

Nadjma Yassari

## Die Anwendung islamisch geprägter Sorgerechtsnormen vor deutschen Gerichten

In den letzten 40 Jahren haben deutsche Gerichte verstärkt islamisch geprägte Sorgerechtsregelungen angewendet und sich mit der Frage auseinandergesetzt, wann diese Normen wegen Verstoßes gegen den deutschen *ordre-public* außer Betracht bleiben müssen. Dabei drang eine Fülle von Einzelfragen an die Oberfläche, die dazu beitrugen, die diffusen Begriffe des „*ordre-public*“, des „Kindeswohls“ und des „Inlandsbezugs“ zu konkretisieren. Im Folgenden sollen einige Aspekte der deutschen Rechtsprechung zum internationalen Sorgerecht mit Bezügen zu islamisch geprägten Ländern nachgezeichnet werden. Dazu ist zunächst ein Überblick über die Sorgerechtsnormen islamischer Staaten vonnöten.

### 1 Überblick über die Sorgerechtsnormen islamischer Länder

#### 1.1. Das islamische Recht als Grundlage der Regelungen

Grundsätzlich gilt, dass familienrechtliche Normen, die aus islamischen Quellen abgeleitet worden sind, Ähnlichkeiten aufweisen, die eine Verallgemeinerung und eine Zusammenfassung der Normen unter der Überschrift „islamische Sorgerechtsregelungen“ erlauben. Unbenommen bleibt, dass die einzelnen Nationalstaaten im Detail positivrechtlich unterschiedliche Regelungen getroffen haben und zum Teil durch Gesetzesnovellen von den vom traditionellen islamischen Recht vorgegebenen Prinzipien zugunsten moderner Ansätze abgegangen sind.

Der kleinste gemeinsame Nenner des islamischen Sorgerechtssystems ist die Aufspaltung des Sorgerechts in die väterliche Vermögenssorge (arab. *wilāyah*, pers. *velāyat*) und die gemeinsame elterliche Personensorge (arab. *ḥaḍāna*, pers. *hezānat*). Während die Vermögenssorge immer eine väterliche Sorge ist, obliegt die Personensorge beiden Eltern. Träger der *wilāyah* ist der Vater, er wird als *walī* bezeichnet. Der *walī* ist der gesetzliche Vertreter des Kindes, er verwaltet sein Vermögen und macht seine vermögensrechtlichen Ansprüche geltend.<sup>1</sup> Die *wilāyah* ist sowohl das Recht als auch die Pflicht des Vaters. Er kann sich ihrer nicht entledigen. Nur im Falle seiner Behinderung können andere Personen die *wilāyah* ausüben. Die Zuweisung des Sorgerechts folgt dann einem geschlechterorientierten Prinzip: Zunächst sind die männlichen Aszendenten des Kindes berufen, insbesondere der Großvater väterlicherseits, danach erst unter Umständen die Mutter des Kindes oder eine vom Gericht bestimmte Person.<sup>2</sup>

Unter *ḥaḍāna* versteht man die Erziehung und Pflege des Kindes, die Aufsicht über das Kind, die Ordnung seiner gesellschaftlichen Verhältnisse und die Regelung und Berücksichtigung seines Umgangs mit seinen nahen Verwandten. Die Personensorge beinhaltet den körperlichen Schutz und die geistige und moralische Pflege.<sup>3</sup> Sie steht den Eltern grundsätzlich ge-

<sup>1</sup> So Art. 1183 des iranischen Zivilgesetzbuches (folgend: iranZGB); Art. 229 ff des neuen marokkanischen Familiengesetzbuches (folgend: Mudauwana).

<sup>2</sup> Vgl. Art. 1180 ff iranZGB; Art. 230 Mudauwana.

<sup>3</sup> *Ṣafā'ī, S./Emāmī, A., moḥtaṣar-e hoḳūq-e ḥānevāde* [Handbuch des Familienrechts], Teheran 5. Auflage 2002, S. 342.

meinsam zu.<sup>4</sup> Trennen sich die Eltern, so orientiert sich die Zuweisung der Personensorge in der Regel am Alter der Kinder. Oft obliegt das Sorgerecht jüngerer Kinder der Mutter und geht mit Erreichen eines höheren Alters auf den Vater über. Zudem schreiben einige Rechtsordnungen unterschiedliche Altersstufen für Mädchen und Jungen vor.

Die grundsätzliche Berufung des Vaters zur Vermögenssorge der Kinder leitet sich aus seiner Stellung als Familienoberhaupt ab. Als Versorger der Familie habe er mehr Erfahrung im Umgang mit Geld und Vermögen und sei somit besser zur Wahrnehmung der finanziellen Interessen des Kindes befähigt. Die Mutter sei eher dem häuslichen Bereich zuzuordnen. Ihre natürliche Fürsorge und der mütterliche Instinkt befähigen sie zur Wahrnehmung der Personensorge im frühen Alter der Kinder. Daher sei ihr die Personensorge bis zu einem bestimmten Alter der Kinder vorbehalten, während der Vater zu einem späteren Zeitpunkt bei der Erziehung der Kinder eine maßgebliche Rolle spielen solle.<sup>5</sup> Die islamische Rechtswissenschaft sieht hierin keine Diskriminierung im Sinne einer Herabwürdigung der Frau. Es wird vielmehr angeführt, dass sich Vater und Mutter in der Erziehung ergänzen und jedem Elternteil die Aufgabe zukommen müsse, die er zum Wohle des Kindes besser erfüllen könne.

