

KLAUS ULRICH SCHMOLKE

Grenzen der  
Selbstbindung  
im Privatrecht

*Jus Privatum*

---

**Mohr Siebeck**

# JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 179





Klaus Ulrich Schmolke

# Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht

Rechtspaternalismus und Verhaltensökonomik  
im Familien-, Gesellschafts- und Verbraucherrecht

Mohr Siebeck

*Klaus Ulrich Schmolke*, geboren 1975; Studium der Rechtswissenschaften in Trier und Lausanne; 2003 Promotion; 2006 LL.M. an der New York University School of Law; 2012 Habilitation; nach Lehrstuhlvertretung in Marburg seit April 2013 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG Wort.

e-ISBN PDF 978-3-16-152304-5

ISBN 978-3-16-151971-0

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen.

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

Das Buch wurde von Textservice Zink in Schwarzach gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

## Vorwort

Das Thema Rechtspaternalismus, gerade auch im Zivilrecht, ist aktueller denn je. Ein Beispiel aus dem auch hier behandelten Verbraucher kreditrecht bietet der Koalitionsvertrag der Großen Koalition für die 18. Legislaturperiode auf S. 64, wo es heißt: „Die Inanspruchnahme des Dispositionskredits soll nicht zu einer übermäßigen Belastung eines Bankkunden führen. Daher sollen die Banken verpflichtet werden, beim Übertritt in den Dispositionskredit einen Warnhinweis zu geben; bei dauerhafter und erheblicher Inanspruchnahme sollen sie dem Kunden eine Beratung über mögliche kostengünstigere Alternativen zum Dispositionskredit anbieten müssen.“ Andere Beispiele für diesen von den einen als fürsorgend, von den anderen als bevormundend empfundenen Interventionismus lassen sich schnell finden. Die vorliegende Arbeit unternimmt es, der Legitimität solcher paternalistischen Regelungen im geltenden Privatrecht nachzuspüren und damit einen Beitrag zur allgemeineren Debatte um Grund und Grenzen der Privatautonomie, in Sonderheit der Vertragsfreiheit, zu leisten. Sie wurde im Herbsttrimester 2012 von der Bucerius Law School als Habilitationsschrift angenommen. Seitdem ist die Rechtsentwicklung vor allem in den untersuchten Bereichen des Ehevertragsrechts und des Verbraucherprivatrechts (gewohnt) dynamisch vorangeschritten. Dies hat nicht ganz unbedeutende Aktualisierungen nötig gemacht. So wurde die Arbeit soweit erforderlich an die mit Inkrafttreten des Verbraucherrechterichtlinie-Umsetzungsgesetzes zum 13. 6. 2014 geltende Rechtslage angepasst. Auch die am 4. 2. 2014 erlassene Richtlinie über Wohnimmobilienkreditverträge wirft ihren Schatten voraus. Rechtsprechung und Literatur sind im Wesentlichen auf dem Stand von Ende 2013.

Mein herzlicher Dank gilt an erster Stelle meinem akademischen Lehrer Herrn Prof. Dr. *Holger Fleischer*, der mich in meiner Zeit an der Universität Bonn und später am MPI für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg auf vielfältige Weise unterstützt und gefördert hat. Herrn Prof. Dr. *Rüdiger Veil* danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens. Mein besonderer Dank gebührt zudem Herrn Prof. Dr. *Gerald Spindler*, der in seinem externen Drittgutachten in eindrucksvoller Art und Weise in einen Dialog mit meiner Arbeit getreten ist.

Für die Durchsicht einer früheren Version dieser Arbeit danke ich *Stephan Schneider*. Ferner möchte ich meinen Mitarbeitern am Erlanger Lehrstuhl für ihre Unterstützung bei den Korrektur- und Aktualisierungsarbeiten sowie der Erstellung des Sachregisters danken. Der VG Wort bin ich für ihre finanzielle Hilfe beim Druck dieser Arbeit dankbar.

Schließlich danke ich meiner Gefährtin Andrea und meiner Familie ganz herzlich dafür, dass sie mich während der Entstehung der vorliegenden Schrift in jeder Hinsicht unterstützt und jederzeit ermutigt haben. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin/Erlangen, im März 2014

Klaus Ulrich Schmolke

# Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsverzeichnis . . . . .	XI
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XLV

## *Erster Teil*

### Einleitung

1

<b>§ 1 Einführung in das Thema . . . . .</b>	<b>1</b>
I. Das Paternalismusparadox . . . . .	1
II. Untersuchungsgegenstand und Untersuchungsziel . . . . .	3
III. Untersuchungsmethode – Der verwendete Forschungsansatz . . . . .	3
IV. Einordnung in die Debatte um Funktion und Grenzen der Privatautonomie . . . . .	5
V. Gang der Untersuchung . . . . .	6

## *Zweiter Teil*

### Grundlegung

9

<b>§ 2 Paternalismus in der philosophischen Diskussion . . . . .</b>	<b>9</b>
I. Einführung . . . . .	9
II. Der Paternalismusbegriff – Definition und Abgrenzung . . . . .	10
III. Selbstbestimmung und Paternalismus – Zur Rechtfertigungs- bedürftigkeit paternalistischer Intervention . . . . .	14
IV. Voraussetzungen autonomen Entscheidens und weicher Paternalismus . . . . .	19
V. Grenzen der Selbstbestimmung und Zulässigkeit harten Paternalismus . . . . .	25
VI. Das Verhältnismäßigkeitsgebot als Grenze zulässigen Paternalismus . . . . .	30
VII. Der Schutz von Drittinteressen als Rechtfertigungs- alternative . . . . .	32

VIII. Vertragliche Selbstbindung und Paternalismus im Besonderen . . . . .	34
IX. Zusammenfassung . . . . .	40
<b>§ 3 Rechtspaternalismus und vertragliche Selbstbindung im Verfassungsrecht . . . . .</b>	<b>42</b>
I. Überblick über die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung . . . . .	42
II. Grundrechtsdogmatische Verankerung der Paternalismusdebatte . . . . .	47
III. Rechtspaternalismus und Grundrechtsverzicht . . . . .	49
IV. Rechtspaternalismus als Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht – Grundrechtsschutz gegen Paternalismus . . . . .	55
V. Die Schutzpflichtdimension der Grundrechte – Grundrechtsschutz durch Paternalismus . . . . .	70
VI. Synthese: Paternalistische Intervention bei vertraglicher Selbstbindung und Grundrechtsschutz . . . . .	73
VII. Zwischenergebnis . . . . .	87
<b>§ 4 Neoklassische Rechtsökonomik und effizienter Rechtspaternalismus . . . . .</b>	<b>89</b>
I. Grundlagen der neoklassischen Rechtsökonomik . . . . .	90
II. Die ökonomische Theorie der Vertragsfreiheit und ihrer Grenzen . . . . .	120
III. Effizienzerwägungen als Rechtfertigung für Paternalismus . . . . .	138
<b>§ 5 Rechtspaternalismus im Lichte der modernen Verhaltensökonomik . . . . .</b>	<b>174</b>
I. Einführung . . . . .	174
II. „Verhaltensanomalien“ – Empirisch belegte Abweichungen vom Standardmodell . . . . .	178
III. Deskriptive Präferenztheorien . . . . .	198
IV. Verhaltensökonomik und Standardmodell . . . . .	205
V. Verhaltensökonomik als juristisches Forschungsinstrument . . . . .	212
VI. Implikationen der Verhaltensökonomik für die Paternalismusdebatte . . . . .	215
<b>§ 6 Zwischenfazit – Verfassungsrechtliche Einordnung und Anliegen der Arbeit . . . . .</b>	<b>266</b>
I. Effizienter Paternalismus als Ausfüllung verfassungsrechtlicher Vorgaben . . . . .	266
II. Das Anliegen der Arbeit: Freiheitsschutz durch effizienten Paternalismus . . . . .	269

