

Alexandra Jungo / Christine Arndt

## **Scheidungskonventionen auf Vorrat sind bindend**

### **Eine Klarstellung des Bundesgerichts**

---

Scheidungskonventionen sind weder sittenwidrig noch können sie von den Ehegatten im Scheidungsverfahren widerrufen werden. Sie sind vielmehr bindend, unabhängig davon, ob sie lange, kurz vor oder während eines Scheidungsverfahrens abgeschlossen werden. Ihre Gültigkeit steht nur, aber immerhin unter dem Vorbehalt der gerichtlichen Genehmigung. Das hat das Bundesgericht kürzlich klargestellt.

---

Beitragsart: Urteilsbesprechungen  
Rechtsgebiete: Familienrecht. Eherecht

Zitiervorschlag: Alexandra Jungo / Christine Arndt, Scheidungskonventionen auf Vorrat sind bindend, in: Jusletter 9. Dezember 2019

## Inhaltsübersicht

1. Klarstellung des Bundesgerichts
  - 1.1. BGer 5A\_778/2018 vom 23. August 2019
  - 1.2. Weitere Urteile
2. Bindungswirkung von Vorausvereinbarungen
  - 2.1. Übermässige Bindung von Vorausvereinbarungen?
  - 2.2. Zeitpunkt der Bindungswirkung
3. Gültigkeit von Vorausvereinbarungen
  - 3.1. Voraussetzungen der Gültigkeit
  - 3.2. Freier Wille und reife Überlegung
  - 3.3. Offensichtliche Unangemessenheit insbesondere
4. Fazit

[1] In seinem Urteil 5A\_778/2018 vom 23. August 2019 hat sich das Bundesgericht zur teils umstrittenen Frage der Bindungswirkung von Scheidungskonventionen auf Vorrat auseinandergesetzt und diese bejaht. Der vorliegende Beitrag begrüsst das Urteil – im Unterschied zu einem an dieser Stelle bereits früher erschienenen Beitrag<sup>1</sup> und erklärt die Gründe dafür.

### 1. Klarstellung des Bundesgerichts

#### 1.1. BGer 5A\_778/2018 vom 23. August 2019

[2] Die Ehefrau A. und der Ehemann B. schlossen am 7. Februar 2008 einen Ehevertrag ab, wonach der Ehemann der Ehefrau einen monatlichen Unterhalt von CHF 20'000 schuldet, falls die Ehe durch Scheidung aufgelöst werden sollte. Tags darauf, am 8. Februar 2008, heiratete das Paar; die Ehe blieb kinderlos. Am 25. September 2015 reichte der Ehemann die Scheidungsklage ein. Die Ehe wurde geschieden, ein Unterhaltsanspruch der Ehefrau aber verneint. Das von der Ehefrau angerufene Bundesgericht hiess die Beschwerde insofern gut, als es das vorinstanzliche Urteil aufhob und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinn der Erwägungen an die Vorinstanz zurückwies.

[3] Die erste Instanz hatte zuvor die Bindungswirkung der antizipierten Vereinbarung gestützt auf Art. 27 ZGB verneint. Die zweite Instanz hielt die Vereinbarung für «offensichtlich nicht genehmigungsfähig», da in der Vereinbarung jegliche Angaben dazu fehlten, von welchem Einkommen und Vermögen jedes Ehegatten ausgegangen wurde (E. 5.4).

[4] In seinen Erwägungen bejahte das Bundesgericht die grundsätzliche Bindungswirkung einer antizipierten Vereinbarung über den nahehelichen Unterhalt. Jedenfalls stehe Art. 27 ZGB ohne Prüfung der konkreten Umstände der Bindungswirkung nicht entgegen (E. 5.5). Das kantonale Gericht hatte zwar – anders als das erstinstanzliche Gericht – der Konvention nicht wegen des Verstosses gegen Art. 27 ZGB die Genehmigung versagt, sondern wegen der fehlenden Angaben dazu, von welchem Einkommen und Vermögen jedes Ehegatten ausgegangen wurde (E. 5.6). Damit sei die Vereinbarung unvollständig und deshalb «offensichtlich nicht genehmigungsfähig» (E. 5.7.2). Das Bundesgericht verwarf auch diese Argumentation, da die Angaben zu Einkommen und Vermögen nicht im Zeitpunkt der Vereinbarung, sondern im Zeitpunkt der Prüfung ihrer

---

<sup>1</sup> THOMAS GEISER, Regelung des Scheidungsunterhalts im Ehevertrag?, in: Jusletter 4. November 2019 (zit. Jusletter), 1 ff.

