

- Lösungsskizzen aus den Unterrichtsstunden -**Fall 1: Adoption**

(Folie vom 24.10.2002)

A. Ausgangsfall: M hat die deutsche, F die iranische Staatsangehörigkeit**I. Anwendbares Recht****1) Maßgebliche Kollisionsnorm (einschließlich Qualifikation)****a) Qualifikation: Adoption****b) Vorrangige Abkommen, Art. 3 II EGBGB**

Deutsch-iranisches Niederlassungsabkommen (J/H Nr. 23, 11. A.)

aa) sachlicher Anwendungsbereich

Personen- und Familienrecht

bb) räumlich-persönlicher Anwendungsbereich

Beteiligte sind dt. und iranischer Staatsangehörigkeit, aber Abkommen ist nur anwendbar, wenn alle Beteiligten demselben Staat angehören.

c) Autonomes Kollisionsrecht

- Art. 22 I S. 2 EGBGB: Verweis auf Art. 14 I EGBGB

- Art. 14 I EGBGB: Anknüpfungsleiter, die zweite Stufe darf nur beschränkt werden, wenn auf der ersten Stufe keine Entscheidung gefallen ist usw.

(Kegelsche Leiter)

- Nr. 1, 1. Alt.: keine gemeinsame Staatsangehörigkeit

- Nr. 1, 2. Alt.: (-)

- Nr. 2: gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt

2) Subsumtion

Gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt: Deutschland ? dt. Recht ist Adoptionsstatut

II. Anwendung des materiellen deutschen Rechts

§§ 1741 ff. BGB: Voraussetzungen für Adoption liegen vor.

B. Abwandlung: Beide haben ursprünglich die iranische Staatsangehörigkeit, M hat aber 1998 die dt. Staatsangehörigkeit erworben. 2002 wollen sie adoptieren.**I. Anwendbares Recht****1) Qualifikation: Adoption****2) Vorrangige Abkommen s.o. (-)****3) Autonomes Kollisionsrecht**

Art. 22 I S. 2 EGBGB ? Art. 14 I EGBGB

- Art. 14 I Nr. 1, 1: Alt (-)

- Art. 14 I Nr. 1, 2. Alt. (+) : Iranisches Recht als Recht der früheren gemeinsamen Staatsangehörigkeit, da F noch die iranische Staatsangehörigkeit besitzt.

4) Art. 4 I EGBGB: Gesamtverweisung

Iranisches Recht nimmt an + beruft Recht der Religionsgemeinschaften.

II. Anwendung des iranischen Rechts

- 1) Volladoption ist unzulässig
- 2) ordre public-Verstoß ? Art. 6 EGBGB

Nur wenn das Ergebnis mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist und der Sachverhalt ausreichenden Inlandsbezug aufweist. Es darf im Einzelfall im Ergebnis nicht zu Ergebnissen kommen, die den Kernbestand der inländischen Rechtsordnung antasten.

Voraussetzungen eines ordre public-Verstoßes:

- ausländische Rechtsnorm (auch Kollisionsnorm)
- wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts
- offensichtliche Unvereinbarkeit des Ergebnisses mit diesen Rechtsgrundsätzen (nur Ergebniskontrolle!!)
- hinreichender Inlandsbeziehung des Sachverhalts

Hilfskriterien nach Schnabel, IPrax 1993, 169:

- Sinn und Zweck des ausländischen Rechts
- Rechtspolitische Erschütterung des ausländischen Rechtssatzes
- Rechtsvergleichung
- Wesentlichkeit des eigenen Rechtssatzes
- Inlandsbezug

Rechtsfolgen des ordre public-Verstoßes

- 1) Schlichte Nichtanwendung der Norm, wenn keine Lücke entsteht
- 2) Anwendung eines Ersatzrechtes bei ordre public-Verstoß wegen Nichtexistenz einer Norm oder anstelle einer Norm
 - modifizierte Anwendung des ausländischen Rechts
 - lex fori
 - Schaffung einer eigenen, fallbezogenen Sachnorm
(manche wollen das immer; Rspr. nur, wenn das dt. Recht zu einem offensichtlich unangemessenen Ergebnis führt. ist im IPR eine Angleichung üblich, um interessengerechte Ergebnisse zu erzielen.)

- 3) **Ergebnis:** Wohl Anwendung des deutschen Rechts.
Danach liegen die Voraussetzungen für die Adoption vor.

Lit.: IPRax 1984, 279; Schnabel IPrax 1993, 169

Fall 2: Morgengabe

(Folie vom 24./31.10.2002)

A. Ermittlung des anwendbaren Rechts

Sachverhalt mit Auslandsberührung: Art. 3 I EGBGB

I. Qualifikation

Morgengabe = Islamischer Brauch eines Schenkungsversprechens des Mannes an die Frau anlässlich der Eheschließung über Geld oder Güter.

- 1) güterrechtlich
- 2) unterhaltsrechtlich
- 3) allgemeine Ehwirkungen
- 4) erbrechtlich

- 1) möglich
- 2) möglich
- 3) nein, weil Ehe schon aufgelöst ist
- 4) nein, weil Ehemann lebt

Wie qualifiziert man: nach der lex fori oder nach der lex causae?