*Dritter Teil*

## Anwendung auf Referenzgebiete

271

<b>§ 7 Ehevertragsrecht</b>	271
I. Gegenstand und Fortgang der weiteren Untersuchung	271
II. Die gesetzlichen Grundlagen des Ehevertragsrechts	273
III. Die gerichtliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen – Stand der Erkenntnis	282
IV. Zwischenbefund und Fortgang der Untersuchung	349
V. Ökonomische Analyse des Scheidungsfolgen- und Ehevertragsrechts	369
VI. Verhaltensökonomisch fundierter Paternalismus im Ehever- tragsrecht	438
VII. Verfassungsrechtliche Kontrollüberlegungen	511
VIII. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	513
<b>§ 8 Gesellschaftsrecht</b>	523
I. Gegenstand und Fortgang der weiteren Untersuchung	524
II. Reichweite und Grenzen der Gesellschaftsvertragsfreiheit – Ein Überblick	526
III. Paternalistisches Gesellschaftsrecht – Drei Beispiele	534
IV. Institutionenökonomische Grundlagen	605
V. Verhaltensökonomisch fundierter Paternalismus im Gesellschaftsrecht	626
VI. Verfassungsrechtliche Kontrollüberlegungen	693
VII. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	694
<b>§ 9 Verbraucherkreditrecht</b>	705
I. Gang der weiteren Untersuchung	707
II. Die gesetzlichen Grundlagen des Verbraucherkreditrechts – Der Schutz des Verbraucher-Kreditnehmers im BGB	707
III. Ökonomische Grundlagen des Verbraucherkredits	779
IV. Verhaltensökonomisch fundierter Paternalismus im Verbraucherkreditrecht	800
V. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	899

*Vierter Teil*

## Zusammenfassung der Ergebnisse

911

<b>§ 10 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</b>	911
I. Paternalismus in der philosophischen Diskussion	911

II. Rechtspaternalismus und Verfassungsrecht . . . . .	913
III. Effizienter Paternalismus im Vertragsrecht . . . . .	915
IV. Die verhaltensökonomische Fundierung paternalistischer Intervention . . . . .	921
V. Verhaltensökonomisch fundierter Paternalismus im Ehevertragsrecht . . . . .	929
VI. Verhaltensökonomisch fundierter Paternalismus im Gesellschaftsrecht . . . . .	938
VII. Verhaltensökonomisch fundierter Paternalismus im Verbraucherkreditrecht . . . . .	949
Literaturverzeichnis . . . . .	957
Sachregister . . . . .	1009

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsübersicht . . . . .	VII
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XLV

## *Erster Teil*

### Einleitung

1

<b>§ 1 Einführung in das Thema . . . . .</b>	<b>1</b>
I. Das Paternalismusparadox . . . . .	1
II. Untersuchungsgegenstand und Untersuchungsziel . . . . .	3
III. Untersuchungsmethode – Der verwendete Forschungsansatz . . . . .	3
IV. Einordnung in die Debatte um Funktion und Grenzen der Privatautonomie . . . . .	5
V. Gang der Untersuchung . . . . .	6

## *Zweiter Teil*

### Grundlegung

9

<b>§ 2 Paternalismus in der philosophischen Diskussion . . . . .</b>	<b>9</b>
I. Einführung . . . . .	9
II. Der Paternalismusbegriff – Definition und Abgrenzung . . . . .	10
1. Konstitutive Begriffselemente – Definitionsvorschläge des Schrifttums . . . . .	10
2. Zu den Begriffsmerkmalen im Einzelnen . . . . .	11
2.1 Beschränkung der Freiheit oder Selbstbestimmung . . . . .	11
2.2 Sicherung des Wohls des von der Freiheitsbeschränkung Betroffenen als Endzweck . . . . .	12
2.2.1 Theoretische Abgrenzung . . . . .	12
2.2.2 Praktische Vermischung – Motivbündel und unreiner Paternalismus . . . . .	13

III. Selbstbestimmung und Paternalismus – Zur Rechtfertigungsbedürftigkeit paternalistischer Intervention . . . . .	14
1. Die deontologische Begründung des Rechts auf Selbstbestimmung bei Kant . . . . .	14
2. Die utilitaristische Begründung des Paternalismusverbots bei Mill . . . . .	16
3. Begründungsansätze der modernen angelsächsischen politischen Philosophie . . . . .	18
IV. Voraussetzungen autonomen Entscheidens und weicher Paternalismus . . . . .	19
1. Die Voraussetzungen selbstbestimmten Entscheidens bei Mill . . . . .	20
2. Weicher und harter Paternalismus – Die Konzeption Feinbergs . . . . .	20
3. Selbstbestimmungsdefizite als Rechtfertigung weichen Paternalismus – Der Meinungs- und Erkenntnisstand in der philosophischen Debatte . . . . .	21
4. Insbesondere: Selbstbestimmung und die Maßgeblichkeit der eigenen Präferenzen . . . . .	23
5. Zur Rechtfertigungsbedürftigkeit weich paternalistischer Maßnahmen . . . . .	24
6. Weicher Paternalismus und Erwerb individueller Entscheidungskompetenz . . . . .	24
V. Grenzen der Selbstbestimmung und Zulässigkeit harten Paternalismus . . . . .	25
1. Vermutung der mangelnden „Freiwilligkeit“ der Entscheidung bei besonders nachteiligen Entscheidungsergebnissen . . . . .	26
2. Freiheitsmaximierung als Legitimation harten Paternalismus . . . . .	27
3. Schutz von Langzeitpräferenzen, insbesondere Integritätsschutz nach Kleinig . . . . .	28
4. Der Mensch als Gemeinschaftswesen, Aufspaltung des Selbst und Einwilligungsfiktion . . . . .	30
VI. Das Verhältnismäßigkeitsgebot als Grenze zulässigen Paternalismus . . . . .	30
1. Vorrang des Lernens aus Fehlern . . . . .	31
2. Vorrang der am wenigsten beschränkenden Intervention . . . . .	31
3. Asymmetrischer Paternalismus insbesondere . . . . .	32
VII. Der Schutz von Drittinteressen als Rechtfertigungsalternative . . . . .	32
1. Selbstbezüglichkeit und soziale Bedeutung menschlichen Verhaltens . . . . .	33
2. Primär eigene Angelegenheiten als Reservat gegenüber drittschützenden Freiheitseingriffen . . . . .	33