Genehmigungsfähigkeit massgebend sind. Die Angaben müssen also aktuell sein und gegebenenfalls gestützt auf Art. 277 Abs. 2 ZPO bei den Parteien nachgefordert werden (E. 5.6; 5.7.2).

[5] In der Sache selbst konnte das Bundesgericht keinen Entscheid fällen: Gestützt auf Art. 125 ZGB musste eine Unterhaltsforderung verneint werden (E. 4.5). Gestützt auf die Vereinbarung war die Unterhaltsforderung nicht von vorherein abzulehnen; zu prüfen blieb aber, ob sie mit Blick auf die aktuelle Einkommens- und Vermögenslage (die von den Parteien noch zu dokumentieren war), nicht offensichtlich unangemessen war. Zu dieser Prüfung wurde die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen.

## 1.2. Weitere Urteile

[6] Bereits in früheren Urteilen bejahte das Bundesgericht regelmässig, dass eine Vertragsabrede unter den Ehegatten – unter Vorbehalt der gerichtlichen Genehmigung – grundsätzlich bindend ist.<sup>2</sup> Solange im Scheidungsverfahren auf gemeinsames Begehren noch eine zweimonatige Bedenkfrist galt, hielt das Bundesgericht dafür, die Scheidungskonvention entfalte keine Bindungswirkung und könne vor oder während der Bedenkfrist (ohne Angabe von Gründen) widerrufen werden.<sup>3</sup> Eine vertragliche Bindungswirkung anerkannte das Bundesgericht einer Vereinbarung einzig im Rahmen der Scheidung auf Klage.<sup>4</sup> Mithin kam es damals für die Bindungswirkung darauf an, ob die Vereinbarung im Verfahren auf gemeinsames Begehren oder im Verfahren auf Klage eingereicht worden war. Dass die Art des Scheidungsverfahrens (nichtstreitiges Verfahren oder Klageverfahren) über die Bindungswirkung eines Vertrags zwischen den Ehegatten entscheiden soll, ist nicht verständlich<sup>5</sup>: Die Nichtbestätigung der Vereinbarung führt zu einer streitigen Nebenfolge. Damit das Gericht über diese entscheiden kann, haben die Ehegatten eine gemeinsame Erklärung nach Art. 112 Abs. 1 ZGB abzugeben. Erteilt ein Ehegatte diese Erklärung nicht, muss das gemeinsame Scheidungsbegehren abgewiesen werden, worauf eine Scheidung auf Klage erforderlich ist. Im Klageverfahren sind die Ehegatten, wie vorstehend ausgeführt, bereits mit Vertragsschluss an die Vereinbarung gebunden (BGE 135 III 193 E. 2.2).<sup>6</sup> Die Nichtbestätigung

---

<sup>2</sup> BGE 121 III 393, 395, E. 5c; BGer, 5. Juni 2019 (5A\_980/2018), E. 3; 12. Januar 2016 (5A\_501/2015), E. 3.1.1; 21. Juni 2011 (5A\_40/2011), E. 3.3; 2. Oktober 2008 (5A\_599/2007), E. 6.1; 14. Juli 2005 (5C.270/2004), E. 4.1.

<sup>3</sup> DANIEL STECK, *Scheidungsplanung? – Gedanken zur Rechtsnatur und Bindungswirkung der Scheidungsvereinbarung*, in: Büchler Andrea/Müller-Chen Markus (Hrsg.), *Private Law national – global – comparative*, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Band II, Bern 2011, 1629 f.; HEINZ HAUSHEER/DANIEL STECK, *Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen – mehr Privatautonomie bei verstärkter Inhaltskontrolle ein dringendes Reformanliegen?*, ZBJV 144 (2008), 940 ff. – Mit Bezug auf die Rechtslage vor Abschaffung der Bedenkfrist (1. Februar 2010): ROLAND FANKHAUSER, *Ausarbeitung und Besonderheiten von Scheidungskonventionen*, FamPra.ch 5 (2004), 295 f.; THOMAS GEISER, *Bedürfen Eheverträge der gerichtlichen Genehmigung?*, in: Geiser Thomas/Koller Thomas/Reusser Ruth/Walter Hans Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), *Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung*, Beiträge zum Familienrecht, Erbrecht, Persönlichkeitsrecht, Haftpflichtrecht, Medizinalrecht und allgemeinem Privatrecht, Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag, Bern 2002, 221; DANIEL R. TRACHSEL/MARGHERITA BORTOLANI-SLONGO, *«Scheidungsvereinbarungen auf Vorrat»: Taugliches Instrument familienrechtlichen Risikomanagements?*, AJP 18 (2009), 303.

