

# Zwischen *child's best interest* und *pluralisme culturel* – die *Kafāla*, kleiner Bruder der Adoption?

Reda El Amraoui

## A. Einleitung

Wir schreiben das Jahr 2023 – Europa der Kontinent.

Für die breite Masse der Bevölkerung wird erstmals die Not erfahrbar, welche jeder Krieg zeitigt. Waren militärische Konflikte und Verfolgung bis anhin nur eine ›Fernsehrealität‹, können wir heute kaum noch das Haus verlassen, ohne – überwiegend jungen – Menschen aus Syrien, Afghanistan und dem Maghreb zu begegnen. Menschen, die sich virtuell ein Leben im Westen erträumt haben mögen, aber niemals wünschten, infolge realer Lebensgefahr ihr Dasein in europäischen Flüchtlingslagern zu fristen. Im Akkord erreichen uns Nachrichten von nicht enden wollenden Flüchtlingswellen und erbarmungslosen Machtkämpfen in und vor den Toren Europas.

Doch was treibt ganze Menschenmassen dazu, ihre Heimat hinter sich zu lassen und ihr Glück auf einem Fischerboot gen Europa zu suchen? Es ist der Wunsch nach Stabilität. Dies betrifft allem voran einen integren Staat, der soziale Härtefälle stemmen kann. Stabilität kann näher betrachtet nicht in einem rein wirtschaftlichen Sinne verstanden werden. Hungersnöte herrschen schließlich nicht in jedem Anrainerstaat der Europäischen Union. Andernfalls läge es – im wahrsten Sinne des Wortes – näher, gen Asien oder in die Arme der Ölmonarchien zu flüchten.

Europa steht in diesem Zusammenhang für ein Versprechen. Dieses Wort hat die universelle und unterschiedslose Geltung von Menschenrechten zum Gegenstand. Der Wert eines Wortes wird dadurch determiniert, ob sein Urheber glaubwürdig ist – nahezu jede Verfassung der Welt lässt sich zumindest ›auf dem Papier‹ gut lesen.

Glaubhaft lässt das europäische Bekenntnis erscheinen, dass es der Einsicht der hinter ihm stehenden Völker entsprang. Diese Völker sind mehr als eine geographische Ansammlung von Menschen. Vielmehr sind sie das Spiegelbild der sie konstituierenden Ethnien, Weltanschauungen und Religionsgemeinschaften. Ihnen kommt im demokratischen Gefüge – zumindest im weiteren Sinne – die Urheberschaft an den Rechtssätzen zu. Schließlich wurden die internationalen Konventionen und europäischen Verträge nicht in steinernen Tafeln auf einen Berg herabgesandt, sondern über Jahre zusammengetragen.

In transnationalen Sachverhalten kommt es zwangsläufig zu Berührungen mit uns unbekannten Rechtsinstituten. Die Menschen brachten in ihrem ›Gepäck‹ auch ihr eigenes Verständnis von Recht, Religion und Identität mit. Virulent

wird dies vor allem auf dem Gebiet des so sensiblen Familienrechts. Vor dem Hintergrund der Flüchtlingskrise sehen sich hiesige Gerichte mit einer Fülle von Schicksalen und Rechtsfragen konfrontiert. Der vorliegende Beitrag zieht exemplarisch die *Kafāla* heran, welche funktionell ein Adoptionssubstitut vieler arabischer Staaten ist.<sup>1</sup> In mehreren Entscheidungen mussten sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) und der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) mit ihrer Rezeption befassen. Zum Leidwesen der Betroffenen schlossen es die Richter aus, die *Kafāla* in eine Adoption umzuwandeln oder sie ihr in ihren Wirkungen gleichzustellen. Dabei mutete es beinahe schizophren an, dass die Richter ausgerechnet im Namen des *child's best interest* und *pluralisme culturel* urteilten. Es stellt sich die Frage, ob die ›Kinder islamischen Rechts‹ diskriminiert werden und wie die Gerichte ihr Recht auf ein Privat- und Familienleben sicherstellen. Dabei treten öffentliche und private Interessen miteinander in Wettstreit.

In der Folge wird das oben erwähnte Versprechen der universellen Geltung von Menschenrechten auf den Prüfstand gestellt.

## *B. Pluralisme culturel als Bedingung für die universelle Geltung von Menschenrechten*

Die ›Menschenrechte‹ sind anders gewendet all jene Rechte, welche ihren Adressaten aufgrund ihres Menschseins zukommen und zustehen. Das bedeutet auch, dass sie mit der rechtserheblichen Umgebung ihrer Träger konfrontiert werden. Darunter fällt eine Vielzahl von Kulturen, Religionen und Identitäten. Wollen die Menschenrechte also nicht einzig zum Gesprächsstoff philosophischer ›Sitzkreise‹ verkommen, müssen sie in dieser Umgebung überlebensfähig sein. Nur wenn sie gezwungen sind, die gleiche Luft wie ihre Träger ›zu atmen‹, werden sie ein akzeptables Schutzniveau entfalten.<sup>2</sup>

Sind alle Adressaten – mitsamt der rechtserheblichen Umgebung – identifiziert, lässt sich im nächsten Schritt nach ihrem kleinsten gemeinsamen Nenner in der Gestalt von übereinstimmenden Werten, Überzeugungen und Moralvorstellungen suchen.<sup>3</sup> Den Adressatenbegriff füllen in diesem Zusammenhang die betroffenen kulturellen, religiösen und weltanschaulichen Kollektive in einer Gesellschaft aus.<sup>4</sup> Sie bündeln die Interessen möglichst vieler Individuen und verschaffen ihnen auf völkerrechtlicher Ebene ein Gehör, sodass sie einerseits

<sup>1</sup> Menhofer: *Kafala des marokkanischen Rechts*, S. 252 f.

<sup>2</sup> Sehr anschaulich dargestellt in, Pastena: *Recognition of Kafala*, S. 48 ff.

<sup>3</sup> Ebd., S. 48. »›Cultural diversity‹ in this sense came to be identified as the common heritage of humanity whose protection represented an ethical imperative inseparable from the respect for human dignity, and stood out as a guarantee of pluralism, democracy and social cohesion« (ebd., S. 69).

<sup>4</sup> Ebd., S. 48 f.

eine Filterfunktion innehaben und zugleich selbst Inhaber von Rechten sind.<sup>5</sup> Nun obliegt es den ratifizierenden Staaten, die übereinstimmenden Interessen in ihr Rechtssystem zu integrieren. Dazu bedarf es eines hinreichend großen Einschätzungsspielraums.<sup>6</sup>

Für transnationale Sachverhalte lässt sich festhalten, dass die Antwort auf rechtliche Probleme zuerst im Rechtsgefülle der Betroffenen zu suchen ist.<sup>7</sup> Ein Ausdruck dieses Subsidiaritätsprinzips ist das Zusammenspiel der Art. 20 Abs. 3 S. 2, 21 lit. b des Übereinkommens über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (im Folgenden: UN-Kinderrechtskonvention), wonach bei der Auswahl zwischen verschiedenen Formen der Kindesbetreuung »die erwünschte Kontinuität in der Erziehung des Kindes sowie die ethnische, religiöse, kulturelle und sprachliche Herkunft« maßgeblich sind.<sup>8</sup> Konsequenterweise sind die Rechtsinstitute anderer Rechtsordnungen im grenzüberschreitenden Zusammenhang als gleichwertig anzuerkennen.<sup>9</sup>

