

Julia Koch

Die Anwendung islamischen Scheidungs- und Scheidungsfolgenrechts im Internationalen Privatrecht der EU-Mitgliedstaaten

Eine rechtsvergleichende Analyse
unter besonderer Berücksichtigung
des nationalen und europäischen ordre public

Berliner Schriften zum
internationalen und ausländischen Privatrecht

Herausgegeben von Helmut Grothe

Band 7

PETER LANG
Internationaler Verlag der Wissenschaften

Berliner Schriften zum
internationalen und ausländischen Privatrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. Helmut Grothe, Freie Universität Berlin

Band 7



PETER LANG

Frankfurt am Main · Berlin · Bern · Bruxelles · New York · Oxford · Wien

Julia Koch

Die Anwendung
islamischen Scheidungs-
und Scheidungsfolgenrechts
im Internationalen Privatrecht
der EU-Mitgliedstaaten

Eine rechtsvergleichende Analyse
unter besonderer Berücksichtigung
des nationalen und europäischen ordre public



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: München, Univ., Diss., 2012

D 19

ISSN 1865-486X

ISBN 978-3-653-01697-0 (E-Book)

DOI 10.3726/978-3-653-01697-0

ISBN 978-3-631-63773-9 (Print)

© Peter Lang GmbH

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Frankfurt am Main 2012

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des

Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für

Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

www.peterlang.de

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2011/2012 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität als Dissertation angenommen.

Ganz herzlich bedanke ich mich bei meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Stephan Lorenz, für die hilfreiche Unterstützung und unkomplizierte Betreuung der Arbeit.

Bedanken möchte ich mich auch bei Herrn Prof. Dr. Peter Kindler für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Ein ganz besonderer Dank gilt außerdem Frau Britta Kuld, die mir nicht nur als gute Freundin immer mit Rat und Tat zur Seite stand, sondern auch umfassende Korrekturhilfen leistete.

Schließlich möchte ich mich ganz herzlich bei meinen Eltern bedanken, die immer für mich da sind und mich tatkräftig bei allen meinen Vorhaben unterstützen.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
I. Einführung in das Thema	17
1. Die Scheidung und Scheidungsfolgen in islamisch-geprägten Rechtsordnungen	18
2. Der ordre public	19
a) Der kollisionsrechtliche ordre public	20
b) Der anerkennungsrechtliche ordre public	21
c) Die Europäisierung des ordre public	21
3. Die Bedeutung des islamischen Scheidungs- und Scheidungsfolgenrechts im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Mitgliedstaaten	22
II. Gegenstand und Methode der Untersuchung	23
1. Ziele der Rechtsvergleichung	23
2. Methode der Untersuchung	23
3. Gegenstand und Gang der Untersuchung	24
I. Kapitel: Das islamische Recht	27
I. Die Geschichte des Islam	28
1. Anfänge	28
2. Die Aufspaltung zwischen Sunniten und Schiiten	30
II. Die Grundlagen des islamischen Rechts	31
1. Die Ausbildung von Rechtsschulen	32
2. Die Rechtsquellen des islamischen Rechts	32
III. Das islamische Scheidungsrecht	35
1. Das traditionelle islamische Scheidungsrecht	36
a) Einseitige Auflösung der Ehe durch den Mann (Talaq)	36
aa) Die unterschiedlichen Formen des Talaq	36
bb) Materielle Anforderungen an den Talaq	39
aaa) Sunniten	39
bbb) Schiiten	40
b) Auflösung der Ehe durch gerichtliches Urteil	40
c) Die einvernehmliche Scheidung	41
d) Auflösung der Ehe durch Religionswechsel	44
e) Sonderformen der Scheidung: Li`an, Ilà und Zihar	44

2. Die modernen Kodifikationen	46
a) Nordafrika (Marokko, Tunesien, Algerien, Ägypten)	46
aa) Das marokkanische Scheidungsrecht	47
aaa) Die Scheidungsvoraussetzungen	48
(1) Die Scheidung auf Initiative des Ehemannes	48
(2) Die Scheidung auf Initiative der Ehefrau	49
(3) Die einvernehmliche Scheidung	51
bbb) Die Scheidungsfolgen	52
bb) Das tunesische Scheidungsrecht	53
aaa) Die Scheidungsvoraussetzungen	53
(1) Die einvernehmliche Scheidung	54
(2) Die Scheidung aufgrund einer erlittenen Schädigung	54
(3) Der einseitige Antrag auf Scheidung ohne Angabe von Gründen	55
bbb) Die Scheidungsfolgen	55
(1) Das naheheliche Unterhaltsrecht	55
(2) Die elterliche Sorge	56
cc) Das ägyptische Scheidungsrecht	56
aaa) Die Scheidungsvoraussetzungen	57
(1) Die Scheidung auf Initiative des Ehemannes	57
(2) Die Scheidung auf Initiative der Ehefrau	57
bbb) Die Scheidungsfolgen	59
dd) Das algerische Scheidungsrecht	60
aaa) Die Scheidungsvoraussetzungen	60
bbb) Die Scheidungsfolgen	61
b) Iran	62
aa) Die Scheidungsvoraussetzungen	62
aaa) Die Scheidung auf Initiative des Ehemannes	63
bbb) Die Scheidung auf Initiative der Ehefrau	63
ccc) Die einvernehmliche Scheidung	65
bb) Die Scheidungsfolgen	65
c) Der indische Subkontinent (Pakistan, Indien)	66
aa) Das pakistanische Scheidungsrecht	67
aaa) Die Scheidung auf Initiative des Ehemannes	68
bbb) Die Scheidung auf Initiative der Ehefrau	69
ccc) Die einvernehmliche Scheidung	70
ddd) Die Scheidungsfolgen	71
bb) Das indische Scheidungsrecht	72
aaa) Die Scheidung auf Initiative des Ehemannes	73