<sup>4</sup> BGE 135 III 193 ff., 196, E. 2.2.

<sup>5</sup> Siehe auch schon ALEXANDRA JUNGO, *Kommentar zu Art. 111 ZGB*, in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz*, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 111 ZGB N 21; siehe auch PETER BREITSCHMID, *«Scheidungsplanung»? Fragen um «Scheidungskonventionen auf Vorrat»*, AJP 8 (1999), 1609; HAUSHEER/STECK (Fn. 3), 943.

<sup>6</sup> Mit Hinweis auf die Botschaft, BBl 1995 I 141. – A.M. STECK (Fn. 3), 1633, wonach die abgeschlossene Scheidungsvereinbarung, die von einer Partei nicht gewollt war und daher durch die Nichtbestätigung zurückgewiesen wurde, im nachfolgenden Klageverfahren grundsätzlich keine bindende Wirkung entfaltet.

des Scheidungswillens und/oder der Vereinbarung im nichtstreitigen Verfahren führte somit – bereits unter dem bis zum 31. Januar 2010 geltenden Recht – über die Scheidungsklage zur Bindungswirkung der Vereinbarung. Seit der Abschaffung der Bedenkfrist (also seit dem 1. Februar 2010) wird jedenfalls die Bindungswirkung von Vorausvereinbarungen – unter Vorbehalt der gerichtlichen Genehmigung<sup>7</sup> – von der herrschenden Lehre klar bejaht.<sup>8</sup>

## 2. Bindungswirkung von Vorausvereinbarungen

### 2.1. Übermässige Bindung von Vorausvereinbarungen?

[7] Das Bundesgericht hat zu Recht die teilweise in der Lehre vertretene Meinung abgelehnt,<sup>9</sup> wonach eine ohne konkreten Scheidungshorizont abgeschlossene Vereinbarung über den nachehelichen Unterhalt den absolut höchstpersönlichen Bereich der Lebensgestaltung im Sinn von Art. 27 ZGB betreffe und daher keine Bindungswirkung entfalten könne.<sup>10</sup> Vor dem Hintergrund, dass rund 40% der Ehen geschieden werden<sup>11</sup>, ist in der Tat nicht verständlich, warum die Planung eines mit etwa 40-prozentiger Wahrscheinlichkeit eintretenden Ereignisses gegen höchstpersönliche Rechte verstossen sollte. Im Gegenteil: Es erscheint durchaus sinnvoll und weitsichtig, wenn sich Brautleute und Ehegatten in guten Zeiten über mögliche schwierige Zeiten absprechen und für diese eine ausgewogene Lösung suchen und vereinbaren. Die Idee, sie seien im Zeitpunkt einer Trennung oder Scheidung dazu besser in der Lage, überzeugt nicht. Vielmehr befinden sich Ehegatten oft gerade in der Phase rund um die Trennung und Scheidung in einer emotionalen Ausnahmesituation. Nicht selten werden genau dann Zugeständnisse gemacht, weil sich eine Partei in einer (finanziell) schlechteren Verhandlungsposition befindet oder auch um einfach «Ruhe zu haben». Ferner drängen mitunter auch die Gerichte während des laufenden

---

<sup>7</sup> Siehe Ziff. 3.

