

Alexander Collo

Muslimische Migrantenfamilien im deutschen Sorge- und Umgangsverfahren



Nomos



Stämpfli Verlag



Schriften zum Familien- und Erbrecht

herausgegeben von
Prof. Dr. Elisabeth Koch
Prof. Dr. Saskia Lettmaier
Prof. Dr. Dr. h.c. Volker Lipp
Prof. Dr. Karlheinz Muscheler
Prof. Dr. Anne Sanders

Band 28

Alexander Collo

Muslimische Migrantenfamilien im deutschen Sorge- und Umgangsverfahren



Nomos



Stämpfli Verlag



C.H. BECK



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Erlangen-Nürnberg, Univ., Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-7880-5 (Print)

ISBN 978-3-7489-2284-1 (ePDF)

ISBN 978-3-7272-5793-3 (Stämpfli Verlag AG, Print)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg als Dissertation angenommen.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Rohe, der mir durch zahlreiche begleitende Gespräche und Anregungen stets zur Seite stand. Hervorheben möchte ich auch die Unterstützung von Herrn Dr. Lutforahman Saeed und Herrn Bahaa Ismaeil, mit denen ich nicht nur ausführliche Gespräche über die Rechtssysteme von Afghanistan und Syrien führen durfte, sondern die auch durch Vermittlung an andere Rechtspraktiker in ihren Heimatländern eine Schlüsselrolle für das Gelingen dieser Arbeit eingenommen haben. Überdies gilt mein Dank auch allen weiteren syrischen und afghanischen Rechtspraktikern, die sich trotz aller Widrigkeiten die Zeit für Interviews und das Ausfüllen von Fragebögen genommen haben. Nicht zuletzt möchte ich mich auch ganz besonders bei Frau Andrea Voigt bedanken, die mir mit ihrer tatkräftigen Unterstützung in allen organisatorischen Fragen außerordentlich behilflich war.

Magdeburg, 26. April 2021

Alexander Collo

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	13
Einführung	17
I. Problemfelder bei Umgangs- und Sorgeverfahren mit muslimischen Migrantenfamilien	20
1. Beispielsfall 1	20
a) Sachverhalt	20
b) Betrachtung der Problemfelder	23
aa) Sprachliche Probleme	23
bb) Migrationsbedingte Faktoren	25
cc) Kulturelle Faktoren	26
dd) Institutionelle Faktoren	28
2. Beispielsfall 2	28
a) Sachverhalt	28
b) Betrachtung der Problemfelder	30
aa) Migrationsbedingte Faktoren	30
bb) Kulturelle Faktoren	31
cc) Institutionelle Faktoren	32
3. Unterschiedliche „rechtskulturelle“ Vorstellungen?	33
II. Das Kindschaftsrecht im Islam	35
1. Islamisches Recht	36
a) Begriff und Entwicklung des islamischen Rechts	36
b) Rechtsquellen des Islam	37
c) Rechtsschulen	39
2. Islamisches Familienrecht unter Berücksichtigung von Syrien und Afghanistan	41
a) Allgemeines zum „islamischen“ Familienrecht	41
b) Syrisches Familienrecht	41
c) Afghanisches Familienrecht	43

3. Die zentralen Begriffe des Sorgerechts: Hadana und Wilaya	45
a) Hadana	45
aa) Begriff	45
bb) Festlegung der Person des Inhabers	46
cc) Voraussetzungen für die Ausübung und Verlust	47
dd) Ablauf der Hadana	49
b) Wilaya	50
c) Abgrenzung von Hadana und Wilaya	51
4. Das Recht zur Betreuung des Kindes und zur Bestimmung des Aufenthaltes nach Scheidung	53
a) Zuordnungskriterien in Streitfällen	53
aa) Orientierung an Altersgrenzen	54
bb) Orientierung am Willen des Kindes	55
cc) Orientierung am Kindeswohl	56
dd) Zusammenfassung	58
b) Vereinbarungen der Eltern über die Betreuung	59
5. Hadana und Wilaya in Syrien und in Afghanistan	59
a) Syrien	59
aa) Hadana	60
bb) Wilaya	62
cc) Sicht der Rechtspraktiker	63
b) Afghanistan	65
aa) Hadana	65
bb) Wilaya	67
cc) Sicht der Rechtspraktiker	67
6. Rechte und Pflichten zum Unterhalt und zum Besuch nach der Trennung	68
a) Unterhaltspflichten	68
b) Besuchsrecht	69
c) Syrien	70
aa) Rechtslage	70
bb) Sicht der Rechtspraktiker	70
d) Afghanistan	71
aa) Rechtslage	71
bb) Sicht der Rechtspraktiker	71
7. Das Justizwesen und das familiengerichtliche Verfahren	72
a) Syrien	72
aa) Syrisches Justizwesen	72

