

Islam-rechtliche Eheschließung und deutscher ordre public

von Dr. Peter Scholz, Berlin

Erschienen in: Das Ständesamt, Heft 11/2002, 321 ff

I. Einführung in die Thematik

1. Islamisch geprägtes Eherecht im Vorderen Orient

Die Scharia, die religiöse Rechtsordnung des Islam, ist jedenfalls nach traditionellem islamischem Verständnis ein unverzichtbares Element der islamischen Gemeinschaft. Als göttliches Recht ist sie grundsätzlich unveränderlich und einer weltlichen Gesetzgebung nicht zugänglich. Da sie sich aber dem Koran nicht vollständig und nicht eindeutig entnehmen läßt, sind ihre Bestimmungen über die Jahrhunderte hinweg von privaten islamischen Rechtsgelehrten mit Hilfe einer von ihnen entwickelten Rechtsquellenlehre herausgearbeitet worden. Es handelt sich also nicht um staatlich gesetztes, sondern um außerstaatliches Recht.¹ Ein zentraler Bestandteil der Scharia ist das Ehe- und Familienrecht, da der Familie angesichts ihrer Funktion als Kernbereich des sozialen wie sexuellen Lebens in einer auf tribalen Wurzeln beruhenden Gesellschaft eine besondere Bedeutung zukommt.²

Der im 17. Jahrhundert einsetzende Reformierungs- und Kodifizierungsprozess von Recht und Justiz führte in der Türkei zu der völligen Abschaffung des religiösen Rechts, während in den anderen islamischen Staaten des Vorderen Orients das islamische Recht zwar durch Erlaß staatlicher Gesetze zumeist nach europäischem Vorbild mehr oder weniger stark zurückgedrängt wurde, jedoch in bestimmten Bereichen teils in seiner traditionell überlieferten Form, teils in kodifizierter und reformierter Form beibehalten wurde. Nach der Unabhängigkeit der Kolonien und Protektorate im Vorderen Orient erstarkte Re-Islamisierungsbestrebungen haben sich in einer Reihe von Staaten in unterschiedlichem Umfang in Gesetzgebung und Rechtsprechung niederschlagen.³

Der Prozeß der Reformierung und Kodifizierung hat das Familienrecht und damit insbesondere auch das Eherecht erst im zweiten Jahrzehnt dieses Jahrhunderts erreicht. In einigen Staaten hat es bisher weder Kodifizierungen noch Reformen des Familienrechts gegeben, so dass nach wie vor islamisches Recht gilt.⁴ Soweit es zur Kodifizierung gekommen ist, wurde das Familienrecht zumeist in speziellen Gesetzen geregelt, wobei aber zur Ausfüllung von Gesetzeslücken häufig auf das traditionelle, nicht kodifizierte islamische Recht verwiesen wird. In den Staaten, in denen es Reformen gegeben hat, richtet sich das Familienrecht noch mehr oder weniger am islamischen Recht aus, das aber seinerseits aufgrund der Reformen stark von seiner traditionellen Fassung abweichen kann.

Die Reformen waren zunächst vor allem auf Beseitigung von Mißständen und auf Systematisierung und Harmonisierung des Rechts gerichtet und betrafen hinsichtlich des Eherechts insbesondere die Anhebung des Ehefähigkeitsalters, die Beschränkung der Ehevormundschaft, die Formalisierung und Registrierung der Eheschließung, die Einschränkung der Polygynie, die Beschränkung des einseitigen Scheidungsrechts des Mannes, die Verbesserung der Scheidungsmöglichkeiten der Frau sowie die sonstige Stärkung der Rechtsstellung der

¹) Zum Begriff der Scharia siehe The Encyclopaedia of Islam, New Edition, ab 1954 (EI²)-Calder zu „SHARI-CA“ m. w. N.

²) Vgl. Rauscher, Shari'a, Islamisches Familienrecht der sunna und shi'a, 1987, 30.

³) Einen Überblick anhand ausgewählter Staaten gibt Elwan, Gesetzgebung und Rechtsprechung, in: Steinbach/Robert (Hrsg.), Der Nahe und der Mittlere Osten, Band 1: Grundlagen, Strukturen und Problemfelder, 1988, 221, 237 ff.

⁴) Das gilt insbesondere für Saudi-Arabien.

Frau. Mit Aufkommen der Re-Islamisierungsbewegungen sind die Reformen indes zunehmend auch auf Islamisierung des Rechts gerichtet gewesen.⁵

2. Berufung islamisch geprägten Rechts im deutschen IPR

Das deutsche Internationale Privatrecht regelt, welchen Staates Privatrecht bei Auslandsbezug anzuwenden ist (vgl. Art. 3 Abs. 1 S 1 EGBGB). Es kennt also nur die Anknüpfung an staatliches Recht, nicht hingegen an nichtstaatliches Recht. Das traditionelle islamische Recht ist aber außerstaatliches Recht, da es nach islamischem Verständnis von Gott geschaffen und von Rechtsgelehrten über die Jahrhunderte hinweg entwickelt und in einer reichhaltigen Rechtsliteratur niedergelegt wurde. Es kann daher vom deutschen Internationalen Privatrecht nur soweit berufen werden, als es zu staatlichem Recht geworden ist. Dies ist in folgenden Erscheinungsformen der Fall:

Erstens kann das islamische Recht aufgrund einer verfassungsrechtlichen Bestimmung Grundlage staatlicher Gesetzgebung sein. So sind in den Verfassungen vieler islamischer Staaten die Scharia, die Grundsätze der Scharia oder die islamische Jurisprudenz zu der oder einer Grundlage der Gesetzgebung erklärt worden;⁶ andere Staaten begnügen sich mit der Erhebung des Islam zur Staatsreligion.⁷ Zweitens können in staatlichen Gesetzen die Scharia, die Grundsätze der Scharia oder die Scharia einer bestimmten Rechtsschule zur Lückenschließung für anwendbar erklärt werden. Dies gilt vor allem für das Zivilrecht⁸, insbesondere das Familien- und Erbrecht.⁹ Drittens kann die Scharia in staatliche Gesetze transformiert, d. h. ihre materiellen Regeln können in einem staatlichen Gesetz kodifiziert worden sein. So sind islamrechtliche Institute und Konzepte vereinzelt in die Zivilgesetzbücher eingeflossen¹⁰; vor allem aber bestimmen sie den Inhalt der familienrechtlichen Gesetze¹¹.

Einen Sonderfall der staatlichen Berufung traditionellen islamischen Rechts stellt es dar, wenn das staatliche Recht religiös gespalten ist und nach den innerstaatlichen Kollisionsregeln islamisches Recht zur Anwendung kommt (Art. 4 Abs. 3 EGBGB).¹²

⁵) Einen Reformüberblick vermitteln *Dilger*, Die Entwicklung islamischen Rechts, Der Islam 1990, 66 ff.; *Liebesny*, The Law of the Near & Middle East, 1975, 130 ff.; *Anderson*, Recent Reforms in Family Law in the Arab World, ZvglRW 1963, 1 ff. Die Reformen werden ausführlich dargestellt bei *Mahmood*, Personal Law in Islamic Countries, 1987, und derselbe, Family Law Reform in the Muslim World, 1972.

Das heutige Eherecht der arabischen bzw. islamischen Staaten wird rechtsvergleichend dargestellt vor allem bei *Ebert*, Das Personalstatut arabischer Länder: Problemfelder, Methoden, Perspektiven, Frankfurt u. a. 1996, 89 ff.; *Nasir*, The Islamic Law of Personal Status, 2. Auflage 1990, 41 ff., und *El Alami*, The Marriage Contract in Islamic Law in the Shari'ah and Personal Status Laws of Egypt and Morocco, London u. a. 1992.

⁶) Die Scharia und die Grundsätze der Scharia z. B. in Ägypten, Bahrain, Kuwait, Jemen, Qatar, Sudan und in den VAE; die islamische Jurisprudenz z. B. in Syrien.

⁷) Z. B. Jordanien, Marokko, Algerien und Tunesien.

⁸) Zur Lückenfüllung berufen werden z. B. im ägyptischen ZGB von 1949 die Grundsätze der Scharia nach dem Gewohnheitsrecht, im syrischen ZGB von 1949 und im libyschen ZGB von 1954 die Scharia, im algerischen ZGB von 1975 die Grundsätze der Scharia, im jordanischen ZGB von 1977 die Regeln der islamischen Jurisprudenz; das ZGB der VAE von 1985 enthält erläuternde Regeln der Grundlagen des islamischen Rechts, d. h. Rechtsmaximen und Interpretationsregeln.

⁹) Beispielsweise berufen Art. 297 der marokkanischen Mudawana von 1957/58 malikitische Recht, Art. 222 des algerischen Familiengesetzbuchs von 1984 die Scharia und Art. 183 des jordanischen Personenstandsgesetzes von 1976 hanafitische Recht.

