

## AUFsätze ARTICLES ARTICOLI

*Ingeborg Schwenzer: Grenzen der Vertragsfreiheit in Scheidungskonventionen und Eheverträgen*

*Ingeborg Schwenzer: Die elterliche Sorge – die Sicht des Rechts von aussen auf das Innen*

*Max Peter: Kindesinteressen in Zeiten familiärer Veränderungen*

## AUSLAND L'ETRANGER L'ESTERO

*Florian Mohs: Brüssel IIa – Die neue EG-Verordnungen zum internationalen Familienverfahrensrecht*

## PRAXIS LA PRATIQUE LA PRASSI

*Susanne Leuzinger-Naef: Die familienbezogene Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts im Jahre 2003*

## DOKUMENTATION DOCUMENTATION DOCUMENTAZIONE

Literatur Littérature Letteratura

Rezensionen Recensions Recensioni

## RECHTSPRECHUNG JURISPRUDENCE GIURISPRUDENZA

## HERAUSGEBERINNEN

INGEBORG SCHWENZER  
ANDREA BÜCHLER

## Redaktionsmitglieder

Katerina Baumann  
Peter Breitschmid  
Dieter Bürgin  
Laura Cardia-Vonèche  
Annka Dietrich  
Jeanne DuBois  
Joseph Duss-von Werdt  
Emanuela Epiney-Colombo  
Wilhelm Felder  
Elisabeth Freivoegel  
Thomas Geiser  
Urs Gloor  
Marianne Hammer-Feldges  
Monique Jametti Greiner  
Margareta Lauterburg  
Marcel Leuenberger  
Susanne Leuzinger-Naef  
Peter Liatowitsch  
Ueli Mäder  
Andrea Maihofer  
Ursula Nordmann  
Renate Pfister-Liechti  
Alexandra Rumo-Jungo  
Jonas Schweighauser  
Daniel Steck  
Martin Stettler  
Thomas Sutter-Somm  
Rolf Vetterli



Nr. 30	KGer SG, 21. 4. 2004: Einkommen und Schulden	178
Nr. 31	OGer ZH, 22. 9. 2004: Genehmigung einer Vereinbarung bezüglich Unterhaltsbeiträgen	180
Nr. 32	Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, 11. 10. 2004: Abänderung der Kinderunterhaltspflicht	183
Nr. 33	EVG, 14. 7. 2004: Witwenrente an nichteheliche Partnerin nur bei vertraglicher Unterhaltsvereinbarung	189
Nr. 34	EVG, 19. 8. 2004: Arbeitsvertrag als Haushaltshilfe in nichtehelicher Lebensgemeinschaft	193
Nr. 35	BGer, 10. 9. 2004: Lohnpfändung; Existenzminimum des nichtehelichen Partners	197
Nr. 36	TF, 2. 9. 2004: Curatelle de représentation; abus	198
Nr. 37	BGer, 1. 11. 2004: Fürsorgerische Freiheitsentziehung; Ablehnung des Entlassungsgesuchs	201
Nr. 38	KGer GR, 7. 6. 2004: Zuständigkeit für Anordnung und Änderung der erstreckten elterlichen Sorge	204

### Adressen – Adresses – Indirizzi

Dr. Susanne Leuzinger-Naef  
Eidgenössisches Versicherungsgericht  
Adligenswilerstr. 24  
6006 Luzern

Max Peter  
Mediator SVM, Paar- und Familientherapeut  
Berglistrasse 39  
8180 Bülach

Florian Mohs  
Juristische Fakultät der Universität Basel  
Maiengasse 51  
4056 Basel

Prof. Dr. iur. Ingeborg Schwenzer, LL.M.  
Juristische Fakultät der Universität Basel  
Maiengasse 51  
4056 Basel

Die Richtlinien für Textbeiträge sind im Internet unter [www.fampra.ch](http://www.fampra.ch) einzusehen.

Les lignes directrices pour les textes des collaborateurs extérieurs peuvent être consultées sur Internet à l'adresse [www.fampra.ch](http://www.fampra.ch)

La direttiva per i testi dei collaboratori esterni può essere consultata su Internet all'indirizzo [www.fampra.ch](http://www.fampra.ch)

Für unaufgefordert eingesandte Textbeiträge wird keine Verantwortung übernommen.

Nous n'assumons aucune responsabilité pour les textes envoyés spontanément.

Non si assume alcuna responsabilità per i testi inviati spontaneamente.

## Grenzen der Vertragsfreiheit in Scheidungskonventionen und Eheverträgen

*Ingeborg Schwenzer, Prof. Dr. iur., LL.M., Basel\**

**Stichwörter:** *Scheidungskonvention, Ehevertrag, Vertragsfreiheit, Vorsorgeausgleich, nachehelicher Unterhalt, Gütertrennung, nachträglicher Verzicht.*

**Mots clefs:** *Convention sur les effets accessoires du divorce, contrat de mariage, liberté contractuelle, partage de la prévoyance professionnelle, entretien après le divorce, séparation de biens, renonciation après coup.*

### I. Einleitung

In der privatautonomen Regelung wird oftmals die optimale Lösung von Konflikten gesehen. Die Gründe dafür sind vielfältig: geringere Kosten und grössere Schnelligkeit als bei gerichtlicher Konfliktlösung, Vermeiden von Unsicherheiten, die mit einer gerichtlichen Lösung verbunden sind, und vor allem Eigenverantwortung anstelle von Delegation von Entscheidung an eine Drittperson. Auch vor der Familie hat diese Bewegung nicht Halt gemacht.