<sup>8</sup> BREITSCHMID (Fn. 5), 1609; MAURICE COURVOISIER, Voreheliche und eheliche Scheidungsfolgenvereinbarungen – Zulässigkeit und Gültigkeitsvoraussetzung: Eine rechtsvergleichende Studie unter Berücksichtigung des US-amerikanischen und des schweizerischen Rechts, Diss., Basel 2002, 223; HAUSHEER/STECK (Fn. 3), 943 f.; PASCAL PICHONNAZ/CYRIELLE VERDON, La force obligatoire d'une convention de divorce avant la ratification : vers une évolution du régime, in: Droit en question: mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley, Genf 2017, 51 ff.; THOMAS SUTTER-SOMM/NICOLAS GUT, Kommentar zu Art. 279 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. ZPO-Komm), Art. 279 ZPO N 25; ISABELLE CHASSÉ, Kommentar zu Art. 279 ZPO, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010 (zit. SHK), Art. 279 ZPO N 17; INGEBORG SCHWENZER, Grenzen der Vertragsfreiheit in Scheidungskonventionen und Eheverträgen, FamPra.ch 6 (2005), 6; KARL SPÜHLER/THOMAS SCHÜTT, Neues Scheidungsverfahrenrecht: Zu den Artikeln 135, 136, 138-140 und 148 ZGB, AJP 8 (1999), 1544; implizite auch MATTHIAS STEIN-WIGGER, Kommentar zu Art. 279 ZPO, in: Schwenzler Ingeborg/Fankhauser Roland (Hrsg.), FamKomm Scheidung, Band II, 3. Aufl., Bern 2017, Art. 279 N 7.

<sup>9</sup> BGer, 23. August 2019 (5A\_778/2018), E. 5.5, zur Publikation vorgesehen.

<sup>10</sup> So AYESHA CURMALLY/STEPHAN WOLF, Ehevertragsgestaltung im Hinblick auf Scheidung, in: Schwenzler Ingeborg/Büchler Andrea/Fankhauser Roland (Hrsg.), Siebte Schweizer Familienrechtstage 23./24. Januar 2014 in Basel, 128; CARMEN LADINA WIDMER, Gestaltungsmöglichkeiten von Eheverträgen und Scheidungskonventionen, ZBJV 145 (2009), 424 ff.; ARNAUD F. PHILIPPE, Planification du divorce et conventions, AJP 16 (2007), 1245 i.f.; GEISER (Fn. 3), 229; REGINA E. AEBI-MÜLLER, Ehe- und Erbrecht, in: Schmid Jürg, Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars: Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 13. September 2005 in Lausanne und vom 28. September 2005 in Zürich, Zürich 2006, 76 f.

<sup>11</sup> Bundesamt für Statistik, Stand 2018, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/heiraten-eingetragene-partnerschaften-scheidungen.html>, konsultiert am 20. November 2019.

Verfahrens<sup>12</sup> auf eine Parteivereinbarung. Auch diese Situation bietet nicht eher Gewähr für eine klar und reiflich überlegte Vereinbarung. Vielmehr ist davon auszugehen, dass eine ohne Zeitdruck und während der Zeit des einvernehmlichen Zusammenlebens geschlossene Vereinbarung wohlüberlegter, ausgewogener und nachhaltiger ist.<sup>13</sup> Es ist daher sehr zu begrüßen, dass das Bundesgericht klargestellt hat, eine Vorausvereinbarung (ohne konkreten Scheidungshorizont) verstosse grundsätzlich nicht gegen Art. 27 ZGB.

## 2.2. Zeitpunkt der Bindungswirkung

[8] Steht somit fest, dass Art. 27 ZGB der Bindungswirkung von Vorausvereinbarungen nicht entgegensteht, gelten auch im Familienrecht die allgemeinen Regeln des Vertragsrechts<sup>14</sup>, wonach Verträge unter den Parteien mit ihrem Abschluss bindend sind. Bereits unter dem alten Scheidungsrecht (1907/1912) war nie umstritten, dass eine Vereinbarung unter den Eheleuten «nach den allgemeinen Regeln des Vertragsrechts grundsätzlich bindende Wirkung» hatte.<sup>15</sup> Das Bundesgericht betont im besprochenen Urteil zu Recht das an sich Selbstverständliche und hält damit den in der Lehre und Praxis erhobenen Stimmen entgegen, Eheleute bedürften bei Entscheidungen im Zusammenhang mit einer Scheidung und der damit meist einhergehenden Veränderung der wirtschaftlichen Situation eines besonderen Schutzes<sup>16</sup>, weshalb Verträge keine bindende Wirkung entfalten könnten.<sup>17</sup> Das Selbstverständliche lautet: «Wer handlungsfähig ist, hat die Fähigkeit, durch seine Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen (Art. 12 ZGB). Die Handlungsfähigkeit besitzt, wer volljährig und urteilsfähig ist (Art. 13 ZGB). Diese Grundsätze gelten unabhängig vom Zivilstand einer Person. So kann jeder Ehegatte mit dem andern oder mit Dritten Rechtsgeschäfte abschliessen, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 168 ZGB). Das Gesetz enthält keine spezielle Regel, die es einem Ehegatten verbietet, sich vor oder nach dem Eingehen einer Ehe vertraglich zu verpflichten, dem andern im Fall einer Scheidung einen bestimmten Beitrag an dessen Unterhalt zu leisten (Scheidungsvereinbarung auf Vorrat oder antizipierte Scheidungskonvention).»<sup>18</sup> Eheleute sind mithin genau gleich vertragsfähig wie nicht verheiratete Personen; die Handlungs- und Vertragsfähigkeit wird mit der Eheschliessung nicht beschränkt. Eheleute können somit auch Verträge im Hinblick auf eine künftige Scheidung schliessen. Solche Verträge können vor oder nach der Eheschliessung abgeschlossen werden und