VIII. Vertragliche Selbstbindung und Paternalismus im Besonderen	34
1. Vertragliche Bindung und Selbstschädigung	35
2. Ethische Legitimität der paternalistischen Einschränkung vertraglicher Selbstbindung	36
2.1 Weicher Paternalismus	36
2.2 Harter Paternalismus	36
2.2.1 Mill zur Freiheitsbeschränkung durch Vertrag	37
2.2.2 Selbstbestimmte Entscheidung und selbstbestimmtes Leben	37
3. Rechtfertigungsalternativen für den Eingriff in die Vertragsfreiheit	39
IX. Zusammenfassung	40
<b>§ 3 Rechtspaternalismus und vertragliche Selbstbindung im Verfassungsrecht</b>	42
I. Überblick über die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung	42
1. Die Rspr. des BVerfG zur Einschränkung selbstgefährdenden und selbstschädigenden Verhaltens	42
1.1 Eingriffsrechtfertigung durch Dritt- und Gemeinwohlinteressen	43
1.2 Fehlen der subjektiven Voraussetzungen einer autonomen Entscheidung	43
1.3 Eingriffsbefugnis wegen sonst drohenden größeren persönlichen Schadens?	44
2. Die Rspr. des BVerfG zur Einschränkung der Vertragsfreiheit zum Schutze einer Vertragspartei	45
II. Grundrechtsdogmatische Verankerung der Paternalismusdebatte	47
1. Befund	47
2. Zum Verhältnis von Grundrechtsverzicht, Eingriff und Schutzpflicht	47
III. Rechtspaternalismus und Grundrechtsverzicht	49
1. Begriffliche Klärung	49
2. Grundrechtstheoretisches Vorverständnis – liberale vs. objektiv-rechtliche Grundrechtsinterpretation	50
3. Stand der Diskussion zur Zulässigkeit des Grundrechtsverzichts	51
4. Schranken des Grundrechtsverzichts bei privatvertraglicher Selbstbindung	53
IV. Rechtspaternalismus als Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht – Grundrechtsschutz gegen Paternalismus	55
1. Betroffene Grundrechte	55
2. Eingriff	56

3. Grundrechtsschranken – Verfassungsrechtliche	
Rechtfertigung paternalistischer Intervention . . . . .	57
3.1 Standpunkt der h.L. – Prinzipielles Verbot von	
Eingriffen zum Schutz des autonomen Entscheiders . . .	57
3.2 Menschenwürde? . . . . .	58
3.2.1 Meinungsstand . . . . .	58
3.2.2 Stellungnahme . . . . .	59
3.3 Freiheitsmaximierung und „Integritätsschutz“ als	
Legitimation paternalistischer Intervention? . . . . .	61
3.3.1 Untauglichkeit der Freiheitsmaximierung als	
Eingriffsrechtfertigung . . . . .	61
3.3.2 Eingriffsrechtfertigung durch „Integritätsschutz“? .	62
3.3.3 Zeitinkonsistentes Verhalten aufgrund von	
Defiziten des Entscheidungsprozesses . . . . .	63
3.4 Zur Voraussetzung freier Willensentscheidung –	
Verfassungsrechtliche Zulässigkeit weichen	
Paternalismus . . . . .	63
3.4.1 Zulässigkeit paternalistischer Eingriffe bei Defiziten	
der Selbstbestimmung . . . . .	63
3.4.2 Anforderungen an die selbstbestimmte	
Entscheidung – Die Diskussion in der Literatur . . .	64
3.4.3 Anforderungen an die selbstbestimmte Entschei-	
dung – Aussagen in der Rspr. des BVerfG . . . . .	65
3.4.4 Fazit . . . . .	66
3.5 Die Berufung auf Dritt- und Gemeinwohlinteressen . .	66
3.5.1 Problembeschreibung . . . . .	66
3.5.2 Die finanzielle Belastung der sozialen Sicherungs-	
systeme . . . . .	68
3.5.3 Aggregation von Individualinteressen . . . . .	69
4. Gebot der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs – Das Prinzip	
des „schonendsten Paternalismus“ . . . . .	69
V. Die Schutzpflichtdimension der Grundrechte – Grundrechts-	
schutz durch Paternalismus . . . . .	70
1. Die Schutzpflichtdimension der Grundrechte . . . . .	70
1.1 Umfang verfassungsgerichtlicher Kontrolle der	
Schutzpflichtenerfüllung . . . . .	71
1.2 Grundrechtliche Ambivalenz der Schutzmaßnahme	
im Hinblick auf verschiedene Grundrechtsträger . . . . .	71
2. Grundrechtliche Ambivalenz der paternalistischen	
Intervention für den Schutzadressaten . . . . .	72
VI. Synthese: Paternalistische Intervention bei vertraglicher	
Selbstbindung und Grundrechtsschutz . . . . .	73
1. Grundrechtsschutz und vertragliche Selbstbindung –	
Der Grundsatz . . . . .	74

1.1 Vertragliche Selbstbindung als Ausübung grundrechtlicher (Vertrags-)Freiheit . . . . .	74
1.2 (Paternalistische) Vertragsabschluss- und -inhaltsregulierung als Grundrechtseingriff . . . . .	75
1.3 Gewährleistung effektiver Vertragsdurchsetzung als grundrechtliches Schutzgebot . . . . .	75
1.4 Gewährleistung effektiver Vertragsdurchsetzung als gerechtfertigter Grundrechtseingriff . . . . .	76
2. Grundrechtsschutz und weicher Paternalismus im Rahmen vertraglicher Selbstbindung . . . . .	76
2.1 Selbstbestimmungsdefizite als Eingriffsrechtfertigung . . . . .	76
2.2 Selbstbestimmungsdefizite als Auslöser staatlicher Schutzpflichten . . . . .	77
2.3 Funktionsvoraussetzungen autonomer vertraglicher Selbstbindung – Konkretisierungsansätze in der Rspr. des BVerfG und der Literatur . . . . .	77
2.3.1 Die verfassungsgerichtliche Rspr. zur staatlichen Schutzpflicht bei Fremdbestimmung aufgrund „struktureller Unterlegenheit“ . . . . .	78
2.3.2 Bewertung der Rspr. des BVerfG durch das Schrifttum . . . . .	79
2.3.3 Weitere Konkretisierungsleitlinien aus dem Schrifttum . . . . .	81
2.3.3.1 Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der §§ 104 ff., 119 ff., 138 Abs. 2 BGB . . . . .	81
2.3.3.2 „Außergesetzliche Willensmängel“ – Ansätze für eine Fallgruppenbildung . . . . .	82
2.4 Konkretisierungsaufgabe und -vorrang des (einfachen) Zivilrechts . . . . .	82
2.4.1 Gesetzgeberischer Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum . . . . .	82
2.4.2 Verhältnis von Zivilrecht und Verfassungsrecht bei der richterlichen Wahrnehmung des staatlichen Schutzauftrages . . . . .	83
2.4.3 Fazit . . . . .	84
3. Grundrechtsschutz und harter Paternalismus im Rahmen vertraglicher Selbstbindung . . . . .	84
3.1 Meinungsbild im staats- und zivilrechtlichen Schrifttum . . . . .	84
3.2 Stellungnahme . . . . .	86
VII. Zwischenergebnis . . . . .	87
<b>§ 4 Neoklassische Rechtsökonomik und effizienter Rechtspaternalismus . . . . .</b>	<b>89</b>
I. Grundlagen der neoklassischen Rechtsökonomik . . . . .	90