bbb) Die Scheidung auf Initiative der Ehefrau	73
ccc) Die Scheidungsfolgen	74
IV. Zwischenergebnis zu Kapitel 1	75
2. Kapitel: Das islamische Scheidungsrecht im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der EU-Mitgliedstaaten	77
I. Die Berufung islamischen Rechts	77
1. Das Recht der Mitgliedstaaten de lege lata	78
a) Länderbericht Deutschland	80
aa) Die Anwendung islamischen Scheidungsrechts durch deutsche Gerichte	80
aaa) Problemstellung: ordre public	80
(1) Verstoß gegen wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts	81
(a) Scheidungsantrag durch die Frau	81
(b) Scheidungsantrag durch den Mann	83
(2) Vorliegen eines hinreichenden Inlandsbezugs	84
bbb) Problemstellung: Mitwirkung eines geistlichen Gerichts	84
bb) Islamisches Scheidungsfolgenrecht und deutscher ordre public	86
aaa) Der nacheheliche Unterhalt	86
bbb) Die elterliche Sorge	88
(1) Rechtslage bis zum 1.1.2011	89
(2) Rechtslage seit dem 1.1.2011	90
b) Länderbericht Frankreich	91
aa) Die Anwendung islamischen Scheidungsrechts durch französische Gerichte	91
aaa) Allgemeines	91
bbb) Problemstellung: ordre public	93
(1) Scheidung auf Antrag des Mannes	93
(2) Scheidung auf Antrag der Frau	94
bb) Die Anwendung islamischen Scheidungsfolgenrechts und französischer ordre public	95
aaa) Die elterliche Sorge	95
bbb) Der nacheheliche Unterhalt	97
c) Länderbericht England	98
d) Länderbericht Spanien	98
aa) Heimwärtsstreben der spanischen Gerichte	99
bb) Problemstellung: ordre public	101

aaa)	Allgemeines	101
bbb)	Der ordre public im internationalen Scheidungsrecht	101
cc)	Zwischenergebnis zur Rechtsprechung spanischer Gerichte ..	103
e)	Länderbericht Niederlande	104
aa)	Allgemeines zur Anwendung islamischen Rechts durch niederländische Gerichte	104
bb)	Problemstellung: ordre public	105
f)	Länderbericht Belgien	106
aa)	Allgemeines zur Anwendung islamischen Rechts durch belgische Gerichte	106
bb)	Problemstellung: ordre public	107
g)	Das Recht der Mitgliedstaaten im Vergleich	108
aa)	Das Scheidungskollisionsrecht	108
bb)	Problemstellung: ordre public	109
aaa)	Islamisches Scheidungsrecht	110
bbb)	Islamisches Scheidungsfolgenrecht	111
(1)	Der naheheliche Unterhalt	112
(2)	Die elterliche Sorge	113
ccc)	Analyse der Rechtsprechung: konkrete Prüfung des Einzelfalls oder abstrakte Überprüfung der ausländischen Rechtsordnung	116
(1)	Islamisches Scheidungsrecht	116
(2)	Islamisches Scheidungsfolgenrecht	117
(3)	Zwischenergebnis zur Analyse der mitgliedstaatlichen Rechtsprechung	118
ddd)	Stellungnahme zur Rechtsprechung deutscher Gerichte bei der Anwendung islamischen Scheidungsrechts	118
(1)	Prüfungsmaßstab: Art. 3 Abs. 2 GG	118
(2)	Prüfungsmaßstab: Art. 6 Abs. 1 GG	121
(a)	Scheidung auf Antrag der Frau	121
(b)	Scheidung auf Antrag des Mannes	121
(3)	Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls	123
(a)	Vorliegen der Scheidungsvoraussetzungen nach deutschem Recht	123
(b)	Einverständnis der Ehefrau	125
(c)	Kein hinreichender Inlandsbezug	125
h)	Zwischenergebnis zur Rechtslage de lege lata	128
2.	Vereinheitlichtes Scheidungskollisionsrecht durch Erlass der Rom III VO	129

a)	Die Anknüpfungsregeln der Rom III VO	130
b)	Die Anwendung islamischen Scheidungsrechts im Anwendungsbereich der Rom III VO	131
c)	Der Ausschluss islamischen Scheidungsrechts gemäß Art. 10 und 12 Rom III VO	132
aa)	Art. 10 Rom III VO	132
bb)	Art 12 Rom III VO	135
d)	Zwischenergebnis zu den Anknüpfungsregeln der Rom III VO	135
II.	Die Anerkennung von Privatscheidungen	136
1.	Überblick über das Rechtsinstitut	136
2.	Anerkennung von Inlandsprivatscheidungen	136
a)	Länderbericht Deutschland	137
b)	Länderbericht Frankreich	138
c)	Länderbericht England	140
d)	Länderbericht Schweden	141
e)	Das Recht der Mitgliedstaaten im Vergleich	142
f)	Auswirkungen der Rom III VO auf die Anerkennung von inländischen Privatscheidungen	143
3.	Anerkennung von drittstaatlichen Privatscheidungen	145
a)	Länderbericht Deutschland	145
aa)	Rechtslage de lege lata	145
aaa)	Rechtsgrundlage	145
(1)	Anerkennung nach der Brüssel IIa VO	145
(2)	Anerkennung aufgrund von staatsvertraglichen Regelungen	146
(3)	Anerkennung nach dem autonomen deutschen Recht	146
(a)	Anerkennungsverfahren nach § 107 FamFG	146
(b)	Prüfungsmaßstab	147
bbb)	Die Anerkennungsfähigkeit ausländischer Privatscheidungen	147
(1)	Materiellrechtliche Wirksamkeit der Privatscheidung	147
(2)	Problemstellung: ordre public	148
(a)	Verstoß gegen wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts	148
(aa)	Verletzung des Gebots des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) .	148
(bb)	Verstoß gegen materielle Grundrechte	149
(b)	Hinreichende Inlandsbeziehung	150