---

<sup>12</sup> Im Kanton Zürich erfolgt dies mitunter nach mehrstündigen Verhandlungen, die auch bis in die Nacht dauern können.

<sup>13</sup> FABIENNE HOHL, *Procédure civile*, Tome II, *Compétence, délais, procédures et voies de recours*, 2. Aufl., Bern 2010, N 2079; THOMAS SUTTER-SOMM/MILAN LAZIC, *Kommentar zu Art. 291 ZPO*, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 291 ZPO N 13; ALEXANDRA RUMO-JUNGO, *Reformbedürftiges Scheidungsrecht: ausgewählte Fragen*, in: Rumo-Jungo Alexandra/Pichonnaz Pascal (Hrsg.), *Scheidungsrecht. Aktuelle Probleme und Reformbedarf*, Symposium zum Familienrecht 2007, Zürich/Basel/Genf 2008, 13.

<sup>14</sup> BGer, 23. August 2019 (5A\_778/2018), E. 5.5, zur Publikation vorgesehen.

<sup>15</sup> HAUSHEER/STECK (Fn. 3), 940; PHILIPPE MEIER, *Planification du divorce: une illusion ? Les conventions anticipées d'entretien en droit suisse*, in: Piotet Denis/Tappy Denis (Hrsg.), *L'arbre de la méthode et ses fruits civils*, *Recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette Sandoz*, 295; BGE 99 II 359 ff. (361), E. 3b.

<sup>16</sup> SCHWENZER, *FamPra.ch* (Fn. 8), 1 f.

<sup>17</sup> GEISER, *Jusletter* (Fn. 1), 7 f.

<sup>18</sup> BGer, 23. August 2019 (5A\_778/2018), E. 5.5, zur Publikation vorgesehen.

entfalten – unter Vorbehalt von Übervorteilung, Willens- oder Inhaltsmängeln<sup>19</sup> – sogleich Bindungswirkung.<sup>20</sup> Das bedeutet (nur, aber immerhin), dass kein Ehegatte die Vereinbarung einseitig widerrufen kann. Der besondere Schutz, der den Eheleuten zukommt, erfolgt nur über das Erfordernis der gerichtlichen Genehmigung.

### 3. Gültigkeit von Vorausvereinbarungen

#### 3.1. Voraussetzungen der Gültigkeit

[9] Von der Bindungswirkung ist die Gültigkeit und Durchsetzbarkeit von Vorausvereinbarungen zu unterscheiden.<sup>21</sup> Damit eine (unter den Eheleuten bindende) Vorausvereinbarung rechtsgültig und damit durchsetzbar wird, ist die gerichtliche Genehmigung erforderlich. Die Rechtsgültigkeit und somit auch die Durchsetzbarkeit stehen mithin unter der Bedingung der gerichtlichen Genehmigung der Vereinbarung.<sup>22</sup> Mit ihr verliert die Vereinbarung ihre rein vertragliche Rechtsnatur und wird Teil des Gerichtsurteils.<sup>23</sup> Entsprechend ist sie in das Urteilsdispositiv aufzunehmen (Art. 279 Abs. 2 Satz 2 ZPO).