### C. Die Stellung der Kafāla im System des pluralisme culturel

Der *Kafāla* steht als kodifiziertes und islamrechtliches Institut gleich in zweifacher Hinsicht ein Anteil am *pluralisme culturel* zu. Damit findet sie sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene Beachtung. Um die universelle Anwendung der Menschenrechte zu verwirklichen, kann es gerechtfertigt sein, dass die Interessen Einzelner eingeschränkt werden, solange nicht gegen fundamentale Rechte wie die Menschenwürde verstoßen wird.<sup>10</sup> Kinder aus arabischen Staaten sind von der Adoption in Europa nahezu abgeschnitten, da ihre Rechtsordnungen die Volladoption verbieten.<sup>11</sup> Sie haben keinen Einfluss darauf, in welches der oben genannten Kollektive sie hineingeboren werden. Aus diesem Grund könnten sie in ihrer Religionsfreiheit im Sinne von Art. 14 Abs. 1 UN-Kinderrechtskonvention verletzt sein. Um zu untersuchen, ob der *pluralisme culturel* auch im Rahmen religiös inspirierter Rechtsinstitute das richtige Konzept ist, muss die Regelung der *Kafāla* auf nationaler und internationaler Ebene untersucht werden.

<sup>5</sup> Ebd., S. 48.

<sup>6</sup> Gallala-Arndt: Europäische Konvention für Menschenrechte und IPR, S. 405, 421.

<sup>7</sup> Pastena: *Recognition of Kafāla*, S. 53.

<sup>8</sup> Jayme: Kulturelle Identität und Kindeswohl, S. 237 f.

<sup>9</sup> Jayme: *IPR und Kulturgüterschutz*, S. 152.

<sup>10</sup> Pastena: *Recognition of Kafāla*, S. 53.

<sup>11</sup> Milliot/Blanc: *L'étude du droit musulman*, Rn. 519.

## I. Der Ursprung der Kafāla im religiösen Kontext

Im arabischen Raum muss sich stets vor Augen gehalten werden, dass völkische Traditionen und die Kultur einen entscheidenden Einfluss auf die Rechtsfindung und deren Anwendung ausüben können.<sup>12</sup> Eine überregional anerkannte Anlaufstelle für Rechtsfragen bildet aber der Koran. Dieser beansprucht als heilige Schrift der Muslime höchste Autorität für sich und wirkt unmittelbar auf das Gesellschaftsleben ein.<sup>13</sup>

In der vorislamischen Zeit (*ǧāhiliya*) war die Volladoption ein gängiges Mittel, um an Einfluss und Ansehen in der Stammesgesellschaft zu gewinnen.<sup>14</sup> Der Prophet Mohammed nahm seinerseits vor Beginn der göttlichen Offenbarung einen Adoptivsohn an und gab ihm seinen Namen.<sup>15</sup> Erst nachdem die Volladoption durch koranische Offenbarungen ausdrücklich verboten wurde, erfuhr diese Tradition in der arabischen Welt einen Rücklauf.<sup>16</sup> Anschließend benannte der Prophet seinen Ziehsohn wieder um und vermählte sich mit dessen geschiedener Frau.<sup>17</sup> Darin kommt offenkundig die Ablehnung einer Eltern-Kind-Beziehung zum Ausdruck, da es ihm nach islamischen Recht verboten wäre, die geschiedene Frau seines Sohnes zu ehelichen.<sup>18</sup>

Die »Wahrheit der Abstammung« ist damit das tragende Prinzip der islamischen Kindschaftspflege.<sup>19</sup> Sie ist konzeptionell darauf ausgerichtet, die Identität eines Menschen im streng-formellen Sinne zu wahren und erhält somit das göttliche System aufrecht.<sup>20</sup> Zwar soll die islamische Gemeinschaft (*umma*) notleidenden Kindern Zuflucht gewähren, aber nicht um jeden Preis. Die gottgegebenen Rechte und Interessen der Angehörigen dürfen zu keiner Zeit entwertet werden.<sup>21</sup> Damit stößt sich der »europäische« Ansatz, welcher im Rahmen der Volladoption eine rechtliche Eltern-Kind-Beziehung etabliert.<sup>22</sup> Mit ihr korreliert nicht nur der Abbruch der Verwandtschaftsbande zur biologischen Familie, sondern auch eine Reihe vermögensrechtlicher Implikationen. So erwachsen dem adoptierten Kind erb- und unterhaltsrechtliche Ansprüche.<sup>23</sup> Zudem besteht aus islamischer Sicht das Risiko inzestuöser Beziehungen, sobald die biologische Abstammung

<sup>12</sup> Rohe: *Das islamische Recht*, S. 22, 68 f.; Gallala-Arndt: Europäische Konvention für Menschenrechte und IPR, S. 405, 418.

<sup>13</sup> Elwan: Gesetzgebung und Rechtsprechung, S. 221.

<sup>14</sup> Mechri: *L'enfant objet et sujet d'affection*, S. 221.

<sup>15</sup> Abdellatif: *L'adoption au Maghreb*, S. 299, 301.

<sup>16</sup> Vgl. Q 33:4.5.

<sup>17</sup> Vgl. Q 33:37.40.

<sup>18</sup> Vgl. Q 4:23.

<sup>19</sup> Kohler: *Vaterschaftsanerkennung im Islamrecht*, S. 78; Rotabi u. a.: *Care of Orphaned and Vulnerable Children*, S. 16 f.

<sup>20</sup> Siehe Anmerkung zu Hadith 3508, in: *Auszüge aus dem Ṣaḥīḥ al-Buḥārī*, S. 374.

<sup>21</sup> Naji El Mekkaoui: *La Moudawanah*, S. 270.

<sup>22</sup> Winkelsträter: *Internationale Adoptionen in Deutschland*, S. 32.

<sup>23</sup> Vgl. § 1754 ff. BGB.

undurchsichtig wird.<sup>24</sup> Auch der Schutzzweck religiöser Gebote, wie beispielsweise der Verschleierung, könnte nicht erreicht werden. Frauen dürfen etwa ihren Kindern und Brüdern unverschleiert entgegentreten, weil diese keine sexuellen Neigungen zu ihnen entwickeln.<sup>25</sup> Führte die Adoption eines fremden Jugendlichen zu einem Verwandtschaftsverhältnis, unterfiele er dieser Ausnahme und der religiös gebotene Zweck der Verschleierung liefe ins Leere.