¹⁰) Beispielsweise sind im ZGB Jordaniens von 1977 und der VAE von 1985 die islamrechtlichen Konzepte der Einheitlichkeit der Vertragssitzung, des Vertragsgegenstands und der Optionen sowie spezielle islamrechtliche Vertragsarten wie der Weiterverkauf einer gekauften Sache mit vereinbarter Gewinnmarge geregelt worden.

¹¹) Alle islamischen Staaten des Vorderen Orients mit Ausnahme der Türkei.

¹²) Zur Rechtsspaltung in den islamischen Staaten siehe *Menhofer*, Religiöses Recht und internationales Privatrecht, 1995, 126 ff., und ferner *Wähler*, Interreligiöses Kollisionsrecht im Bereich privatrechtlicher Beziehungen, 1978.

3. Anwendung islamisch geprägten Rechts durch deutsche Gerichte

Ist islamisch geprägtes ausländisches Recht nach deutschem Internationalen Privatrecht berufen, ist es grundsätzlich auch vollen Umfangs von deutschen Gerichten anzuwenden. Soweit vertreten wird, deren Kompetenzen derart zu beschränken, dass religiöse Normen nur von der zuständigen Stelle der jeweiligen Religionsgemeinschaft bzw. bei deren Fehlen von einem theologisch kompetenten Sachverständigen auszulegen seien und religiösen Instanzen zugewiesene Entscheidungen von einem deutschen Gericht nicht gefällt werden dürften,¹³ vermag dies jedenfalls für die islamisch geprägten Rechtsordnungen nicht zu überzeugen.

Erstens lassen sich die religiösen Normen häufig nicht sicher bestimmen. Religiöse Normen sollen nach jener Auffassung solche sein, die aufgrund ihrer „sozio-kulturellen“ Funktion innerhalb der ausländischen Rechtsordnung einen genuin religiösen Charakter aufweisen.¹⁴ Zu diesen gehören zwar unproblematisch die Bestimmungen der Scharia, die dadurch zur Anwendung kommen, dass staatliches Recht allgemein oder für einen bestimmten Bereich die Scharia zur Anwendung beruft. Soweit aber die Scharia oder ihre Grundsätze in mehr oder weniger modifizierter Weise derart in (weltliche) Gesetze eingeflossen ist, dass weltliches und islamisches Recht miteinander verwoben sind, läßt sich eine Differenzierung zwischen weltlichen und religiösen Normen nicht mehr problemlos vornehmen.

Zum Zweiten fehlen zumeist für die Auslegung islam-rechtlicher Normen zuständige Stellen. Der Islam kennt keine Institution, die religiöse Fragen verbindlich entscheidet; auch kirchenähnliche Einrichtungen sind dem Islam zumeist fremd. Zwar gibt es Institutionen wie die Azhar-Universität in Kairo, die zu islam-rechtlichen Fragen Stellung nehmen und deren Auffassung in der islamischen Welt ein bedeutendes Gewicht zukommt; irgendeine Bindungswirkung haben solche Stellungnahmen jedoch nicht. Allerdings mögen auf lokaler Ebene Religionsgemeinschaften bestehen, die von ihrer Organisation her für ihre Mitglieder islam-rechtliche Normen auslegen. Wollte man deren Auslegung zugrundelegen, dürfte dies aber erfordern, dass die betroffenen Parteien dieser Religionsgemeinschaft angehören und deren Auslegung auch für sich als verbindlich anerkennen.

Drittens bestehen gegen eine Beschränkung des Richters hinsichtlich der Auslegung religiöser Normen verfassungsrechtlich erhebliche Bedenken. Zunächst ist zu berücksichtigen, dass die rechtsprechende Gewalt gemäß Art. 92 GG den Richtern anvertraut ist und von staatlichen Gerichten ausgeübt wird. Versteht man den Begriff der rechtsprechenden Gewalt materiell im Sinne einer Streitentscheidung durch Dritte,¹⁵ erfasst er auch die Auslegung entscheidungserheblicher Normen, da diese Auslegung faktisch den Rechtsstreit entscheidet. Überließe man die Auslegung entscheidungserheblicher Normen allein Sachverständigen, d. h. bände man Richter an die Ergebnisse ihrer Begutachtung, stiege faktisch der Sachverständige zum Richter auf, da er mit seiner Auslegung den Rechtsfall entschiede. Dies würde zu einer Auslöschung des Art. 92 GG führen.

Viertens ist nicht nachvollziehbar, warum einem konfessionsfremden Richter bei genügender eigener Sachkunde oder Sachkunde aufgrund eines Gutachtens nicht möglich sein soll, religiöse Normen von ihrem Sinn her zu erfassen und auszulegen, zumal Richter ständig damit befasst sind, sich in fremde Materien einzuarbeiten und in diesen Entscheidungen zu fällen. Letztlich läuft ein etwaiges richterliches Auslegungsverbot bei fehlenden Religionsgemeinschaften in den problematischen Auslegungsfragen leer. Da diese in aller Regel umstritten sind, hat es der Richter durch Auswahl des Sachverständigen selbst in der Hand, den Ausgang des Rechtsstreits zu beeinflussen.

¹³) So *Stumpf*, Religiöse Normen im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht, ZRP 1999, 205, 208.

¹⁴) *Stumpf* ZRP 1999, 205, 206.

¹⁵) Vgl. von Münch/Kunig-Meyer, Grundgesetz-Kommentar, Band 3, 3. Auflage, 1996, Art. 92 GG, Rz. 5 ff.

Soweit deutschen Gerichten eine Entscheidung verwehrt sein soll, wenn das ausländische Recht die Anwendung religiöser Normen einer bestimmten religiösen Instanz auferlegt,¹⁶ ist schließlich auch einzuwenden, dass dies auf eine Verweigerung der verfassungsrechtlich¹⁷ garantierten Justizgewährung hinauslaufen kann, wenn es nämlich dem Betroffenen nur unter Inkaufnahme schwerer Nachteile möglich¹⁸ oder sogar rechtlich bzw. faktisch unmöglich¹⁹ ist, Rechtsschutz beim religiösen Gericht nachzusuchen.²⁰ Allerdings dürfte die Anwendung religiösen Rechts in diesen Fällen ohnehin an der Vorbehaltsklausel des Art. 6 EGBGB scheitern.

II. Deutscher ordre public und islamisches Eherecht

1. Allgemeines

Die mehr oder weniger gravierenden Unterschiede zwischen der deutschen und den islamisch geprägten Rechtsordnungen führen internationalprivatrechtlich vor allem zu Qualifikationsproblemen,²¹ zu Anpassungsnotwendigkeiten²² und zum – hier näher interessierenden – Eingreifen des ordre public, und zwar insbesondere in seiner negativen Funktion der Nichtanwendung ausländischen Rechts, die in der Vorbehaltsklausel des Art. 6 EGBGB ihren Niederschlag gefunden hat²³. Nach dieser Generalklausel ist die Anwendung ausländischen Rechts ausgeschlossen, wenn sie zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist; zu den wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts gehören auch die Grundrechte. Hinsichtlich des islamisch geprägten Eherechts sind vielfach das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG und das Differenzierungsverbot des 3 Abs. 3 GG, die Religionsfreiheit des Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG und das Neutralitätsgebot des Staates in Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 1 WRV²⁴ sowie das Grundrecht der Eheschließungsfreiheit in Art. 6 Abs. 1 GG einschlägig.

2. Einzelfallbezogenheit des ordre public

Gegenstand der ordre-public-Prüfung ist nicht das ausländische Recht als solches, sondern lediglich das Ergebnis der Anwendung ausländischen Rechts im konkreten Einzelfall. Denn die Vorbehaltsklausel bezweckt nicht die Kontrolle fremden Rechts, sondern lediglich eine Korrektur des Ergebnisses im Einzelfall, wenn nämlich dessen Rechtsfolgen einem unantast-

¹⁶) Vgl. KG IPRax 2000, 126, nach dem eine Scheidung durch ein geistliches Gericht auf der Grundlage religiöser Vorschriften dem deutschen Recht wesensfremd ist und von einem deutschen Gericht nicht geleistet werden kann.

¹⁷) Seine Rechtsgrundlage ist streitig; herangezogen werden Art. 19 Abs. 4, 101 Abs. 1 S. 2, 103 Abs. 1 GG oder allgemein das Rechtsstaatsprinzip.

¹⁸) Beispielsweise, wenn der Betroffene im Gerichtsstaat politisch verfolgt wird oder wenn er im Gerichtsstaat mit einem Ausreiseverbot zu rechnen hat.

¹⁹) Beispielsweise, wenn der Betroffene kein Einreisevisum für den Gerichtsstaat erhält oder er die Reise nicht finanzieren kann.

²⁰) Vgl. *Herfarth*, Scheidung nach religiösem Recht durch deutsche Gerichte, IPRax 2000, 101, 102.