[10] Die gerichtliche Genehmigung setzt eine Überprüfung der Willensbildung sowie eine inhaltliche und eine formelle Prüfung der Vereinbarung voraus. Was die Willensbildung angeht, werden der freie Wille und die reife Überlegung der Parteien geprüft (3.2). Inhaltlich werden die «nicht offensichtliche Unangemessenheit» (3.3), die Gesetzeskonformität und die fehlende Sittenwidrigkeit kontrolliert. Formell werden die Klarheit und die Vollständigkeit der Vereinbarung sichergestellt.<sup>24</sup>

#### 3.2. Freier Wille und reife Überlegung

[11] Die Voraussetzungen der Willensbildung haben im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung gegeben zu sein. Bei der Prüfung des freien Willens und der reiflichen Überlegung geht es

---

<sup>19</sup> PETER GAUCH/WALTER R.SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl., Zürich 2014, N 730 ff.

<sup>20</sup> Siehe die in Fn. 8 erwähnten Autorinnen und Autoren. Eine Bindungswirkung erst nach der Anhörung (Art. 287 ZPO) bejahen: ANNETTE SPYCHER, Kommentar zu Art. 279 ZPO, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Band II, Art. 150-352 ZPO – Art. 400-406 ZPO, Bern 2012 (zit. BeKomm), Art. 279 N 36; DANIEL BÄHLER, Kommentar zu Art. 279 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BaKomm), Art. 288 N 19 ff.; Urs GLOOR, Kommentar zu Art. 111 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 6. Aufl., Basel 2018, Art. 111 ZGB N 5; ROLAND FANKHAUSER, Kommentar zu Art. 285 ZPO N 11, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christof Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Auflage, Zürich 2016; BEATRICE VAN DE GRAAF, Kommentar zu Art. 279 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich, Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 279 ZPO N 16.

<sup>21</sup> PICHONNAZ/VERDON (Fn. 8), 41.

<sup>22</sup> BÄHLER, BaKomm (Fn. 20), Art. 279 ZPO N 1; COURVOISIER (Fn. 8), 223 f.; SCHWENZER, FamPra.ch (Fn. 8), 6; DENIS TAPPY, Kommentar zu Art. 279 ZPO, in: Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis (Hrsg.), Code de procédure civile, Commentaire Romand, 2. Aufl., Basel 2019, Art. 279 N 3.

<sup>23</sup> Botschaft Scheidungsrecht (Fn. 6), 140; CHASSÉ, SHK (Fn. 8), Art. 279 ZPO N 17; IVO SCHWANDER, Kommentar zu Art. 279 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin, ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2015, Art. 279 ZPO N 5; SUTTER-SOMM/GUT, ZPO-Komm (Fn. 8), Art. 279 ZPO N 21 f., N 26; VAN DE GRAAF, KUKO (Fn. 20), Art. 279 ZPO N 14.

<sup>24</sup> SPYCHER, BeKomm (Fn. 20), Art. 279 ZPO N 21 ff.; SUTTER-SOMM/GUT, ZPO-Komm (Fn. 8), Art. 279 ZPO N 11 ff.

um die allgemeine vertragsrechtliche Willensfreiheit, die nach dem Konzept des geltenden Privatrechts grundsätzlich vorliegt und nur ausnahmsweise fehlt: Das privatrechtliche Vertragsrecht beruht denn auch auf der Vorstellung, dass eine Vereinbarung zwischen zwei freien und selbstverantwortlichen Menschen geschlossen wird.<sup>25</sup> Das Recht anerkennt tatsächliche Unterschiede zwischen den Vertragsparteien nur im Ausnahmefall, etwa dann, wenn die Urteilsfähigkeit betroffen ist oder wenn Willensmängel vorliegen.<sup>26</sup> Eine strukturelle Überlegenheit einer Partei gegenüber der anderen wird im geltenden Recht nur ausnahmsweise berücksichtigt.<sup>27</sup> Abgesehen von vereinzelt Sondernormierungen geht das Privatrecht – wie erwähnt – von der Freiheit und Gleichheit der Vertragsparteien aus. Zwischen zwei (künftigen) Ehegatten kommt die Berücksichtigung tatsächlicher Unterschiede somit einzig bei Urteilsunfähigkeit oder bei Willensmängeln in Frage: Die Urteilsfähigkeit wird bei erwachsenen Vertragsparteien grundsätzlich vermutet.<sup>28</sup> Urteilsunfähigkeit und Willensmängel können von der Partei geltend gemacht werden, die sich darauf beruft. Sie hat auch den entsprechenden Beweis zu tragen bzw. trägt das Risiko der Beweislosigkeit.<sup>29</sup> Es gilt hier nichts anderes als im allgemeinen Vertragsrecht.