bb)	Auswirkungen der Rom III VO auf die Anerkennung von ausländischen Talaq-Scheidungen	150
cc)	Zwischenergebnis zur Rechtsprechung deutscher Gerichte	151
b)	Länderbericht Frankreich	152
aa)	Internationale Zuständigkeit ausländischer Gerichte	152
aaa)	Keine ausschließliche Kompetenz französischer Gerichte	153
bbb)	Vorliegen einer charakteristischen Verbindung zum Gerichtsstaat	153
ccc)	Verhalten des Mannes darf keine fraude à la loi darstellen	154
bb)	Wirksamkeit der Privatscheidung nach der lex causae	156
cc)	Ordre public als Anerkennungshindernis	158
aaa)	Inhalt des ordre public	159
(1)	Die Rechtsprechung vor Inkrafttreten des Gesetzes vom 11.7.1975	159
(2)	Die Rechtsprechung nach Inkrafttreten des Gesetzes vom 11.7.1975	159
(a)	Gewährung von rechtlichem Gehör	160
(b)	Ausreichende finanzielle Absicherung der Frau	160
(c)	Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes von Mann und Frau	161
bbb)	Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls	165
(1)	Zustimmung der Frau	165
(2)	Erfordernis eines hinreichenden Inlandsbezugs	165
(a)	La théorie de l'effet atténué de l'ordre public international	166
(b)	Hinreichender Bezug des Sachverhalts zu der Rechtsordnung des Forums	167
dd)	Zwischenergebnis zum Stand der Rechtsprechung in Frankreich ..	169
c)	Länderbericht Belgien	170
aa)	Die Rechtsprechung vor Inkrafttreten des IPRG	172
aaa)	Die Rechtspraxis der unterinstanzlichen Gerichte	172
bbb)	Die Rechtspraxis der Cour de cassation	174
bb)	Die Rechtsprechung nach Inkrafttreten des IPRG	175
cc)	Zwischenergebnis zur Rechtsprechung belgischer Gerichte ...	178
d)	Länderbericht Spanien	178
aa)	Konstitutive Mitwirkung einer Behörde	178

bb)	Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung	180
cc)	Kein Verstoß gegen den ordre public	180
dd)	Wahrung des rechtlichen Gehörs der Ehefrau	183
ee)	Die Internationale Zuständigkeit ausländischer Gerichte	183
ff)	Zwischenergebnis zur Rechtsprechung spanischer Gerichte ..	185
e)	Länderbericht Niederlande	185
aa)	Vorliegen einer Verstoßung i. S. v. Art. 58 Buch 10 des niederländischen BGB	186
bb)	Zustimmung der Frau	186
cc)	Wirksamkeit der Privatscheidung nach dem Personalstatut des Mannes	187
dd)	Problemstellung: ordre public	188
ee)	Zwischenergebnis zur Rechtsprechung in den Niederlanden .	189
f)	Länderbericht England	189
aa)	Vorliegen eines Verfahrens i. S. d. Family Law Act 1986	190
bb)	Versagung der Anerkennung gemäß Sec. 51 FLA	192
aaa)	Wahrung des rechtlichen Gehörs	193
bbb)	Allgemeine ordre public Klausel	195
	(1) Finanzielle Absicherung der Frau	195
	(2) Vorliegen eines unbilligen Verhaltens des Mannes ..	196
	(3) Weitere relevante Faktoren	197
cc)	Zwischenergebnis zur Rechtsprechung in England	198
g)	Das Recht der Mitgliedstaaten im Vergleich	199
aa)	Das Anerkennungssystem	199
bb)	Der ordre public Vorbehalt	202
aaa)	Inhalt des ordre public	203
	(1) Das rechtliche Gehör	203
	(2) Der Gleichheitssatz	205
	(3) Die finanzielle Absicherung der Frau	206
	(4) Die fraude	208
	(5) Der Grad der Inlandsbeziehung	209
bbb)	Zwischenergebnis	212
cc)	Eigene Stellungnahme	213
aaa)	Die rechtliche Einordnung des Talaq	213
bbb)	Die ordre public Kontrolle der Mitgliedstaaten: konkrete Prüfung des Einzelfalls oder abstrakte Überprüfung des ausländischen Rechts?	214
	(1) Die Wahl des richtigen Prüfungsmaßstabs	214
	(a) Die Wahrung des rechtlichen Gehörs	214

(b) Maßstab: Gleichheitssatz und Eheverständnis des Art. 6 Abs. 1 GG	216
(2) Die konkrete Prüfung im Einzelfall – Die unterschiedlichen Ansätze der Mitgliedstaaten	218
ccc) Die Wahl des richtigen Anerkennungssystems: spezifische Anerkennungsregeln vs. konkrete Prüfung im Einzelfall	220
h) Zwischenergebnis zu der Anerkennung ausländischer Privatscheidungen	221
III. Die Anerkennung von auf islamischem Recht basierenden Unterhalts- und Sorgerechtsentscheidungen	222
1. Das naheheliche Unterhaltsrecht	223
2. Die elterliche Sorge	225
3. Zwischenergebnis	231
3. Kapitel: Der europäische ordre public	233
I. Begriff und Inhalt des europäischen ordre public	233
1. Europäisierung des ordre public durch die Menschenrechte der EMRK	235
2. Europäisierung des ordre public durch das Unionsrecht	238
3. Zwischenergebnis zum Begriff und Inhalt des europäischen ordre public	238
II. Europäischer ordre public und islamisches Familienrecht	239
1. Die Anwendung islamischen Familienrechts durch nationale Gerichte	239
a) Art. 5 Zusatzprotokoll Nr. 7 EMRK	239
b) Art. 8 i. V. m. Art. 14 EMRK/ Art. 5 Zusatzprotokoll Nr. 7 EMRK	240
2. Die Anerkennung von familienrechtlichen Entscheidungen aus Staaten mit einer islamisch-geprägten Rechtsordnung	241
a) Die Anerkennung einer im Ausland vorgenommenen Verstoßung	242
aa) Art. 5 Zusatzprotokoll Nr. 7 EMRK	242
aaa) Die Rechtsprechung der nationalen Gerichte	242
bbb) Stellungnahme	243
ccc) Exkurs: Überprüfung der englischen und deutschen Rechtsprechung anhand von Art. 5 Zusatzprotokoll Nr. 7 EMRK	244
ddd) Zwischenergebnis	246

