

## AUFsätze ARTICLES ARTICOLI

1 *Christapor Yacoubian*: Die (Un-)Zulässigkeit der Vaterschaftsklage gegen altrechtliche Zahlväter

36 *Marcel Kobel/Christian Fraefel*: Bindungswirkung von (antizipierten) Scheidungsvereinbarungen

63 *Paula Krüger*: «Steter Tropfen höhlt den Stein?» – Die neue alte Diskussion um die Eltern-Kind-Entfremdung bzw. das Parental Alienation Syndrome und seine Risiken

86 *Sandro Körber*: Der (schwierige) Umgang des Rechts mit Sexualität – unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Familienrechts

## DOKUMENTATION DOCUMENTATION DOCUMENTAZIONI

115 Gesetzgebung – Législation – Legislazione

135 Rezensionen – Recensions – Recensioni

## RECHTSPRECHUNG JURISPRUDENCE GIURISPRUDENZA

## HERAUSGEGEBEN VON

MICHELLE COTTIER  
ROLAND FANKHAUSER

## BEGRÜNDET VON

INGEBORG SCHWENZER  
ANDREA BÜCHLER

## Schriftleitung

Sabine Aeschlimann

## Redaktionsmitglieder

Christine Arndt  
Margareta Baddeley  
Sabrina Burgat  
Linus Cantieni  
Jeanne DuBois  
Christiana Fountoulakis  
Thomas Geiser  
Urs Gloor  
Alexandra Jungo  
Karin Meyer  
Margot Michel  
Daniel Rosch  
David Rüetschi  
Joachim Schreiner  
Jonas Schweighauser  
Heidi Simoni  
Diego Stoll

online+

Ihre Vorteile auf  
einen Blick: Seite 281

en ligne+

Vos avantages en un  
coup d'œil: Page 281

## IMPRESSUM

26. Jahrgang – Année – Februar – Février – Febbraio  
Erscheint vierteljährlich – Parution trimestrielle – Pubblicazione trimestrale  
Zitiervorschlag – Citation proposée – Citazione consigliata: FamPra.ch  
ISSN 1424-1811 (Print), e-ISSN 2504-1460 (Online)

**Herausgegeben von** Prof. Dr. iur. Michelle Cottier, MA, Université de Genève, Uni Mail, Boulevard du Pont-d'Arve 40, CH-1211 Genève 4, E-Mail: Michelle.Cottier@unige.ch

Prof. Dr. Roland Fankhauser, Universität Basel, Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel, CH-Schweiz, E-Mail: roland.fankhauser@unibas.ch

**Begründet von** Prof. Dr. iur. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Leimenstrasse 42, CH-4051 Basel, E-Mail: ingeborg.schwenzer@unibas.ch

Prof. Dr. iur. Andrea Büchler, Universität Zürich, Rämistrasse 74, CH-8001 Zürich, E-Mail: lst.buechler@rwi.uzh.ch

**Schriftleitung** Dr. Sabine Aeschlimann, LL.M., Advokatin, Hauptstrasse 104, CH-4102 Binningen  
Telefon: ++41 61 421 05 95, Telefax: ++41 61 421 25 60, E-Mail: aeschlimann@lamolex.ch, fampra-ius@unibas.ch

**Redaktion** lic. iur. Christine Arndt, Rechtsanwältin; Prof. Dr. iur. Margareta Baddeley; Prof. Dr. iur. Sabrina Burgat; Dr. iur. Linus Cantieni, Rechtsanwalt; lic. iur. Jeanne DuBois, Rechtsanwältin; Prof. Dr. iur. Christiana Fountoulakis; Prof. Dr. iur. Thomas Geiser; Dr. iur. Urs Gloor, Rechtsanwalt, Mediator; Prof. Dr. iur. Alexandra Jungo; lic. iur. Karin Meyer, Rechtsanwältin; Prof. Dr. Margot Michel; Prof. (FH) Dr. iur. Daniel Rosch, Sozialarbeiter FH, MAS Nonprofit-Management; Dr. iur. David Rüetschi, Leiter Fachbereich Zivilrecht und Zivilprozessrecht, Bundesamt für Justiz; Dr. phil. Joachim Schreiner; Dr. iur. Jonas Schweighauser, Advokat; Dr. phil. Heidi Simoni, Fachpsychologin für Psychotherapie FSP; Dr. Diego Stoll, Advokat.

**Verlag** Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern  
Telefon: ++41 31 300 63 25  
E-Mail: verlag@staempfli.ch  
Internet: [www.staempflirecht.ch](http://www.staempflirecht.ch)

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden. Die Nutzung unserer Werke für Text- und Data-Mining behalten wir uns explizit vor.

L'acceptation des contributions est soumise à la condition que le droit exclusif de reproduction et de distribution soit transféré à Stämpfli Editions SA. Toutes les contributions publiées dans cette revue sont protégées par le droit d'auteur. Cela vaut également pour les décisions judiciaires et les registres rédigés par la rédaction ou les rédacteurs responsables. Aucune partie de cette revue ne peut être reproduite en dehors des limites du droit d'auteur sous quelque forme que ce soit, y compris par des procédés techniques et numériques, sans l'autorisation écrite de la maison d'édition. Nous nous réservons expressément le droit d'utiliser nos œuvres à des fins de text- et data-mining.

**Inserate** Stämpfli Kommunikation, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern  
Telefon: ++41 31 300 63 82  
E-Mail: inserate@staempfli.ch

**Abonnemente** Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern  
Telefon: ++41 31 300 63 25  
E-Mail: zeitschriften@staempfli.ch

Jährlich – Annuel – Annuale: AboPlus Sfr. 498.– (Print und Online), Online Sfr. 428.–  
Einzelheft – Numéro séparé – Numero singolo: SFr. 139.– (exkl. Porto)  
Ausland – Etranger – Estero: AboPlus € 520.–, Online € 428.–  
Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,6% MWST.

Schriftliche Kündigung bis 2 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.  
Résiliation de l'abonnement possible par écrit jusqu'à 2 mois avant la fin de l'abonnement.

© 2025 by Stämpfli Verlag AG, Bern



**Der Schreiber** steht für unseren Anspruch, gemeinsam mit unseren Autorinnen und Autoren relevante und herausragende Inhalte zu produzieren.

**Le scribe** symbolise notre volonté de produire, en collaboration avec nos auteurs, du contenu d'exception.

## Bindungswirkung von (antizipierten) Scheidungsvereinbarungen

Marcel Kobel, MLaw, Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Familienrecht, Mediator SAV, Bern  
 Christian Fraefel, Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Familienrecht, Zürich

**Stichwörter:** *Scheidungskonvention, antizipierte Scheidungskonvention, Scheidungsvereinbarung auf Vorrat, Vorauskonvention, Bindungswirkung, Widerrufbarkeit, Genehmigung, offensichtliche Unangemessenheit, Vertragsfreiheit, Scheidungshorizont, Scheidungswille, Kinderbelange, nahehelicher Unterhalt, Vorsorgeausgleich, Güterrecht, Kosten- und Entschädigungsfolgen.*

**Mots-clés:** *convention de divorce, convention de divorce anticipée, convention conclue avant le divorce, convention préalable, force obligatoire, révocabilité, ratification, caractère manifestement inéquitable, liberté contractuelle, horizon du divorce, volonté de divorcer, questions liées à l'enfant, entretien après le divorce, partage de la prévoyance professionnelle, régime matrimonial, conséquences en termes de coûts et d'indemnités.*

### I. Einleitung

In der Schweiz werden rund zwei von fünf Ehen geschieden.<sup>1</sup> Eine grosse Mehrheit dieser Scheidungen erfolgt gestützt auf eine umfassende Scheidungsvereinbarung.<sup>2</sup> Ungeachtet dieser enormen praktischen Bedeutung von Scheidungsvereinbarungen sind die einzelnen vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten nur rudimentär kodifiziert.<sup>3</sup> Das materielle Recht schreibt im Wesentlichen vor, dass die Parteien «eine vollständige Vereinbarung über die Scheidungsfolgen mit den nötigen Belegen und mit gemeinsamen Anträgen hinsichtlich der Kinder»<sup>4</sup> einreichen und das Gericht die

1 Vgl. hierzu Bundesamt für Statistik, Scheidungshäufigkeit, [www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/heiraten-eingetragene-partnerschaften-scheidungen/scheidungsaeufigkeit.html](http://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/heiraten-eingetragene-partnerschaften-scheidungen/scheidungsaeufigkeit.html) (5.10.2024); vgl. auch ARNDT/BRÄNDLI, Scheidungskonvention auf Vorrat, in: BÜCHLER/FANKHAUSER (Hrsg.), Zehnte Schweizer Familienrechtstage, Bern 2023, 57, 59.

2 Vgl. BaslerKomm/GEISER, Vor Art. 111–134 ZGB, N 27; HandKomm Privatrecht/SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 279 ZPO, N 7; vgl. auch RAVEANE/SCHMUCKI, Die antizipierte Scheidungskonvention, FamPra.ch 2020, 589; vgl. ausführlich zur Rechtsnatur und Entwicklung der Scheidungsvereinbarung STECK, Scheidungsplanung? – Gedanken zur Rechtsnatur und Bindungswirkung der Scheidungsvereinbarungen, FS Schwenzer, Bern 2011, 1623.

3 Vgl. GEISER, Planungsmöglichkeiten im Vorsorgeausgleich: Ist der Vorsorgeausgleich doch nicht zwingend?, in: JUNGO/FOUNTOULAKIS (Hrsg.), Liegenschaften, Unternehmen, Vorsorge und Unterhalt in der Familie, Planungsmöglichkeiten, 11. Symposium zum Familienrecht 2021, Zürich/Basel/Genf 2022, 63, 77.

4 Art. 111 Abs. 1 ZGB.

Scheidung ausspricht, wenn es sich nach einer getrennten und einer gemeinsamen Anhörung «davon überzeugt [hat], dass das Scheidungsbegehren und die Vereinbarung auf freiem Willen und reiflicher Überlegung beruhen und die Vereinbarung mit den Anträgen hinsichtlich der Kinder genehmigt werden kann»<sup>5</sup>. Das Prozessrecht sieht sodann vor, dass das Gericht die Vereinbarung über die Scheidungsfolgen genehmigt, wenn es sich davon überzeugt hat, dass die Ehegatten sie «aus freiem Willen und nach reiflicher Überlegung geschlossen haben und sie klar, vollständig und nicht offensichtlich unangemessen ist»<sup>6</sup>. Die Scheidungskonvention wird erst mit der Genehmigung durch das Gericht «rechtsgültig».<sup>7</sup> Nicht zuletzt aufgrund dieser rudimentären Kodifikation werden zahlreiche Fragen rund um Scheidungsvereinbarungen, deren Bindungswirkung und Widerrufbarkeit immer wieder kontrovers diskutiert.<sup>8</sup>

Im Rahmen seines Leitentscheids BGE 145 III 474 hat sich das Bundesgericht detailliert zu zahlreichen Fragen rund um die Zulässigkeit, Verbindlichkeit und gerichtliche Genehmigung von (antizipierten) Scheidungskonventionen geäußert. Das Bundesgericht hat insbesondere klargestellt, dass eine sogenannte Scheidungsvereinbarung auf Vorrat die Vertragsparteien unter Vorbehalt der späteren Genehmigung durch das Scheidungsgericht bindet.<sup>9</sup> Trotz dieser Klarstellung sind nach wie vor zahlreiche Fragen offen. Nicht abschliessend geklärt sind insbesondere die Fragen, ob sich die Bindungswirkung auch auf Scheidungskonventionen mit einem konkreten Scheidungshorizont erstreckt sowie auf welche konkreten Regelungsgegenstände bzw. Inhalte einer Scheidungskonvention sich die Bindungswirkung bezieht. Nach einer Analyse des Leitentscheids BGE 145 III 474 sollen diese Fragen nachfolgend diskutiert werden.

## **II. Zur Bindungswirkung und Genehmigung von antizipierten Scheidungsvereinbarungen im Allgemeinen**

### *1. BGE 145 III 474*

Gemäss dem BGE 145 III 474 zugrunde liegenden Sachverhalt haben zwei Brautleute im Jahr 2008 einen Ehevertrag abgeschlossen und darin vorgesehen, dass der Ehemann der Ehefrau im Scheidungsfall nachehelichen Unterhalt in der Höhe von

---

5 Art. 111 Abs. 2 ZGB.

6 Art. 279 Abs. 1 ZPO; vorbehalten bleiben weitere Bestimmungen über die berufliche Vorsorge, namentlich Art. 280 ZPO.

7 Art. 279 Abs. 2 ZPO.

8 Vgl. statt vieler RAVEANE/SCHMUCKI, FamPra.ch 2020, 589; ARNDT/BRÄNDLI (Fn. 1), 57, 60; MEIER, Les conventions sur les effets du divorce: questions choisies, in: FOUNTOULAKIS/JUNGO (Hrsg.), La procédure en droit de la famille, 10<sup>e</sup> Symposium en droit de la famille 2019, Zürich 2020, 95, N 98.