1. Das ökonomische Effizienzziel . . . . .	90
1.1 Effizienz als normatives Ziel der neoklassischen Wohlfahrtsökonomik . . . . .	90
1.1.1 Wohlfahrtsmaximierung durch effiziente Verteilung knapper Mittel als normatives Hauptziel . . . . .	90
1.1.2 Normativer Individualismus und soziale Wohlfahrtsfunktion . . . . .	91
1.1.3 Folgebewertungen von Sozialwahlentscheidungen – Effizienzkriterien . . . . .	92
1.1.3.1 Pareto-Kriterium . . . . .	92
1.1.3.2 Kaldor-Hicks-Kriterium und abgeleitete Entscheidungsregeln . . . . .	93
1.1.4 Das Kardinalproblem des interpersonellen Nutzenvergleichs . . . . .	96
1.1.4.1 Die utilitaristischen Wurzeln des Effizienzziels . . . . .	96
1.1.4.2 Die Kritik von Robbins am klassischen Utilitarismus . . . . .	97
1.1.4.3 Die Entwicklung des Kaldor-Hicks-Kriteriums als Reaktion auf Robbins . . . . .	98
1.1.4.4 Soziale Wohlfahrtsfunktion und das Unmöglichkeitstheorem von Arrow . . . . .	98
1.1.4.5 Subjektivismus und Kritik des herkömmlichen Effizienzbegriffs . . . . .	99
1.1.5 Jenseits des Effizienzkriteriums – Überindividuelle Gerechtigkeitskriterien und Abwägungsverbote . . . . .	100
1.1.5.1 Überindividuelle Gerechtigkeitskriterien und Kritik . . . . .	101
1.1.5.2 Liberale Rechte und unveräußerliche Rechte als Abwägungsverbote . . . . .	103
1.1.5.3 Präferenzautonomie und einmischende Präferenzen . . . . .	105
1.2 Effizienz als normatives Ziel der ökonomischen Analyse des Vertragsrechts . . . . .	106
2. Ökonomisches Verhaltensmodell herkömmlicher Prägung . . . . .	106
2.1 Die REMM-Hypothese – Begriff und Komponenten . . . . .	107
2.1.1 Definition . . . . .	107
2.1.2 REMM-Hypothese als Ausprägung zweckrationalen Verhaltens (rational choice) . . . . .	107
2.2 Handlungsziele – interessegeleitetes, eigennütziges Verhalten . . . . .	108
2.2.1 Eigennutz als Präferenzinhalt und Handlungs- ziel . . . . .	108
2.2.2 Zur Aussagekraft der Eigennutzannahme . . . . .	109

2.2.2.1 Eigennutz und urteilsbestimmtes Verhalten . . .	109
2.2.2.2 Eigennutz und Theory of Revealed Preferences .	109
2.2.2.3 Eigennutz und Beachtlichkeit sog. „Einmischender Präferenzen“ . . . . .	110
2.3 Rationale Präferenzordnung – Maximierungs- komponente I . . . . .	111
2.3.1 Axiome rationaler Präferenzordnung nach von Neumann und Morgenstern . . . . .	111
2.3.2 Entscheidungen unter Risiko und Unsicherheit . . .	112
2.3.2.1 Riskante Entscheidungen – Erwartungsnutzen- theorie . . . . .	112
2.3.2.2 Unsicherheit im engeren Sinne und Bayesian Updating . . . . .	113
2.3.3 Präferenzordnung bei intertemporalen Entscheidungen . . . . .	113
2.3.3.1 Dominantes Modell – Discounted Utility Theory (DUT) . . . . .	114
2.3.3.2 Die Annahmen des Diskontierungsmodells . . .	115
2.3.3.3 Fazit . . . . .	115
2.4 Optimale Inputberücksichtigung – Maximierungs- komponente II . . . . .	116
2.4.1 Die Annahme optimaler Informationsaufnahme- und -verarbeitungskapazität . . . . .	116
2.4.2 Beschränkte Rationalität – „Satisficing“ nach Simon . . . . .	116
2.5 Methodologischer Stellenwert des REMM . . . . .	118
II. Die ökonomische Theorie der Vertragsfreiheit und ihrer Grenzen . . . . .	120
1. Das (präsumptive) ökonomische Argument für die Vertragsfreiheit . . . . .	121
1.1 Erstes Wohlfahrtstheorem als Argument für die Vertragsfreiheit . . . . .	121
1.2 Coase-Theorem als Argument für die Vertragsfreiheit .	122
2. „Marktversagen“ als Argument gegen die unbeschränkte Vertragsfreiheit . . . . .	124
2.1 Vorweg: Negative externe Effekte . . . . .	125
2.2 Informationsasymmetrien als Kardinalproblem effizienter Vertragsschlüsse . . . . .	126
2.2.1 Das Problem adverser Selektion als gedanklicher Ausgangspunkt . . . . .	127
2.2.2 Parameterabhängige Effizienz von Eingriffen in die Vertragsfreiheit . . . . .	127
2.2.3 Aufschlüsselung in Signalling- und Screening- Szenarien . . . . .	128

2.2.3.1	Effizienzsteigernder Eingriff in die Vertragsfreiheit im Signalling-Szenario . . . . .	129
2.2.3.2	Wohlfahrtsimplikationen rechtlicher Intervention im Screening-Szenario . . . . .	129
2.2.4	Informationsasymmetrien bei Verhandlungsungleichgewicht . . . . .	130
2.3	Rationalitätsdefizite als Form des Verhandlungsversagens im Besonderen . . . . .	131
2.3.1	Wohlfahrtsverluste bei beschränkter Rationalität einer Vertragspartei . . . . .	132
2.3.2	Wohlfahrtsverluste bei systematischen Entscheidungsfehlern . . . . .	133
3.	Zwischenfazit – Effizienzziel und Funktion des Vertragsrechts . . . . .	133
3.1	Zulassung von Markttransaktionen . . . . .	134
3.2	Erleichterung von Markttransaktionen . . . . .	134
3.3	Simulation des Marktmechanismus . . . . .	135
4.	Eingriffe in die Vertragsfreiheit: Effizienz versus Verteilungsgerechtigkeit . . . . .	135
4.1	Das Verhältnis von Effizienz und Umverteilung . . . . .	136
4.2	Umverteilung zwischen den Vertragsparteien . . . . .	137
III.	Effizienzerwägungen als Rechtfertigung für Paternalismus . . . . .	138
1.	Vorweg: Negative Externalitäten als untaugliche Begründung für Rechtspaternalismus . . . . .	139
2.	Ausgewählte Konzepte eines effizienzsteigernden Paternalismus . . . . .	139
2.1	Vorarbeiten: Vereinbarkeit von Paternalismus und Effizienzziel (Kennedy) . . . . .	139
2.2	Effizienz als bloße Teilerklärung von Paternalismus im Vertragsrecht (Kronman) . . . . .	140
2.2.1	Unabdingbarkeit bestimmter Gewährleistungsrechte und Produktstandards . . . . .	141
2.2.2	(Übermäßiger) Verzicht auf persönliche Freiheit . . . . .	141
2.2.3	Zwingende Widerrufsmöglichkeiten . . . . .	142
2.3	Präferenzformung durch Recht (Sunstein) . . . . .	142
2.4	Präferenzinkonsistenzen im Zeitverlauf und effizienter Paternalismus (Burrows) . . . . .	143
2.5	Ein Modell zur Effizienzmessung paternalistischer Maßnahmen (Zamir) . . . . .	145
2.5.1	Zur Vereinbarkeit von Effizienzziel und Paternalismus . . . . .	145
2.5.2	Das Modell zur Effizienzmessung paternalistischer Intervention . . . . .	147
2.6	Zwischenergebnis und weiteres Vorgehen . . . . .	148

