreise, denen sich die Arbeit in ihrem weiteren Verlauf widmen wird.

Die Untersuchung verfolgt drei grundsätzliche Anliegen, an denen sich auch ihr weiterer Aufbau orientiert. Das erste, im nachfolgenden Kapitel (§ 2) zu behandelnde Anliegen besteht darin, das Rechtsphänomen der gemischten Schenkung näher zu präzisieren und ihren problemprägenden Charakter herauszuarbeiten. Die Notwendigkeit hierzu erwächst daraus, dass – was bereits angedeutet wurde – die Vorstellungen davon, was überhaupt eine „gemischte Schenkung" ist, in Rechtsprechung und Literatur bisweilen stark divergieren. Ursächlich hierfür ist nicht zuletzt, dass schon wesentliche dogmatische Grundfragen der Schenkung unterschiedlich beantwortet werden, was Auswirkungen auch auf die rechtliche Würdigung der gemischten Schenkung hat. Aufgabe wird es daher sein, zunächst den Rechtscharakter der Schenkung in dem für die Beantwortung der mit der gemischten Schenkung verbundenen Rechtsfindungsfragen erforderlichen Umfang näher zu präzisieren und einzelne Rechtsfolgenfragen zu beantworten. Im Fokus der Betrachtung wird neben dem Erfordernis einer „Zuwendung" aus dem „Vermögen" des Schenkers zunächst das Bereicherungsmerkmal stehen, für welches hier die These vertreten wird, dass es abweichend von der weit h. M. keiner saldierenden Betrachtung unter Einbeziehung etwaiger Gegenleistungen bedarf. Sodann gilt es zu untersuchen, was die Kategorien von Ent- und Unentgeltlichkeit ausmacht und wodurch die im Zwischenraum zwischen beiden stehende gemischte Schenkung geprägt ist. Daneben wird die Arbeit der Frage nachgehen, ob der Begriff der „gemischten Schenkung" die hinter ihm verborgene Rechtsproblematik hinreichend abbildet, und auf diesem Wege Erkenntnisse liefern, die für die Bestimmung eines konkreten Rechtsfolgenprogramms unverzichtbar sind.

Gegenstand des in § 3 behandelten zweiten Anliegens ist es, den existenten Meinungsstand zur rechtlichen Behandlung gemischter Schenkungen aufzuarbeiten und zu systematisieren. Dies erscheint deshalb geboten, weil sich viele der in der Vergangenheit entwickelten Erklärungs- und Lösungsansätze zur gemischten Schenkung im modernen Diskurs nur noch verkürzt oder gar verfälscht wiederfinden. Besonders deutlich wird dies mit Blick auf die sog. Einheits- und die sog. Trennungstheorie, denen bisweilen unterschiedliche Aussagen zugeschrieben werden. Auf Grundlage eines unklaren Theorienverständnisses lässt sich aber die in § 4 dieser Arbeit angestrebte Auseinandersetzung mit den einzelnen vertretenen Lösungsansätzen nicht in aussagekräftiger Art und Weise vornehmen. Überdies ist festzustellen, dass eine Pfadabhängigkeit der Rechtsfolgenbestimmung im konkreten Einzelfall vom dogmati-

schen Grundverständnis der gemischten Schenkung besteht. Insofern wird es für den weiteren Rechtsfindungsgang nicht nur wesentlich sein, zu erkennen, dass die vertretenen Lösungsmodelle bisweilen auf gänzlich unterschiedlichen Ebenen ansetzen, sondern gleichsam, den rechtlichen Charakter der gemischten Schenkung zutreffend zu bestimmen.

An dritter Stelle schließlich verfolgt die Untersuchung in § 4 das Anliegen, konzeptionelle Vorschläge für die rechtliche Beurteilung des in § 2 näher zu konkretisierenden Rechtsphänomens der gemischten Schenkung zu erarbeiten. Die Notwendigkeit hierzu erwächst daraus, dass sich angesichts des fortwährenden Streits um diesen Themenkreis davon ausgehen lässt, dass keine der in der Vergangenheit aufgestellten Theorien einen vollumfänglich überzeugenden Lösungsansatz bereitstellt. Zwar existiert mittlerweile eine gefestigte Rechtsprechung des BGH. Diese erfasst aber nur einzelne Herausgabeansprüche und erstreckt sich bei weitem nicht auf alle mit der gemischten Schenkung verbundenen Zweifelsfragen. Hinzu tritt, dass die Lösung des BGH nicht einmal in ihrem begrenzten Anwendungsbereich in Gänze überzeugt, was in ähnlicher Weise für die resignierende Einschätzung des BGH gilt, dass die gemischte Schenkung einer rechtlich in jeder Beziehung befriedigenden Lösung unzugänglich sei. Anliegen der Untersuchung ist es, dieses Verdikt zu widerlegen und zu zeigen, dass sich ausgehend von den Parteivereinbarungen sowie den gesetzlichen Wertungen sehr wohl Lösungen finden lassen, die als angemessener Interessenausgleich erscheinen und deshalb „rechtlich in jeder Beziehung" befriedigen. Eine wesentliche Rolle wird der Frage nach dem Einfluss des Äquivalenzverhältnisses auf die Rechtsfindung zukommen, dessen besondere Bedeutung für den Themenkreis gemischter Schenkungen – wenn auch mit anderen Ergebnissen – bereits *Ernst*[25] prominent hervorgehoben hat. Die vorliegende Arbeit folgt dabei der zentralen, im weiteren Lauf der Untersuchung zu belegenden These, dass sich eine fehlende Äquivalenzabsprache, d. h. die fehlende parteiliche Festlegung, in welchem Verhältnis das Ent- und das Unentgeltlichkeitselement zueinander stehen, nicht ohne weiteres durch den Rückgriff auf objektive Wertmaßstäbe substituieren lässt. Vielmehr gelangt man abhängig davon, ob die Parteien eine Äquivalenzabrede getroffen bzw. das Mittel der Schenkung qualifiziert und/oder quantifiziert haben, zu divergierenden Rechtsfolgen der gemischten Schenkung. Die Arbeit schließt in § 5 mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse.

[25] *Ernst*, in: FS Picker (2010), S. 139 passim.

§ 2 Strukturmerkmale des Rechtsphänomens der „gemischten Schenkung“

A. Erscheinungsformen „gemischter Schenkungen“ im Diskurs

I. Problemaufriss

Grundlegende Voraussetzung einer jeden juristischen Würdigung ist die Bestimmung derjenigen Konfliktlagen und Lebenssachverhalte, die zum Gegenstand der Betrachtung erhoben werden sollen. Dieses Erfordernis stellt sich auch hier, wenn es darum geht, allgemeingültige Rechtsprinzipien für den Umgang mit dem Rechtsphänomen aufzustellen, welches in Rechtsprechung und Literatur bislang vorzüglich als *negotium mixtum cum donatione* oder gemischte Schenkung etikettiert wird. Im vorliegenden Kontext tritt das Bedürfnis nach einer Sondierung des tatsächlichen und rechtlichen Rahmens besonders hervor, weil sich feststellen lässt, dass der fachliche Diskurs von uneinheitlichen Grundannahmen zur Struktur des zu beurteilenden Rechtsphänomens im Konkreten, wie auch des Schenkungsbegriffs im Generellen geprägt ist. So werden mit dem Begriff der „gemischten Schenkung“ zum Teil höchst unterschiedliche Lebenssachverhalte in Verbindung gebracht und dadurch unterschiedliche Fragenkomplexe vermischt. Fehlt es aber an einer einheitlichen Entscheidungsgrundlage, weil der Begriff mal eine weite, mal eine enge Ausfüllung erfährt, sind divergente rechtliche Beurteilungen bereits vorgezeichnet. Anliegen ist es daher zunächst, eine einheitliche Beurteilungsgrundlage zu schaffen, auf welche die Erstellung eines Rechtsfindungskonzepts für gemischte Schenkungen aufsetzen kann.