9 BGE 145 III 474, 474 = FamPra.ch 2019, 1189, 1190.

CHF 20 000.– pro Monat bezahlen muss.<sup>10</sup> Am Folgetag heiratete das Paar. Ihre Ehe blieb kinderlos. Im Jahr 2015 reichte der Ehemann die Scheidungsklage ein.<sup>11</sup>

Die beiden Vorinstanzen verneinten eine Lebensprägung und damit eine nacheheliche Unterhaltspflicht gestützt auf Art. 125 ZGB aufgrund der kurzen Ehedauer.<sup>12</sup> Die Klausel im Ehevertrag stelle sodann eine übermässige Bindung dar und sei ungültig i. S. v. Art. 27 ZGB.<sup>13</sup> Abgesehen davon sei die Klausel mangels jeglicher Angaben dazu, von welchem Einkommen und Vermögen jedes Ehegatten ausgegangen wurde, «offensichtlich nicht genehmigungsfähig», so die Vorinstanz.<sup>14</sup>

Das Bundesgericht stützt die Argumentation der Vorinstanz insofern, als nicht zu beanstanden sei, dass das Vorliegen einer lebensprägenden Ehe angesichts der Dauer der Ehe von deutlich unter zehn Jahren verneint wurde.<sup>15</sup> Mit Blick auf die Frage der Bindungswirkung der ehevertraglichen Vorausvereinbarung hält das Bundesgericht jedoch grundlegend fest, dass das Gesetz «keine spezielle Regel» enthalte, die es einem Ehegatten verbieten würde, 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>16</sup> 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 gemäss den Ausführungen des Bundesgerichts unabhängig vom Zivilstand einer Person; so könne «jeder Ehegatte mit dem andern oder mit Dritten Rechtsgeschäfte abschliessen, sofern das Gesetz nichts anderes bestimme (Art. 168 ZGB)».<sup>17</sup> Eine solche Vorauskonvention binde daher die Vertragsparteien «grundsätzlich», «freilich unter Vorbehalt der späteren Genehmigung durch das Scheidungsgericht».<sup>18</sup>

Das Bundesgericht präzisiert sodann, dass die «allgemeinen Regeln des Vertragsrechts» gelten und eine Scheidungsvereinbarung auf Vorrat deshalb «weder eines bestimmten Mindestinhalts noch einer besonderen Form (Art. 11 ZGB)» bedürfe.<sup>19</sup> Dies schliesse insbesondere nicht aus, dass sie Teil eines Ehevertrags sei, welcher öffentlich beurkundet werden müsse (Art. 184 ZGB).<sup>20</sup> Entgegen der Vorinstanz

---

10 BGE 145 III 474, 474 = FamPra.ch 2019, 1189, 1190.

11 BGE 145 III 474, 474 f. = FamPra.ch 2019, 1189, 1190.

12 BGE 145 III 474 (nicht amtlich publizierte Erwägung in BGer, 23.8.2019, 5A\_778/2018, E. 4.1, FamPra.ch 2019, 1189, 1191).

13 BGE 145 III 474, 480 = FamPra.ch 2019, 1189, 1199.

14 BGE 145 III 474, 482 = FamPra.ch 2019, 1189, 1201.

15 BGE 145 III 474 (nicht amtlich publizierte Erwägung in BGer, 23.8.2019, 5A\_778/2018, E. 4.5, FamPra.ch 2019, 1189, 1194 f.).

16 BGE 145 III 474, 480 f. = FamPra.ch 2019, 1189, 1200.

17 BGE 145 III 474, 480 f. = FamPra.ch 2019, 1189, 1200.

18 BGE 145 III 474, 480 f. = FamPra.ch 2019, 1189, 1200.

19 BGE 145 III 474, 482 = FamPra.ch 2019, 1189, 1201.

20 BGE 145 III 474, 482 = FamPra.ch 2019, 1189, 1201.

dürfe deshalb einer «antizipierten Vertragsabrede über den nahehelichen Unterhalt» nicht allein unter Hinweis auf Art. 27 ZGB und ohne Prüfung der konkreten Umstände pauschal jegliche Bindungswirkung abgesprochen werden.<sup>21</sup>

Das Bundesgericht verwirft schliesslich auch die Argumentation der Vorinstanz, wonach die Vorauskonvention nicht genehmigungsfähig sein soll, weil Angaben fehlen, von welchem Einkommen und Vermögen jedes Ehegatten ausgegangen worden sei. Art. 282 Abs. 1 lit. a ZPO schreibe vor, dass wenn durch Vereinbarung oder Entscheid Unterhaltsbeiträge festgelegt werden, anzugeben sei, von welchem Einkommen und Vermögen jedes Ehegatten ausgegangen wird. Das Bundesgericht hält fest, dass diese Angaben zum Einkommen und Vermögen gemäss Art. 282 Abs. 1 lit. a ZPO «nicht Selbstzweck» seien, sondern namentlich mit Blick auf eine allfällige Abänderung von Unterhaltsbeiträgen Klarheit darüber schaffen sollen, auf welcher tatsächlichen Grundlage das Scheidungsurteil fusse; insofern richte sich die gesetzliche Dokumentationspflicht in erster Linie an das Gericht.<sup>22</sup> Zudem ermöglichen es diese Angaben dem Gericht, eher zu erkennen, ob die Unterhaltsbeiträge i. S. v. Art. 279 Abs. 1 ZPO nicht offensichtlich unangemessen sind.<sup>23</sup> Für diese inhaltliche Kontrolle komme es stets auf den Zeitpunkt der Genehmigung an, weshalb auch die Angaben über das Einkommen und Vermögen aktuell sein müssen. Zu dokumentieren seien das gegenwärtige, im Scheidungszeitpunkt erzielte Einkommen und das in diesem Zeitpunkt vorhandene Vermögen.<sup>24</sup> Das Bundesgericht hält schliesslich fest, dass hinsichtlich der in Art. 282 Abs. 1 ZPO vorgeschriebenen Angaben eine gerichtliche Fragepflicht bestehe, welche den Verhandlungsgrundsatz<sup>25</sup> mildere; wenn Angaben fehlen würden, habe das Gericht die Scheidungsvereinbarung zu vervollständigen, indem es die Parteien darauf hinweise und die fraglichen Punkte in seinem Urteil aufführe.<sup>26</sup> Entgegen der Vorinstanz dürfe sich das Gericht nicht darauf beschränken, die Genehmigung der Scheidungsvereinbarung zu verweigern.<sup>27</sup>

## 2. Bindungswirkung und Widerrufbarkeit von antizipierten Scheidungskonventionen

Mit BGE 145 III 474 hat das Bundesgericht zu Recht klargestellt, dass antizipierte Scheidungskonventionen mit deren Abschluss unter den Parteien unmittelbar

---

21 BGE 145 III 474, 482 = FamPra.ch 2019, 1189, 1201.

22 BGE 145 III 474, 483 f. = FamPra.ch 2019, 1189, 1202.

23 BGE 145 III 474, 484 = FamPra.ch 2019, 1189, 1203.

24 BGE 145 III 474, 484 = FamPra.ch 2019, 1189, 1203.

25 Art. 55 und Art. 277 Abs. 1 ZPO.

26 BGE 145 III 474, 485 = FamPra.ch 2019, 1189, 1203.

27 BGE 145 III 474, 485 = FamPra.ch 2019, 1189, 1203.

bindend sind.<sup>28</sup> Ehegatten sind gleichermaßen vertragsfähig wie nicht verheiratete Personen. Sie können somit auch im Hinblick auf eine künftige Scheidung Verträge schliessen; diese Verträge entfalten sogleich, d.h. mit ihrem Abschluss, bindende Wirkung.<sup>29</sup> Eine erneute «Bestätigung» oder eine zusätzliche «Genehmigung» durch die Ehegatten anlässlich der gerichtlichen Anhörung ist somit nicht erforderlich.<sup>30</sup>

Die Bindungswirkung hat zur Folge, dass die Ehegatten die antizipierte Scheidungsvereinbarung nicht mehr einseitig widerrufen können.<sup>31</sup> Anders war die Rechtslage noch bis zur Abschaffung der zweimonatigen Bedenkfrist.<sup>32</sup> Bis zum 31. Januar 2010 konnte jeder Ehegatte vor Ablauf der Bedenkfrist bzw. vor der Bestätigungserklärung die Scheidungskonvention frei widerrufen.<sup>33</sup> Seit der Abschaffung dieser Bedenkfrist existiert kein derartiges Widerrufsrecht mehr.<sup>34</sup>

Um sich der Bindungswirkung einseitig zu entledigen, stehen den Ehegatten die klassischen Instrumente des Vertragsrechts offen, namentlich die Berufung auf Übervorteilung (Art. 21 OR), Irrtum (Art. 23 ff. OR), absichtliche Täuschung (Art. 28 OR) oder Furchterregung (Art. 29 f. OR).<sup>35</sup> Die Ehegatten können zudem geltend machen, dass die Vereinbarung für sie eine zu grosse Bindung i. S. v. Art. 27 Abs. 2 ZGB bedeute, namentlich weil sich die Verhältnisse seit Abschluss der Vereinbarung in nicht vorhersehbarer Weise geändert haben.<sup>36</sup>

Aufgrund der Vertragsfreiheit steht es den Ehegatten jederzeit<sup>37</sup> offen, eine sie bindende Scheidungskonvention gemeinsam und einvernehmlich anzupassen oder

28 Vgl. Ziff. II.1. hiervor; vgl. auch RAVEANE/SCHMUCKI, FamPra.ch 2020, 589, 595; ARNDT/BRÄNDLI (Fn. 1), 57, 63; JUNGO/ARNDT, Scheidungskonventionen auf Vorrat sind bindend, Jusletter 9.12.2019, N 8; WISMER, Wirkungen des Ehevertrags und der antizipierten Scheidungskonvention im Scheidungszeitpunkt, AJP 2021, 1087, 1088; TUOR/SCHNYDER/JUNGO, ZGB – Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 15. Aufl., Zürich/Basel/Bern 2023, 216, N 12; FamKomm Scheidung/FANKHAUSER/ BLEICHENBACHER, Art. 285 ZPO, N 10; HandKomm Privatrecht/JUNGO, Art. 111 ZGB, N 20. Zur Kritik an dieser Entscheidung vgl. GEISER (Fn. 3), 63, 79 ff.; BORNHAUSER, Ehevertrag – Regelungsmöglichkeiten und Grenzen, SJZ 2020, 515, 517.

29 Vgl. JUNGO/ARNDT, Jusletter 9.12.2019, N 8.

30 Vgl. ARNDT/BRÄNDLI (Fn. 1), 57, 63.

31 Vgl. JUNGO/ARNDT, Jusletter 9.12.2019, N 8; ARNDT/BRÄNDLI (Fn. 1), 57, 63; RAVEANE/SCHMUCKI, FamPra.ch 2020, 589, 597; WISMER, AJP 2021, 1087, 1088; vgl. auch BezGer Horgen, ZR 122/2023, 60, 62; a. A. BORNHAUSER, SJZ 2020, 515, 518.

32 Art. 111 Abs. 2 aZGB lautete in seiner bis am 31.1.2010 geltenden Fassung folgendermassen: «Bestätigen beide Ehegatten nach einer zweimonatigen Bedenkzeit seit der Anhörung schriftlich ihren Scheidungswillen und ihre Vereinbarung, so spricht das Gericht die Scheidung aus und genehmigt die Vereinbarung.».

33 Vgl. BGE 135 III 193, 196 f.; vgl. HandKomm Privatrecht/JUNGO, Art. 111 ZGB, N 20; ARNDT/BRÄNDLI (Fn. 1), 57, 63 f.

34 So auch ARNDT/BRÄNDLI (Fn. 1), 57, 63 f.

35 Vgl. ARNDT/BRÄNDLI (Fn. 1), 57, 64; JUNGO/ARNDT, Jusletter 9.12.2019, N 8; RAVEANE/SCHMUCKI, FamPra.ch 2020, 589, 598.

36 Vgl. BGE 145 III 474, 483 = FamPra.ch 2019, 1189, 1202.

37 Zumindest bis zur gerichtlichen Genehmigung der Konvention gemäss Art. 279 ZPO.

gänzlich aufzuheben.<sup>38</sup> Mit Blick auf antizipierte Scheidungsvereinbarungen erscheint es in der Praxis angezeigt, die Vereinbarung in regelmässigen Abständen gemeinsam zu überprüfen und gegebenenfalls den veränderten Verhältnissen anzupassen.

### 3. *Gültigkeit und Genehmigung von antizipierten Scheidungskonventionen*

Die Bindungswirkung ist nicht mit der Rechtsgültigkeit und Durchsetzbarkeit der antizipierten Scheidungskonvention gleichzusetzen.<sup>39</sup> Eine – im Verhältnis zwischen den Ehegatten bereits bindende – Vorauskonvention wird erst rechtsgültig, wenn das Gericht sie genehmigt hat (vgl. Art. 279 Abs. 2 Satz 1 ZPO).<sup>40</sup> Die Rechtsgültigkeit und damit auch die Durchsetzbarkeit einer antizipierten Scheidungsvereinbarung stehen folglich unter der Bedingung der gerichtlichen Genehmigung.<sup>41</sup> Mit der gerichtlichen Genehmigung der Vorauskonvention verliert diese ihren vertraglichen Charakter und wird Teil des Scheidungsurteils; dementsprechend ist sie in das Urteilsdispositiv aufzunehmen (vgl. Art. 279 Abs. 2 Satz 2 ZPO).<sup>42</sup>

Das Gericht genehmigt die Scheidungsvereinbarung gemäss Art. 279 Abs. 1 ZPO, wenn es sich davon überzeugt hat, dass die Ehegatten sie aus freiem Willen und nach reiflicher Überlegung geschlossen haben und sie klar, vollständig und nicht offensichtlich unangemessen ist. Die Genehmigung einer Scheidungskonvention setzt somit eine Überprüfung der Willensbildung sowie eine inhaltliche und eine formelle Prüfung voraus.<sup>43</sup>

Bei der Willensbildung werden der freie Wille und die reifliche Überlegung der Parteien überprüft. Die Voraussetzungen bezüglich der Willensbildung haben im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung (und nicht im Zeitpunkt der gerichtlichen Anhörung oder der Genehmigung) gegeben zu sein.<sup>44</sup> Würde man anders entscheiden, könnte eine an sich bindende Konvention mittels eines Meinungsumschwungs eines Ehegatten ohne Weiteres zu Fall gebracht werden, womit faktisch ein jederzeitiges Widerrufsrecht geschaffen und die Scheidungskonvention ihre Bindungswirkung gleichsam verlieren würde.