2.6.1	Maßgeblichkeit der Entscheiderpräferenzen für effizienten Paternalismus . . . . .	148
2.6.2	Marktversagen als Rechtfertigung der paternalistischen Intervention . . . . .	149
2.6.3	Kosten-Nutzen-Kalkül des effizienten Paternalismus – Maßgeblichkeit des Aggregats . . . . .	150
2.6.4	Das Verhältnis zu freiheits- und autonomiebasierten Paternalismuskonzepten . . . . .	151
2.6.5	Weiteres Vorgehen . . . . .	152
3.	Kosten- und Nutzenpositionen eines effizienten Paternalismus im Vertragsrecht . . . . .	153
3.1	Nutzen – Marktversagen als Voraussetzung effizienten Paternalismus . . . . .	154
3.1.1	Marktversagen wegen einer Dysfunktion im Verhältnis der Kontrahenten zueinander . . . . .	155
3.1.1.1	Informationsasymmetrien . . . . .	155
3.1.1.2	Ungleiche Verhandlungsmacht und Manipulation des Vertragspartners . . . . .	156
3.1.2	Rationalitätsdefizite als maßgeblicher Ansatzpunkt . . . . .	159
3.1.2.1	Informationsaufnahme- und -verarbeitungsdefizite . . . . .	160
3.1.2.2	Systematische Entscheidungsfehler . . . . .	160
3.1.2.3	Akute Impulse und motivatorische Verzerrungen . . . . .	161
3.1.2.4	Mangelnde teleskopische Fähigkeiten – Begrenztes Vorstellungsvermögen . . . . .	161
3.1.2.5	Fehlende Reflexion . . . . .	162
3.2	Kosten der rechtspaternalistischen Intervention . . . . .	162
3.2.1	Kosten für den Intervenienten – Rechtsetzungs- und -anwendungskosten . . . . .	162
3.2.2	Verteuerung der Transaktion für die Rechtsunterworfenen . . . . .	163
3.2.3	Intrinsischer Nutzen der Entscheidungsfreiheit und Frustrationskosten . . . . .	163
3.2.4	Lerneffekte und Langzeitnutzen – Kosten ihrer Vereitelung . . . . .	164
3.2.5	Frustrationskosten bei fehlerhafter oder sachwidrig motivierter Entscheidung des Intervenienten . . . . .	165
3.2.5.1	Das Wissensproblem des Intervenienten . . . . .	165
3.2.5.2	Beschränkte Rationalität des Intervenienten . . . . .	166
3.2.5.3	Verfolgung effizienzfremder Motive (Missbrauch) . . . . .	166

3.2.5.4 Fehlerhafte Intervention versus irrtümliche Untätigkeit . . . . .	167
3.2.6 Heterogenität des Adressatenkreises – Über- und Unterinklusion . . . . .	167
3.2.7 Die Idee des asymmetrischen Paternalismus . . . . .	168
3.3 Theoretische Konvergenz von Intervention und Präferenz des Entscheiders . . . . .	168
3.4 Summe – Das Kosten-Nutzen-Kalkül effizienten Paternalismus . . . . .	170
<b>§ 5 Rechtspaternalismus im Lichte der modernen Verhaltensökonomik . . . . .</b>	<b>174</b>
I. Einführung . . . . .	174
1. Bedeutung der Verhaltensökonomik für den Untersuchungsgegenstand . . . . .	176
2. Fortgang der Untersuchung . . . . .	177
II. „Verhaltensanomalien“ – Empirisch belegte Abweichungen vom Standardmodell . . . . .	178
1. Fehler bei der Informationsaufnahme und -verarbeitung – Heuristiken und Wahrnehmungsverzerrungen . . . . .	179
1.1 Vorbemerkungen zur Klärung der Begriffe . . . . .	179
1.2 Komplexität und Unsicherheit der Entscheidung als Auslöser und Verstärker systematischer Entscheidungsfehler . . . . .	180
1.2.1 Komplexität der Entscheidung und information overload . . . . .	180
1.2.2 Entscheidungen unter Unsicherheit . . . . .	181
1.3 Heuristiken und Wahrnehmungsverzerrungen . . . . .	182
1.3.1 Verfügbarkeitsheuristik und Rückschaufehler . . . . .	182
1.3.2 Verzerrung durch kognitive Anker . . . . .	183
1.3.3 Ähnlichkeitsheuristik und verwandte Phänomene . . . . .	183
1.3.4 Fortschreibung gegenwärtiger Präferenzen und Projektionsfehler . . . . .	185
1.3.5 Überoptimismus und Selbstüberschätzung . . . . .	185
1.3.6 Außerachtlassung kleiner Wahrscheinlichkeiten . . . . .	187
2. Begrenzter Eigennutz – Fairness und soziale Präferenzen . . . . .	188
3. Abweichungen von den Axiomen rationaler Präferenzordnung . . . . .	189
3.1 Referenzpunktabhängigkeit von Präferenzen und Verlustaversion . . . . .	190
3.2 Präferenzen bei Entscheidungen unter Risiko und Unsicherheit . . . . .	192
3.2.1 Allais-Paradoxon und Sicherheitseffekte . . . . .	192
3.2.2 Ellsberg-Paradoxon und Ambiguitätsaversion . . . . .	193

3.3 Vergleichende Bewertung von Entscheidungs- alternativen und Menüeffekte . . . . .	194
4. Zeitinkonsistentes Verhalten und Probleme der Selbstkontrolle . . . . .	195
4.1 Die Darstellung quasi-hyperboler Diskontierung im $\beta$ - $\delta$ -Modell . . . . .	196
4.2 Selbsteinschätzung der Entscheider und Wohlfahrts- implikationen . . . . .	197
III. Deskriptive Präferenztheorien . . . . .	198
1. Prospect-Theorie . . . . .	199
2. Kumulative Prospect-Theorie . . . . .	201
3. Regret- und Disappointment-Theorie . . . . .	202
3.1 Regret-Theorie . . . . .	202
3.2 Disappointment-Theorie . . . . .	203
4. Support-Theorie . . . . .	204
IV. Verhaltensökonomik und Standardmodell . . . . .	205
1. Relevanz der Verhaltensanomalien im Aggregat . . . . .	205
2. Beharrlichkeit der Verhaltensanomalien in der realen Welt . . . . .	206
3. Alternativerklärungen auf der Grundlage des Standardmodells . . . . .	208
4. Konsequenzen für die ökonomische Theorie . . . . .	210
V. Verhaltensökonomik als juristisches Forschungsinstrument . . . . .	212
1. Die besonderen Herausforderungen der verhaltens- ökonomischen Rechtsanalyse . . . . .	213
2. Verbleibende Vorzüge der verhaltensökonomischen Rechtsanalyse . . . . .	215
VI. Implikationen der Verhaltensökonomik für die Paternalismus- debatte . . . . .	215
1. Verhaltensökonomik und „Neuer Paternalismus“ . . . . .	216
2. Verhaltensökonomisch fundierte Paternalismuskonzepte in der Diskussion . . . . .	218
2.1 „Libertärer Paternalismus“ – Die Konzeption von Sunstein und Thaler . . . . .	219
2.2 Das Konzept des „asymmetrischen Paternalismus“ . . . . .	221
2.3 Einbeziehung von Lernkosten und Kosten für externe Entscheidungshilfe in die verhaltensökonomische Recht- fertigung von Rechtspaternalismus (Rachlinski I) . . . . .	224
2.4 Die Kosten des Rechtspaternalismus – Berücksich- tigung der Heterogenität des Adressatenkreises (Rachlinski II) . . . . .	225
2.5 Das Prinzip des schonendsten Paternalismus (van Aaken) . . . . .	226
2.6 „Debiasing through Law“ (Jolls/Sunstein) . . . . .	228