bb) Personenfreizügigkeit des Art. 21 AEUV	246
b) Die Anerkennung einer ausländischen Sorgerechtsentscheidung ..	247
aa) Rechtsprechung der nationalen Gerichte	247
bb) Stellungnahme	248
IV. Entwicklung eines unionsautonomen ordre public Begriffs im internationalen Scheidungsrecht	249
1. Gründe für eine autonome Auslegung der ordre public Klausel	249
2. Voraussetzungen für die Entstehung eines unionsrechtlichen ordre public	251
V. EU-weite einheitliche Regeln für die Anerkennung von ausländischen Talaq-Scheidungen?	252
1. Erfordernis eines Tätigwerdens der EU	252
2. Lösungsmöglichkeiten de lege ferenda	253
VI. Zwischenergebnis zu Kapitel 3	255
 Ausblick	 257
 Literaturverzeichnis	 259
 Materialienverzeichnis	 267

Einleitung

I. Einführung in das Thema

In Deutschland leben heute ungefähr 3,7 bis 4,3 Millionen Muslime,¹ von denen noch viele die Staatsangehörigkeit ihres Heimatstaates besitzen. Und auch in unseren europäischen Nachbarländern ist der Anteil der islamischen Bevölkerung gewachsen. So sind gegenwärtig ca. 16 Millionen Muslime in der Europäischen Union ansässig, davon alleine 11 bis 12 Millionen in Westeuropa. Die meisten der hier lebenden Moslems stammen aus Asien, Nordafrika und dem Nahen Osten, wobei vor allem die Maghrebstaaten, die Türkei und der indische Subkontinent wichtige Herkunftsländer darstellen. Welche Nationalitäten in den einzelnen Staaten dominieren, ist vor allem historisch-politisch, oft durch die Kolonialgeschichte der Länder bedingt. So stammen die meisten der ca. 5 Millionen in Frankreich lebenden Muslime aus Algerien, Marokko oder Tunesien, während die rund 3 Millionen Moslems in England ihre Wurzeln in der Regel in Pakistan, Indien oder Bangladesch haben. In Deutschland sind ungefähr die Hälfte der hier lebenden Muslime türkische Staatsangehörige und in den Niederlanden kommt die Mehrzahl der ungefähr 900000 Muslime aus der Türkei oder Marokko.²

Aufgrund der relativ hohen Anzahl muslimischer Mitbürger stellt es keine Seltenheit dar, dass sich ein Moslem mit ausländischer Herkunft an ein europäisches Gericht wendet, um eine inländische Scheidung zu erwirken oder eine bereits im Heimatland vorgenommene Scheidung anerkennen zu lassen. Vor den Gerichten aller Mitgliedstaaten der EU kann es deshalb zur Überprüfung von traditionellem islamischem Recht kommen, das mitunter erheblich von den Grundprinzipien der

1 Vgl. die Studie „Muslimisches Leben in Deutschland“ vom 25.06.2009 des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge, http://www.bmi.bund.de/cae/servlet/contentblob/566008/publicationFile/32019/vollversion_studie_muslim_leben_deutschland.pdf.

2 Die Angaben zu der Anzahl der in Europa lebenden Muslime beruhen auf groben Schätzungen. Denn eine Volkszählung mit verpflichtenden Angaben zur Religion gibt es in der Europäischen Union nicht. Es verwundert deshalb auch nicht, dass die Schätzungen von 13 bis 20 Millionen Muslimen reichen, vgl. Muslims in European Politics, EURO ISLAM-INFO, <http://www.euro-islam.info/key-issues/political-representation/>. Die hier verwendeten Zahlen beruhen auf folgenden Berichten: Muslime in Europa, <http://www.orientdienst.de/muslime/muslim-europa.shtml>; Muslims in the European Union, Discrimination and Islamophobia (2006), S. 24–29, http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Manifestations_EN.pdf.

europäischen Rechtsordnungen abweicht. Es stellt sich deshalb für den nationalen Richter die Frage, in welchen Fällen die nach dem Kollisionsrecht berufenen Sharia-geprägten Normen derart mit den Grundrechten und völkerrechtlichen Gewährleistungen kollidieren, dass deren Anwendung wegen eines ordre public Verstößes ausscheidet. Gerade im Hinblick auf die immer weiter voranschreitende Harmonisierung des Kollisionsrechts durch die Europäische Union sollte deshalb nicht außer Acht gelassen werden, wie andere Mitgliedstaaten mit der Problematik der islamischen Privatscheidung und deren Rechtsfolgen umgehen. Denn es wurde am 20.12.2010 die EU-Verordnung „zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts“³ erlassen, die aufgrund ihres universellen Charakters⁴ auch zur Anwendung einer islamischen Rechtsordnung führen kann.

1. Die Scheidung und Scheidungsfolgen in islamisch-geprägten Rechtsordnungen

Im traditionellen islamischen Recht ist die Scheidung ein Vorrecht des Mannes, die zwar nach der religiösen Lehre unerwünscht ist, aber materiellrechtlich an keinerlei Voraussetzungen geknüpft ist. Anders als in den europäischen Mitgliedstaaten ist die Beteiligung einer staatlichen Behörde für die Herbeiführung der Statusänderung nicht erforderlich, sondern der Mann kann die Ehe durch einseitige Willenserklärung jederzeit nach seinem Ermessen auflösen.⁵ Der Frau steht hingegen nur ein sehr eingeschränktes gerichtliches Scheidungsrecht zu, wobei die Ungleichbehandlung der Geschlechter regelmäßig mit dem Argument gerechtfertigt wird, dass der Mann weniger emotional und daher besser geeignet sei, eine so weit reichende Entscheidung zu treffen.⁶

Allerdings wird das klassische islamische Recht heute nur noch in wenigen Ländern uneingeschränkt angewendet. Denn auch wenn es gerade im Westen häufig als starres und unabänderliches Konstrukt angesehen wird, wurde das Familienrecht in den letzten Jahrzehnten in vielen islamischen Staaten⁷ reformiert und modernisiert. Das gilt vor allem für die maghrebischen Länder, wo

3 Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20. Dezember 2010 (im Folgenden Rom III VO).