Die Meilensteine auf diesem Wege sind hinlänglich bekannt: Die Ehegatten gestalten ihr Eheleben ohne staatliche Vorgabe eines bestimmten Ehetypus privatautonom, mit der einverständlichen Scheidung bestimmen sie über das Ende der Ehe und deren Folgen ebenfalls weitgehend selbstständig.

Vertragsfreiheit – wie wir sie insbesondere aus dem Obligationenrecht kennen – basiert indes auf der Idee, dass beide Vertragspartner in der Lage sind, ihre Interessen den Interessen des jeweils anderen entgegenzusetzen, dass deshalb dem Vertrag eine Richtigkeitsgewähr bzw. jedenfalls eine Richtigkeitschance inhärent ist<sup>1</sup>. Diese Grundbedingung ist nun allerdings oft beim Aushandeln von Scheidungskonventionen oder auch Eheverträgen nicht gegeben. Vielmehr finden sich vor allem Frauen dann in einer ungleichen Verhandlungsposition, wenn sie – wie es noch immer überwiegend der Fall ist – in der Familie Betreuungsarbeit leisten oder geleistet haben und deshalb im Ver-

\* Vortrag gehalten anlässlich der Tagung «Aktuelle Fragen zum Eherecht» am 3. Dezember 2004 in Zürich. Die Autorin dankt ihren wissenschaftlichen Assistenten Frau lic. iur. Sabine Aeschlimann, LL.M., Advokatin, und Herrn Ref. iur. Jan Ritzel für die wertvolle Unterstützung bei der Materialsuche und Durchsicht des Manuskripts.

<sup>1</sup> Vgl. SCHWENZER, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2003, N 25.06.

gleich zum Ehemann erhebliche Defizite in ihrer Erwerbsbiografie aufweisen. So verwundern denn auch die Ergebnisse der Armutsforschung nicht, wonach nach Scheidung das Armutrisiko für Frauen mehr als doppelt so hoch ist wie für Männer<sup>2</sup>.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob und im welchem Umfang die Gerichte nicht nur Scheidungskonventionen, sondern auch Vereinbarungen der Ehegatten ausserhalb eines Scheidungsverfahrens und vor allem auch Eheverträge auf ihre inhaltliche Angemessenheit überprüfen sollen. Während im Ausland diese Probleme schon seit Jahren intensiv diskutiert werden<sup>3</sup>, hat die literarische Auseinandersetzung mit diesem Thema hierzulande erst zaghaft angefangen<sup>4</sup>.

Im Folgenden sollen zunächst die Grenzen für Scheidungskonventionen im engeren Sinne untersucht werden, ehe auf die umstrittene Problematik der übrigen vermögensrechtlichen Vereinbarungen und insbesondere der Eheverträge eingegangen wird. Aus Raumgründen bleibt die Frage der Geltendmachung von Willensmängeln<sup>5</sup> ausgespart, zumal sich diese nicht grundlegend von anderen Fallkonstellationen unterscheidet.

## II. Scheidungskonventionen

Nach Art. 140 Abs. 1 ZGB muss die Scheidungskonvention durch das Gericht genehmigt werden<sup>6</sup>, was nach Art. 140 Abs. 2 ZGB voraussetzt, dass das Gericht «sich davon überzeugt hat, dass die Ehegatten aus freiem Willen und nach reiflicher Überlegung die Vereinbarung geschlossen haben und diese klar, vollständig und nicht offensichtlich unangemessen ist».

Nach Wortlaut und Systematik des Gesetzes ist die Kontrolldichte im Hinblick auf die verschiedenen Regelungsgegenstände allerdings unterschiedlich.

2 LEU/BURRI/PRIESTER, Lebensqualität und Armut in der Schweiz, Bern 1997, 452.

3 Für Deutschland vgl. SCHWENZER, Vertragsfreiheit im Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht, AcP 196 (1996), 88 ff.; BVerfG, FamRZ 2001, 343 ff.; BVerfG, FamRZ 2001, 985 ff.; DAUNER-LIEB, Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht, AcP 201 (2001), 295 ff.; zum amerikanischen Recht vgl. insb. COURVOISIER, Voreheliche und eheliche Scheidungsfolgenvereinbarungen – Zulässigkeit und Gültigkeitsvoraussetzungen, Basel/Genf/München 2002, passim; rechtsvergleichend: HENRICH, Unterhaltsvereinbarungen und Unterhaltsverzicht in Fällen mit Auslandsberührung, FS Gross, Bonn 2004, 109 ff.