Dem unbestrittenen Grundbedürfnis nach familiärer Geborgenheit trägt der Islam anderweitig Rechnung. Er schafft durch das Rechtsinstitut der *Kafāla* ein Umfeld, dass affektive Bindungen erlaubt, ohne die Abstammung zu verfälschen.<sup>26</sup> Der Aufnehmende (*kāfil*) schützt, versorgt und erzieht das hilfsbedürftige Kind (*makfūl*) bis zu dessen Volljährigkeit.<sup>27</sup> Dem *makfūl* stehen keine erbrechtlichen Ansprüche zu, sofern keine testamentarische Verfügung (*tanzīl*) zu seinen Gunsten erfolgt.<sup>28</sup> Diese darf ein Drittel des hinterlassenen Vermögens nicht überschreiten, solange andere Erben leben.<sup>29</sup>

Wenngleich die *Kafāla* ein islamrechtliches Institut ist, können ihre einzelstaatlichen Kodifikationen keinesfalls als uniform betrachtet werden, vielmehr haben ihr die unterschiedlichen Rechtsordnungen einen eigenen »Farbton« gegeben.<sup>30</sup> Nachfolgend soll der nordafrikanische Rechtsraum im Fokus stehen, zumal sich Gerichte in Europa vornehmlich mit der *Kafāla* marokkanischer und algerischer Prägung auseinandersetzen.<sup>31</sup>

## II. Die Kodifikation der *Kafāla* in Marokko und Algerien

Nachdem sich im letzten Jahrhundert in Algerien der Widerstand gegen das französische Protektorat erhob, füllten sich die Straßen mit den zurückgebliebenen *enfants des martyrs*, sodass dem Gesetzgeber keine andere Wahl blieb, als für eine Übergangszeit das französische Recht anzuwenden.<sup>32</sup> Infolgedessen tolerierten algerische Gerichte – entgegen politischen Drucks – bis zum Jahre 1965 die Volladoption und verneinten einen Verstoß gegen den *Ordre public*.<sup>33</sup>

Nach Art. 149 Abs. 1 mar. FamGB ist die Adoption nichtig und zeitigt keine der Wirkungen väterlicher Abstammung. Genauso verbietet Art. 46 alg. FamGB die Adoption *par la chari'a et la loi*. Stattdessen kommt in sozialen Notlagen die *Kafāla* zur Anwendung, die ihrer Natur nach einem Pflegevertrag ähnelt.<sup>34</sup> Den

<sup>24</sup> Siehe Anmerkung zu ḥadīth 3508, in: Auszüge aus dem *Ṣaḥīḥ al-Buḥārīyy*, S. 374.

<sup>25</sup> Vgl. Q 24:31.

<sup>26</sup> Klingenstein: *Kulturelle Identität und Kindeswohl*, S. 49.

<sup>27</sup> Abdellatif: *L'adoption au Maghreb*, S. 299, 302.

<sup>28</sup> Aldeeb/Bonomi: *Le droit musulman de la famille*, S. 253.

<sup>29</sup> Linant de Bellefonds: *Droit musulman comparé*, Rn. 1169.

<sup>30</sup> Cf. Gallala-Arndt: *Europäische Konvention für Menschenrechte und IPR*, S. 405, 412 f.

<sup>31</sup> Zu den Urteilen des EGMR und EuGH siehe unten.

<sup>32</sup> Mechri: *L'enfant objet et sujet d'affection*, S. 242 ff.

<sup>33</sup> Ebd., S. 244.

<sup>34</sup> Menhofer: *Zur Kafala des marokkanischen Rechts*, S. 252 f. m. w. N.

rechtlichen Rahmen bilden neben familienrechtlichen Vorschriften auch spezielle Gesetze, Dekrete und ministerielle Erlasse.<sup>35</sup>

Nach Art. 2 S. 1 mar. KafG<sup>36</sup> schützt, erzieht und versorgt der *kafil* das *enfant abandonné* im selben Maße wie es ein leiblicher Vater für sein Kind täte.<sup>37</sup> Imitiert wird lediglich das Verhalten eines Elternteils, was auch durch die systematische Stellung der algerischen Parallelvorschrift außerhalb der Normen über die *filiation* belegt wird.<sup>38</sup> Die *Kafāla* öffnet mithin die Tür zu einem Heim, nicht aber zu einer Familie.<sup>39</sup>

Ist der *Kāfil* eine natürliche Person, muss sie ein volljähriger Muslim, integer und dazu in der Lage sein, wirtschaftlich für die Bedürfnisse des *Makfūl* aufzukommen.<sup>40</sup> In Marokko kann überdies nur eine weibliche Person oder aber ein Ehepaar die *Kafāla* gemeinsam übernehmen.<sup>41</sup> Der *Makfūl* darf nicht älter als 18 Jahre alt sein, ganz gleich, ob seine Eltern bekannt sind oder noch leben.<sup>42</sup> Ferner bedarf es unter gewissen Umständen auch der Zustimmung des Kindes.<sup>43</sup> Während in Marokko die *Kafāla* durch den Vormundschaftsrichter erteilt wird, kommt in Algerien auch die notarielle Mitwirkung in Betracht.<sup>44</sup> Letztere kommt in der Praxis häufig zwischen nahen Angehörigen vor.

Der *Kāfil* muss das Kind bis zur Volljährigkeit versorgen und, falls es sich um ein Mädchen handelt, kann die *Kafāla* auch über die Volljährigkeit hinaus bis zur Eheschließung andauern.<sup>45</sup> Dafür hat der *Kāfil* die gleichen Ansprüche auf staatliche Hilfen wie die leiblichen Eltern und verwaltet das Vermögen des *Makfūl*. Es steht ihm darüber hinaus frei, testamentarische Verfügungen oder Schenkungen zugunsten des *Makfūl* vorzunehmen.<sup>46</sup> In Algerien geht die *Kafāla* – mit ihrer Zustimmung – sogar auf die Erben des *Kāfil* über, um dem hilfsbedürftigen Kind ein stabiles Umfeld zu gewähren.<sup>47</sup> Seit dem *Décret algérien n° 92–24 du 13 jan. 1992 modifiant le décret n° 71–157 du 3 juin 1971 relatif au changement de nom* kann der *Makfūl* sogar den Namen des *Kāfil* annehmen, wenn sein Vater unbekannt ist und die Mutter zustimmt. Zwar wird dadurch kein Abstammungsverhältnis begründet, aber der Gesetzgeber suggeriert schrittweise den Willen,

<sup>35</sup> Naji El Mekkaoui: La Moudawanah, S. 278.

<sup>36</sup> Loi n° 15-01 du 13 juin 2002 relative à la prise en charge des enfants abandonnés, Bulletin Officiel du Royaume du Maroc, n° 5036 du 5 septembre 2002, im Folgenden: mar. KafG.

<sup>37</sup> Ähnlich Art. 116 alg. FamGB: Le recueil légal est l'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur, au même titre que le ferait un père pour son fils. Il est établi par acte légal.

<sup>38</sup> Mechri: *L'enfant objet et sujet d'affection*, S. 243.

<sup>39</sup> Ebd., S. 240.

<sup>40</sup> Vgl. Art. 9 mar. KafG; Art. 118 alg. FamGB.

<sup>41</sup> Vgl. Art. 9 mar. KafG.

<sup>42</sup> Vgl. Art. 1 mar. KafG; Art. 119 alg. FamGB.

<sup>43</sup> Vgl. Art. 12 mar. KafG.

<sup>44</sup> Vgl. Art. 14 ff. mar KafG; Art. 117 Var. 2 alg. FamGB.

<sup>45</sup> Vgl. Art. 22 Abs. 2 mar. KafG.

<sup>46</sup> Vgl. Art. 277 mar. FamGB; Art. 123 alg. FamGB.

