

Der Grundrechtsschutz beeinflusst nicht nur die Anwendung des materiellen Rechts, sondern weitgehend auch **Gestaltung und Anwendung des Verfahrensrechts**⁴ mit dem Ziel, zu einer möglichst zuverlässigen Grundlage für eine am Kindeswohl ausgerichtete Entscheidung zu kommen.⁵

Bei all dem ist zu bedenken, dass sich **elterliche Gemeinsamkeit** in der Realität **nicht verordnen lässt**.⁶ Bode hat in einer Anmerkung dazu⁷ die Frage aufgeworfen, welcher Quelle der BGH diese Erkenntnis verdankt. Eine späte Antwort darauf könnte lauten, dass es einfache Wahrheiten gibt, die einer Begründung weder fähig noch bedürftig sind. Ich will allerdings nicht verhehlen, dass für mich der Akzent auf dem Begriff „verordnen“ liegt. Natürlich muss im streitigen Einzelfall alles Sinnvolle unternommen werden, bestehende Spannungen und Meinungsunterschiede abzubauen, ggf. unter Einschluss der erweiterten Trennungs- und Scheidungsberatung nach dem KJHG.⁸ Letztlich muss das Gericht aber eine **Prognoseentscheidung** treffen: Werden die miteinander zerstrittenen Eltern voraussichtlich in der Lage sein, im Interesse des Kindeswohls künftig zu kooperieren? Zu sehr auf das Prinzip Hoffnung darf das Gericht dabei nicht setzen, sonst läuft es in der Tat auf ein „Verordnen“ hinaus.⁹ Die „erschreckende Tendenz einiger Gerichte, die Eltern zum gemeinsamen Sorgerecht zu zwingen“,¹⁰ dürfte indessen jetzt endgültig der Vergangenheit angehören.

Horst Luthin, Vors. Richter am OLG a.D., Altenberge

Anm. der Red.: Eine Anmerkung von *Gräfin Pilati/Volpp* findet sich in *juris PraxisReport Familienrecht* 1/2004: 1.

4 Siehe dazu auch BVerfG FamRZ 2001, 753 (betr. effektiven Rechtsschutz im Umgangsverfahren, insbesondere im Hinblick auf den kindlichen Zeitbegriff); BVerfG FamRZ 2002, 1021 (auch in kindschaftsrechtlichen Eilverfahren „Entwertung“ von Grundrechten zu vermeiden).

5 Siehe schon BVerfG FamRZ 1981, 124.

6 BGH FamRZ 1999, 1646, 1647.

7 Bode, FamRZ 2000, 478.

8 S. dazu meine Ausführungen in FF 2002, 80, 81.

9 Ein Beispiel dafür könnte sein: OLG Zweibrücken FamRZ 1999, 40, wohl auch OLG Frankfurt/M. FamRZ 2002, 187 m. krit. Anm. Weil.

10 So *Oelkers*, MDR 2000, 32 unter 2. Vgl. zum Ganzen auch *Born*, Gemeinsames Sorgerecht: Ende der „modernen Zeiten“?, FamRZ 2000, 396.

Zur Unvereinbarkeit der Ehenamen-Regelung des § 1355 Abs. 2 BGB mit dem Grundgesetz

Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG; § 1355 Abs. 2 BGB

BVerfG, Ur. v. 18.2.2004 – 1 BvR 193/97 –

Es ist mit Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG nicht vereinbar, dass nach § 1355 Abs. 2 BGB der durch frühere Eheschließung erworbene und geführte Name eines Ehegatten in dessen neuer Ehe nicht zum Ehenamen bestimmt werden kann.

Anm. der Red.: Die Entscheidung ist veröffentlicht in FamRZ 2004, 515 mit Anmerkung von *Hein* und FPR 2004, 206.