4 Vgl. vor allem COURVOISIER (Fn. 3), 204 ff.; GEISER, Bedürfen Eheverträge der gerichtlichen Genehmigung?, FS Hausheer, Bern 2002, 217 ff.; BREITSCHMID, Scheidungsplanung? Fragen um «Scheidungskonventionen auf Vorrat», AJP 1999, 1606 ff.; SCHWANDER, Eheverträge – zwischen «ewigen» Verträgen und Inhaltskontrolle, AJP 2003, 572 f.; vgl. aber schon SCHWENZER, Richterliche Kontrolle von Unterhaltsvereinbarungen zwischen Ehegatten im Scheidungsverfahren, AJP 1996, 1157 f.; ders., Richterliche Kontrolle von Unterhaltsvereinbarungen zwischen Ehegatten, ZEuP 1997, 863 ff.

5 Vgl. dazu vor allem BREITSCHMID, AJP 1999, 1606, 1610 f.

6 Dazu gehört auch ein allfälliger Verzicht auf Unterhalt, vgl. BGE 127 III 357, 361 = FamPra.ch 2002, 127, 128.

### 1. Kinderbelange

Soweit es um die Kinderbelange geht, herrscht Einigkeit, dass die Eltern keine eigentliche Vereinbarung im Sinne des Art. 140 ZGB schliessen können. In diesem Bereich gilt vielmehr die Untersuchungsmaxime<sup>7</sup>; auf «Vereinbarungen» zwischen den Eltern ist lediglich nach Art. 133 Abs. 2 ZGB «Rücksicht» zu nehmen. In der Praxis allerdings stellt wohl kaum ein Gericht einen Elternvorschlag betreffend Kinderbelange in Frage; auch die nach Art. 144 Abs. 2 ZGB grundsätzlich erforderliche Anhörung des Kindes gerät bei Einigkeit der Eltern rasch zur blossen Farce.

### 2. Vorsorgeausgleich

Der Vorsorgeausgleich kann zwar grundsätzlich von den Ehegatten in ihrer Konvention geregelt werden, der Gesetzeswortlaut lässt ihnen jedoch nur einen sehr engen Gestaltungsspielraum. Nach Art. 123 Abs. 1 ZGB ist der Verzicht eines Ehegatten auf den nach Art. 122 ZGB bestehenden Anspruch auf hälftige Teilung der ehezeitlich erworbenen Vorsorgeanwartschaften nur zulässig, «wenn eine entsprechende Alters- und Invalidenvorsorge auf andere Weise gewährleistet ist» oder wenn auch das Gericht die Teilung nach Art. 123 Abs. 2 verweigern dürfte, weil sie aufgrund der güterrechtlichen Auseinandersetzung oder der wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung offensichtlich unbillig wäre. Nach Art. 141 Abs. 3 ZGB hat das Gericht im Falle eines Verzichts eines Ehegatten auf die hälftige Teilung von Amtes wegen zu prüfen, ob eine entsprechende Alters- und Invalidenvorsorge auf andere Weise gewährleistet ist.

Auch hier sieht indes die Realität der instanzgerichtlichen Praxis anders aus, als es sich der Gesetzgeber vorgestellt hat<sup>8</sup>. Wenig erstaunt, dass der Vorsorgeausgleich praktisch durchgehend durch Parteivereinbarung geregelt wird<sup>9</sup>. Befremden muss jedoch, dass die als Regelfall konzipierte Teilung nach Art. 122 ZGB in nicht einmal 50% aller Fälle zum Zuge kommt<sup>10</sup>, in ca. einem Drittel aller Fälle findet sich ein als solcher deklarerter Verzicht, weitere (Teil-)Verzichte sind wahrscheinlich<sup>11</sup>; eine echte hälftige Teilung, wie sie Art. 122 ZGB als Regelfall vorsieht, dürfte in kaum 10% aller Fälle realisiert werden. Für den vorliegenden Zusammenhang von besonderem Interesse ist, dass die gesetzlichen Prüfungs- und Genehmigungspflichten, die insoweit statuierte Untersuchungs- und Officialmaxime beim Vorsorgeausgleich,

7 Vgl. Art. 145 Abs. 1 ZGB; PraxKomm/WIRZ, Art. 133 ZGB, N 12; SÜTTER/FREIBURGHaus, Art. 145 ZGB, N 10 ff.

8 Grundlegend BAUMANN/LAUTERBURG, Evaluation Vorsorgeausgleich, Bern 2004, passim.

9 Vgl. BAUMANN/LAUTERBURG (Fn. 8), 7.

10 Vgl. BAUMANN/LAUTERBURG (Fn. 8), 8.

11 Vgl. BAUMANN/LAUTERBURG (Fn. 8), 10 f.

von den Gerichten nicht hinreichend beachtet werden<sup>12</sup>, vielmehr auch hier vom – von Gesetzes wegen nicht bestehenden – Grundsatz der Privatautonomie ausgegangen wird.

