

# AJP/PJA

4/1995, S. 412 ff.

## Aktuelle Juristische Praxis / Pratique Juridique Actuelle

Aufsätze / Articles

### [412] Die Irrtumsanfechtung von Scheidungskonventionen



Prof. Dr. iur. Alfred Koller, Hochschule St. Gallen

Wo Verträge geschlossen werden, kommen (Motiv-) Irrtümer vor. Das gilt auch für den Abschluss von Scheidungskonventionen. Bester Beleg sind die zahlreichen Urteile, die sich mit der Irrtumsanfechtung von Scheidungskonventionen befassen (vgl. neustens **BGE 119 II 297 ff., 117 II 218 ff.**, je m.w.Nw.). Paradigmatisch ist etwa folgender Fall: Einer der Ehegatten nimmt bei Abschluss der Scheidungskonvention an, der "Gegner" sei mittellos, und verzichtet deshalb auf güterrechtliche Ansprüche, während in Wirklichkeit erhebliche Vermögensmassen vorhanden sind<sup>1</sup>. Ein solcher Irrtum kann "spontan" auftreten, aber auch durch Täuschung des Ehepartners hervorgerufen werden. Täuschungsfälle bleiben im folgenden ausser Betracht. Doch gelten die nachstehenden Ausführungen mutatis mutandis auch hier, da die grundsätzliche Problematik der Anfechtung einer Scheidungskonvention bei allen Willensmängeln dieselbe ist.

#### ▪ INHALTSÜBERSICHT

##### I. Lehre und Rechtsprechung: hauptsächliche Auffassungen

1. Anfechtung vor der Genehmigung
2. Anfechtung nach der Genehmigung

##### II. Grundsätzliches zur Irrtumsanfechtung von Scheidungskonventionen

1. Postulat einheitlicher Anfechtung
2. Die Irrtumsanfechtung als Problematik des (ungeschriebenen) Bundesrechts

### 3. Anwendbarkeit der Art. 23 ff. OR?

III. Anfechtung vor der Genehmigung

IV. Anfechtung nach der Genehmigung

V. Exkurs: Die Anfechtung "normaler" gerichtlicher Vergleiche

VI. Zusammenfassung

Résumé

Literatur

## I. Lehre und Rechtsprechung: hauptsächliche Auffassungen

Im allgemeinen wird hinsichtlich der Anfechtungsproblematik unterschieden, ob die Konvention bereits i.S. von **Art. 158 Ziff. 5 ZGB** richterlich genehmigt worden ist oder nicht.

### 1. Anfechtung vor der Genehmigung

Eine unter Irrtum abgeschlossene Scheidungskonvention unterliegt nach einem Teil der Lehre der Anfechtung nach **Art. 23 ff. OR**, sofern der Irrtum i.S.v. **Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR** wesentlich ist. Abgelehnt wird die Anfechtbarkeit in BGE 60 II 82. Danach handelt es sich bei der Scheidungskonvention "nicht um eine *privatrechtliche*<sup>2</sup> Konvention", sondern "um einen zwischen den Parteien vereinbarten gemeinsamen Antrag, dem ausserhalb des Prozesses keinerlei Bedeutung zukommt und über den der Richter in gleicher urteilsmässiger Weise abspricht wie über andere Anträge. Damit ist jede Anfechtung aus privatrechtlichen Gründen, z.B. deswegen, weil einer der Antragsteller vom andern im Sinne von **Art. 28 OR** getäuscht worden sei, zum vorneherein ausgeschlossen". Diese Auffassung, welche die Konvention auf einen prozessualen Akt reduziert, hat auch in der Literatur Anhänger gefunden, so etwa DROIN, der bemerkt, "que cette convention ne peut être assimilée à un contrat, dont elle n'acquérera jamais la véritable nature", und folgert: "Les art. 23ss CO sont donc inapplicables ici."<sup>3</sup> Der Irrrende hat nach DROIN keine Möglichkeit, den Irrtum *rechtlich* geltend zu machen; er könne lediglich dem Richter die Nichtgenehmigung der Konvention beantragen<sup>4</sup> (so auch BGE 60 II 169, wenn auch weniger explizit).

### 2. Anfechtung nach der Genehmigung

1. In BGE 60 II 80 ff. wurde der Scheidungskonvention der Charakter als privatrechtlicher Vertrag abgesprochen (eben 1/1), und im übrigen festgehalten, dass die Konvention "diesen Charakter" jedenfalls mit der Genehmigung durch den Richter verliere. Mit der Genehmigung werde sie Bestandteil des Urteils, an dessen Rechtskraft sie teilnehme: "Infolgedessen kann sie nur mehr unter den Voraussetzungen und mit den Mitteln angefochten werden, die das Prozessrecht für die Anfechtung von Urteilen vorsieht, also in der Regel (wenn kein ordentliches Rechtsmittel mehr gegeben ist) auf dem Wege der Revision" (S. 82; [413] ebenso **BGE 119 II 300 E. 3a**<sup>5</sup>). Dabei stellen Willensmängel nicht von Bundesrechts wegen einen Anfechtungsgrund dar (BGE 60 II 82 f.). Der kantonale Gesetzgeber ist also nicht "verpflichtet, die Willensmängelanfechtung zuzulassen" (**BGE 119 II 302 E. 3c**<sup>6</sup>). Lässt er sie zu, so kommt das entsprechende Bundesrecht lediglich als kantonales Ersatzrecht zur Anwendung (**BGE 119 II 302**).

Die Lehre und die kantonale Rechtsprechung haben sich dem mehrheitlich angeschlossen<sup>7</sup>, jedenfalls für jene Nebenfolgen der Scheidung, die das Allgemeininteresse betreffen (Kinderzuweisung, Besuchsrecht, Kinderrente). Demgegenüber wird für jenen Konventionsteil, der ausschliesslich die vermögensrechtlichen Folgen der Scheidung regelt, z.T. die Ansicht vertreten, hier seien keine Gründe ersichtlich, die Anfechtung der Konvention "anderen Regeln zu unterstellen als die Anfechtung eines gewöhnlichen gerichtlichen Vergleichs"<sup>8</sup>. Weitergehend will EGGER<sup>9</sup> die Scheidungskonvention, was die Irrtumsanfechtung anbelangt, ganz generell als gerichtlichen Vergleich behandeln, also unabhängig vom betroffenen Konventionsteil.

2. Wie Willensmängel hinsichtlich "gewöhnlicher gerichtlicher Vergleiche" geltend zu machen sind, bestimmt sich nach kantonalem Recht. Immerhin besteht von Bundesrechts wegen Anspruch darauf, einen Willensmangel in der einen oder anderen Form geltend machen zu können. Die kantonalen Rechtsordnungen haben die Irrtumsanfechtung nicht einheitlich geregelt. Es sind vor allem zwei Gruppen zu unterscheiden:

a. Einzelne kantonale Prozessgesetze sehen vor, dass die Irrtumsanfechtung auf dem *Rechtswittelweg* zu geschehen hat<sup>10</sup>. Das Bundesgericht hat die zürcherische ZPO, welche diese Lösung vorsieht, für bundesrechtskonform erklärt (BGE 110 II 44 ff.<sup>11</sup>). Daran ändere nichts, dass für die Geltendmachung des Irrtums auf dem Rechtswittelweg eine kürzere als die einjährige Frist von Art. 31 OR offenstehe.

