

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*

Von IMEN GALLALA-ARNDT, Hamburg

Inhaltsübersicht

I. Einleitung mit Darstellung des Sachverhalts und des Verfahrensganges . . .	406
II. Die Einwirkung von Grund- und Menschenrechten auf das Kollisionsrecht	408
III. Die <i>Kafala</i> außerhalb des europäischen Rechtsraums und in den internationalen Konventionen	411
1. Die <i>Kafala</i> in den islamisch geprägten Ländern	411
2. Die <i>Kafala</i> in den internationalen Konventionen	415
IV. Die Rezeption der <i>Kafala</i> im europäischen Rechtsraum	420
1. Die <i>Kafala</i> im Schutzbereich von Art. 8 EMRK	420
2. Rechtsvergleichung in Europa	421
V. Die <i>Kafala</i> im französischen Recht	424
1. Die Qualifikation der <i>Kafala</i>	424
2. Korrekturen des Adoptionsverbots	425
VI. Fazit und Ausblick	426
Summary: <i>The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law as Illustrated by the Reception of Kafala in Europe – Reflections on ECHR, Harroudj v. France (No. 43631/09, 4 October 2012)</i>	427

I. Einleitung mit Darstellung des Sachverhalts und des Verfahrensganges

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat sich häufig mit Fragen des Eltern-Kind-Verhältnisses befasst. Im Fall *Harroudj* hat er sich zum ersten Mal mit der *Kafala* und ihren Wirkungen beschäftigt.¹ Die *Kafala* ist eine freiwillige Verpflichtung, ein Kind zu beschützen und zu erziehen, ohne dass dadurch eine Eltern-Kind-Beziehung entsteht. Die Beschwerdeführerin, die französische Staatsangehörige Katya Harroudj, hat am 10. August 2009 eine Beschwerde gegen die französische Regierung mit der Behauptung eingelegt, Frankreich habe durch seine Gesetze und gerichtliche Entscheidungen gegen Art. 8 (Recht auf die Beachtung des Familienlebens) und Art. 14 (Nicht-Diskriminierungsprinzip) der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) verstoßen. Grund für die Behauptung ist, dass der Beschwerdeführerin in Frankreich verwehrt wurde, das von ihr in Algerien im Rahmen einer *Kafala* aufgenommene Kind zu adoptieren.

Das *Tribunal* von Boumerdès in Algerien hat am 13. Januar 2004 der Beschwerdeführerin die *Kafala* (*accueil légal*) für das am 3. November 2003 in Algerien geborene Kind namens Zina Hind übertragen. Die biologischen Eltern sind unbekannt. Algerische Gerichte haben der Beschwerdeführerin erlaubt, mit dem Kind Algerien zu verlassen und sich in Frankreich niederzulassen. Darüber hinaus haben die Gerichte ihr bewilligt, dass sie dem Kind ihren Namen gibt. Seit dem 1. Februar 2004 lebt das Kind in Frankreich, zusammen mit der Beschwerdeführerin und deren Mutter. Am 8. November 2006 stellte die Beschwerdeführerin in Frankreich einen Antrag auf Volladoption (*adoption plénière*).

Mit Urteil vom 21. März 2007 hat das *Tribunal de grande instance* von Lyon den Adoptionsantrag abgelehnt. Das französische Gericht stützte seine Entscheidung auf Art. 370-3 Abs. 2 *Code civil* (C.c.fr.). Nach dieser Kollisionsnorm ist das Heimatrecht des zu adoptierenden Kindes auf die Adoption anwendbar. Darüber hinaus erlaubt sie keine Adoption, wenn sie nach dem Heimatrecht des Kindes verboten ist. Dies ist nach Ansicht des Gerichts im algerischen Recht der Fall, da Art. 46 des algerischen Familiengesetzbuches (alg. FamGB) ausdrücklich die Adoption verbiete. Die Antragstellerin habe außerdem aufgrund der *Kafala* bereits die elterliche Sorge inne (*autorité parentale*). Diese erlaube ihr, alle für das Wohl des Kindes notwendigen Entscheidungen zu treffen. Das Gericht fügte hinzu, dass die *Kafala* dem Kind einen ausreichenden Schutz biete, wie dies in den einschlägigen völkerrechtlichen Verträgen vorgesehen ist.

¹ EGMR 4.10.2012 – 43631/09 (*Harroudj* ././ Frankreich), abrufbar unter <<http://hudoc.echr.coe.int>>; Nicolas Hervieu, Droit au respect de la vie familiale (Art. 8 CEDH): L'adoption internationale aux prises avec la kafala sous le regard européen, in: Lettres Actualités Droits-Libertés vom 8.10.2012, CREDOF – Revue des Droits de l'Homme, abrufbar unter <<http://revdh.org/2012/10/08/adoption-internationale-kafala-regard-europeen/>>.

Die Beschwerdeführerin hat Berufung eingelegt. Die *Cour d'appel* von Lyon bestätigte am 23. Oktober 2007 die Entscheidung des *Tribunal de grande instance* und bediente sich derselben Argumentation. Der Unterschied zwischen den beiden gerichtlichen Entscheidungen ist, dass in der Entscheidung des Berufungsgerichts die Vereinbarkeit der französischen Kollisionsnorm mit der EMRK (Art. 8 und 14) behandelt wurde. Das Berufungsgericht befasste sich eingehender mit dem Rechtsinstitut der *Kafala* sowohl im algerischen Recht als auch im islamischen Recht. Diese begründe kein Eltern-Kind-Verhältnis und könne deswegen nicht mit einer Adoption nach französischem Recht gleichgestellt werden. Im Übrigen enthalte das islamische Recht Möglichkeiten, die aus der *Kafala* für das Kind entstehenden Nachteile zum Beispiel durch Güterübertragung (*transmission des biens*) zu kompensieren. Diese Überlegungen führten das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, dass die *Kafala* ausreichend sei, um das Kindeswohl zu beachten.

Daraufhin hat die Beschwerdeführerin die *Cour de cassation* mit der Behauptung angerufen, dass die Ablehnung der Adoption eine Verletzung des Rechts des Kindes auf ein Familienleben nach Art. 8 EMRK darstelle. Die Begründung eines Eltern-Kind-Verhältnisses würde dem Kindeswohl besser entsprechen als die *Kafala*. Darüber hinaus meinte die Beschwerdeführerin, dass die Ablehnung des Adoptionsantrags auch die Achtung ihres Familienlebens unverhältnismäßig beeinträchtige. Die französische Kollisionsnorm diskriminiere Kinder, die nicht die französische Staatsangehörigkeit haben und auch nicht in Frankreich geboren sind. Die *Cour de cassation* hat am 25. Februar 2009 das Urteil des Berufungsgerichts bestätigt und ausgeführt, dass die französische Kollisionsnorm völkerrechtskonform sei. Sie stehe im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen Frankreichs, insbesondere der UN-Konvention über Kinderrechte von 1989² und dem Haager Adoptionsübereinkommen von 1993.³

Daraufhin hat die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde beim EGMR eingelegt. Die 5. Sektion des EGMR hat am 4. Oktober 2012 einstimmig entschieden, dass Frankreich das Recht auf Achtung des Familienlebens (Art. 8 EMRK) nicht verletzt habe. Der EGMR hat die Ablehnung der Adoption eines im Rahmen einer *Kafala* in Algerien aufgenommenen Kindes durch Frankreich als konventionskonform betrachtet.

Die Entscheidung des EGMR hat die Erwartung vieler enttäuscht, dass der Gerichtshof Frankreichs Kollisionsnorm des Art. 370-3 Abs. 2 C.c.fr. in Bezug auf die *Kafala* für konventionswidrig hält.⁴ In der Tat wurde die Einführung von Art. 370-3 Abs. 2 C.c.fr. durch Gesetz vom 6. Februar 2001 von vielen betroffenen Eltern und der Literatur sehr kritisch gesehen.⁵ Diese

² UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989, BGBl. 1992 II 122.

³ Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption vom 29.5.1993, BGBl. 2001 II 1035.

⁴ *Petra Hammje*, L'interdiction d'adoption face aux droits fondamentaux, Note sous CEDH 4 oct. 2012, Recueil Dalloz 2012, 2947.

⁵ Art. 2 Loi n° 2001-111 relative à l'adoption internationale vom 6.2.2001, J.O. Nr. 33 vom 8.2.2001, S. 2136: „L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi person-

Bestimmung erlaubt keine Adoption, wenn das Heimatrecht des Kindes sie verbietet, es sei denn, das Kind ist in Frankreich geboren und lebt dort. Dieses Adoptionsverbot betrifft viele Kinder aus Algerien und Marokko, die im Rahmen einer *Kafala* in Frankreich aufgenommen wurden. Die *Kafala* weist dem Annehmenden verschiedene Rechte und Pflichten zu, ohne allerdings ein vollständiges Eltern-Kind-Verhältnis zu begründen. Ein Eltern-Kind-Verhältnis ist in den vom islamischen Recht geprägten Rechtsordnungen nur über die biologische Abstammung möglich. Die Anwendung der französischen Kollisionsnorm führt im Verhältnis mit diesen Ländern zu der Verweigerung der Adoption. Darin sah der EGMR jedoch keine Verletzung des Rechts auf Familienleben nach Art. 8 EMRK. Nach der Kernaussage des EGMR im Fall *Harroudj* ist nicht die Ablehnung der Begründung eines formellen Eltern-Kind-Verhältnisses entscheidend, sondern die konkreten Auswirkungen dieser Ablehnung auf einen effizienten Schutz des Familienlebens.⁶

Das Gericht stützt seine Argumentation auf die Behandlung des Rechtsinstituts der *Kafala* in den Ursprungsstaaten, in den völkerrechtlichen Verträgen (III.), im europäischen Raum (IV.) und speziell im französischen Recht (V.). Neben der Untersuchung der *Kafala* und ihrer Rezeption hat die Entscheidung *Harroudj* Bedeutung für die Frage des Verhältnisses zwischen dem Internationalen Privatrecht und den Menschenrechten, insbesondere der EMRK (II.). Die Bedeutung dieser Frage wächst von Jahr zu Jahr.

II. Die Einwirkung von Grund- und Menschenrechten auf das Kollisionsrecht

Die Kernfrage in der vorliegenden Entscheidung betrifft die Einwirkung von Grundrechten auf das Kollisionsrecht. Diese ist auch heute noch „kein alter Hut der Jurisprudenz“.⁷ Der EGMR sollte in diesem Fall prüfen, ob die französische Kollisionsnorm des Art. 370-3 Abs. 2 C.c.fr. mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, insbesondere mit Art. 8 EMRK, vereinbar ist. Diese Fragestellung ist nicht neu. Es gab schon vorher Befürchtungen, dass der Menschenrechtsschutz der Rechtsdisziplin des Internationalen

nelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France“; dazu *Paul Lagarde*, La loi du 6 février 2001 relative à l’adoption internationale: une opportune clarification, *Rev.crit.DIP* 90 (2001) 275, 284f.

⁶ *Hervieu*, *Droit au respect de la vie familiale* (Fn. 1).

⁷ *Jürgen Basedow*, Europäische Menschenrechtskonvention und europäisches Privatrecht – Einführende Worte zu der Tagung im Institut am 28. und 29. Oktober 1998, *RabelsZ* 63 (1999) 409. Damit wurde schon vor 15 Jahren am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg die Brisanz der Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht betont.

Privatrechts in die Quere kommen könnte.⁸ Zu den Gründen hierfür zählten die unterschiedlichen Ziele der beiden Rechtsbereiche.⁹ Das IPR gründet sich in seinen Ursprüngen auf die Lokalisierung von Rechtsverhältnissen und verwendet dazu abstrakte Anknüpfungsmomente. Die Kollisionsnorm soll Anknüpfungspunkte benennen, die zur Berufung des Rechts führen, das mit dem Sachverhalt die engste Beziehung aufweist. Ob das berufene Recht in ausreichendem Maße die Menschenrechte beachtet, bleibt zunächst dahingestellt.

Außerdem wurden Bedenken ausgesprochen, dass der universelle Geltungsanspruch von internationalen Menschenrechtsabkommen den Zweck des IPR, die verschiedenen Rechtsordnungen bei einem internationalen Sachverhalt miteinander zu koordinieren, vereiteln könnte. Denn dem IPR liegt der Gedanke zugrunde, dass alle Rechtsordnungen trotz ihrer inhaltlichen Unterschiede grundsätzlich gleichwertig sind. Dem widerspricht die Kontrolle des fremden Rechts durch einheitliche Maßstäbe, ließe sie doch im Extremfall auf eine inhaltliche Nivellierung der Rechtsordnungen hinaus. Die Entscheidung *Harroudj* liefert einen Beitrag zur Entspannung des Konflikts zwischen dem allgemeinen Geltungsanspruch der Menschenrechte und den Grundgedanken des IPR. Sie belegt die Wechselwirkung beider Disziplinen. Einerseits haben die Menschenrechte durchaus auf die Kollisionsnormen eingewirkt, auf der anderen Seite hat der EGMR durch seine Spruchpraxis aber gezeigt, dass er die Ziele des IPR anerkennt und ihnen eine entscheidende Rolle in der Rechtsfindung beimisst.

In Deutschland hat das Bundesverfassungsgericht im sogenannten „Spanier-Beschluss“ 1971 und in weiteren Entscheidungen klargestellt, dass die deutschen Kollisionsnormen und das berufene fremde Recht grundrechtskonform sein müssen.¹⁰ Es ging in dem Spanier-Beschluss um ein vom spanischen Recht vorgesehene Ehehindernis. Der spanische Verlobte durfte hiernach seine in Deutschland geschiedene deutsche Partnerin nicht heiraten, weil das spanische Recht zu jenem Zeitpunkt die Ehescheidung nicht kannte und auch ausländische Ehescheidungen nicht anerkannte. In weiteren Entscheidungen hielt das Bundesverfassungsgericht die deutschen Kollisionsnormen, die im Falle einer Scheidung das Heimatrecht des Ehemannes beriefen, wegen der Ungleichbehandlung für verfassungswidrig.¹¹ Darauf-

⁸ *Sylvain Bollée*, La conformité à la Convention européenne des droits de l'homme de l'interdiction d'adopter un enfant recueilli en kafala, RTDH 2013, 715; *Fabien Marchadier*, La protection européenne des situations constituées à l'étranger, Recueil Dalloz 2007, 2700.

⁹ *Fabien Marchadier*, Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme (2007) 653.

¹⁰ BVerfG 4.5.1971 – 1 BvR 636/68, BVerfGE 31, 59, 72f.; siehe dazu die im Jahr 2011 an der Haager Akademie für Internationales Recht gehaltene Vorlesung von *Yuko Nishitani*, Identité culturelle en droit international privé de la famille, Recueil des cours (im Erscheinen).

¹¹ *Dagmar Coester-Waltjen*, Die Wirkungskraft der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsbe-

hin hat der deutsche Gesetzgeber 1986 das IPR umfassend reformiert und die gleichheitswidrigen Kollisionsnormen entfernt.¹² Darüber hinaus hat er mit der *ordre public*-Klausel des Art. 6 EGBGB dafür gesorgt, dass Grundrechtsverletzungen durch die Anwendung ausländischen Rechts verhindert werden. In Deutschland bezweckt die Vorbehaltsklausel nicht nur den Schutz der deutschen Grundrechte, sondern auch den der internationalen Menschenrechte.¹³ Die Bundesrepublik Deutschland hat sich mit der Ratifizierung der internationalen Menschenrechtsabkommen verpflichtet, die dort verankerten Rechte zu schützen.¹⁴ Es besteht kein Grund, die Behandlung von Sachverhalten mit Auslandsberührung davon auszunehmen.

Die EMRK gehört zu den internationalen Menschenrechtsübereinkommen; und obwohl sie – anders als in Frankreich – in Deutschland einen einfachgesetzlichen Rang hat, sind auch deutsche Richter verpflichtet, die EMRK bei der Auslegung sonstigen Rechts zu berücksichtigen.¹⁵

Die Entwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes hat nicht nur die nationalen Kollisionsnormen beeinflusst, sondern auch die internationale Kodifikationspolitik im Bereich des IPR in eine bestimmte Richtung gelenkt, wie dies im internationalen Kindschaftsrecht sehr deutlich wird. Das UN-Übereinkommen über die Kinderrechte verpflichtet die Vertragsstaaten, verlassenen oder vernachlässigten Kindern ihren Schutz und Beistand zu gewähren. Die Vertragsstaaten sollen angemessene Betreuungsmaßnahmen vorsehen, wie etwa die nationale und internationale Adoption. Zu diesem Zweck werden die Staaten zum Abschluss bi- und multilateraler Verträge aufgefordert, um den Schutz der Kinder zu ermöglichen und zu optimieren. Dies wurde auch tatsächlich von der Haager Konferenz aufgegriffen.¹⁶ In diesem Zusammenhang wurden das bereits erwähnte Haager Adoptionsabkommen von 1993 und das Haager Kinderschutzübereinkommen (KSÜ) von 1996¹⁷ geschlossen.

Während die Achtung der Menschenrechte in der beschriebenen Weise Einfluss auf die Kodifikation des IPR hat, greift auf der anderen Seite der EGMR im Fall *Harroudj* auf internationale IPR-Übereinkommen zurück, um einen Menschenrechtsverstoß zu prüfen. Dass die *Kafala* wie die Adoption in Art 20(3) der UN-Kinderrechtskonvention als „andere Form der

rührung – Familien- und erbrechtlicher Bereich, BerDGesVR 38 (1998) 9, 13; kritischer dazu Dieter Henrich, Verfassungswidrige Kollisionsnormen – Ein Rechtschaos?, RabelsZ 38 (1974) 490, 495.

¹² Coester-Waltjen, BerDGesVR 38 (1998) 9, 13.

¹³ Christian v. Bar, Menschenrechte im Kollisionsrecht, BerDGesVR 33 (1994) 191, 207.

¹⁴ v. Bar, BerDGesVR 33 (1994) 191, 207 f.; Coester-Waltjen, BerDGesVR 38 (1998) 9, 10.

¹⁵ Coester-Waltjen, BerDGesVR 38 (1998) 9, 10.

¹⁶ v. Bar, BerDGesVR 33 (1994) 191, 205.

¹⁷ Haager 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 vom 19.10.1996, BGBl. 2009 II 602.

Betreuung“ anerkannt ist, ist entscheidend bei der Überprüfung der Konventionskonformität der französischen Kollisionsnorm. Der EGMR legt Demut an den Tag, indem er sich im Sinne der Prinzipien des IPR für Toleranz gegenüber einer fremden Rechtsinstitution wie der *Kafala* ausgesprochen hat.¹⁸ Denn die Verweisung auf das Adoptionsverbot durch die hier in Frage stehende französische Kollisionsnorm bezweckt die Vermeidung von hinkenden Rechtsverhältnissen. Es soll vermeiden, dass ein Kind in Frankreich als adoptiert gilt, während in seinem Heimatland diese Adoption wirkungslos ist. Der EGMR trägt dieser Überlegung Rechnung, indem er die französische Kollisionsnorm für konventionskonform erklärt. Das Gericht legt somit dieselbe IPR-freundliche Haltung an den Tag wie in der Entscheidung *Wagner ./. Luxemburg*.¹⁹ In dieser Entscheidung hat der EGMR die Ablehnung der Anerkennung eines ausländischen Adoptionsbeschlusses als Verletzung der in der EMRK verankerten Rechte der Beschwerdeführer auf Beachtung des Familienlebens und auf Nichtdiskriminierung beanstandet.²⁰

III. Die *Kafala* außerhalb des europäischen Rechtsraums und in den internationalen Konventionen

Das Kind, dessen Adoption die französischen Gerichte in Anwendung des französischen IPR abgelehnt haben, stammt aus Algerien. Dort ist die Adoption verboten. Stattdessen ist die *Kafala* als Adoptionsersatz vorgesehen. Der EGMR hat das Rechtsinstitut der *Kafala* sowohl in der Rechtstradition des Heimatlandes des Kindes als auch in den internationalen Übereinkommen untersucht.

1. Die *Kafala* in den islamisch geprägten Ländern

Die Institution der *Kafala* hat ihren Ursprung im islamischen Recht. Das Gericht behandelt allerdings auch die gegenwärtigen algerischen Regelungen zur *Kafala* unter der Überschrift „Le régime juridique de la Kafala en droit islamique“.²¹ Diese Bezeichnung ist ungenau und irreführend. Spätestens nachdem die Mehrheit der muslimischen Länder, genauer gesagt die

¹⁸ Jean-Pierre Marguénaud, La réception européenne de Kafala, RTD civ. 2012, 705.

¹⁹ EGMR 28.6.2007 – 76240/01 (*Wagner und J.M.W.L. ./. Luxemburg*), FamRZ 2007, 1529, abrufbar unter <<http://hudoc.echr.coe.int>>; Marchadier, Recueil Dalloz 2007, 2700; Patrick Kinsch, La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme, Rev.crit. DIP 100 (2011) 817.

²⁰ Reinhold Geimer, Menschenrechte im internationalen Zivilverfahrensrecht, BerDGesVR 33 (1994) 270.

²¹ EGMR 4.10.2012 – Harroudj ./. Frankreich, R.n. 14.

Länder mit einer mehrheitlich muslimischen Bevölkerung, die Unabhängigkeit erlangt haben, hat das islamische Recht als solches keine Geltung mehr. Die große Mehrheit dieser Staaten haben ihr Familien- und Erbrecht kodifiziert. Auch wenn diese Regelungen vom islamischen Recht geprägt sind, handelt es sich um nationale staatliche Normen, die von dem jeweiligen Gesetzgeber geändert werden können und von der jeweiligen Judikatur eigene Auslegungen erfahren. Auch wenn die Regelung der *Kafala* einen gemeinsamen Kern in allen muslimischen Ländern hat, unterscheidet sich ihr Regime in nicht unbedeutenden Aspekten von Land zu Land.

Richtigerweise allerdings deutet der EGMR auf den wesentlichen Unterschied zwischen *Kafala* und Adoption hin. Er erinnert, dass die Adoption zwischen dem Annehmenden und dem Anzunehmenden ein *identisches* Rechtsverhältnis wie bei einem Elternteil und seinem leiblichen Kind begründet.²² Er bekräftigt, dass – anders als bei der Adoption, die die Natur imitiert, indem sie zwischen dem Adoptierten und den Adoptierenden ein Eltern-Kind-Verhältnis begründet – bei der *Kafala* ein solches Verhältnis nicht entsteht. Der Koran verbietet die Adoption und betrachtet sie als Sünde.²³ Der Islam fordert allerdings die Gläubigen zum Schutz und zur Inobhutnahme von Waisenkindern auf.²⁴ Erziehung, Schutz und Pflegschaft von Waisenkindern werden dort als fromme Taten betrachtet.²⁵ Diese in Obhut

²² EGMR 4.10.2012 – *Harroudj* ././ *Frankreich*, Rn. 15.

²³ Koran, Sure 33, Verse 4 und 5: „4. Allah hat keinem Mann zwei Herzen in seinem Innern gemacht. Und er hat eure Gattinnen, von denen ihr euch scheidet mit der Formel, sie seien euch verwehrt wie der Rücken eurer Mutter, nicht zu euren (wirklichen) Müttern gemacht (so daß ihr zwei Mütter hättet). Und er hat eure Nennsöhne [Adoptivsöhne] nicht zu euren wirklichen Söhnen gemacht (so daß sie zwei Väter hätten). Das [die Formel mit dem Rücken der Mutter und die Bezeichnung der Adoptivsöhne als Söhne] sagt ihr nur so obenhin (ohne dass damit ein realer Sachverhalt gegeben wäre). Allah aber sagt die Wahrheit. Er führt den (rechten) Weg. 5. Nennt sie nach ihrem Vater! Das ist, so dünkt es Allah, am ehesten gerecht gehandelt. Wenn ihr aber nicht wißt, wer ihr Vater ist, sollen sie als eure Glaubensbrüder und Schutzbefohlenen gelten [...]“; Übersetzung von *Rudi Paret*, abrufbar unter <<http://www.koransuren.de/koran/surenvergleich/sure33.html>>. Die Adoption war bis zu der Offenbarung dieses Verses erlaubt. Die Offenbarung kam als Antwort auf die Kritik, die der Prophet geerntet hat, als er die geschiedene Frau seines Adoptivsohnes Zaid geheiratet hat. Grund dafür ist das Scharia-begründete Verbot der Ehe mit geschiedenen oder verwitweten Frauen von Abkömmlingen. Mit diesen Versen besagt der Koran, dass zwischen Adoptivkind und Adoptierenden kein Eltern-Kind-Verhältnis besteht, und somit gelten für dieses Verhältnis die auf Verwandtschaft bezogenen Eheverbote nicht. Dazu *Mosa Sayed*, *The Kafala of Islamic Law – How to Approach it in the West*, in: *Essays in Honour of Michael Bogdan* (2013) 507, 509–511; *Hans-Georg Ebert*, *Das Verbot der Adoption im islamischen Recht*, in: *Akten des 27. Deutschen Orientalistentages*, hrsg. von Stefan Wild/Hartmut Schild (2001) 459, 460–462.

²⁴ Es wird in Sure 37, Vers 3 erwähnt, dass Zacharias Maria in Obhut genommen hat: „*Takaffalaha Zakaria*“; dazu auch *Nacira Saadi*, *La Kafala en Algérie et sa perception par le système juridique français*, RIDC 2014, 99, 100; *Mathias Rohe*, *Das islamische Recht* (2009) 97.

²⁵ *Ebert*, *Verbot der Adoption* (Fn. 23) 466.

genommenen Kinder werden rechtlich aber nicht wie die leiblichen Kinder behandelt. Im islamischen Recht darf nur eine leibliche Abstammung zwischen dem Kind und einem Elternteil ein Eltern-Kind-Verhältnis begründen. Für den Vater bedarf es außerdem der Zeugung des Kindes während der Ehe mit der Mutter.²⁶

Wie vom EGMR angemerkt, ist die Adoption in fast allen muslimischen Staaten verboten, außer in Tunesien,²⁷ der Türkei, Malaysia und Indonesien.²⁸ In den Staaten, in denen die Adoption verboten ist, ist ein Adoptionsersatz vorgesehen. Trotz der unterschiedlichen Regelungen dieses Adoptionsersatzes ist überall als gemeinsamer Nenner die Nicht-Etablierung eines Eltern-Kind-Verhältnisses verankert.²⁹

Die Bezeichnung *Kafala* ist in den maghrebinischen Gesetzgebungen zu finden. Dort, wo die malikitische Rechtstradition prägend ist, sind detaillierte Regelungen der *Kafala* vorhanden.³⁰ In Ägypten ist von „Ersatzfamilie“ die Rede.³¹ Auch im schiitischen Iran ist die Adoption verboten. Das Gesetz zum Schutz von Vormundlosen vom 2. Oktober 2013 reguliert die als *Sarparasti* bezeichnete Pflegschaft von verlassenen und vernachlässigten Kindern, ohne ein Eltern-Kind-Verhältnis zu schaffen.³² Der Adoptionsersatz wird in den islamisch geprägten Ländern unterschiedlich geregelt. Ihm kommen auch unterschiedliche soziale Funktionen zu. Deswegen ist es ratsam, dieses Rechtsinstitut in der einschlägigen staatlichen Rechtsordnung genau zu untersuchen.³³ Dies ist für die Qualifikation der *Kafala* in den Aufnahmestaaten unerlässlich.

Die französische Kollisionsnorm in Art. 370–3 Abs. 2 C.c.fr. wird insbesondere auf Minderjährige aus Algerien und Marokko angewandt, also Staa-

²⁶ Ebert, Verbot der Adoption (Fn. 23) 462.

²⁷ Deutsche Übersetzung: Gesetz Nr. 58–27 vom 4.3.1958 über die Amtsvormundschaft, die Pflegschaft und die Adoption, geändert durch Gesetz Nr. 59/69 vom 19.6.1959, J.O. vom 26.6.1959, S. 651, abgedruckt in: Bergmann/Ferid/Henrich, Internationales Ehe- und Kind-schaftsrecht, Länderbericht Tunesien, 125. Lieferung, abgeschlossen am 31.8.1996, S. 61 ff. Mehr dazu bei *Ridha Boukhari*, L'adoption internationale vue à travers le prisme de la loi tunisienne du 4 mars 1958, Revue Juridique Thémis 45 (2011) 115, 129.

²⁸ Siehe *Ursula Lewenton*, Indonesien: Kindesadoption – Einleitung, Übersetzung und Kommentierung, StAZ 2010, 278.

²⁹ EGMR 4.10.2012 – *Harroudj* ./. *Frankreich*, Rn. 17.

³⁰ Ebert, Verbot der Adoption (Fn. 23) 469.

³¹ Dort ist die Adoption für Muslime verboten, während sie für Kopten erlaubt ist. Siehe die deutsche Übersetzung des Art. 4 Gesetz Nr. 12/1996 über den Erlass des Gesetzes zum Kind (i. d. F. des Gesetzes Nr. 126/2008), abgedruckt in: Bergmann/Ferid/Henrich (Fn. 27), Länderbericht Ägypten, 178. Lieferung, Stand: 15.7.2008, S. 75. Für die Kopten: Art. 110 der Verordnung des allgemeinen Rates der koptischen Kirche über das Personalstatut der orthodoxen Kopten, abgedruckt ebd., S. 87 ff.

³² Gesetz zum Schutz von vormundlosen und vernachlässigten Kindern vom 2.10.2013, GBl. Nr. 19997 vom 28.10.2013; Übersetzung ins Deutsche von *Nadjma Yassari* (nicht veröffentlicht).

³³ *Rolf Behrentin*, in: *juris PraxisKommentar BGB*⁶ (2012) Art. 22 EGBGB Rn. 13.

ten, die die Adoption verbieten und stattdessen die *Kafala* vorsehen.³⁴ Mit diesen Ländern pflegt Frankreich aus historischen Gründen intensive Beziehungen. In Algerien und Marokko kommt der *Kafala* eine sehr bedeutende soziale Funktion zu. Die Institution bezweckt vor allem den Schutz von Kindern, deren Abstammung unbekannt ist.³⁵ Es sind verlassene Kinder, weil sie außerhalb einer ehelichen Beziehung geboren sind. Sie werden deswegen stigmatisiert und diskriminiert. Außerdem verfügen diese Staaten nicht über die notwendigen finanziellen und logistischen Kapazitäten, um den Kindern eine angemessene Betreuung in staatlichen Einrichtungen zu sichern.³⁶

Nach Art. 116 alg. FamGB ist die *Kafala* (französisch „recueil légal“, also rechtliche Inobhutnahme) eine freiwillige Rechtshandlung des Aufnehmenden, durch welche die Pflicht zu Unterhalt, Erziehung und Schutz des Minderjährigen begründet wird. Die aufzunehmenden Kinder können unbekannter Abstammung sein, oder die bekannten Eltern sind außer Stande, sie zu betreuen. Die *Kafala* darf nur vor einem Richter oder einem Notar ausgesprochen werden (Art. 117 alg. FamGB). Unabhängig von Alter, Geschlecht und Personenstand darf die *Kafala* jedem übertragen werden, der Muslim und redlich und im Stande ist, das Kind zu unterhalten und zu beschützen (Art. 118 alg. FamGB). Nach der Gesetzeslage kann die *Kafala* nur einer Einzelperson übertragen werden und nicht den Ehegatten. In der Praxis jedoch wird die *Kafala* den Ehegatten gemeinsam übertragen.³⁷ Durch das Dekret Nr. 92-24 vom 13. Januar 1992³⁸ ist es dem Aufnehmenden gestattet, dem aufgenommenen Kind seinen Namen zu geben. Bedingung dafür ist, dass das Kind keinen bekannten Vater hat. Ist die Mutter bekannt,

³⁴ Circulaire ministérielle vom 21.8.2008, zitiert in *Pierre Murat*, Le refus de la transformation en adoption, Droit de la famille 2009, dossier spécial: *kafala*, 37, 39; Verbot der Adoption in Art. 46 alg. FamGB und in Art. 149 der marokkanischen *Mudawwana*, nach welchem die Adoption nichtig ist und keine der Wirkungen der ehelichen Abstammung entfalten darf. Für die Regelung der *Kafala* in Marokko siehe Dahir no. 1-02-172 portant promulgation de la loi relative à la prise en charge des enfants abandonnés vom 13.6.2002, B.O. vom 5.9.2002; deutsche Übersetzung: Gesetz Nr. 1-02-172 vom 13.6.2002 über die Inpflegenahme (*kafala*) verlassener Kinder, abgedruckt in: Bergmann/Ferid/Henrich (Fn. 27), Länderbericht Marokko, 186. Lieferung, Stand: 1.12.2009, S. 94.

³⁵ *Malika Boulenouar Azzemou*, Recueil légal (*kafala*) et droit(s) positif(s), Droit de la famille 2009, 17.

³⁶ *Ebert*, Verbot der Adoption (Fn. 23) 471.

³⁷ *Saadi*, RIDC 2014, 99, 206.

³⁸ Décret 92/24 du 13 janvier 1992 complétant le décret n° 71/157 du 3 juin 1971 relatif au changement de nom, Journal Officiel de la République Algérienne 1992 n° 5, S. 113. Marokko hat sich gleichermaßen für diese Möglichkeit entschieden, siehe Dahir n° 1-02-239 du 3 octobre 2002 portant promulgation de la loi n° 37-99 relative à l'état civil; deutsche Übersetzung abgedruckt in: Bergmann/Ferid/Henrich, Länderbericht Marokko (Fn. 34) S. 98. Dazu *Marie-Christine Le Boursicot*, La Kafala ou recueil légal des mineurs en droit musulman: une adoption sans filiation, Droit et cultures 59 (2010), abrufbar unter <<http://droitcultures.revues.org/2138>>.

muss sie der Namensänderung zustimmen. Von dieser Möglichkeit hat die Beschwerdeführerin Gebrauch gemacht. Das Dekret hebt allerdings hervor, dass die Namensübertragung die Abstammungsverhältnisse unberührt lässt.³⁹ Außerdem verbietet ein ministeriales Rundschreiben⁴⁰ die Eintragung des angenommenen Kindes im Familienbuch des Aufnehmenden. Dagegen hat der *Haut Conseil Islamique* empfohlen, eine solche Eintragung zuzulassen, wenn am Rande vermerkt wird, dass das Kind im Rahmen einer *Kafala* aufgenommen wurde.⁴¹ Dies zeigt, wie stark die Motivation der algerischen Behörden ist, den Eindruck zu vermeiden, dass die *Kafala* ein Eltern-Kind-Verhältnis begründe. Daraus entsteht für die aufgenommenen Kinder eine prekäre Rechtsstellung.⁴² Auch darf die *Kafala* jederzeit aufgelöst werden, sowohl auf Antrag der Eltern des Kindes als auch des Aufnehmenden. Es besteht keine Unterhaltspflicht des aufgenommenen Kindes gegenüber dem Aufnehmenden. Der Letztgenannte hat die Vormundschaft über das Kind und verwaltet sein Vermögen zu dessen Wohl.⁴³

Die Tendenz scheint in den maghrebischen Ländern dahin zu gehen, die Übertragung der *Kafala* zu begrenzen. Dahinter steht die Befürchtung, dass die Kinder ins Ausland gebracht und adoptiert werden und den Bezug zu der ursprünglichen Kultur und Religion verlieren.⁴⁴ Ein Rundschreiben des marokkanischen Justizministers fordert, dass die Bewerber für eine *Kafala* ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Marokko haben, damit die Voraussetzungen der *Kafala* vom marokkanischen Staat besser überprüft werden können.⁴⁵

2. Die *Kafala* in den internationalen Konventionen

Der EGMR misst bei der Interessenabwägung der Stellung der *Kafala* in den internationalen Übereinkommen eine entscheidende Bedeutung zu. Er führt aus:

„[...] La Cour considère que la reconnaissance de la kafala par le droit international est un élément déterminant pour apprécier la manière dont les Etats la récep-

³⁹ *Boulenouar Azzemou*, *Droit de la famille* 2009, 17, 19.

⁴⁰ Siehe Décret 92/24, oben Fn. 38.

⁴¹ *Saadi*, RIDC 2014, 99, 111.

⁴² *Le Boursicot*, *Droit et cultures* 59 (2010).

⁴³ *Boulenouar Azzemou*, *Droit de la famille* 2009, 17, 19.

⁴⁴ *Farid El Asri*, „Wlad L’Kafala“: entre abandon, protections et malentendus (6.12.2013), abrufbar unter <<http://farzyat.cjb.ma>>.

⁴⁵ Circulaire ministérielle n° 40S/2 von 2012, abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/adoption/herkunftslander/ld-marokko-rundschreiben-justizminister-f.pdf>>; dazu *Nuria Marchal Escalona*, *La kafala marroquí: Problemas de ayer, hoy y mañana*, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Ausgabe 3/2013, abrufbar unter <<http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia>>.

tionnent dans leurs droits nationaux et envisagent les conflits de loi qui se présentent.“⁴⁶

Das Gericht hebt hervor, dass in den internationalen Verträgen die *Kafala* als angemessene Betreuungsform anerkannt ist und in ihnen die Notwendigkeit gesehen wird, dass die kulturelle Identität der Kinder zu beachten ist. Dabei übernimmt der EGMR das Argument der französischen Regierung, welche die Ablehnung des Adoptionsantrags der Beschwerdeführerin mit internationalen Verträgen im Bereich der Menschenrechte und des internationalen Privatrechts begründet hatte. Bei den internationalen Verträgen handelte es sich dabei um die bereits genannte UN-Kinderrechtskonvention von 1989 und das Haager Adoptionsabkommen von 1993.⁴⁷ Der EGMR fügt der Liste noch das Haager Kinderschutzübereinkommen⁴⁸ hinzu.

Der EGMR führt aus, die EMRK dürfe nicht isoliert ausgelegt werden, sondern in Übereinstimmung mit den allgemeinen Prinzipien des Völkerrechts.⁴⁹ Damit meint der Gerichtshof die vertragsrechtlichen Grundsätze, die in der Wiener Vertragsrechtskonvention vom 23. Mai 1969 (WVK)⁵⁰ verankert sind, und verweist dabei auf Art. 31(3)(c) WVK. Nach dieser Bestimmung soll zum Zweck der Auslegung neben dem Zusammenhang eines völkerrechtlichen Vertrages „jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz“ berücksichtigt werden. Der EGMR hatte diese Auslegungsnorm schon vorher angewandt. Seit langem ist er der Meinung, dass die Achtung des Familienlebens nach Art. 8 EMRK im Lichte der UN-Kinderrechtskonvention ausgelegt werden soll.⁵¹ Eine solche Rechtsprechung ist zu begrüßen, weil sie einen Beitrag zur Harmonisierung des Völkerrechts leisten kann.

Artikel 20 der UN-Kinderrechtskonvention erkennt die „Kafala des islamischen Rechts“ als eine „andere Form der Betreuung“ neben der Aufnahme in einer Pflegefamilie, der Adoption und der Unterbringung in einer Kinderbetreuungseinrichtung an. Nach dieser Bestimmung ist der Staat verpflichtet, dem Kind, das vorübergehend oder dauernd aus seiner familiären Umgebung herausgelöst wird oder dem der Verbleib in dieser Umgebung im eigenen Interesse nicht gestattet werden kann, seinen Schutz und Beistand zu gewährleisten. Darüber hinaus hebt die Konvention in Art. 21 die Subsidiarität der internationalen Adoption hervor. Nach dieser Konven-

⁴⁶ EGMR 4.10.2012 – *Harroudj* ././ *Frankreich*, Rn. 50.

⁴⁷ Siehe oben Fn. 2 und 3.

⁴⁸ Siehe oben Fn. 17.

⁴⁹ EGMR 4.10.2012 – *Harroudj* ././ *Frankreich*, Rn. 42.

⁵⁰ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, BGBl. 1985 II 926.

⁵¹ *Bollée*, RTDH 2013, 715, 722; EGMR 28.6.2007 – *Wagner et J.M.W.L.* ././ *Luxemburg*, Rn. 120.

tion ist die Adoption also nicht die einzige Schutzmaßnahme für verlassene oder vernachlässigte Kinder.

Nach dem Haager Adoptionsabkommen ist eindeutig, dass es auf den unterschiedenen Fall nicht anwendbar ist. Es betrifft nämlich Adoptionen, in denen sich der gewöhnliche Aufenthalt von Kind und Annehmendem in zwei unterschiedlichen Vertragsstaaten befindet.⁵² Trotzdem wollte der französische Gesetzgeber sich auch nach dem Geist dieses Abkommens richten. Nach seinem Art. 4 darf eine Adoption nur durchgeführt werden, wenn die zuständigen Behörden des Herkunftslandes des Kindes festgestellt haben, dass es adoptiert werden kann. Die Idee der Zusammenarbeit zwischen Heimatland und Aufnahmeland des Kindes ist in diesem Abkommen von zentraler Bedeutung, um Entführung, Verkauf und Handel mit Kindern vorzubeugen. Das Verbot der Adoption in Frankreich von Kindern aus Ländern, die die Adoption verbieten, scheint diesem Gedanken Rechnung zu tragen. Der EGMR erwähnt in demselben Zusammenhang das Haager KSÜ. In dieses Abkommen fand die *Kafala* auf Betreiben Marokkos als Schutzmaßnahme Eingang (Art. 3(e) KSÜ).

Der EGMR richtet in den erwähnten völkerrechtlichen Verträgen das Augenmerk auf die Beachtung der kulturellen Identität des Kindes. Das Gericht hebt hervor, dass Art. 20 der UN-Kinderrechtskonvention bei der Auswahl der geeignetsten Betreuungsform zur Berücksichtigung „der ethnischen, religiösen, kulturellen und sprachlichen Herkunft“ auffordert.⁵³ Dadurch soll die Kinderrechtskonvention die Kontinuität in der Erziehung des Kindes garantieren. Dies geht unweigerlich mit der Wahrung der einmal erlangten kulturellen Identität des Kindes einher.⁵⁴ Nach Art. 8(1) der UN-Kinderrechtskonvention verpflichten sich die Vertragsstaaten, „das Recht des Kindes zu achten, seine Identität, einschließlich der Staatsangehörigkeit, seines Namens und seiner gesetzlich anerkannten Familienbeziehungen [...] zu behalten“. Es wird sogar die Meinung vertreten, dass die Rechtslage des Kindes in seinem Herkunftsstaat Teil der zu schützenden Identität des Kindes ist.⁵⁵ Dazu gehöre in den islamischen Ländern auch die *Kafala* als Adoptionsersatz. Deswegen solle nach der Kinderrechtskonvention für Kinder aus diesen Ländern die *Kafala* als Betreuungsform gegenüber der Adoption bevorzugt werden.⁵⁶ Die Beachtung der kulturellen Identität der Kinder lasse sich sowohl durch Sachnormen als auch durch entspre-

⁵² Rainer Frank, Neuregelungen auf dem Gebiet des internationalen Adoptionsrechts unter besonderer Berücksichtigung der Anerkennung von Auslandsadoptionen, StAZ 2003, 257.

⁵³ EGMR 4.10.2012 – Harroudj ./. Frankreich, Rn. 49.

⁵⁴ Dazu Erik Jayme, Kulturelle Identität und Kindeswohl im internationalen Kindschaftsrecht, IPRax 1996, 237.

⁵⁵ Jayme, IPRax 1996, 237, 238.

⁵⁶ Jayme, IPRax 1996, 237, 239.

chende Kollisionsnormen sichern.⁵⁷ Frankreich ist dieser Forderung nachgekommen, indem es in der Kollisionsnorm des Art. 370-3 Abs. 2 C.c.fr. die Adoption für die im Rahmen der *Kafala* aufgenommenen Kinder verbietet.

Es sollte jedoch hinterfragt werden, ob die Beachtung der kulturellen Identität des Kindes in jedem Fall mit seinem Wohl gleichzusetzen ist. Die Wahrung der kulturellen Identität des Kindes und die Beachtung des Kindeswohls können in einem Spannungsverhältnis zueinander stehen. Dies gilt auch im Zusammenhang mit der UN-Kinderrechtskonvention. Obgleich der Rechtsbegriff des Kindeswohls schwer zu definieren ist, kann man davon ausgehen, dass die Beachtung der Rechte aus der Konvention grundsätzlich dem Kindeswohl dient. Viele islamisch geprägte Staaten haben Vorbehalte bezüglich bestimmter in der Konvention verankerter Rechte erklärt.⁵⁸ Sie haben die Vorbehalte mit der Unvereinbarkeit mit dem Islam oder mit lokalen Werten und Gewohnheiten begründet. Die Vorbehalte betreffen beispielsweise die religiöse Freiheit des Kindes (Art. 14 UN-Kinderrechtskonvention) und generell sein Recht auf Selbstbestimmung. Kulturbezogene Werte und Modelle sollen zum Fortbestand der Gemeinschaft Vorrang haben vor dem Willen und den Interessen der einzelnen Mitglieder. Daher ist der Konflikt zwischen den Kindesrechten und der Wahrung der kulturellen Identität der Kinder vorprogrammiert. Die Konfliktsituationen treten häufiger auf, wenn religiöse Normen als Bestandteil einer Kultur betroffen sind.⁵⁹ Die Religionsfreiheit des Kindes kann dann mit der Beachtung der kulturellen Identität in Konflikt geraten. Eine religiöse Erziehung des Kindes kann sein Wohl beeinträchtigen, wenn sie zu einem systematischen Brechen seines Willens führen würde.⁶⁰ Dies wäre zum Beispiel der Fall, wenn die Eltern das Kind dazu zwingen, die im Islam vorgeschriebenen täglichen fünf Gebete zu verrichten.

Eine vergleichbare Debatte hat auch in Deutschland die Frage entfacht, ob die religiös motivierte und medizinisch nicht indizierte Knabenbeschneidung die körperliche Unversehrtheit des Kindes verletzt und dementsprechend das Kindeswohl beeinträchtigt.⁶¹ Der deutsche Gesetzgeber hat

⁵⁷ *Jayne*, IPRax 1996, 237, 239.

⁵⁸ *Shaheen Sardar Ali*, A Comparative Perspective of the Convention on the Rights of the Child and the Principles of Islamic Law, in: UNICEF, Protecting the World's Children: Impact of the Conventions on the Rights of the Child in Diverse Legal Systems (2008) 142, 174.

⁵⁹ Vgl. *Eric Hilgendorf*, Religion, Gewalt und Menschenrechte, Eine Problemskizze am Beispiel vom Christentum und Islam, in: Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts, hrsg. von Horst Dreier/Eric Hilgendorf (2008) 171; *Katja Klingenstein*, Kulturelle Identität und Kindeswohl im deutschen internationalen Adoptionsrecht (2000) 50.

⁶⁰ Vgl. *Michael Coester*, Kinderschutz – Übersicht zu den typischen Gefährdungslagen und aktuellen Problemen, FPR 2009, 549, 552.

⁶¹ Anlässlich des Beschlusses LG Köln 7.5.2012 – 151 Ns 169/11, NJW 2012, 2128.

die diesbezügliche Rechtsunsicherheit beseitigt.⁶² Die Eltern dürfen in die religiös motivierte, nach ärztlicher Kunst durchgeführte Beschneidung ihres nicht einsichts- und urteilsfähigen Sohnes einwilligen. Dies ist jedoch ausgeschlossen, wenn eine solche Beschneidung das Kindeswohl beeinträchtigen würde, zum Beispiel wenn das Kind ernsthaft und unmissverständlich einen entgegenstehenden Willen zum Ausdruck bringt.⁶³ Die Kindeswohlgefährdung als Ausschlussstatbestand in diesem Gesetz belegt, dass Konflikte zwischen der Wahrung der kulturellen Identität und dem tatsächlichen Kindeswohl möglich sind. Daher sind auch bei grundsätzlicher Rechtmäßigkeit der Beschneidung die Besonderheiten des Einzelfalles zu berücksichtigen.

Eine sinnvolle Beachtung der kulturellen Identität des Kindes muss fallbezogen sein. Die Zuordnung eines Kindes zu einer bestimmten Kultur darf sich nicht nur auf objektive Faktoren wie das Herkunftsland beschränken. Die tatsächliche Verbundenheit des Kindes zu einer bestimmten Kultur sollte ausschlaggebend sein. Dabei ist auch einer abweichenden kulturellen Orientierung Rechnung zu tragen.⁶⁴

Daher ist es zu bedauern, dass der EGMR die kulturelle und religiöse Herkunft des Kindes mit seiner Identität gleichsetzt. In dem entschiedenen Fall war das aufgenommene Kind drei Monate alt, als es nach Frankreich verbracht wurde. Es ist in Frankreich aufgewachsen und hat keine familiären Bindungen nach Algerien. Damit lässt sich eine kulturelle und religiöse Identität durch Verbundenheit mit seinem Herkunftsland schwer rechtfertigen. Der EGMR hat diesen konkreten Umständen wenig Beachtung geschenkt.

Verbunden mit der Idee der Bewahrung der kulturellen Identität des Kindes hebt der EGMR auch die Bedeutung des kulturellen Pluralismus hervor. Der Gerichtshof ist der Meinung, dass das Verbot der Adoption des Kindes den kulturellen Pluralismus beachte. Das Kind dürfe nicht sofort von den Rechtsnormen seines Herkunftslandes getrennt werden.⁶⁵ Der EGMR hat bereits in mehreren Angelegenheiten die Bedeutung des Pluralismus in einer demokratischen Gesellschaft betont.⁶⁶ Die Besonderheit der Entscheidung *Harroudj* besteht darin, dass vom Respekt des Pluralismus eine Institu-

⁶² Siehe § 1631 BGB. Dazu *Andreas Spickhoff*, Grund, Voraussetzungen und Grenzen des Sorgerechts bei Beschneidung männlicher Kinder, FamRZ 2013, 337.

⁶³ *Spickhoff*, FamRZ 2013, 337, 340.

⁶⁴ Vgl. *Heinz-Peter Mansel*, Das Staatsangehörigkeitsprinzip im deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Internationalen Privatrecht: Schutz der kulturellen Identität oder Diskriminierung der Person, in: *Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht*, hrsg. von Erik Jayme (2003) 123, 138.

⁶⁵ EGMR 4.10.2012 – *Harroudj* ./ . *Frankreich*, R.n. 51.

⁶⁶ Insbesondere in EGMR 25.5.1993 – 14307/88 (*Kokkinakis* ./ . *Griechenland*), abrufbar unter <<http://hudoc.echr.coe.int>>.

tion – die *Kafala* – profitieren soll, deren unmittelbare Herkunft außerhalb der Vertragsstaaten der EMRK und in einem religiösen Recht liegt.⁶⁷

IV. Die Rezeption der *Kafala* im europäischen Rechtsraum

1. Die *Kafala* im Schutzbereich von Art. 8 EMRK

Die Kernfrage ist, ob das Verbot der Adoption von Kindern, die im Rahmen einer *Kafala* aufgenommen wurden, eine Verletzung des Rechts auf Schutz des Familienlebens nach Art. 8 EMRK darstellt. Das Gericht betont, dass Art. 8 EMRK in erster Linie ein Abwehrrecht ist, in einigen Situationen aber vom Staat gewisse positive Handlungen erfordert, um die Weiterentwicklung familiärer Beziehungen zu ermöglichen.⁶⁸ Wie der französische Staat vertritt der EGMR die Meinung, dass das auf der *Kafala* beruhende Verhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und dem Kind ein schutzwürdiges familiäres Verhältnis im Sinne der EMRK darstelle. Grund dafür seien das Alter des Kindes von drei Monaten zum Zeitpunkt der Aufnahme und die Stabilität der Bindung zwischen dem Kind und der Beschwerdeführerin.⁶⁹ Die Einordnung dieses *Kafala*-Verhältnisses in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK ist umso wichtiger, als der EGMR sich in der Entscheidung *Harroudj* zum ersten Mal mit dieser Institution befasst.

Der Schutz des Familienlebens im Sinne der EMRK begründet nach ständiger Rechtsprechung des EGMR weder ein Recht auf die Gründung einer Familie noch ein Recht auf die Adoption. So hat der Gerichtshof entschieden, dass die Unzulässigkeit einer Adoption durch die Lebensgefährtin der homosexuellen biologischen Mutter keinen Verstoß gegen Art. 8 EMRK darstellt.⁷⁰ Nach dieser Rechtsprechung hat der biologische Vater auch keinen Anspruch auf die Anfechtung der rechtlichen Abstammung.⁷¹ Dagegen sind nach Ansicht des EGMR enge und stabile familiäre oder familienähnliche Bindungen zu schützen.⁷² Dieser Schutz begründet aber keinen An-

⁶⁷ *Marguénaud*, RTD civ. 2012, 705, 707. Zu familien- und internationalprivatrechtlichen Schwierigkeiten in den multikulturellen Gesellschaften siehe *Alegría Borrás*, Les relations entre parents et enfants dans une société multiculturelle, *Revue hellénique de droit international* 62 (2009) 521.

⁶⁸ EGMR 4.10.2012 – *Harroudj* ././ *Frankreich*, Rn. 40; *Reinhard Ellger*, Europäische Menschenrechtskonvention und deutsches Privatrecht – Die Einwirkung von Artt. 8 und 10 auf die deutsche Privatrechtsordnung, *RabelsZ* 63 (1999) 625, 642–651.

⁶⁹ EGMR 4.10.2012 – *Harroudj* ././ *Frankreich*, Rn. 46.

⁷⁰ EGMR 15.3.2012 – 25951/07 (*Gas et Dubois* ././ *Frankreich*), abrufbar unter <<http://hudoc.echr.coe.int>>.

⁷¹ *Bollée*, RTDH 2013, 715, 722; EGMR 21.12.2010 – 3465/03 (*Chavdarov* ././ *Bulgarien*), abrufbar unter <<http://hudoc.echr.coe.int>>.

⁷² *Achim Brötel*, Schutz des Familienlebens, *RabelsZ* 63 (1999) 580, 586f.

spruch auf die Etablierung eines bestimmten Rechtsverhältnisses. So genießt nach dem EGMR ein homosexuelles Paar, das zusammen in einer stabilen Beziehung lebt, den Schutz des Familienlebens nach Art. 8 EMRK, ohne dass daraus ein Recht auf Heirat resultiert.⁷³

2. Rechtsvergleichung in Europa

In der Erfüllung der aus Art. 8 EMRK entstehenden Pflichten verfügen die Vertragsstaaten über einen Ermessensspielraum. Dieser ist weit, wenn die Vertragsstaaten zwischen konkurrierenden Interessen abwägen müssen oder wenn sie keinen Konsens darüber erreicht haben, wie die Interessen am besten geschützt werden können.⁷⁴

Im Fall *Harroudj* untersucht der Gerichtshof die einschlägigen Regelungen von 22 Staaten des Europarates, unter anderem in Deutschland.⁷⁵ Er begründet die Auswahl der Staaten mit der Tatsache, dass diese Länder entweder eine mehrheitlich muslimische Bevölkerung haben oder dort wichtige muslimische Gemeinschaften leben. Gegenstand der Untersuchung ist die Rezeption der *Kafala* durch die einschlägigen Kollisionsnormen. Der Gerichtshof ist zunächst zu dem zutreffenden Ergebnis gelangt, dass keine der untersuchten Rechtsordnungen eine im Ausland begründete *Kafala* der Adoption gleichstellt.⁷⁶ Darüber hinaus stellt er fest, dass die nationalen Gerichte bei der Anerkennung der Wirkungen einer im Ausland durchgeführten *Kafala* diese immer als Vormundschaft, Pflegschaft oder Unterbringung zum Zweck der Adoption behandelt haben.⁷⁷ Zweifelhaft sind allerdings die Ausführungen des EGMR bezüglich des Verbots der Adoption eines im Rahmen einer *Kafala* aufgenommenen Kindes. Diesbezüglich behauptet der Gerichtshof, dass die von ihm durchgeführte Untersuchung der Gesetze der verschiedenen Staaten unterschiedliche und differenzierte Lösungsansätze zutage bringe.⁷⁸ Denn Frankreich ist tatsächlich der einzige Vertragsstaat der EMRK, der ein solches ausdrückliches Verbot vorsieht.⁷⁹ Nur wenige Länder, wie etwa Belgien, haben das Adoptionsverfahren für Kinder aus Ländern, welche die Adoption verbieten oder nicht kennen, lediglich erschwert.⁸⁰

⁷³ EGMR 24.6.2010 – 30141/04 (*Schalk und Kopf ./. Österreich*), abrufbar unter <<http://hudoc.echr.coe.int>>.

⁷⁴ EGMR 4.10.2012 – *Harroudj ./. Frankreich*, Rn. 44.

⁷⁵ EGMR 4.10.2012 – *Harroudj ./. Frankreich*, Rn. 22.

⁷⁶ *Hervieu*, Droit au respect de la vie familiale (Fn. 1).

⁷⁷ EGMR 4.10.2012 – *Harroudj ./. Frankreich*, Rn. 21.

⁷⁸ EGMR 4.10.2012 – *Harroudj ./. Frankreich*, Rn. 48.

⁷⁹ *Hervieu*, Droit au respect de la vie familiale (Fn. 1); zu Spanien *Maria del Pilar Diago Diago*, La „Kafala“ islámica en España, Cuadernos de Derecho Transnacional 2 (2010) 140.

⁸⁰ EGMR 4.10.2012 – *Harroudj ./. Frankreich*, Rn. 22.

In Deutschland hat allerdings das Oberlandesgericht Köln in einem Beschluss aus dem Jahr 2012 die Entscheidung eines iranischen Gerichts über die Übertragung des dauerhaften Erziehungsrechts (*Sarparasti*) einer Adoption im Sinne von §§ 1767 ff. BGB gleichgestellt.⁸¹ Obwohl die iranische *Sarparasti* anders geregelt ist als die sunnitische *Kafala* und mehr Ähnlichkeit mit einem Eltern-Kind-Verhältnis hat, erfüllen beide Institute dieselbe Funktion, nämlich ein Schutzverhältnis für vormundlose oder vernachlässigte Kinder zu errichten, ohne das islamrechtliche Adoptionsverbot zu berühren.⁸² Interessanterweise wird auch in Japan das iranische Gesetz über die *Sarparasti* so ausgelegt, dass es die Adoption verbietet und deswegen aufgrund des japanischen *ordre public* und des Kindeswohls die Adoption nach japanischem Recht zu erlauben ist.⁸³ Den Adoptionsersatz mit einer Adoption gleichzusetzen, führt zu einer Verkenning der Besonderheiten des fremden Rechts.⁸⁴

Lange haben deutsche Gerichte das Adoptionsverbot in den Herkunftsländern als *ordre public*-widrig betrachtet und deswegen eine Adoption nach deutschem Recht ausgesprochen.⁸⁵ Während dieser Zeit stellte eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe von 1996⁸⁶ eine Ausnahme dar, da sie mindestens offenließ, ob das Verbot der Adoption im anzuwendenden marokkanischem Recht aufgrund eines *ordre public*-Verstoßes abzulehnen ist oder ob die Anerkennung des Adoptionsverbotes aufgrund des Rechts des Kindes auf die Wahrung seiner kulturellen Identität nach Art. 20(3) der UN-Kinderrechtskonvention geboten ist.⁸⁷

Mit dem Adoptionsverbot in den islamisch geprägten Rechtsordnungen hat sich auch das Obergerverwaltungsgericht Hamburg in seinem Beschluss aus dem Jahr 2012 beschäftigt.⁸⁸ In dieser Entscheidung ging es um die Frage, ob die Adoptionsvermittlungsstellen verpflichtet sind, ein internationales Adoptionsvermittlungsverfahren durchzuführen, wenn in dem Heimatstaat des Kindes die Adoption gesetzlich verboten ist. Das OVG hat entschieden, dass sie nicht verpflichtet seien, ein solches Verfahren durchzuführen, zumal

⁸¹ OLG Köln 23.4.2012 – 4 UF 185/10, openJur 2012, 86181, Rn. 24; vgl. hierzu *Thomas Krause*, Anerkennung iranischer Adoptionsentscheidung, FamRBint 2012, 89.

⁸² *Ebert*, Verbot der Adoption (Fn. 23) 470.

⁸³ *Nishitani*, Recueil des cours (im Erscheinen), siehe Fn. 10.

⁸⁴ *Malika Boulenouar Azzemou*, La réception par le système juridique algérien de l'imagination juridique française, Droit de la famille 2009, 55; *Hugues Fulchiron*, Adoption sur kafala ne vaut (à propos des arrêts Civ. 1re, 10 octobre 2006), Recueil Dalloz 2007, 816, 818 f.; *Murat*, Droit de la famille 2009, 37.

⁸⁵ *Markus Voltz*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB (2013) Art. 6 EGBGB Rn. 87; kritisch dazu *Jayme*, IPRax 1996, 237, 242.

⁸⁶ OLG Karlsruhe 25.11.1996 – 11 Wx 79/96, IPRax 1999, 49.

⁸⁷ Staudinger/Voltz (Fn. 85) Art. 6 EGBGB Rn. 89; *Klingenstein*, Kulturelle Identität (Fn. 59) 111 ff.

⁸⁸ OVG Hamburg 18.6.2012 – 4 Bf 135/10, BeckRS 2012, 55853.

das Heimatland des Kindes, Algerien, dem Haager Adoptionsabkommen nicht beigetreten ist. Von Bedeutung ist allerdings hier die Haltung des OVG bezüglich der grundsätzlichen Möglichkeit, ein Kind aus einem Land mit Adoptionsverbot zu adoptieren. Das Gericht räumt ein, dass die Adoption eines Kindes aus einem solchen Land in Deutschland nicht gänzlich ausgeschlossen sei. Sie sei allerdings nur in Ausnahmefällen möglich, wenn das Wohl des Kindes es erfordere. Dies sei beispielsweise der Fall, wenn das Kind bereits in Deutschland ist und wenn zwischen dem Kind und der aufnehmenden Familie bereits eine enge Bindung entstanden ist.⁸⁹

Die Behandlung der *Kafala* im deutschen Recht hat Auswirkungen auf die Einreiseregulungen. Nach einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 2010 hat ein im Rahmen einer *Kafala* in Marokko von einer deutschen Staatsangehörigen aufgenommenes Kind auf der Grundlage der Familienzusammenführung keinen Anspruch auf eine Einreise in das Bundesgebiet.⁹⁰ Denn zwischen der Aufnehmenden und dem Kind bestehe kein verwandtschaftliches Verhältnis. Die *Kafala* des marokkanischen Rechts begründe ein solches Verhältnis nicht. Dass die Aufnehmende das Einreisevisum zum Zwecke der Adoption beantragt hat, sei nicht ausreichend. Notwendig sei ein abgeschlossenes internationales Adoptionsvermittlungsverfahren. Das BVerwG ist der Meinung, dass das Fehlen von Vermittlungsstellen im Herkunftsstaat aufgrund des Adoptionsverbotes keine Ausnahme begründe.⁹¹ Ein Einreisevisum könne im Ausnahmefall nur dann erteilt werden, wenn ganz besondere Umstände, etwa in Notsituationen, vorlägen, „bei denen es offensichtlich erscheint, dass das Kindeswohl die geplante Adoption erfordert und es kein anderes behördliches Verfahren gibt, das Wohl des Kindes effektiv durchzusetzen“.⁹²

Auch nach dem Inkrafttreten des KSÜ in Deutschland am 1. Januar 2011 ist offengeblieben, ob die Durchführung der *Kafala* in einem anderen Vertragsstaat, nämlich Marokko, eine Grundlage zur Erteilung eines Visums bietet.⁹³ Denn dafür wäre jedenfalls ein zwischenstaatliches Abstimmungsverfahren erforderlich, das in dem entschiedenen Fall nicht stattgefunden hatte.

Es besteht in der deutschen Gesetzgebung kein Verbot der Adoption von Kindern aus Ländern, welche die Adoption verbieten. Deswegen haben Gerichte hier die Möglichkeit, die Besonderheiten des Einzelfalls zu berücksichtigen und dem Kindeswohl Rechnung zu tragen. Diese Ermessensmöglichkeit ist den französischen Gerichten verwehrt.

⁸⁹ OVG Hamburg 18.6.2012, BeckRS 2012, 55853, Rn. 34.

⁹⁰ BVerwG 26.10.2010 – 1 C 16.09, FamRZ 2011, 369.

⁹¹ BVerwG 26.10.2010, FamRZ 2011, 369, 371, Rn. 15.

⁹² BVerwG 26.10.2010, FamRZ 2011, 369, 371, Rn. 16.

⁹³ BVerwG 10.3.2011 – 1 C 7.10, FamRZ 2011, 888, 890, Rn. 18.

V. Die *Kafala* im französischen Recht

1. Die Qualifikation der *Kafala*

Die Stellung der *Kafala* in der französischen Rechtsordnung hat eine bedeutende Entwicklung erfahren. Vor der Änderung von Art. 370-3 C.c.fr. durch das ausdrückliche Verbot der Adoption von Kindern aus Ländern, welche die Adoption verbieten, haben französische Gerichte die *Kafala* mit einer schwachen Adoption im französischen Recht gleichgesetzt (*adoption simple*). Dafür haben sie die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des Kindes zur *Kafala* auf eine schwache Adoption nach dem französischen Recht erstreckt.⁹⁴ Seit der Gesetzesänderung hat die *Cour de cassation* Entscheidungen der Berufungsgerichte, die das Adoptionsverbot nicht beachteten, aufgehoben.⁹⁵

Wie der EGMR zu Recht ausführt, wird die von einem Gericht übertragene *Kafala* in Frankreich kraft Gesetzes als solche anerkannt.⁹⁶ Als gerichtliche Entscheidung über den Personenstand (*décision sur le statut des personnes*) entfaltet sie automatisch ihre Wirkungen, ohne dass es einer Transformation in ein Institut des französischen Rechts bedarf.⁹⁷ Die meisten französischen Gerichte scheuen allerdings vor der Anwendung des fremden Rechts zurück und ziehen es vor, die *Kafala* mit einer Institution des französischen Rechts gleichzusetzen.⁹⁸ Es bestehen dafür im französischen Recht zwei Möglichkeiten, die allerdings von der Lehre kritisiert werden. Die meisten Gerichte in Frankreich bedienen sich der Übertragung der elterlichen Sorge (*délégation de l'autorité parentale*). Diese Gleichsetzung hat Schwächen. Denn die *Kafala* ist jederzeit aufhebbar und begründet keine Unterhaltspflicht über die Volljährigkeit hinaus.⁹⁹ Genauso unzutreffend ist die Gleichsetzung der *Kafala* mit der Vormundschaft (*tutelle*). Der Aufnehmende verfügt nach algerischem Recht über weite Befugnisse in der Vermögensverwaltung des Kindes, während der Vormund nach französischem Recht unter der Aufsicht der zuständigen Stellen steht und auf ihre Genehmigungen angewiesen ist.¹⁰⁰ Der EGMR hat diese Qualifikationsschwierigkeit mit der Feststellung

⁹⁴ Jean-Marie Colombani, Rapport sur l'adoption, hrsg. von La Documentation française (2008) 110, abrufbar unter <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>; Murat, Droit de la famille 2009, 37, 38.

⁹⁵ Cass. civ. 1^{re} 10.5.2006, n° 04-19444, Bull. civ. 2006, I, n° 224, S. 196; dazu Murat, Droit de la famille 2009, 37.

⁹⁶ EGMR 4.10.2012 – Harroudj ././ Frankreich, Rn. 51.

⁹⁷ Jean-Marie Plazy, Une recherche d'équivalent: la tutelle, Droit de la famille 2009, 48; Adeline Gouttenoire/Marie Lamarche, La recherche d'équivalent: l'autorité parentale, Droit de la famille 2009, 42.

⁹⁸ Gouttenoire/Lamarche, Droit de la famille 2009, 42.

⁹⁹ Gouttenoire/Lamarche, Droit de la famille 2009, 42, 46.

¹⁰⁰ Plazy, Droit de la famille 2009, 42, 49.

umgangen, dass die *Kafala* in Frankreich Wirkungen entfalte, „die *vergleichbar* mit denen einer Vormundschaft“ seien.¹⁰¹

Die Rechtsunsicherheit, die die Schwierigkeiten der Qualifikation der *Kafala* mit sich bringen, kann das Wohl des Kindes beeinträchtigen. Der Status dieser Kinder ist nach dem französischen Recht prekär, wie unabhängige Berichte belegen.¹⁰² Sie haben Schwierigkeiten bei der Inanspruchnahme von sozialen Leistungen und bei der Erteilung des Einreisevisums nach Frankreich.¹⁰³ Da diese Schwierigkeiten von der Beschwerdeführerin nicht erwähnt wurden, hat sich der EGMR mit ihnen nicht eingehender befasst.

2. Korrekturen des Adoptionsverbots

Die Beschwerdeführerin behauptet, dass das Fehlen eines Eltern-Kind-Verhältnisses zwischen ihr und dem Kind einen Eingriff in ihr Recht auf Familienleben darstelle. Um dies zu belegen, wählt sie drei Beispiele. Das Kind könne im Falle des Todes der Beschwerdeführerin nicht bei deren Mutter bleiben. Das Kind dürfe auch nicht die Beschwerdeführerin beerben und dürfe die französische Staatsangehörigkeit erst fünf Jahre nach seiner Ankunft in Frankreich erlangen. Der EGMR bestreitet nicht, dass solche Einschränkungen bestehen. Er betont allerdings, „dass es möglich ist, die aus dem Adoptionsverbot entstehenden Einschränkungen abzumildern“.¹⁰⁴ Die Beschwerdeführerin könnte ein Testament erstellen, in welchem sie das Kind als Erbe einsetzt und einen Vormund für den Fall ihres Todes bestimmt.

Darüber hinaus stellt der EGMR fest, dass das französische Recht das Adoptionsverbot nach einer hinreichenden Integration des Kindes in die französische Gesellschaft, welche aufgrund von objektiven Kriterien festgestellt wird, aufhebt. So sind nach Art. 370–3 Abs. 2 C.c.fr. Kinder, welche in Frankreich geboren sind und dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, vom Adoptionsverbot nicht betroffen. Ferner haben Kinder, die von Franzosen im Rahmen einer *Kafala* aufgenommen wurden, nach fünf Jahren Aufenthalt in Frankreich Anspruch auf die französische Staatsangehörigkeit. Erlangt das Kind die französische Staatsangehörigkeit, darf es adoptiert werden und entgeht so dem Verbot des algerischen Rechts.

¹⁰¹ EGMR 4.10.2012 – *Harroudj ./. Frankreich*, Rn. 51; Hervorhebung durch die Autorin.

¹⁰² *Colombani*, Rapport sur l'adoption (Fn. 94).

¹⁰³ *Colombani*, Rapport sur l'adoption (Fn. 94) 113f.

¹⁰⁴ EGMR 4.10.2012 – *Harroudj ./. Frankreich*, Rn. 51.

VI. Fazit und Ausblick

Der EGMR hat in dem Fall *Harroudj* entschieden, dass das Adoptionsverbot im französischen Recht von Kindern aus Ländern, welche die Adoption verbieten, keine Verletzung des Rechts auf Familienleben nach Art. 8 EMRK darstellt. Der Gerichtshof hat nicht hinreichend berücksichtigt, dass ein Adoptionsverbot ausdrücklich nur in Frankreich vorgesehen ist. Die Entscheidung des EGMR könnte allerdings einen Prozess in Gang setzen und andere Vertragsstaaten der EMRK ermutigen, in ihrer Gesetzgebung ein solches Verbot einzuführen. Vermutlich unter dem Einfluss dieser Rechtsprechung enthält der spanische Gesetzesentwurf zum Schutz des Kindes vom 28. April 2014 ein ausdrückliches Adoptionsverbot von Kindern aus Ländern, welche die Adoption verbieten.¹⁰⁵

Der Gerichtshof stützt sich in der Entscheidung *Harroudj* prinzipiell auf die Anerkennung der *Kafala* in den internationalen Verträgen als Schutzmaßnahme neben der Adoption. Ferner war es für den EGMR entscheidend, dass die für die Beschwerdeführerin und ihr Kind durch das Adoptionsverbot verursachten Einschränkungen im französischen Recht überwunden werden können.

Der EGMR räumt also die Einschränkungen ein, die aus dem Adoptionsverbot entstehen. Der Gerichtshof stellt aber die *Kafala* entsprechend den völkerrechtlichen Verträgen als eine der Adoption gleichrangige Schutzmaßnahme dar. Es stellt sich die Frage, warum er nach den Korrekturen zum Adoptionsverbot im französischen Recht Ausschau hält, wenn die *Kafala* eine zureichende Schutzmaßnahme ist. Der EGMR führt keine abstrakte Normenkontrolle durch, sondern prüft, ob das Adoptionsverbot im französischen Recht konkret für das Kind und die Beschwerdeführerin zu unzumutbaren Einschränkungen in ihrem Familienleben führt. In dieser Entscheidung hat der Gerichtshof viel Pragmatismus an den Tag gelegt. Er konnte nicht übersehen, dass Frankreich verpflichtet ist, den Geist und die Ziele der einschlägigen völkerrechtlichen Verträge zu beachten. Außerdem sind die durch das Adoptionsverbot verursachten Einschränkungen im Privatleben der Beschwerdeführerin nicht unüberwindbar. Es wäre interessant, wie der EGMR sich in einem Fall entschieden hätte, in welchem der Aufnehmende keine sozialen Leistungen für das Kind erhalten kann. Wahrscheinlich würde der Gerichtshof sich auf den Umstand stützen, dass das Adoptionsverbot spätestens bei der Erlangung der französischen Staatsangehörigkeit durch das Kind nicht mehr gilt.

¹⁰⁵ *Marchal Escalona, La kafala marroquí* (Fn. 45) Fn. 9; Anteproyecto de ley de protección a la infancia, abrufbar unter <<https://www.mssi.gob.es/normativa/docs/Lproteccioninfancia.pdf>>.

Die Rezeption der *Kafala* in Frankreich stellt eine Herausforderung für den EGMR dar. Die Bedeutung dieses Rechtsinstituts ist in den Ländern des Europarates relativ neu. Sie hängt mit der Intensivierung der Migrationsbewegung nach Europa aus islamisch geprägten Ländern zusammen. Die *Kafala* in Europa gehört zu „den Gegebenheiten des Familienlebens im 21. Jahrhundert“.¹⁰⁶

Summary

THE IMPACT OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS
ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW AS ILLUSTRATED BY THE RECEPTION
OF KAFALA IN EUROPE – REFLECTIONS ON ECHR, *HARROUDJ v. FRANCE*
(No. 43631/09, 4 OCTOBER 2012)

On 4 October 2012, the European Court of Human Rights (ECHR) rendered a decision dealing with *Kafala*. This Islamic law-based institution is an undertaking of an adult person to support and educate a minor without creating a formal parent-child relationship. Since adoption, as understood in western legal systems, is prohibited in most Muslim jurisdictions, *Kafala* is employed as a substitute. The Court considered the French conflicts-of-law rule (Art. 370-3 para. 2 of the Civil Code) prohibiting adoption of foreign children whose national laws prohibit the institution as compatible with Article 8 of the European Convention on Human Rights.

This essay considers the decision of the Court as a positive contribution to the issue of the impact of Human Rights on private international law. After recalling briefly the general terms of the relationship between human rights and private international law, the essay examines the status of *Kafala* outside and inside the European context. It also deals with the reception of *Kafala* in France.

The Court considered that a relationship founded on the *Kafala* may be protected under Article 8 of the Convention if requirements of continuity and stability are met. Nevertheless it recalled that Article 8 contains no right to adoption. This position of the Court is in line with its case-law on similar issues: given relationships should be protected as part of the respect of family life. The court however did not recognize any right of the applicant to convert the relationship in question into a determined legal relationship such as a parent-child-relationship. Two arguments were decisive for the decision of the court: lack of consensus among state-parties concerning the reception

¹⁰⁶ Vgl. EGMR 15.9.2011 – 17080/07 (*Schneider ./. Deutschland*), Rn. 100, dt. Übersetzung abrufbar unter <http://www.bmj.de/SharedDocs/EGMR/DE/20110915_17080-07.html>.

or the status of *Kafala* and recognition of *Kafala* by the relevant international instruments as a suitable alternative to adoption. As far as the first point is concerned the essay contends that the Court was mistaken in its appraisal of other state-parties regulations on *Kafala* as only France specifically prohibits the conversion of *Kafala* to adoption.