<sup>47</sup> Vgl. Art. 125 S. 2 alg. FamGB.

den identitären Bedürfnissen des Kindes gerecht zu werden, ohne dass er sich in einen offenen Schlagabtausch mit religiösen Geboten begibt.<sup>48</sup> Erwähnenswert ist auch Art. 24 mar. KafG, nach dem der *Kāfil* mit dem Kind das Königreich verlassen darf, um sich dauerhaft im Ausland niederzulassen. Die Eltern können formell jederzeit die *Kafāla* aufheben, allerdings hat das Kind unter bestimmten Voraussetzungen ein Widerspruchsrecht, oder das Vormundschaftsgericht übt es in seinem Interesse aus.<sup>49</sup>

Damit steht die *Kafāla* der Volladoption in ihren Rechtswirkungen, nicht aber in ihrer sozialen Auffangfunktion nach. Zudem gibt der Gesetzgeber nach dem eben Gesagten schrittweise ›Boden ab‹, und durch den *Tanzīl* können die vermögensrechtlichen Interessen des *Makfūl* auch über die Inpflegnahme hinaus berücksichtigt werden. Es bleibt anzumerken, dass die Volladoption tunesischen Rechts infolge ihrer oberflächlichen Regelungen mehr Verwirrung als Nutzen stiftete.<sup>50</sup> Folglich kann die *Kafāla* zumindest in einem nationalen Kontext das Kindeswohl schützen und seinen Anteil am *pluralisme culturel* rechtfertigen.

### III. Rezeption der Kafāla auf supranationaler Ebene

Fraglich ist, ob die *Kafāla* diesem Anspruch auch in einem transnationalen Kontext gerecht wird. Dazu ist ein Blick auf ihre Stellung in den internationalen Rechtsquellen zu werfen.

#### 1. Die Kafāla in internationalen Übereinkommen

Die *Kafāla* hat sich unmittelbar oder mittelbar ebenso den Weg in völker- und europarechtliche Vorschriften gebahnt. Ihr kommt als Ausfluss religiösen und nationalen Rechts ein Anteil am Netz zu, welches in Form des *pluralisme culturel* die Erdkugel umspannt. Das bedeutet allerdings auch, dass sie sich in ein System einfügen muss, welches aus unterschiedlichen Rechtssätzen besteht. Diese Normen schweigen sich nicht an, vielmehr haben sie eine narrative Funktion

<sup>48</sup> Zur Tendenz, das Familienrecht in Marokko zu reformieren, ohne in offenen Konflikt mit religiösen Geboten zu treten: »Cependant l'engagement du Maroc, eu égard à la société internationale, se fait en conformité avec son référentiel islamique, dont la Moudawanah tire ses origines. C'est, d'ailleurs, ce que reflète le Discours Royal prononcé au siège du Parlement à l'occasion de l'ouverture de la deuxième année législative de la septième législature, et l'annonce du projet de la Mw, le 10 Septembre 2003: ›Je ne peux en ma qualité d'Amir Al Mouminine autoriser ce que Dieu a prohibé, ni interdire ce que le Très Haut a autorisé ...‹«, in: Naji El Mekkaoui: *La Moudawanah*, S. 245.

<sup>49</sup> Vgl. Art. 29 mar. KafG; Art. 124 alg. FamGB.

<sup>50</sup> Siehe ausführlicher Mechri: *L'enfant objet et sujet d'affection*, S. 237, der von zahlreichen *zones d'ombre* spricht. Zur *Kafāla* tunesischen Rechts, welche als Alternative zur Adoption weiterhin möglich ist, siehe die Artt. 3–7 Loi n° 1958-0027 du 4 mars 1958 relative à la tutelle publique, à la tutelle officielle et à l'adoption.

im Bezug aufeinander.<sup>51</sup> Auch aus diesem Grund berücksichtigt der EGMR über Art. 31 Abs. 3 lit. e WVK<sup>52</sup> alle relevanten Normen des Völkerrechts, um die EMRK auszulegen.<sup>53</sup>

Ausdrücklich wird die *Kafāla* in Art. 20 Abs. 3 S. 1 UN-Kinderrechtskonvention erwähnt. Sie tritt dort neben der Adoption als eine andere Form der Betreuung auf, die für islamische Kinder zu bevorzugen ist.<sup>54</sup> Die Norm bildet damit auch die Gewichtigkeit kultureller Relativität bei grenzüberschreitenden Sachverhalten ab.<sup>55</sup> Ausweislich des Wortlautes von Art. 20 Abs. 3 S. 2 UN-Kinderrechtskonvention sind »die ethnische, religiöse, kulturelle und sprachliche Herkunft des Kindes gebührend zu berücksichtigen«. Wie oben bereits aufgezeigt, spiegelt diese Vorschrift auch das adoptionsrechtliche Subsidiaritätsprinzip wider und verhindert bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, dass hinkende Rechtsverhältnisse entstehen.<sup>56</sup> Mittelbar nimmt auch das Haager Übereinkommen vom 29. Mai 1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption (im Folgenden HAÜ) Bezug auf die *Kafāla*. Zwar wurde es in den meisten islamischen Ländern nicht ratifiziert, verweist in Art. 1 lit. a HAÜ aber auf das Kindeswohl und die »völkerrechtlich anerkannten Grundrechte«. Ferner ist eine internationale Adoption nur möglich, wenn die Rechtsordnung des Kindes dies erlaubt und keine andere Unterbringungsmöglichkeit in seinem Heimatstaat besteht, Art. 4 lit. a, b HAÜ. Nicht zuletzt findet die *Kafāla* auch in Art. 3 lit. e KSÜ<sup>57</sup> eine ausdrückliche Erwähnung.

## 2. Die *Kafāla* in der EMRK und GRCh

Sollen die völkerrechtlichen Konventionen der Rechtsharmonisierung auf der ganzen Welt dienen, verfolgen die europäischen Legislativakte selbiges konsequenterweise auf einem etwas kleineren Parkett. Es kommt nicht von ungefähr, dass die Union gem. Art. 22 GRCh »die Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen« achtet.<sup>58</sup> Damit wirft das adoptionsrechtliche Subsidiaritätsprinzip auch auf europarechtlicher Ebene seinen Schatten. Allerdings ist seine Wirkung insofern von untergeordneter Bedeutung, als es sich funktionell »nur« um ein Auslegungsinstrument<sup>59</sup> handelt, sodass sich die Aufmerksamkeit auf die mit-

<sup>51</sup> Jayme: Kulturelle Identität und Kindeswohl, S. 237, 243.

<sup>52</sup> Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969.

<sup>53</sup> Vgl. EGMR 4.10.2012, *Harroudj c. France*, Rn. 42.

<sup>54</sup> Jayme: Kulturelle Identität und Kindeswohl, S. 237, 239.

<sup>55</sup> Jayme: *IPR und Kulturgüterschutz*, S. 150.

<sup>56</sup> Jayme: Kulturelle Identität und Kindeswohl, S. 237, 239.

<sup>57</sup> Das Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern, kurz Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern.

<sup>58</sup> Pastena: *Recognition of Kafala*, S. 69.

<sup>59</sup> Ebd.

gliedstaatlichen Umsetzungsakte richtet. In den Umsetzungsakten muss insbesondere auch berücksichtigt werden, dass die religiöse Erziehung den Eltern zusteht, Art. 14 GRCh.<sup>60</sup> In der EMRK findet sich kein ausdrücklicher Verweis auf die *Kafāla*, allerdings überprüfen sie die europäischen Gerichte innert des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens aus Art. 8 EMRK und im Rahmen von Art. 14 EMRK.<sup>61</sup> Über die Scharniernormen der Art. 7, 52 Abs. 3 GRCh sind die so gewonnen Ergebnisse auch auf die Ebene der Charta der Grundrechte der Europäischen Union übertragbar.