### 3. Nachehelicher Unterhalt

In weit mehr als 90% aller Scheidungen dürfte auch unter neuem Recht der nacheheliche Unterhalt im Rahmen einer Konvention geregelt werden, wenngleich es bislang noch an rechtstatsächlichen Untersuchungen hierzu fehlt<sup>13</sup>. Wie weit die gerichtliche Kontrolle insoweit ausgeübt werden sollte, erscheint bislang noch als offene Frage. Möglich wäre eine Inhaltskontrolle jedenfalls, da die für die Berechnung des Unterhaltsbeitrags notwendigen Eckdaten offen gelegt werden müssen<sup>14</sup>.

Unter altem Recht<sup>15</sup> ging das Bundesgericht<sup>16</sup> davon aus, dass einer Vereinbarung unter anderem dann die Genehmigung zu verweigern sei, wenn «die Lösung in einer durch Billigkeitserwägungen nicht zu rechtfertigenden Weise von der gesetzlichen Regelung abweicht». Für das neue Recht vertritt die wohl überwiegende Meinung<sup>17</sup> die Auffassung, dass die Kontrollschwelle heraufgesetzt sei, da das Gericht nur bei «offensichtlicher Unangemessenheit» die Genehmigung zu verweigern habe. Ob diese semantischen Nuancierungen zu Recht getroffen werden, mag offen bleiben. Konkrete Beurteilungsmassstäbe für Unterhaltsvereinbarungen lassen sich aus diesen Generalklauseln allemal nicht ableiten.

Betrachtet man die Literatur – über den Einzelfall hinausgehende grundlegende und detaillierte Rechtsprechung hierzu wurde bislang noch nicht veröffentlicht –, so steht oft der – in der Praxis wohl wenig relevante – Fall im Vordergrund, dass sich jemand zu wesentlich höheren Unterhaltsleistungen verpflichtet als er nach dispositivem Recht schuldet und zu zahlen in der Lage ist<sup>18</sup>. Dies soll Art. 27 Abs. 2 ZGB widersprechen. Der die Praxis dominierende Fall des Unterhaltsverzichts der Frau wird hingegen äusserst stiefmütterlich behandelt. Nur für den Extremfall (jahrzehntelange Hausfrauenehe mit mehreren Kindern, nicht erwerbstätige Frau, Ehemann mit grossem Einkommen) wird bei einem Totalverzicht Unangemessenheit bejaht, falls keine anderweitige Kompensation, zum Beispiel über das Güterrecht, stattfin-

12 Vgl. BAUMANN/LAUTERBURG (Fn. 8), 79 ff. Zur Offizialmaxime auch im Rahmen von Art. 124 ZGB vgl. BGE 129 III 481, 486 f.

13 BINKERT/WYSS, Die Gleichstellung von Frau und Mann im Ehescheidungsrecht, Basel 1997, 229.

14 Vgl. Art. 143 ZGB.

15 Vgl. Art. 158 Ziff. 5 a ZGB.

16 Vgl. BGE 121 III 393, 395 = AJP 1996, 1156 f., m. Anm. SCHWENZER.

17 Vgl. SUTTER/FREIBURGHANUS, Art. 140 ZGB, N 71; GEISER, FS Hausheer, 217, 220; a.A. PraxKomm/LEUENBERGER/SCHWENZER, Art. 140 ZGB, N 20 ff.

18 Vgl. nur BetnerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 182 ZGB, N 24; GEISER, FS Hausheer, 217, 223 ff.

det<sup>19</sup>. Zumindest Unterhaltsbeiträge, die zur Betreuung gemeinsamer minderjähriger Kinder erforderlich sind, wird man als verzichtsfest ansehen müssen. Dasselbe gilt, falls die Unterhaltsberechtigte ohne nacheheliche Unterhaltsbeiträge der Sozialhilfe oder der Verwandtenunterstützung zur Last fallen würde<sup>20</sup>. Macht man indes mit dem Gedanken ernst, dass Familienarbeit gleichwertig mit Erwerbstätigkeit ist, müsste jeglicher Unterhalt, der den Ausgleich ehebedingter Nachteile bezweckt, der Disposition der Ehegatten entzogen, jeglicher Verzicht auf Unterhalt in diesem Bereich deshalb als offensichtlich unangemessen betrachtet werden<sup>21</sup>.

### 4. Güterrechtliche Auseinandersetzung

Theoretisch gilt die Prüfungspflicht des Gerichtes nach Art. 140 Abs. 2 ZGB auch für die Vereinbarung betreffend die güterrechtliche Auseinandersetzung. Im Gegensatz zum Unterhalt, wo – wie gesagt – die Fakten offen gelegt werden müssen, erfährt das Gericht aber insoweit nicht einmal, welche Vermögensgegenstände vorhanden sind, die in eine güterrechtliche Auseinandersetzung einzubeziehen wären. Damit fehlt bereits das Tatsachenwissen, um eine Inhaltskontrolle sinnvoll ausüben zu können<sup>22</sup>. Dementsprechend ist auch kein Fall bekannt, in dem die Klausel «die Ehegatten erklären sich güterrechtlich als auseinander gesetzt»<sup>23</sup> von einem Gericht hinterfragt worden wäre.