bb) Justizwesen aus Praktikersicht	74
cc) Kindschaftsverfahren aus Praktikersicht	75
b) Afghanistan	76
aa) Afghanisches Justizwesen	76
bb) Justizwesen aus Praktikersicht	79
cc) Kindschaftsverfahren aus Praktikersicht	80
8. Fazit	82
 III. Das deutsche Kindschaftsrecht	 85
1. Verfassungsrechtlicher Rahmen des Kindschaftsrechts	85
2. System, Ausgestaltung und Verteilung der „elterlichen Sorge“	86
a) Begriff der elterlichen Sorge	86
b) Ziele der elterlichen Sorge	87
c) Verteilung der elterlichen Sorge	88
aa) Sorgerecht nach Geburt des Kindes	89
a. Gesetzliche Ausgestaltung	89
b. Privilegierung der Ehe und Geschlechterfragen	89
bb) Die Änderung der bestehenden elterlichen Sorge nach Trennung	92
a. Rechtlicher Rahmen	92
b. Bestehende gemeinsame Sorge bei Trennung	92
c. Alleinige Sorge der Mutter bei Trennung	93
d. Sonstige Fälle	94
cc) Voraussetzungen und Ausgestaltung der gemeinsamen Sorge	95
a. Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit	95
b. Ausgestaltung der Betreuung des Kindes durch „Modelle“	96
c. Vereinbarungen über die Sorge bei Trennung	97
3. Kindeswohl	98
a) Begriff	98
b) Kriterien für das Kindeswohl	99
aa) Erziehungsgeeignetheit	100
bb) Bindungen des Kindes	103
cc) Kontinuität	104
dd) Kindeswille	105
4. Umgangs- und Unterhaltungspflichten	106
a) Umgang	106

b) Unterhalt	108
5. Die elterliche Sorge im familiengerichtlichen Verfahren	109
6. Modernisierungstendenzen	112
IV. Rechtsvergleichung	114
1. Wesentliche Unterschiede zwischen dem islamischen und dem deutschen Kindschaftsrecht	115
a) Unterschiedliche rechtliche Rahmengestaltungen	115
aa) Religiöse Rechtsspaltung	115
bb) Stärkere Gesamtkodifikation im deutschen Recht	115
b) Materiellrechtliche Ausgestaltung der „elterlichen Sorge“	116
aa) Hadana und Wilaya als „Fremdkörper“ im deutschen System der elterlichen Sorge	116
bb) „Elterliche Gewalt“ vs. „elterliche Sorge“	117
cc) Keine Aufspaltung und Übertragung von Hadana und Wilaya	118
dd) Unterschiedliche Geschlechterrollen	119
ee) Existenz von Altersgrenzen	119
ff) Einschränkungen der Betreuungs- und Erziehungsrechte	120
gg) Umgangs- und Besuchsrechte	121
hh) Formalkriterien nach islamischem Recht vs. Generalklauseln	121
c) Unterschiede im Verfahrensrecht	123
aa) Sorgerechtsstreitigkeiten als Privatsache vs. staatliches Wächteramt	123
bb) Unterschiedliche Regelungsdichte im Verfahrensrecht	124
cc) Gestaltungsfreiheit durch Vereinbarungen	124
2. Die Anwendung des islamisch geprägten Rechts im deutschen IPR	125
a) Bedeutung des islamisch geprägten staatlichen Rechts im deutschen IPR bei Sorge- und Umgangsfragen	125
b) Anwendung islamisch geprägten „Sorgerechts“ durch deutsche Gerichte	127
aa) Erste Phase: Skepsis gegenüber dem islamischen Recht	127
bb) Zweite Phase: Öffnung für das islamische Recht	127
cc) Dritte Phase: Einschränkung und Differenzierung	131
dd) Vierte Phase: Anwendung deutschen Rechts durch kollisionsrechtliche Zuweisung	135
c) Fazit	136