4 Art. 11 Rom III VO.

5 Vgl. ausführlich zum traditionellen Scheidungsrecht unten I. Kapitel, III. 1.

6 Gordon, *Foreign Divorces: English Law and Practice*, S. 13; Rohe, *StAZ* 2001, 193 (194); Denker, in: *Beiträge zum Islamischen Recht IV*, Band 15, 125 (133 f.).

7 Mit islamischen Staaten sind im Folgenden immer Länder mit einer islamisch-geprägten Rechtsordnung gemeint.

die Rechte der Frau deutlich gestärkt wurden,⁸ auch wenn die Auflösungs­möglichkeit der Ehe durch Talaq⁹ fast überall dem Mann vorbehalten bleibt.¹⁰ In den meisten Staaten ist zudem mittlerweile eine zumindest deklaratorische Mitwirkung staatlicher Behörden vorgeschrieben und eine reine Privatscheidung wird mit Sanktionen geahndet oder sogar für unwirksam angesehen.¹¹

Trotz dieser Modernisierungen wird die Frau aber in allen islamischen Staaten bei der Beendigung der Ehe weiterhin gegenüber dem Mann benachteiligt.¹² Das gilt nicht nur für den Zugang zur Scheidung, sondern auch für die Verteilung der elterlichen Sorge. So stehen die Vermögenssorge und das Aufenthaltsbestimmungsrecht auch nach Erlass der reformierten Familiengesetzbücher weiterhin alleine dem Vater zu.¹³ Aber es darf auch nicht übersehen werden, dass auch eine Diskriminierung des Mannes in Betracht kommt, wenn das islamische Recht bis zu einem gewissen Alter des Kindes immer der Mutter die Personensorge zuspricht. Das immer noch stark durch die religiösen Traditionen geprägte islamische Familienrechtskonzept lässt sich deshalb, auch heute noch, nur schwer mit den westlichen Menschenrechtsvorstellungen vereinbaren,¹⁴ was häufig dazu führen dürfte, dass europäische Gerichte die Anwendung des fremden Rechts mit Hilfe des *ordre public* abwehren.

2. Der *ordre public*

Der Gedanke des *ordre public* ist Bestandteil jeder Rechtsordnung. Er findet sich als kodifizierte Vorschrift¹⁵ oder auf gewohnheitsrechtlicher Grundlage¹⁶ im

8 Vgl. dazu ausführlich unten 1. Kapitel, III. 2. a).

9 Mit Talaq wird das einseitige Auflösungsrecht des Mannes im islamischen Recht bezeichnet, vgl. näher unten 1. Kapitel, III. 1. a).

10 Nur in Tunesien sind die Scheidungsgründe und die Scheidungsmodalitäten für beide Ehegatten gleich ausgestaltet, vgl. hierzu näher unten 1. Kapitel, III. 2. a) bb).

11 Das ist etwa in Marokko und Algerien der Fall, wo die Beteiligung eines Gerichts zwingend vorgeschrieben ist, vgl. Art. 78, 88 des marokkanischen Familiengesetzbuches (Gesetz Nr. 70–03 vom 6.10.2005. Der Gesetzestext ist in englischer Sprache abrufbar unter: <http://www.hrea.org/moudawana.html>) und Art. 45 des algerischen Familiengesetzbuches (Gesetz Nr. 84–11 vom 9.6.1984. Der Gesetzestext ist in französischer Sprache abrufbar unter: <http://www.consulat-algerie-montpellier.org/pdf/code.pdf>).

12 Nur in Tunesien sind die Scheidungsvoraussetzungen für Männer und Frauen gleich.

13 Vgl. zur Verteilung des Sorgerechts nach der Scheidung unten 1. Kapitel, III. 2.

14 Vgl. Kreuzer, RW 2010, 143 f.

15 Art. 6 EGBGB, Art. 12. 3 Código Civil, § 6 österreichisches IPRG; Art. 954 Abs. 3 LEC (Ley de Enjuiciamiento), § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO, Art. 21; 25 belgisches IPRG, Art. 59 Buch 10 des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches.

16 So etwa in Frankreich und England, vgl. die Darstellung bei Morris, *The Conflict of Laws*, S. 47 ff. und Mayer/Heuzé, *Droit international privé*, S. 147 ff.

Internationalen Privat- und Verfahrensrecht aller Mitgliedstaaten und dient dem Schutz tragender Rechtsgrundsätze der *lex fori*.¹⁷ Er ist zudem in fast allen bilateralen und multilateralen Staatsverträgen sowie unionsrechtlichen Verordnungen enthalten.¹⁸

In allen Rechtsordnungen wird dabei zwischen dem anerkennungsrechtlichen und dem kollisionsrechtlichen *ordre public* Vorbehalt unterschieden.

a) Der kollisionsrechtliche *ordre public*

Im Internationalen Privatrecht greift die Vorbehaltsklausel ein, wenn die Anwendung des fremden Rechts im konkreten Fall gegen wesentliche Grundsätze der inländischen Rechtsordnung verstößt. Es ist aber zu beachten, dass es sich hierbei um eine Vorschrift handelt, die nur in Ausnahmefällen anzuwenden ist. Es genügt deswegen nicht, dass es sich bei den zu schützenden Normen der *lex fori* um im nationalen Recht zwingende Vorschriften handelt. Insofern ist Vorsicht geboten bei der Terminologie im französischen Recht, die traditionell zwischen dem *ordre public interne* und dem *ordre public international* unterscheidet.¹⁹ Denn während der internationale *ordre public* der romanischen Rechtsordnungen mit dem Rechtsgedanken der deutschen Vorbehaltsklausel übereinstimmt, geht der interne *ordre public* wesentlich weiter und erfasst alle zwingenden Vorschriften des nationalen Rechts.²⁰