²¹) Beispielsweise die islam-rechtliche Brautgabe, der islam-rechtliche Heiratsvormund, die Scheidungszuständigkeit religiöser Gerichte und die islam-rechtliche Legitimanerkennung.

²²) Beispielsweise beim Ehegattenerbrecht, beim islam-rechtlichen Vindikationslegat und bei der Nachlassspaltung.

²³) Zum negativen ordre public siehe *Staudinger-Blumenwitz*, Kommentar zum BGB, 12. Auflage ab 1979, bzw. 13. Auflage ab 1993, Art. 6 EGBGB Rz. 16, 18; *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 8. Auflage 2000, 453.

²⁴) Teilweise werden auch Art. 3 Abs. 3, 33 Abs. 3 GG, Art. 136 Abs. 2, 137 Abs. 1 WRV zusätzlich zitiert (*Dreier-Morlok*, Grundgesetz Kommentar, Band 1, 1996, Art. 4 GG, Rz. 121, Art. 140 GG Rz. 33).

baren Kernbereich der eigenen Rechtsordnung eklatant zuwiderlaufen.²⁵ Die Prüfung setzt die Ermittlung nicht nur der berufenen ausländischen Sachnorm, sondern auch ihrer Auslegung und Anwendung in der entsprechenden ausländischen Rechtspraxis voraus.²⁶ Dies ist bei den Rechtsordnungen des Vorderen Orients mit besonderen Problemen verbunden.

Mögen die einschlägigen Gesetze jedenfalls für den Bereich des Eherechts mittels der vorhandenen Sekundärliteratur noch leicht zu ermitteln²⁷ und auch über entsprechende Institute zu beschaffen sein²⁸, erweist sich die Informationsbeschaffung über die einschlägige Rechtspraxis als erheblich schwieriger, da in den meisten betreffenden Staaten Entscheidungssammlungen nicht oder nur in geringem Umfang vorhanden und regelmäßig nur schwer zu beschaffen sind. Ist man der arabischen oder persischen Sprache nicht mächtig und auf Übersetzungen angewiesen, ist man zudem häufig Übersetzungsfehlern ausgeliefert, die selbst in amtlichen Übersetzungen zu finden sind. Diese Fehler beschränken sich nicht nur auf Offensichtlichkeiten oder lexikalische und grammatische Ungenauigkeiten, sondern geben insbesondere aufgrund einer zu geringen Beachtung der Grammatik, einer Verkennung des Sinnzusammenhangs oder einer zu freien Übersetzung der entsprechenden Regelung mitunter einen völlig anderen Sinn.²⁹ Andere Schwierigkeiten ergeben sich bei der Ermittlung ungeschriebenen islamischen Rechts, auf das vielfach zur Schließung von Gesetzeslücken verwiesen wird. Zwar gibt es durchaus eine umfangreiche Literatur zum traditionellen islamischen Recht auch in europäischen Sprachen bzw. in entsprechenden Übersetzungen; angesichts der in der islamischen Lehre vertretenen Meinungsvielfalt ist jedoch die jeweils maßgebliche Auffassung, sofern es eine solche überhaupt gibt, mit besonderer Sorgfalt zu ermitteln. Hierzu bedarf es in aller Regel der Einholung eines Sachverständigengutachtens.³⁰

Die Anwendung grundrechtswidrigen ausländischen Rechts begegnet solange keinen Bedenken, als das konkrete Ergebnis grundrechtlich nicht zu beanstanden ist. Dies ist insbesondere der Fall, wenn sich das Ergebnis der Rechtsanwendung auch bei Anwendung (grundrechtskonformem) deutschen Rechts ergäbe, wenn die Nachteile aufgrund der Anwendung grundrechtswidrigen ausländischen Rechts durch anderweitige Vorteile aufgewogen werden oder wenn sie im Falle eines Verbots durch Wahrnehmung von im ausländischen Recht vorgesehenen Befreiungsmöglichkeiten beseitigt werden.³¹ Dies kann hinsichtlich der beiden letztgenannten Konstellationen nur beurteilt werden, wenn die einschlägige ausländische Sachnorm in ihrem systematischen Zusammenhang gesehen und die rechtliche Lage des Betroffenen umfassend analysiert wird, was die Anforderungen an die Ermittlung des ausländischen Rechts und seiner Anwendung in der Rechtspraxis noch erhöht.

Beispielsweise ist die einseitige Verstoßung der Ehefrau durch ihren Ehemann nicht zu beanstanden, wenn die Ehefrau hiermit einverstanden war oder die Ehe auch nach deutschem Recht geschieden werden kann.³² Ob eine grundrechtsbezogene Benachteiligung ausgeglichen wird, wird insbesondere für die islam-rechtliche Regelung diskutiert, dass zwar die Erbquote der hinterbliebenen Ehefrau nur halb so groß wie die des hinterbliebenen Ehemannes ist, jedoch die Witwe im Gegensatz zum Witwer grundsätzlich keinerlei Unterhaltsansprüchen

²⁵) Vgl. Staudinger-Blumenwitz, a. a. O., Art. 6 EGBGB Rz. 86; Münchener Kommentar zum BGB (MK)-Sonnenberger, Band VII: EGBGB/IPR, 3. Auflage 1998, Art. 6 EGBGB Rz. 47; Soergel-Kegel, a. a. O., Art. 6 EGBGB Rz. 9; Kegel/Schurig, a. a. O., 462 und 471, jeweils m. w. N.

²⁶) Vgl. Staudinger-Blumenwitz, a. a. O., Art. 6 EGBGB Rz. 84; MK-Sonnenberger, a. a. O., Art. 6 EGBGB Rz. 46 f; Palandt-Heldrich, a. a. O., Art. 6 EGBGB Rz. 5.

²⁷) Z. B. Bergmann/Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Loseblatt, Frankfurt am Main; *El Ala-mi/Hinchcliffe*, a. a. O.

²⁸) Z. B. Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht in Hamburg; Institut für Ausländisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg; Institut für Internationales und Ausländisches Privatrecht der Universität zu Köln; Institut suisse de droit comparé in Lausanne.

²⁹) Ein Beispiel dafür stellt die amtliche französische Übersetzung des tunesischen Gesetzbuchs über den Personenstand aus 1956/1957 dar, auf deren Mängel Colomer, *Le Code du statut personnel tunisien*, *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence* 1957, 115 ff., hinweist.

³⁰) Rohe StAZ 2000, 161, 164.

³¹) MK-Sonnenberger, a. a. O., Art. 6 EGBGB Rz. 47.

³²) Staudinger-von Bar/Mankowski, a. a. O., Art. 17 EGBGB Rz. 182 ff.; MK-Sonnenberger, a. a. O., Art. 6 EGBGB Rz. 47; Pauli, *Islamisches Familien- und Erbrecht und ordre public*, 1994, 20 ff.; Bolz, *Verstoßung der Ehefrau nach islamischem Recht und deutscher ordre public*, NJW 1990, 620, 621, jeweils m. w. N.

ihrer Abkömmlinge ausgesetzt ist.³³ Die Möglichkeit der Erteilung einer Befreiung ist vor allem in Fällen relevant, in denen Frauen die Eheschließung mit ausländischen Männern grundsätzlich verboten ist.³⁴

3. Relativität des ordre public

Stellt der ordre-public-Vorbehalt nur ein Korrektiv für den Einzelfall dar, d. h. hängt ein Eingreifen der Vorbehaltsklausel von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab, so folgt daraus notwendigerweise die Relativität des ordre public. Aufgrunddessen verstößt nicht jede Anwendung ausländischen Rechts, die im Inlandsfall grundrechtswidrig wäre, gegen den ordre-public-Vorbehalt.

Der ordre-public-Vorbehalt greift nur ein, wenn die Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlicher Natur ist. Man spricht insoweit von der inhaltlichen Relativität des ordre public.³⁵ Von einem offensichtlichen Verstoß geht die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aus, wenn das Ergebnis der Rechtsanwendung zu den Grundgedanken der deutschen Regelungen und der ihnen zugrundeliegenden Gerechtigkeitsvorstellungen in so starkem Widerspruch steht, dass es aus deutscher Sicht für untragbar gehalten wird.³⁶ Das einschränkende Kriterium der Offensichtlichkeit gibt es nach herrschender Auffassung im Falle einer Grundrechtsverletzung entsprechend dem Wortlaut des Art. 6 EGBGB nicht; vielmehr reicht hier jede Grundrechtsverletzung aus.³⁷ Dies entspricht der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, nicht zwischen tragbaren und untragbaren Grundrechtsverletzungen zu unterscheiden.³⁸

Davon abweichend fordert eine Minderansicht auch eine inhaltliche Relativierung des Grundrechtsschutzes über den von der herrschenden Auffassung verlangten, noch zu erörternden Inlandsbezug hinaus im Rahmen der Prüfung, ob überhaupt eine Grundrechtsverletzung vorliegt.³⁹ Dafür könnte immerhin sprechen, dass nach der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung eine Grundrechtsverletzung durch die Anwendung ausländischen Rechts im Wege der Auslegung des entsprechenden Grundrechts nach seinem Wortlaut, Sinn und Zweck unter Berücksichtigung der Gleichstellung der Staaten und der Eigenständigkeit ihrer Rechtsordnungen festzustellen ist.⁴⁰

Dabei steht die Beurteilung der Anwendung des ausländischen Rechts nach unseren Gerechtigkeitsvorstellungen im permanenten Spannungsverhältnis zur Respektierung der Eigenständigkeit andersartiger Rechtsordnungen, insbesondere wenn diese einem völlig anderen Kulturkreis wie dem islamischen angehören und deswegen dem in unserer Grundrechtsordnung zum Ausdruck kommenden abendländischen Wertesystem zuwiderlaufen. Die Grenzziehung zwischen noch zu repektierender Anwendung ausländischen Rechts einerseits und schon bestehendem unerträglichem Widerspruch zu unserer Grundrechtsordnung andererseits ist das Ergebnis einer wertenden Entscheidung.