## 1.2 Gesetzesreformen

Die gesellschaftlichen Entwicklungen der Moderne sind jedoch auch an den islamischen Ländern nicht spurlos vorüber gezogen. Die traditionellen Rollen von Mann und Frau sind vor allem durch wirtschaftliche Notwendigkeiten ins Schwanken gekommen und die den Geschlechtern zugeordneten Stärken und Schwächen lassen sich nicht mehr so einfach in vorgegebene Kategorien pressen. In den letzten Jahren haben daher die Gesetzgeber einzelner islamischer Länder Reformen im Bereich des Kindschaftsrechts durchgeführt und neue Rechtskonzepte in ihre Familienrechte integriert; ein Paradigmenwechsel, der hier beispielhaft anhand der Entwicklungen im Sorgerecht des Irans und Marokkos kurz dargestellt werden soll.

### 1.2.1. Iran

1967 erließ der iranische Gesetzgeber ein Familienschutzgesetz (folgend: FSG), welches die Normen des iranischen Zivilgesetzbuches (folgend: iranZGB), das bis dato das Familienrecht regelte, novellierte. Während sich Art. 1169 iranZGB alte Fassung an den unflexiblen Altersgrenzen des schiitisch-islamischen Rechts orientierte,<sup>6</sup> sah das FSG 1967 und sein Nachfolger das FSG 1975 vor, dass auch die Mutter, in Ermangelung des Vaters, *wali* des Kindes sein durfte (Art. 15 FSG). Auch die Personensorge sollte nicht starr nach den Altersgrenzen des Art. 1169 iranZGB alte Fassung zugeteilt, sondern am Maßstab des Kindeswohls gemessen werden. So bestimmte Art. 12 FSG, dass die Regelung über die Personensorge unter Berücksichtigung der sittlichen und finanziellen Situation der Eltern sowie des Wohls des Kindes zu treffen sei.

Die Entfaltung dieser Normen nahm ein jähes Ende mit der Rechtsunsicherheit bezüglich der Weitergeltung des FSG in den Jahren nach der islamischen Revolution von 1979. Zwar wurden einige Artikel des FSG, so etwa die Scheidungsnormen, durch neue Gesetze unanwendbar,<sup>7</sup> das

<sup>4</sup> Vgl. Art. 1168 iranZGB; Art. 164 Mudawana.

<sup>5</sup> Für das iranische Recht siehe *Kätüziyân, N.*, *hoqûq-e madanî, hânevâde, ülâd* [Zivilrecht, Familie, Kinder], Teheran 1999, Bd. 2, S. 133–139.

<sup>6</sup> Art. 1169 iranZGB alte Fassung: „Die Mutter hat das Sorgerecht bis zum zweiten Lebensjahr der Kinder. Danach geht die Sorge auf den Vater über, mit Ausnahme der Töchter, für die die Mutter bis zum siebenten Lebensjahr sorgt.“ Eigene Übersetzung der Verfasserin.

<sup>7</sup> Siehe hierzu *Yassari, N.*, Überblick über das iranische Scheidungsrecht, in: *FamRZ* 2002, S. 1088–1094.

Gesetz selbst wurde jedoch nie in toto aufgehoben. Manche Rechtswissenschaftler lehnten seine Anwendbarkeit ab. Andere erachteten nur Teile davon als unwirksam. Tatsächlich ist lediglich Art. 15 FSG ausdrücklich außer Kraft gesetzt worden.<sup>8</sup> Ein Blick auf die Rechtsprechung des Teheraner Familiengerichts zeigt, dass Art. 12 FSG weiterhin als Grundlage von Sorgerechtsentscheidungen herangezogen wird.<sup>9</sup>

Die in Art. 12 FSG zugunsten des Kindeswohls getroffene Wertung wurde in der Gesetzesnovelle von Art. 1169 iranZGB vom Dezember 2003 aufgegriffen und ausdrücklich bestätigt. Der neue Art. 1169 iranZGB bestimmt, dass die Personensorge eines Kindes, dessen Eltern getrennt leben, primär der Mutter obliegt bis die Kinder das siebente Lebensjahr erreicht haben und erst danach dem Vater. Können sich die Eltern eines Kindes, das sein siebentes Lebensjahr erreicht hat, nicht über die Ausgestaltung der Personensorge einigen, so entscheidet hierüber das Gericht unter Berücksichtigung des Wohls des Kindes. Zwar hält Art. 1169 iranZGB neue Fassung immer noch an den Altersstufen fest; diese sind aber vereinheitlicht und kommen zudem nur dann zur Anwendung, wenn sich die Eltern über die Zuteilung der Personensorge einig sind. Im Streitfall entscheidet somit das Gericht im Interesse des Kindes.

### 1.2.2. Marokko

Auch in Marokko ist der Gesetzgeber von der Zuteilung des Sorgerechts nach Altersstufen zugunsten des Kindeswohls abgegangen. Während Art. 102 des alten Gesetzbuches über das Personen- und Erbrecht, das auf dem malikitisch-islamischen Recht beruht, noch unterschiedliche Sorgerechtsalter für Mädchen (12. Lebensjahr) und Jungen (15. Lebensjahr) bestimmte, vereinheitlicht Art. 166 des neuen Familiengesetzbuches vom 4. Februar 2004 (folgend: Mudauwana)<sup>10</sup> die Altersstufen. Art. 171 Mudauwana enthält zudem eine Sorgerechtsregelung, die sich im Streitfall nicht am Alter der Kinder, sondern an deren Wohl orientiert.<sup>11</sup> Ferner ist zu erwähnen, dass der Ehemann nicht mehr als Familienoberhaupt bezeichnet wird.<sup>12</sup> Trennen sich also die Eltern eines Kindes, so kommt zunächst der Mutter, dann dem Vater die Personensorge zu.<sup>13</sup> Diese Zuweisung kann aber abgeändert werden, wenn die Interessen des Kindes anderes erfordern. Zudem kann das Kind, sofern es das 15. Lebensjahr erreicht hat, selber entscheiden bei wem es leben möchte (Art. 166 Mudauwana).<sup>14</sup>

### 1.3. Fazit

Das Kindeswohl als Ansatzpunkt für die Zuteilung des Sorgerechts ist zumindest im Bereich der Personensorge den Regelungen islamischer Länder nicht fremd. Während lange Zeit die Zuteilung der Personensorge nach Gesichtspunkten einer projizierten biologischen und gesellschaftlichen Befähigung der Eltern beurteilt wurde, ist es nun möglich, eine gerichtliche Entscheidung über die Personensorge – über die Einteilungskriterien Alter und Geschlecht hinaus – nach Anhörung des Kindes und beider Eltern im Interesse des Kindes herbeizuführen.