Zu diesem Zweck soll zunächst ein Überblick über die verschiedenartigen Lebenssachverhalte vermittelt werden, die im fachlichen Diskurs mit der gemischten Schenkung in Verbindung gebracht werden. Im Anschluss daran gilt es, den Problemkern des Rechtsphänomens herauszuarbeiten, um hieran gemessen einzelne Sachverhaltszuordnungen auf ihre Schlüssigkeit hin überprüfen zu können. Den Ausgangspunkt dieser Wesensbestimmung bildet eine nähere Untersuchung des Schenkungstatbestandes, dem man bei der rechtlichen Würdigung gemischter Schenkungen regelmäßig eine zentrale Bedeutung beimisst. In einem zweiten Schritt wird das Rechtsphänomen der gemischten Schenkung an den Kategorien der Vertragsmehrheiten und Vertragseinheiten sowie deren Unterformen zu messen sein. In diesem Kontext gilt es zunächst die verbreitete Annahme zu überprüfen, wonach bei realer Teilbarkeit der höherwertigen Leistung tatsächlich eine Mehrheit von zwei Rechtsgeschäften (z. B. einem Kauf und einer Schenkung) vorliege, was von vornherein einen Anwendungs-

fall der gemischten Schenkung ausschlösse. Für diejenigen Konstellationen, in denen sich eine Vertragseinheit feststellen lässt, soll schließlich der Frage nachgegangen werden, wodurch genau sich gemischte Schenkungen von anderen Formen (gemischter) Vertragseinheiten – etwa den sog. „Typenkombinationsverträgen“ – unterscheiden. Hintergrund ist, dass sich aus einem solchen Vergleich womöglich Erkenntnisse über die strukturellen Eigenarten des Rechtsphänomens gewinnen lassen, die bei der Rechtsfindung zu berücksichtigen wären. Als wesentlich für die Präzisierung des Untersuchungsgegenstandes wird sich insbesondere die Frage erweisen, durch welche Konfliktlagen die gemischte Schenkung inhaltlich geprägt ist.

II. Unterschiedliche Reichweiten der Problemzurechnung

1. Gemeines Recht und die Partikularrechtsordnungen des 19. Jahrhunderts

a) Problembeschreibung durch *Savigny*

Untersucht man Schrifttum und Rechtsprechung zu der Problematik, die mal als *negotium mixtum cum donatione*, mal als gemischte Schenkung oder mit weiteren Begrifflichkeiten bezeichnet wird, stößt man alsbald auf zahlreiche Umschreibungen, die dem Ziel folgen, eben jene Gewänder mit einem subsumierbaren Inhalt auszufüllen. Feststellen lässt sich der Versuch einer Problemeingrenzung schon in der gemeinrechtlichen Doktrin, die von dem Bestreben geleitet war, aus dem kasuistischen römischen Recht – insbesondere den justinianischen Digesten – eine systematische und übergreifende Privatrechtsordnung („Pandektensystem“) zu entwickeln.[1] Im Anschluss an *Savigny*[2] hatte sich hier, wie in der darauf basierenden Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts, zunächst der Ausdruck des *negotium mixtum cum donatione* zur Problemumschreibung etabliert.[3] *Savigny* bezog sich damit auf eine Formulierung *Ulpians* in D. 39.5.18.pr.[4] und verstand hierunter Geschäfte, bei denen „einer Gabe eine Gegenleistung gegenüber steht, welche aber einen geringeren Werth als die Gabe hat“.[5] Hierin liege eine partielle Bereicherung des Empfängers jener Gabe, in der – so-

[1] *Baron*, § 1 f., S. 1 ff.; Staudinger-*Baldus*, Einl zum BGB Rn. 42 ff.; *Windscheid/Kipp*, Pandekten, Bd. 1, § 1 ff., S. 1 ff.

[2] *Savigny*, System, Bd. 4, § 154 Fn. (a), S. 99.

[3] Vgl. etwa *Arndts*, § 83, S. 139: „*mixtum negotium cum donatione*“; *Baron*, § 68 I.1., S. 132; *Koeppen*, S. 1 ff.; *Pernice*, S. 43; OAG Kiel vom 25.09.1852, SeuffA 6, Nr. 38; OAG Rostock vom 26.01.1866, SeuffA 28, Nr. 223; OAG Rostock vom 09.02.1871, SeuffA 25, Nr. 238; OAG Dresden vom 08.05.1874, SeuffA 31, Nr. 138. Vgl. auch *Unger*, § 99, S. 219 zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie vom 01.06.1811 (ABGB) sowie *Scheiblich*, S. 1; *Sokolowski*, S. 66 f.; *Weirauch*, Gruchot 48 (1904), 229 (230) zum BGB.

[4] Ulp. D. 39.5.18.pr.: „*Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est, et ita et Pomponius eum existamare refert*“, was *Otto/Schilling/Sintenis* mit „Aristo sagt, wenn ein Rechtsgeschäft mit einer Schenkung vermischt sei, so entstehe in so weit es Schenkung sei, keine Verbindlichkeit [für den Beschenkten]: diese seine Meinung führt auch Pomponius an.“ ins Deutsche übersetzen.

[5] Kritisch dazu *Schilling*, § 351 Fn. a, S. 789 f., der die Ansicht äußert, dass sich *Ulpian* damit nur auf die „*donatio sub modo*“, d. h. die Auflagenschenkung (vgl. dazu § 2 C.V.3, S. 292 ff.), nicht aber die Vermischung eines Kaufs mit einer Schenkung bezogen habe.

fern sich die Absicht des Gebers auf diese Bereicherung richte – „eine wahre Schenkung enthalten“ sei. Ein und dieselbe Handlung könne also „zum Theil Schenkung, zum Theil ein anderes Rechtsgeschäft“ sein.

b) Bedeutung der Rechtsfrage unter dem gemeinen Recht

Das Interesse am *negotium mixtum cum donatione* speiste sich unter dem gemeinen Recht vor allem daraus, dass die Schenkung („*donatio*“) – jedenfalls diejenige im engeren Sinne[6] – unterschiedlichen rechtlichen Beschränkungen unterlag.[7] Die größte praktische Relevanz erlangte wohl das Formerfordernis der Insinuation[8], welches die

[6] Die Begrifflichkeiten der Schenkung im engeren und weiteren Sinne wurden in der gemeinrechtlichen Diskussion nicht einheitlich verwendet (vgl. hierzu *Kübel*, S. 146 ff.; *Burckhard*, S. 4 ff.; *Windscheid/Kipp*, Pandekten, Bd. 2, § 365 Fn. 5a, S. 547). Exemplarisch sei das Verständnis *Barons* (Pandekten, § 68, S. 131 f.) wiedergegeben, der zu ersteren nur „diejenige Liberalität“ rechnete, „welche eine Minderung des Vermögens des Zuwendenden […] und eine Vermehrung des Vermögens des Empfängers […] enthält“. Als Schenkung im weiteren Sinne betrachtete er demgegenüber „jede vermögensrechtliche Liberalität d. h. jedes Rechtsgeschäft, welches aus Gunst gegen den Empfänger auf unentgeltliche freiwillige Zuwendung eines Vermögensvortheils gerichtet ist“, wozu etwa auch Vermächtnis, Commodat (Leihe), Depositum (Verwahrung) oder Mandat (Auftrag) zählen sollten. Ähnliche Unterscheidungen finden sich z. B. bei *Arndts*, § 80, S. 132 ff.; *Bekker*, Pandekten, Bd. 2, § 102, S. 170; *Koeppen*, S. 3; *Savigny*, System, Bd. 4, § 143, S. 9 f., 14 ff.; *Schilling*, § 348 ff., S. 742, 757, 770; *Vangerow*, Bd. 1, § 121, S. 178; vgl. hierzu auch *Pruskowski*, S. 23. Die Differenzierung war vor allem von juristischem Interesse, weil sich die positiven Beschränkungen in Form des Schenkungsverbots zwischen Ehegatten und des Insinuationserfordernisses sowie das Widerrufsrecht nach der zur damaligen Zeit herrschenden Lehre nur auf Schenkungen im engeren Sinne bezogen (Obertribunal zu Berlin vom 25.06.1878, SeuffA 34, Nr. 206; *Bekker*, Pandekten, Bd. 2, § 102 Beilage I.C, S. 174 f.; *Vangerow*, Bd. 1, § 121, S. 178) bzw. – umgekehrt gesprochen – nur solche Liberalitäten, auf welche die Schenkungsregeln Anwendung fanden, als Schenkungen im engeren Sinne tituliert wurden (vgl. z. B. *Savigny*, System, Bd. 4, § 142, S. 5 ff., § 143, S. 15). Allerdings äußerten manche auch Zweifel daran, dass der einzelnen Schenkungsregeln zugrundeliegende Schenkungsbegriff „allgemeine Anwendung auf alle übrigen Schenkungsgrundsätze leidet“ (*Burckhard*, S. 8). Im Schrifttum zum BGB findet sich die Differenzierung zwischen Schenkungen im engeren und im weiteren Sinne nur noch vereinzelt, etwa bei *Leonhard*, SchuldR, Bd. 2, § 52, S. 101 ff.