## III. Vereinbarungen ausserhalb des Scheidungsverfahrens

In zunehmendem Masse rücken auch in der Schweiz Vereinbarungen zwischen Eheleuten, die ohne Bezug auf ein bereits hängiges oder in Aussicht genommenes Scheidungsverfahren geschlossen werden, sei es bereits vor Eingehung der Ehe<sup>24</sup> oder während bestehender Ehe, in das Bewusstsein der Juristen. Aus Deutschland und vielen anderen ausländischen Staaten ist schon seit vielen Jahren das Szenario von Vereinbarungen im «Dreierpack» bekannt: Die Vereinbarung des Güterstands der Gütertrennung, beidseitiger Verzicht auf Vorsorgeausgleich und beidseitiger Unterhaltsverzicht. Die soziologische und psychologische Situation bei Vereinbarungen vor oder während der Ehe unterscheidet sich dabei kaum von jener, wie sie bei der Verhandlung von Scheidungskonventionen anzutreffen ist: Regelmässig ver-

19 Vgl. etwa SUTTER/FREIBURGHANUS, Art. 140 ZGB, N 72.

20 PraxKomm/LEUENBERGER/SCHWENZER, Art. 140 ZGB, N 19.

21 So für das deutsche Recht DAUNER-LIEB, AcP 201 (2001), 295, 316 f.

22 Vgl. auch SUTTER-SOMM/KOBEL, FamPra.ch 2004, 776 ff.

23 Für die Formulierung vgl. PraxKomm/LIATOWITSCH, Anh. K, N 120.

24 Vgl. den Sachverhalt in BGer, FamPra.ch 2004, 345 ff.; vgl. auch schon BGE 121 III 393 ff. = AJP 1996, 1156 ff. m. Anm. SCHWENZER.

richtet der wirtschaftlich schwächere Teil auf allfällige Ansprüche, oft, damit der andere Teil überhaupt bereit ist, die Ehe einzugehen oder von einer Trennung Abstand zu nehmen. Hinzutritt bei diesen Vereinbarungen ein unabschätzbare Prognoserisiko: Selbst wenn beide Partner im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung wirtschaftlich selbstständig sind, können sich die Verhältnisse während der Ehe grundlegend verändern, insbesondere wenn ein Teil infolge Kinderbetreuung und Familienarbeit die eigene Erwerbstätigkeit aufgibt oder jedenfalls einschränkt.

Im Folgenden soll nun entsprechend eingebürgerter Terminologie zwischen vorsorglichen Scheidungsvereinbarungen betreffend Unterhalt und Vorsorge – auch Scheidungskonventionen auf Vorrat genannt<sup>25</sup> – und eigentlichen Eheverträgen betreffend die güterrechtlichen Verhältnisse unterschieden werden.

### 1. Scheidungskonventionen auf «Vorrat»

Vereinzel<sup>26</sup> wurde die Auffassung vertreten, Scheidungskonventionen auf Vorrat seien nach Schweizer Recht überhaupt nicht zulässig, sie könnten immer nur im Hinblick auf eine konkrete Scheidung geschlossen werden. Zu Recht teilt die heute herrschende Meinung<sup>27</sup> diese Bedenken nicht. Denn nach Art. 168 ZGB steht es den Ehegatten ohne weiteres frei, jedwede Rechtsgeschäfte untereinander abzuschliessen. Auch das Bundesgericht ist in seinem grundlegenden Entscheid aus dem Jahre 1995<sup>28</sup> von der selbstverständlichen generellen Zulässigkeit derartiger Vereinbarungen ausgegangen.

Einig ist man sich aber mittlerweile auch darin, dass Scheidungskonventionen «auf Vorrat» ebenso wie solche, die im Hinblick auf ein konkretes Scheidungsverfahren abgeschlossen werden, zu ihrer Wirksamkeit der gerichtlichen Genehmigung nach Art. 140 ZGB bedürfen. Und hier wie dort unterliegen sie der Inhaltskontrolle nach Art. 140 Abs. 2 ZGB und müssen sich an dem messen lassen, was das Gericht bei fehlender Einigung der Parteien aufgrund der dispositiven gesetzlichen Bestimmungen zum Vorsorgeausgleich und zum nahehelichen Unterhalt zusprechen würde<sup>29</sup>. Denn die Interessenlage ist – wie das Bundesgericht<sup>30</sup> nachdrücklich betont hat – dieselbe, gleichgültig, ob die Vereinbarung vor, während oder im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe geschlossen wird.

### 2. Eheverträge

Nach Art. 182 ZGB steht es den Ehegatten frei, im Wege eines Ehevertrages vor oder nach der Heirat ihre güterrechtlichen Verhältnisse abweichend vom gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung zu regeln oder Einzelheiten des gesetzlichen Güterstandes abzuändern. In der Praxis wird von dieser Wahlfreiheit nahezu ausschliesslich in der Weise Gebrauch gemacht, dass Gütertrennung vereinbart und damit jeglicher Ausgleich von Vermögenszuwächsen ausgeschlossen wird.