Die Irrtumsanfechtung auf dem Rechtswittelweg ist für jene Prozessordnungen typisch, welche dem Vergleich als solchem keine prozessbeendende Wirkung beilegen, sondern erst dem Erledigungsbeschluss<sup>12</sup>.

b. Nach anderen kantonalen Prozessgesetzen ist eine Irrtumsanfechtung auf dem Rechtswittelweg ausgeschlossen (vgl. BGE 105 Ia 117). Will der Irrende den Willensmangel geltend machen, muss er einen *zweiten Prozess* anheben. Im einzelnen gehen die Ansichten auseinander<sup>13</sup>. Nach der einen Auffassung hat die Anfechtung so zu erfolgen, dass auf Ungültigkeit des mit dem Willensmangel behafteten Vergleichs bzw. des Abschreibungsbeschlusses geklagt wird. Nach einer anderen Ansicht ist der Vergleich durch private Anfechtungserklärung zu Fall zu bringen und in der Folge das durch den (ungültigen) Vergleich erledigte Rechtsverhältnis erneut zum Prozessgegenstand zu machen. "Die materielle Rechtskraft der ersten Prozesserledigung" steht "der neuen Klage nicht entgegen"<sup>14</sup>.

Diese zweite Lösung der Irrtumsproblematik ist typisch für jene Prozessordnungen, welche einem gerichtlichen Vergleich unmittelbar prozesserledigende Bedeutung beimessen, dem Erledigungsbeschluss hingegen nur mehr deklaratorische<sup>15</sup>. Doch wird auch unter Prozessordnungen, welche dem Erledigungsbeschluss konstitutive (prozesserledigende) Bedeutung beimessen, die Ansicht vertreten, die Anfechtung sei mit separatem Prozess zu verfolgen<sup>16, 17</sup>.

## II. Grundsätzliches zur Irrtumsanfechtung von Scheidungskonventionen

### 1. Postulat einheitlicher Anfechtung

Abzulehnen ist die Ansicht, wonach für die Irrtumsanfechtung einer (genehmigten) Scheidungskonvention zu unterscheiden ist, ob sich die Anfechtung auf die vermögensrechtlichen Nebenfolgen der Scheidung bezieht (hier Anfechtung nach den Regeln betr. gewöhnliche

gerichtliche Vergleiche) oder auf die Nebenfolgen im Allgemeininteresse (hier Anfechtung auf dem Rechtsmittelweg). Auch wenn dies **Art. 158 Ziff. 5 ZGB** nicht ausdrücklich vorsieht, bildet die Konvention einen einheitlichen An- [414] fechtungsgegenstand. Dies muss nur schon deshalb angenommen werden, weil vermögensrechtliche und nicht vermögensrechtliche Bestandteile der Konvention oft eng Zusammenhängen, sich also die beiden Teile gar nicht wirklich trennen lassen<sup>18</sup>. Sodann sprechen auch Gründe der Prozessökonomie gegen eine Gabelung des Anfechtungsweges. Eine solche Gabelung ist schliesslich auch deshalb abzulehnen, weil sie für die irrende Partei mit unzumutbarem Aufwand verbunden ist.

## 2. Die Irrtumsanfechtung als Problematik des (ungeschriebenen) Bundesrechts

1. Das Scheidungsrecht hat den Fall, dass sich eine Partei bei Abschluss der Konvention in einem Irrtum befunden hat, nicht geregelt; es liegt insoweit eine Gesetzeslücke vor. Trotzdem ist die Problematik der Irrtumsanfechtung - mit gewissen Einschränkungen (vgl. IV Ziff. 4) - eine solche des Bundesrechts. Dies gilt auch für die Anfechtung der genehmigten Scheidungskonvention. Das scheint an sich selbstverständlich, muss aber doch betont werden, weil **BGE 119 II 302 E. 3c** die bundesrechtliche Zuständigkeit in dieser letzteren Hinsicht zu verneinen scheint. In dem zitierten Entscheid nimmt nämlich das Bundesgericht - wie erwähnt - an, nach der Genehmigung sei die mit einem Willensmangel behaftete Scheidungskonvention zivilrechtlich nicht (mehr) anfechtbar. Anfechtbar sei lediglich das Urteil gemäss den Bestimmungen des kantonalen Rechts. Dieses müsse Willensmängel i.S. von **Art. 23 ff. OR** nicht als Anfechtungsgrund zulassen. Nach bundesgerichtlicher Ansicht hängt es somit vom Belieben der Kantone ab, ob die Parteien eines Scheidungsverfahrens einen Irrtum hinsichtlich der von ihnen abgeschlossenen Scheidungskonvention geltend machen können. Diese "föderalistische Lösung" scheint fehl am Platze.

2. Die besagte Gesetzeslücke hat der Richter in Anwendung von **Art. 1 Abs. 2 ZGB** zu schliessen. Er hat also eigene Regeln zu schaffen, wobei er sich an die im Gesetz zum Ausdruck kommenden Wertungen zu halten hat. Die schuldrechtlichen Irrtumsregeln hat er insoweit heranzuziehen, als sie dem familienrechtlichen Tatbestand angemessen sind. Abzulehnen ist die Ansicht, wonach diese Bestimmungen immer anzuwenden sind, sofern sich eine Abweichung nicht "gebietend aufdränge" (**BGE 101 II 203 ff.**, 79 II 29, je in verwandtem Zusammenhang). Aus **Art. 7 ZGB** ergibt sich nichts anderes. Diese Bestimmung hat keinen selbständigen normativen Gehalt. Vielmehr hält sie lediglich die Selbstverständlichkeit fest, dass dort, wo das Zivilrecht Lücken aufweist, passende schuldrechtliche Bestimmungen herangezogen werden können<sup>19</sup>. Sie ordnet hingegen nicht autoritativ an, dass schuldrechtliche Bestimmungen von allgemeiner Tragweite in zivilrechtlichen Verhältnissen praktisch automatisch zur Anwendung gelangen und ihre Anwendung nur dort ausgeschlossen ist, wo sonst unhaltbare Ergebnisse resultieren.

Im vorliegenden Kontext stellt sich die Frage, ob die allgemeinen Irrtumsregeln (**Art. 23 ff. OR**) - im Wege der Lückenfüllung - auch mit Bezug auf die Irrtumsanfechtung von Scheidungskonventionen zur Anwendung kommen.

## 3. Anwendbarkeit der Art. 23 ff. OR?

1. Wie oben unter I dargetan, wird die aufgeworfene Frage zum Teil verneint mit dem *Argument*, es handle sich bei der Konvention nicht um eine "privatrechtliche Konvention", sondern um einen

gemeinsamen prozessualen Antrag. Jedenfalls verliere die Scheidungskonvention den vertraglichen Charakter mit der richterlichen Genehmigung nach **Art. 158 Ziff. 5 ZGB**. M. E. trifft keines von beidem zu:

a. Die Parteien, welche eine Scheidungskonvention schliessen, haben nicht nur die Absicht, dem Richter einen Vorschlag zur Prozesserledigung zu unterbreiten. Vielmehr haben sie einen rechtsgeschäftlichen Bindungswillen i.S.v. **Art. 1 OR**: Sie wollen die zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse einvernehmlich regeln, und dieser Bindungswille ist nach Gesetz beachtlich. Zwar sieht **Art. 158 Ziff. 5 ZGB** vor, dass die Konvention hinsichtlich der Nebenfolgen der richterlichen Genehmigung bedarf und ohne diese die gewünschten Rechtswirkungen nicht zu entfalten vermag. Das hindert aber nicht, der Konvention rechtsgeschäftlichen Charakter beizulegen, sowenig, wie etwa dem von einem urteilsfähigen Unmündigen abgeschlossenen Vertrag dieser Charakter nur deshalb abgesprochen werden kann, weil der Vertrag zu seiner Wirksamkeit der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter bedarf. Im einen wie im andern Fall werden durch die Genehmigung die von den Parteien gewollten Rechtsfolgen rechtswirksam. Diese Rechtsfolgen beruhen daher durchaus auf einer "privatrechtlichen Konvention" (Vertrag i.S.v. **Art. 1 OR**). Für die Scheidungskonvention kommt hinzu, dass es nicht im Belieben des Richters steht, ob er genehmigen will oder nicht. Das gilt vorab insofern, als die Konvention Punkte regelt, die ausschliesslich die Vermögensinteressen der Parteien berühren. Insoweit darf der Richter einer Konvention die Zustimmung "nur aus besonders wichtigen Gründen... versagen" (BGE 60 II 171 unten, ebenso 99 II 362<sup>20</sup>). Aber "auch in Bezug auf die Kinderzuteilung und die Gestaltung der Elternrechte ist die Vereinbarung... nicht ohne Bedeutung; der Richter wird sie, auch wenn er sonst vielleicht eine andere Lösung getroffen hätte, genehmigen, sofern sie für das Wohl der Kinder ebensoviel Gewähr [wie seine "Wunschlösung"] bietet" (BGE 60 II 171 unten/172)<sup>21</sup>. Die scheidungswilligen Ehepartner haben es somit in der Hand, mit den erwähnten Einschränkungen ihre Rechtsbeziehungen selbständig zu gestalten<sup>22, 23</sup>. Nur schon deshalb darf der Scheidungskonvention der Charakter als privatrechtlicher Vertrag nicht abgesprochen werden.

Daneben hat freilich jede Scheidungskonvention auch ein prozessuales Element, indem sie - zumindest stillschweigend - neben der materiellrechtlichen Regelung auch eine Klausel enthält, wonach die Konvention dem Richter zur Genehmigung und Prozesserledigung vorzulegen ist. Sie ist also ein gerichtlicher Vergleich<sup>24</sup>. Zu wiederholen ist, dass den Parteien kein freies Widerrufsrecht zusteht<sup>25</sup>, was auch bedeutet, dass jede Partei die einmal abgeschlossene Konvention dem Richter zur Genehmigung unterbreiten darf<sup>26</sup>. Die andere Partei hat lediglich die Möglichkeit, die Nichtgenehmigung zu beantragen. Der Richter ist jedoch nicht berechtigt, die Genehmigung zu verweigern, sofern die Konvention den oben umschriebenen Rahmen privatautonomer Gestaltungsmöglichkeit beachtet.

b. Am vertraglichen Charakter der Scheidungskonvention ändert sich auch durch die richterliche Genehmigung nichts. In der richterlichen Genehmigung ist lediglich die Vollendung des von den Parteien abgeschlossenen Rechtsgeschäfts zu sehen. Dieses wird nun verbindlich, ähnlich wie etwa ein von einer unmündigen, aber urteilsfähigen Person abgeschlossener Vertrag durch die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters Wirksamkeit erlangt<sup>27</sup>. Weshalb im einen Fall die Genehmigung das Rechtsgeschäft zur Perfektion, im andern Fall aber gleichsam zum Verschwinden bringen soll, ist nicht einzusehen. Dass im Falle der Scheidungskonvention der gerichtlich genehmigte Vertrag gerade auch mit urteilsmässiger Verbindlichkeit ausgestattet wird, ist

m.E. kein Grund, der richterlichen Genehmigung eine völlig andere Tragweite beizumessen als einer "normalen" Genehmigung. Dies um so weniger, als die Parteien, wie gesagt, über das "Scheidungsverhältnis" - wenn auch nur beschränkt - disponieren können, der Richter also über ihren Vertragswillen nicht einfach hinweggehen darf. Folgt man dieser Argumentation, so behält die Scheidungskonvention ihren vertraglichen Charakter nach der Genehmigung bei<sup>28</sup>, und zwar generell, auch insoweit, als sie Nebenfolgen regelt, welche das Allgemeininteresse betreffen<sup>29</sup>. Mit andern Worten sind die konventionsgemässen (urteilsmässig festgelegten) Ansprüche *vertragliche* Ansprüche, nicht originäre, richterlich geschaffene<sup>30</sup>. Sie haben ihren Rechtsgrund in der Konvention, nicht in einem rechtsschöpferischen Akt des Richters<sup>31</sup>.

2. Folgt man der Ansicht, wonach die Scheidungskonvention privatrechtlicher Vertrag ist, so ist damit an sich noch nicht gesagt, dass die **Art. 23 ff. OR** zur Anwendung gelangen. Dies trifft vielmehr nur dann zu, wenn sie, obwohl auf Schuldverträge zugeschnitten, auch für Scheidungskonventionen eine sachlich zutreffende Regelung enthalten (oben II/2 Ziff. 2). Dies aber trifft zu, jedenfalls für die hier interessierende Irrtumsproblematik. Hat sich eine Partei bei Abschluss der Konvention in einem Grundlagenirrtum i.S. von **Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR** befunden, [416] ist die Konvention "einseitig unverbindlich". Die betreffende Partei hat von Bundesrechts wegen Anspruch darauf, sich von der Konvention loszumachen<sup>32</sup> und die Nebenfolgen der Scheidung durch autonomen Entscheid des Richters regeln zu lassen. Bei alledem ist zu beachten, dass die **Art. 23 ff. OR** nur *analog* anzuwenden sind (oben II/2 Ziff. 2). Bei der Darstellung der Einzelheiten ist zu unterscheiden, ob die Berufung auf den Irrtum vor oder nach der Genehmigung der Scheidungskonvention erfolgt (unten III. und IV.). In allgemeiner Hinsicht lässt sich immerhin dreierlei sagen:

a. In der Frage, was als Grundlagenirrtum anzusehen ist, kann weitgehend auf die im Schuldrecht entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden, dies mit der Einschränkung, dass das in **Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR** erwähnte Moment des "Geschäftsverkehrs" keine Rolle spielt (vgl. in verwandtem Zusammenhang BGE 70 II 196, **82 II 192**)<sup>33</sup>. Im übrigen ist zu beachten, dass die Scheidungskonvention Vergleichscharakter hat. Daher ist "der Irrtum über einen zweifelhaften Tatbestandsteil ebenso wie auch derjenige über das Vorhandensein von Beweismitteln unbeachtlich"<sup>34</sup>, d.h. stellt keinen Grundlagenirrtum i.S.v. **Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR** dar<sup>35</sup> (s. neustens **BGE 117 II 226**).

b. In der schuldrechtlichen Literatur ist sehr umstritten, wie die "einseitige Unverbindlichkeit" i.S.v. **Art. 23 OR** zu verstehen ist<sup>36</sup>. Zwei Hauptmeinungen stehen sich gegenüber: Nach der Genehmigungstheorie ist der mit dem Willensmangel behaftete Vertrag ungültig, erlangt jedoch Gültigkeit, falls er genehmigt wird oder die Genehmigungsfiktion von **Art. 31 OR** Platz greift (suspensiv bedingte Gültigkeit des Vertrags). Nach der Anfechtungstheorie ist der Vertrag gültig, verliert jedoch die Gültigkeit, falls die vom Willensmangel betroffene Partei ihn anfecht (resolutiv bedingte Gültigkeit des Vertrags). Die scheidungsrechtliche Literatur folgt, was die unter Irrtum geschlossene Scheidungskonvention anbelangt, durchwegs der Anfechtungstheorie<sup>37</sup>. Wie die Anfechtung zu geschehen hat, darüber gehen hingegen die Ansichten auseinander (vgl. gleich nachstehend III. und IV.)<sup>38</sup>.

c. Wie gesagt, besteht von Bundesrechts wegen Anspruch darauf, einen wesentlichen Irrtum i.S. von **Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR** geltend machen zu können. Kantonales Recht gilt allerdings insofern, als es bestimmt, bis zu welchem Zeitpunkt im Prozess neue Vorbringen zulässig sind. Den

diesbezüglichen zeitlichen Schranken unterliegt auch das Vorbringen einer Partei, sie sei einem Irrtum unterlegen.