[7] Insgesamt lässt sich feststellen, dass die gemeinrechtlichen Schenkungsregeln weniger auf die Regelung der Güterverschiebung als vielmehr darauf gerichtet waren, durch die Schenkung drohenden nachteiligen Auswirkungen zu begegnen (*Pruskowski*, S. 23; vgl. dazu *Savigny*, System, Bd. 4, § 142, S. 6: „Schenkung heißt jedes Rechtsgeschäft, bey welchem die angegebenen drey Rechtsregeln zur Anwendung kommen“).

[8] Das Insinuationserfordernis war zeitlich nachgelagert zu der 204 v. Chr. als Plebiszit erlassenen „*lex Cincia de donis et muneribus*“ durch eine Verordnung von *Constantius Chlorus* statuiert worden (*Pernice*, S. 7 f.). Mit dem Zweck, „das Factische der vorzunehmenden Schenkung zu constatiren, und insbesondere die ernstliche, überlegte Absicht des Schenkenden zu bekunden“ (*Goeschen*, Bd. 2, § 538, S. 450), sollten nicht nur die Interessen des Beschenkten geschützt, sondern zugleich den Fiskalinteressen des Kaisers an der Steuererhebung Rechnung getragen werden (*Kaser*, Römisches Privatrecht, Bd. 2, § 265 I.1, S. 395 m. w. N.; unter dem Anwendungsbereich des gemeinen Rechts wurde vor allem der Beweissicherungszweck sowie die Warnfunktion der Insinuation betont, vgl. RG vom 05.07.1881 – III 409/81, RGZ 5, 130 [132] und RG vom 03.02.1882 – III 529/81, RGZ 6, 181 [184]). Tatsächlich ging die Bedeutung der Regelung über das eigentliche Formerfordernis hinaus, denn mit der Schaffung einer selbständigen Form wurde die Schenkung, die im klassischen Recht noch kein besonderer Geschäftstypus, sondern in Form der *causa donandi* (bisweilen findet sich die Bezeichnung als „*causa lucrativa*“, mit der alle unentgeltlichen Rechtsgeschäfte angesprochen sind, vgl. *Koeppen*, S. 13) nur ein Rechtsgrund gewesen war (vgl. dazu *Kaser*, Römisches Privatrecht, Bd. 1, § 140 I.,

Wirksamkeit von Schenkungen in Höhe von über 500 Solidi[9] davon abhängig machte, dass sie behördlich bzw. gerichtlich protokolliert wurden.[10] Die unterlassene Insinuation hatte nicht die Nichtigkeit des gesamten Geschäfts zur Folge, sondern nur des die Grenze von 500 Solidi übersteigenden Teils der Schenkung; im Übrigen blieb das Geschäft gültig.[11] Daneben trat als weitere Sonderregelung das Verbot von Schenkungen unter Ehegatten,[12] welches im gemeinrechtlichen Diskurs zum *negotium mixtum cum donatione*[13] eine besondere Aufmerksamkeit erfuhr. In seiner Folge waren Schenkungen unter Ehegatten unwirksam und erlangten erst mit dem Tode des Schenkers Gültigkeit, sofern er sie bis dahin nicht widerrufen hatte.[14] Erst bei den Beratungen zum

---

S. 601 ff. m. w. N.) zu einem Geschäft eigener Art, welches – wie der Kauf – zugleich den Eigentumsübergang bewirkte (*Kaser*, Römisches Privatrecht, Bd. 2, § 265 I.1, S. 394 f. m. w. N.; *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, § 58 Rn. 3 f.). *Justinian*, der die Schenkung später auch als bloßes Versprechen verbindlich und damit zu einem durch Konsens begründeten *contractus* machte, erstreckte die Registrierungspflicht auch auf Schenkungsversprechen (*Kaser*, Römisches Privatrecht, Bd. 2, § 265 I.2, S. 396 m. w. N.). Allerdings nahm er – neben generellen Befreiungen für gewisse Schenkungen (nach Cod. 8.53.34. waren z. B. Schenkungen an den Kaiser oder an eine minderjährige Verlobte von der Formvorschrift eximiert, vgl. *Kaser*, Römisches Privatrecht, Bd. 2, § 265 I.2., S. 397 m. w. N.; zu weiteren Ausnahmen vgl. *Albers*, Dotalrecht, S. 639 [648 ff.]; *Bekker*, Pandekten, Bd. 2, § 103 Beilage I, S. 193 f.) – Schenkungen bis zu einer Höhe von 300 bzw. später 500 Solidi von der Formvorschrift aus, um deren Errichtung zu erleichtern und zu fördern (vgl. *Pernice*, S. 11 Fn. 46 m. w. N.; zu den Formerleichterungen vgl. auch *Savigny*, System, Bd. 4, § 166, S. 209 ff. und *Windscheid/Kipp*, Pandekten, Bd. 2, § 367 2. Fn. 3, S. 556). In dieser Form wurde das Insinuationserfordernis in die gemeinrechtliche Doktrin und in verschiedene Partikularrechtsordnungen (so etwa nach § 1056 des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen vom 02.01.1863 [Sächsisches BGB]: Bei Überschreitung von 50 Thalern jährlich oder eines Gesamtbetrages von 1.000 Thalern) übernommen und blieb dort bis zum Inkrafttreten des BGB erhalten (vgl. RG vom 05.07.1881 – III 409/81, RGZ 5, 130 [132]; RG vom 03.02.1882 – III 529/81, RGZ 6, 181 [183 ff.]; *Bremer*, JherJb 13 [1874], 89 [90]; *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, § 58 Rn. 5). Zur Entwicklung vgl. auch *Burchardi*, S. 822.

[9] Die Währung „Solidi“ wird mit „Goldgülden“ (so die Übersetzung von *Otto/Schilling/Sintenis* zu Cod. 8.53.34.1.) oder „Ducaten“ (so *Windscheid/Kipp*, Pandekten, Bd. 2, § 367 2., S. 556; OAG Dresden vom 08.05.1874, SeuffA 31, Nr. 137) übersetzt. Über den konkreten Wert eines Solidus bestanden Meinungsverschiedenheiten: Nach *Savigny*, System, Bd. 4, § 166, S. 210 f. waren 500 Solidi mit einem Wert von 1.400 preußischen Thalern umzurechnen (so auch OAG Rostock vom 01.12.1870, SeuffA 28, Nr. 223, S. 368 [369]), was später 4.200 Mark entsprochen hätte, *Dernburg*, Pandekten, Bd. 2, § 108 Fn. 4, S. 294; *Bekker*, Pandekten, Bd. 2, § 103 Beilage I, S. 193. Nach *Francke*, AcP 47 (1864), 337 (347) betrug der Umrechnungswert hingegen 1.555 5/9 Thaler, was später 4.666,67 Mark entsprach, so auch *Dernburg*, Pandekten, Bd. 2, § 108, S. 294; *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, § 58 Rn. 5. Für eine Umrechnung mit dem aktuellen Wechselkurs OAG Dresden vom 08.05.1874, SeuffA 31, Nr. 137. Vgl. hierzu auch *Windscheid/Kipp*, Pandekten, Bd. 2, § 367 2. Fn. 2, S. 556. Nach neuerem sächsischem Recht betrug die Grenze hingegen 1.000 Thaler, vgl. OAG Dresden vom 08.05.1874, SeuffA 31, Nr. 138.