Die Voraussetzungen des freien Willens, der reiflichen Überlegung, der Klarheit und der Vollständigkeit geben in der Praxis selten Grund für Auseinanderset-

---

38 Vgl. RAVEANE/SCHMUCKI, FamPra.ch 2020, 589, 599.

39 ARNDT/BRÄNDLI (Fn. 1), 57, 63.

40 Vgl. BGE 145 III 474, 482 f. = FamPra.ch 2019, 1189, 1202.

41 Vgl. JUNGO/ARNDT, Jusletter 9.12.2019, N 9.

42 Vgl. JUNGO/ARNDT, Jusletter 9.12.2019, N 9; RAVEANE/SCHMUCKI, FamPra.ch 2020, 589, 594 f.; KuKo/BIERI/BOLLINGER-BÄR, Art. 297 ZPO, N 5; FamKomm Scheidung/STEIN, Art. 279 ZPO, N 33; vgl. auch BGE 119 II 297, 300.

43 Vgl. JUNGO/ARNDT, Jusletter 9.12.2019, N 10; vgl. auch RAVEANE/SCHMUCKI, 589, 593, m. w. H.

44 So auch JUNGO/ARNDT, Jusletter 9.12.2019, N 10 f.

zungen.<sup>45</sup> Im Zentrum der Prüfung durch das Gericht steht regelmässig die «nicht offensichtliche Unangemessenheit».<sup>46</sup> Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine Scheidungsvereinbarung dann offensichtlich unangemessen, «wenn sie in sofort erkennbarer und eklatanter Art und Weise von der gesetzlichen Regelung abweicht und sich diese Abweichung aus Billigkeitsüberlegungen nicht rechtfertigen lässt»; auf diese Weise «soll die Übervorteilung eines der Ehegatten verhindert werden».<sup>47</sup> Das Gericht hat «aufgrund eines Vergleichs der [in der Scheidungsvereinbarung] getroffenen Regelung mit dem Entscheid, den es träfe, wenn keine Vereinbarung vorläge», darüber zu entscheiden, ob eine Regelung offensichtlich unangemessen ist, so das Bundesgericht.<sup>48</sup> Für die Frage, ob eine Regelung offensichtlich unangemessen ist, ist auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Genehmigung abzustellen; die Prüfung beurteilt sich nach den aktuellen Einkommens- und Vermögensverhältnissen der Ehegatten.<sup>49</sup>

### III. Keine Unterscheidung zwischen Konventionen mit und ohne konkretem Scheidungshorizont

Die Ausführungen des Bundesgerichts in BGE 145 III 474 beziehen sich auf eine «Abrede über die Scheidungsfolgen, die ohne konkreten Scheidungshorizont geschlossen wurde»<sup>50</sup>, mithin auf antizipierte Scheidungskonventionen ohne aktuellen Scheidungswillen. Es stellt sich vor diesem Hintergrund die durch das Bundesgericht bis anhin nicht explizit geklärte Frage, ob die bundesgerichtlichen Erwägungen (namentlich zur Bindungswirkung von antizipierten Scheidungsvereinbarungen) auch für Konventionen gelten, die mit konkretem Scheidungshorizont geschlossen werden, mithin bei Vorliegen eines aktuellen Scheidungswillens.

45 Vgl. ARNDT/BRÄNDLI (Fn. 1), 57, 64 f.

46 Vgl. ARNDT/BRÄNDLI (Fn. 1), 57, 65; JUNGO/ARNDT, Jusletter 9.12.2019, N 12.

47 BGer, 5.6.2019, 5A\_980/2018, E. 4.1, FamPra.ch 2019, 1180, 1185. Die Forderung von RAVEANE/SCHMUCKI, FamPra.ch 2020, 589, 607, wonach es genügen soll, wenn die Konvention für die strukturell unterlegene Partei «unangemessen» ist, mithin auf das Kriterium der «Offensichtlichkeit» verzichtet werden soll, ist abzulehnen. Eine freie Angemessenheitsprüfung ist angesichts des Gesetzeswortlauts und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung klarerweise nicht zulässig (vgl. auch DIKEKomm/DOLGE/BENGTSSON, Art. 279 ZPO, N 9; BaslerKomm/BÄHLER, Art. 279 ZPO, N 3b); der Gesetzgeber hat sich für eine hohe Interventionsschwelle entschieden, weshalb einer Scheidungsvereinbarung nur in klaren Fällen die Genehmigung verweigert werden darf. Das Gericht hat sich Zurückhaltung aufzulegen und nur bei eindeutig und krass unangemessenen Parteivereinbarungen zu intervenieren.

48 Vgl. BGer, 5.6.2019, 5A\_980/2018, E. 4.1, FamPra.ch 2019, 1180, 1185; vgl. zur berechtigten Kritik ARNDT/BRÄNDLI (Fn. 1), 57, 65 f.

49 Vgl. BGE 145 III 474, 483 = FamPra.ch 2019, 1202; vgl. JUNGO/ARNDT, Jusletter 9.12.2019, N 12; WISMER, AJP 2021, 1087, 1088.

50 Vgl. BGE 145 III 474, 480 = FamPra.ch 2019, 1200.

Gewisse Lehrmeinungen verneinen dies. GLOOR vertritt die Auffassung, dass das Scheidungsbegehren und die Vereinbarung über die Scheidungsfolgen «bis am Ende der Anhörung widerrufen werden können»; erst danach trete die Bindungswirkung ein, und es könne nur noch die Nichtgenehmigung der Vereinbarung beantragt werden.<sup>51</sup> Auch FANKHAUSER/BLEICHENBACHER sind der Ansicht, dass «Scheidungsvereinbarungen mit konkretem Scheidungshorizont» (anders als antizipierte Scheidungsvereinbarungen) «bis zur Anhörung weiterhin nicht bindend sind» und «voraussetzungslos und einseitig widerrufen werden» können.<sup>52</sup>

Richtiger Ansicht nach ist es nicht sinnvoll, bezüglich der Bindungswirkung und der Widerrufbarkeit von Scheidungskonventionen danach zu unterscheiden, ob im Zeitpunkt der Unterzeichnung bereits ein «konkreter Scheidungshorizont» besteht – oder nicht.<sup>53</sup> Es ist nicht sachgerecht, eine Scheidungsvereinbarung nur dann als bindend zu qualifizieren, wenn bei deren Abschluss noch kein Scheidungswille bestand und die Parteien bloss vorsorglich für schlechtere Zeiten eine Regelung treffen wollten, nicht aber, wenn sie beim Abschluss bereits zerstritten waren und bloss möglichst rasch geschieden werden wollten. Wenn eine Scheidungskonvention gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei fehlendem konkretem Scheidungshorizont bindend ist, dann muss dies umso mehr auch bei einem konkreten Scheidungshorizont gelten.<sup>54</sup>

Die Erwägungen des Bundesgerichts in BGE 145 III 474 treffen ohne Weiteres auch auf Konventionen mit konkretem Scheidungshorizont zu. Auch scheidungswillige Ehegatten sind handlungs- und vertragsfähig. Das Gesetz enthält – gleich wie bei der Vorauskonvention – keine spezielle Regel, die es einem Ehegatten verbieten würde, sich bezüglich der Nebenfolgen der konkret anstehenden Ehescheidung vertraglich zu verpflichten. Im Gegenteil: Der Gesetzgeber sieht in Art. 111 ZGB sowie

---

51 Vgl. BaslerKomm/GLOOR, Art. 111 ZGB, N 5. GLOOR begründet seine Auffassung nebst der Tragweite der Entscheidung damit, dass das Gericht sich in der Anhörung überzeugen müsse, dass das Scheidungsbegehren und die Vereinbarung auf freiem Willen und reiflicher Überlegung beruhen und die Vereinbarung genehmigt werden kann. Dem ist zu entgegenen, dass der Tragweite der Entscheidung mit der (beschränkten) Inhaltskontrolle Rechnung getragen wird. Im Übrigen müsste das Gericht einer (bindenden) Vereinbarung die Genehmigung versagen, falls eine der Genehmigungsvoraussetzungen gemäss Art. 279 ZPO nicht erfüllt sein sollte.

52 Vgl. FamKomm Scheidung/FANKHAUSER/BLEICHENBACHER, Art. 285 ZPO, N 10. FANKHAUSER/BLEICHENBACHER begründen ihre Haltung im Wesentlichen damit, dass andernfalls die Anhörung zwecklos wäre, weil die Prüfung der Vereinbarung in Zusammenarbeit mit den Parteien ihre mögliche Modifikation und damit ihre Unverbindlichkeit voraussetze. Dem ist zu entgegenen, dass die Anhörung nach wie vor wichtige Zwecke verfolgt, so wie bspw. die Feststellung des freien Willens der Parteien. Hinzu kommt, dass eine Modifikation der Vereinbarung mit Zustimmung beider Ehegatten bis zur gerichtlichen Genehmigung möglich bleibt.

53 Vgl. auch schon RAVEANE/SCHMUCKI, FamPra.ch 2020, 589, 601.

54 Entbehrlich wird damit die zuweilen schwierige Unterscheidung, wie der Begriff «konkreter Scheidungshorizont» zu definieren ist, vgl. hierzu TRACHSEL/BORTOLANI-SLONGO, «Scheidungsvereinbarungen auf Vorrat»: Taugliches Instrument familienrechtlichen Risikomanagements?, AJP 2009, 301, 309.

Art. 279 und Art. 285 lit. c ZPO sogar explizit vor, dass der Abschluss einer Scheidungsvereinbarung im Hinblick auf eine konkret anstehende Scheidung zulässig ist. Abgesehen davon kommen auch bei einer Scheidungskonvention von scheidungswilligen Ehegatten die allgemeinen Regeln des Vertragsrechts zur Anwendung. Insbesondere gilt auch hier der vertragsrechtliche Grundsatz «pacta sunt servanda».<sup>55</sup> Der Grundsatz der Vertragstreue gilt auch für Verträge unter Ehegatten. Wenn sich Brautleute oder Ehegatten Jahrzehnte vor der Scheidung über den nahehelichen Unterhalt bindend einigen können, so muss dies umso mehr auch für eine Vereinbarung kurz vor Einreichung des Scheidungsbegehrens gelten, zumal dann auf die aktuellen wirtschaftlichen Verhältnisse abgestellt werden kann. Es ist mit und ohne konkretem Scheidungshorizont kein verändertes Schutzbedürfnis ersichtlich; so oder anders steht die Scheidungsvereinbarung unter dem gerichtlichen Genehmigungsvorbehalt (Art. 279 ZPO). Die Vereinbarung wird erst rechtsgültig und durchsetzbar, wenn das Gericht sie genehmigt hat. Der Schutz der strukturell schwächeren Partei bleibt damit gewährleistet.

Eine Minderheit der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats hat im Rahmen der Aufhebung der zweimonatigen Bedenkzeit die Ersetzung der bisherigen Bedenkfrist durch eine Widerrufsfrist beantragt, um die Ehegatten besser «vor übereilten Entscheidungen» zu schützen.<sup>56</sup> Gemäss diesem Antrag sollten die Parteien berechtigt sein, innert sieben Tagen nach der ersten gerichtlichen Anhörung die Vereinbarung über die Scheidungsfolgen schriftlich beim Gericht zu widerrufen, damit «nur wohlüberlegte Vereinbarungen Grundlage von Scheidungsurteilen werden».<sup>57</sup> Dieser Antrag wurde indessen abgelehnt und fand keinen Eingang ins Gesetz.<sup>58</sup> Der Gesetzgeber hat folglich bewusst auf ein Widerrufsrecht bei Scheidungskonventionen mit konkretem Scheidungshorizont verzichtet. Auch aus der Abschaffung der Bedenkfrist kann folglich kein Widerrufsrecht abgeleitet werden.<sup>59</sup>

Für Vereinbarungen mit konkretem Scheidungshorizont müssen daher dieselben in der Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze gelten wie für antizipierte Scheidungskonventionen.<sup>60</sup> Scheidungskonventionen sind bindend, unabhängig davon, ob sie vor der Eheschliessung oder während bestehender Ehe, vor oder nach der Trennung oder erst im Rahmen eines Scheidungsverfahrens abgeschlossen werden.

---

55 So auch BezGer Horgen, ZR 122/2023, 60, 62.

56 Vgl. BBl 2008 1959, 1970.

57 Vgl. BBl 2008 1959, 1970.

58 Vgl. BBl 2008 1959, 1970; vgl. auch ARNDT/BRÄNDLI (Fn. 1), 57, 63 f., Fn. 17; FamKomm Scheidung/FANKHAUSER/BLEICHENBACHER, Art. 285 ZPO, N 10.

59 So auch BezGer Horgen, ZR 122/2023, 60, 62.

60 So auch BezGer Horgen, ZR 122/2023, 60, 62; vgl. auch HandKomm Privatrecht/JUNGO, Art. 111 ZGB, N 20; ARNDT/BRÄNDLI (Fn. 1), 57, 60.