3. Wer der Scheidungskonvention - entgegen der hier vertretenen Ansicht - den Charakter als privatrechtlicher Vertrag abspricht, darf nicht ohne weiteres davon ausgehen, die Art. 23 ff. OR seien nicht anwendbar. Die hinsichtlich der Irrtumsproblematik bestehende Lücke kann auch diesfalls in Analogie zu jenen Bestimmungen gefüllt werden. Es ist daher unzutreffend, wenn in BGE 60 II 82 gesagt wird, die Scheidungskonvention sei keine "privatrechtliche Konvention", "damit" sei "jede Anfechtung aus privatrechtlichen Gründen... zum vorneherein ausgeschlossen". Richtigerweise ist eine Anfechtungsmöglichkeit zu gewähren. Die herrschende Auffassung, vor der Genehmigung der Konvention könne die irrende Partei dem Richter lediglich die Nichtgenehmigung beantragen (oben 1/1 a.E.), vermag nicht zu überzeugen. Noch weniger überzeugt, dass nach der Genehmigung das kantonale Recht darüber befinden soll, ob ein Willensmangel beachtlich ist oder nicht (oben 1/2 Ziff. 1).

### III. Anfechtung vor der Genehmigung

1. Solange die Konvention dem Richter noch nicht zur Genehmigung unterbreitet wurde, ist Adressat der Anfechtungserklärung die Gegenpartei. Wurde die Konvention dem Richter zur Genehmigung unterbreitet, so kann eine Anfechtung gegenüber dem (Noch-) Ehepartner nicht genügen. Die Anfechtung hat nun vielmehr gegenüber dem [417] Richter zu erfolgen<sup>39</sup>. Ob diese Abweichung von Art. 23 ff. OR zwingend geboten ist, also das Festhalten an der in Art. 23 ff. OR vorgesehenen Lösung (Anfechtung gegenüber dem Gegner des Irrenden) zu unerträglichen Verhältnissen führen würde, spielt keine Rolle (oben II/2 Ziff. 2). Im übrigen ändert sich unter praktischem Gesichtspunkt nicht viel, wenn man die Anfechtung gegenüber dem Ehepartner statt gegenüber dem Richter verlangt bzw. genügen lässt. Denn auch in diesem Fall ist die anfechtende Partei aus naheliegenden Gründen gezwungen, dem Richter vom Willensmangel Mitteilung zu machen, um so zu verhindern, dass dieser mangels Kenntnis von der Anfechtung die Genehmigung ausspricht.

2. Hat eine Partei die Scheidungskonvention wegen Irrtums angefochten, so hat der Richter die Berechtigung der Irrtumsanfechtung vorfrageweise zu überprüfen und die Genehmigung zu verweigern, wenn er die Berufung auf Irrtum für berechtigt hält<sup>40</sup>. Spricht er die Genehmigung trotz berechtigter Irrtumsanfechtung aus, so genehmigt er ein rechtliches Nichts. Das Scheidungsurteil ist dann bundesrechtswidrig, weil der Richter die Nebenfolgen nicht autonom, sondern gestützt auf die (unverbindliche) Konvention festgesetzt hat. Mit diesem Argument kann es auf dem Rechtsmittelwege angefochten werden. Dies freilich nur von der irrenden Partei, da nur sie beschwert ist<sup>41</sup>. Eine separate Klage, mit welcher die irrende Partei auf Feststellung der Ungültigkeit der Konvention klagt oder die in der Konvention geregelten Rechte und Pflichten zum Gegenstand eines zweiten Prozesses macht, ist nicht zulässig. Vorerst (solange das Urteil nicht formell rechtskräftig ist) kann einer solchen Klage die Einrede der Rechtshängigkeit entgegengehalten werden, nachher die Einrede der res iudicata. Der Erhebung einer eigentlichen Einrede (von Seiten des Gegners des Irrenden) bedarf es freilich nicht. Vielmehr ist der zweite Richter ex officio gehalten, auf die Klage nicht einzutreten<sup>42</sup>.

3. Vom Fall, da die irrende Partei die Konvention vor der Genehmigung anfecht und nach der Genehmigung gegen das Scheidungsurteil vorgeht, ist der Fall zu unterscheiden, da die irrende Partei die Scheidungskonvention erst nach Erlass des Urteils anfecht. Dazu nun IV.

#### IV. Anfechtung nach der Genehmigung

1. Geht man - mit dem Bundesgericht und der herrschenden Lehre (oben 1/2 Ziff. 1) - davon aus, dass die Scheidungskonvention mit dem Scheidungsurteil ihren Vertragscharakter verliert (soweit sie überhaupt je Vertragscharakter hatte), also als Vertrag zu bestehen aufhört, so ist es nur konsequent, wenn man jede Anfechtung der (rechtlich gar nicht mehr vorhandenen!) Konvention ausschliesst. Möglicher Anfechtungsgegenstand ist nur mehr das Urteil. Dabei soll das kantonale Recht darüber entscheiden, ob das Urteil wegen eines Willensmangels bei Abschluss der Konvention angefochten werden kann (BGE 119 II 300 ff. E. 3). Der eben zitierte Entscheid wurde bereits oben II/2 Ziff. 1 kritisiert: Es ist eine Frage des *Bundesrechts*, ob eine Berufung auf einen Willensmangel zulässig ist oder nicht. Sodann wurde bereits dargetan, dass die Scheidungskonvention vertraglichen Charakter hat und diesen mit der Genehmigung nicht verliert. Auch nach der Genehmigung ist somit die Konvention möglicher Anfechtungsgegenstand (oben II/3).

2. Damit ist freilich noch nichts darüber gesagt, wie ein Willensmangel geltend zu machen ist. Insoweit ist der bundesgerichtlichen Auffassung, wonach die Anfechtung auf dem Rechtsmittelweg zu erfolgen hat, zuzustimmen. Eine Anfechtung durch private Willenserklärung (so Art. 23 OR) oder selbständige Klage (etwa analog der Anfechtung der aussergerichtlichen Vaterschaftsanerkennung, Art. 260a Abs. 2 ZGB) ist deshalb abzulehnen, weil damit die Gefahr widersprechender Urteile begründet würde (vgl. BGE 60 II 83). Diese Gefahr ist für den Fall evident, dass man die Anfechtung auf dem Klagewege zulassen wollte. Sie bestünde aber auch dann, wenn die Anfechtung auf dem Weg privater Willenserklärung zu erfolgen hätte. Denn der Irrende könnte diesfalls nach der Anfechtung über das in der Konvention verglichene Streitverhältnis einen zweiten Prozess anheben. Vorbehalten wäre freilich die materielle Rechtskraft des Scheidungsurteils. Nun steht jedoch die Rechtsprechung (BGE 56 I 225) auf dem Standpunkt, wonach ein Urteil, welches gestützt auf einen "normalen" gerichtlichen Vergleich ergangen ist, die Vergleichsanfechtung und Anhebung eines neuen Prozesses nicht ausschliesst. Die Irrtumsanfechtung begründet nach dieser Ansicht eine neue Streitsache, weshalb die materielle Rechtskraft des ergangenen Urteils einem neuen Prozess nicht entgegenstehe. Diese Rechtsprechung müsste wohl auch auf den vorliegenden Zusammenhang ausgedehnt werden, wenn man die Irrtumsanfechtung durch private Willenserklärung bzw. separate Klage zulassen wollte.