Fraglich ist nun, ob und inwieweit auch eine solche ehevertragliche Vereinbarung der gerichtlichen Kontrolle und Genehmigungspflicht nach Art. 140 ZGB unterworfen ist bzw. sein sollte.

Nach dem bereits erwähnten Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 1995<sup>31</sup> zur «Ehesteuer» schien die Antwort auf diese Frage zunächst noch offen<sup>32</sup>. In dem diesem Entscheid zugrunde liegenden Fall war die Unterhaltsvereinbarung Teil eines Ehevertrages gewesen, und das Bundesgericht betrachtete dies nicht als Grund, die Vereinbarung von der Genehmigungspflicht durch das Scheidungsgericht zu befreien<sup>33</sup>. In einem Entscheid vom Dezember 2003<sup>34</sup> hat nun allerdings das Bundesgericht eindeutig Stellung bezogen und sich dafür ausgesprochen, dass ein Ehevertrag, mit dem einzig ein bestimmter Güterstand gewählt wird und der keine Abmachungen über die konkrete güterrechtliche Auseinandersetzung, insbesondere aber auch keine Vereinbarung über die Nebenfolgen der Scheidung enthält, nicht der Genehmigung durch das Scheidungsgericht bedarf. Die Begründung, die das Bundesgericht hierfür gibt, ist rein formal: «Müsste jeder Ehevertrag im Scheidungsfall genehmigt werden, gäbe es gar keine verbindlichen Eheverträge mehr.»<sup>35</sup> Zudem weist es darauf hin, dass es nicht angehen könne, nach der Abschaffung der Genehmigungspflicht für während der Ehe geschlossene Eheverträge durch die Vormundschaftsbehörde im Jahre 1988<sup>36</sup> diese nunmehr einer nachträglichen Genehmigung im Scheidungsverfahren zu unterwerfen. Materielle Überlegungen zu den Interessen der Parteien, insbesondere jenen der wirtschaftlich schwächeren Partei, sucht man in der Argumentation des Bundesgerichtes vergebens.

Im Schrifttum mehren sich indes in jüngerer Zeit die Stimmen, die auch das Güterrecht regelnde Eheverträge einer Inhaltskontrolle unterwerfen wollen. Insbesondere SCHWANDER<sup>37</sup> und SUTTER-SOMM<sup>38</sup> argumentieren damit, dass der Anspruch

25 So der Untertitel des Aufsatzes von BREITSCHMID, AJP 1999, 1606 ff.

26 Vgl. GEISER, FS Hausheer, 217, 229; BaslerKomm/LÜCHINGER/GEISER, 1. Aufl., Art. 158 aZGB, N 19.

27 Vgl. BaslerKomm/GLOOR, 2. Aufl., Art. 140 ZGB, N 1; PraxKomm/LEUENBERGER/SCHWENZER, Art. 140 ZGB, N 10; BREITSCHMID, AJP 1999, 1605, 1607 ff.; SUTTER/FREIBURGHaus, Art. 140 ZGB, N 18 f.

28 Vgl. BGE 121 III 393 ff. = AJP 1996, 1156 ff. m. Anm. SCHWENZER; bestätigt durch BGer, FamPra.ch 2004, 345, 349.

29 Vgl. nur BGE 121 III 393, 396; BGer, FamPra.ch 2004, 345, 350 ff.

30 BGE 121 III 393, 394 f.

31 BGE 121 III 393 ff.

32 Vgl. SCHWENZER, AJP 1996, 1157, 1158; in diesem Sinne auch SCHWANDER, AJP 2003, 572.

33 BGE 121 III 393, 395.

34 BGer, FamPra.ch 2004, 345, 348 f.

35 BGer, FamPra.ch 2004, 345, 348; so auch bereits GEISER, FS Hausheer, 217, 225.

36 Vgl. Art. 181 Abs. 2 aZGB.

37 SCHWANDER, AJP 2003, 572 f.

38 SUTTER-SOMM/KOBEL, FamPra.ch 2004, 776, 795 ff.

auf gleiche Teilhabe am wirtschaftlichen Erfolg während der Ehe, wie er im Gesetz im Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung zum Ausdruck kommt, nicht nur dem heutigen Gerechtigkeitsempfinden entspricht, sondern auch allein letztlich dem Grundsatz der Gleichheit von Frau und Mann, jedenfalls wenn Kinder aus der Ehe hervorgehen und diese vorwiegend von einem Ehegatten betreut werden.

Ein weiteres Argument spricht meines Erachtens klar für eine Inhaltskontrolle von Eheverträgen: Wie wir gesehen haben, unterliegt die grundsätzlich hälftige Teilung der Vorsorgeguthaben nur in sehr engen Grenzen der Disposition der Ehegatten. Unabhängig von der Art des gelebten Ehetypus hat es der Gesetzgeber als Postulat der Gerechtigkeit erachtet, dass Vorsorgeanwartschaften, die meist das einzige Vermögen der unselbstständig Erwerbstätigen darstellen, auf jeden Fall zu teilen sind. Bekräftigt wurde dieser Standpunkt nochmals im Rahmen der Diskussion um die eingetragene Partnerschaft, für die ebenfalls ein grundsätzlich zwingender Vorsorgeausgleich vorgesehen ist<sup>39</sup>, obgleich es sich hier in aller Regel um Doppelverdienergemeinschaften handeln wird.