[10] *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, § 17 Rn. 36 und § 58 Rn. 5. Zu den konkreten Anforderungen der Formvorschrift vgl. RG vom 05.07.1881 – III 409/81, RGZ 5, 130 (133 ff.) und RG vom 03.02.1882 – III 529/81, RGZ 6, 181 (184 ff.).

[11] Cod. 8.53.34.1. Vgl. auch *Bremer*, JherJb 13 (1874), 89 (157 f.). Zur Wirkung der unterlassenen Insinuation vgl. eingehend *Pernice*, S. 64 ff.

[12] Das römisch-rechtliche Institut, das unter dem gemeinen Recht unvermindert fortwirkte (vgl. nur *Windscheid/Kipp*, Pandekten, Bd. 3, § 509, S. 47 ff.), galt in dieser Form nicht für voreheliche Geschenke, vgl. *Albers*, Dotalrecht, S. 639 (648 f.).

[13] Vgl. hierzu etwa die Ausführungen von *Koeppen*, S. 53 ff.; *Savigny*, System, Bd. 4, § 154, S. 103.

[14] *Bremer*, JherJb 13 (1874), 89 (157); *Mallinckrodt*, S. 22; *Savigny*, System, Bd. 4, § 163, S. 172 ff.

Stichwortverzeichnis

Abfindungsausschluss 27, 328, 339, 349 ff., 947
Abfindungsanspruch der Gesellschafter 349 ff.
Absorption
– Vertragstypenbezogene siehe Absorptionstheorien
– Normbezogene 580, 779, 781, 835 f.
– Normbezogene Grenzwerttheorie siehe dort
Absorptionstheorien 411, 438 f., 441 ff., 510 ff., 517, 553, 594 f., 599, 605 f., 607, 714, 719, 764 f., 766 ff., 955 f.
– Entgeltlichkeitstheorie 512 ff., 516, 765, 768 f.
– Schenkungstheorie 510 ff., 516, 765, 768 f.
– Schwerpunkttheorie 515 f., 769 ff.
Äquivalenz
– Äquivalenzabsprache siehe Äquivalenzvereinbarung
– Äquivalenzchance 837
– Äquivalenzermessen 113, 122 ff., 246 ff., 271, 278, 342, 347, 354, 356, 601, 653 ff., 680, 682, 691, 778, 804, 829, 848, 850, 928, 944 f.
– Äquivalenzrisiko 304 f., 319, 346, 380, 837, 946,
– Äquivalenzstörung 227, 231 ff.
– Äquivalenzvereinbarung siehe dort
– Äquivalenzvermutung 800 ff., 865, 869
– Funktionale 240 ff., 259 f., 316, 494, 653, 803, 808, 856, 872, 874
– Gegenseitigkeit (Abgrenzung) 240 ff., 329
Äquivalenztheorien
– Funktionale 240 ff.
– Objektive 228 ff.
– Subjektive 234 ff.
– Subjektive Gleichwertigkeitstheorie 237 ff.
– Subjektive Mehrwerttheorie 235 ff.
Äquivalenzvereinbarung 233, 247 f., 304, 338, 341, 343, 354, 356 f., 369, 459, 795, 799, 836 f., 864, 871, 889 f., 893, 934, 936 f., 961 ff.
– Konkretisierte 797 f., 804, 836 ff., 848 f., 851, 863, 867, 873, 878, 889 f., 893, 927, 929, 932 f., 957, 959
– Verzicht auf konkretisierte 6, 257, 502, 652, 656 ff., 682, 803 f., 820, 829 ff., 931 f., 934, 952, 957, 959, 963 f.
Affektionsinteresse 102, 208, 213, 279, 673, 797, 802, 834 ff., 842, 849, 875 f., 883, 931 f.
Altenteil siehe Leibgedinge
Altruistisches Handeln 36, 154, 158, 160 f., 236, 329, 498
Analogie 31, 85, 114, 128, 133, 159, 191, 236, 351, 428, 459, 514, 553 f., 566, 577, 591 f., 594, 697 ff., 704 ff., 715, 721, 742 ff., 753 ff., 763, 774, 789, 791, 794, 798, 804, 806, 808, 809, 812, 816, 820, 853 ff., 856 ff., 926, 934, 955, 957, 960
– Analoge Anwendung des § 139 BGB 532, 546 ff., 678, 681, 690
– Analoge Anwendung des § 366 BGB 428, 430
– Analoge Anwendung von Haftungserleichterungen beim Auftrag 496 ff.
– Analogieverbote siehe Ausnahmevorschriften
– Einheitstheorie (*Müller*) 596, 775
– Gesamtanalogie siehe Typologik
– Regelungslücke 498, 754 ff.
– Theorie der analogen Rechtsanwendung (*Schreiber*) 439, 440 f., 442 f., 448, 577, 764
– Typologik (Abgrenzung) 726 ff.
– Vergleichbarkeit der Interessenlage 498, 751, 760 ff.
Anfängliche Unmöglichkeit siehe Unmöglichkeit
AnfG 163, 166, 199, 208, 358
Animus donandi 9, 12, 35 f., 41 f., 116 f., 152 ff., 191, 208, 346, 502, 942

Annahmefiktion (§ 516 Abs. 2 BGB) 150, 470, 794, 820, 822, 828, 854, 928, 957, 960
Annahmeverweigerung siehe Leistungszuordnung
Anschlagswert 256, 650, 654, 657 ff., 690, 770, 781, 797, 858, 878, 927 f., 962
Auflagenschenkung 14, 30, 110 ff., 120, 130 ff., 301 ff.
– Auflage 128, 301
– Entgeltlichkeit (Abgrenzung) 185, 188, 190, 193, 205 ff., 227, 260, 263, 301 ff.
– Bereicherung siehe dort
– Gemischte Schenkung (Abgrenzung) 292 ff., 946
– Nebenzweckbestimmung 131, 301 f., 305 ff.
– Synallagma (Abgrenzung) 304 ff.
– Umfang der Schenkung 139 f., 142 f.
– Vorleistungspflicht 135, 297, 308 f., 946
– Vorweggenommene Erbfolge 274 ff., 321 ff.
Aufstockung des Kaufpreises 674, 682, 878 f., 962
Auftrag
– Gemischter 20, 22, 29, 434, 450, 500
– Haftung 496 ff.
– Schenkung (Abgrenzung) 13, 64, 66, 91, 95 ff., 136 ff., 450, 501
– Unentgeltlichkeit 161, 357 ff.
– Vertragsbeendigung 499
Ausgabenersparnis siehe Zuwendung
Auslegung von Gesetzen 36 ff., 639
– Bedeutung der Einleitungsnormen zu den Vertragstypen 627, 631, 712, 717, 725 ff., 736, 742, 747, 762, 786, 855, 954
– Bedeutung des historischen Elements 609 ff.
Auslegung von Verträgen 267 ff.
– Auslegungsregel des § 139 BGB 546 ff.
– Ergänzende Vertragsauslegung 418 ff., 661 ff., 697, 793, 815, 852 f., 952, 960
– (Hypothetischer) Parteiwille 418 f., 569, 595, 599, 614 ff., 639 ff., 660 ff., 951
– Vertragstypenbezeichnung 268 ff.
– Verträge bei persönlicher Bindung und vorweggenommener Erbfolge 272 ff.
Ausnahmevorschriften
– Analogieverbot 748 f., 751 ff.
– Enge Auslegung 749 ff.
Ausscheiden eines Gesellschafters siehe Gesellschaft
Austauschvertrag 13 f., 16, 19, 65, 171 f., 181, 185, 231, 234, 235, 242, 244, 278, 290 ff., 295, 305, 308, 318, 325, 355, 372, 387, 390, 435, 526, 550, 684, 707 f., 872