Es gibt noch weitere Gründe, welche gegen eine separate Anfechtung der genehmigten Scheidungskonvention sprechen:

a. In Fällen, in denen der zweite Richter die genehmigte Scheidungskonvention für unverbindlich erklären würde, [418] könnte er die Scheidungsfolgen nicht selbst regeln, denn hierfür ist nach der zutreffenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>43</sup> der Scheidungsrichter zuständig. Für die Regelung der Scheidungsfolgen müsste also erneut der Scheidungsrichter bemüht werden. Dass dieses komplizierte Prozedere nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen kann, liegt auf der Hand.

b. Dass eine Anfechtung durch simple Willenserklärung gegenüber dem (Noch-)Ehepartner ausgeschlossen sein muss, ergibt sich schon aus der zentralen Rolle, welche der Richter bei der Genehmigung einnimmt. Seine Aufgabe besteht, anders als bei einem normalen gerichtlichen Vergleich, nicht bloss darin, gestützt auf die Konvention den Prozess abzuschreiben. Vielmehr hat er die Konvention auf ihre Angemessenheit und Rechtmässigkeit zu überprüfen und darf sie erst genehmigen, wenn diese Prüfung positiv ausgefallen ist. Dass die Parteien eine derart zustandegekommene Konvention nicht durch blosse private Willenserklärung ausser Kraft setzen können, scheint naheliegend.

3. Die Irrtumsanfechtung auf dem Rechtsmittelweg hat einen doppelten Charakter: Sie richtet sich nicht nur gegen die Scheidungskonvention, sondern auch gegen das Urteil, zu dessen Bestandteil die Konvention geworden ist. Die zivilrechtliche Anfechtung der Konvention geht Hand in Hand mit der prozessualen Anfechtung des Urteils. Wird dem Irrtumseinwand stattgegeben, so verliert nicht nur die Scheidungskonvention ihre zivilrechtliche Verbindlichkeit, sondern es wird auch das Urteil aufgehoben und der zivilrechtlichen Situation angepasst.

Die Irrtumsanfechtung im hier verstandenen Sinne hat nichts zu tun mit der Anfechtung des Scheidungsurteils, wenn der Richter die *vor* der Genehmigung ausgesprochene Irrtumsanfechtung für unbeachtlich hält und daher die Genehmigung trotzdem ausspricht (oben III Ziff. 2). Zwar ist in beiden Fällen der Rechtsmittelweg zu beschreiten. Im ersten Fall dient jedoch die Erhebung des Rechtsmittels auch der zivilrechtlichen Irrtumsanfechtung, im zweiten Fall nur mehr der Feststellung, dass die Anfechtung bereits (zu Recht) erfolgt ist.

4. Welches Rechtsmittel der Irrende zu ergreifen hat, wenn er die Konvention nach der Genehmigung anfechten will, bestimmt sich nach kantonalem Recht. Immerhin muss - wie gesagt (II/3 Ziff. 2 lit. a) - von Bundesrechts wegen (**Art. 23 ff. OR**) die Möglichkeit bestehen, den Willensmangel geltend zu machen. So zumindest dann, wenn der Irrtum erst in einem Zeitpunkt entdeckt wurde, in dem er im erstinstanzlichen Verfahren nicht mehr geltend gemacht werden konnte. Wurde er früher entdeckt, jedoch zufolge prozessualer Nachlässigkeit nicht erstinstanzlich geltend gemacht, so kann das kantonale Recht seine Geltendmachung im Rechtsmittelverfahren ohne Bundesrechtsverletzung ausschliessen<sup>44, 45</sup>.

Wird der Irrtum erst nach der formellen Rechtskraft des Scheidungsurteils entdeckt, muss ein ausserordentliches Rechtsmittel (Revision) offenstehen<sup>46</sup>. Soweit die kantonalen Prozessrechte keinen entsprechenden Revisionsgrund vorsehen, ist ein solcher durch Lückenfüllung zu schaffen.

Die Rechtsmittelfristen, insbesondere auch die Frist für das Revisionsbegehren, sind regelmässig kürzer als die Einjahresfrist von **Art. 31 OR**. Das Bundesgericht hat dies - zu Recht - für bundesrechtmässig erachtet (grundlegend BGE 60 II 83 oben, neustens 119 II 302)<sup>47</sup>. Analog verhält es sich im umgekehrten Fall, wenn also die Rechtsmittelfrist länger ist als ein Jahr<sup>48</sup>. Auch dies ist bundesrechtlich nicht zu beanstanden.

Zu betonen ist, dass nur für den Rechtsmittelweg kantonales Recht gilt. Die grundsätzliche Lösung der Anfechtungsproblematik ist eine solche des Bundesrechts (oben II/1). Dieses bestimmt, wenn auch nicht ausdrücklich, dass ein Willensmangel hinsichtlich der Scheidungskonvention durch die einschlägigen Rechtsmittel gegen das Urteil geltend zu machen ist und geltend gemacht werden

kann. Diese Anfechtungsmöglichkeit muss auch dort bestehen, wo das kantonale Recht die Irrtumsanfechtung gerichtlicher Vergleiche auf dem Rechtsmittelweg nicht zulässt, sondern insoweit auf den Weg selbständiger Klage verweist (oben I/2 Ziff. 2 lit. b).

## V. Exkurs: Die Anfechtung "normaler" gerichtlicher Vergleiche

1. Es ist hier nicht der Ort, die Frage zu vertiefen, wie Irrtümer hinsichtlich "normaler" gerichtlicher Vergleiche geltend zu machen sind<sup>49</sup>. Es sei hier nur kurz auf die praktisch bedeutsamste Frage eingegangen, nämlich die, wie Willensmängel, die erst nach Eintritt der formellen Rechtskraft des Erledigungsbeschlusses entdeckt werden, geltend gemacht werden können. Die Antwort auf diese Frage hängt eng mit der Frage zusammen, ob einem gerichtlichen Vergleich bzw. dem Erledigungsbeschluss materielle [419] Rechtskraft zukommt. Darüber entscheidet nach **BGE 110 II 49** unten/50 das kantonale Prozessrecht.

Wo eine Prozessordnung materielle Rechtskraft vorsieht, ist gegen den Erledigungsbeschluss nach der Ansicht GULDENERS nicht mit der Behauptung aufzukommen, der Vergleich sei wegen Willensmangels unverbindlich<sup>50</sup>. Vielmehr schliesse die materielle Rechtskraft diesen Einwand aus. Der irrenden Partei ist es also nach dieser Auffassung verwehrt, den Vergleich nach **Art. 23 OR** anzufechten und einen neuen Prozess anzuheben<sup>51</sup>. Folgt man dieser Ansicht, so muss die Möglichkeit offenstehen, den Willensmangel durch Anfechtung des Erledigungsbeschlusses auf dem Revisionsweg geltend zu machen. Denn dass ein Willensmangel auf die eine oder andere Art geltend gemacht werden kann, ergibt sich zwingend, wenn auch nicht ausdrücklich, aus dem Bundesrecht (**Art. 23 ff. OR; BGE 110 II 46 ff.**)<sup>52</sup>.