Fraglich ist, ob im Rahmen dieser wertenden Entscheidung Ausmaß und Intensität der Verbreitung ausländischer Lebensweisen in Deutschland mit zu berücksichtigen sind. Zwar

³³) Dörner, Internationales Erbrecht im deutsch-islamischen Rechtsverkehr, Grundlagen, in: Deutsches Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare (Hrsg), Deutsch-Islamischer Rechtsverkehr in der notariellen Praxis, 2001, 46, 86 f. m. w. N.

³⁴) LG Kassel IPRspr. 1990 Nr. 66 b; MK-Sonnenberger, a. a. O., Art. 6 EGBGB Rz. 47 m. w. N..

³⁵) MK-Sonnenberger, a. a. O. Art. 6 EGBGB Rz. 80; Ehringfeld, Multikulturalität im deutschen internationalen Familienrecht, KJ 1996, 271, 285.

³⁶) Ständige Rechtsprechung seit BGHZ 50, 370, 375.

³⁷) BGH FamRZ 1993, 316, 317; Staudinger-Blumenwitz, a. a. O., Art. 6 EGBGB Rz. 13; Spickhoff, Eheschließung, Ehescheidung und ordre public, JZ 1991, 323, 324.

³⁸) BVerfGE 31, 58, 86; vgl. Spickhoff JZ 1991, 323, 324.

³⁹) Ehringfeld KJ 1996, 271, 285 ff.

⁴⁰) Vgl. BVerfGE 31, 58, 77 und 86 (sog. Spanierbeschluss). Spickhoff JZ 1991, 323, 324, verengt diese Urteils-passage auf die inhaltliche Relativität des ordre public.

besteht mit wachsender Verbreitung fremdländischer Kulturen in Deutschland infolge von Arbeitsmigration, Asylantentum und Kontingentflüchtlingen und den sich dadurch herausbildenden fremden ethnischen Gemeinschaften mit eigener Organisation in einer liberalen Gesellschaft ein berechtigtes Bedürfnis dafür, diesen Gemeinschaften durch eine möglichst weitgehende Anerkennung ihrer Lebensformen einen ihrer Lebensweise optimal angepassten Rechtsrahmen zu bieten. Daraus allerdings für multiethnische Staaten eine differenzierte Grundrechtswirkung in der Weise zu fordern, fremde ethnische Gemeinschaften nur auf einen elementaren Grundrechtsbereich zu verpflichten, während ihnen in einem peripheren Raum gestattet werden soll, ihre Verhältnisse grundrechtsautonom zu regeln, wobei zum elementaren Grundrechtsbereich die Grundrechte insoweit gehören, als sie für den Bestand einer multiethnischen Gesellschaft notwendig sind,⁴¹ geht entschieden zu weit.

Diese Auffassung übersieht, dass der Verfassungsgeber mit der bestehenden Grundrechtsordnung bereits den Rahmen aufgestellt hat, den er für ein gedeihliches Zusammenleben der Menschen in Deutschland für erforderlich gehalten hat. Zwar mag der Verfassungsgeber bei Ausgestaltung der Grundrechtsordnung die möglichen Probleme einer multiethnischen Gesellschaft nicht vor Augen gehabt haben. Eine derartige Relativierung des Grundrechtsschutzes dürfte aber den Rahmen einer Auslegung überschreiten und eine Verfassungsänderung erfordern. Sie würde nämlich den in Deutschland lebenden Menschen die in einer einheitlichen Geltung der Grundrechte liegende Transparenz über ihren Anwendungsbereich weitgehend nehmen und damit unsere rechtsstaatliche Ordnung eines wesentlichen Vorteils berauben. Die vom Bundesverfassungsgericht formulierten Anforderungen an die Feststellung einer Grundrechtsverletzung durch die Anwendung ausländischen Rechts zielen vielmehr auf die noch zu erörternde örtliche, zeitliche und sachliche Relativität des *ordre public* ab, insbesondere den für ein Eingreifen der Vorbehaltsklausel erforderlichen Inlandsbezug.⁴² Diese Relativität erscheint durchaus ausreichend, um im gebotenen Umfang den jeweiligen Umständen des Einzelfalls gerecht zu werden.

Der *ordre public* ist örtlich, zeitlich und sachlich relativ. Die örtliche Relativität findet im jedenfalls grundsätzlich erforderlichen Inlandsbezug des Sachverhalts ihren Ausdruck. Je geringer der Inlandsbezug ist, desto bedeutender müssen die verletzten inländischen Rechtsgrundsätze sein, damit der Vorbehalt eingreift.⁴³ Ein Grundrechtsverstoß aufgrund ausländischer Rechtsanwendung führt regelmäßig nur bei entsprechend starkem Inlandsbezug zu einer *ordre-public*-Widrigkeit.⁴⁴ Der Inlandsbezug kann sowohl durch persönliche Umstände als auch durch sachliche Momente begründet sein.⁴⁵ Die an ihn zu stellenden Anforderungen richten sich im Falle einer Grundrechtsverletzung nach dem betroffenen Grundrecht und der betroffenen Funktion des Grundrechts.⁴⁶ Für den Bereich islamisch geprägten Eherechts sind vor allem Art. 6 Abs. 1 GG, und zwar sowohl als Abwehrrecht als auch als Institutsgarantie, und Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG als Abwehrrecht relevant. Soweit diese Grundrechte als Abwehrrechte betroffen sind, sind vor allem die persönlichen Umstände der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes und des gewöhnlichen Aufenthalts maßgebend, die regelmäßig bereits allein einen hinreichenden Inlandsbezug zu begründen vermögen, ferner aber unter anderem auch der einfache Aufenthalt, der Geburtsort und der Eheschließungsort.⁴⁷ Soweit Art. 6 Abs. 1 GG als Institutsgarantie relevant ist, sind für den Inlandsbezug vor allem objektive Umstände von

⁴¹) Ehringfeld KJ 1996, 271, 286.

⁴²) Vgl. Spickhoff JZ 1991, 323, 324.

⁴³) Staudinger-Blumenwitz, a. a. O., Art. 6 EGBGB Rz. 118; MK-Sonnenberger, a. a. O., Art. 6 EGBGB Rz. 81 ff; Soergel-Kegel, a. a. O., Rz. 27 m. w. N.; Kegel/Schurig, a. a. O., 463; vgl. Palandt-Heldrich, a. a. O., Rz. 6.

⁴⁴) Vgl. BVerfGE 31, 58, 77; BGHZ 60, 68, 78 f.; Staudinger-Blumenwitz, a. a. O., Art. 6 EGBGB Rz. 13, 104 m. w. N.; Kegel/Schurig, a. a. O., 471; jeweils m. w. N.

⁴⁵) Staudinger-Blumenwitz, a. a. O., Art. 6 EGBGB Rz. 120 f; MK-Sonnenberger, a. a. O., Art. 6 EGBGB Rz. 83 m. w. N.

⁴⁶) Vgl. Spickhoff JZ 1991, 323, 325.

⁴⁷) MK-Sonnenberger, a. a. O., Art. 6 Rz. 83 m. w. N.