3. Harmonisierbarkeit der unterschiedlichen Vorstellungen	139
a) Starke und schwache Unterschiede	139
b) Argumente für eine Harmonisierbarkeit der Vorstellungen	140
aa) Kindeswohl als „gemeinsames Ziel“ trotz unterschiedlicher Ausgestaltungen	140
bb) Modernisierbarkeit der islamisch geprägten Rechtsordnungen als Beweis ihrer Flexibilität	143
c) Fazit	146
V. Lösungsvorschläge für deutsche Gerichte	148
1. Die externen Informationsquellen	148
a) Dolmetscher	149
b) Verfahrensbeistand	151
c) Jugendamt	152
d) Sachverständige	153
2. Die Interaktion mit den Beteiligten	154
a) Empfehlungen für das Gespräch mit den Eltern	154
b) Empfehlungen für die Kindesanhörung	158
c) Kommunikation mit den Rechtsanwälten	159
3. Lösungen auf der materiell-rechtlichen Ebene	160
a) Allgemeines zum Entscheidungsmaßstab	160
b) Empfehlungen für die Sorge	162
c) Empfehlungen für den Umgang	164
d) Möglichkeiten zur gütlichen Streitbeilegung	165
aa) Vergleiche	165
bb) Mediation	166
cc) Familien- und Erziehungsberatungsstellen	168
dd) Religiöse Streitschlichtungsstellen?	169
e) Streitiger Verfahrensabschluss	171
Literaturverzeichnis	175

Abkürzungsverzeichnis

ABL. KR	Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland
Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
afg. Verf.	afghanische Verfassung
afg. ZGB	afghanisches Zivilgesetzbuch
AG	Amtsgericht
ALR	Allgemeines Landrecht
Art.	Artikel
Az.	Aktenzeichen
Bamf	Bundesamt für Migration und Flüchtlinge
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landgericht
BeckOGK	Beck 'scher Online-Großkommentar
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BT-Drs.	Drucksache des Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CEDAW	Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
E	Entscheidung
EGGBG	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EheG 1938	Ehegesetz vom 06. Juli 1938
EheG 1946	Ehegesetz vom 14. Juni 1976
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJIMEL	Electronic Journal of Islamic and Middle Eastern Law

Abkürzungsverzeichnis

EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
et al.	und andere
EuGR-Charta	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
f., ff.	Folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fn.	Fußnote
FPR	Familie Partnerschaft Recht
FuR	Familie und Recht
GG	Grundgesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Hg.	Herausgeber
IPbpR	Internationaler Pakt über Bürgerliche und Politische Rechte
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRspr	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts
iran. ZGB	iranisches Zivilgesetzbuch
i.V.m.	in Verbindung mit
KindRG	Kindschaftsrechtsreformgesetz
KSÜ	Haager Kinderschutzübereinkommen
LG	Landgericht
MSA	Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NdsRpfl	Niedersächsische Rechtspflege
NEhelG	Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport Zivilrecht
Nr.	Nummer
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht
OLG	Oberlandesgericht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens
RelKERzG	Gesetz über die religiöse Kindererziehung
RegE	Regierungsentwurf
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
S.	Seite
SorgeRG	Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge
SGB	Sozialgesetzbuch
StAZ	Das Standesamt
syr. PSG	syrisches Personalstatusgesetz
syr. Verf.	syrische Verfassung
syr. ZPO	syrische Zivilprozessordnung
tun. PSG	tunesisches Personalstatutsgesetz
UN	Vereinte Nationen
UN-KRK	UN-Kinderrechtskonvention
vgl.	Vergleiche
ZKJ	Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Einführung