#### IV. Scheidungswille

Bei umfassender Einigung haben die Ehegatten dem Gericht mit ihrer Eingabe ein «gemeinsames Scheidungsbegehren» einzureichen (vgl. Art. 285 lit. b ZPO). Die Parteien können über den Bestand der Ehe nicht frei verfügen und eine Scheidungsklage anerkennen; dies gilt auch bei der Scheidung auf gemeinsames Begehren.<sup>61</sup> Vor diesem Hintergrund bestimmt Art. 288 Abs. 1 ZPO, dass das Gericht die Scheidung ausspricht und die Vereinbarung genehmigt, sofern die Voraussetzungen für eine Scheidung auf gemeinsames Begehren erfüllt sind. Zu diesen Voraussetzungen zählen die Vorgaben von Art. 111 ZGB i. V. m. Art. 279 ZPO (gemeinsamer Scheidungswille, umfassende Vereinbarung über sämtliche Scheidungsnebenfolgen, beruhend auf einem freien Willen und reiflicher Überlegung sowie fehlende offensichtliche Unangemessenheit), gegebenenfalls die Kinderanhörung (vgl. Art. 298 ZPO) und das Vorliegen der Durchführbarkeitserklärungen für den Vorsorgeausgleich (vgl. Art. 280 Abs. 1 lit. b ZPO).<sup>62</sup>

Der bestehende Scheidungswille ist eine grundlegende Voraussetzung für die Scheidung auf gemeinsames Begehren.<sup>63</sup> Der Scheidungswille muss auch noch im Zeitpunkt der Anhörung aktuell sein. Der Scheidungswille und folglich auch das Scheidungsbegehren können mit anderen Worten bis zur Anhörung bzw. bis zur gerichtlichen Genehmigung der Scheidungsvereinbarung frei und einseitig widerrufen werden.<sup>64</sup> Dies ergibt sich auch aus dem Umstand, dass das Scheidungsbegehren der *Offizialmaxime* unterliegt.<sup>65</sup> Das Scheidungsgericht ist aufgrund der *Offizialmaxime* nicht an die Parteianträge gebunden; die Parteien können bis zur Urteilsberatung jederzeit auf ihre Anträge zurückkommen und diese analog einer «Klageänderung» modifizieren.<sup>66</sup> Der in einer Scheidungsvereinbarung dokumentierte Scheidungswille bzw. das Scheidungsbegehren sind somit nicht bindend und können bis zur gerichtlichen Anhörung bzw. bis zur Urteilsberatung jederzeit frei widerrufen werden.

Wird der Scheidungswille von einem Ehegatten vor oder anlässlich der Anhörung einseitig widerrufen bzw. an der Anhörung nicht bestätigt, fehlt es an einer grundlegenden Voraussetzung für die Scheidung auf gemeinsames Begehren, und das Scheidungsbegehren ist gemäss Art. 288 Abs. 3 ZPO abzuweisen.<sup>67</sup> Gleichzeitig

61 Vgl. OGer ZH, 6.10.2021, LC210021-O, E. II./5; DIKEKomm/GLASL/GLASL, Art. 58 ZPO, N 39.

62 BaslerKomm/BÄHLER, Art. 288 ZPO, N 1; DIKEKomm/BÄHLER, Art. 288 ZPO, N 4 ff.

63 Vgl. BernerKomm/SPYCHER, Art. 288 ZPO, N 21.

64 So auch KGer SG, 23.5.2017, FE.2017.6, E. 3; BernerKomm/SPYCHER, Art. 288 ZPO, N 21; BaslerKomm/BÄHLER, Art. 288 ZPO, N 8; DIKEKomm/BÄHLER, Art. 288 ZPO, N 17, 79 ff.; FamKomm Scheidung/FANKHAUSER/BLEICHENBACHER, Art. 288 ZPO, N 18.

65 Art. 288 Abs. 1 ZPO; vgl. OGer ZH, 6.10.2021, LC210021-O, E. II./5.

66 Vgl. hierzu ZürcherKomm/REETZ/HILBER, Art. 317 ZPO, N 76.

67 BaslerKomm/BÄHLER, Art. 288 ZPO, N 8; DIKEKomm/BÄHLER, Art. 288 ZPO, N 17, 79 ff.

setzt das Gericht jedem Ehegatten eine Frist zur Einreichung einer Scheidungsklage an.<sup>68</sup> Im nachfolgenden Klageverfahren kann die Konvention erneut eingereicht und deren Genehmigung durch das Gericht verlangt werden. Die Scheidungskonvention bleibt für die Parteien nach wie vor bindend.<sup>69</sup>

## V. Kinderbelange

Vollständige Scheidungsvereinbarungen haben gemeinsame Anträge hinsichtlich der Kinder zu enthalten (vgl. Art. 285 lit. d ZPO). Da für sämtliche Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten uneingeschränkt die *Offizialmaxime* gilt, entscheidet das Gericht über die Kinderbelange ohne Bindung an die Parteianträge.<sup>70</sup> Daraus folgt, dass eine Vereinbarung der Ehegatten über die Kinderbelange das Gericht nicht bindet oder gar verpflichtet, sondern bloss den Charakter eines gemeinsamen Antrages hat.<sup>71</sup> Solche gemeinsamen Anträge hat das Scheidungsgericht zu berücksichtigen, wenn es die Elternrechte und -pflichten regelt.<sup>72</sup> Das Scheidungsrecht soll einvernehmliche Regelungen zwischen den Eltern unterstützen, zumal von den Ehegatten getragene Lösungen in der Regel tragfähiger und nachhaltiger sind als hoheitliche Anordnungen durch das Gericht.<sup>73</sup> Das Scheidungsgericht soll sich deshalb nicht ohne triftige Gründe über eine Vereinbarung der Ehegatten hinwegsetzen.<sup>74</sup>

Weil das Scheidungsgericht aufgrund der geltenden *Offizialmaxime* nicht an die Parteianträge gebunden ist, können die Parteien bis zur Urteilsberatung jederzeit auf ihre Anträge zurückkommen und diese analog einer «Klageänderung» modifizieren.<sup>75</sup> Vereinbarungen bezüglich Kinderbelangen, welche den Charakter von gemeinsamen Anträgen haben, sind somit nicht bindend und können bis zur gerichtlichen Anhörung bzw. bis zur Urteilsberatung jederzeit widerrufen werden.

Dies bedeutet indessen nicht, dass Vereinbarungen mit Blick auf Kinderbelange in Scheidungskonventionen ohne konkreten Scheidungshorizont gänzlich unzulässig

---

68 Art. 288 Abs. 3 ZPO.

69 JUNGO/ARNDT, Jusletter 9.12.2019, N 6; RAVEANE/SCHMUCKI, FamPra.ch 2020, 589, 601; a. A. STECK, Scheidungsplanung? – Gedanken zur Rechtsnatur und Bindungswirkung der Scheidungsvereinbarungen, FS Schwenzer, Bern 2011, 1623, 1633.

70 Vgl. Art. 296 Abs. 3 ZPO; vgl. statt vieler DIKEKomm/PFÄNDER BAUMANN, Art. 296 ZPO, N 1.

71 Vgl. BGE 143 III 361, 364 = FamPra.ch 2017, 1135, 1138.

72 Vgl. Art. 133 Abs. 2 Satz 2 ZGB.

73 Vgl. BGE 143 III 361, 364 = FamPra.ch 2017, 1135, 1138; FamKomm Scheidung/BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 133 ZGB, N 15 f.

74 Vgl. BGE 143 III 361, 364 = FamPra.ch 2017, 1135, 1138; FamKomm Scheidung/BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 133 ZGB, N 15 f.; MEIER (Fn. 8), 95, N 36.

75 Vgl. hierzu ZürcherKomm/REITZ/HILBER, Art. 317 ZPO, N 76.

wären.<sup>76</sup> Es ist auch in antizipierten Scheidungskonventionen zulässig, Vereinbarungen und damit gemeinsame Anträge hinsichtlich der Kinderbelange aufzunehmen.<sup>77</sup> Derartige Parteivereinbarungen entfalten jedoch bis zur gerichtlichen Genehmigung keine Bindungswirkung und sind einseitig widerrufbar.<sup>78</sup>

## VI. Nachehelicher Unterhalt

Das Bundesgericht hat mit BGE 145 III 474 geklärt, dass Vereinbarungen über den nachehelichen Unterhalt in antizipierten Konventionen ohne konkreten Scheidungshorizont bindend sind.<sup>79</sup> Wie hiervor ausgeführt worden ist, sind derartige Vereinbarungen auch mit konkretem Scheidungshorizont bindend, freilich unter dem Vorbehalt der späteren Genehmigung durch das Scheidungsgericht.<sup>80</sup>

Gleiches gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch für Trennungvereinbarungen.<sup>81</sup> Regelungen über den Ehegattenunterhalt in Trennungvereinbarungen sind somit ebenfalls bindend.<sup>82</sup>

Bei der Unterhaltsberechnung nach der zweistufig-konkreten Methode mit Überschussverteilung, welche gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sowohl für den Kindesunterhalt<sup>83</sup> als auch für den (nach-)ehelichen Unterhalt<sup>84</sup> anzuwenden ist, besteht eine grosse Interdependenz zwischen dem Ehegatten- und dem

76 A. A. ARNDT/BRÄNDLI (Fn. 1), 57, 62.

77 So auch RAVEANE/SCHMUCKI, FamPra.ch 2020, 589, 591, Fn. 11; GEISER (Fn. 3), 63, 86.

78 Vgl. FamKomm Scheidung/BURCKHARDT BERTOSSA, Anhang Vermögensplanung, N 69a.

79 BGE 145 III 474 = FamPra.ch 2019, 1189.

80 Vgl. Ziff. III. hiervor.

81 Vgl. jüngst BGer, 5.10.2023, 5A\_184/2023, E. 3.3.1; Vgl. auch BGer, 26.6.2020, 5A\_1031/2019, E. 2.2.; BGE 142 III 518.

82 Eine Bindung der Parteien muss auch für Vorauskonventionen betreffend Ansprüche gemäss Art. 165 ZGB (ausserordentliche Beiträge eines Ehegatten) gelten, wenngleich es sich dabei um keinen unterhaltsrechtlichen Anspruch handelt, sondern um einen eherechtlichen Anspruch sui generis (vgl. BaslerKomm/ISENRING/KESSLER, Art. 165 ZGB, N 18). Dies umso mehr, als für diese Forderung an sich die ordentlichen Gerichte zuständig sind, der Anspruch im Rahmen einer Kompetenzattraktion aber auch im Scheidungsverfahren geltend gemacht werden kann (vgl. BGE 123 III 433, 435; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 7. Aufl., N 324). Vorauskonventionen betreffend die Entschädigung für ausserordentliche Beiträge eines Ehegatten nach Art. 165 ZGB sind somit verbindlich. Fraglich bleibt, ob sich die Genehmigungspflicht des Gerichts nach Art. 279 ZPO auch auf diesen Anspruch bezieht. Entgegen BGer, 14.7.2005, 5C.270/2004, E. 4.1, bedarf es unseres Erachtens keiner gerichtlichen Genehmigung für Forderungen nach Art. 165 ZGB gleichwie für übrige obligationenrechtliche Forderungen zwischen den Ehegatten, da es sich weder um einen unterhaltsrechtlichen noch um einen güterrechtlichen Anspruch handelt; vgl. auch GEISER (Fn. 3), 63, 81.

83 BGE 147 III 265 = FamPra.ch 2021, 200.

84 BGE 147 III 301 = FamPra.ch 2021, 455.

Kindesunterhalt.<sup>85</sup> Es stellt sich die Frage, wie damit umzugehen ist, wenn eine Vereinbarung zum Kindesunterhalt einseitig durch einen Ehegatten widerrufen oder durch das Gericht nicht genehmigt wird. Ein solcher Widerruf bzw. eine solche Nichtgenehmigung führt nicht per se zum Dahinfallen der übrigen Regelungen, namentlich auch der Vereinbarung zum nachehelichen Unterhalt; diese bleiben grundsätzlich bestehen und sind weiterhin bindend. Da der nacheheliche Unterhalt aber massgeblich von der Höhe des Kindesunterhalts abhängen kann, kann sich die Vereinbarung zum nachehelichen Unterhalt bei einer Modifikation des Kindesunterhalts als offensichtlich unangemessen erweisen. Diesfalls obliegt es dem betroffenen Ehegatten, einen Antrag auf Nichtgenehmigung der Vereinbarung zum nachehelichen Unterhalt zu stellen.<sup>86</sup> Sollte die behauptete Unangemessenheit die Hürde der «Offensichtlichkeit» nicht erreichen, wäre alternativ auch die Geltendmachung eines Willensmangels nach Art. 23 ff. OR denkbar, zumal die Scheidungsvereinbarung unter der Prämisse unterzeichnet wurde, dass sie in der vom Konsens der Ehegatten getragenen Form vollständig und unverändert genehmigt wird. Um dieses Risiko zu vermeiden, kann ein ausdrücklicher Rücktrittsvorbehalt in die Scheidungsvereinbarung aufgenommen werden für die Fälle, dass (a.) ein Ehegatte die Scheidungsvereinbarung im Bereich der *Offizialmaxime* (teilweise) widerrufen sollte oder (b.) das Gericht die Scheidungskonvention nicht bezüglich sämtlicher Nebenfolgen unverändert genehmigen sollte.