2.7 Rechtspaternalistisches Effizienz kalkül bei irrationalem Optimismus (Williams) . . . . .	229
3. Kritik am verhaltensökonomisch begründeten „Neuen Paternalismus“ . . . . .	232
3.1 Zum Verhältnis von Libertarismus und Paternalismus (Mitchell) . . . . .	232
3.1.1 Zur Vermeidbarkeit eines paternalistischen Regelungsrahmens . . . . .	232
3.1.2 Paternalismusziele: Selbstbestimmung versus Wohlfahrt . . . . .	233
3.1.3 Die redistributiven Konsequenzen des „libertären Paternalismus“ . . . . .	234
3.1.4 Folgerung . . . . .	235
3.2 Zu den Kosten des „Neuen Paternalismus“ . . . . .	235
3.2.1 Nachteilige Auswirkungen auf das Lernverhalten und die Entwicklung von Entscheidungskompetenz (Klick/Mitchell) . . . . .	235
3.2.2 Das Wissensproblem des „Neuen Paternalismus“ (Rizzo/Whitman) . . . . .	237
3.2.3 Rationalitätsdefizite des paternalistischen Intervenienten . . . . .	239
3.2.4 Public Choice und „Neuer Paternalismus“ . . . . .	240
3.2.5 Negative Dynamik des „Neuen Paternalismus“ . . . . .	240
4. Bewertung der Kritik am „Neuen Paternalismus“ . . . . .	241
4.1 Individuelle Wohlfahrt, Selbstbestimmung und Paternalismus im Vertragsrecht – Zur Kritik von Mitchell . . . . .	241
4.2 Einflussnahme auf die Präferenzformung und „Neuer Paternalismus“ . . . . .	242
4.3 Zu den Kosten des verhaltensökonomisch begründeten Paternalismus . . . . .	243
4.3.1 Kosten ausbleibender Lernerfolge . . . . .	244
4.3.2 Noch einmal: Zum Wissensproblem des Intervenienten . . . . .	245
4.3.3 Sachfremde Regulierungsmotive und „Slippery Slope“ . . . . .	246
4.4 „Neuer Paternalismus“ als Mittel der Disziplinierung staatlicher Gewalt . . . . .	246
5. Integration der verhaltensökonomischen Erkenntnisse in das Konzept des effizienten Paternalismus im Vertragsrecht . . . . .	248
5.1 Ziel: präferenzkonforme reflektierte Entscheidung des Schutzadressaten . . . . .	248
5.2 Anknüpfungspunkt: Defizite der Präferenzformung und -betätigung . . . . .	248

5.3	Wahrscheinlichkeitsbewertung auf verhaltens- ökonomischer Grundlage . . . . .	249
5.4	Konkretisierung der Tatbestandsseite . . . . .	250
5.4.1	Das Problem der Heterogenität: Differenzierung und Typisierung . . . . .	250
5.4.2	Zeitinkonsistentes Verhalten und Probleme der Selbstdisziplin . . . . .	253
5.4.3	Zur Bedeutung „struktureller Unterlegenheit“ eines Vertragsteils . . . . .	255
5.5	Das rechtspaternalistische Interventions- instrumentarium . . . . .	256
5.5.1	Die eingesetzten Mittel: Wahlhilfen und Wahlbeschränkungen . . . . .	256
5.5.2	Zum Verhältnis von Wahlhilfen und Wahlbeschränkungen . . . . .	258
5.5.3	Zum Einsatz von Wahlhilfen . . . . .	260
5.5.3.1	Abstimmung von Verhaltensanomalie und Wahlhilfe . . . . .	260
5.5.3.2	Insbesondere: Zur Rolle des Informations- modells . . . . .	261
5.5.4	Zum Einsatz von Wahlbeschränkungen . . . . .	263
5.5.4.1	Postventive Vertragsinhaltskontrolle anhand von Generalklauseln . . . . .	263
5.5.4.2	Abstrakt-generelle Vertragsinhalts- beschränkung . . . . .	265
<b>§ 6</b>	<b>Zwischenfazit – Verfassungsrechtliche Einordnung und Anliegen der Arbeit . . . . .</b>	<b>266</b>
I.	Effizienter Paternalismus als Ausfüllung verfassungsrecht- licher Vorgaben . . . . .	266
1.	Rechtfertigungsbedürftigkeit des Grundrechtseingriffs und Marktversagen . . . . .	266
2.	Grundrechtlicher Schutz vor Paternalismus und Maßgeblichkeit der Entscheiderpräferenzen . . . . .	267
3.	Grundrechtlicher Schutz durch Paternalismus . . . . .	268
4.	Verhaltensökonomisch fundierter effizienter Paternalismus als Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgebots . . . . .	268
II.	Das Anliegen der Arbeit: Freiheitsschutz durch effizienten Paternalismus . . . . .	269
1.	Effizienter Paternalismus als Analyse- und Rationalisie- rungsinstrument . . . . .	269
2.	Effizienter Paternalismus als Schutz vor übermäßigem Rechtspaternalismus . . . . .	270

Dritter Teil

Anwendung auf Referenzgebiete

271

- § 7 Ehevertragsrecht . . . . . 271
  - I. Gegenstand und Fortgang der weiteren Untersuchung . . . . . 271
    - 1. Untersuchungsgegenstand und Begriffsbestimmung . . . . . 271
    - 2. Gang der weiteren Untersuchung . . . . . 273
  - II. Die gesetzlichen Grundlagen des Ehevertragsrechts . . . . . 273
    - 1. Güterrechtliche Vereinbarungen, § 1408 Abs. 1 BGB . . . . . 274
      - 1.1 Grundsatz der Vertragsfreiheit, §§ 1363 Abs. 1, 1408 Abs. 1 BGB . . . . . 274
      - 1.2 Formale Wirksamkeitsvoraussetzungen, § 1410 BGB . . . . . 275
      - 1.3 Inhaltsbeschränkungen . . . . . 276
    - 2. Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich, §§ 1408 Abs. 2 BGB, 6 ff. VersAusglG . . . . . 277
      - 2.1 Grundsatz der Vertragsfreiheit . . . . . 277
      - 2.2 Formale Wirksamkeitsvoraussetzungen, §§ 7 VersAusglG, 1410 BGB . . . . . 278
      - 2.3 Inhaltsbeschränkungen . . . . . 278
        - 2.3.1 § 8 Abs. 2 VersAusglG – Kein Vertrag zulasten Dritter . . . . . 279
        - 2.3.2 § 8 Abs. 1 VersAusglG – Bestätigung der Rspr. zur Vertragsinhaltskontrolle . . . . . 279
      - 2.4 Wegfall der Fristenregelung des § 1408 Abs. 2 S. 2 BGB a.F. . . . . 279
    - 3. Vereinbarungen über den nachehelichen Unterhalt . . . . . 280
      - 3.1 Überblick über das Recht des nachehelichen Unterhalts . . . . . 280
      - 3.2 Grundsatz der Vertragsfreiheit . . . . . 280
      - 3.3 Formale Wirksamkeitsvoraussetzungen, § 1585c S. 2 und 3 BGB . . . . . 281
      - 3.4 Inhaltsbeschränkungen . . . . . 282
  - III. Die gerichtliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen – Stand der Erkenntnis . . . . . 282
    - 1. Die Rspr. des BGH vor der Entscheidung BVerfGE 103, 89 . . . . . 283
      - 1.1 Grundsatz der „vollen Vertragsfreiheit“ . . . . . 283
      - 1.2 Gesetzliches Verbot nach § 134 BGB . . . . . 283
      - 1.3 Sittenwidrigkeit des Ehevertrags nach § 138 BGB . . . . . 284
        - 1.3.1 Sittenwidriges Zusammenwirken zum Nachteil Dritter . . . . . 284