Mit der *ordre public* Klausel wird mithin verhindert, dass fremde Rechtserscheinungen im Inland Wirksamkeit entfalten. Dies wird als negative Funktion des *ordre public* bezeichnet und setzt voraus, dass ausländisches Recht zur Anwendung berufen wurde.²¹ Unter dem positiven *ordre public* versteht man hingegen alle international zwingenden Normen, die nach dem Willen des Gesetzgebers auch dann zur Anwendung gelangen, wenn die Kollisionsnormen an sich auf ein anderes Recht verweisen.²²

Heute steht im Internationalen Privatrecht überall die negative Funktion des *ordre public* im Vordergrund.²³ Das bedeutet aber nicht, dass die Mitgliedstaaten auf die Anwendung international zwingender Vorschriften verzichten. Es ist viel-

17 Vgl. Staudinger-Blumenwitz, Art. 6 EGBGB Rn. 6; 177.

18 Vgl. beispielsweise Art. 23 Abs. 2 lit. d KSÜ; Art. 22 lit. a Brüssel IIa VO; Art. 12 Rom III VO.

19 Vgl. Basedow, in: FS für Sonnenberger, 293 (295).

20 Vgl. ausführlich zu der Terminologie Loussouarn/Bourel/Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, S. 334 ff.

21 Vgl. Basedow, in: FS für Sonnenberger, 293 (295).

22 Vgl. Thoma, *Die Europäisierung und Vergemeinschaftung des nationalen ordre public*, S. 18; Kropholler, *Internationales Privatrecht*, S. 244 f.

23 Vgl. Hoffmann/Thorn, *Internationales Privatrecht*, S. 270.

mehr so, dass diese Vorschriften mittlerweile anderweitig durchgesetzt werden. Im Anwendungsbereich der Rom I VO ist der Rückgriff auf Eingriffsnormen ausdrücklich zugelassen (Art. 9 Rom I VO) und in England und in den skandinavischen Ländern wird die Anwendung fremden Rechts häufig schon dadurch ausgeschlossen, dass immer die *lex fori* angewendet wird. Es ist deshalb auch Vorsicht mit der Annahme geboten, dass in England die *public policy* eine geringere Anwendung findet als in den kontinentaleuropäischen Ländern.²⁴ Denn auch wenn eine Rechtsordnung ihre wesentlichen Grundsätze als *lois de police* durchsetzt, anstatt auf die Vorbehaltsklausel zurückzugreifen, so ändert das nichts an der Tatsache, dass es sich dabei um eine Ausprägung des *ordre public* Vorbehalts handelt.²⁵

b) Der anerkennungsrechtliche *ordre public*

Im Internationalen Zivilverfahrensrecht wird mit Hilfe des anerkennungsrechtlichen *ordre public* verhindert, dass eine ausländische Gerichtsentscheidung im Inland Wirksamkeit entfaltet. Die Ablehnung der Anerkennung kann dabei sowohl wegen eines Verstoßes gegen tragende Grundsätze des materiellen Rechts als auch wegen der Nichteinhaltung wesentlicher Verfahrensgarantien erfolgen.²⁶ Dabei wird überwiegend vertreten, dass dem materiellen *ordre public* im Anerkennungsrecht wegen der geringeren Inlandsbeziehung nur eine abgeschwächte Wirkung zukommt.²⁷

c) Die Europäisierung des *ordre public*

Der *ordre public* ist grundsätzlich ein Konstrukt des nationalen Rechts. Das bedeutet aber nicht, dass die Voraussetzungen für das Eingreifen des *ordre public* völlig losgelöst von den europäischen Vorgaben festgelegt werden dürfen. Vielmehr wird die Anwendung der Vorbehaltsklausel durch die Entwicklungen im Europarecht beeinflusst und begrenzt. Die genauen Auswirkungen des Europarechts auf den nationalen *ordre public* sind deshalb auch Gegenstand einer regen Debatte in der rechtswissenschaftlichen Literatur.²⁸

24 Vgl. Clarkson/Hill, *Jaffey on the Conflict of Laws*, S. 55 ff.; Thoma, Die Europäisierung und Vergemeinschaftung des nationalen *ordre public*, S. 17.

25 Vgl. auch Basedow, in: FS Sonnenberger, 293 (311).

26 Vgl. Thoma, Die Europäisierung und Vergemeinschaftung des nationalen *ordre public*, S. 19.

27 Vgl. Schlosser, *EuZPR*, Art. 15 Brüssel IIa VO Rn. 3; Müko-Sonnenberger, Art. 6 EGBGB Rn. 22; Basedow, in: FS Sonnenberger, 291(299); Staudinger-Blumenwitz, Art. 6 EGBGB Rn. 100 f. m.w.N; Loussouarn/Bourel/Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, S. 765.