## VII. Vorsorgeausgleich

Gemäss der gesetzlichen Ordnung sind die während der Ehe bis zum Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens erworbenen Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge bei der Scheidung grundsätzlich hälftig zu teilen.<sup>87</sup> Mit der Gesetzesrevision von 2015 wollte der Gesetzgeber indessen die Flexibilität beim Vorsorgeausgleich erhöhen und die Gestaltungsfreiheit der Parteien vergrössern.<sup>88</sup> Der am 1. Januar 2017 in Kraft getretene Art. 124b Abs. 1 ZGB ermöglicht es den Ehegatten nunmehr, «in einer Vereinbarung über die Scheidungsfolgen von der hälftigen Teilung ab[zu]weichen oder auf den Vorsorgeausgleich [zu] verzichten, wenn eine angemessene Alters- und Invalidenvorsorge gewährleistet bleibt». Gemäss Art. 280 Abs. 1 ZPO genehmigt das Gericht die Vereinbarung über den Ausgleich der Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge, wenn sich (a.) die Ehegatten über den

---

85 BGE 147 III 301 = FamPra.ch 2021, 455; vgl. auch BGE 132 III 593.

86 BGE 145 III 474, 483 = FamPra.ch 2019, 1189, 1197.

87 Vgl. Art. 122 i. V. m. Art. 123 Abs. 1 ZGB i. V. m. Art. 22 ff. FZG.

88 Vgl. GEISER (Fn. 3), 63, 66.; WISMER, Die Dispositionsbefugnisse der Ehegatten nach Art. 124b ZGB im Vorsorgeausgleich, FamPra.ch 2021, 340.

Ausgleich und dessen Durchführung geeinigt haben, (b.) die erforderlichen Bestätigungen der Vorsorgeeinrichtungen vorliegen und (c.) das Gericht sich davon überzeugt hat, dass die Vereinbarung «dem Gesetz» entspricht. Weichen die Ehegatten in einer Scheidungsvereinbarung von der hälftigen Teilung ab oder verzichten sie gänzlich auf den Vorsorgeausgleich, so prüft das Gericht «von Amtes wegen, ob eine angemessene Alters- und Invalidenvorsorge gewährleistet bleibt» (vgl. Art. 280 Abs. 3 ZPO).

Die hälftige Teilung des Vorsorgeguthabens ist somit kein zwingendes Recht.<sup>89</sup> Unter der Voraussetzung, dass eine angemessene Alters- und Invalidenvorsorge gewährleistet bleibt, können die Ehegatten in einer Scheidungsvereinbarung von der hälftigen Teilung abweichen oder auf den Vorsorgeausgleich gänzlich verzichten. Diese Voraussetzung muss im Zeitpunkt der gerichtlichen Genehmigung (und nicht im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung) erfüllt sein.<sup>90</sup>

In welchem Zeitpunkt die Vereinbarung i. S. v. Art. 124b Abs. 1 ZGB abgeschlossen wird und ob in diesem Zeitpunkt bereits ein konkreter Scheidungshorizont besteht, ist nach der hier vertretenen Auffassung irrelevant.<sup>91</sup> Art. 124b ZGB untersagt antizipierte Scheidungsvereinbarungen über den Vorsorgeausgleich nicht. Das Gesetz enthält nirgends eine «spezielle Regel»<sup>92</sup>, die es den Ehegatten verbieten würde, vor oder nach dem Eingehen einer Ehe vertraglich von der hälftigen Teilung abzuweichen oder gänzlich auf den Vorsorgeausgleich zu verzichten, sofern eine angemessene Alters- und Invalidenvorsorge gewährleistet bleibt. Der durch das Bundesgericht zu beurteilende Sachverhalt in BGE 145 III 474 betraf zwar einzig den nachehelichen Unterhalt.<sup>93</sup> Die Argumentation des Bundesgerichts gilt indessen a fortiori auch für Vereinbarungen über den Vorsorgeausgleich, zumal das Gesetz derartige Vereinbarungen ausdrücklich vorsieht.<sup>94</sup> Geht man mit dem Bundesgericht von der Vertragsfreiheit der Ehegatten aus, dann muss es die-

---

89 Vgl. TUOR/SCHNYDER/JUNGO (Fn. 28), 241, N 45.

90 So auch TUOR/SCHNYDER/JUNGO (Fn. 28), 241, N 45.

91 So auch TUOR/SCHNYDER/JUNGO (Fn. 28), 241, N 45; ARNDT/BRÄNDLI (Fn. 1), 57, 62; GEISER (Fn. 3), 63, 83, 86; GEISER, Regelung des Scheidungsunterhalts im Ehevertrag?, Jusletter 4.11.2019, N 12; WISMER, AJP 2021, 1087, 1089; FamKomm Scheidung/BURCKHARDT BERTOSSA, Anhang Vermögensplanung, N 49a, 64 ff.; HandKomm Privatrecht/SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 280 ZPO, N 7; a.M. GUILLIOD, Vorsorgeausgleich im internationalen Kontext, BJM 2023, 261, 278 ff.; GEISER, Vereinbarungen und Rechtswege im Vorsorgeausgleich: Wenn die Rechtswege sich scheiden, in: JUNGO/FOUNTOULAKIS (Hrsg.), Der Familienprozess, Beweis – Strategien – Durchsetzung, Symposium zum Familienrecht, Zürich/Basel/Genf 2020, 45, 46; BaslerKomm/GEISER, Art. 124b ZGB, N 8; FamKomm Scheidung/STECK/FANKHAUSER, Vorbemerkungen zu Art. 196–220 ZGB, N 11; FamKomm Scheidung/JUNGO/GRÜTTER, Art. 124b ZGB, N 3; HandKomm Privatrecht/GLOOR/UMBRICHT LUKAS, Art. 124b ZGB, N 2.

92 BGE 145 III 474, 481 = FamPra.ch 2019, 1189, 1200.

93 Vgl. Ziff. II.1. hiervor.

94 Vgl. TUOR/SCHNYDER/JUNGO (Fn. 28), 241, N 45; ARNDT/BRÄNDLI (Fn. 1), 57, 62.

sen konsequenterweise möglich sein, eine Vereinbarung über den Vorsorgeausgleich nicht nur mit, sondern auch ohne konkreten Scheidungshorizont bindend zu vereinbaren.<sup>95</sup> Unter Geltung des alten Rechts hat das Bundesgericht in BGE 129 III 481 zwar noch apodiktisch und ohne Quellenangaben festgehalten, dass ein Ehegatte auf seinen vorsorgerechtlichen Anspruch «nicht im Voraus, wohl aber in einer Scheidungsvereinbarung» verzichten könne.<sup>96</sup> Diese Rechtsprechung scheint mit dem Inkrafttreten von Art. 124b Abs. 1 ZGB und mit BGE 145 III 474 indes- sen überholt zu sein. Die Botschaft zum neuen Vorsorgeausgleich vom 29. Mai 2013 hält dafür, dass es auch in Zukunft «nicht möglich sein [wird], in einem Ehe- vertrag (Art. 181 ZGB) auf den Vorsorgeausgleich ganz oder teilweise zu verzich- ten»; eine vorsorgerechtliche Regelung sei nur dann gültig, wenn sie im Rahmen einer Scheidungskonvention vereinbart werde.<sup>97</sup> Diese Ausführungen sind inso- fern unpräzise und veraltet, als dass gemäss der bundesgerichtlichen Rechtspre- chung eine Regelung im Hinblick auf die Scheidung in einer Scheidungsvereinba- rung auf Vorrat durchaus «Teil eines Ehevertrages» sein kann.<sup>98</sup> Insofern muss eine vorsorgerechtliche Vereinbarung i. S. v. Art. 124b Abs. 1 ZGB auch in einem Ehevertrag zulässig sein.

Ungeklärt ist die Frage, ob das Gericht bei Vereinbarungen i. S. v. Art. 124b Abs. 1 ZGB lediglich prüfen muss, ob eine angemessene Alters- und Invalidenvor- sorge gewährleistet bleibt (vgl. Art. 280 Abs. 3 ZPO), oder ob zusätzlich zu prüfen ist, ob die Vereinbarung i. S. v. Art. 279 Abs. 1 ZGB nicht offensichtlich unange- messen ist.<sup>99</sup> Gemäss Art. 279 Abs. 1 *in fine* ZPO bleiben die Bestimmungen über die berufliche Vorsorge vorbehalten. Damit verweist Art. 279 Abs. 1 ZPO auf Art. 280 ZPO.<sup>100</sup> Art. 280 ZPO schliesst folglich an Art. 279 ZPO an; die beiden Bestim- mungen sind gemeinsam zu lesen und als Einheit zu verstehen.<sup>101</sup> Art. 279 ZPO weist somit auf die beim Vorsorgeausgleich zusätzlich zu beachtenden Vorausset- zungen gemäss Art. 280 ZPO hin.<sup>102</sup> Der Vorbehalt bedeutet nicht, dass Art. 280 ZPO die Vereinbarung bezüglich des Vorsorgeausgleichs abschliessend regelt, denn

---

95 Vgl. GEISER (Fn. 3), 63, 83, 86; GEISER, Jusletter 4.11.2019, N 12, 16; a. A. FamKomm Scheidung/ STECK/FANKHAUSER, Vorbemerkungen zu Art. 196–220 ZGB, N 11.

96 Das Bundesgericht hat in BGer, 4.2.2008, 5A\_623/2007, E. 4.1, (unter dem alten Recht) bestätigt, dass ein Verzicht nur in der Scheidungsvereinbarung möglich sei, «d. h. nicht im Voraus»; vgl. zum Ganzen GUILLOD, BJM 2023, 261, 278 f.

97 Vgl. BBl 2013 4887, 4917.

98 BGE 145 III 474, 482 = FamPra.ch 2019, 1189, 1201.

99 BaslerKomm/BÄHLER, Art. 280 ZPO, N 4, plädiert dafür, dass anders als bei Art. 279 ZPO keine Überprüfung dahingehend stattfinde, ob die Vereinbarung nicht offensichtlich unangemessen sei. Vgl. auch WISMER, FamPra.ch 2021, 340, 352, m. w. H.

100 BaslerKomm/BÄHLER, Art. 279 ZPO, N 4.

101 Vgl. auch GEISER (Fn. 3), 63, 75.

102 Vgl. GEISER (Fn. 3), 63, 75.

dann müsste sich das Gericht beim Vorsorgeausgleich auch nicht davon überzeugen, dass die Vereinbarung aus freiem Willen und nach reiflicher Überlegung geschlossen wurde und sie klar sowie vollständig ist.<sup>103</sup> Hinzu kommt, dass bei der (beschränkten) Inhaltskontrolle gemäss Art. 279 ZPO die Konvention als Ganzes zu prüfen ist; sämtliche wirtschaftlichen Nebenfolgen sind einer Gesamtwürdigung zu unterziehen.<sup>104</sup> Dies ist freilich nur möglich, wenn auch die Regelung zum Vorsorgeausgleich in die Angemessenheitsprüfung gemäss Art. 279 Abs. 1 ZGB einbezogen wird.

Art. 124b Abs. 1 ZGB und Art. 280 Abs. 3 ZPO setzen für die vertragliche Abweichung vom Grundsatz der hälftigen Teilung voraus, dass eine «angemessene» Alters- und Invalidenvorsorge gewährleistet bleibt. Anders als noch vor der am 1. Januar 2017 in Kraft getretenen Reform ist nicht mehr ein qualitativ und quantitativ gleichwertiges Vorsorgesubstrat erforderlich, sondern bloss noch ein «angemessenes».<sup>105</sup> Ob eine solche «angemessene» Vorsorge gewährleistet bleibt, ist nach den persönlichen Verhältnissen der Ehegatten zu beurteilen, namentlich nach dem Alter der (ganz oder teilweise auf den Vorsorgeausgleich) verzichtenden Person, der verbleibenden Dauer bis zur ordentlichen Pensionierung und dem Altersunterschied zwischen den Ehegatten.<sup>106</sup> Bei der Angemessenheitsprüfung sind sämtliche gebundenen Vermögensbestandteile bzw. vorsorgetauglichen Surrogate zu berücksichtigen, und zwar sowohl die ehelichen als auch die vorehelichen, wie beispielsweise die Guthaben der Säulen 3a und 3b, gemischte Lebensversicherungen, Liegenschaften, Wohnrechte und Nutzniessungen.<sup>107</sup> Auch die eigene Vorsorge des verzichtenden Ehegatten ist zu berücksichtigen, und zwar auch jene, welche erst nach der Scheidung in Zukunft noch aufgebaut werden kann.<sup>108</sup> Höchststrichterlich ist nicht geklärt, wann eine angemessene Vorsorge in quantitativer Hinsicht vorliegt. Es ist zu verlangen, dass der verzichtende Ehegatte aufgrund seines Verzichts nicht von der öffentlichen Hand abhängig wird, mithin ungeachtet seines Verzichts die Bedürftigkeit im Alter verhindert wird.<sup>109</sup> Eine Überwälzung von Lasten auf die öffentliche Hand zufolge eines frei-

---

103 Vgl. GEISER (Fn. 3), 63, 75. Zustimmend: MEIER (Fn. 8), 95, N 26.

104 Vgl. GEISER (Fn. 3), 63, 75; FamKomm Scheidung/STEIN, Art. 279 ZPO, N 30, m. w. H. Die einzelnen Nebenfolgen der Scheidung sind folglich nicht isoliert zu würdigen, sondern es ist stets die Angemessenheit der gesamten Scheidungsvereinbarung zu prüfen.