1.3.2 Ausnutzung einer Zwangslage oder der Unerfahrenheit des Partners . . . . .	285
1.4 Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) . . . . .	286
1.5 Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) . . . . .	287
2. Das Echo im wissenschaftlichen Schrifttum . . . . .	288
2.1 Die These von der generellen „strukturellen Unterlegenheit“ der Frau (Schwenzer) . . . . .	288
2.2 Die These von der „strukturellen Unterlegenheit“ der nicht verheirateten, schwangeren Frau (Dethloff) . . . . .	289
2.3 „Strukturelle Unterlegenheit“ und gemeinsame Elternverantwortung (Büttner) . . . . .	289
2.4 Neubestimmung der Sittenwidrigkeitsschranke bei grundsätzlicher Ehevertragsfreiheit (Coester-Waltjen) . . . . .	291
3. Die Rechtsprechung des BVerfG zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen . . . . .	292
3.1 Das Urteil vom 6.2.2001 zur Freistellung vom Kindesunterhalt . . . . .	292
3.1.1 Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 4 GG vor unangemessener Benachteiligung durch Ehevertrag . . . . .	292
3.1.1.1 Vertragsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG . . . . .	293
3.1.1.2 Anspruch auf Schutz der werdenden Mutter nach Art. 6 Abs. 4 GG . . . . .	294
3.1.2 Schutz des Kindeswohles aus Art. 6 Abs. 2 GG . . . . .	296
3.2 Bestätigung in BVerfG NJW 2001, 2248 = FamRZ 2001, 985 . . . . .	297
3.3 Exkurs: Ausstrahlung von Art. 6 Abs. 1 i.V.m. 3 Abs. 2 GG auf den Vermögensausgleich nach Scheidung . . . . .	298
4. Echo in der Literatur . . . . .	299
4.1 Bewertung und Tragweite der BVerfG-Rechtsprechung . . . . .	299
4.2 Interpretation der Entscheidungen und Folgefragen . . . . .	300
4.2.1 Vorliegen einer einseitigen Lastenverteilung . . . . .	300
4.2.2 Bedeutung der „strukturell ungleichen Verhandlungsstärke“ . . . . .	301
4.2.3 Instrumente der Inhaltskontrolle (Rechtsfolgenreihe) . . . . .	302
5. Die Reaktion des BGH auf das BVerfG in BGHZ 158, 81 . . . . .	303
5.1 Kernbereichslehre . . . . .	304
5.1.1 Grundsatz der Disponibilität . . . . .	304
5.1.2 Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen als Inhaltsschranke . . . . .	305
5.1.3 Rangfolge der Scheidungsfolgen . . . . .	305

5.2 Mittel und Maßstab der Inhaltskontrolle . . . . .	307
5.2.1 Keine Entbehrlichkeit richterlicher Überprüfung bei notarieller Belehrung . . . . .	308
5.2.2 Wirksamkeitskontrolle nach § 138 Abs. 1 BGB . . . . .	308
5.2.3 Ausübungskontrolle nach § 242 BGB . . . . .	309
6. Die weitere Entwicklung der BGH-Rspr. im Lichte der Reformgesetze . . . . .	309
6.1 Wirkrichtung der Reformgesetze und Inhaltskontrolle von Eheverträgen . . . . .	310
6.1.1 Inhaltskontrolle von Eheverträgen und Unterhaltsrechtsreform . . . . .	311
6.1.1.1 Reformziel: Stärkung der Eigenverantwortung geschiedener Ehegatten . . . . .	312
6.1.1.2 Die Neufassung des § 1570 BGB . . . . .	313
6.1.1.3 Die Beurkundungspflicht nach § 1585c S. 2 BGB n.F. . . . .	315
6.1.1.4 Ableitungen und Erwartungen . . . . .	315
6.1.2 Auswirkungen des VAStrRefG auf Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich . . . . .	322
6.1.2.1 Erweiterter Gestaltungsspielraum der Eheleute durch die Reform . . . . .	323
6.1.2.2 Beurkundungserfordernis nach § 7 Abs. 1 VersAusglG . . . . .	324
6.1.2.3 Verankerung der richterlichen Inhaltskontrolle in § 8 Abs. 1 VersAusglG . . . . .	325
6.2 Die Rspr. des BGH seit BGHZ 158, 81 . . . . .	326
6.2.1 Kein unverzichtbarer Mindeststandard an Scheidungsfolgen . . . . .	327
6.2.2 Kernbereichslehre und Ausgleich ehebedingter Nachteile . . . . .	327
6.2.2.1 Zentrale Bedeutung der „Ehebedingtheit“ der (voraussichtlichen) Nachteile . . . . .	328
6.2.2.2 Kernbereich und Rang von Versorgungs- und Zugewinnausgleich . . . . .	330
6.2.3 Wirksamkeitskontrolle (§ 138 Abs. 1 BGB) . . . . .	332
6.2.3.1 Zur Bedeutung subjektiver Vertragsdisparität für die Sittenwidrigkeit . . . . .	332
6.2.3.2 Einzel- und Gesamtwürdigung der ehever- traglichen Regelungen . . . . .	335
6.2.3.3 Zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt . . . . .	335
6.2.3.4 Spruchpraxis: Sittenwidrigkeit nur in klaren Ausnahmefällen . . . . .	337
6.2.3.5 Zur Frage der Gesamt- oder Teilnichtigkeit . . . . .	337
6.2.4 Ausübungskontrolle nach §§ 242, 313 BGB . . . . .	339