Bedeutung, nämlich solche, die die Auswirkungen der Anwendung des ausländischen Rechts auf das entsprechende Institut betreffen.⁴⁸

Der zeitliche Aspekt wird berücksichtigt, indem für den zu beurteilenden Sachverhalt Gegenwartsbezug verlangt wird. Je länger ein Sachverhalt zurückliegt oder besteht, desto weniger ist er geeignet, den ordre-public-Vorbehalt eingreifen zu lassen.⁴⁹ Die sachliche Relativität kommt darin zum Ausdruck, ob es sich um die Herstellung eines ordre-public-widrigen Zustandes (Hauptfrage) oder nur um die Folge eines solchen Zustands (Vorfrage) geht.⁵⁰ Das heißt, eine Eheschließung islamrechtlicher Prägung vermag wesentlich eher dem ordre public zum Opfer fallen, wenn sie selbst Hauptfrage und nicht lediglich Vorfrage für andere Hauptfragen insbesondere scheidungsrechtlicher, güterrechtlicher, unterhaltsrechtlicher, abstammungsrechtlicher, sorgerechtlicher oder erbrechtlicher Art ist.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung der Voraussetzungen der Vorbehaltsklausel ist grundsätzlich derjenige der Entscheidung, auch wenn sich die Rechtsanschauungen seit dem Zeitpunkt des relevanten Sachverhalts gewandelt haben.⁵¹

4. Rechtsfolge eines ordre-public-Verstoßes

Rechtsfolge eines ordre-public-Verstoßes ist, dass die eigentlich berufene ausländische Norm nicht angewendet wird, allerdings – entsprechend dem Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs in die fremde Rechtsordnung – nur insoweit, wie das Ergebnis der Rechtsanwendung mit der deutschen öffentlichen Ordnung nicht zu vereinbaren ist. Während eine starke Auffassung einen gegebenenfalls dadurch entstandenen Normenmangel kollisionsrechtlich behebt, indem sie generell die lex fori anwendet, gibt eine andere gewichtige Auffassung unter Berufung auf das genannte Prinzip einer materiellrechtlichen Lösung den Vorzug, die die Lücke vorrangig aus dem berufenen Recht herleitet oder in der Bildung passender Sachnormen besteht.⁵²

Nur die letztgenannte Auffassung dürfte dem Grundsatz der Gleichstellung der Staaten und der Eigenständigkeit ihrer Rechtsordnungen hinreichend gerecht werden. Dabei genügt jedenfalls bei ordre-public-widrigen Verboten (z. B. Eheverboten) und Ausnahmenormen (z. B. Ehevormundschaft) grundsätzlich allein die Nichtanwendung der betreffenden ausländischen Rechtsnorm, deren Anwendung zum ordre-public-widrigen Ergebnis geführt hat.⁵³

III. Anwendungsfelder des deutschen ordre public bei islamisch geprägtem Eheschließungsrecht

Hinsichtlich des Eheschließungsrechts ist Art. 13 EGBGB einschlägig, der die Voraussetzungen der Eheschließung für jeden Verlobten seinem Heimatrecht unterstellt. Soweit Art. 13 Abs. 2 EGBGB einen Vorbehalt zugunsten deutschen Rechts bei unbehebaren Verstößen ausländischen Rechts gegen die Eheschließungsfreiheit und gewisser Inlandsbeziehung enthält, handelt es sich um einen Spezialfall des ordre-public-Vorbehalts.⁵⁴ Neben diesem findet

⁴⁸) Vgl. *Spickhoff* JZ 1991, 323, 326.

⁴⁹) *MK-Sonnenberger*, a. a. O., Art. 6 EGBGB Rz. 89 m. w. N.; *Soergel-Kegel*, a. a. O., Art. 6 EGBGB, Rz. 28 m. w. N.; *Kegel/Schurig*, a. a. O., 464.

⁵⁰) Vgl. *Staudinger-Blumenwitz*, a. a. O., Art. 6 EGBGB Rz. 127; *MK-Sonnenberger*, a. a. O., Art. 6 EGBGB Rz. 87; *Soergel-Kegel*, a. a. O., Rz. 28; *Kegel/Schurig*, a. a. O., 463, jeweils m. w. N.

⁵¹) Vgl. *Staudinger-Blumenwitz*, a. a. O., Art. 6 EGBGB Rz. 123 ff.; *MK-Sonnenberger*, a. a. O., Art. 6 EGBGB Rz. 29; *Soergel-Kegel*, a. a. O., Art. 6 EGBGB Rz. 29; *Palandt-Heldrich*, a. a. O., Art. 6 EGBGB Rz. 4; *Kegel/Schurig*, a. a. O., 471 f., jeweils mnN.

⁵²) *Staudinger-Blumenwitz*, a. a. O., Art. 6 EGBGB Rz. 135; *MK-Sonnenberger*, a. a. O., Art. 6 EGBGB Rz. 91; *Soergel-Kegel*, a. a. O., Art. 6 EGBGB Rz. 35; *Kegel/Schurig*, a. a. O., 473, jeweils m. w. N.

⁵³) *MK-Sonnenberger*, a. a. O., Art. 6 EGBGB Rz. 93 m. w. N.

⁵⁴) *MK-Coester*, a. a. O., Art. 6 EGBGB Rz. 23 a; *Staudinger-von Bar/Mankowski*, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 108; *Soergel-Schurig*, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 73 und 126; *Palandt-Heldrich*, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 15, jeweils m. w. N.

aber die allgemeine *ordre-public*-Klausel des Art. 6 EGBGB Anwendung,⁵⁵ soweit es nicht um das Fehlen einer Eheschließungsvoraussetzung geht oder soweit die Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 2 Ziffer 1 bis 3 EGBGB nicht vorliegen.⁵⁶ Von den spezifisch islam-rechtlichen Anwendungsfeldern des *ordre public*, denen auch in der Rechtspraxis Bedeutung zukommt, sollen hier lediglich die Ehemündigkeit, der Heiratsvormund, die Brautgabe, die Polygynie sowie die Ehehindernisse der Verwandtschaft und Schwägerschaft behandelt werden, da insoweit noch Klärungsbedarf gesehen wird.

Demgegenüber nicht erörtert werden sollen vor allem die Stellvertretung bei der Eheschließung (sog. Handschuhehe),⁵⁷ die Ehehindernisse der Wartefrist der Frau nach Scheidung oder Tod der Ehemanns,⁵⁸ die sog. definitive Verstoßung höheren Grades,⁵⁹ der illegitime Geschlechtsverkehr,⁶⁰ das Verfahren der gegenseitigen Verfluchung,⁶¹ die Religionsverschiedenheit⁶² sowie der Weihezustand während der Wallfahrt.⁶³

⁵⁵) MK-Coester, a. a. O., Art. 6 EGBGB Rz. 23 d, 24; Staudinger-von Bar/Mankowski, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 110; Soergel-Schurig, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 73 und 126; Palandt-Heldrich, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 16, jeweils m. w. N.

⁵⁶) MK-Coester, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 24.

⁵⁷) Nach traditioneller islamischer Auffassung dürfen sich die Ehegatten zur Eheschließung Dritter bedienen. Soweit diese lediglich die Erklärung eines Ehepartners zur Eheschließung übermitteln (vgl. *Nasir*, a. a. O., 46), handelt es sich um eine bloße Stellvertretung in der Erklärung (sog. Handschuhehe), die als bloße Formfrage den *ordre public* nicht auf den Plan ruft (BGHZ 29, 137; Staudinger-von Bar/Mankowski, a. a. O. Art. 13 EGBGB Rz. 220, 754; MK-Coester, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 87, 112, jeweils m. w. N.; *Rohe StAZ* 2000, 161, 166). Soweit entsprechend der herrschenden Auffassung im traditionellen Recht Dritten eine Generalvollmacht eingeräumt wird, die auch die Auswahl des Ehepartners mit einschließt, was nach dem Recht einiger Staaten des Vorderen Orients wie des Iran möglich ist (vgl. *El Alami*, a. a. O., 59 ff.; *Nasir*, a. a. O., 53), liegt eine Stellvertretung im Willen vor, die als eine Frage der sachlichen Eheschließungsvoraussetzungen zu qualifizieren ist; in diesen Fällen widerspricht die Eheschließung bei hinreichender Inlandsbeziehung regelmäßig dem *ordre public* (Staudinger-von Bar/Mankowski, a. a. O. Art. 13 EGBGB Rz. 218 ff., 754; MK-Coester, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 32; *Rohe StAZ* 2000, 161, 167, jeweils m. w. N.).

⁵⁸) Das Ehehindernis der Wartefrist betrifft die Ehebeendigung durch Verstoßung und durch Tod des Ehemannes. Die Verstoßung ist eine spezifisch islam-rechtliche Privatscheidung mittels Scheidungsausspruchs durch den Mann. Hat ein Mann seine Frau definitiv verstoßen, ist die Ehe zwar geschieden, aber die Frau kann – sofern die Ehe vollzogen war – sich erst wieder verheiraten, nachdem sie eine Wartefrist eingehalten hat. Die Frist beträgt grundsätzlich drei volle „Perioden“, bei fehlender Menstruation hingegen drei Monate und dauert bei Schwangerschaft bis zu deren Ende. Auch wenn der Ehemann verstorben ist, hat die Witwe vor einer Wiederheirat eine Wartefrist einzuhalten, und zwar unabhängig vom Ehevollzug. Die Frist beträgt vier Monate und 10 Tage bzw. bei Schwangerschaft bis zur Entbindung. Die Frist beginnt mit der Eheauflösung, unabhängig davon, ob die Ehefrau Kenntnis von der Verstoßung oder dem Tod hat. Dieses Ehehindernis ist in zahlreichen islamischen Staaten normiert (z. B. Irak, Jordanien, Kuwait, Marokko, Syrien, Tunesien; vgl. *Ebert*, a. a. O., 104; *Nasir*, a. a. O., 146 ff.; *El Alami/Hinchcliffe*, a. a. O., 14 f.; *Rauscher*, a. a. O., 54 ff.; *Prader*, Das religiöse Eherecht, 1973, 91). – Ein Verstoß gegen den *ordre public* scheidet aus, weil das Ehehindernis den legitimen Zweck verfolgt, klare Abstammungsverhältnisse zu gewährleisten, und nur von begrenzter Dauer ist (MK-Coester, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 59; Staudinger-von Bar/Mankowski, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 359; *Rohe*, Rechtsfragen bei Eheschließungen mit muslimischen Beteiligten, *StAZ* 2000, 161, 165 f.; jeweils m. w. N.).