28 Vgl. etwa Sonnenberger, *ZvglRWiss.* 95 (1996), 3 ff.; Föhlich, Der gemeineuropäische *ordre public*; Thoma, Die Europäisierung und die Vergemeinschaftung des nationalen *ordre public*; Renfert, Über die Europäisierung der *ordre public* Klausel; Martiny, in: FS Sonnenberger,

3. Die Bedeutung des islamischen Scheidungs- und Scheidungsfolgenrechts im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Mitgliedstaaten

Die zunehmende Immigration von Muslimen nach Europa führt dazu, dass europäische Gerichte häufiger mit familienrechtlichen Streitigkeiten befasst sind, an denen Parteien muslimischen Glaubens beteiligt sind.²⁹ Allerdings bedeutet die wachsende Anzahl ausländischer und internationaler Ehen nicht zwangsläufig, dass die nationalen Richter auch häufiger mit der Anwendung fremden Rechts konfrontiert werden. Denn dies hängt maßgeblich von der Ausgestaltung des eigenen Kollisionsrechts ab. So wenden etwa englische und skandinavische Gerichte im Scheidungs- und Kindschaftsrecht immer die *lex fori an*,³⁰ wenn sie sich für international zuständig erklärt haben, so dass es hier nie zur Verweisung auf islamisches Recht kommen kann. Und auch die in vielen Mitgliedstaaten gewählte Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt begünstigt die Anwendung des eigenen Rechts. Stellt das Kollisionsrecht dagegen auf die Staatsangehörigkeit ab, dann führt das nicht selten zur Berufung fremden Rechts und die Gerichte werden auch häufiger über die Frage zu entscheiden haben, ob die islamisch-geprägten Normen mit dem *ordre public* vereinbar sind. Die neueren staatsvertraglichen und europarechtlichen Regelungen zur Vereinheitlichung des Internationalen Privatrechts zeigen jedoch eine Tendenz weg vom Staatangehörigkeitsprinzip. So sieht das 2011 in Deutschland in Kraft getretene KSÜ³¹ vor, dass sich die Zuweisung der elterlichen Verantwortung kraft Gesetz nach dem Recht des Staates am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes bestimmt (Art. 16 KSÜ). Und auch die geplante Rom III Verordnung erklärt im Rahmen der objektiven Anknüpfung (Art. 8 lit. a Rom III VO) vorrangig den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten für maßgeblich.

Im Scheidungs- und Kindschaftsrecht wird es deswegen häufig zu einem Gleichlauf von Zuständigkeit und anwendbarem Recht kommen, so dass mitgliedstaatliche Gerichte in Zukunft nicht mehr so oft mit der Anwendung islamischen Familienrechts befasst sein werden. Das bedeutet aber nicht, dass die Problematik an Relevanz verliert. Denn erstens kann es auch noch im Anwendungsbereich

523 ff.; Basedow, in: FS Sonnenberger, 291 ff. Vgl. ausführlich hierzu in Kapitel 3 dieser Arbeit.

29 Vgl. Kreuzer, RW 2010, 143 f.

30 Vgl. Bergmann/Ferid, Länderteil Schweden, S. 32 f.

31 Das 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. Oktober 1996 ist in Deutschland am 1.1.2011 in Kraft getreten. Der Text des Übereinkommens ist einsehbar über die Website der Haager Konferenz unter: <http://www.hcch.net>.

der Rom III VO zur Berufung islamischen Rechts kommen und zweitens bleiben die Schwierigkeiten im Rahmen der Anerkennung von drittstaatlichen Familienrechtsentscheidungen im vollen Umfang bestehen. Im Bereich der zivilprozessualen Außenbeziehungen zu Drittstaaten fehlt es nämlich bisher an gemeinsamen europäischen Vorschriften und auch vorrangige Staatsverträge bestehen zwischen den europäischen und den islamischen Staaten nur vereinzelt.

II. Gegenstand und Methode der Untersuchung

1. Ziele der Rechtsvergleichung

Die Frage nach dem richtigen Umgang mit den fremdartigen Rechtsinstituten des islamischen Rechts stellt sich somit in allen Mitgliedstaaten und wird in Literatur und Rechtsprechung kontrovers diskutiert. Es sollte deswegen nicht unberücksichtigt bleiben, wie andere Mitgliedstaaten mit der Problematik umgehen. Denn auf diese Weise lassen sich oftmals relevante Schlüsse für das eigene Recht ziehen und Verbesserungsmöglichkeiten aufzeigen und begründen. Eine bedeutsame Funktion kommt der Rechtsvergleichung zudem für die Rechtsvereinheitlichung zu,³² was vor dem Hintergrund der immer weiter reichenden Harmonisierung des Internationalen Privatrechts durch das Europarecht besonders interessant erscheint.³³ Sie kann deshalb für die Harmonisierungsbestrebungen der EU fruchtbar gemacht werden, indem man die übereinstimmenden Regelungen übernimmt und das national Verschiedene durch die aus der Vergleichung gewonnene praktikabelste Lösungsmöglichkeit ersetzt.³⁴

2. Methode der Untersuchung

Jede rechtsvergleichende Analyse beginnt mit der deskriptiven Darstellung der unterschiedlichen Regelungstechniken und Lösungsmöglichkeiten der untersuchten Rechtsordnungen. Allerdings darf sich die Arbeit nicht in der Präsentation der Länderberichte erschöpfen, sondern dieser muss ein vertiefter Vergleich folgen, der sich mit den gewonnenen Ergebnissen kritisch auseinandersetzt.³⁵ Insofern wird sich diese Arbeit auch von den bereits durchgeführten vergleichenden Untersuchungen zur Behandlung des islamischen Rechts in der spanischen und fran-

32 Vgl. Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 23.

33 Vgl. Großfeld, Rechtsvergleichung, S. 15.

34 Vgl. Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 23 f.

35 Vgl. Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 6.

zösischen Literatur unterscheiden, die sich weitestgehend auf eine beschreibende Darstellung der Unterschiede in ausgewählten europäischen Staaten beschränken, ohne Rückschlüsse auf das eigene Recht oder das Europarecht zu ziehen.³⁶ Zudem liegt dieser Arbeit naturgemäß ein anderer Blickwinkel zu Grunde, in dem vor allem die Rechtsprechung der deutschen Gerichte analysiert und kritisch hinterfragt wird. Schließlich wurde aber auch das zentrale Thema dieser Arbeit in keiner der bisher vorliegenden Arbeiten näher untersucht: Es ist die Frage nach den genauen Anforderungen an das Eingreifen des *ordre public* Vorbehalts und wie sich die Konzepte in den einzelnen Mitgliedstaaten unterscheiden. Dabei wird nach dem methodischen Grundprinzip der Funktionalität³⁷ ein weiter *ordre public* Begriff zugrunde gelegt, der nicht nur die negative Funktion des *ordre public* berücksichtigt, sondern auch die Ausgestaltung des Kollisionsrechts und den Umgang mit international zwingenden Normen.