Ein inakzeptabler Wertungswiderspruch entsteht, wenn die Ehegatten ehevertraglich Gütertrennung vereinbart haben und der wirtschaftlich besser situierte Ehegatte, zum Beispiel als selbstständig Erwerbender, keine Altersvorsorge in der zweiten Säule, sondern stattdessen eine individuelle Altersvorsorge in der dritten Säule aufgebaut hat, die er in Folge der Gütertrennung nicht teilen müsste.

Ansatzweise hat auch das Bundesgericht diese Problematik bereits erkannt. Wiederholt wurde deshalb die Tatsache der Gütertrennung bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen berücksichtigt<sup>40</sup>, auch wurde dem Ehemann zugemutet, das Vermögen anzuzehren, um nahehelichen Unterhalt zu leisten<sup>41</sup>, oder er wurde trotz Gütertrennung und fehlender zweiter Säule zu einer Kapitalleistung an die Frau verpflichtet, um die bereits entstandene Vorsorgelücke zu füllen<sup>42</sup>. Es kann nicht geleugnet werden, dass damit über Art. 125 ZGB indirekt das Regime der Gütertrennung unterlaufen wird, um allzu stossende Ergebnisse zu vermeiden. Mag dies auch im Einzelfall ein gangbarer Weg sein, der Rechtssicherheit förderlich ist ein derartiges Vorgehen gewiss nicht. Auch insoweit gilt der Grundsatz: «Covert tools are never reliable tools.» Es wäre methodenehrlicher und würde den Wertentscheidungen des Gesetzgebers besser entsprechen, wenn jedenfalls in Fällen, in denen keine zweite Säule vorhanden ist, die ehevertragliche Vereinbarung von Gütertrennung einer Inhaltskontrolle unterworfen und jedenfalls dahin gehend korrigiert wird, dass Vermögenswerte, die der Altersvorsorge dienen, hälftig zu teilen sind.

39 Art. 33 PartG.

40 Vgl. BGer, FamPra.ch 2002, 369 f.

41 Vgl. BGE 129 III 7, 11 = FamPra.ch 2003, 169, 172; BGer, FamPra.ch 2004, 408.

42 Vgl. BGE 129 III 257, 263 = FamPra.ch 2003, 685, 688 f.

Im Ergebnis kann es mithin meines Erachtens kaum zweifelhaft sein, dass auch güterrechtliche Vereinbarungen in Eheverträgen nicht sakrosankt sind und anlässlich der Scheidung einer Inhaltskontrolle unterzogen werden müssen. Zwei Punkte gilt es allerdings zu betonen: Die Angemessenheitskontrolle hat sich immer auf die gesamten vermögensrechtlichen Regelungen zu beziehen, d.h. Vorsorgeausgleich, Unterhaltsbeiträge und güterrechtlicher Ausgleich. Defizite in einem Bereich können so ohne weiteres durch grosszügigere Regelungen in einem andern Bereich ausgeglichen werden. Zum anderen muss auch hier das Ziel der Inhaltskontrolle beachtet werden: Es geht nicht um eine vermögensrechtliche Nivellierung zwischen den Ehegatten, z.B. im Rahmen einer Doppelverdienerhe mit Einkommensunterschieden; es kann nur darum gehen, durch Kinderbetreuung und Familienarbeit entstandene ehebedingte Nachteile auf der einen und durch dementsprechende Aufgabenentlastung entstandene ehebedingte Vorteile auf der anderen Seite auf beide Ehegatten, deren gemeinsames Unternehmen «Ehe» gescheitert ist, angemessen zu verteilen.

#### IV. Nachträglicher Verzicht

Schliesslich sei auf ein letztes Problem in diesem Zusammenhang eingegangen. Können die geschiedenen Ehegatten nach Rechtskraft des Scheidungsurteils die im Rahmen der Konvention geregelten vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen einverständlich abändern, insbesondere: Kann der anspruchsberechtigte Ehegatte ohne weiteres auf die Geltendmachung seiner Ansprüche verzichten, oder ist auch insoweit eine gerichtliche Genehmigung und damit eine Angemessenheitskontrolle erforderlich?

Entsprechend der Auffassung zum alten Recht verneint die wohl überwiegende Meinung in der Literatur<sup>43</sup> die Genehmigungspflicht. Das Bundesgericht hat sich in neuerer Zeit lediglich in einem obiter dictum in dieser Richtung geäussert<sup>44</sup>. Gerade der diesem Entscheid zugrunde liegende Sachverhalt lässt indes die Problematik besonders deutlich werden: Der Anwalt des Mannes verfasste eine Scheidungskonvention, die unter anderem auch Unterhaltsbeiträge für die Frau vorsah. In separater Urkunde unterzeichnete die – nicht verbeiständete – Frau eine Erklärung, wonach sie unwiderruflich und endgültig auf das Inkasso der Unterhaltsbeiträge verzichtete. Dem Gericht wurde nur die Konvention, nicht aber die Verzichtserklärung unterbreitet, denn Letztere wäre wohl nicht genehmigt worden<sup>45</sup>. Dieses Vorgehen

43 Vgl. SUTTER/FREIBURGHAN, Art. 140 ZGB, N 9, 60; GEISER, FS Hausheer, 217, 218; BaslerKomm/GLOOR, 2. Aufl., Art. 140 ZGB, N 1; a.A. PraxKomm/LEUENBERGER/SCHWENZER, Art. 140 ZGB, N 8.