⁵⁹) Im islamischen Recht gibt es eine Form der Privatscheidung, bei der der Mann die Ehe mit seiner Frau einseitig durch Verstoßung seiner Frau beenden kann. Nach einer der Verstoßungsarten wird die Ehe beendet, indem der Mann seine Frau in maximal drei Reinheitsperioden dreimal verstößt. Die Scheidung ist dann sofort wirksam und nicht widerruflich. Weiter ist Rechtsfolge dieser Verstoßungsart, dass der Mann seine Frau nach Ablauf der Wartefrist nicht sofort wieder heiraten darf, sondern erst, wenn sie mit einem anderen Mann verheiratet war und diese Ehe auch vollzogen wurde. In diesem Falle spricht man von einer definitiven Verstoßung höheren Grades. Dieses Ehehindernis ist in vielen Staaten (z. B. Algerien, Irak, Jemen, Jordanien, Kuwait, Libanon, Marokko, Syrien, Tunesien, VAE) normiert (vgl. *Ebert*, a. a. O., 104; *Nasir*, a. a. O., 68 f.; *El Alami/Hinchcliffe*, a. a. O., 15; *El Alami*, a. a. O., 40; *Mahmood*, Personal Law, 289 f.; *Prader*, a. a. O., 91 f.; *Rauscher*, a. a. O., 58 f.). – Das Ehehindernis dürfte bei hinreichendem Inlandsbezug gegen den *ordre public* im Hinblick auf die Eheschließungsfreiheit des Art. 6 Abs. 1 GG verstoßen.

⁶⁰) Nach diesem Ehehindernis darf ein Mann die Frau, mit der er illegitimen Geschlechtsverkehr hatte, sowie deren Mutter oder Töchter nicht ehelichen. Entsprechendes gilt für die Frau hinsichtlich des Mannes, seines Vaters und seiner Söhne. Das Eheverbot findet sich in modernen familienrechtlichen Kodifikationen (z. B. Ägypten) wieder. Es dürfte bei hinreichendem Inlandsbezug wegen Verstoßes gegen die Eheschließungsfreiheit (Art. 6

1. Islam-rechtliche Ehemündigkeit

Die meisten islam-rechtlich ausgerichteten Staaten haben die Ehemündigkeit altersmäßig festgelegt; nur noch vereinzelt wird – in Anlehnung an das traditionelle islamische Recht – auf die Geschlechtsreife abgestellt⁶⁴. Während im traditionellen Recht teilweise davon ausgegangen wird, dass Mädchen bereits mit neun Jahren und Jungen mit 12 Jahren geschlechtsreif sein können, haben die familienrechtlichen Reformen in den islam-rechtlich ausgerichteten Staaten zur Vermeidung von Kinderehen eine Anhebung des Ehemündigkeitsalters mit sich gebracht.

Soweit ein Heiratsmindestalter gesetzlich bestimmt worden ist, kann dies unter dem Volljährigkeitsalter liegen.⁶⁵ Zuweilen ist ein Heiratsmindestalter dadurch statuiert worden, dass eine Eheschließung vor Erreichung einer bestimmten Altersgrenze nicht registriert wird.⁶⁶ Das Mindestalter des Mannes ist fast immer höher als das der Frau;⁶⁷ nur in wenigen Staaten ist es identisch.⁶⁸ Die Altersgrenze ist teils absolut zu verstehen, d. h., eine Heirat unter diesem Alter ist nicht möglich,⁶⁹ teils relativer Natur, d. h., eine Heirat unter dieser Altersgrenze ist nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich, insbesondere bei Genehmigung des Vormunds,⁷⁰ sofern diese nicht ohnehin wegen Minderjährigkeit erforderlich ist,⁷¹ und/oder richterlicher Genehmigung.⁷² Ist beides erfor-

Abs. 1 GG) nicht mit der öffentlichen Ordnung in Deutschland zu vereinbaren sein (vgl. MK-*Coester*, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 57; Staudinger-von *Bar/Mankowski*, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 401).

⁶¹) Bezichtigt der Ehemann seine Frau des illegitimen Geschlechtsverkehrs oder leugnet er die Ehelichkeit ihres Kindes, schwört er darauf vier Eide und ruft er mit einem fünften die Strafe Gottes für den Fall seiner Lüge herbei, bestreitet die Ehefrau dies und beschwört sie dies entsprechend, ist die Ehe beendet, stammt das Kind nicht vom Ehemann ab und besteht nach herrschender Auffassung ein dauerndes Eheverbot zwischen beiden. Dieses Ehehindernis findet sich auch in heutigen Ehrechten der islamischen Staaten (z. B. Jemen, Sudan; vgl. *Ebert*, a. a. O., 104; *El Alami*, a. a. O., 37 ff.). Es dürfte bei ausreichendem Inlandsbezug wegen Verstoßes gegen die Eheschließungsfreiheit (Art. 6 Abs. 1 GG) ordre-public-widrig sein.

⁶²) Dieses Ehehindernis besagt nach ganz überwiegender Auffassung, dass ein Muslim keine Nichtmuslimin außer einer Angehörigen einer Buchreligion, d. h. vor allem Jüdin oder Christin, und eine Muslimin überhaupt keinen Nichtmuslim heiraten darf. Fällt bei einem muslimischen Ehepaar einer der beiden Ehegatten vom Islam ab oder konvertiert bei einem nichtmuslimischem Paar einer von beiden zum Islam, bleibt die Ehe nur dann bestehen, wenn das Ergebnis eine erlaubte Ehe ist; andernfalls ist die Ehe eo ipso aufgelöst. Das Ehehindernis der Religionsverschiedenheit ist in zahlreichen Ehegesetzen der islamischen Länder des Vorderen Orients normiert (z. B. Algerien, Irak, Jemen, Jordanien, Kuwait, Libanon, Marokko, Syrien, VAE; das Ehehindernis der Apostasie ist z. B. geregelt in den Gesetzen des Jemen, Kuwaits, des Libanon und der VAE; vgl. *Ebert*, a. a. O., 103 f.; *Nasir*, a. a. O., 69 f.; *El Alami*, a. a. O., 41 ff.; *Mahmood*, Personal Law, 275 f.; *Rauscher*, a. a. O., 46 ff.; *Prader*, a. a. O., 90). – Das Eheverbot hält bereits bei schwachem Inlandsbezug der ordre-public-Prüfung wegen Verstoßes gegen die Neutralitätspflicht des Staates gemäß Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 1 WRV sowie gegen die Religionsfreiheit (Art. 4 GG) und die Eheschließungsfreiheit (Art. 6 Abs. 1 GG) nicht stand (vgl. MK-*Coester*, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 62; Staudinger-von *Bar/Mankowski*, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 393 ff.; *Rohe* StAZ 2000, 161, 167 f.; jeweils m. w. N.).

⁶³) Muslime haben sich auf der Wallfahrt nach Mekka in den Weihezustand zu begeben und während des Gebets den Weihezustand anzunehmen. Während des Weihezustands darf ein Muslim nach einer Ansicht nicht heiraten.⁶³ Dieses Ehehindernis ist nur vereinzelt normiert (z. B. Iran, Jemen; *El Alami/Hinchcliffe*, a. a. O., 16; *Rauscher*, a. a. O., 59; *Prader*, a. a. O., 92). – Hinsichtlich des ordre public gelten die Ausführungen zum Ehehindernis der Religionsverschiedenheit entsprechend (vgl. Staudinger-von *Bar/Mankowski*, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 391, 393).

⁶⁴) So beispielsweise im Iran.

⁶⁵) Z. B. Ägypten: 16 Jahre für Frauen, 18 Jahre für Männer, 21 Jahre für Volljährigkeit; Algerien: 18/21/19; Irak: 18/18/18; Jordanien: 15/16/18; Kuwait: 15/17/21; Libanon: 17/18/18; Libyen: 20/20/21; Marokko: 15/18/21; Syrien: 17/18/18; Sudan 10/10/18; Tunesien: 17/20/20.