6.2.4.1 Dogmatische Einordnung: Rechtsmissbrauch und Wegfall der Geschäftsgrundlage . . . . .	339
6.2.4.2 Rechtsfolge: Vertragsanpassung zum Ausgleich ehebedingter Nachteile . . . . .	341
6.2.5 Modifizierte Scheidungsfolgen und Kompensationszahlungen . . . . .	343
6.2.6 Richterliche Kontrolle überhöhter Leistungen . . . . .	345
6.2.7 Sittenwidrigkeit wegen Belastung des Sozialhilfeträgers und Verhältnis zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen . . . . .	346
6.3 Die Kritik des Schrifttums an der Kernbereichslehre des BGH . . . . .	348
IV. Zwischenbefund und Fortgang der Untersuchung . . . . .	349
1. Der rechtspaternalistische Kern der richterlichen Ehevertragskontrolle . . . . .	350
1.1 Drittschützende Dimension der richterlichen Ehevertragskontrolle . . . . .	350
1.1.1 Eheverträge zu Lasten gemeinsamer Kinder . . . . .	350
1.1.2 Verträge zu Lasten anderer Unterhaltsberechtigter . . . . .	351
1.1.3 Verträge zu Lasten der Sozialkassen und Versorgungsträger . . . . .	352
1.1.3.1 Unterhaltsverzicht . . . . .	352
1.1.3.2 Unterhaltsverstärkung . . . . .	353
1.1.3.3 Versorgungsausgleich – Verzicht und Modifikation . . . . .	354
1.1.3.4 Verzicht auf Zugewinnausgleich . . . . .	355
1.2 Paternalistischer Kern der Inhaltskontrolle . . . . .	356
1.2.1 Weich paternalistisches Interventionskonzept des BVerfG . . . . .	357
1.2.2 Paternalistische Doppelkontrolle des Ehevertrages durch den BGH . . . . .	359
1.2.2.1 Weich paternalistische Begründung der Wirksamkeitskontrolle . . . . .	359
1.2.2.2 Weich paternalistischer Begründungskern der Ausübungskontrolle . . . . .	360
2. Unklarheiten und offene Fragen . . . . .	361
2.1 Unterschiedliche Modelle der Rspr. und Abstimmungsbedarf . . . . .	361
2.2 Begründungsdefizite beider Modelle . . . . .	362
2.2.1 Das BVerfG-Modell: Gestörte Vertragsparität und Fremdbestimmung . . . . .	362
2.2.1.1 Fremdbestimmung aufgrund „struktureller Unterlegenheit“ . . . . .	362

2.2.1.2 Verhältnis von Fremdbestimmung und Vertragsinhalt . . . . .	363
2.2.2 Das BGH-Modell: Schutz vor unzumutbaren Vertragsfolgen . . . . .	363
2.3 Klärungsbedarf bei der dogmatischen Umsetzung . . . .	367
2.4 Angemessenheit der richterlichen Intervention? . . . .	367
2.5 Dynamik und Vorhersagbarkeit der Entwicklung . . . .	368
3. Fortgang der Untersuchung . . . . .	369
V. Ökonomische Analyse des Scheidungsfolgen- und Ehevertragsrechts . . . . .	369
1. Vorbemerkung: Ökonomische Analyse und Eherecht . . . .	369
2. Ehe als Vertragsbeziehung . . . . .	371
2.1 Wandel des Eheverständnisses vom Status zum Vertrag	371
2.2 Pareto-Effizienz der Ehe als Grund für Eheschließung und -fortdauer . . . . .	373
2.3 Modellerweiterungen . . . . .	374
2.3.1 Peters – Scheidungsrecht und Informations- verteilung . . . . .	374
2.3.2 Wax – Verhandlungsmodell und Gleichheitsziel . .	376
3. Das Problem: Opportunistisches Verhalten in der Ehe . . . .	378
3.1 Asymmetrische ehespezifische Investition und Ex Post- Opportunismus . . . . .	378
3.2 Antizipation des Ex post-Opportunismus und Moral Hazard . . . . .	380
4. Verhaltenssteuerung durch Scheidungs(folgen)recht . . . .	380
4.1 Effizienter Investitionsschutz durch Kompensation bei Scheidung . . . . .	381
4.1.1 Versicherung ehespezifischer Investitionen . . . . .	381
4.1.2 Vermeidung von Fehlanreizen für den Versicherten . . . . .	382
4.1.3 Die verschiedenen Vermögensausgleichsmodelle im Vergleich . . . . .	382
4.1.3.1 Ersatz des positiven Interesses . . . . .	382
4.1.3.2 Ersatz des Vertrauensschadens (negatives Interesse) . . . . .	385
4.1.3.3 Gewinnabschöpfung . . . . .	386
4.1.3.4 Halbteilungsgrundsatz . . . . .	387
4.1.3.5 Bedürftigkeitsabhängige Zahlungsansprüche . . . .	388
4.1.4 Zwischenergebnis . . . . .	388
4.2 Annex: Scheidungsfolgenrecht und die Entscheidung zur Eheschließung . . . . .	389
4.3 Gewollt unvollkommener Investitionsschutz nach der lex lata . . . . .	389
4.3.1 Indisponibles Zerrüttungsprinzip . . . . .	390

4.3.2 Das Recht des nachehelichen Vermögens- ausgleichs . . . . .	392
4.3.2.1 Nachehelicher Ehegattenunterhalt . . . . .	392
4.3.2.2 Zugewinn- und Versorgungsausgleich . . . . .	395
4.4 Investitionsschutz als Argument für Vertragsfreiheit? . . . . .	397
5. Die Ehe als sog. „relationaler Vertrag“ – Bedeutung für den Untersuchungsgegenstand . . . . .	397
5.1 Die Theorie vom relationalen Vertrag . . . . .	399
5.1.1 Kernelemente der Relational Contract Theory . . . . .	399
5.1.2 Unschärfe der Definition relationaler Verträge . . . . .	400
5.1.3 Relational Contract Theory und ökonomische Transaktionskostenanalyse . . . . .	402
5.2 Ehe als relationaler Vertrag . . . . .	403
5.3 Normative Ableitungen für die gerichtliche Ex post- Kontrolle relationaler Verträge . . . . .	405
5.3.1 Das Meinungsspektrum innerhalb der Relational Contract-Bewegung . . . . .	405
5.3.2 Schlussfolgerungen . . . . .	406
5.4 Insbesondere: relationaler Vertrag und nachehelicher Vermögensausgleich . . . . .	407
5.5 Fazit . . . . .	408
6. Ehevertragsfreiheit und effizienter Paternalismus – Vertragstheoretische Einordnung . . . . .	408
6.1 Erneut: Grundsätzliche Effizienz der Vertragsfreiheit . . . . .	409
6.1.1 Pareto-Effizienz von Eheverträgen . . . . .	409
6.1.1.1 Ehevertragsfreiheit als Voraussetzung Pareto- superiorer Eheschließung . . . . .	409
6.1.1.2 Antizipation von Ex post-Opportunismus durch rationale Akteure . . . . .	411
6.1.2 Nacheheliche Eigenverantwortung und soziale Bedürftigkeit als Externalität . . . . .	412
6.1.3 Kosten der richterlichen Ehevertragskontrolle . . . . .	413
6.1.3.1 Das „Wissensproblem“ des paternalistisch motivierten Intervenienten . . . . .	413
6.1.3.2 Weitere Kosten richterlicher Ehevertrags- kontrolle . . . . .	414
6.2 Keine Pareto-Optimalität aufgrund von Markt- versagen . . . . .	414
6.2.1 Der „Schatten“ des dispositiven Rechts . . . . .	415
6.2.1.1 Das Phänomen . . . . .	415
6.2.1.2 Ableitungen für den hiesigen Untersuchungs- gegenstand . . . . .	416
6.2.2 Transaktionsspezifische Hemmnisse effizienten Vertragsschlusses . . . . .	417