Bagatellgrenze 584, 714 ff.
Begrifflich-kategoriales Verständnis 557, 700 ff., 724, 728, 732 ff., 954
Belohnende Schenkung 128, 159, 182, 185 f. 191 ff.
Bereicherung (als Schenkungsmerkmal) 5, 8, 63, 65, 88, 94, 101 ff., 144, 253 f., 364, 501, 517, 569, 780, 941
– Auflagenschenkung 130 ff., 303, 306, 309
– Bereicherungsobjekt 335
– Bereicherungswille 347
– Einseitige Bereicherungsermittlung 111 f., 129 f., 143
– Funktionen des Bereicherungsmerkmals 104 ff.
– Gemischte Schenkung 105 ff., 112 ff., 144, 807, 931
– Immaterielle 136 ff.
– Inhalt des Bereicherungserfordernisses 101 ff.
– Objektiver Bereicherungsbegriff 110
– Subjektiver Bereicherungsbegriff 110, 132 ff.
– Saldierende Gesamtbetrachtung 5, 108 ff., 112 ff., 170 f., 501, 941
– Schenkung als allgemeiner Bereicherungstatbestand 61
– Unentgeltlichkeit (Abgrenzung) 106 ff., 115 ff.
– Vermögensmehrung 42, 52, 62, 92, 101 ff., 121, 131, 149, 327
Bereicherungsabsicht siehe *Animus donandi*
Beurkundung siehe Form der Schenkung
Beweis
– Beweiserleichterung siehe Tatsächliche Vermutung
– Beweislastverteilung 89, 264 ff.

Causa credendi 3, 147 f., 196, 258 f., 295, 522
Causa donandi siehe Zuwendungszweck
Causa societatis siehe Gesellschaft
Causa solvendi 3, 147, 174

Darlehen, unentgeltliches
– Gemischtes 13, 19 f., 22, 29, 434, 500
– Schenkung (Abgrenzung) 66, 81 ff., 91, 94 ff., 434, 501
Daten als Entgelt siehe Entgeltlichkeit
Datenschutzgrundverordnung siehe DSGVO
DCFR 512, 914
DID-RL 217, 943
Dienstvertrag, unentgeltlicher
– Auflage 312
– Digitale siehe DID-RL
– Einheitlicher Vertrag 401
– Entgeltcharakter 202, 208 f.
– Gemischter 29, 434, 467, 500, 537
– Schenkung (Abgrenzung) 66, 68, 76, 81 ff., 98, 501
– VR-RL 489 f., 911, 921 f.
Digitale-Inhalte-Richtlinie siehe DID-RL
Dispositives Recht 4, 146, 356, 456, 590, 650 f., 658 f., 669 ff., 681, 786 ff., 791, 801 f., 815 f., 853, 952
– Ergänzende Vertragsauslegung (Abgrenzung) 418, 661, 665 ff., 682, 697
– Funktion 623 ff., 632 ff.
Donatio sub modo siehe Auflagenschenkung
Do ut des 179, 223, 245, 295, 297, 317 f., 321
Draft Common Frame of Reference siehe DCFR
Dresdener Entwurf 56, 464, 498, 602 ff.
Dritte
– Ausgleichszahlungen an Dritte 321
– Bereicherung eines Dritten 131, 136, 139, 141, 293
– Drittübliche Rabatte 920
– Leistungen Dritter 183
– Schutzwürdige Interessen Dritter 127, 150, 158 f., 168, 197, 199, 202, 204, 262 ff., 350, 358, 379 f., 465, 491, 502, 619, 631, 677, 768 f., 806 f., 819, 847, 880, 882, 945
– Unentgeltlichkeitsvermutung siehe Unentgeltlichkeit
DSGVO (Datenschutzgrundverordnung) 215 ff., 943
Dual-use 905 ff.
Dualismus von Verbraucher- und Unternehmerbegriff 912 ff.
Duldung der Zwangsvollstreckung siehe Zwangsvollstreckung
Einheitlichkeit des Geschäfts siehe Verbindungsgrade
Einheitstheorie 412, 505, 510, 519 f., 530, 541, 552 ff., 563, 566, 592 ff., 606, 616, 694 ff., 744, 775 f., 790, 949 f., 956
Einigung (über die Unentgeltlichkeit) siehe Unentgeltlichkeit
Erste Kommission siehe Kommission
Entgelteignung siehe Entgeltlichkeit
Entgeltlichkeit
– Äquivalenz siehe dort
– Auflage (Abgrenzung) siehe dort
– Austauschvertrag siehe dort
– Daten als Entgelt 205, 213 ff., 943
– Entgelteignung 204 ff., 247 f., 942 f.
– Erfüllungshandlungen 58 ff., 104, 133, 147 f., 162 f., 165, 173 ff., 194 ff., 199, 204, 422 f., 433, 942, 948
– Formelle Entgeltlichkeit 177 ff., 193, 203 ff., 241, 247 f., 253, 255
– Gegenleistung als Geschäftsgrundlage 184, 192
– Ideelle Gegenleistungen siehe Entgeltlichkeit – immaterielle Gegenleistungen
– Immaterielle Gegenleistungen 156, 207 ff., 224, 226, 239, 242, 248, 346, 943
– Immaterielle Motive 278 f.
– Kausale Verknüpfung 178, 183 ff., 226, 241, 245, 247, 255, 298, 304, 309, 318, 337, 502, 903, 942
– Konditionale Verknüpfung 178 f., 182 f., 185, 187, 189 f., 192 f., 203 f., 226, 228, 241, 245, 247, 255, 298, 304, 309, 318, 337, 502, 942
– Materielle Entgeltlichkeit 177, 182, 204, 227 ff., 260, 943 f.
– Nachträgliche Verknüpfung mit Gegenleistung 193 ff.
– Synallagmatische Verknüpfung 23, 172, 178 ff., 185, 188 ff., 191 ff., 203, 223, 226, 241, 245, 247, 255, 297, 304, 307 ff., 318 f., 464, 502, 716 f., 942
– Übernahme dinglicher Lasten 205 f., 227, 574, 943
– Vorweggenommene Erfüllungshandlungen 194 ff.
– Wirtschaftlicher Entgeltbegriff 186 f.
Entgeltlichkeitstheorie siehe Absorptionstheorien

Erfüllung
– Auflagenerfüllung 133, 135, 143, 193, 299, 302, 305 f., 310 f., 656,
– Erfüllungsinteresse 472, 475, 497, 860 f., 895, 937
– Erfüllungssurrogat 936
– Nacherfüllung siehe dort
– Vorweggenommene Erfüllungshandlungen siehe Entgeltlichkeit
Ergänzende Vertragsauslegung siehe Auslegung von Verträgen
Erwerbsverzicht siehe Zuwendung

Fehlkalkulation 134, 304, 837
Form der Schenkung
– Beurkundungsgegenstand 824
– Beurkundungsinhalt 825 ff.
– Anwendbarkeit und Reichweite des Formerfordernisses 389 f., 405, 519, 531 ff., 546 ff., 552, 556, 558 ff., 564, 579 f., 583 ff., 591, 753, 778 ff., 788 ff., 805, 819, 821, 824 ff., 884 ff., 958 f.
– Rechtfolgen fehlender Beurkundung 827
– Zweck der Formvorgabe 77, 190, 470, 641
Formelle Entgeltlichkeit siehe Entgeltlichkeit
Freie Typenbestimmung siehe Vertragstypenordnung