⁶⁶) Z. B. Ägypten, Kuwait.

⁶⁷) Z. B. Ägypten, Jordanien, Kuwait, Syrien.

⁶⁸) Z. B. Irak: 18 Jahre, Jemen: 15 Jahre.

⁶⁹) Z. B. Jordanien.

⁷⁰) Z. B. Irak.

⁷¹) Z. B. Marokko, Sudan, Tunesien.

⁷²) Oder: z. B. Türkei; und: z. B. Irak, Syrien.

derlich, kann der Richter die Genehmigung des Vormunds teilweise ersetzen.⁷³ Dabei kann für diese Ausnahme eine weitere – niedrigere – Altersgrenze bestimmt sein.⁷⁴ Manche Staaten haben Sondervorschriften, die eine gerichtliche Mitwirkung bei einem zu großen Altersunterschied zwischen den Ehegatten vorsehen.^{75 76}

Die Anwendung islam-rechtlich geprägter Ehemündigkeitsregelungen kann bei hinreichendem Inlandsbezug ordre-public-widrig insbesondere in Bezug auf die Höhe des Heiratsmindestalters, des geschlechtsspezifisch unterschiedlichen Heiratsmindestalters sowie hinsichtlich der Beschränkung der Eheschließungsfreiheit bei zu großem Altersunterschied der Eheleute sein.

a) Eine zu niedrige absolute oder relative Altersgrenze verstößt gegen das Verbot der Kinderhehe, das in Art. 2 des UN-Eheschließungsabkommens von 1962⁷⁷ verankert ist, dem die Bundesrepublik beigetreten ist.⁷⁸ Grundgesetzlich ist das Verbot der in Art. 6 Abs. 2 GG verankerten staatlichen Schutzpflicht für das Kind zuzuordnen. Allerdings sieht das Abkommen selbst kein Mindestalter vor, sondern verbietet Kinderhehen lediglich, ohne für diese eine Altersgrenze zu bestimmen. Dieses Verbot mag in Deutschland als zweiseitiges Ehehindernis eingestuft werden;⁷⁹ soweit hingegen keines der Heimatrechte der Verlobten deutsches Recht ist, ist ihm im Einzelfall über die Vorbehaltsklausel, und zwar wegen des verfassungsrechtlich relevanten Gehalts gemäß Art. 6 S. 2 EGBGB Geltung zu verschaffen. Dabei hat sich die Altersgrenze an der körperlichen wie geistigen Entwicklung des Menschen zu orientieren; danach wird zumeist generell auf die Vollendung des 14.,⁸⁰ 15.⁸¹ oder 16. Lebensjahres⁸² abgestellt.

Sachgerechter dürfte es jedoch sein, das in diesem Rahmen liegende generelle Mindestalter je nach betroffenem Kulturkreis gesondert zu bestimmen. Denn nach medizinischem Erkenntnisstand setzt in bestimmten Kulturkreisen, insbesondere in denjenigen der wärmeren Klimazonen, die körperliche und geistige Reife zur Eheschließung grundsätzlich früher als in anderen Kulturkreisen ein. Für die islamischen Staaten des Vorderen Orients dürfte demnach die Altersgrenze durchschnittlich eher bei 14 denn bei 15 oder 16 Lebensjahren liegen.

Was den für ein Eingreifen des ordre public erforderlichen Inlandsbezug angeht, so muss dieser entgegen einer gewichtigen Meinung⁸³ auch dann vorliegen, wenn dem Verstoß – wie es hier hinsichtlich Art. 2 des UN-Eheschließungsabkommens der Fall ist – völkerrechtliche Normen zugrunde liegen, die einen Mindeststandard gewährleisten sollen. Denn Prüfungsgegenstand in Art. 6 EGBGB ist nicht die Rechtsnorm, sondern das Ergebnis ihrer Anwendung.⁸⁴

Greift Art. 6 EGBGB ein und schließt die Anwendung des entsprechenden ausländischen Rechtssatzes aus, stellt es einen geringeren Eingriff in die ausländische Rechtsordnung dar, wenn man die ausländische Altersgrenze auf das nach deutschem ordre public zulässige Mindestalter anhebt, anstatt das deutsche Recht anzuwenden.

b) Ist für die Ehemündigkeit eine zu hohe Altersgrenze festgesetzt, kann eine darauf beruhende Versagung einer Eheschließung im Hinblick auf die in Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Ehe-

⁷³) Z. B. Irak.

⁷⁴) Z. B. Syrien, Libanon, Irak.

⁷⁵) Z. B. Syrien, Jordanien, Vereinigte Arabische Emirate.

⁷⁶) Vgl. *Ebert*, a. a. O., 94 ff.; *Nasir*, a. a. O., 47 ff.; *Mahmood*, Personal Law, 269 ff.; *Prader*, a. a. O., 88 f; zu den Altersgrenzen auch *Staudinger-von Bar/Mankowski*, Art. 13 EGBGB Rz. 203.

⁷⁷) BGBl. 1969 II 161.

⁷⁸) *Staudinger-von Bar/Mankowski*, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 203.

⁷⁹) Vgl. *Staudinger-von Bar/Mankowski*, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 203; *MK-Coester*, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 27.

⁸⁰) *Luther FamRZ* 1962, 346.

⁸¹) *Staudinger-von Bar/Mankowski*, Art. 13 EGBGB Rz. 203; *KG FamRZ* 1990, 45, 46; vgl. *Rohe StAZ* 2000, 161, 165.

⁸²) *MK-Coester*, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 27 m. w. N.

⁸³) *Staudinger-Blumenwitz*, a. a. O., Art. 6 EGBGB Rz. 5..

⁸⁴) *MK-Sonnenberger*, a. a. O., Art. 6 EGBGB Rz. 79.

schließungsfreiheit gegen den deutschen *ordre-public* verstoßen. Die Eheschließungsfreiheit meint die Freiheit, die Ehe mit einem selbstgewählten Partner einzugehen.⁸⁵ Zur Abgrenzung von anderen Lebensgemeinschaften erfordert sie eine gesetzliche Regelung der formellen und materiellen Voraussetzungen der Eheschließung, die ihrerseits den Anforderungen an Art. 6 Abs. 1 GG genügen muss.⁸⁶ Die Eheschließungsfreiheit findet ihre Grenzen in den Voraussetzungen der verfassungsrechtlich geschützten Ehe.⁸⁷ Im Übrigen ist das Grundrecht der Eheschließungsfreiheit mangels eines Gesetzesvorbehalts lediglich verfassungsimmanenten Schranken unterworfen. Danach ist der Gesetzgeber durchaus zu einer Regelung, ab welchem Alter eine Ehe eingegangen werden kann, berechtigt; er darf jedoch die Eheschließungsfreiheit nicht über dasjenige hinaus beeinträchtigen, was zum Schutz anderer Verfassungsgüter von gleichem Rang – hier des Schutzes des Kindes – erforderlich ist. Hinsichtlich der Festsetzung eines generellen Ehemündigkeitsalters wird man dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative einräumen müssen, deren Rahmen durch die von Naturwissenschaftlern vertretenen Auffassungen zur physischen wie psychischen Reife bestimmt wird. Als Obergrenze dürfte man die Vollendung des 21. Lebensjahres zugrundelegen, an der sich auch eine Reihe islamischer Staaten des Vorderen Orients orientieren.

Zu Recht wird im Übrigen dann ein Verstoß gegen die Eheschließungsfreiheit angenommen, wenn das Heiratsmindestalter das Alter zur Erlangung der allgemeinen Geschäftsfähigkeit übersteigt.^{88, 89} Denn es sind keine überzeugenden Gründe ersichtlich, die gegen eine Ehemündigkeit trotz allgemeiner Geschäftsfähigkeit sprechen.

Rechtsfolge eines Eingreifens des *ordre public* ist, dass die entsprechende Vorschrift des ausländischen Rechts keine Anwendung findet. Die ausländische Altersgrenze sollte auf die nach deutschem *ordre public* zulässige Obergrenze herabgesenkt werden.

c) Eine generell niedrigere Altersgrenze für Frauen als für Männer erscheint im Hinblick auf Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG problematisch. Der Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 2 GG wie auch das Differenzierungsverbot in Art. 3 Abs. 3 GG⁹⁰ erfassen grundsätzlich alle direkten und indirekten Ungleichbehandlungen, also auch die vorliegende direkte Diskriminierung hinsichtlich des Heiratsalters, und verbieten sie generell, weswegen von einem absoluten Differenzierungsverbot gesprochen wird.⁹¹ Eine geschlechtliche Differenzierung ist ausnahmsweise zulässig, wenn andere Grundrechte oder gleichrangige Verfassungsnormen geschlechtliche Differenzierungen zulassen, wenn der Sachverhalt nur in einem Geschlecht verwirklicht werden kann oder wenn sich die Differenzierung aus der Natur der Sache ergibt.⁹² Letzteres ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei direkten Ungleichbehandlungen der Fall, wenn diese zur Lösung solcher Probleme zwingend erforderlich sind, die ihrer

⁸⁵) BVerfGE 31, 58, 67; vgl. auch BVerfGE 29, 166, 175; Dreier-Gröschel, a. a. O., Art. 6 Rz. 34.