<sup>8</sup> Gesetzblatt Nr. 10094 vom 26.7.1358 / 16.5.1979.

<sup>9</sup> Der Verfasserin liegen einige Urteile des Teheraner Familiengerichts vor.

<sup>10</sup> Für eine Übersetzung in Auszügen siehe: Nelle, D., Marokko: Neues Familiengesetzbuch, in: StAZ 2005, S. 276–283.

<sup>11</sup> Siehe auch Wohlgenut, G., Die neue Moudawana – Ausblick auf das marokkanische Familienrecht und seine Reformen, in: FamRZ 2005, S. 1949–1960.

<sup>12</sup> Nelle (Anm. 10), S. 276.

<sup>13</sup> Nelle, D., Neue familienrechtliche Entwicklungen im Maghreb, in: StAZ 2004, S. 253–269.

<sup>14</sup> Ebert, H., Das neue Personalstatut Marokkos: Normen, Methoden und Problemfelder, in: ORIENT (4) 2005, S. 609–631.

## 2 Die deutsche Rechtsprechung zur elterlichen Sorge in Fällen mit Bezug zu islamischen Ländern

### 2.1. Ordre-public-Regelung im deutschen EGBGB

Nach Art. 6 EGBGB ist eine kollisionsrechtlich berufene, ausländische Norm dann nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich nicht vereinbar ist. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn die fremde Norm grundrechtswidrig ist.<sup>15</sup> Daher ist die ordre-public-Klausel auch als „Einbruchsstelle der Grundrechte in das internationale Privatrecht“ bezeichnet worden.<sup>16</sup> Allerdings führt nicht jede Anwendung einer ausländischen Norm, dessen Inhalt bei einem reinen Inlandsfall grundrechtswidrig wäre, bereits zur offensichtlichen Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts.<sup>17</sup> Vielmehr bedarf es einer ausreichenden Inlandsbeziehung im Einzelfall.<sup>18</sup> Für die Frage, ob der deutsche ordre-public durchgreift, ist somit keine rein abstrakte oder generelle Prüfung der in Betracht kommenden Norm vorzunehmen. Es kommt darauf an, ob und inwieweit dem verletzten Grundrecht im konkreten Sachverhalt wegen der starken Beziehung zu Deutschland Geltung verschafft werden muss.<sup>19</sup> Die jeweils erforderliche Intensität der Inlandsbeziehung steht in Relation zu dem jeweiligen Gehalt der zu prüfenden Norm: Je markanter der Verstoß gegen die „deutschen Gerechtigkeitsvorstellungen“ ist, desto schwächer kann die für die Anwendung von Art. 6 EGBGB notwendige Inlandsbeziehung sein.<sup>20</sup>

### 2.2. Das Prinzip des Kindeswohls im Sorgerecht

Im Vordergrund des deutschen Sorgerechts steht das Kindeswohl (§ 1697a BGB).<sup>21</sup> In mehreren höchstrichterlichen Entscheidungen sind die Grundpfeiler für die Konkretisierung des Kindeswohls festgelegt worden: das Kind ist in seiner Individualität Grundrechtsträger und die verantwortliche Erziehung der Eltern muss auf sein Wohl ausgerichtet sein.<sup>22</sup> Dies gilt auch und gerade bei einer Scheidung. Dort muss bei der Entscheidung über die elterliche Sorge das Wohl des Kindes ausschlaggebend sein. Indes begnügt sich der BGH nicht mit dieser Feststellung, sondern konkretisiert hier das Kindeswohl anhand des Förderungsprinzips: Derjenige Elternteil soll die elterliche Sorge erhalten, bei dem das Kind vermutlich die meiste Unterstützung für den Aufbau seiner Persönlichkeit erwarten kann.<sup>23</sup> Zudem übernimmt der BGH den vom BVerfG entwickelten Grundsatz, wonach der Wille des Kindes zu berücksichtigen ist, soweit dies seinem Wohl entspricht.<sup>24</sup> Auf eine ausländische Staatsangehörigkeit des Kindes kommt es hierbei

<sup>15</sup> Palandt (-Heldrich), BGB, 65. Auflage 2006, EGBGB 6, Rz. 4.

<sup>16</sup> BGH 20.12.1972, BGHZ 60, S. 78; BGH 14.10.1992, FamRZ 1993, S. 316; Palandt (-Heldrich) (Anm. 15), EGBGB 6, Rz. 7.

<sup>17</sup> BGH 14.10.1992 (Anm. 16); BVerfG 4.5.1971, BVerfGE 31, S. 58.

<sup>18</sup> BVerfG 4.5.1971 (Anm. 17), S. 77; BGH 20.12.1972 (Anm. 16), S. 79; Palandt (-Heldrich) (Anm. 15), EGBGB 6, Rz. 6; Münchener Kommentar zum BGB (-Sonnenberger), BGB, 2. Auflage 1990, EGBGB 6, Rz. 40.

<sup>19</sup> BGH 30.10.1974, BGHZ 63, S. 219.

<sup>20</sup> Palandt (-Heldrich) (Anm. 15), EGBGB 6, Rz. 6 mit weiteren Verweisen.

<sup>21</sup> Siehe auch Motzer, S., Die Rechtsprechung zur Elterlichen Sorge und zum Umgangsrecht seit 2004, in: FamRZ 2006, S. 73–82.

<sup>22</sup> BGH 14.10.1992 (Anm. 16); so auch BVerfG 21.5.1974, BVerfGE 37, S. 252.

<sup>23</sup> BGH 14.10.1992 (Anm. 16); beruhend auf BVerfG 5.11.1980, BVerfGE 55, S. 181.

<sup>24</sup> BVerfG 5.11.1980 (Anm. 23), S. 182; KG Berlin 1.7.2005, FamRZ 2005, S. 1768; OLG Hamm 10.5.2004, FamRZ 2005, S. 746.

nicht an; auf das Grundrecht des Art. 2 I GG können sich deutsche wie ausländische Staatsangehörige gleichermaßen berufen.<sup>25</sup>

Diese Gedanken haben auch die Beurteilung von Fällen mit Bezug zum islamischen Sorgerecht beeinflusst. Zudem haben einige Aspekte der Sorgerechtsregelungen islamisch geprägter Länder besondere Beachtung erhalten: hierzu zählen insbesondere die internationalprivatrechtliche Relevanz der (Un)Gleichbehandlung der Geschlechter bei der Zuteilung des Sorgerechts und die Religionszugehörigkeit als Merkmal für die Ausübung der elterlichen Sorge. Auch der Begriff des Inlandsbezugs ist in der Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt worden.

### 2.3. Gleichberechtigung der Geschlechter

Wie oben ausgeführt, sieht das islamische Sorgerecht Regelungen vor, die zwischen väterlicher Vermögenssorge und elterlicher Personensorge unterscheiden. Die Frage, inwieweit diese geschlechterspezifischen Normen, die gegen Art. 3 II GG verstoßen, auch ordre-public-widrig und somit nicht anzuwenden sind, ist in der deutschen Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet worden.

In einem 1972 entschiedenen Fall zum iranischen Recht hielt der BGH<sup>26</sup> die Spaltung in väterliche Vermögens- und elterliche Personensorge für hinnehmbar. Zunächst bemühte der BGH das Argument, dass man nach deutschem Recht (§ 1671 IV BGB alte Fassung)<sup>27</sup> zum gleichen Ergebnis kommen könne.<sup>28</sup> Des Weiteren führte er aus, dass die väterliche Gewalt zwar nach iranischem Recht beim Vater liege, doch könne sie bei ernstlicher Gefährdung des Kindesinteresses eingeschränkt oder dem Vater entzogen und auf die Mutter übertragen werden. Zudem, so der BGH, käme es darauf an, ob und inwieweit das Grundrecht in Bezug auf den konkreten Sachverhalt Geltung beanspruche, insbesondere unter Berücksichtigung der Gleichstellung anderer Staaten und der Eigenständigkeit ihrer Rechtsordnungen.<sup>29</sup> Mit anderen Worten galt es zwischen der Durchsetzung der grundrechtlich gewährleisteten Gleichberechtigung der Geschlechter und dem Interesse des Ausländers an der Beibehaltung und Anwendung seines Heimatrechts zu entscheiden.<sup>30</sup> Die Erörterung der Gleichberechtigung situierte sich somit im Spannungsfeld zwischen dem Respekt für die fremde Rechtsordnung („keine unnötige Aufoktroierung deutschen Rechts“<sup>31</sup>) und dem von der deutschen Verfassung garantierten Diskriminierungsverbot (Art. 3 II und III GG). Der ausschlaggebende Anhaltspunkt für die verstärkte Gewichtung der einen oder anderen Seite sei, so der BGH, die Stärke des Inlandsbezugs.<sup>32</sup>

<sup>25</sup> BVerfG 18.7.1973, BVerfGE 35, S. 399.

<sup>26</sup> BGH 20.12.1972 (Anm. 16).

<sup>27</sup> § 1671 IV BGB alte Fassung: „Die elterliche Gewalt soll in der Regel einem Elternteil allein übertragen werden. Erfordert es das Wohl des Kindes, so kann einem Teil die Sorge für die Person, dem anderen die Sorge für das Vermögen des Kindes übertragen werden.“

<sup>28</sup> Dabei übersah der BGH jedoch, dass die Aufspaltung im iranischen Recht keinen sachlichen, objektivierbaren Kriterien folgt. Der Mutter wird die Vermögenssorge aus pseudo-biologisch bzw. soziologisch begründeten Motiven (Gefühlsbetontheit von Frauen im Allgemeinen und Müttern im Besonderen, traditionelle Rolle der Frau bedinge die fehlende Befähigung zur Vermögensverwaltung) vorenthalten. Heute schließt die Übereinstimmung des ausländischen Rechts mit dem früheren deutschen Recht einen Verstoß gegen den ordre-public nicht aus, siehe *Jayme, E., Methoden der Konkretisierung des ordre-public im IPR*, Heidelberg 1988, S. 33.

<sup>29</sup> BGH 20.12.1972 (Anm. 16), S. 78.

<sup>30</sup> BGH 20.12.1972 (Anm. 16), S. 79; so auch BGH 22.3.1967, BGHZ 47, S. 324 zur Legitimität des Interesses des Ausländers an der Beibehaltung und Anwendung seines Heimatrechts.

<sup>31</sup> BGH 20.12.1972 (Anm. 16), S. 79; OLG Celle 5.12.1989, IPRax 1991, S. 259: „[...] nicht Aufgabe des Senats, den ausländischen Beteiligten über den ordre-public eine für sie fremde deutsche Rechtsvorstellung aufzudrängen.“

<sup>32</sup> So auch *Hohloch, G.*, JuS 1993, S. 969.

Der Schwerpunkt der Debatten hat sich im Laufe der Zeit verlagert. Das Argument, dass das Interesse des ausländischen Beteiligten an der Anwendung seines Rechts zu berücksichtigen ist, erscheint vor allem in jenen Fällen fragwürdig, in denen sich auch die ausländischen Beteiligten auf die Grundsätze des deutschen Rechts berufen.<sup>33</sup> Der BGH<sup>34</sup> argumentierte nun mit dem Wächteramt des Staates, die Pflege und Erziehung des Kindes zu überwachen sowie dem Grundrecht des Kindes auf persönliche Entfaltung. Diese würden durch eine Entscheidung verletzt, die in Anwendung fremden Rechts nicht das Wohl des Kindes bei der Entscheidung über die elterliche Sorge zum Richtmaß nimmt, sondern eine typisierte Regelung solange gelten lässt, wie sie das Wohl des Kindes nicht gefährdet.<sup>35</sup> Mit anderen Worten, ein *ordre-public*-Verstoß ist nicht erst dann gegeben, wenn die Anwendung der grundrechtswidrigen ausländischen Norm im Ergebnis das Kind in seiner Person oder seinem Vermögen ernstlich gefährdet; die Eingriffsschwelle für den *ordre-public* ist niedriger: Eine Sorgerechtszuteilung ist mit den Grundrechten bereits dann unvereinbar, wenn sie unter Verstoß gegen Art. 3 II GG das Kindeswohlprinzip nicht zum entscheidenden Maßstab macht.<sup>36</sup> Eine Grundrechtsbeeinträchtigung ist somit dann gegeben, wenn der Richter durch die Anwendung eines Rechts, das Männer und Frauen ungleich behandelt, dazu gezwungen wäre, das Sorgerecht des Vaters zu akzeptieren, obgleich er der Auffassung ist, dass das Kindeswohl eine Zuweisung an die Mutter verlangt.<sup>37</sup>

1993 bestätigte der BGH seine Entscheidung. Die geschlechterspezifische Aufspaltung des Sorgerechts sei dann unbedenklich, wenn sie in concreto mit dem Wohl des Kindes vereinbar sei.<sup>38</sup> Stellt eine Entscheidung über die elterliche Sorge auf das Wohl des Kindes ab, so ist der Elternteil, der ganz oder teilweise von der Ausübung der elterlichen Sorge ausgeschlossen ist, nicht in seinen Grundrechten verletzt.<sup>39</sup> Entsteht ein Konflikt zwischen den Interessen der Eltern und denen des Kindes, kommt den Kindesinteressen der Vorrang zu.<sup>40</sup> Das Prinzip der Gleichberechtigung der Geschlechter bei der Zuteilung der elterlichen Sorge meint nicht mehr „gleiches Recht der Eltern“, sondern orientiert sich primär am Interesse des Kindes, ist also ein dem Kindeswohl nachgeordneter Gesichtspunkt.<sup>41</sup> Insofern ist die Frage, ob die Anwendung gleichheitswidriger ausländischer Normen gegen den deutschen *ordre-public* verstößt, in Sorgerechtsfällen anders zu behandeln als in reinen Ehesachen zwischen Ehegatten.<sup>42</sup> Es ist nicht zu fragen, ob die Zuweisung der elterlichen Sorge an ein Elternteil abstrakt gegen Art. 3 II GG verstößt, sondern, ob diese Zuweisung im konkreten Fall dem Kindeswohl widerspricht.<sup>43</sup>

Den Kernpunkt bei der Beurteilung eines Verstoßes gegen den deutschen *ordre-public* bildet somit die Frage, ob das anzuwendende fremde Recht bei der Zuteilung des Sorgerechts das Kindeswohl berücksichtigt. Angesichts der oben genannten Tendenz der Gesetzgeber ausgewählter islamischer Länder, das Kindeswohl bei der Zuteilung der elterlichen Personensorge

<sup>33</sup> So die iranische Mutter in BGH 14.10.1992 (Anm. 16).

<sup>34</sup> BGH 14.10.1992 (Anm. 16).

<sup>35</sup> *Henrich, D.*, Elterliche Sorge in den islamischen Rechten und *ordre-public*, in: IPRax 1993, S. 83.

<sup>36</sup> *Rauscher, T.*, Iranische Sorgerechtsbestimmungen – Deutscher *ordre-public*, in: JR 1994, S. 184–188.

<sup>37</sup> *Henrich* (Anm. 36), S. 83.

<sup>38</sup> BGH 21.4.1993, FamRZ 1993, S. 1053; OLG Bremen 21.10.1991, FamRZ 1992, S. 343; OLG Frankfurt/Main 19.11.1990, FamRZ 1991, S. 732; *Henrich, D.*, IPRax 1993, 336.

<sup>39</sup> BGH 21.4.1993 (Anm. 38); BVerfG 5.11.1980 (Anm. 23), S. 184; OLG Düsseldorf 29.11.1985, FamRZ 1986, S. 298.

<sup>40</sup> BGH 14.10.1992 (Anm. 16); so auch BVerfG 21.5.1974 (Anm. 22), S. 252.

<sup>41</sup> *Coester, M.*, Sorgerecht und Ehwohnung bei getrennt lebender iranischer Familie, in: IPRax 1991, S. 236–237.

<sup>42</sup> Vgl. *Jayme, E.*, IPRax 1998, S. 213–214.

<sup>43</sup> *Coester* (Anm. 41), S. 236; so auch OLG Frankfurt/Main 15.10.1979, FamRZ 1980, S. 80, wonach es primär auf eine Erziehungs- und Geborgenheitskontinuität ankommt.

zum Maßstab zu machen, müsste somit in Zukunft der deutsche *ordre-public* weniger oft bemüht werden.<sup>44</sup>

#### 2.4. Sorgerechtszuteilung bei Kindern aus gemischt-religiösen Verbindungen

Bisweilen beschäftigen sich die Gerichte mit der Frage, inwieweit die Religionszugehörigkeit der Beteiligten bei der Zuteilung des Sorgerechts eine Rolle spielen darf.

##### 2.4.1. *Nicht-muslimische Elternteile als Sorgerechtsberechtigte für muslimische Kinder*

Nach dem Recht einiger islamischer Länder kann einem nicht-muslimischen Elternteil die Personensorge<sup>45</sup> oder die Vermögenssorge<sup>46</sup> für ein muslimisches Kind nicht übertragen werden. Die Verknüpfung der elterlichen Sorge mit der Religionszugehörigkeit verstößt gegen Art. 3 III GG.<sup>47</sup> Es ist somit zu prüfen, ob eine solche Norm *ordre-public-widrig* ist. Da es sich in diesen Fällen im Regelfall um gemischt-nationale Ehen handelt, bejaht die Rechtsprechung regelmäßig den Inlandsbezug und wendet die Regelung wegen Verstoßes gegen den deutschen *ordre-public* nicht an.<sup>48</sup> In konsequenter Fortführung der Rechtsprechung des BGH müsste diese grundrechtswidrige ausländische Norm allerdings dann hingenommen werden, wenn sie im zu beurteilenden Einzelfall im Ergebnis dem Kindeswohl entspräche.

##### 2.4.2. *Religion als Kriterium für die Sorgerechtszuteilung*

Die Religionsunterschiedlichkeit ist auch verschiedentlich von den Streitparteien herangezogen worden, um die alleinige Sorge für das Kind zugesprochen zu bekommen. Typischerweise geht es in diesen Fällen um Parteien mit unterschiedlicher Religionszugehörigkeit, die sich vor allem darüber streiten, ob die Zugehörigkeit eines Elternteils zu einer bestimmten Religion seine Erziehungsfähigkeit beeinträchtigt.

Es ist zu beobachten, dass die deutsche Rechtsprechung die Religionszugehörigkeit nicht als determinierenden Faktor für die Sorgerechtszuteilung ansieht.<sup>49</sup> So beschwört das OLG Nürnberg<sup>50</sup> den „weltanschaulich neutralen Staat“ und erläutert, dass die Eltern unterschiedliche Religionszugehörigkeiten haben, im Rahmen einer Kindeswohlprüfung keine entscheidende Rolle zukäme. Im Vordergrund, so das OLG Frankfurt,<sup>51</sup> stehe vielmehr die Frage, bei welchem Elternteil das Wohl der in hiesigen Verhältnissen aufwachsenden Kinder am besten gewährleistet ist. Es gehe dabei nicht um einen „Religionsvergleich“, nach dem Motto welche Religion ist „toleranter“, so das OLG weiter. Würde der Glaubenszugehörigkeit der Eltern per se eine determinierende Rolle zukommen, wäre dies ein „Rückfall in die Zeiten der Hexen-

<sup>44</sup> So noch zum marokkanischen Recht OLG Hamm 13.7.2000, IPRspr 2000, Nr. 81, das Art. 107 des (früheren) marokkanischen Gesetzbuch über das Personen- und Erbrecht mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts für unvereinbar hielt, weil dort die gebotene ausschließliche Orientierung der Sorgerechtsregelung am Kindeswohl und -willen außer Acht gelassen wurde; OLG Frankfurt/Main 10.11.1981, IPRspr. 1976, Nr. 151.

<sup>45</sup> So etwa Art. 155 jordanisches Personalstatutgesetz, Gesetz Nr. 61 aus 1976.

<sup>46</sup> So Art. 1192 iranZGB für die Vermögenssorge.

<sup>47</sup> Generell zur Problematik der Religionsunterschiedlichkeit im internationalen Familien- und Erbrecht siehe OLG Hamm 28.2.2005, FamRZ 2005, S. 1705; KG Berlin 16.6.2004, FamRBint 2005, S. 69.

<sup>48</sup> OLG Hamm 8.2.1990, FamRZ 1990, S. 782; *Klinkhardt, H.*, Ein Kind in Jordanien, in: FamRZ 1991, S. 176; OLG Koblenz 4.8.2004, FamRBint 2005, S. 6; OLG Düsseldorf 23.3.1993, IPRspr. 1993, Nr. 5.

<sup>49</sup> OLG Hamburg 21.6.1995, FamRZ 1996, S. 684; weitere Nachweise bei *Garbe, R.*, FamRZ 1996, S. 684.

<sup>50</sup> OLG Nürnberg 30.3.2001, FamRZ 2001, S. 1639.

<sup>51</sup> OLG Frankfurt 01.10.1998, FamRZ 1999, S. 182.

verbrennung“,<sup>52</sup> denn es sei mit Art. 4 I GG unvereinbar, einem Elternteil wegen seiner Glaubenszugehörigkeit die Eignung zur Ausübung der elterlichen Sorge abzusprechen.<sup>53</sup> Die Ansicht, allein die Zugehörigkeit zu einem Religionsbekenntnis würde bereits indizieren, dass einem solchen Elternteil die Erziehungsfähigkeit fehle, widerspricht dem in Art. 4 GG statuierten Grundsatz der Glaubensfreiheit.<sup>54</sup> Selbst wenn eine Glaubensgemeinschaft sektiererischen Charakter haben sollte, so das OLG weiter, würde dies für die Entscheidung gemäß § 1671 BGB nur dann von Bedeutung sein, wenn im konkreten Fall Einzelheiten dafür vorgetragen werden, dass die Kinder zur Lebensuntüchtigkeit erzogen oder ihrer Umwelt entfremdet würden. Ähnlich begründet das OLG Nürnberg<sup>55</sup> seine Entscheidung. Lediglich dann, „wenn die Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit eines Elternteils zu einer Glaubensgemeinschaft konkret zu Erziehungszielen und Erziehungsmethoden oder sonstigen Methoden führt, die mit dem Wohlergehen und dem Recht des Kindes auf eine Förderung seiner Entwicklung und auf eine Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit nicht vereinbar sind,“ kann die Religionszugehörigkeit bei der Entscheidung über die Zuteilung des Sorgerechts mit einfließen.<sup>56</sup>

In seiner jüngsten Entscheidung vom Mai 2005 stellt der BGH<sup>57</sup> jedenfalls klar, dass dem Streit zwischen Eltern über die Religionszugehörigkeit ihres Kindes generell keine ausschlaggebende Bedeutung für die Sorgerechtsregelung beizumessen ist.<sup>58</sup> Obschon auch kritische Stimmen gegen das Urteil erhoben wurden,<sup>59</sup> ist es erfreulich, dass der BGH die Frage nach der religiösen Erziehung versachlicht und die Religion als einen Teilaspekt der Erziehungsaufgabe der Eltern erachtet. Das Problem bleibt indes bestehen: Die deutschen Richter müssen darüber entscheiden, welche religiöse Erziehung dem Kindeswohl „zuträglicher“ ist. Eine Aufgabe, die schwer zu erfüllen sein wird.<sup>60</sup>

## 2.5. Inlandsbezug

Schließlich hängt – wie oben ausgeführt – die Bejahung einer Grundrechtsverletzung gerade in familienrechtlichen Fällen bei denen Art. 3 II GG von Bedeutung ist, vom Maß der Inlandsbeziehung ab.<sup>61</sup> Dabei gilt es die Kriterien festzulegen, an denen die Stärke des Inlandsbezugs zu ermitteln ist.

<sup>52</sup> *Garbe* (Anm. 49), S. 684.

<sup>53</sup> So bereits BayObLG 25.9.1976, FamRZ 1976, S. 43.

<sup>54</sup> OLG Hamburg 21.6.1995 (Anm. 49).

<sup>55</sup> OLG Nürnberg 30.3.2001, FamRZ 2001, S. 1639.

<sup>56</sup> So auch OLG Düsseldorf 1.2.1995, FamRZ 1995, S. 1511.

<sup>57</sup> BGH 11.5.2005, FamRZ 2005, S. 1167.

<sup>58</sup> *Ehinger, U.*, Bedeutung des Streits der Eltern über die Religionszugehörigkeit ihres Kindes, in: FPR 2005, S. 367; *Luthin, H.*, FamRZ 2004, S. 1168.

<sup>59</sup> Siehe nur das Pamphlet von *Weyhardt, D.*, FamRZ 2005, S. 1534.

<sup>60</sup> Etwas unglücklich die Formulierung des OLG Frankfurt 1.10.1998, FamRZ 1999, S. 182, wonach der christlichen Mutter der Vorzug über den islamischen Vater zu geben sei, da es dem Kindeswohl widerspreche, wenn das Kind „zu religiös determinierten Verhaltensweisen angehalten werden würde, die eine Integration in die sozialen und gesellschaftlichen Gegebenheiten am Ort ihres Lebensmittelpunktes (Deutschland) eher erschweren.“ Obschon das Kindeswohl hier als Maßstab herangezogen wurde, bleibt seine Konkretisierung vor dem Hintergrund der Integrationsdebatten in Deutschland bedenklich.

<sup>61</sup> *Hohloch* (Anm. 32), S. 969.

### 2.5.1. Staatsangehörigkeit

Als gefestigt gilt, dass es für die Beurteilung der Stärke des Inlandsbezugs nicht allein auf die Staatsangehörigkeit der Beteiligten ankommen kann,<sup>62</sup> da es ja gerade darum geht, in einem Fall mit Auslandsbezug, der durch die ausländische Staatsangehörigkeit der Beteiligten indiziert ist, den Grad des Inlandsbezugs zu verorten.<sup>63</sup> Zwar kann sich die Staatsangehörigkeit auf die Stärke der Inlandsbeziehung dadurch auswirken, dass nur einzelne Beteiligte Ausländer und andere Inländer sind. In einer solchen Konstellation wäre der Inlandsbezug höher als in einem Fall, in dem alle Beteiligten ausländische Staatsangehörige sind. Dies bedeutet aber nicht, dass in einem Fall mit ausschließlich ausländischen Beteiligten der Inlandsbezug automatisch verneint werden muss.<sup>64</sup>

### 2.5.2. Religion

Fraglich ist außerdem, ob eine gemeinsame Religion der Beteiligten geeignet ist, den Grad des Inlandsbezugs zu bestimmen. Das AG Essen<sup>65</sup> begründete etwa die Nichtanwendung des *ordre public* mit der ausschließlich gemeinsamen libanesischen Staatsangehörigkeit und der gemeinsamen islamischen Religionszugehörigkeit aller Beteiligten. So auch das OLG Stuttgart,<sup>66</sup> das angesichts der einheitlichen Staats- und Religionszugehörigkeit aller Beteiligten, trotz des starken Inlandsbezugs, die grundrechtswidrige ausländische (dort: ägyptische) Norm als nicht *ordre public*-widrig erachtete. Denn, so das OLG, trotz aller Inlandsbeziehungen und der Dauer des Aufenthalts in der Bundesrepublik „halten beide Elternteile an ihrer ägyptischen Staatsangehörigkeit und ihrer islamischen Religionszugehörigkeit fest.“

Diese Sichtweise ist zudem mit der Argumentation unterstützt worden, dass das ausländische (dort: libanesisch) Recht aufgrund seiner religiösen Grundlage in den Schutzbereich des Art. 4 GG fiele. Die Religionsfreiheit gäbe der Anwendung ausländischen religiösen Rechts ein verstärktes Gewicht, was zur Folge haben kann, dass die Inlandsbeziehung eine besonders intensive sein müsse, um das Eingreifen des deutschen *ordre public* zu rechtfertigen.<sup>67</sup>

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Zum einen fehlt der logische Zusammenhang zwischen der Religion der Parteien und der Verfestigung ihrer Verhältnisse in Deutschland: Indiziert die Zugehörigkeit zu einer Religion den Grad der Bindung eines Menschen zu einem Staat? Man bekommt den Eindruck, als gäbe es eine „inländische“ und eine „ausländische“ Religion. Gemeint sein könnte aber auch, dass dadurch, dass alle Beteiligten die gleiche Religion haben und das berufene Recht auf dieser Religion beruht, die Verbindung zum Ausland stärker sei als zum Inland und somit der *ordre public*-Vorbehalt nicht greife. Bedenklich ist diese Argumentation deshalb, weil gerade jene Normen, die regelmäßig gegen die Grundrechte verstoßen, eine religiöse Basis haben. Würde man sie stärken, weil sie religiösen Ursprungs sind, würde man auf religiösem Recht beruhenden Familienrechten einen Schutz zuerkennen, der auf säkularen Prinzipien beruhenden Familienrechten nicht zuerkannt wird. Anders formuliert wäre dann fremdes, auf religiösen Grundlagen beruhendes Familienrecht ohne objektivierbare Grundlage schutzwürdiger als fremdes, nicht religiöses Recht. Zum anderen müssten die deutschen Gerichte in den Fällen, in denen das durch die Kollisionsnorm berufene Recht eine

<sup>62</sup> Coester (Anm. 41), S. 236.

<sup>63</sup> So auch Dörner, H., Zur Beerbung eines in der Bundesrepublik verstorbenen Iraners, in: IPRax 1994, S. 36.

<sup>64</sup> Der BGH, der noch 1972 die Staatsangehörigkeit als determinierenden Faktor betonte, hat diesen Standpunkt 1992 aufgegeben, BGH 14.10.1992 (Anm. 16).

<sup>65</sup> AG Essen 24.09.1997, IPRax 1998, S. 213.

<sup>66</sup> OLG Stuttgart 10.3.1986, IPRspr. 1986, Nr. 77.

<sup>67</sup> So Jayme (Anm. 42), S. 214.

religiöse Quelle hat, die mit der Religion der Beteiligten korrespondiert, den Inlandsbezug der Beteiligten regelmäßig verneinen. Die Tatsache, dass ausländisches Recht in der einen oder anderen Weise ausgestaltet ist, kann den Grad der Inlandsbeziehung, den ein bestimmter Sachverhalt zu Deutschland aufweist, nicht bestimmen.

### 2.5.3. *Starker Inlandsbezug*

Stichhaltigere Kriterien, an denen der Inlandsbezug gemessen werden kann, sind vielmehr ein langjähriger Aufenthalt in Deutschland,<sup>68</sup> die Nutzung der deutschen Sprache als gemeinsame Sprache der Beteiligten,<sup>69</sup> der Schulbesuch, die Ausbildung und Sozialisierung in Deutschland, die fehlende Rückkehrabsicht in das Ursprungsland bzw. die von Anfang an bestehende Absicht in Deutschland zu bleiben.<sup>70</sup> mithin die Verfestigung der Inlandsverhältnisse.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist der Inlandsbezug zudem stark ausgeprägt, wenn sich die Parteien um die deutsche Staatsangehörigkeit bemüht haben; hingegen schwach, wenn die Parteien ihr Heimatland unter Zwang, also nicht freiwillig verlassen haben, da sie nach Wegfall der Umstände, die ihr Verlassen begründet haben, wieder zurückkehren können. Bisweilen verlangt der BGH, dass eine vollständige Eingliederung in das deutsche soziale Umfeld stattgefunden hat.<sup>71</sup> Bestehen daher noch intensive Beziehungen zum Heimatland, so ist der Inlandsbezug geschwächt.<sup>72</sup>

Es darf nicht vergessen werden, dass die Prüfung des Inlandsbezugs immer eine Wertung beinhaltet. Es sollte nicht so sehr darauf ankommen tatsächliche Aspekte, die entweder Bezug zur Bundesrepublik Deutschland oder dem Heimatland der Beteiligten haben, „aufzuaddieren“.<sup>73</sup> Es muss vielmehr geprüft werden, ob die tatsächlichen Aspekte des zu entscheidenden Sachverhalts in ihren Bezügen zum Inland derart erheblich sind, dass das jeweils betroffene Grundrecht im Einzelfall seinem Inhalt nach Geltung beansprucht und somit der *ordre-public*-Vorbehalt eingreift.

## 3 Zusammenfassung

Entscheidende Frage im internationalen Sorgerecht ist, ob die aus dem ausländischen Recht folgende Zuweisung des Sorgerechts im konkreten Fall dem Kindeswohl widerspricht oder nicht. Nur solche ausländischen Normen, die das Kindeswohl in ihrer Entscheidung über die Zuteilung des Sorgerechts nicht berücksichtigen, können als *ordre-public*-widrig beurteilt und somit ausgehebelt werden. Beruht eine Entscheidung auf abstrakt gleichheitswidrigen, weil pauschal einem Elternteil das Sorgerecht zuweisenden Normen, erweist sie sich aber im Ergebnis als dem Kindeswohl entsprechend, so ist der deutsche *ordre-public* nicht berufen.<sup>74</sup> Zudem entscheidet der Grad der Inlandsbeziehung darüber, ob im konkreten Fall eine Ablehnung der grundrechtswidrigen Norm angezeigt ist.

*Verf.: Dr. Nadjma Yassari, LL.M. (SOAS), Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Referat für das Recht islamischer Länder, Mittelweg 187, 20148 Hamburg*

<sup>68</sup> Siehe OLG Hamm 10.12.1998, FamRZ 2000, S. 32.

<sup>69</sup> OLG Schleswig 31.5.2001, FamRZ 2002, S. 698.

<sup>70</sup> AG Hanau 7.6.2002, FamRZ 2004, S. 949.

<sup>71</sup> BGH 21.4.1993 (Anm. 38).

<sup>72</sup> OLG Hamm (Anm. 47), S. 1705–1711.

<sup>73</sup> So OLG Hamm (Anm. 47), S. 1711.

<sup>74</sup> *Spickhoff, A.*, JZ 1993, S. 211.