#### IV. Zwischenergebnis

Obschon die *Kafāla* im Ursprung religiöses Recht ist, hat sie über den arabischen Rechtsraum hinaus auch in europäischen und internationalen Gesetzestexten ihren Niederschlag gefunden. Sie spielt eine tragende Rolle im Kindschaftsrecht und ist damit ein Baustein des Kindeswohls. Zugleich leistet die *Kafāla* deshalb auch einen Beitrag zur universellen Geltung der Menschenrechte.

#### D. Die *Kafāla* in der europäischen Gerichtsbarkeit

Dass die *Kafāla* eine rechtstheoretische und soziale Rolle spielt, ist nun nicht mehr von der Hand zu weisen. Im nächsten Schritt wird auszuleuchten sein, ob die Rechtsprechung ihren Geist in der praktischen Umsetzung wahrt. Nur dann kann aus dem bloßen Versprechen universeller Menschenrechte auch eine Garantie werden.

##### I. *Harroudj c. France*

Der EGMR befasste sich im Jahre 2012 erstmals mit der Rezeption der *Kafāla* in Frankreich. Eine französische Staatsangehörige übernahm in Algerien wirksam die *Kafāla* für ein drei Monate altes Mädchen. Das algerische Gericht erlaubte ihr zudem, mit dem Kind auszureisen, um sich mit ihm in Frankreich niederzulassen. Die französischen Behörden und Gerichte versagten hingegen die Umwandlung der algerischen *Kafāla* in eine *adoption plénière* unter Verweis auf Art. 370 – 3 C.c. fr. Nach dieser Vorschrift dürfen ausländische Minderjährige nicht adoptiert werden, wenn ihr Heimatrecht es verbietet. Sodann prüfte der EGMR, ob die Beschwerdeführerin in ihrem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens aus Art. 8 Abs. 1 EMRK verletzt wurde. Zudem befasste sich das Gericht auch damit, ob ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot in Art. 14 EMRK vorliegt.

<sup>60</sup> Ebd.

<sup>61</sup> Vgl. EGMR 4.10.2012, *Harroudj c. France*, Rn. 40 ff.

Der EGMR führte aus, auch im Rahmen der *Kafāla* könne ein Familienleben im Sinne von Art. 8 Abs. 1 EMRK vorliegen.<sup>62</sup> Damit werden neben der Familie im rechtlichen oder biologischen Sinne auch faktische Eltern-Kind-Beziehungen erfasst. Daraus ließe sich aber kein Anspruch auf eine Adoption ableiten,<sup>63</sup> wenngleich bestehende familiäre Bindungen zu fördern seien.<sup>64</sup> Den Mitgliedstaaten komme ein weiter Umsetzungsspielraum zu, der sich innert der Vorgaben völkerrechtlicher Verträge frei bewegen dürfe.<sup>65</sup> Besondere Aufmerksamkeit wird dabei auf Art. 20 III 1 UN-Kinderrechtskonvention gelenkt, der die *Kafāla* neben der Adoption als gleichwertiges Betreuungsinstrument aufzählt. Damit rekurriert der EGMR konzeptionell auf den *pluralisme culturel* und argumentiert, dass das Kind auch in seinem eigenen Interesse nicht abrupt von den Normen seines Heimatlandes abgeschnitten werden dürfe.<sup>66</sup> Diese können über Art. 8 Abs. 1 UN-Kinderrechtskonvention auch als Teil seiner Identität zu berücksichtigen sein.<sup>67</sup> Aus diesem Grund sei der Verweis in Art. 370 – 3 C. c. fr. auf das algerische Recht legitim. Es reiche aus, wenn das französische Recht dem Kind zumutbare Alternativen zur Verfügung stelle, um eine sachgerechte Abwägung öffentlicher und privater Interessen zu ermöglichen.<sup>68</sup>

*In concreto* stellen die Richter darauf ab, dass in Frankreich geborene Kinder ausweislich des Art. 370 – 2 C. c. fr. nicht vom Adoptionsverbot erfasst sind, wenn sie dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Ferner kann das fehlende Erbrecht durch eine testamentarische Verfügung abgedeckt werden.<sup>69</sup> Zudem hat das Kind nach fünf Jahren einen erleichterten Zugang zur französischen Staatsbürgerschaft und damit zur Adoption.<sup>70</sup> Folglich scheide eine Verletzung von Art. 8 Abs. 1 EMRK aus. Kurz stellt das Gericht noch fest, dass aus diesen Gesichtspunkten auch eine Verletzung von Art. 14 EMRK fernliege.<sup>71</sup>

Indem der EGMR bei seiner Bewertung nach zumutbaren Alternativen im französischen Recht sucht, gibt er zu erkennen, dass die *Kafāla* in seinen Augen kein gleichwertiges Schutzniveau im Einzelfall gewährt. Die *Kafāla* mag als religiöses Rechtsinstitut einen Teil der Kindesidentität nach Art. 8 Abs. 1 UN-Kinderrechtskonvention ausmachen, bildet zugleich aber nur einen der schützenswerten Aspekte im Sinne von Art. 20 Abs. 3 UN-Kinderrechtskonvention ab. Dort wird auch auf die ethnische, sprachliche und kulturelle Herkunft des Kindes verwiesen. All diese Aspekte müssen ebenfalls bei der Ausfüllung des *pluralisme culturel* gewichtet werden.

<sup>62</sup> EGMR, 4.10.2012, *Harroudj c. France*, Rn. 46 f.

<sup>63</sup> EGMR, 22.1.2008, *E. B. c. France*, Rn. 41.

<sup>64</sup> EGMR, 28.6.2007, *Wagner et J. M. W. L. c. Luxembourg*, Rn. 119 f.

<sup>65</sup> EGMR, 4.10.2012, *Harroudj c. France*, Rn. 40, 44.

<sup>66</sup> Ebd., Rn. 51.

<sup>67</sup> Gallala-Arndt: Europäische Konvention für Menschenrechte und IPR, S. 405, 417.

<sup>68</sup> EGMR 4.10.2012, *Harroudj c. France*, Rn. 51.

<sup>69</sup> Ebd.

<sup>70</sup> Ebd.

<sup>71</sup> Ebd., Rn. 55.