105 Vgl. FamKomm Scheidung/JUNGO/GRÜTTER, Art. 124b ZGB, N 4; TUOR/SCHNYDER/JUNGO (Fn. 28), 241, N 46.

106 Vgl. FamKomm Scheidung/JUNGO/GRÜTTER, Art. 124b ZGB, N 6; TUOR/SCHNYDER/JUNGO (Fn. 28), 241, N 46.

107 Vgl. FamKomm Scheidung/JUNGO/GRÜTTER, Art. 124b ZGB, N 7; TUOR/SCHNYDER/JUNGO (Fn. 28), 241, N 46; WISMER, FamPra.ch 2021, 340, 347; BBI 2013 4887, 4916.

108 Vgl. WISMER, FamPra.ch 2021, 340, 347; HandKomm Privatrecht/GLOOR/UMBRICHT LUKAS, Art. 124b ZGB, N 2; BBI 2013 4887, 4916; BGer, 13.10.2017, 5D\_148/2017, E. 4.1 = FamPra.ch 2018, 220.

109 Vgl. dazu im Detail WISMER, FamPra.ch 2021, 340, 347 ff., m. w. H.; WISMER, AJP 2021, 1087, 1089; GEISER (Fn. 3), 63, 72.

willigen Verzichts auf den Vorsorgeausgleich muss folglich durch das Scheidungsgericht im Rahmen der Angemessenheitsprüfung von Amtes wegen verhindert werden.<sup>110</sup>

### VIII. Güterrecht

Das Bundesgericht hat in BGE 145 III 474 nicht thematisiert, ob in Vorauskonventionen auch Vereinbarungen im Hinblick auf die güterrechtliche Auseinandersetzung für die Parteien bindend sind. Basierend auf der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts müsste dies wohl verneint werden. So führte das Bundesgericht in der Entscheidung vom 21. Mai 2014 (BGer 5A\_751/2013) letztmals und deutlich aus, eine Vereinbarung über die güterrechtliche Auseinandersetzung vor Hängigkeit der Scheidung bedeute nichts anderes als die Wahl der Gütertrennung und bedürfe der Form des Ehevertrags.<sup>111</sup> Dies entspricht auch der herrschenden Lehre, welche sich sowohl vor als auch nach BGE 145 III 474 gegen die Zulässigkeit von güterrechtlichen Vereinbarungen in Vorauskonventionen ausspricht oder die Thematik (noch) nicht erörtert.<sup>112</sup>

Das Hauptargument gegen eine Bindung der Eheleute an Vorabkonventionen über die güterrechtliche Auseinandersetzung dürfte der im Güterrecht vorherrschende Grundsatz der Typengebundenheit sein.<sup>113</sup> Gemäss Art. 182 Abs. 2 ZGB können die Eheleute in einem Ehevertrag einzig die Wahl, Aufhebung oder Änderung eines Güterstandes vereinbaren. Gewisse Modifikationen sind im Rahmen der Errungenschaftsbeteiligung sowie der Gütergemeinschaft möglich, nicht aber bei der Gütertrennung.<sup>114</sup> Der Abschluss eines Ehevertrages und damit güterrechtliche Abreden betreffend das Vermögen der Eheleute bedürfen kraft Art. 184 ZGB der öffentlichen Beurkundung. Zweck dieser Formvorschrift ist namentlich der Schutz der Vertragsparteien sowie die Gewährleistung der erforderlichen Rechtsberatung vor

---

110 Vgl. BBl 2013 4887, 4916; WISMER, FamPra.ch 2021, 340, 347 ff., m. w. H.; vgl. auch BGer, 13. 10. 2017, 5D\_148/2017, E. 4.1 = FamPra.ch 2018, 220.

111 BGer, 21. 5. 2014, 5A\_751/2013, E. 3.2.3, FamPra.ch 2014, 705, 710; HandKomm Privatrecht/JUNGO, Art. 182 ZGB, N 6; ARNDT/BRÄNDLI (Fn. 1), 57, 62.

112 Vgl. zum Meinungsstand ARNDT/BRÄNDLI (Fn. 1), 57, 62; ablehnend MEIER (Fn. 8), 95, 128, N 87; HandKomm Privatrecht/JUNGO, Art. 182 ZGB, N 6; BaslerKomm/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 182 ZGB, N 5; differenzierend TRACHSEL/BORTOLANI-SLONGO, AJP 2009, 301, 310; die Thematik auch nach Erlass von BGE 145 III 474 nicht erwähnend RAVEANE/SCHMUCKI, FamPra.ch 2020, 589; JUNGO/ARNDT, Jusletter 9.12.2019; WISMER, AJP 2021, 1087; BORNHAUSER, SJZ 2020, 515; KuKo/MEYER HONEGGER, Art. 182 ZGB, N 7; vgl. auch GEISER (Fn. 3), 63, 86.

113 Vgl. WOLF/GENNA, Zwanzig Jahre neues Ehegüterrecht – Wo stehen wir?, in: RUMO-JUNGO/PICHONNAZ (Hrsg.), Scheidungsrecht, Aktuelle Probleme und Reformbedarf, Symposium zum Familienrecht 2007, Zürich/Basel/Genf 2008, 103, 110 f.

114 Vgl. HandKomm Privatrecht/JUNGO, Art. 182 ZGB, N 8; BaslerKomm/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 182 ZGB, N 20 ff.

der Unterzeichnung.<sup>115</sup> Vermögensrechtliche Absprachen in einer Vorabkonvention könnten diesen gesetzlichen Vorgaben widersprechen, wenn Eheleute im Hinblick auf die Ehescheidung darin bereits Regeln über die (dereinst) vorzunehmende güterrechtliche Auseinandersetzung aufstellen würden.<sup>116</sup> Wenn die Eheleute bei Geltung der Errungenschaftsbeteiligung in einer Vorabkonvention beispielsweise vereinbaren, im Falle der Ehescheidung stehe der Ehefrau kein güterrechtlicher Anspruch gegen den Ehemann zu und die Parteien seien daher güterrechtlich auseinandergesetzt, dann würde gemäss dieser Argumentation faktisch eine Gütertrennung vereinbart, was der Form des (öffentlich beurkundeten) Ehevertrags bedürfe.<sup>117</sup> Eine Umgehung dieser Formvorschrift würde zur Formungültigkeit und damit zur Nichtigkeit der Regelung führen (vgl. Art. 11 Abs. 2 OR). Gegen die Zulässigkeit solcher Abreden in antizipierten Scheidungsvereinbarungen könnte auch vorgebracht werden, sie widersprächen den – gemäss der Lehre – zwingenden Bestimmungen von Art. 204 sowie Art. 207 ZGB, da die Parteien damit frei über den Zeitpunkt der Auflösung des Güterstands sowie über den Zeitpunkt der Ausscheidung von Errungenschaft und Eigengut verfügen würden.<sup>118</sup> Art. 207 ZGB wäre nach dieser Ansicht verletzt, wenn in einer Vorabkonvention erklärt würde, dass beide Eheleute im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Vorauskonvention über kein Eigengut verfügten.<sup>119</sup> Vereinbarungen über die güterrechtliche Auseinandersetzung in einer Scheidungskonvention würden daher lediglich einen güterrechtlichen Teilungsvertrag darstellen, der die güterrechtlichen Folgen der konkreten Scheidung regle und nach dem übereinstimmenden Willen der scheidungswilligen Ehegatten auch von der ursprünglichen ehevertraglichen Regelung abweichen könne.<sup>120</sup>

Die bisherige Rechtsprechung und Lehre lassen immerhin zu, dass die Eheleute ausserhalb des Ehevertrages und damit ohne Einhaltung der Formvorschriften gemäss Art. 184 ZGB andere obligationenrechtliche Vereinbarungen abschliessen. Denkbar seien Schenkungen, Darlehensverträge oder gesellschaftsrechtliche Beteiligungen zwischen den Eheleuten sowie die formlose Vereinbarung über die Tilgung von Forderungen unter den Ehegatten während des Güterstandes und im Zusammenhang mit diesem. Dabei dürfe es aber weder zu einer eigentlichen güterrechtli-

---

115 HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 82), N 735; BORNHAUSER, *Der Ehe- und Erbvertrag*, Zürich 2012, N 19; BaslerKomm/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 184 ZGB, N 1.

116 Vgl. HandKomm Privatrecht/JUNGO, Art. 182 ZGB, N 6.

117 BGer, 21. 5. 2014, 5A\_751/2013, E. 3.2.3, FamPra.ch 2014, 705, 710; HandKomm Privatrecht/JUNGO, Art. 182 ZGB, N 6.

118 Zum zwingenden Charakter von Art. 204 und 207 ZGB siehe FamKomm Scheidung/STECK/FANKHAUSER, Art. 204 ZGB, N 4 und Art. 207 ZGB, N 4; BaslerKomm/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 204 ZGB, N 2 und Art. 207 ZGB, N 5.

119 Bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung kann indessen auf konkrete Ansprüche, die sich aus Art. 207 ZGB ergeben, verzichtet werden (vgl. BaslerKomm/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 207 ZGB, N 5; FamKomm Scheidung/STECK/FANKHAUSER, Art. 207 ZGB, N 4).

120 FamKomm Scheidung/STECK/FANKHAUSER, Vorbemerkungen zu Art. 196–220 ZGB, N 11.

chen Auseinandersetzung noch zu einem Wechsel des Güterstandes kommen.<sup>121</sup> Die sachen-, obligationen- und gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten würden neben dem Güterrecht bestehen, dürften diesem aber nicht widersprechen; durch obligationenrechtliche Rechtsgeschäfte unter den Ehegatten dürften die gesetzlichen Bestimmungen des Ehegüterrechts folglich nicht verdrängt werden, ausser das Gesetz sehe dies ausdrücklich vor.<sup>122</sup>

Ob angesichts der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu antizipierten Scheidungsvereinbarungen (BGE 145 III 474) an der hiervor angeführten Rechtsauffassung festgehalten werden kann, erscheint zumindest fraglich. Es kann zweifellos einem Bedürfnis von Ehegatten entsprechen, in einer Scheidungskonvention (mit oder ohne konkretem Scheidungshorizont) auch und gerade Absprachen über die güterrechtliche Auseinandersetzung im Falle der Ehescheidung zu vereinbaren.<sup>123</sup> Der Veranschaulichung diene folgendes Beispiel: Die Eheleute leben unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung. Kurz nach der Trennung (aber ohne bereits hängiges bzw. unmittelbar anstehendes Scheidungsverfahren) vereinbaren sie in einer (antizipierten) Scheidungskonvention, es werde auf den nahehehlichen Unterhalt verzichtet, es sei die Errungenschaft im Zeitpunkt der Trennung i. S. v. Art. 215 Abs. 1 ZGB bereits hälftig aufgeteilt worden und die Eheleute seien damit güterrechtlich vollständig und per Saldo aller Ansprüche auseinandergesetzt. Während der anschliessenden mehrjährigen Trennungszeit lebt die Ehefrau sehr sparsam, der Ehemann lebt verschwenderisch und verbraucht sein Vermögen vollständig. Einige Jahre nach der Trennung wird das Scheidungsverfahren anhängig gemacht. Es stellt sich nun die Frage, ob die güterrechtliche Vereinbarung für die Parteien bindend ist oder ob der verschwenderische Ehegatte trotz bereits aufgeteilten Vermögens nach wie vor Anspruch auf die Hälfte der im Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens (mithin dem Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes gemäss Art. 204 Abs. 2 ZGB) noch vorhandenen Errungenschaft der Ehefrau hat, während dieselbe infolge Rückschlags seitens des Ehemannes leer ausgeht (vgl. Art. 210 Abs. 2 ZGB).

Wer einer Bindungswirkung güterrechtlicher Abreden in Vorauskonventionen kritisch gegenübersteht, wird hier einwenden, zwecks Vermeidung dieses stossenden Ergebnisses hätte im Zeitpunkt der Trennung die Möglichkeit bestanden, mittels eines Ehevertrags einvernehmlich den Güterstand der Gütertrennung zu vereinbaren

---

121 BGer, 21. 5. 2015, 5A\_751/2013, E. 3.2.3, FamPra.ch 2014, 705, 710; BGer, 2. 10. 2008, 5A\_599/2007, E. 6.1; HandKomm Privatrecht/JUNGO, Art. 182 ZGB, N 6; TRACHSEL/BORTOLANI-SLONGO, AJP 2009, 301, 310; BRÄNDLI, Die Eigengutzuweisung nach Art. 199 ZGB – Anwendungsbereich, Chancen, Risiken und Alternativen, FamPra.ch 2023, 44.

122 BGer, 21. 5. 2015, 5A\_751/2013, E. 3.2.3, FamPra.ch 2014, 705, 710; HandKomm Privatrecht/JUNGO, Art. 182 ZGB, N 6.

123 Vgl. RAVEANE/SCHMUCKI, FamPra.ch 2020, 591; a. A. offenbar ARNDT/BRÄNDLI (Fn. 1), 57, 62, wonach das Bedürfnis nach Vorauskonventionen im Güterrecht unter Berücksichtigung der ehevertraglich zulässigen weitgehenden Planungsmöglichkeiten eher gering erscheine.

oder einseitig einen Antrag auf Anordnung der Gütertrennung im Rahmen eines Eheschutzverfahrens i. S. v. Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB zu stellen.<sup>124</sup> Dabei wird aber verkannt, dass zahlreiche Eheleute keine Kenntnis von dieser Möglichkeit (bzw. dieser – vermeintlichen – Notwendigkeit) haben oder aber absichtlich keinen Ehevertrag (welcher die güterrechtliche Auseinandersetzung grundsätzlich gerade nicht zum Gegenstand hat) abschliessen möchten, sei dies aufgrund der mit einer öffentlichen Beurkundung verbundenen Hürden und Kosten oder weil die Eheleute eine gesamtheitliche Vereinbarung über sämtliche Nebenfolgen ihrer Ehescheidung (in Kombination mit dem nahehelichen Unterhalt und u. U. auch mit dem Vorsorgeausgleich) anstreben. Ferner kann es dem berechtigten Bedürfnis der Eheleute entsprechen, dass trotz bereits erfolgter Trennung für den Todesfall eines Ehegatten die Regeln der Gütertrennung nicht zur Anwendung gelangen, mithin der überlebende Ehegatte auch während der Trennungszeit güterrechtlich abgesichert bzw. begünstigt bleibt.