Gebrauchsüberlassung, unentgeltliche siehe Leihe
Gegenseitigkeit
– Äquivalenz (Abgrenzung) siehe dort
– Gesellschaft siehe dort
Gekoppelte Verträge siehe Verbindungsgrade
Gemischte Leihe siehe Leihe
Gemischte Verträge siehe Verbindungsgrade
Geschäftsgrundlage
– Äquivalenz 227, 241, 244
– Gegenleistung 184, 192
– Motive 145
– Störung / Wegfall 133, 155 ff., 184, 756, 784, 795, 805 f., 820, 835
– Wertverhältnis 133, 135, 227, 241, 244
– Zusammenhängende Verträge siehe Verbindungsgrade
Gesellschaft
– Abfindungsausschluss 336, 339, 348 ff.
– Altruistische siehe Gesellschaft – ideelle
– Ausscheiden eines Gesellschafters 27, 348 ff.
– Bereicherungsobjekt 335
– *Causa societatis* 330 f.
– Einbuchungsfälle 333 ff.
– Eintritt eines Gesellschafters 331 ff.
– Entgeltlichkeit 325 ff.
– Gegenseitigkeit 329
– Gemischte Schenkung 336 ff.
– Gesellschafteraustausch 332 f.
– Ideelle 329 f.
– Leistungen in der laufenden Gesellschaft 343 ff.
– Zuwendungsobjekt 331 ff.
Gewerblichkeit unentgeltlicher Leistungen 904 f.
Gewinnerzielungsabsicht 330, 902 f., 919
Grobes Missverhältnis siehe Missverhältnis

Haftungsfreistellung 641
Haftungsprivilegien des Schenkers siehe Mängel – Privilegierung des Schenkers
Handschenkung 41, 43 ff.
Hypothetischer Parteiwille siehe Auslegung von Verträgen

Ideelle
– Gesellschaft siehe dort
– Motive 236, 239, 248, 278 f.
– Teilbarkeit der Leistung siehe dort
– Vorteile siehe Zuwendung
Immaterielle
– Bereicherung siehe dort
– Gegenleistung siehe Entgeltlichkeit
– Zuwendungsgegenstände siehe Zuwendung – Zuwendungsobjekt
Inhaltliche Vertragsfreiheit siehe Vertragstypenordnung
InsO 163, 166, 208, 358
Irrtum über Wertverhältnisse 133, 151, 233 f.

Kartoffelpülpefall 153 f., 471, 483
Kausale Verknüpfung siehe Entgeltlichkeit
Klassenbegriff 724 f., 730
Kombinationstheorie 439 ff., 446, 557 ff., 581, 593 f., 699, 720 ff., 731 ff., 741, 764 f., 767, 773 ff., 791, 954, 956
Kombinierende Methode 443 ff.

Kommission
– Erste Kommission 24, 42, 44, 59, 115, 119, 191, 200, 208, 232, 298 f., 459, 464, 498, 604 ff., 613, 648, 707, 713, 746, 753, 758 f., 766 f., 783, 792, 794, 951
– Zweite Kommission 42, 68, 77, 87, 89, 92, 98 f., 117, 121, 160, 299, 376, 378, 429, 473, 481, 483, 498, 629, 653, 808
Konditionale Verknüpfung siehe Entgeltlichkeit
Konfliktvermeidung
– Sachverhaltsebene 595, 683 f.
– Normebene 595 f., 859
Kontinuitätsthese 558, 578, 778 ff., 784, 956

Laesio enormis 123 f., 229 ff., 606
Leibgedinge 273, 277, 321
Leihe
– Doppelleihe 181 f.
– Gemischte 20 ff., 29, 66 ff., 434 ff., 450, 454, 493 ff., 757, 764
– Haftung 495 f.
– Schenkung (Abgrenzung) 13, 64, 66, 75 ff., 82 ff., 91, 95 ff., 140, 450, 501
– Unentgeltlichkeit 161, 357 ff.
– Vertragsbeendigung 499
Leistungsverweigerungsrecht 231, 305, 470, 822
Leistungszuordnung
– Annahmeverweigerung 425
– Gesetzliche Tilgungsreihenfolge 423 ff.
– Mängel 425 ff.
– Tilgungsbestimmung 423 ff., 503

Mängel
– Rechts- und Sachmängel 12, 21, 62, 133 f., 298, 305, 422, 425 ff., 465, 520 f., 528, 532 ff., 548, 561, 565, 587, 592, 650, 689, 775, 781, 796 ff., 823, 857, 860 ff., 888 ff., 906, 926, 934 ff., 957, 961
– Privilegierung des Schenkers (§§ 523, 524 BGB) 465, 470 ff., 776
– Mangelfolgeschaden 471, 475 ff., 586, 857, 861
Mangelfolgeschaden siehe Mängel
Materielle Entgeltlichkeit siehe Entgeltlichkeit
Mehrwerttheorie siehe Trennungstheorien
Methodenoffene Rechtsanwendung 444 f., 565 ff.
Minderung 224 f. 234, 534, 556 f., 559, 565, 580 f., 592, 657, 660, 775, 777, 796 ff., 803 f., 820, 824, 860 ff., 866, 889 f., 893 f., 934, 957 f., 961
Missverhältnis (von Leistung und Gegenleistung)
– Indizwirkung Unentgeltlichkeit 271 f., 278, 281 f., 288, 379, 945
– Tatbestandsmerkmal einer gemischten Schenkung 20, 113, 125, 253 f.
– Tatsächliche Vermutung siehe dort
– Wucher 124, 229 f., 26
Mittel der Schenkung
– Begriff und Bedeutung 53, 940
– Minderung 797, 799
– Preisnachlasstheorie 549 f., 685
– Qualifizierung 643 ff., 647, 650, 659 f., 679, 681, 690 ff., 781, 791, 798, 810 ff., 822, 828 f., 838, 852, 859, 878, 951 ff., 958, 960
– Quantifizierung 534 ff., 541 f., 645, 650, 659 f., 679, 681, 690 ff., 781, 791, 797, 799, 803, 810 ff., 828 f., 837, 852, 858 f., 878, 951 ff., 958, 960
– Teilbarkeit der Leistung 539 ff.
– Theorie vom schenkweisen Vertragsschluss 568
– Trennungstheorie 522 ff., 549, 688 ff.
– Übergewichtstheorie 833
– Versprechensschenkung 62

Nacherbe siehe Vorerbe
Nacherfüllung 427 f., 488, 690, 822 f., 859, 884, 887 ff., 893 ff., 934 f., 962, 964
Nachträgliche Unmöglichkeit siehe Unmöglichkeit
Nebenpflichtverletzung 482 ff., 858
Nebenzweckbestimmung siehe Auflagenschenkung
Negativregelungen 488, 789
Negotium mixtum cum donatione 1, 7, 9 ff., 500 f.
Nichtigkeit
– § 138 BGB 266
– § 139 BGB 383, 389, 410, 520, 532, 546 ff., 551 f., 570, 580, 584 f., 677 ff., 952 f.
– §§ 2113 Abs. 2, 2205 S. 3 BGB 817, 844, 885, 929, 962
– Formnichtigkeit 523, 531 f., 570, 591, 827, 884 f., 887, 929, 958, 962

– Gemeines Recht 10, 508 f., 513
– Heilung durch Kaufpreisaufstockung siehe Aufstockung des Kaufpreises
Nichtleistung trotz Möglichkeit 479, 935
Nichtumsatzverträge 17, 21 ff., 172, 939
Nießbrauch 71 ff., 205, 207, 293, 943
Normbezogene Grenzwerttheorie (*Hoeniger*) 560, 732, 765, 777 f.
Normzweck
– Äquivalenzbezug 795 ff., 889 f., 935
– Bedeutung für die Rechtsfindung 787, 790 ff., 853 f., 884, 886, 957
– Normzwecktheorie 448 f., 566, 574 ff., 583, 589, 813 ff., 950
Notarielle Form siehe Form der Schenkung
Nutzungsersatz
– § 346 Abs. 1 BGB 864, 961
– § 818 Abs. 1 BGB 78 f., 838 ff., 851, 860, 959, 961
– § 988 BGB 365, 492, 824, 856, 860, 938, 958, 961, 964
Nutzungsüberlassung, unentgeltliche siehe Leihe