3. Gegenstand und Gang der Untersuchung

Mit der nachstehenden Untersuchung soll mithin geklärt werden, inwieweit staatliche Gerichte in den europäischen Mitgliedstaaten islamisches Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht anwenden, bzw. Familienrechtsentscheidungen aus islamischen Ländern anerkennen und in welchen Fällen der *ordre public* eingreift. Dabei wird der Schwerpunkt auf den westeuropäischen Ländern liegen, die eine hohe muslimische Bevölkerungsdichte aufweisen, wie insbesondere Frankreich, Spanien Deutschland, England, Belgien und die Niederlande.³⁸ Im Zentrum der Analyse steht hier die Frage, wie die mitgliedstaatlichen Gerichte den unbestimmten Rechtsbegriff des *ordre public* ausfüllen und inwieweit die nationalen Erwägungen mittlerweile durch die europarechtlichen Entwicklungen beeinflusst und beschränkt werden. Zu diesem Zweck ist die Arbeit in drei Kapitel gegliedert:

Das erste Kapitel widmet sich dem islamischen Recht, in dem zunächst die Entstehungsgeschichte überblicksartig dargestellt wird, bevor näher auf das klas-

36 Vgl. Aldeeb/Bonomi, *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*; Quiñones Escámez, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*.

37 Vgl. Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, S. 33.

38 In Südosteuropa leben zwar viele muslimisch gläubige Menschen, wie etwa in Bulgarien, das Land mit dem prozentual größten muslimischen Bevölkerungsanteil in der Europäischen Union. Doch handelt es sich hierbei in der Regel nicht um Einwanderer, sondern um Menschen, die schon seit Jahrhunderten auf dem Balkan leben. Folglich unterliegt ihr Personalstatut nicht klassischem islamischem Recht, sondern beurteilt sich zumeist nach dem Recht des Staates, dem sie angehören oder in dem sie sich dauerhaft niedergelassen haben.

sische Scheidungsrecht und die Besonderheiten der modernen Kodifikationen eingegangen wird.

Im zweiten Kapitel wird dann geprüft unter welchen Voraussetzungen mitgliedstaatliche Gerichte islamisches Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht anwenden, bzw. eine Privatscheidung oder eine islamische Sorgerechts- oder Unterhaltsentscheidung anerkennen und in welchen Fällen der ordre public eingreift.

Im dritten Kapitel wird die Verfasserin schließlich untersuchen, inwieweit der nationale ordre public durch das Europarecht beeinflusst wird und der Frage nachgehen, ob ein einheitlicher Umgang der Mitgliedstaaten im Umgang mit dem islamischen Scheidungsrecht sinnvoll oder sogar im Hinblick auf die Freizügigkeitsgarantie des Art. 21 AEUV erforderlich ist.

1. Kapitel: Das islamische Recht

Das islamische Recht wird auch heute noch ganz überwiegend als Teil des Islam angesehen; die Grenzen zum Transzendenten sind fließend.³⁹ Bei der – im westlichen Sprachgebrauch üblich gewordenen – Gleichsetzung des islamischen Rechts mit dem Begriff der Sharia ist jedoch Vorsicht geboten. Denn die Sharia enthält neben rechtlichen Normen, die das Verhältnis der Menschen untereinander und zum Staat regeln auch rituelle Vorschriften und allgemeine ethische Vorgaben zum Umgang der Menschen untereinander.⁴⁰ „Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Sharia die Summe [aller aus] der göttlichen Offenbarung abgeleiteten Regeln [darstellt], denen der gläubige Muslim folgen muss, wenn er seinen religiösen Pflichten gerecht werden will“.⁴¹ Das bedeutet aber nicht, dass all diese Regeln in einem umfassenden Werk erfasst sind, sondern es obliegt vielmehr dem einzelnen Menschen, mit Hilfe der Wissenschaft die für ihn bestehenden Pflichten zu erkennen.⁴² Daneben gibt es aber auch ein enges Verständnis der Sharia, mit dem nur die Regeln gemeint sind, die bei uns üblicherweise unter den Rechtsbegriff subsumiert werden; nämlich die Gesamtheit aller Normen einer Gesellschaft, die dem friedlichen Zusammenleben der Menschen dienen und notfalls mit staatlicher Gewalt durchgesetzt werden können.⁴³ Dieser enge Shariabegriff wird auch dieser Arbeit zugrundegelegt, da es im Folgenden nur um die Untersuchung der Vorschriften geht, die die Beziehung von Menschen untereinander betreffen. Eine vollständige Trennung von Recht und Religion ist aber in einem nicht säkularisierten Staat nicht möglich. Aus diesem Grund wird im ersten Teil zunächst überblicksartig die Entstehung und Geschichte des Islam dargestellt, bevor im zweiten Teil näher auf die Grundlagen des islamischen Rechts eingegangen wird. Der dritte Teil ist dann dem islamischen Scheidungsrecht gewidmet.

39 Vgl. Rohe, Das islamische Recht, S. 14.

40 Vgl. Pattar, Islamisch inspiriertes Erbrecht und deutscher Ordre public, S. 56.

41 Iskander, hinkende Ehen zwischen islamischem Recht und europäischem internationalem Privatrecht, S. 33.

42 Vgl. Pattar, Islamisch inspiriertes Erbrecht und deutscher Ordre public, S. 56.

43 Dieses enge Verständnis ist zum Beispiel auch unter Muslimen in der Türkei verbreitet. Manchmal werden hier sogar nur die traditionellen Regeln im Familien- und Erbrecht und das koranische Strafrecht als Sharia bezeichnet, vgl. Rohe, Das islamische Recht, S. 15.