Für die Zulässigkeit und die Bindungswirkung der im vorstehenden Beispiel erwähnten Vereinbarung spricht sodann, dass die Eheleute damit weder gegen den zwingenden Charakter von Art. 204 noch von Art. 207 ZGB verstossen. Die antizipierte Vereinbarung, wonach die Errungenschaft der Ehegatten aufgeteilt und die güterrechtliche Auseinandersetzung bereits vollzogen worden ist, ändert an der Auflösung des Güterstandes per Zeitpunkt Einleitung des Scheidungsverfahrens (vgl. Art. 204 Abs. 2 ZGB) an sich nichts. Die Parteien haben einzig vermögensrechtliche Abreden im Zusammenhang mit der güterrechtlichen Auseinandersetzung getroffen, mithin einen konkreten güterrechtlichen Teilungsvertrag abgeschlossen, welcher die güterrechtlichen Folgen ihrer Scheidung einvernehmlich regelt.<sup>125</sup> Insbesondere umgehen die Eheleute damit weder den Numerus clausus möglicher Güterstände, noch lösen sie den Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung vorzeitig per Zeitpunkt der Unterzeichnung der Vorabkonvention auf.<sup>126</sup> Schliesslich steht es den Ehegatten auch frei, im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung auf Ansprüche aus Art. 207 ZGB gänzlich zu verzichten.<sup>127</sup>

Schliessen die Eheleute im Hinblick auf eine kurz bevorstehende, wenngleich noch nicht rechtshängige Ehescheidung eine vollständige Scheidungskonvention i. S. v. Art. 111 ZGB, so wird kaum je ein Gericht die Zulässigkeit und die Bindungswir-

---

124 Weiter könnte eingewendet werden, der Ehefrau stünde im Scheidungsverfahren die Geltendmachung eines Rechtsmissbrauchs nach Art. 2 ZGB offen, wobei die Voraussetzungen hierzu bekanntlich hoch sind.

125 Vgl. zum güterrechtlichen Teilungsvertrag in Scheidungskonventionen FamKomm Scheidung/STECK/FANKHAUSER, Vorbemerkungen zu Art. 196–220 ZGB, N 11.

126 Dies zeigt sich bspw. im Falle des Todes eines Ehegatten während der Trennungszeit; diesfalls wird die antizipierte Scheidungskonvention bedeutungslos, und der Güterstand wird per Todestag aufgelöst (Art. 204 Abs. 1 ZGB).

127 BaslerKomm/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 207 ZGB, N 5; FamKomm Scheidung/STECK/FANKHAUSER, Art. 207 ZGB, N 4.

kung der Vereinbarungen betreffend die güterrechtliche Auseinandersetzung infrage stellen mit dem Hinweis, der güterrechtliche Ausgleich sei noch vor dem Auflösungszeitpunkt nach Art. 204 ZGB (Einleitung des Ehescheidungsverfahrens) erfolgt und für derartige güterrechtliche Abreden stünde einzig das Institut des Ehevertrages zur Verfügung.<sup>128</sup> Dasselbe muss für entsprechende Vereinbarungen über die konkrete güterrechtliche Auseinandersetzung in Konventionen ohne aktuellen Scheidungshorizont gelten. Wie erläutert, kann es für die Bindungswirkung und die Zulässigkeit einer Scheidungsvereinbarung nicht darauf ankommen, ob diese im Hinblick auf eine bevorstehende (konkrete) Ehescheidung oder noch ohne konkreten Scheidungshorizont vereinbart wurde.<sup>129</sup> Diese güterrechtliche Abrede beschlägt einzig das Resultat der güterrechtlichen Auseinandersetzung, nicht aber die Rechtslage während der Geltung des Güterstandes an sich oder den Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes. Gleiches muss gelten, wenn die Eheleute im Rahmen einer Konvention nach Art. 111 ZGB – wie in der Praxis durchaus üblich – den Zeitpunkt für die Berechnung des güterrechtlichen Ausgleichs z. B. auf das Ende eines Kalenderjahres legen und basierend darauf die Berechnung des güterrechtlichen Anspruchs einer Partei i. S. v. Art. 215 Abs. 1 ZGB vornehmen. Auch diese einvernehmliche Wahl der Berechnungsgrundlage ändert am zwingenden Zeitpunkt der Ausscheidung von Eigengut und Errungenschaft i. S. v. Art. 207 ZGB nichts.<sup>130</sup> Schliesslich sind die Parteien auch nach Massgabe von Art. 214 ZGB frei, sich über die Bewertung der Vermögensgegenstände in der güterrechtlichen Auseinandersetzung nach Belieben zu einigen.<sup>131</sup>

Ferner spricht Art. 125 Abs. 2 Ziff. 5 ZGB, wonach mitunter auch das Vermögen der Eheleute für die Bemessung des nahehelichen Unterhalts entscheidend ist bzw. sein kann, für die Zulässigkeit güterrechtlicher Abreden in Vorabkonventionen. Bei der Berechnung des Vermögens ist das Ergebnis der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu berücksichtigen.<sup>132</sup> Die Höhe des nahehelichen Unterhalts kann somit vom Ergebnis der güterrechtlichen Auseinander-

---

128 Vgl. TRACHSEL/BORTOLANI-SLONGO, AJP 2009, 301, 310, wonach das Ergebnis einer bereits vor Rechtshängigkeit durchgeführten güterrechtlichen Auseinandersetzung im Scheidungsverfahren «häufig» von keiner Partei mehr thematisiert werde. Die Genehmigung der «Saldoklausel» trage dann rein formale Züge, denn dem Gericht seien in den meisten Fällen die güterrechtlichen Bemessungsfaktoren (anders als beim nahehelichen Unterhalt) nicht bekannt, und sie würden in der Regel auch nicht erfragt werden.

129 Ziff. III. hiervor; vgl. auch BezGer Horgen, ZR 122/2023, 60, 62.

130 Unzulässig und für die Eheleute nicht bindend wären demgegenüber Regelungen in einer Vorabkonvention, in denen der Stichtag der güterrechtlichen Auseinandersetzung vorverlegt würde, indem z. B. lediglich vereinbart würde, per Stichtag Trennung der Parteien trete die Gütertrennung ein.

131 Vgl. BaslerKomm/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 214 ZGB, N 7, und FamKomm Scheidung/STECK/FANKHAUSER, Art. 214 ZGB, N 6, jeweils m. H. auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts und die Einschränkung bezüglich der Pflichtteile der nicht gemeinsamen Nachkommen.

132 FamKomm Scheidung/BÜCHLER/RAVEANE, Art. 125 ZGB, N 75.

setzung abhängen, womit das Gesetz selbst eine Interdependenz zwischen nachehelichem Unterhalt und güterrechtlicher Auseinandersetzung vorsieht. Gerade bei wirtschaftlich besonders günstigen Verhältnissen kann das Bedürfnis der Eheleute gross sein, Vereinbarungen betreffend den nachehelichen Unterhalt mit Regelungen zur güterrechtlichen Auseinandersetzung zu verbinden, wenn beispielsweise hohe Entschädigungen an den anderen Ehegatten aus steuerlichen Gründen unter dem Titel Güterrecht erfolgen sollen. Würden in Vorabkonventionen Regelungen zum nachehelichen Unterhalt als bindend, indes Vereinbarungen zur güterrechtlichen Auseinandersetzung als unzulässig bzw. unverbindlich erachtet werden, könnte dies zu stossenden Ergebnissen führen, so beispielsweise in Fällen, bei denen die Eheleute einen Verzicht auf nachehelichen Unterhalt von der Höhe des vorab vereinbarten güterrechtlichen Ausgleichs abhängig machen wollen. Diesfalls wäre die auf nachehelichen Unterhalt verzichtende Partei auf den Antrag auf Nichtgenehmigung der Konvention vor Gericht bzw. auf die Anrufung von Willensmängeln zu verweisen. Je nach Ausgangslage steht sie mit diesem Vorhaben aber vor hohen Hürden, oder sie scheitert damit ganz.<sup>133</sup>

Eine bindende Wirkung güterrechtlicher Teilungsverträge in Vorabkonventionen käme auch dem in der Praxis wachsenden Bedürfnis nach mehr Flexibilität bei der Vermögens- und Scheidungsplanung entgegen. Nach wie vor erachten es die Rechtsprechung und die herrschende Lehre aber als unzulässig, die rückwirkende Wahl des Güterstandes vom Auflösungsgrund abhängig zu machen. Es dürfe folglich in einem Ehevertrag nicht vereinbart werden, für den Fall der Auflösung der Ehe durch Tod gelte die Errungenschaftsbeteiligung (ggf. mit einer maximalen Begünstigung des überlebenden Ehegatten), für den Fall der Auflösung der Ehe durch Scheidung gelte hingegen die Gütertrennung.<sup>134</sup> Diese Ansicht wird nunmehr auch kritisiert. EGGEL hält zutreffend dafür, dass die Auffassung der herrschenden Lehre «nicht dogmatischer Natur, sondern verborgen wertend» sei; ausschlaggebend für die Ablehnung durch die herrschende Lehre dürften nach EGGEL «soziale Gründe» sein, was insofern problematisch sei, als «diese Lösung nicht durch Auslegung gewonnen» werde.<sup>135</sup> Sodann weisen ARNDT/BRÄNDLI zu Recht darauf hin, dass aus praktischer Sicht nicht nachvollziehbar sei, wieso ein ehevertraglicher Neuabschluss mit Gütertrennung (möglicherweise gar rückwirkend für die gesamte Dauer der Ehe) zulässig, ein Ehevertrag mit entsprechender Bedingung aber unzulässig sein

---

133 Vgl. zur Interdependenz von Güterrecht und Vorsorgeausgleich im Rahmen von Art. 124b Abs. 2 Ziff. 1 ZGB FamKomm Scheidung/JUNGO/GRÜTTER, Art. 124b ZGB, N 14; WISMER, FamPra.ch 2021, 340, 354.

134 HandKomm Privatrecht/JUNGO, Art. 182 ZGB, N 11; OGer ZG, 11.5.2023, Z1 2022 18, E. 2.4.1, m. w. H.

135 Vgl. EGGEL, Vermögensplanung unter Ehegatten im Spannungsfeld der Eheauflösung durch Scheidung oder Tod, AJP 2019, 90, 93 f., Fn. 27.

soll, wenn doch beides zu demselben Ergebnis führe.<sup>136</sup> Die Ansicht der herrschenden Lehre überzeugt tatsächlich nicht, zumal auch der vollständige Ausschluss der Vorschlagsbeteiligung als Planungsinstrument ausschliesslich für den Fall einer Scheidung (nicht aber für den Todesfall) als zulässig erachtet wird, was letztlich (sofern keine Pflichtteile nicht gemeinsamer Nachkommen tangiert werden) einer bedingten Gütertrennung für den Fall der Scheidung gleichkommt.<sup>137</sup> Eine vertragliche Bindung der Eheleute an eine güterrechtliche (Teilungs-)Vereinbarung in einer Vorabkonvention kann letztlich das gleiche planerische Ziel verfolgen, sodass einzig für den Scheidungsfall die güterrechtliche Auseinandersetzung bereits geregelt sein soll, nicht aber für den Todesfall. Auch bei Vorliegen einer antizipierten Scheidungskonvention wird der Güterstand im Zeitpunkt des Todes eines Ehegatten gemäss Art. 204 Abs. 1 ZGB aufgelöst, und die vertraglichen Abreden in der Vorabkonvention blieben im Hinblick auf die vorzunehmende güterrechtliche Auseinandersetzung ohne Wirkung.

Das Bundesgericht befasste sich in BGE 145 III 474 einzig mit einer antizipierten Vereinbarung über den nahehelichen Unterhalt.<sup>138</sup> Die Argumentation des Bundesgerichts ist indessen auf Vereinbarungen über die güterrechtliche Auseinandersetzung bzw. güterrechtliche Teilungsverträge übertragbar. Nimmt man mit dem Bundesgericht die Vertragsfreiheit der Ehegatten ernst, dann muss es diesen konsequenterweise möglich sein, eine Vereinbarung über die güterrechtliche Auseinandersetzung nicht erst nach der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens, sondern auch schon vorher und auch bereits ohne konkreten Scheidungshorizont bindend abzuschliessen.<sup>139</sup> Das Gesetz enthält keine spezielle Regel, die es einem Ehegatten verbietet, sich vor oder nach dem Eingehen einer Ehe vertraglich zu verpflichten, dem anderen im Fall einer Scheidung einen bestimmten Betrag aus Güterrecht zu leisten.<sup>140</sup> Der Gesetzgeber sieht in Art. 111 ZGB sowie Art. 279 und Art. 285 lit. c ZPO sogar explizit vor, dass der Abschluss einer Scheidungskonvention auch über die güterrechtliche Auseinandersetzung bereits vor der Rechtshängigkeit der Scheidung zulässig ist. Auch insofern scheinen die ältere Lehre und

136 Vgl. ARNDT/BRÄNDLI, Güterrechtliche Scheidungsplanung mit bedingter Wahl des Güterstandes, in: JUNGO/FOUNTOLAKIS (Hrsg.), Prozessrisiken im Familienrecht: Vorsorgeausgleich, Unterhalt, Kinder, Bezüge zum Erbrecht, 12. Symposium zum Familienrecht 2023, Zürich/Basel/Genf 2024, 153, 158 f.