- Qualifikation = unter welchen Anknüpfungstatbestand ist ein Lebenssachverhalt zu subsumieren?
- Problem: Abgrenzung der Reichweite der Kollisionsnormen.
- Problematisch ist, dass die inländischen Kollisionsnormen im Rechtsdenken und in der Rechtstechnik des Inlands wurzeln. Im IPR sind aber oft Sachverhalte zu untersuchen, die aus einer anderen Rechtswelt stammen.
- Möglichkeiten:

Qualifikation nach der **lex causae**: Das auf den Sachverhalt anwendbare Recht entscheidet, wie das Lebensverhältnis zu qualifizieren ist und unter welche Kollisionsnorm es somit fällt.

- international aufgeschlossen
- Förderung des internationalen Entscheidungseinklangs, weil der deutsche Richter einen ausländischen Rechtssatz so einzuordnen hätte, wie ihn dasjenige ausländische Recht einordnet, das bei solcher Einordnung anwendbar wäre.
- Da die ausländische Einordnung maßgeblich ist, wird verhindert, dass das ausländische Recht seinem Geist zuwider angewendet wird.

Qualifikation nach der **lex fori**: Die Systembegriffe im Tatbestand einer Kollisionsnorm werden grds. vor dem Hintergrund des in Deutschland herrschenden Rechtsverständnisses ausgelegt, das heißt so ausgelegt wie die entsprechenden Begriffe im deutschen materiellen Recht.

- Förderung des inneren Entscheidungseinklangs: vergleichbare Sachverhalte werden im Inland immer gleich qualifiziert.

- Es spricht gegen die Qualifikation nach der *lex causae*, dass nicht nach einem Statut qualifiziert werden kann, zu dem man durch die Qualifikation erst gelangen will (Zirkelschluss). Bei der Qualifikation nach der *lex causae* müsste deswegen zunächst nach den inländischen Kollisionsnormen ein hypothetisches Wirkungsstatut ermittelt werden, das sodann über die Richtigkeit der bereits vorgenommenen Qualifikation zu entscheiden hätte.
(Bei Qualifikation nach der *lex fori* genügt ein Schritt.)

Die hM qualifiziert deswegen nach der *lex fori* (ebenso in den meisten anderen Ländern).

Ausnahmen von der Qualifikation nach der *lex fori*: ausländische Kollisionsnormen, internationale Übereinkommen

Problem: der *lex fori* unbekannte Rechtsfiguren

=> „**Funktionelle Qualifikation**“: eine an der Funktion und dem Zweck einer ausländischen Rechtserscheinung orientierte Qualifikation.

Also: Wir berücksichtigen die ausländischen Vorstellungen einer ausländischen Rechtsfigur und vergleichen sie dann mit dt. Rechtsfiguren.

Exkurs:

- *Funktion des Ehegüterrechts, Art. 15 EGBGB: Zuweisung des gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens des Mannes und der Frau während der Ehe und der Zeit ihrer Abwicklung.*

- *Funktion des Versorgungsausgleichs, Art. 17 III EGBGB: soziale Absicherung für das Alter durch Anhäufen von Renten- und Pensionsanwartschaften.*

- *Funktion des ehelichen und nachehelichen Unterhalts, Art. 18 EGBGB: Ausgleich bei Bedürftigkeit während der Ehe und soziale Absicherung nach geschiedener Ehe aufgrund des Gedankens der fortwirkenden nachehelichen Solidarität.*

- Welche Bedeutung hat die Morgengabe im Inland unter Berücksichtigung der ausländischen Vorstellungen?
Welche Vorstellungen haben sich die Parteien von der Morgengabe gemacht?

- Die Morgengabe übernimmt je nach Lebensbereich eine andere Aufgabe:

- Soweit die Morgengabe die Gültigkeit der Ehe betrifft, ist die Wirksamkeit der Eheschließung nach dem gemäß Art. 13 EGBGB zu ermittelnden Recht zu beurteilen.
- Soweit man darin eine Ehwirkung sieht: Art. 14 EGBGB

- Soweit es um Unterhalt während der Ehe geht, ist Art. 18 I 1 EGBGB maßgeblich.
- Bei Auflösung der Ehe durch Scheidung oder talaq ist Art. 18 IV EGBGB (bei Schwerpunkt Unterhalt) und Art. 15 EGBGB (bei Schwerpunkt güterrechtlicher Ausgleich) maßgeblich.
- Bei Auflösung der Ehe durch Tod des Ehemannes sind Art. 25 f. EGBGB maßgeblich, da die Morgengabe dann eine dem Vermächtnis vergleichbare Funktion hat.

6) Zwischenergebnis:

In unserem Fall unterhaltsrechtliche oder güterrechtliche Qualifikation.