GULDENERS Ansicht ist nicht unbestritten. Nach einem Teil von Lehre und Rechtsprechung schliesst die materielle Rechtskraft eines Erledigungsbeschlusses die Geltendmachung "von Willensmängeln, die der Beklagte während des Prozesses nicht kannte und deswegen nicht Vorbringen konnte", nicht aus<sup>53</sup>. Wegen solcher Willensmängel kann nach dieser Ansicht ein Vergleich nachträglich angefochten, und in der Folge kann über den Streitgegenstand erneut prozessiert werden (vgl. **BGE 56 I 224, 60 II 56**). Damit besteht die Gefahr sich widersprechender Urteile (vgl. oben IV Ziff. 2).

2. Vorstehend wurde davon ausgegangen, dass sich die materielle Rechtskraft von gerichtlichen Vergleichen bzw. Erledigungsbeschlüssen nach kantonalem Recht richtet. Richtiger dürfte es sein, das Bundesrecht hierüber entscheiden zu lassen, und anzunehmen, dass gerichtliche Vergleiche bzw. Erledigungsbeschlüsse, die gestützt hierauf ergehen, ganz allgemein in materielle Rechtskraft erwachsen<sup>54</sup>. Folgt man dieser Ansicht, so sind Willensmängel hinsichtlich gerichtlicher Vergleiche generell auf dem Rechtsmittelweg geltend zu machen, sofern man der beschriebenen Ansicht GULDENERS folgt. Dies auch dort, wo einem Erledigungsbeschluss nur deklaratorische Bedeutung zukommt, also der Vergleich den Prozess ipso iure erledigt. Vogel<sup>55</sup> ist allerdings der Meinung, es fehle hier "an einem Anfechtungsobjekt für ein Rechtsmittel"<sup>56</sup>. Doch kann man wohl den Vergleich als Anfechtungsobjekt ansehen. Sieht eine kantonale Prozessordnung Willensmängel nicht als Revisionsgrund vor, ist ein solcher durch Lückenfüllung zu schaffen.

## VI. Zusammenfassung

Das Scheidungsrecht regelt die Rechtsstellung einer Partei, welche eine Scheidungskonvention unter Irrtum abgeschlossen hat, nicht. Es liegt eine Gesetzeslücke vor. Diese ist durch analoge

Anwendung der **Art. 23 ff. OR** zu schliessen. Daraus folgt: Die Konvention kann angefochten werden, falls der Irrtum als wesentlich i.S. von **Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR** anzusehen ist. Dies gilt sowohl vor der richterlichen Genehmigung i.S. von **Art. 158 Ziff. 5 ZGB** als auch nachher. Die Genehmigung hat lediglich zur Folge, dass sich die Art der Anfechtung ändert (vorher Anfechtung durch Erklärung gegenüber dem Ehepartner bzw. dem Richter, nachher durch Ergreifung des einschlägigen Rechtsmittels). Unerheblich ist letztlich, ob man die Scheidungskonvention als privatrechtlichen oder bloss prozessualen Vertrag ansieht. So oder anders muss eine Anfechtung im umschriebenen Sinne zugelassen werden.

#### ▪ Résumé

Le droit du divorce ne réglemente pas la position juridique d'une partie qui a conclu une convention de divorce par erreur. Il s'agit là d'une lacune juridique. Cette lacune doit être comblée par une application analogique des art. 23 ss. CO. Il en découle: la convention peut être contestée lorsque l'erreur est à considérer comme essentielle dans le sens de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO. Ceci vaut aussi bien avant qu'après l'autorisation par le juge au sens de l'art. 158 ch. 5 CC. L'autorisation a comme seule conséquence celle de modifier le mode de contestation (avant l'autorisation elle se fait par une déclaration à l'époux resp. au juge, après par la présentation du moyen de recours applicable). La question de savoir si la convention de divorce doit être considérée comme contrat de droit privé ou au contraire comme contrat de droit judiciaire est finalement sans importance. Dans tous les cas, une contestation dans le sens décrit doit être admise.

Lorenz Ehrler, licencié en droit

#### Literatur

A. BÜHLER, Festschrift für KURT EICHENBERGER, Aarau 1990

W. BÜHLER/K. SPÜHLER, Berner Kommentar, Bd. II/1/1/2, Bern 1980

W. BÜHLER/K. SPÜHLER, Berner Kommentar, Bd. II/1/1/2, Ergänzungsband, Bern 1991 (zit. Ergänzungsband)

M. DÖRIG, Nachverfahren im zürcherischen Ehescheidungsprozess, Diss. Zürich 1987

J. DROIN, La nature et le contenu des conventions relatives aux effets accessoires du divorce, Mémoires publiés par la Faculté de droit Genève, Neuvième journée juridique, Genf 1970

A. EGGER, Zürcher Kommentar, Bd. II/1, 2. A., Zürich 1936

K. EICHENBERGER, Kommentar zum Zivilrechtspflege gesetz des Kantons Aargau, Aarau 1987

U. P. FREY, Die Abänderbarkeit von Scheidungskonventionen, SJZ 1977, 187 f.

P. GAUCH/W. SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne Haftpflichtrecht), Zürich 1991/92

TH. GUHL, Das Schweizerische Obligationenrecht, aufgrund der Ausgabe von H. MERZ und M. KUMMER bearbeitet von A. KOLLER und J. N. DRUEY, §§ 148 bearbeitet von A. KOLLER (zit. GUHL/MERZ/KOLLER)

M. GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979

E. HARTMANN, Die Scheidungskonvention nach schweizerischem Privatrecht, Diss. Bern 1943

C. HEGNAUER/P. BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, 3. A., Bern 1993

H. HINDERLING, Das Schweizerische Ehescheidungsrecht, 3. A., Zürich 1967

H. HINDERLING, Fragen aus dem Grenzbereich zwischen Privat- und Verfahrensrecht, ZSR 1964 I, 123 ff. zit. ZSR 1964 I)

A. MEIER-HAYOZ, Berufung auf Irrtum beim Vergleich, SJZ 1953, 117 ff.

H. MURBACH, Die prozessuale Behandlung der vermögensrechtlichen Nebenfolgen der Ehescheidung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich, Winterthur 1954

B. RUST, Die Revision im Zürcher Zivilprozess, Diss. Zürich 1981

I. SCHWANDER, Aushandeln und Gestalten der Scheidungskonventionen - Checkliste und Einzelfragen, in Ehe- und Scheidungsrecht, Seminar der HSG-Weiterbildungsstufe vom 22. und 29. Juni 1993, St. Gallen 1993

A. STAEHELIN, Rechtsnatur und Anfechtung der Scheidungskonvention, in Familienrecht im Wandel, Festschrift für HANS HINDERLING, Basel und Stuttgart 1976, 281-300

A. STAEHELIN/TH. SUTTER, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basellandschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zürich 1992

P. STUDER, Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozess unter Berücksichtigung der Zürcher Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 1976

P. TUOR/B. SCHNYDER/J. SCHMID, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 10. A., Zürich 1995

A. VON TUHR, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, bearbeitet von H. PETER und A. ESCHER, 3. A., Zürich 1974/79 (zit. v. TUHR/Bearbeiter)

O. VOGEL, Grundriss des Zivilprozessrechts, 3. A., Bern 1992

#### Fussnoten:

- 1 Vgl. ZR 1957, Nr. 112.
- 2 Hervorhebung im Urteil durch Sperrdruck.
- 3 DROIN, 62. Ein Überblick über die verschiedenen Lehrmeinungen findet sich bei BÜHLER/SPÜHLER, N 145 zu Art. 158 ZGB.
- 4 DROIN, 62. Ein einseitiger Widerruf der Konvention ist ausgeschlossen (z.B. BGE 99 II 359; SemJud 1982, 462). So wird man selbst dann entscheiden müssen, wenn man die Konvention als blosse prozessuale Vereinbarung betrachtet. So wurde denn auch in BGE 60 II 169, der nur wenige Monate nach BGE 60 II 80 erging, die Widerrufbarkeit verneint.