Anlass für das Dissertationsvorhaben

In den vergangenen Jahren häuften sich Fälle des Verfassers aus seiner familiengerichtlichen Praxis, die Sorge- und Umgangsstreitigkeiten mit muslimischen Migrantenfamilien zum Gegenstand hatten. Bei der Anwendung üblicher familiengerichtlicher Herangehensweisen zeigten sich in diesen Konstellationen teilweise erhebliche und unvorhergesehene Hindernisse im Verfahrensablauf. Bei näherer Betrachtung wurde deutlich, dass dies nicht allein auf Übersetzungsprobleme zurückzuführen war, sondern auch mit unterschiedlichen kulturellen Vorprägungen und Vorstellungen der Beteiligten zusammenhing. Denn trotz Anwendung des deutschen Kindschaftsrechts trugen die Beteiligten ihre eigenen kulturellen Vorstellungen aus ihren Herkunftsländern gedanklich in den Prozess und prägten ihn hierdurch maßgeblich mit.

Die kulturellen Unterschiede und die Auswirkungen auf das Verfahren werden bei einer schematischen Anwendung hergebrachter Verfahrensweisen schnell übersehen. Dies gilt grundsätzlich für alle familiengerichtlichen Verfahren, bei denen ein beteiligtes Familienmitglied eine starke interkulturelle Biographie aufweist. Doch während man etwa bei der Beteiligung von spanischen, italienischen oder britischen Staatsangehörigen auf einen gemeinsamen „abendländischen“ kulturellen Nenner zurückgreifen kann, ist das Gericht bei Beteiligten aus muslimisch geprägten Staaten mit völlig anderen kulturellen Kontexten konfrontiert. Im Bereich des Familienrechts erscheint kaum ein Rechtssystem dem deutschen Recht fremdartiger als das religiös geprägte islamische Familienrecht.

Angesichts der stetig zunehmenden Zahl von Migrantenfamilien in Deutschland hat das Thema an Brisanz für die deutschen Familiengerichte gewonnen. Während im Jahr 2000 7.296.817 Ausländer in Deutschland lebten, waren es im Jahr 2018 bereits 10.915.455, wobei die deutschen Staatsbürger mit ausländischen Wurzeln nicht mitgerechnet sind.¹ Eine steigende Tendenz ist auch bei der muslimischen Bevölkerung in Deutschland zu verzeichnen, was durch die große Zahl von Migranten aus islamisch geprägten Ländern in den vergangenen Jahren bedingt ist. Wäh-

1 Bamf, Migrationsatlas 2019, S. 112.

rend das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge im Jahr 2011 von 3.295.084 Muslimen in Deutschland ausging, waren es im Jahr 2015 bereits 4.531.788.²

Vor diesem Hintergrund wird es für die Behandlung von Sorge- und Umgangsfällen mit muslimischen Beteiligten zunehmend erforderlich, Lösungen zur Überwindung der interkulturellen Verständnisprobleme zu finden. Eine solche Betrachtung erscheint auch deswegen notwendig, weil vergleichende Studien des deutschen mit dem islamischen Kindschaftsrecht bislang kaum vorhanden sind. So groß die Zahl der Übersichten zu Fragen der islamischen Scheidung und der Brautgabe ist, so eklatant ist der Mangel an vertiefenden Arbeiten zu Sorge- und Umgangsfragen. Die vorliegende Arbeit soll einen Beitrag dazu leisten, diese Lücke in der rechtswissenschaftlichen Literatur zu schließen.