137 Vgl. ARNDT/BRÄNDLI (Fn. 136), 153, 156, 161, 164. Vgl. auch HandKomm Privatrecht/JUNGO, Art. 216–217 ZGB, N 2; FamKomm Scheidung/STECK/FANKHAUSER, Art. 216 ZGB, N 8 und 10; BaslerKomm/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 216 ZGB, N 14 und 20.

138 Vgl. Ziff. II.1. hier vor.

139 GEISER (Fn. 3), 63, 86, vertritt die Auffassung, dass eine Vereinbarung – selbst wenn sie noch vor der Heirat abgeschlossen worden ist – «grundsätzlich alles beinhalten [könne], was auch Gegenstand einer auf eine konkrete Scheidung hin abgeschlossene Konvention enthalten kann»; a. A. FamKomm Scheidung/STECK/FANKHAUSER, Vorbemerkungen zu Art 196–220 ZGB, N 11.

140 Gleiches gilt für den nahehelichen Unterhalt; vgl. BGE 145 III 474, 480 f. = FamPra.ch 2019, 1189, 1200.

Rechtsprechung nicht haltbar, wonach eine Vereinbarung über die güterrechtliche Auseinandersetzung vor Hängigkeit der Scheidung nichts anderes bedeute als die Wahl der Gütertrennung und zwingend der Form des Ehevertrags bedürfe.<sup>141</sup> Zudem gelten gleich wie beim nahehelichen Unterhalt auch beim Güterrecht die Dispositionsmaxime und der Verhandlungsgrundsatz (vgl. Art. 277 Abs. 1 i. V. m. Art. 55 und 58 ZPO).

Während für die ehevertragliche Wahl, Aufhebung oder Änderung eines Güterstandes die öffentliche Beurkundung gemäss Art. 184 ZGB den Schutz der Vertragsparteien (namentlich der strukturell schwächeren Partei) sicherstellen soll, soll die inhaltliche Prüfung des güterrechtlichen Teilungsvertrages durch das Scheidungsgericht gemäss Art. 279 ZPO die strukturell schwächere Partei vor einer offensichtlich unangemessenen güterrechtlichen Auseinandersetzung schützen. Auch eine (antizipierte) Vereinbarung über die güterrechtliche Auseinandersetzung wird erst rechtsgültig, wenn das Gericht sie genehmigt hat.<sup>142</sup> Das Scheidungsgericht hat keine Kompetenz, eine kurz vor der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens rückwirkend für die gesamte Ehedauer ehevertraglich vereinbarte Gütertrennung, welche offensichtlich unangemessen ist, auf ihre Angemessenheit hin zu überprüfen oder (nicht) zu genehmigen.<sup>143</sup> Dies im Gegensatz zur (antizipierten) Scheidungskonvention, mit welcher die Parteien unter Geltung des Güterstands der Errungenschaftsbeteiligung beispielsweise vereinbaren, ihnen stünden güterrechtlich gegenseitig keine Forderungen mehr zu und sie seien güterrechtlich vollständig auseinandergesetzt. Eine solche Vorabkonvention darf durch das Scheidungsgericht nur bei fehlender offensichtlicher Unangemessenheit genehmigt werden. Der Schutz der strukturell schwächeren Partei fällt somit – bei einem inhaltlich ähnlichen Ergebnis – bei einer Vorabkonvention gar deutlich höher aus als bei einem (auch erst kurz vor der Ehescheidung abgeschlossenen) Ehevertrag.

Zusammenfassend lässt sich heute nicht abschliessend beurteilen, ob seit BGE 145 III 474 auch Vorabkonventionen im Hinblick auf die güterrechtliche Auseinandersetzung für die Eheleute dergestalt bindend sind, dass sie nach Abschluss nicht mehr einseitig widerrufen werden können. Nach der hier vertretenen Auffassung sollten die bundesgerichtlichen Erwägungen in BGE 145 III 474 konsequenterweise auch bei güterrechtlichen Vereinbarungen Berücksichtigung finden. Es bleibt aber letztlich offen, ob die Gerichte inskünftig in Vorabkonventionen zum güter-

---

141 BGer, 21.5.2014, 5A\_751/2013, E. 3.2.3, FamPra.ch 2014, 705, 710; HandKomm Privatrecht/JUNGO, Art. 182 ZGB, N 6.

142 Vgl. Art. 279 Abs. 2 Satz 1 ZPO; BGE 145 III 474, 482 f. = FamPra.ch 2019, 1189, 1202; HandKomm Privatrecht/JUNGO, Art. 182 ZGB, N 7.

143 Vgl. BGer, 4.12.2003, 5C.114/2003, E. 3.2.2; BGE 121 III 393, 395; LUPI THOMANN/OBRECHT STEINER, Ehevertrag und Scheidung – Chancen und Risiken aus Praxissicht, in: LÜTHI/CHRISTEN/HASLER/VON ROHR (Hrsg.), Verband solothurnischer Notare – 100 Jahre Festschrift, Solothurn 2022, 73, 79; HandKomm Privatrecht/JUNGO, Art. 182 ZGB, N 9.

rechtlichen Ausgleich eine Umgehung der Formvorschriften zum Ehevertrag erblicken und entsprechenden Klauseln die bindende Wirkung absprechen. Eine höchstrichterliche Klärung hierzu wäre wünschenswert. Bis dahin wird man in der anwaltlichen Praxis bei der Redaktion güterrechtlicher Abreden in (antizipierten) Scheidungskonventionen die Klientschaft auf das Risiko der möglicherweise fehlenden Bindungswirkung hinweisen bzw. gegebenenfalls auf das Institut des Ehevertrages zurückgreifen müssen.

## **IX. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Bei einem gerichtlichen Vergleich trägt jede Partei die Prozesskosten gemäss Art. 109 Abs. 1 ZPO nach Massgabe des Vergleichs. Ein gerichtlicher Vergleich wird dem Gericht zu Protokoll gegeben.<sup>144</sup> Bei einem aussergerichtlichen Vergleich gilt auch ein von den Parteien gemeinsam gestellter Kostenantrag als gerichtlicher Vergleich i. S. v. Art. 109 ZPO.<sup>145</sup>

Eine vollständige Scheidungsvereinbarung i. S. v. Art. 285 lit. c ZPO hat sich auch über die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu äussern. Das Gericht darf von der zwischen den Ehegatten vereinbarten Verteilung der Prozesskosten gemäss Art. 109 Abs. 2 lit. b ZPO nur dann abweichen, wenn diese einseitig zulasten einer Partei geht, welcher die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt worden ist, die Kostenregelung sich mithin zum Nachteil des Staates auswirkt.<sup>146</sup> Abgesehen von diesem Ausnahmefall sind Vereinbarungen der Ehegatten über die Kosten- und Entschädigungsfolgen angesichts der hier geltenden Dispositionsmaxime für die Parteien bindend und für das Gericht verbindlich.<sup>147</sup>

## **X. Fazit**

Seit BGE 145 III 474 steht fest, dass antizipierte Scheidungskonventionen mit deren Abschluss für die Parteien unmittelbar bindend sind. Der einseitige Widerruf einer Partei ist nur in Bezug auf gewisse Regelungsinhalte der Vereinbarung möglich. Zu ihrer Rechtsgültigkeit und Durchsetzbarkeit bedarf die Vorauskonvention der gerichtlichen Genehmigung nach Art. 279 ZPO, die namentlich dann versagt werden kann, wenn die Vereinbarung offensichtlich unangemessen ist.

---

144 Art. 241 Abs. 1 ZPO; vgl. ZürcherKomm/JENNY, Art. 109 ZPO, N 2.

145 Vgl. ZürcherKomm/JENNY, Art. 109 ZPO, N 2.

146 Vgl. MEIER, Kostenfolgen in familienrechtlichen Prozessen, FamPra.ch 2019, 1121, 1128; BaslerKomm/HOFMANN/BAECKERT, Art. 109 ZPO, N 2.

147 ZürcherKomm/JENNY, Art. 109 ZPO, N 5, 7; BaslerKomm/HOFMANN/BAECKERT, Art. 109 ZPO, N 1; HandKomm Privatrecht/SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 109 ZPO, N 1.

Vorauskonventionen sind unabhängig vom Umstand bindend, ob im Zeitpunkt der Unterzeichnung bereits ein konkreter Scheidungshorizont besteht oder nicht. Sowohl scheidungswillige Parteien als auch Ehegatten ohne konkrete Absicht zur Scheidung sind handlungs- und vertragsfähig. Es ist mit und ohne konkretem Scheidungshorizont kein verändertes Schutzbedürfnis ersichtlich.

Von der Bindungswirkung nicht erfasst sind der Scheidungswille sowie Vereinbarungen betreffend die Kinderbelange. Sowohl der Scheidungswille als auch Vereinbarungen bzw. gemeinsame Anträge bezüglich der Kinderbelange können bis zur gerichtlichen Anhörung bzw. bis zur Urteilsberatung jederzeit frei widerrufen werden.

Vereinbaren die Parteien in einer Vorauskonvention einen nachehelichen Unterhalt oder verzichtet eine oder beide Parteien gänzlich auf diesen, so bleiben beide an diese Regelung gebunden. Das Gericht muss von Amtes wegen immerhin prüfen, ob diese Vorausvereinbarung offensichtlich unangemessen ist. Gleiches gilt grundsätzlich für antizipierte Scheidungsvereinbarungen, in denen die Parteien von der hälftigen Teilung des Vorsorgeguthabens i. S. v. Art. 124b Abs. 1 ZGB abweichen oder auf den Vorsorgeausgleich ganz verzichten. Das Gericht hat in diesen Fällen indes zusätzlich zu prüfen, ob eine angemessene Alters- und Invalidenvorsorge gewährleistet bleibt.

Die mit BGE 145 III 474 für den nachehelichen Unterhalt statuierte Bindungswirkung erstreckt sich nach der hier vertretenen Ansicht auch auf antizipierte Scheidungsvereinbarungen über die güterrechtliche Auseinandersetzung bzw. güterrechtliche Teilungsverträge in Vorauskonventionen. Sofern die Parteien in einer güterrechtlichen Vorabkonvention weder den Güterstand wechseln noch den Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes vertraglich verlegen, kann das konkrete Resultat der güterrechtlichen Auseinandersetzung auch in einer antizipierten Scheidungsvereinbarung, mithin noch vor Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens, frei (zumindest abgesehen von offensichtlich unangemessenen Resultaten) und bindend vereinbart werden, freilich unter Vorbehalt der späteren Genehmigung durch das Scheidungsgericht. Eine Umgehung der ehevertraglichen Formvorschriften geht damit nicht einher. Die herrschende Lehre sieht dies jedoch (noch) anders.

Seit BGE 145 III 474 stehen den Parteien weitere planerische Möglichkeiten im Hinblick auf eine allfällige Ehescheidung zur Verfügung. Nach der hier vertretenen Auffassung sind in antizipierten Scheidungsvereinbarungen insbesondere bindende Regelungen zum ehelichen und nachehelichen Unterhalt, zum Vorsorgeausgleich und zum Güterrecht zulässig. Diese neuen Handlungsoptionen entsprechen einem wachsenden Bedürfnis nach mehr Flexibilität bei der rechtssicheren Vermögens- und Scheidungsplanung. Dabei bleibt der Schutz der strukturell schwächeren Partei aufgrund der (beschränkten) Inhaltskontrolle durch das Scheidungsgericht gewährleistet.

**Zusammenfassung:** *Der Beitrag befasst sich mit der Bindungswirkung und der Widerrufbarkeit von Scheidungsvereinbarungen. Das Bundesgericht hat mit seinem Leitentscheid BGE 145 III 474 klargestellt, dass eine sogenannte Scheidungsvereinbarung auf Vorrat die Vertragsparteien unter Vorbehalt der späteren Genehmigung durch das Scheidungsgericht bindet. Nach einer Analyse dieses Leitentscheids und weiteren grundsätzlichen Überlegungen zur Bindungswirkung von Scheidungskonventionen erörtert der Beitrag, inwiefern Vereinbarungen der Ehegatten – mit oder ohne konkretem Scheidungshorizont – bezüglich des Scheidungswillens, der Kinderbelange, des nahehelichen Unterhalts, des Vorsorgeausgleichs, des Güterrechts und der Kosten- und Entschädigungsfolgen bindend sind oder einseitig widerrufen werden können.*

**Résumé:** *La présente contribution porte sur la force obligatoire et la révocabilité des conventions de divorce. Dans un arrêt de principe (ATF 145 III 474), le Tribunal fédéral a précisé qu'une convention de divorce anticipée liait les parties contractantes, sous réserve de sa ratification ultérieure par le juge du divorce. Après une analyse de cet arrêt et d'autres réflexions fondamentales sur l'effet contraignant des conventions de divorce, l'article examine dans quelle mesure les accords conclus entre époux, qu'ils soient établis avec ou sans perspective concrète de divorce, ont un caractère obligatoire ou peuvent être révoqués unilatéralement en ce qui concerne la volonté de divorcer, les questions liées aux enfants, l'entretien après le divorce, le partage de la prévoyance professionnelle, le régime matrimonial, ainsi que les conséquences en termes de coûts et d'indemnités.*

---