44 Vgl. BGE 127 III 357, 361 = FamPra.ch 2002, 127, 129.

45 Zum Genehmigungserfordernis auch für Zusatzvereinbarungen vgl. FANKHAUSER, FamPra.ch 2004, 287, 297 m. Nachw. zur Rechtsprechung.

gereichte dem Anwalt zur Haftpflichtfalle – denn um einen Fall der Anwaltschaft ging es im vorliegenden Entscheid. Der Anwalt hätte den Verzicht nach Rechtskraft des Scheidungsurteils durch die Frau bestätigen lassen müssen. Damit jedoch wird das Erfordernis der gerichtlichen Genehmigung zur Farce. Welcher Ehegatte, der bereits eine Verzichtserklärung unterzeichnet hat, würde sich kurz nach Abschluss des Scheidungsverfahrens schon der «Formalie» der Bestätigung des Verzichts widersetzen? Gerade dieser Sachverhalt macht deshalb deutlich, dass auch nachträgliche Abänderungen, insbesondere Verzichte, der gerichtlichen Genehmigung unterworfen werden müssen.

Die berechtigten Interessen des Schuldners, der über längere Zeit aus der Konvention nicht in Anspruch genommen wurde und auf die Wirksamkeit des Verzichts vertraute, werden einerseits über die Verjährungsbestimmungen und allenfalls das Verbot des Rechtsmissbrauchs gewahrt. Zum anderen könnte man im Hinblick auf Unterhaltsbeiträge entsprechend der Bestimmung des Art. 137 Abs. 2 Satz 4 ZGB für vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens<sup>46</sup> die rückwirkende Geltendmachung von bislang nicht eingeforderten Unterhaltsbeiträgen auf ein Jahr vor Klageerhebung beschränken. Damit würden unvorhergesehene übermässige Belastungen des Schuldners vermieden.

## V. Zusammenfassung

Mit der in Art. 140 Abs. 2 ZGB statuierten Angemessenheitskontrolle hat das Gericht sicherzustellen, dass vor allem bei Ehen, aus denen Kinder hervorgegangen sind, die überwiegend von einem Ehegatten betreut wurden, ehebedingte Nachteile ausgeglichen werden.

Der gerichtliche Genehmigungspflicht unterliegen auch bereits vor oder während der Ehe geschlossene Vereinbarungen, einschliesslich das Güterrecht ordnende Eheverträge. Dasselbe gilt für Vereinbarungen zwischen geschiedenen Ehegatten, die nach Rechtskraft des Scheidungsurteils zur Abänderung der vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen geschlossen werden, insbesondere für Verzichte.

---

**Zusammenfassung:** *Der vorliegende Beitrag untersucht die Frage, ob und in welchem Umfang die Gerichte Scheidungskonventionen sowie Vereinbarungen der Ehegatten ausserhalb eines Scheidungsverfahrens und vor allem auch Eheverträge auf ihre inhaltliche Angemessenheit überprüfen sollen. Im Ergebnis spricht er sich für eine weitgehende Inhaltskontrolle aus, die einen Ausgleich ehebedingter Nach- und Vortei-*

---

<sup>46</sup> Eine entsprechende Bestimmung findet sich auch für den Unterhalt des Kindes, vgl. Art. 279 ZGB.

*le sicherstellen soll. Die Kontrollpflicht des Gerichts kann sich dabei nicht allein auf Scheidungskonventionen im engeren Sinne beschränken, sondern hat sämtliche Vereinbarungen zwischen Ehegatten, einschliesslich das Güterrecht ordnende Eheverträge, wie auch Abänderungen vermögensrechtlicher Scheidungsfolgen zu erfassen.*

**Résumé:** *L'article examine la question de savoir si et dans quelle mesure les tribunaux peuvent contrôler les conventions sur les effets accessoires du divorce ainsi que les conventions passées entre les époux en dehors d'une procédure judiciaire et, avant tout, exercer un tel contrôle sur le caractère équitable de clauses d'un contrat de mariage. Il se prononce en faveur d'un large pouvoir de contrôle, devant permettre de garantir la péréquation entre les avantages et les désavantages liés au mariage. Ce pouvoir de contrôle du juge ne peut se limiter aux seules conventions sur les effets accessoires du divorce, mais doit porter sur toutes les conventions passées entre les époux, y compris les contrats de mariage aménageant le régime matrimonial, de même que les modifications apportées aux effets patrimoniaux du divorce.*