- Das BVerfG hat dem Gesetzgeber aufgegeben, „die Rechtslage“ – nach der (nur) der Geburtsname des Mannes oder der Geburtsname der Frau zum Ehenamen bestimmt werden kann (§ 1355 Abs. 2 BGB) – „bis zum 31. März 2005 mit dem Grundgesetz in Einklang zu bringen“ (D. I. der Gründe).
- Bis zum In-Kraft-Treten einer gesetzlichen Neuregelung gilt nach den Vorgaben des BVerfG unter D. II. der Gründe Folgendes:

– „Im Umfang der Unvereinbarerklärung darf“ § 1355 Abs. 2 BGB ohne Ausnahme „von den Gerichten und Verwaltungsbehörden nicht mehr angewandt werden ...“

„Soweit Verfahren über die Bestimmung eines von einem Ehegatten geführten Namens zum Ehenamen bei den Gerichten anhängig sind, können sie zur Vermeidung von Kostennachteilen bis zur gesetzlichen Neuregelung ausgesetzt werden.“

– In den Fällen, in denen bei einer Eheschließung nach dem Tag der Veröffentlichung der Entscheidungsformel im Bundesgesetzblatt (*Anm.:* am 18.3.2004; BGBl I 2004, 431) und vor dem In-Kraft-Treten einer gesetzlichen Neuregelung ein von einem der Ehegatten in einer früheren Ehe erworbener Familienname zum Ehenamen bestimmt werden soll, „erscheint es als die schonendste Lösung, wenn die Ehegatten zunächst die Namen behalten, die sie vor der Eheschließung geführt haben ... Nach In-Kraft-Treten des Gesetzes wird dann zu entscheiden sein, welchen Namen die Ehegatten in Zukunft tragen.“ („Auffangregelung“)

– Für Ehegatten, die vor der Veröffentlichung der Entscheidung des BVerfG geheiratet haben, „bleibt es zunächst bei den namensrechtlichen Folgen, die sich aus § 1355 Abs. 2 BGB ergeben haben. Der Gesetzgeber muss jedoch für diese Fälle eine besondere Regelung treffen ... Die ... gesetzliche Regelung ist jedenfalls auf alle Ehegatten zu erstrecken, die den von einem der Partner geführten, durch Eheschließung erworbenen Namen nicht als Ehenamen bestimmen konnten.“ („Überleitungsregelung“)

Zur richterlichen Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle von ehevertraglichen Vereinbarungen

§§ 138, 242, 1408, 1410, 1585c BGB

BGH, Ur. v. 11.2.2004 – XII ZR 265/02 –
(OLG München)

– *Verfahrensfortgang zu OLG München FF 2003, 30 (LS) = FamRZ 2003, 35 –*

Zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen.

Tatbestand: Die rechtskräftig geschiedenen Parteien streiten über nachehelichen Unterhalt und Ausgleich des Zugewinns.

Der 1948 geborene ASt und die 1955 geborene AGg haben am 22.11.1985 miteinander die Ehe geschlossen, aus der die am 24.3.1986 und am 21.5.1989 geborenen Kinder M und V hervorgegangen sind.

Der ASt ist seit 1985 als Unternehmensberater tätig. Die AGg, die in den Fächern alte Geschichte, Kunstgeschichte und Germanistik das Magisterexamen bestanden hat, leitete 1984 und 1985 archäologische Ausgrabungen, gab diese Tätigkeit aber wegen ihrer Schwangerschaft auf. Ihre Absicht, den Doktorgrad zu erwerben, verfolgte sie auf Wunsch ihres Mannes nicht weiter; sie widmete sich dem Haushalt und der Erziehung der Kinder.

Am 17.2.1988 schlossen die Parteien einen notariellen Ehevertrag. Darin verzichteten sie „für den Fall der Scheidung ... gegenseitig auf jegliche ... nacheheliche Unterhaltsansprüche, mit Ausnahme des Unterhaltsanspruchs der Ehefrau wegen Kindesbetreuung“. Außerdem vereinbarten sie für die Zukunft Gütertrennung. Sie erklärten, dass ein Zugewinn bisher nicht entstanden sei; vorsorglich verzichteten sie wechselseitig auf etwaige bisher entstandene Zugewinnausgleichsansprüche. Den Versorgungsausgleich schlossen sie aus. Den Verzicht der AGg stellten sie dabei unter die

* *Anm. der Red.:* Die Entscheidung ist zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen.