

Fall 3: Kafala

Die Klage ist begründet, wenn das elterliche Sorgerecht der F besteht.

I. Ermittlung des anwendbaren Rechts bzgl. des Sorgerechts der F**1) Vorrangige Abkommen: MSA (J/H Nr. 54)****a) Anwendungsbereich****aa) Persönlicher Anwendungsbereich**

Art. 12, 13 MSA: Minderjährige (sowohl im Sinne des Aufenthaltsrechts als auch des Heimatrechts)

- > Es ist davon auszugehen, dass die Kinder sowohl nach deutschem als auch nach marokkanischem Recht minderjährig sind.

bb) Räumlicher Anwendungsbereich

Gewöhnlicher Aufenthalt des Minderjährigen in einem Vertragsstaat, Art. 13 I MSA: Deutschland
(Kein Vorbehalt gemäß Art. 13 III MSA.)

cc) Sachlicher Anwendungsbereich

Schutzmaßnahmen (Art. 1 MSA): Maßnahmen, die die Rolle der Eltern ergänzen oder ersetzen.

Z.B. Regelung der elterlichen Sorge, des elterlichen Umgangs, Herausgabe bei Gefährdung des Kindeswohls usw.

- > Feststellung der elterlichen Sorge ist gerade keine Schutzmaßnahme, sondern eben nur Feststellung des gesetzlichen Zustandes.

b) Zwischenergebnis

Der Anwendungsbereich ist nicht eröffnet.

2) Kollisionsnormen nach autonomem Recht

Elterliche Sorge ist Frage des Eltern-Kind-Verhältnisses gemäß

Art. 21 EGBGB: Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Kindes = deutsches Recht

II. Anwendung des ermittelten materiellen Rechts

Nach deutschem Recht steht F grds. das Sorgerecht zu, §§ 1626, 1680 BGB.

III. Änderung durch Vereinbarung der „Kafala“

1) Ermittlung des anwendbaren Rechts

a) **Qualifikation:** grds. nach der lex fori

- Adoption (Art. 22 EGBGB), Vormundschaft, Betreuung oder Pflegschaft (Art. 24 EGBGB)?

- Bei der Kafala handelt es sich um ein dem deutschen Recht unbekanntes Rechtsinstitut. - > Funktionelle Qualifikation:

- Zweck der Kafala: Aufgrund des islamisch-rechtlichen Adoptionsverbots muss eine andere familienrechtliche Bindung geschaffen werden, ohne dabei ein verwandtschaftliches Verhältnis zu schaffen (gewöhnlich für Findelkinder und Waisen): eine Art Pflegevertrag.

Zweck der deutschen Kollisionsnormen:

- Art. 24 EGBGB: Betreuung ist Vormundschaft für Volljährige (§ 1896 ff. BGB); Pflegschaft hat eine soziale Funktion und setzt ein Fürsorgebedürfnis für spezielle Angelegenheiten voraus (§§ 1909 ff. BGB). Hier ist das nicht der Fall.

- Vormundschaft würde auch unter Art. 24 EGBGB fallen, MSA ist diesbezüglich aber vorrangig, hier aber keine Vormundschaft.

- Art. 22 EGBGB spricht von Adoption, erfasst aber auch vergleichbare Rechtsinstitute bzgl. eines Pflegeverhältnisses zu einem Kind. Da die Kafala solch einen rechtlichen Rahmen schaffen soll, ohne das Verwandtschaftsverhältnis zu berühren, ist sie wie eine „schwache Adoption“.

Also: adoptionsähnlich

b) Maßgebliche Kollisionsnorm

aa) **Vorrangige internationale Abkommen**
(Art. 3 II EGBGB)

Es sind keine vorrangigen internationalen Abkommen ersichtlich.

bb) Autonomes Kollisionsrecht: Art. 22 EGBGB

Art. 22 I 2 EGBGB: Anknüpfung an das allgemeine Ehwirkungsstatut - > Art. 14 I 1, Alt. 1 EGBGB: die Großeltern haben die marokkanische Staatsbürgerschaft
=> marokkanisches Recht

c) Art der Verweisung

- Gesamtverweisung, Art. 4 I 1 EGBGB: marokkanisches IPR.
Es ist davon auszugehen, dass das marokkanische Recht die Verweisung annimmt.

2. Anwendung des marokkanischen Sachrechts

Die Kafala begründet gerade keine Verwandtschaftsbeziehung zwischen den Kindern und dem Annehmenden, und die elterliche Personensorge für die Kinder wird durch eine Kafala nicht übertragen, es wird lediglich eine Unterhalts- und Beistandsverpflichtung eingegangen.
Somit hat die Erklärung der Kafala durch die Großeltern keine Auswirkungen auf das Sorgerecht der F.

IV. Ergebnis

Das Gericht wird das Sorgerecht der F für ihre Kinder feststellen.

Literatur:

- Menhofer, IPrax 1997, 264, 252; Peter Hay, PdW, Fall 73 in 2. A.