Objektiver Ersatzmaßstab siehe Objektive Werte
Objektive Werte
– § 346 Abs. 2 BGB 963
– Auflage 132, 135
– Bereicherung 144, 168
– Ersatzmaßstab, Äquivalenzermessen 6, 125, 281, 364, 536 f., 652 ff., 660, 658, 669, 676, 680, 682 f., 685, 691, 870 ff., 928, 929 ff., 952, 961, 963 f.
– Missverhältnis siehe dort
– Nacherfüllung 895, 898
– Proportionalitätsmethode 234, 797, 800
– Übergewichtstheorie 832

Personen mit enger persönlicher Bindung 272 f., 277 ff., 288, 945
Parteiwille
– Auslegung siehe dort
– Einfluss auf die Rechtsfindung 614 ff., 851 ff.
– Hypothetischer siehe Auslegung von Verträgen
– Wirtschaftlicher Schwerpunkt 788, 814, 820, 831 ff., 850, 875 f., 885, 927 f., 931, 933, 950, 959, 962
Parteiliches Äquivalenzermessen siehe Äquivalenz
Planwidrige Regelungslücke siehe Analogie
Pflichtteilsergänzung 150, 170, 199, 209, 279 ff., 339, 351 f., 356 f., 492 f., 521, 807, 824, 860, 938, 958
Preisnachlass
– Einigung über Unentgeltlichkeit 920
– Gegen Nutzung von Daten 205
– Preisnachlasstheorie 235, 525, 549 ff., 562, 593, 595 ff., 606, 655, 683 ff., 695, 949 f., 953
– Zuwendung 524 f.
Privilegierung des Schenkers siehe Mängel

Qualifizierung des Mittels der Schenkung siehe Mittel der Schenkung
Quantifizierung des Mittels der Schenkung siehe Mittel der Schenkung
Quote
– Fehlen einer Quotenabsprache 257 f., 316 f., 502, 615, 643, 656 f., 676, 691 ff., 770, 927 ff., 934, 945, 952
– Ideelle Quote 547, 645 ff.
– Quotentheorie siehe Trennungstheorien
– Vorliegen einer Quotenabsprache 256 f., 316, 650 ff., 659, 690, 797, 799, 803, 828, 832 f., 848 ff., 852, 858 f., 895, 944 f., 958 f.
Quotentheorie siehe Trennungstheorien

Reale Teilbarkeit siehe Teilbarkeit
Rechtsfindungsziel 833 f., 858
Rechtsfortbildung
– Analogie siehe Analogie
– Wortsinngrenze 744 ff.
Rechtsmangel siehe Mängel
Redaktoren, Vorentwürfe 33, 602 ff., 628
Rücktritt 123, 180, 488, 532, 822 ff., 862 ff., 929 f., 961, 963

Sachmangel siehe Mängel
Saldierende Perspektive siehe Bereicherung
Schadensersatz
– neben der Leistung 485, 561, 581, 585 f., 660, 824, 860, 938
– Quotenbildung 861 f.
– Privilegierung des Schenkers (§§ 523, 524 BGB) siehe Mängel
– Rentabilitätsvermutung 800

– statt der Leistung 180, 413, 471 ff., 482, 533, 561, 581, 585 ff., 660, 824, 857, 860 ff., 889, 897, 906, 935 ff., 964
– Verschulden siehe dort
Schenkung
– Abgrenzungen siehe Auftrag; Darlehen; Leihe; Verwahrung; Werkvertrag
– Handschenkung siehe dort
– Remuneratorische siehe Belohnende Schenkung
– unter Auflage siehe Auflagenschenkung
– Vertragscharakter 41 ff., 149 ff.
– Zweckschenkung siehe dort
Schenkungssteuer 85 f., 104, 334 f., 340
Schenkungstheorie siehe Absorptionstheorien
Schenkweiser Vertragsschluss, Theorie 562 ff., 590, 593 f., 686 ff., 695, 949, 953
Schutzgebühr 291 f.
Schweigen, beredetes 758
Schwerpunktbetrachtung
– DCFR siehe dort
– Dual-use-Fälle 905 ff., 963
– Erscheinungsformen 731 f.
– Gemeines Recht 540
– Normbezogene Schwerpunktbetrachtung 560, 572 f., 846 f., 880, 885 f., 894
– Probleme der Schwerpunktermittlung 769 ff., 956
– Schwerpunkttheorie siehe Absorptionstheorie
– Typenkombinationsverträge 439, 447 ff., 494, 739, 741, 766
– Typologik siehe dort
– Übergewichtstheorie siehe dort
– Wirtschaftlicher Schwerpunkt siehe Parteiwille
Singularia non sunt extendenda siehe Ausnahmevorschriften
Strafrechtliche Wertungen als Maßstab 717 ff., 741
Sui generis, Geschäft 74, 114, 128, 154, 159 f., 553, 566, 700, 706, 708 f., 715, 727, 733, 738, 742, 771, 787, 791, 954
Symbolischer Preis 290 f.
Synallagma siehe Auflagenschenkung; Entgeltlichkeit

Tatrichterliche Würdigung 264 ff., 279 ff.
Tatsächliche Vermutung 150 f., 167, 251 f., 265, 281 ff., 368, 379 f., 502, 945, 947
Teilbarkeit der Leistung
– Ideelle 412, 414, 416, 528 ff., 541 ff., 551, 643, 645 ff., 659, 690, 692 f., 822, 838
– Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern 413, 430
– Reale 7, 18, 65, 381 ff., 400 f., 411 ff., 432 f., 503, 538 ff., 591, 645 ff., 659 f., 682, 691 f., 781, 796, 822 f., 830, 859, 878, 947 f., 951 f.
– Wertmäßige 538 ff., 691
Teilbarkeit von Rechtsfolgen 659 f., 719, 859 f., 961
Teilherrschaftsbefugnisse 72 f., 79 ff., 94 f., 100
Testamentsvollstreckung 163, 280, 359 ff., 492, 555, 574, 813, 817, 845, 848 f., 886
Tilgungsbestimmung siehe Leistungszuordnung
Trennungsgedanke 821 ff., 859 ff.
Trennungstheorien 5, 14, 299, 411, 445, 509 f., 517 ff., 534 ff., 552 ff., 581, 594 ff., 600 f., 615, 676, 683, 688 ff., 821 ff., 828, 859, 950 ff.
– Gemilderte 568, 593
– Grundvorstellung in den Motiven 605 ff.
– Mehrwerttheorie 510, 524 ff., 540 f., 544, 584, 643 ff., 688 ff., 695, 953
– Quotentheorie 299, 510, 524, 528 ff., 540 ff., 586, 645 ff., 690 ff., 877, 879, 881
Typenbestimmung siehe Vertragstypenordnung – Freie Typenbestimmung
Typenkombinationsverträge 381, 433 ff., 460, 466 f., 503, 510, 516, 561, 567, 593, 597, 680, 708 ff., 727, 738 ff., 766, 770, 775, 948 f., 954
Typenverschmelzungsverträge 381, 386, 451 ff., 503, 727, 738, 770, 948
Typenzwang siehe Vertragstypenordnung
Typologik 36, 297, 446 f., 449, 576 ff., 700, 710, 720, 722 ff., 736 ff., 761, 950, 954
Typologisch-teleologische Ansätze siehe Typologik

Übergabeverträge siehe Vorweggenommene Erbfolge
Übergewichtstheorie 266, 516, 527, 536, 555, 571 ff., 579 f., 583, 589 f., 593, 599, 615, 649, 732, 765, 815 ff., 830 ff., 874 f., 883, 932, 950, 959
Umsatzgeschäft siehe Austauschvertrag