### 3.3. Offensichtliche Unangemessenheit insbesondere

[12] Im Zentrum der gerichtlichen Gültigkeitsprüfung steht regelmässig die Prüfung der «nicht offensichtlichen Unangemessenheit». Diese beurteilt sich mit Blick auf die aktuellen Einkommens- und Vermögensverhältnisse<sup>30</sup>, da die offensichtliche Unangemessenheit im Zeitpunkt der Urteilsfällung bestehen muss. Der Massstab ist das Gesetz bzw. das, was das Gericht gestützt auf das Gesetz entscheiden würde. Die Vereinbarung müsste – um nicht genehmigt werden zu können – im Verhältnis dazu in einem klaren, offensichtlichen Missverhältnis stehen.<sup>31</sup> Besteht keine solche offensichtliche Unangemessenheit, hat das Gericht die Vorausvereinbarung zu genehmigen.

## 4. Fazit

[13] Das Bundesgericht hat in seiner neuesten Entscheidung an sich eine Selbstverständlichkeit festgehalten, nämlich dass Vereinbarungen unter Eheleuten mit ihrem Abschluss verbindlich sind, ob sie nun die Scheidungsfolgen oder andere Rechtsbereiche betreffen. Dennoch ist die höchstgerichtliche Klarstellung angesichts der Diversität der Meinungen in der Lehre sehr willkommen

---

<sup>25</sup> EVA MARIA BELSER, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Diss. Freiburg, AISUF 198, Freiburg 2000, 59.

<sup>26</sup> Dazu und zum Folgenden BELSER (Fn. 25), 58, 80 ff., 191 ff., 294 ff.

<sup>27</sup> So etwa im Rahmen des UWG, durch zwingende Vorschriften, namentlich auch durch Formvorschriften, durch die besondere Normierung von Rechtsgeschäften, in denen typischerweise ein besonderes Wissensgefälle besteht, namentlich bei Haustürgeschäften, oder in denen typischerweise ein besonderes wirtschaftliches Gefälle besteht, etwa im Arbeits- und im Mietrecht. Weiter ist etwa zur Verhinderung der Lohndiskriminierung zwischen den Geschlechtern das Gleichstellungsgesetz erlassen worden. Siehe dazu BELSER (Fn. 25), 191 ff.

<sup>28</sup> BETTINA HÜRLIMANN-KAUP/JÖRG SCHMID, Einleitungsartikel und Personenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, N 609.

<sup>29</sup> ALEXANDRA JUNGO, Zürcher Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Art. 8 ZGB, Beweislast, Zürich 2018, Art. 8 ZGB N 386.

<sup>30</sup> BGer, 23. August 2019 (5A\_778/2018), E. 5.5, zur Publikation vorgesehen.

<sup>31</sup> BGer, 2. Oktober 2008 (5A\_599/2007), E. 6.4.1; 6. Mai 2010 (5A\_838/2009), E. 4.2.1; 21. Juni 2011 (5A\_40/2011), E. 3.3; für eine Gesamtbetrachtung aller wirtschaftlichen Nebenfolgen der Scheidung: SPYCHER, BeKomm (Fn. 20), Art. 279 ZPO N 31; SUTTER-SOMM/GUT, ZPO-Komm (Fn. 8), Art. 279 ZPO N 18; strenger: STEIN-WIGGER, FamKomm (Fn. 8), Art. 297 ZPO N 25 f.

und wertvoll. Die Tatsache, dass die Scheidungsvereinbarungen für ihre Gültigkeit und Durchsetzbarkeit das Gütesiegel der gerichtlichen Genehmigung benötigen, tut dem keinen Abbruch.

---

ALEXANDRA JUNGO, Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin für Zivilrecht an der Universität Freiburg.

CHRISTINE ARNDT, Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Familienrecht, Lehrbeauftragte an der Universität Zürich.

Wir danken MLaw Tanja Hermann, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Zivilrecht I an der Universität Freiburg, für die kritische Durchsicht des Textes sowie die Bereinigung des Literaturverzeichnisses und der Fussnoten. Dr. Gian Brändli, Rechtsanwalt, danken wir für die kritische Durchsicht des Textes.