Gang der Untersuchung

Im ersten Kapitel sollen anhand von zwei exemplarischen Fällen die typischen Probleme im Kindschaftsprozess mit muslimischen Migrantenfamilien aufgezeigt werden. Hierbei soll auch die Frage aufgeworfen werden, inwieweit unterschiedliche rechtskulturelle Vorstellungen der Beteiligten den Verfahrensablauf erschweren. Anknüpfend hieran soll im zweiten Teil der Arbeit das islamische Familienrecht mit seinen zentralen kindschaftsrechtlichen Begriffen untersucht werden. Darüber hinaus soll die Rechtslage exemplarisch anhand der Länder Syrien und Afghanistan dargestellt werden. Auch die „gelebte“ familiengerichtliche Verfahrenspraxis in diesen Ländern soll dabei beleuchtet werden, wozu Interviews mit syrischen und afghanischen Rechtspraktikern geführt wurden. Im dritten Kapitel sollen die Grundzüge des deutschen Sorge- und Umgangsrechts vorgestellt werden, wobei sich die Darstellung an der Frage orientiert, wem im Falle einer Trennung die elterlichen Aufgaben zustehen und nach welchen Kriterien die Aufgabenzuweisung erfolgt. Sodann soll in einem vierten Teil das dargestellte islamische „Kindschaftsrecht“ mit dem deutschen Recht verglichen und die wesentlichen Unterschiede aufgezeigt werden. Dabei soll auch der Umgang der deutschen internationalprivatrechtlichen Rechtspraxis mit dem islamischen Recht beleuchtet und die Frage erörtert werden, inwieweit die unterschiedlichen rechtlichen Vorstellungen miteinander in Einklang zu bringen sind. Schließlich sollen in einem

2 BAmf, Zahl der Muslime in Deutschland, S. 30.

fünften Kapitel Handlungsempfehlungen für Gerichte vorgestellt werden, um komplizierte Fälle mit muslimischen Beteiligten sachgerecht zu lenken und zu entscheiden.

Ziel der Arbeit

Das Ziel der Arbeit ist zunächst praktischer Natur: es besteht darin, ein Problem in der familiengerichtlichen Praxis zu lösen und Handlungsstrategien aufzuzeigen. Hingegen soll es bei dieser Arbeit explizit nicht darum gehen, für eine bestimmte Gruppe ein Sonderrecht im deutschen Familienprozess einzuführen. Dass bei Anwendung des deutschen Sachrechts ausschließlich die deutschen Entscheidungsmaßstäbe gelten, steht außer Frage. Ebenso unbestritten dürfte sein, dass überkommene patriarchalische Strukturen in muslimisch geprägten Staaten vielfach stark reform- und zum Teil auch sehr kritikwürdig sind. Bei der Arbeit soll es jedoch nicht um die Erörterung gesellschaftspolitischer Fragen, sondern um die Lösung von konkreten und häufig in der gerichtlichen Praxis auftretenden problematischen Fallkonstellationen gehen. Die Arbeit soll eine Orientierungshilfe für Rechtsanwender im Bereich des Familienrechts liefern, die mit den zahlreichen Problemfeldern mit muslimischen Migrantenfamilien konfrontiert sind.

Die gewählte Herangehensweise, zur Behandlung eines nach deutschen Maßstäben zu beurteilenden Familienkonflikts eine fremde Rechtsordnung zu betrachten, mag ungewöhnlich anmuten. Es soll jedoch aufgezeigt werden, dass speziell die kindschaftsrechtliche Praxis eine solche Betrachtung erfordert, um die Anliegen der Beteiligten und die im Verfahren auftretenden Probleme zu verstehen und bewältigen zu können. Dabei mag sich die Frage aufdrängen, inwieweit ein solcher zusätzlicher Aufwand für eine Minderheit im deutschen Prozess gerechtfertigt ist. Die Antwort hierauf liefert das deutsche Recht selbst, da im Kindschaftsprozess allein das Wohl des Kindes entscheidet und der Richter somit gehalten ist, die zum Wohl des Kindes beste Lösung zu ergründen. Um diesem Maßstab gerecht zu werden, bedarf es des Verständnisses des für ihn fremden Beziehungsgefüges und damit auch fremder kultureller Vorstellungen. Das lohnenswerte Ergebnis des damit verbundenen Mehraufwandes liegt in einer verständigen Lösung eines Familienkonflikts und möglicherweise in einer auch für den Familienrichter erfreulichen Schlichtung des Streits im Sinne des Kindeswohls.