In Algerien sind Arabisch und die berberische Sprache Tamazight (*Tamaziyt*) offizielle Landessprachen.<sup>72</sup> Letztere ist die Sprache der Ureinwohner Nordafrikas, die allein in Marokko schon zwei Drittel der Bevölkerung bilden.<sup>73</sup> Wenn gleich die meisten Berber muslimisch sind, haben sie ihre eigene Kultur und praktizieren entsprechend ihren Bräuchen auch die Volladoption, wenn auch nicht unter den Augen des Staates.<sup>74</sup>

In Art. 30 UN-Kinderrechtskonvention werden die Ureinwohner geschützt, sodass über Art. 8 Abs. 1 UN-Kinderrechtskonvention auch ihre Bräuche die kulturelle Identität ausfüllen.<sup>75</sup> Lässt sich verzeichnen, dass sich die maghrebinischen Länder schrittweise öffnen<sup>76</sup> und in Tunesien sogar die Volladoption möglich ist,<sup>77</sup> verwundert die Vehemenz, mit der in Europa die islamrechtliche ›Wahrheit der Abstammung‹ verteidigt wird. Die Volladoption wird in Marokko und Algerien faktisch durch das Legitimanerkenntnis (*iqrār*) ersetzt, bei dem es ausreicht zu behaupten, dass ein Kind unbekannter Abstammung das eigene sei.<sup>78</sup> Ist die *Kafāla* als ursprünglich religiöses Recht ein Teil der Kindesidentität, stellt sich darüber hinaus die Frage, wie mit Kindern aus Israel oder Tunesien umzugehen ist. In beiden Staaten ist die Volladoption kodifiziert,<sup>79</sup> aber aus jüdischer<sup>80</sup> und muslimischer Perspektive verboten. Damit behandelt der EGMR zwar im konkreten Fall die aufgetretenen Symptome, muss langfristig aber auf eine rechtspolitische Lösung pochen.

## II. Chbihi/Loudoudi c. Belgique

Als sich der EGMR in einer Folgeentscheidung erneut mit der *Kafāla* befasste, bemühte er in seiner Argumentation das *child's best interest*.<sup>81</sup> In dieser Entscheidung übernahm ein belgisches Ehepaar in Marokko die *Kafāla* für ihre Nichte durch eine private Vereinbarung mit ihren Eltern. Nachdem das Kind im Jahre 2005 in Belgien ankam, verweigerten die belgischen Autoritäten das

<sup>72</sup> Aktion Deutschland Hilft: Algerien.

<sup>73</sup> Göbel: Marokko.

<sup>74</sup> Milliot/Blanc: *L'étude du droit musulman*, Rn. 319, 519; Borrmans: *Statut Personnel*, S. 45.

<sup>75</sup> Klingenstein: Kulturelle Identität und Kindeswohl, S. 46.

<sup>76</sup> Naji El Mekkaoui: *La Moudawanah*, S. 258. »A la lumière de ce qui précède, nous constatons que ce n'est aucunement un hasard, si le droit musulman a élargi les modes de preuve légale s'agissant de la reconnaissance de paternité; et s'il a, paradoxalement, restreint les possibilités de désaveu de paternité. Ceci n'a d'autres raisons, sans doute, que la perspective de garantir aux enfants, hommes et femmes de demain, une filiation ou du moins une identité et leur procurer, par-là, l'équilibre psychique et la stabilité sociale« (ebd.).

<sup>77</sup> Loi n° 1958-27 du 4 mars 1958 relative à la tutelle publique, à la tutelle officieuse et à l'adoption modifiée par la loi n° 1959-69 du 19 juin 1959.

<sup>78</sup> Aldeeb/Bonomi: *Le droit musulman de la famille*, S. 254; Winkelsträter: *Internationale Adoption*, S. 38.

<sup>79</sup> Siehe Israeli Adoption of Children Law 5741/1981.

<sup>80</sup> Schereschewsky: Adoption, S. 440 f.

<sup>81</sup> EGMR 16.12.2014, *Chbihi Loudoudi u. a. c. Belgique*, Rn. 97.

Adoptionsgesuch der Beschwerdeführer. Infolgedessen wurde dem Mädchen bis zum Jahre 2014 keine dauerhafte Aufenthaltserlaubnis erteilt. Der EGMR untersuchte, ob darin eine Verletzung ihres Rechts auf ein Privat- und Familienleben nach Art. 8 Abs. 1 EMRK liegt. Zudem befasste er sich mit einer Verletzung von Art. 14 EMRK. Erneut bejahte der EGMR, dass ein Familienleben im Sinne des Art. 8 Abs. 1 EMRK auch bei der *Kafāla* möglich ist. Den Maßstab bilde dann, ob eine tatsächliche Eltern-Kind-Beziehung besteht, die sich an der Dauer und der Qualität des Verhältnisses zwischen den Erwachsenen und dem Kind orientiert.<sup>82</sup> Dass daneben noch eine rechtliche Eltern-Kind-Beziehung zu den biologischen Eltern bestehe, streite nicht dagegen.<sup>83</sup> Obwohl die *Kafāla* in Marokko eine rechtliche Verbindung zwischen den Beschwerdeführern zeitigt, stelle die von ihnen verfolgte Adoption aus marokkanischer Sicht eine darüber hinausgehende Rechtsposition dar.<sup>84</sup> Dem Staat stehe bei der Beurteilung, ob und wie er handelt, ein Einschätzungsspielraum zu, der die betroffenen Interessen des Einzelnen und der Gesellschaft miteinander abwägen muss.<sup>85</sup> Es kam im Jahre 2005 zu einer Reform des belgischen Adoptionsrechts, um die Vorgaben aus dem Haager Übereinkommen vom 29. Mai 1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption besser umzusetzen. Infolgedessen war die in Belgien zuvor mögliche Umwandlung der *Kafāla* in eine Adoption nicht mehr ohne weiteres möglich.<sup>86</sup> Da die oben genannte Konvention aber dem Schutze der Kinder diene, stehe das belgische Recht im *child's best interest*.<sup>87</sup> Dadurch würden hinkende Rechtsverhältnisse zum Nachteil des Kindes verhindert, die sich aus divergierenden Abstammungsverhältnissen in Marokko und Belgien ergäben.<sup>88</sup> Zudem habe das Kind infolge der Regelung keinen schweren Nachteil in seinem Alltag verzeichnet, da seine Aufenthaltserlaubnis in regelmäßigen Abständen verlängert wurde und es frei reisen konnte.<sup>89</sup> Eine Verletzung von Art. 8 Abs. 1 EMRK könne nicht allein daraus resultieren, dass der *Makful* über einen Zeitraum von sieben Monaten keine Aufenthaltserlaubnis hatte und deshalb nicht an einer Klassenfahrt teilnahm.<sup>90</sup> Erst recht sei aus den völkerrechtlichen Quellen kein Anspruch auf Erteilung eines bestimmten Aufenthaltsstatus ableitbar.<sup>91</sup> Aus den gleichen Gründen scheide auch eine Verletzung von Art. 14 EMRK in Verbindung mit Art. 8 EMRK aus.<sup>92</sup>

<sup>82</sup> Ebd., Rn. 78.

<sup>83</sup> Ebd., Rn. 78 f.

<sup>84</sup> Ebd., Rn. 91.

<sup>85</sup> Ebd., Rn. 91 f.

<sup>86</sup> Ebd., Rn. 55 ff.

<sup>87</sup> Ebd., Rn. 97 ff.

<sup>88</sup> Ebd., Rn. 101.

<sup>89</sup> Ebd., Rn. 132.

<sup>90</sup> Ebd., Rn. 132, 136 f.

<sup>91</sup> Ebd., Rn. 135.

<sup>92</sup> Ebd., Rn. 142 ff.