- 5 S. ferner **BGE 105 II 168** unten/169. Aus der kantonalen Rechtsprechung vgl. EGV-SZ 1978, 67 ff., wo eine Konvention infolge Grundlagenirrtums im Berufungsverfahren aufgehoben wurde; in casu war auch der Tatbestand der Übervorteilung (**Art. 21 OR**) gegeben.
- 6 Anders noch **BGE 117 II 222**, während in **BGE 99 II 361** die Frage offengelassen wurde.
- 7 ZWR 1993, 171 ff.; weitere Nachweise in **BGE 119 II 300** E. 3 vor lit. a. Beispielhaft sei hier die Ansicht von BÜHLER/SPÜHLER, N 202 und 203 zu **Art. 158 ZGB**, referiert: "Selbst wenn das Urteil noch nicht rechtskräftig geworden ist, kann deshalb nicht mehr die Konvention, sondern *nur noch das Genehmigungsurteil* mit den nach der zutreffenden Prozessordnung gegebenen Rechtsmitteln *angefochten werden*. Auch die Anfechtung einer rechtskräftig genehmigten Scheidungskonvention ist *nur mit den Mitteln des Prozessrechtes zulässig*", also auf dem Wege der Revision.
- 8 GVP SG 1987, 72 unten/73, unter Hinweis auf BJM 1974, 56; STAEHELIN, 297; RUST, 155 ff.; vgl. auch HINDERLING, ZSR 1964 I, 125 oben.
- 9 Zürcher Kommentar, N 16 zu **Art. 158 ZGB**.
- 10 Eine *ausdrückliche* Anordnung in diesem Sinne fehlt allerdings meistens, sie wird auf dem Interpretationsweg gewonnen.
- 11 Siehe auch schon **BGE 105 II 277**.
- 12 Das ist das sog. Zürcher Modell (vgl. BÜHLER, 53).
- 13 Vgl. VOGEL, 215 N 76.
- 14 VOGEL, N 76 auf S. 215 unter Hinweis auf ZR 1932, Nr. 194; vgl. auch BGE 56 I 225.
- 15 Das ist das sog. Berner Modell (BÜHLER, 52).
- 16 Vgl. VOGEL, 215 N 75 sowie für die zürcherische ZPOWALDER, 158 ff.; ZR 1932, Nr. 194.
- 17 Eine Mittellösung gilt nach EICHENBERGER (N 2 zu § 287 ZPO AG) für die ZPO AG: Beide vorstehend umschriebenen Anfechtungsmöglichkeiten sollen kumulativ bestehen; der Irrtum könne nicht nur auf dem Rechtsmittelweg geltend gemacht werden, sondern auch mittels separater Klage.
- 18 Vgl. BÜHLER/SPÜHLER, N 150 zu **Art. 158 ZGB**. Diese Autoren lehnen daher die Ansicht ab, wonach die Konvention zwar hinsichtlich der Kinderbelange, nicht aber für den Rest frei widerruflich sein soll (so STAEHELIN, 292; ZR 1965, Nr. 91). - Angenommen, das im Miteigentum der Ehegatten stehende Haus wird der Ehefrau zur Benutzung überlassen, damit die Kinder, die der elterlichen Gewalt der Ehefrau unterstellt werden, in der gewohnten Umgebung aufwachsen können. Wird nun beispielsweise die elterliche Gewalt dem Ehemann übertragen, so entfällt der Grund für die Zuweisung des Hauses an seine (Ex-)Gattin.
- 19 Vgl. H. DESCHENAUX, SPR II, Basel/Stuttgart 1967, 51.
- 20 Siehe auch GVP 1987, 72; EGV-SZ 1978, 69 f. E. 6d.
- 21 Abweichend HINDERLING, 185, unter Hinweis auf ZR 1965, Nr. 91.
- 22 Das ist nur schon deshalb zu begrüßen, weil es dem Rechtsfrieden unter den Parteien dient, wenn sie ihre Rechtsverhältnisse einvernehmlich regeln können, sich also keine autoritative Entscheidung gefallen lassen müssen.
- 23 Jede selbständige Gestaltung ist hinsichtlich des Scheidungspunktes ausgeschlossen (vgl. **Art. 158 Ziff. 1 ZGB**). Weiteres bei EGGER, N 13 zu **Art. 158 ZGB**.

Teilweise wird gesagt, den Charakter eines gerichtlichen Vergleichs erhalte ein Vergleich dadurch, "dass er vor der mit dem Prozess befassten Instanz... abgeschlossen oder - sofern der Abschluss aussergerichtlich erfolgt - dass der Vergleich der mit dem Prozess befassten Instanz in extenso bekanntgegeben wird" (GULDENER, 394). M.E. ist eine solche Bekanntgabe dort, wo ein Vergleich nicht vor dem Gericht abgeschlossen wird, für den Charakter als gerichtlicher Vergleich nicht erforderlich. Entscheidend ist, dass die Parteien übereinstimmend ihren Willen bekunden, den Prozess vergleichsgemäss zu erledigen.

25 S. FN 4.

26 Sie kann dies aus eigenem Recht tun, bedarf also keiner Bevollmächtigung der Gegenpartei, immer vorausgesetzt, die Konvention wurde rechtsverbindlich abgeschlossen, samt der auf die konventionsgemässe Prozesserledigung gerichteten Klausel.

27 Dagegen kann nicht argumentiert werden, der Richter habe die Konvention auf ihre Angemessenheit zu prüfen, *daher* sei sie nur mehr Urteilsbestandteil und nichts weiter. Auch der gesetzliche Vertreter muss prüfen, ob der vom urteilsfähigen Kind geschlossene Vertrag angemessen ist. Niemand wird deshalb sagen, dass der Vertrag des Kindes mit der Genehmigung zu existieren aufhört, die darin vorgesehenen Ansprüche also ausschliesslich durch die Genehmigung begründet werden.

28 So im Ergebnis auch EGGER, N 16 a.E. zu [Art. 158 ZGB](#).

29 Es verhält sich nicht anders als hinsichtlich gesetzlicher Ansprüche (etwa solcher aus [Art. 41 OR](#)), welche durch das richterliche Urteil ihren gesetzlichen Charakter ebenfalls nicht verlieren, sondern nur rechtsverbindlich festgestellt werden. Das entspricht der Lehre, wonach das materiell rechtskräftige Urteil "nicht eine materiellrechtliche (Neu-)Gestaltung der Beziehungen der Parteien" bewirkt (VOGEL, 201 N 70)"

30 So auch STAEHELIN, 289; a.A. HINDERLING, ZSR 1964 I, 124, Text und Anm. 25.

31 Anders BÜHLER/SPÜHLER, N 172 zu [Art. 158 ZGB](#): "Eine scheidungsrechtliche Rente hat somit ihren Rechtsgrund im Scheidungsurteil und nicht im Parteiwillen, auch wenn sie in einer Scheidungskonvention vereinbart worden ist." Ebenso HINDERLING, 187; FREY, 187, wohl auch HEGNAUER/BREITSCHMID, 115 Nr. 12.34.