Unbenannte Zuwendungen 154 ff.
Unentgeltlichkeit
– Einigung 144 ff., 250 f., 941
– Objektive 63 f., 107 f., 115 f., 168, 170, 250, 352, 502, 941
– Objektiv-subjektives Verständnis 162, 166 ff., 170, 249 f.
– Preisnachlass siehe dort
– Rechtsgeschäftlicher Unentgeltlichkeitsbegriff 380, 502, 947
– Subjektives Verständnis 169 f., 249 ff., 502, 941
– Unentgeltlichkeitsvermutung 251, 262, 265, 271, 278 ff., 342, 654, 929, 945, 947
Unmöglichkeit
– Anfängliche 26, 480 ff.
– Nachträgliche 479
– Teilunmöglichkeit 414
Unternehmer 214 ff., 490, 899 ff., 902 ff., 963

Verbindungsgrade
– Einheitlichkeit des Geschäfts 17, 65, 381 f., 381 ff., 436, 503 f.
– Gekoppelte Verträge 393 ff.
– Gemischte Verträge 397 ff., 432 f., 437 ff.
– Vertragseinheiten 7 f., 391, 393 ff., 405 ff., 433, 503
– Vertragsmehrheiten 7, 391 ff., 405, 408, 419, 432 f., 503, 948
– Vertragsverbindungen 391 f., 397, 406 ff.
– Zusammengesetzte Verträge 391, 393 ff., 408 ff., 432 f., 503, 645, 679, 852, 948
– Zusammenhängende Verträge 386, 391 ff., 398 f., 405 f., 408, 410
Verbrauchsgüterkauf 899 ff.
Verbraucherschutz 489 f., 898 ff.
Verfügungsbeschränkungen (§§ 2113 Abs. 2, 2205 S. 3 BGB) 59, 163, 169, 202 f., 263, 357 ff., 574 f., 589 f., 788 f., 806 f., 817, 819 f., 844 ff., 884 ff., 929, 943, 950, 959
Vergleich (§ 779 BGB) 164, 181, 288 ff., 945
Vergleichbare Interessenlage siehe Analogie
Vermögen
– Vermögensbegriff 63 ff., 940
– Vermögensmehrung siehe Bereicherung
– Vermögensminderung siehe Zuwendung
Verschulden
– Kontinuität (*Hoeniger*) 558, 560 f., 739, 781 ff.
– *Culpa in concreto* 373, 470, 782 f.
– *Culpa levis* 488, 560
– *Culpa lata* 560
– Privilegierung § 521 BGB 465, 470 ff., 479 ff., 776
Versprechensschenkung 41 ff., 58 ff., 939 f.
Vertragsbeendigung 499
Vertragscharakter der Schenkung 41 ff.
Vertragseinheiten siehe Verbindungsgrade
Vertragsfreiheit siehe Vertragstypenordnung
Vertragsmehrheiten siehe Verbindungsgrade
Vertragstypensystem siehe Vertragstypenordnung
Vertragstypenbezeichnung siehe Auslegung von Verträgen
Vertragstypenordnung
– Einleitungsnormen 43, 106, 627, 631, 704, 717, 726, 734, 736, 742, 954
– Freie Typenbestimmung 617 ff.
– Funktion 619 ff.
– Typenzwang 621 ff., 652, 710, 747
– Vertragsfreiheit, inhaltliche 124, 143, 170, 233, 246 f., 259, 404, 625 ff., 656, 670, 681, 685, 719, 771 f., 802, 815, 951
Vertragsverbindungen siehe Verbindungsgrade
Vertretbare Sachen 18, 387, 414 ff., 543
Verwahrung, unentgeltliche
– Gemischte 19, 22, 66, 495 f., 500
– Schenkung (Abgrenzung) 64, 91
– Unregelmäßige 439, 713, 716
Verzug 425, 479, 533
Verzugszinsen 470, 488, 559, 777, 824, 860, 958
Vorentwürfe der Redaktoren siehe Redaktoren
Vorerbe 163, 359 ff., 492, 519, 555, 574 f., 806, 816, 845, 848 f., 886
Vorkaufsrecht 283, 287, 491, 493, 554 f., 792 ff., 820, 854, 957
Vorleistungspflicht siehe Auflagenschenkung
Vorweggenommene Erbfolge 3, 272 ff., 321 ff., 333, 572, 641, 945
Vorweggenommene Erfüllungshandlung siehe Erfüllung

Wahlrecht 430, 539, 545 ff., 551, 568, 570, 582, 587 ff., 676, 814, 841 ff., 851, 875 f., 881, 933, 962
Wegfall der Geschäftsgrundlage siehe Geschäftsgrundlage
Wertersatz 225, 531, 569, 573 f., 581 f., 587, 590 f., 615, 672, 689, 692, 765, 811 f., 814, 818, 833 ff., 865 ff., 883, 887, 930 ff., 959, 961 ff.
Wertmäßige Teilbarkeit siehe Teilbarkeit
Werkvertrag, unentgeltlicher
– Gemischter 19 f., 81, 387, 457, 459, 704 f.
– Schenkung (Abgrenzung) 81
– Typenkombinationsvertrag siehe dort
Wertverhältnis
– Äquivalenzermessen siehe Äquivalenz
– Äquivalenzrisiko siehe Äquivalenz
– Auflage 304 f., 309
– Beweislast 261 ff.
– Geschäftsgrundlage siehe dort
– Irrtum siehe dort
– Minderung siehe dort
– Objektives 122 ff., 169, 229 f., 234, 238 f., 248 f., 251 ff., 265 f., 280, 369, 375, 380, 536, 572, 652 ff., 801, 866, 870, 944, 961
– Paritätisches 844
– Subjektives 650 ff.
– Trennungstheorie 522, 528, 536
– Verzicht auf Konkretisierung 257, 502
– Tatsächliche Vermutung siehe dort
– Verzicht auf Äquivalenzvereinbarung siehe Äquivalenzvereinbarung
Wertvorstellungen der Parteien 112 ff., 125, 129, 166, 234, 237 ff., 245, 257, 262, 265, 316 f., 502, 649, 653, 658, 921, 928
Widerrufsrecht
– § 312 ff., 355 ff. BGB 489 ff., 901
– § 530 BGB 587 ff., 784 ff., 805 f., 874, 931
Willkürgrenze 280 f.
Wirtschaftlicher Entgeltbegriff siehe Entgeltlichkeit
Wirtschaftlicher Schwerpunkt siehe Parteiwille
Wohnrecht 71 ff., 206 f., 273, 277, 293, 300, 313, 319 ff., 832, 943
Wortsinngrenze 744 ff., 954
Wucher siehe Missverhältnis

Zuordenbarkeit von Leistungsteilen 415 ff., 643
Zurückbehaltungsrecht 575, 842, 847, 850 f., 960
Zusammengesetzte Verträge siehe Verbindungsgrade
Zusammenhängende Verträge siehe Verbindungsgrade
Zwangsvollstreckung 876 ff.
Zuwendung
– Ausgabenersparnis 57, 64, 88 ff., 96, 105
– Gesellschafterstellung siehe Gesellschaft
– Erwerbsverzicht siehe Zuwendung – Ausgabenersparnis
– Ideelle Vorteile 208, 210, 212 f.
– Mehrwert 527
– Preisnachlass siehe dort
– Vermögensminderung 52, 99, 105, 111, 126, 157, 215, 334, 807
– Zuwendungsobjekt 63 ff., 102, 132, 335
– Zuwendungswille 347
Zuwendungszweck (*causa donandi*) 3, 45, 47 f., 64, 124, 144 ff., 158, 188, 196 f., 200, 236, 258 f., 295, 306, 335, 347 f., 462 f., 503, 517, 522, 524, 643, 655, 864, 872, 941, 946 f.
Zweckschenkung 138, 184 f., 187 ff., 193, 196
Zweckwürdigungstheorie 506, 521, 573, 582 ff., 593 f., 614, 777, 788, 790, 814 ff., 821, 830, 949 f.
Zweite Kommission siehe Kommission
Zwingendes Recht
– Ergänzende Vertragsauslegung siehe Auslegung von Verträgen
– Vorrang 628 ff., 651 f., 786 ff., 885 ff., 899, 917 ff., 951 f., 955, 957, 960, 962