Kritik an diesem Verständnis des *child's best interest* wurde zuerst in den eigenen Reihen laut. In einer *dissenting opinion* kritisierten die abweichenden Richter vor allem den zu abstrakt gefassten Maßstab, den die nationalen Behörden anlegten.<sup>93</sup> Vielmehr sei eine ernstzunehmende Lösung in den Umständen des konkreten Falles zu suchen.<sup>94</sup> So zog sich der gesamte Prozess für das Mädchen über einen Zeitraum von mehreren Jahren und sie pflegte kaum Kontakt zu ihren leiblichen Eltern.<sup>95</sup> Indem sie dauerhaft um die Verlängerung ihrer Aufenthaltserlaubnis bangte, sah sie sich einer wachsenden psychischen Belastung ausgesetzt. Es gebe überdies im belgischen Recht keine vergleichbaren Erleichterungen wie in Frankreich, um eine Adoption zu ermöglichen.<sup>96</sup>

Es ist begrüßenswert, dass die abweichenden Richter eine stärkere Orientierung am konkreten Fall propagieren. Solange keine rechtspolitische Lösung gefunden wurde, kommt den Urteilen des EGMR eine immense Strahlkraft zu. Gelingt es, die Beachtung der konkreten Umstände des Falles bereits konzeptionell in das *child's best interest* zu integrieren, hat der Rechtsanwender das juristische Rüstzeug, um dem Kindeswohl auch in einem internationalen Kontext abzuhelpen – jedenfalls vorübergehend.

### III. EuGH 2019 C-129/18 am 26. März 2019

Zuletzt hat sich auch der EuGH erstmals im Rahmen einer Vorlagefrage mit der *Kafāla* auseinandergesetzt. Ein französisches Ehepaar, welches im Vereinigten Königreich lebte, hatte in Algerien die *Kafāla* für ein Kind übernommen. Diesem wurde anschließend keine Einreiseerlaubnis erteilt, da die *Kafāla* nicht mit der Adoption gleichzusetzen und ein Antrag auf internationale Adoption nicht gestellt worden sei.<sup>97</sup>

Das vorlegende Gericht fragte anschließend, ob das Kind ein »Verwandter in gerader absteigender Linie« gem. Art. 2 Nr. 2 lit. c FreizügigkeitsRL<sup>98</sup> ist.<sup>99</sup>

Nach Art. 3 Abs. 1 FreizügigkeitsRL können sich sowohl Unionsbürger als auch ihre Familienangehörigen im Sinne von Art. 2 Nr. 2 FreizügigkeitsRL auf die Rechte aus der Richtlinie berufen.<sup>100</sup> Wer Verwandter in gerader absteigender Linie ist, werde durch autonome Auslegung ermittelt, da die Richtlinie nicht auf innerstaatliches Recht verweist.<sup>101</sup> Den Maßstab bilden im Interesse der Einheit-

<sup>93</sup> EGMR 16.12.2014, *Chbihi Loudoudi* u. a. c. *Belgique*, opinion séparée, Rn. 9.

<sup>94</sup> So auch Najurieta: L'adoption internationale des mineurs, S. 429, Rn. 186.

<sup>95</sup> EGMR 16.12.2014, *Chbihi Loudoudi et al. c. Belgique*, opinion séparée, Rn. 9.

<sup>96</sup> Ebd., Rn. 10.

<sup>97</sup> EuGH 26.3.2019, C-129/18, Rn. 30.

<sup>98</sup> Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten.

<sup>99</sup> EuGH 26.3.2019, C-129/18, Rn. 38.

<sup>100</sup> Ebd., Rn. 48.

<sup>101</sup> Ebd., Rn. 50.

lichen Anwendung des EU-Rechts ihr Wortlaut, ihr Zusammenhang und ihre Ziele.<sup>102</sup> Da sie darauf abziele, die Einheit der Familie zu wahren, sei der Begriff des Abstammungsverhältnisses weit zu verstehen und umfasse biologische sowie rechtliche Verbindungen.<sup>103</sup> Allerdings begründe die *Kafāla* algerischen Rechts kein Abstammungsverhältnis und sei jederzeit entziehbar, sodass der *Makfūl* nicht als Verwandter »in gerader absteigender Linie« anzusehen sei.<sup>104</sup>

Damit stehe den einzelnen Staaten ein Ermessensspielraum zu, der alle Umstände des Einzelfalles und insbesondere das Kindeswohl respektieren müsse.<sup>105</sup> Ausgefüllt werde er durch die Vorschriften der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, allem voran dem Recht auf Achtung des Familienlebens gem. Art. 7 GRCh.<sup>106</sup> Die Vorschrift ist nach Art. 52 Abs. 3 GRCh auch am Maßstab von Art. 8 EMRK zu messen. Da die *Kafāla* zu einem Familienleben im Sinne des Art. 8 Abs. 1 EMRK führen kann (s. o.), könne der *Makfūl* ohne Not ein sonstiger Verwandter nach Art. 3 Abs. 2 lit. a FreizügigkeitsRL sein.<sup>107</sup> Dies hänge davon ab, ob alle Umstände des Einzelfalles und des konkreten Kindes beachtet wurden, wie beispielsweise sein Alter, die Qualität der Beziehung zum Erwachsenen und vorhandene oder potentielle Gefahren für sein Wohl.<sup>108</sup> Letztere können nicht allein daraus abgeleitet werden, dass die *Kafāla* prozessual weniger strenge Vorschriften festlege als das belgische oder internationale Recht im Rahmen von Adoptionen.<sup>109</sup> Sei ein Familienleben nach alledem zu bejahen, bestehe im Hinblick auf Art. 7, 24 GRCh grundsätzlich das Recht auf Einreise als sonstiges Familienmitglied im Sinne von Art. 3 Abs. 2 lit. a FreizügigkeitsRL.<sup>110</sup>

#### IV. Bewertung

Nach den Entscheidungen des EGMR und EuGH ist klar, dass die *Kafāla* aus europäischer Sicht nicht ohne weiteres im Gewande einer Adoption auftreten kann. Dennoch erkennt die Gerichtsbarkeit die legitimen Interessen der Familien und Kinder an und sucht nach anderen rechtlichen Instrumenten, um ihr Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens zu wahren. Sie stellt damit über die Mittel der Auslegung und des Einschätzungsspielraums weitgehende Ergebnisgleichheit her. Besonders lobenswert ist es, dass sich zumindest der EuGH auf eine differenziertere und einzelfallgerechtere Betrachtung festgelegt hat. Da er zugleich über Art. 52 Abs. 3 GRCh die EMRK und damit die Recht-

<sup>102</sup> Ebd., Rn. 51 m. w. N.

<sup>103</sup> Ebd., Rn. 54.

<sup>104</sup> Ebd., Rn. 56.

<sup>105</sup> Ebd., Rn. 63, 68.

<sup>106</sup> Ebd., Rn. 64.

<sup>107</sup> Ebd., Rn. 57.

<sup>108</sup> Ebd., Rn. 66, 68 ff.

<sup>109</sup> Ebd., Rn. 70.

<sup>110</sup> Ebd., Rn. 71.

sprechung des EGMR berücksichtigt, besteht die Hoffnung, dass letzterer – auch im Sinne einiger seiner Richter – fortan näher am Einzelfall operiert.

