

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 Vertragstypsensystem: 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
<i>A. Bedürfnis nach einem konsistenten Rechtsfindungskonzept</i>	599
<i>B. Fehlende gesetzliche Normierung und Erwägungen des historischen Gesetzgebers</i>	600
<i>C. Bedeutung des Parteiwillens für die Rechtsfindung</i>	614
<i>D. Würdigung der konfliktvermeidenden Ansätze</i>	683
<i>E. Würdigung der Ansätze, die eine Konfliktauflösung auf Normebene anstreben</i>	696
<i>F. Folgerungen für die Rechtsfindung bei gemischten Schenkungen</i>	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 <i>negotium mixtum cum donatione</i> 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 <i>negotium mixtum cum donatione</i> 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

<i>B. Divergierende Schenkungsverständnisse als zentraler Unsicherheitsfaktor bei der Qualifikation als gemischte Schenkung</i>	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 Zuwendungsbumpriffs	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 Zuwendungsbumpriffs	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 (<i>causa donandi</i>)	144
2. Vertragscharakter der Schenkung	149
3. Bedeutung des <i>animus donandi</i> unter der Konzeption des BGB . .	152
a) Problemstellung	152
b) Meinungsstand	152
aa) Position der h. M.: Verzicht auf das Erfordernis eines <i>animus donandi</i>	152
bb) Gegenposition: Erfordernis eines <i>animus donandi</i>	153

c) „Unbenannte Zuwendungen“ als Hauptschauplatz der Diskussion um den <i>animus donandi</i>	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) Äquivalenzermessung 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 Parteierklärungen	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 vorwieggenommener Erbfolge.	272
(1) In Rechtsprechung und Literatur diskutierte Auslegungsregeln	272
(a) Verträge bei enger persönlicher Bindung	272
(b) Verträge über die vorwieggenommene Erbfolge	273
(2) Würdigung	275
(a) Verträge über die vorwieggenommene 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 <i>Haymanns</i> und <i>Oertmanns</i>	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 (Ubergabevertrage)	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 <i>causa societatis</i> 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
 <i>D. Die gemischte Schenkung im zivilrechtlichen Vertragstypensystem:</i> <i>Präzisierung anhand der strukturellen Problemeigenschaften gemischter</i> <i>Schenkungen und ihres Verhältnisses zu anderen Vertragstypenverbindungen</i>	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 <i>Rümelins</i> und <i>Hoenigers</i>	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 <i>Sokolowskis</i>	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 <i>Schreiber</i>	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 §§ 312ff., 355ff. 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 Verleiher	495
(2) Haftungsmaßstab des Beauftragten	496
cc) Sonderregeln der Vertragsbeendigung	499
4. Zwischenergebnis	500
<i>E. Zusammenfassung der Ergebnisse des Präzisierungsprozesses</i>	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. <i>Müllers</i> Einheitstheorie	552
1. Der Ansatz <i>Müllers</i>	552
2. Exemplarische Rechtsfolgen	555
III. <i>Hoenigers</i> Kombinationslehre	557
1. Verkürzte Kritik an <i>Hoenigers</i> 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 <i>Ernst</i>	590
1. Die zentralen Annahmen <i>Ernsts</i>	590
2. Exemplarische Rechtsfolgen	591
<i>E. Zusammenfassung und systematischer Überblick über die einzelnen Ansätze</i>	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
<i>A. Bedarf für ein konsistentes Rechtsfindungskonzept</i>	599
<i>B. Fehlende gesetzliche Normierung und Erwägungen des historischen Gesetzgebers</i>	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
<i>E. Würdigung der Ansätze, die eine Konfliktauflösung auf Normebene anstreben</i>	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 <i>Ernsts</i>	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 <i>Lents</i> . . .	717
c) <i>Hoenigers</i> 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 „ <i>singularia non sunt extendenda</i> “	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. <i>Lex specialis derogat legi generali</i>	777
4. <i>Hoenigers</i> 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 abstufer Rechtswirkungen	781
(1) Negation eines Normenkonflikts durch <i>Hoeniger</i>	781
(2) Culpahhaftung 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 Schwerpunkt betrachtung 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
<i>F. Folgerungen für die Rechtsfindung bei gemischten Schenkungen</i>	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) Nutzungersatz 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) §§ 530f., 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) <i>Ernsts</i> 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) <i>Chiusis</i> Lösungsmodell	894
(c) Eigenes Lösungsmodell als Fortentwicklung der Konzeption <i>Schlinkers</i>	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. „ <i>Dual-use</i> -Fälle“)	905
(1) Problemstellung	905
(2) Vermutungsregel des § 344 HGB	907
(3) Schwergewichtsformel	907
(a) Inhalt und Europarechtskonformität der Regelung . .	907
(b) Übertragbarkeit der Schwerpunktbeurteilung 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 Schwerpunkt betrachtung als Konfliktlösungsmodell	915
(4) Zwischenergebnis	916
dd) Maßstäbe der Schwerpunkt betrachtung	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 §§ 474ff. 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) §§ 530f., 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