II. Feststellung und Anwendung des maßgeblichen Rechts bei güterrechtlicher Qualifikation

1) Vorrangige Abkommen (-)

2) Autonomes Kollisionsrecht: Art. 15 EGBGB

- Rechtswahl, Art. 15 II (-)
- Art. 15 I iVm Art. 14 EGBGB
 - Nr. 1 (-)
 - Nr. 2: Ehwirkungsstatut zur Zeit der Eheschließung = Recht des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltsortes = deutsches Recht

3) Deutsches Güterrecht

- §§ 1363 ff. EGBGB
- Ehevertragliche Abänderung des gesetzlichen Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft gemäß § 1408 BGB

4) Gesonderte Anknüpfung der Form des Ehevertrages: Art. 11 EGBGB

Exkurs: Art. 11 EGBGB

Günstigkeitsprinzip (Prinzip der Alternativität)

- *Das auf den Gegenstand des Rechtsverhältnis anzuwendende Recht*
- *Recht des Vornahmeortes*
- *Bei verschiedenen Aufenthaltsorten der Parteien: Geschäftsrecht oder Recht eines der Aufenthaltsorte*
 - *Form muss nach einem dieser Rechte eingehalten sein (Es soll möglichst verhindert werden, dass ein Geschäft an Formerfordernissen scheitert.)*
 - *Wird keine der Formen eingehalten, ist nach dem Günstigkeitsprinzip die mildeste Sanktion anzuwenden.*

Art. 11 EGBGB:

- Geschäftsstatut: dt. Recht
 - alternativ:
 - Recht des Vornahmeortes: dt. Recht
- Nach dt. Recht ist gemäß § 1410 BGB notarielle Form nötig:
Vereinbarung ist formunwirksam.

5) Ergebnis: Anspruch ist nicht gegeben.

B. Anwendbares Recht bei unterhaltsrechtlicher Qualifikation

I. Vorrangige Abkommen: Haager Unterhaltsübereinkommen (J/H 41) ist in Art. 18 EGBGB inkorporiert. Eigentlich ist das Abkommen gemäß Art. 3 II EGBGB vorrangig anzuwenden.

Die direkte Anwendung von Art. 18 EGBGB ist aber vertretbar, wenn der staatsvertragliche Charakter bei der Auslegung berücksichtigt wird.

II. Autonomes Kollisionsrecht:

Art. 18 EGBGB

Exkurs:

Prüfungsreihenfolge des Art. 18 EGBGB

- Art. 18 V
- Art. 18 IV
- Art. 18 I 1, Korrektur über Art. 18 I 2, II, III

Art. 18 IV 1 EGBGB:

- Art. 17 I
- Art. 14 I Nr. 2 (Recht des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltes im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages): dt. Recht

III. Formstatut der Unterhaltsvereinbarung gemäß Art. 11 EGBGB: dt. Recht**IV. Anwendung des deutschen Rechts:**

- Es wurde eine Unterhaltsvereinbarung gemäß § 1585 c BGB getroffen.
- Formlos wirksam, keine sonstigen Wirksamkeitshindernisse ersichtlich.

V. Ergebnis: Anspruch ist gegeben.Literatur:

- OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 623
- FamRZ 1987, 463; OLG Hamm FamRZ 1981, 875
- IPrax 1988, 109 m. Anm. Heßler, S. 95
- OLG Köln IPrax 1983, 73 m. Anm. Heldrich, S. 64 - Peter Hay, Fall 190 (2002)

Weitere Bsp. für dem dt. Recht unbekanntes Rechtsinstitute:

- Ketubah des jüdischen Rechts (mit der islamischen Morgengabe vergleichbar)
- Trust im anglo-amerikanischen Recht
- Handschuhehe
- Registerpfandrecht im franz. Recht
- Trennung von Tisch und Bett
- Legitimation

LITERATUR dazu siehe bei: von Hoffmann, § 6, Rz. 8 ff. in 7. A., 2002

Fall 3: Kafala

(Folie vom 31.10.2002)

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

I. Ermittlung des anwendbaren Rechts bzgl. des Sorgerechts der F**1) Vorrangige Abkommen, Art. 3 II EGBGB: MSA****a) Anwendungsbereich****aa) persönlicher Anwendungsbereich**

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

bb) räumlich

Gewöhnlicher Aufenthalt des Minderjährigen in einem Vertragsstaat, Art. 13 MSA

cc) sachlich: Schutzmaßnahmen

= Maßnahmen, die die Rolle der Eltern ergänzen oder ersetzen.

zB 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**

- Adoption (Art. 22 EGBGB), Betreuung und 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 Kollisionsnormen:

- Art. 24 EGBGB: Pflegschaft hat eine soziale Funktion und setzt ein Fürsorgebedürfnis für spezielle Angelegenheiten voraus.

Siehe §§ 1909 ff. BGB. Hier ist das eher nicht der Fall.

- 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) Art. 22 EGBGB

Anknüpfung an das allgemeine Ehwirkungsstatut, Art. 14 I 1: beide Großeltern haben die marokkanische Staatsbürgerschaft (Auch evt. erforderliche Zustimmung zur Adoption unterliegt gemäß Art. 23 EGBGB dem marokkanischen Recht.)

c) Art der Verweisung

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

IV. 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.

V. Ergebnis

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

Literatur:

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