32 [BGE 117 II 222](#), der inzwischen freilich durch [BGE 119 II 300](#) ff. überholt ist; BERTI, SJZ 1993, 108.

33 Aus der Literatur s. BÜHLER/SPÜHLER, N 153 zu [Art. 158 ZGB](#).

34 BÜHLER/SPÜHLER, N 205 zu [Art. 158 ZGB](#), unter Hinweis auf ZR 1966, Nr. 135. Aus der schuldrechtlichen Literatur vgl. statt vieler GUHL/MERZ/KOLLER, 134 Ziff. 4.

35 So auch STAEHELIN/SUTTER, 237.

36 Vgl. z.B. GAUCH/SCHLUEP, Nr. 844, 888 ff.; GUHL/MERZ/KOLLER, 135.

37 Meist wird dies allerdings nicht ausdrücklich gesagt und auch nicht begründet.

38 Auch im Schuldrechtlichen ist m.E. der Anfechtungstheorie der Vorzug zu geben, dies gestützt auf folgende Überlegung: Leidet der Vertrag an einem Willensmangel, wird er beidseitig gültig, wenn die vom Mangel betroffene Partei über die Frist von [Art. 31 OR](#) hinaus passiv bleibt. Will sie ihre Gebundenheit verhindern, so muss sie aktiv werden, indem sie erklärt, sie wolle den Vertrag nicht halten (vgl. SCHMIDLIN, Berner Kommentar, N 121 zu Art. 23/24 OR). Gerade umgekehrt verhält es sich etwa im Falle der vollmachtlosen Stellvertretung ([Art. 38 OR](#)): Der

Vertretene muss aktiv werden, wenn er gebunden sein will. Die unterschiedliche Art und Weise, wie es zur beidseitigen (definitiven) Verbindlichkeit des Vertrags kommt, lässt sich am natürlichsten so erklären, dass man im einen Fall (Art. 23 ff. OR) sagt, der Vertrag sei von Anfang an gültig, jedoch anfechtbar, im andern Fall, er sei ungültig, jedoch genehmigungsfähig (vgl. KERSCHNER, Irrtumsanfechtung, Wien 1984, 34 unten/35; a.A. GAUCH/SCHLUEP, Nr. 897). Verwirrend mag allerdings scheinen, dass die Marginalie zu Art. 31 OR von der "Aufhebung des Mangels durch Genehmigung" spricht, was auf den ersten Blick für die Genehmigungstheorie spricht. Die Marginalie trifft jedoch m.E. den Inhalt von Art. 31 OR nicht. Das Bundesgericht hat sich in BGE 114 II 131 ff. (142 f.) gegen die Anfechtungstheorie entschieden, im übrigen aber den Theorienstreit offengelassen. In der Lehre ist dieser Entscheid teilweise auf Zustimmung (GAUCH/SCHLUEP, Nr. 890, 896), mehrheitlich jedoch auf Ablehnung gestossen (WIEGAND, recht 1989, 110 f.; SCHMIDLIN, Berner Kommentar, N 126, 127 ff. zu Art. 23/24 OR).

- 39 Die private Anfechtung gegenüber dem Vertragspartner (Ehegatte) ist für den Dahinfall der Konvention zwar nicht hinreichend, andererseits aber auch nicht vorausgesetzt. Die irrende Partei ist also nicht gezwungen, sich an den Richter *und* die Gegenpartei zu wenden. Das erstere genügt.
- 40 Das schliesst freilich nicht aus, dass er die Nebenfolgen der Scheidung konventionsgemäss regelt.
- 41 Grundsätzlich sind die Parteien durch die Genehmigung der Scheidungskonvention nicht beschwert, weil ja antragsgemäss entschieden wurde. Liegt jedoch dem Antrag ein Grundlagenirrtum zugrunde, nimmt die Rechtsprechung zu Recht eine Beschwer der irrenden Partei an (sog. materielle Beschwer im Unterschied zur formellen).
- 42 Soweit es sich beim zweiten Richter nicht um den Scheidungsrichter handelt, ergibt sich dies schon daraus, dass über die Nebenfolgen der Scheidung von Bundesrechts wegen ausschliesslich der Scheidungsrichter zu befinden hat (grundlegend BGE 44 I 155, ferner z.B. BGE 60 II 84).
- 43 S. vorstehende FN.
- 44 Unter Umständen ist in der Nichtgeltendmachung eine zivilrechtliche Genehmigung i.S.v. Art. 31 OR zu sehen. Dass dies generell zutrifft (so etwa VON TUHR/PETER, 331), ist m.E. nicht anzunehmen.
- 45 Gleich verhält es sich (wohl) auch dann, wenn der Irrtum zufolge Fahrlässigkeit nicht rechtzeitig entdeckt worden ist. Dass zivilrechtlich die fahrlässige Nichtaufdeckung eines Irrtums lediglich Haftungsfolgen zeitigt (Art. 26 OR), nicht jedoch die Berufung auf den Irrtum ausschliesst, ändert nichts. Denn wer an einem Prozessverfahren (freiwillig oder unfreiwillig) teilnimmt, hat den Prozess mit Sorgfalt zu führen und kann für unsorgfältiges Verhalten vom kantonalen Recht mit Sanktionen belegt werden. Vgl. RUST, 135, 140.
- 46 So jedenfalls dann, wenn der Irrtum bei Aufwendung der nötigen Sorgfalt nicht vor Eintritt der Rechtskraft entdeckt werden konnte (vgl. die vorstehende FN).
- 47 Ebenso die herrschende Lehre, statt vieler WALDER, 159.
- 48 Frage offengelassen in GVP SG 1987, 73 f.
- 49 S. dazu eingehend RUST, 130 ff.
- 50 GULDENER, 388.

Vgl. auch GULDENER, 379 f. Anm. 69. GULDENER führt hieraus, dass nach Ausfällung eines Urteils Mängelrechte, "die im Zeitpunkt des Prozesses bereits begründet waren", nicht mehr ausgeübt werden können: "Ein rechtskräftiges Urteil kann eben nicht durch privatrechtliche Willenserklärung unwirksam gemacht werden." Diese Ausführungen GULDENERS stehen unter dem Titel der Rechtskraft. Offenbar ist GULDENER der Meinung, dass die Rechtskraft eines Urteils auch zum Ausschluss von Angriffs- und Verteidigungsmitteln führt, die bereits im Prozess hätten geltend gemacht werden können, wenn dazumal die einschlägigen Gestaltungsrechte (Minderungsrecht, Wandelungsrecht) ausgeübt worden wären.

52 Die neueren Gesetze legen ausdrücklich fest, dass gegen eine Entscheidung, die sich auf einen Vergleich stützt, Revision verlangt werden kann, wenn nachgewiesen wird, dass der Vergleich zivilrechtlich an einem Willensmangel leidet (GULDENER, 388; VOGEL, 215 N 74).

53 VON TUHR/PETER, 331, ferner etwa LUTZ, Kommentar zum Gesetz über die Zivilrechtspflege des Kantons St. Gallen, 2. A., St. Gallen 1967, N 2 zu Art. 191 i.V.m. N 7 zu Art. 301 ZPO SG.

54 So VOGEL, 214 N 70. "Überholt" (VOGEL, a.A.O.) BGE 60 II 58.

55 S. 215 N 76.

56 Ebenso der Sache nach STAEHELIN/SUTTER, & 19 Rz 18 i.v.m.