### E. Fazit

Die *Kafāla* hat ihren Platz in nationalen und internationalen Rechtsvorschriften eingenommen und berücksichtigt das Kindeswohl. In transnationalen Sachverhalten kann sie dennoch nicht mit einer Adoption gleichgesetzt werden. Folglich wäre es zu weitgehend, sie als ›kleinen Bruder der Adoption‹ zu betiteln. Angesichts des oben erwähnten Grundsatzes der Anerkennung fremder Rechtsinstitute ist einzuräumen, dass die *Kafāla* diesen Anspruch an sich auch nicht zu haben braucht. Den Gerichten in Europa gelingt es bis anhin noch, den Interessen arabisch-muslimischer Kinder auch in grenzüberschreitenden Sachverhalten Rechnung zu tragen. Von einer Diskriminierung der ›Kinder islamischen Rechts‹ kann folglich noch nicht gesprochen werden, wenngleich sich hiesige Gerichte und legislative Kräfte nicht darauf ausruhen sollten. Damit erfüllt auch der *pluralisme culturel* seinen Auftrag, indem er auf breiter Basis ein menschenwürdiges Umfeld für hilfsbedürftige Kinder schafft.

يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا.

»Ihr Menschen! Wir haben euch geschaffen (indem wir euch) von einem männlichen und einem weiblichen Wesen (abstammen ließen), und wir haben euch zu Verbänden und Stämmen gemacht, damit ihr euch (auf Grund der genealogischen Verhältnisse) untereinander kennt [...].«<sup>111</sup>

### Bibliographie

- Abdellatif, Soumaya (2021): L'adoption au Maghreb: *quid* de «l'exception» tunisienne?, in: *Parentalité(s) et après?*, hrsg. von Vincent Meyer und Salvatore Stella, Toulouse: Éres, S.299–312.
- Aktion Deutschland Hilft (o.D.): *Algerien – Länderinformation*, [www.aktion-deutschland-hilft.de/de/fachthemen/afrika/algerien](http://www.aktion-deutschland-hilft.de/de/fachthemen/afrika/algerien) (Zugriff: 14.12.2022).
- Aldeeb, Sami/Bonomi, Andrea (Hgg.) (1999): *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag.
- aş-Şāmit, 'Abdullāh/Elyas, Nadeem (2004): *Der edle Qur'ān und die Übersetzung seiner Bedeutungen in die deutsche Sprache*, al-Madīna al-Munawwara: König-Fahd-Komplex zum Druck vom Qur'ān.

<sup>111</sup> Q 49:13 übers. nach Paret: *Der Koran*, S.365.

- Borrmans, Maurice (1977): *Statut Personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, Interaction. L'homme et son environnement social 6, Paris: De Gruyter Mouton.
- Elwan, Omaia (1988): Gesetzgebung und Rechtsprechung, in: *Der Nahe und Mittlere Osten I: Grundlagen, Strukturen und Problemfelder*, hrsg. von Udo Steinbach und Robert Rüdiger, Opladen: Leske + Budrich, S. 221–254.
- Gallala-Arndt, Imen (2015): Die Einwirkung der Europäischen Konvention für Menschenrechte auf das Internationale Privatrecht am Beispiel der Rezeption der Kafala in Europa Besprechung der Entscheidung des EGMR Nr. 43631/09 vom 4.10.2012, Harroudj./Frankreich, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 79.2, S. 405–428.
- Göbel, Alexander (2013): Marokko. Das Schicksal der Berber, in: *Deutschlandfunk*, [www.deutschlandfunk.de/marokko-das-schicksal-der-berber-100.html](http://www.deutschlandfunk.de/marokko-das-schicksal-der-berber-100.html) (Zugriff: 14.12.2022).
- Ibn Aḥmad Ibn Rassoul, Abū-r-Riḍā' Muḥammad (Übers.) (1989): *Auszüge aus dem Ṣaḥīḥ Al-Buḥārīyy. Monolinguale Originalausgabe (Deutsch). Aus dem Arabischen übertragen und kommentiert von Abū-r-Riḍā' Muḥammad Ibn Aḥmad Ibn Rassoul*, Köln: Islamische Bibliothek.
- Jayme, Erik (1996): Kulturelle Identität und Kindeswohl im internationalen Kindschaftsrecht, in: *Praxis des internationalen Privat und Verfahrensrechts (IPRax)*, S. 237–244.
- Jayme, Erik (2022): *Internationales Privatrecht – Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte – Kulturgüterschutz, Kunstrecht und Urheberrecht Vorträge – Aufsätze – Betrachtungen*, Gesammelte Schriften 6, Heidelberg: C. F. Müller.
- Klingenstein, Katja (2000): *Kulturelle Identität und Kindeswohl im deutschen internationalen Adoptionsrecht*, Europäische Hochschulschriften Recht 2893, Frankfurt am Main u. a.: Peter Lang.
- Kohler, Christian (1976): *Das Vaterschaftsanerkennntnis im Islamrecht und seine Bedeutung für das deutsche internationale Privatrecht* (Rechts- und Sozialwissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres Gesellschaft), Paderborn: Ferdinand Schöningh.
- Linant de Bellefonds, Yvon (1973): *Traité de droit musulman comparé*, 3: *Filiation, incapacités, libéralités entre vifs* (Recherches Méditerranéennes, Études IX), Paris: De Gruyter Mouton.
- Mechri, Farouk (2006): *L'Enfant objet et sujet d'affection: approche juridique et juristique des rapports parents-enfant en droit tunisien et en droit compare*, Paris: Publisud.
- Menhofer, Bruno (1997): Zur Kafala des marokkanischen Rechts vor deutschen Gerichten, in: *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, S. 252–255.
- Milliot, Louis/Blanc, François-Paul (1987): *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris: Editions Dalloz.

- Naji El Mekkaoui, Rajaâ (<sup>4</sup>2010): *La Moudawanah (Code Marocain de la Famille): Le Référentiel et le Conventionnel en Harmonie*, Le Mariage et la Filiation 1, Rabat: Editions & Impressions Bouregreg.
- Najurieta, María Susana (2014): L'adoption internationale des mineurs et les droits de l'enfant, in: *Collected Courses of The Hague Academy of International Law* 376, [referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/A9789004297685\\_03](https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/A9789004297685_03) (Zugriff: 8.8.2023).
- Paret, Rudi (Übers.) (<sup>12</sup>2014): *Der Koran* [1979], Stuttgart: W. Kohlhammer.
- Pastena, Adele (2020): *Recognition of Kafala in the Italian Law System from a Comparative Perspective*, Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing.
- Rohe, Mathias (<sup>4</sup>2022): *Das islamische Recht. Geschichte und Gegenwart*, München: C. H. Beck.
- Schereschewsky, Ben-Zion (1975): Adoption, in: *The Principles of Jewish Law* (The Institute for Research in Jewish Law Publication, 6), hrsg. von Elon Menachem, Jerusalem: Encyclopaedia Judaica/Ketter S. 440–441.
- Smith Rotabi, Karen u. a. (2017): The Care of Orphaned and Vulnerable Children in Islam: Exploring *Kafala* with Muslim Social Work Practice with Unaccompanied Refugee Minors in the United States, in: *Journal of Human Rights and Social Work* 2, S. 16–24.
- Winkelsträter, Dagmar (2007): *Anerkennung und Durchführung internationaler Adoptionen in Deutschland. Unter Berücksichtigung des Haager Übereinkommens über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption vom 29. Mai 1993*, Studien zum Internationalen Privat- und Verfahrensrecht 12, Jena: Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft.