⁸⁶) BVerfGE 31, 58, 69; 36, 146, 162; von Münch/Kunig-Coester-Waltjen, Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 5. Auflage 2000, Art 6 Rz. 21; Dreier-Gröschel, a. a. O., Art. 6 GG Rz. 36; Leipholtz/Rinck/Hesselberger, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 7. Auflage 1993, Art. 6 GG Rz. 118; MK-Müller-Gindullis, a. a. O., vor § 1303 BGB Rz. 9.

⁸⁷) Von Münch/Kunig-Coester-Waltjen, a. a. O., Art 6 GG Rz. 21.

⁸⁸) So beispielsweise in Algerien, siehe Fn. 76.

⁸⁹) Staudinger-von Bar/Mankowski, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 203.

⁹⁰) Das Verhältnis des Gleichheitsgebots des Art. 3 Abs. 2 GG zum Differenzierungsverbot in Art. 3 Abs. 3 GG ist streitig; teilweise wird der Regelungsgehalt beider Normen als identisch eingestuft, teilweise wird aber auch dem Gebot des Art 3 Abs. 2 GG eine eigenständige Bedeutung beigemessen (von Münch/Kunig-Gubelt, a. a. O., Art. 3 GG Rz. 86; Dreier-Heun, a. a. O., Art 3 GG Rz. 89 ff, jeweils m. w. N.; vgl. Leipholtz/Rinck/Hesselberger, a. a. O., Art. 3 GG Rz. 2601).

⁹¹) Von Münch/Kunig-Gubelt, a. a. O., Art. 3 GG Rz. 86; Dreier-Heun, a. a. O., Art. 3 GG Rz. 95 f, jeweils m. w. N.; vgl. Leipholtz/Rinck/Hesselberger, a. a. O., Art. 6 GG Rz. 2604.

⁹²) Von Münch/Kunig-Gubelt, a. a. O., Art. 3 GG Rz. 86; vgl. Dreier-Heun, a. a. O., Art. 3 GG Rz. 97 ff, jeweils m. w. N..

Natur nach nur bei Männern oder nur bei Frauen auftreten können.⁹³ Die frühere Berufung des Bundesverfassungsgerichts nicht nur auf biologische, sondern auch auf funktionale Gründe ist zu Recht aufgegeben worden, da letztere zu einer Verfestigung überkommener Rollenverteilung führen könnten.⁹⁴ Demnach ist eine geschlechtliche Ungleichbehandlung beim Eheschließungsalter nur dann gerechtfertigt, wenn Mädchen aufgrund biologischer Unterschiede physisch wie psychisch generell früher reif für die Ehe sind und dieser Umstand zu einer Ungleichbehandlung zwingt. Gewährt man dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative und hält er sich mit seiner Lösung im dargelegten Rahmen von der Vollendung des 14. bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres, ist es jedenfalls bei dem überkommenen naturwissenschaftlichen Erkenntnisstand von der unterschiedlichen Entwicklung der Geschlechter nicht zu beanstanden, wenn er für Mädchen ein zwei bis drei Jahre früheres Ehemündigkeitsalter bestimmt als für Jungen.⁹⁵

Ebensowenig zu beanstanden ist es aber auch, wenn der Gesetzgeber im Hinblick auf die grundsätzlich gebotene Gleichbehandlung der Geschlechter auf einer derartige Differenzierung des Heiratsalters verzichtet und ein einheitliches Heiratsmindestalter festsetzt. Aus diesen Gründen greift der *ordre-public*-Vorbehalt in entsprechenden Einzelfällen grundsätzlich nicht ein.

d) Kommen Sondervorschriften zur Anwendung, die eine gerichtliche Mitwirkung bei einem zu großen Altersunterschied zwischen den Ehegatten vorsehen, ist das Ergebnis der Rechtsanwendung an Art. 6 Abs. 1 GG und/oder Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG zu messen. Die gerichtliche Prüfung selbst vermag noch keine unzulässige Beeinträchtigung der Eheschließungsfreiheit im Einzelfall zu begründen, da sie dem Schutz der freien Selbstbestimmung und der Interessen des wesentlich jüngeren Ehepartners bei der Eheschließung dient. Der *ordre public* vermag bei hinreichendem Inlandsbezug nur einzugreifen, wenn im Einzelfall die angestrebte Eheschließung versagt wurde, obwohl sie und die Ausgestaltung der Ehe auf dem freien Willen des wesentlich jüngeren Ehepartners beruht. Das verfassungsrechtliche geschlechtliche Diskriminierungsverbot ist zusätzlich Prüfungsmaßstab, wenn die einschlägige Norm einseitig Ehen zwischen einer jungen Frau und einem wesentlich älteren Mann unter richterliche Kontrolle stellt.⁹⁶ Da lediglich funktionale, nicht jedoch biologische Unterschiede zwischen den Geschlechtern für die einseitige Regelung maßgebend sind, hält eine auf ihr beruhende Versagung der Eheschließung einer *ordre-public*-Prüfung grundsätzlich nicht stand.

Liegt ein *ordre-public*-Verstoß im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 GG oder Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG vor, ist die Sondervorschrift ersatzlos nicht anzuwenden.

2. Islam-rechtlicher Ehevormund

Im traditionellen islam-rechtlichen Eherecht kann nach herrschender Auffassung der Ehevormund nur für Minderjährige und für nicht im Vollbesitz der Geisteskräfte befindliche Volljährige wirksam eine Ehe abschließen. Dies gilt nach einer gewichtigen Auffassung auch für die volljährige im Vollbesitz der Geisteskräfte befindliche Jungfrau; die Vertreter dieser Auffassung sehen auch in der sexuellen Unerfahrenheit der Frau eine Notwendigkeit für die Ehevormundschaft. Dabei wird teilweise sogar eine Verheiratung der minderjährigen Tochter gegen ihren Willen durch ihren Vater für erlaubt gehalten. Auch in den Rechten der islamischen

⁹³) BVerfGE 85, 191, 207; 92, 91, 109.

⁹⁴) Von Münch/Kunig-Gubelt, a. a. O., Art. 3 GG Rz. 90; Dreier-Heun, GG, Art. 3 GG Rz. 99, jeweils m. w. N..

⁹⁵) Es kann hier nicht ausgeschlossen werden, dass sich diese Aussage aufgrund neuerer Untersuchungen nicht mehr halten läßt.

⁹⁶) So z. B. in Jordanien im Gegensatz zur syrischen Regelung.

Staaten des Vorderen Orients findet sich das Institut des Ehevormunds, wobei beide Auffassungen zur Vormundschaft der volljährigen Jungfrau gesetzlich ihren Niederschlag gefunden haben.⁹⁷

Allerdings darf die Frau nicht gegen ihren Willen verheiratet werden und darf der Vormund seinem Mündel – gegebenenfalls unter Mitwirkung des Gerichts – eine gewünschte Eheschließung nicht verwehren.^{98 99}

Das Erfordernis eines Ehevormunds für volljährige im Vollbesitz der Geisteskräfte befindliche Jungfrauen könnte bei hinreichendem Inlandsbezug einen ordre-public-Verstoß wegen Verletzung des Diskriminierungsverbots des Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG begründen, weil lediglich funktionale und nicht biologische Unterschiede zwischen den Geschlechtern einer derart einseitigen Regelung nur für die Frau zugrunde liegen.¹⁰⁰ Soweit der Ehevormund nach dem jeweiligen Recht – was aufgrund der Beschränkung der Rechte des Vormunds in den meisten Staaten nicht mehr der Fall sein dürfte – aufgrund ihm eingeräumter sachlicher Befugnisse sein Mündel regelmäßig nicht nur in der Erklärung, sondern auch im Willen vertritt und deswegen das Erfordernis seiner Mitwirkung nicht als Formfrage, sondern als sachliche Eheschließungsvoraussetzung zu qualifizieren ist,¹⁰¹ ist bei hinreichendem Inlandsbezug auch an einen Verstoß gegen die in Art. 6 Abs. 1 GG verankerte Eheschließungsfreiheit zu denken. Ein im Erfordernis vormundschaftlicher Mitwirkung liegender Eingriff in die Eheschließungsfreiheit kann, da dieses Grundrecht schrankenlos gewährleistet wird, nur durch andere verfassungsrechtlich geschützte Güter oder Interessen von gleichem oder höherem Gewicht eingeschränkt werden. Solche Güter oder Interessen sind aber nicht ersichtlich. Die Vorbehaltsklausel greift aber nur ein, wenn die Rechtsanwendung im Einzelfall zu einem verfassungsrechtlich nicht tragbaren Ergebnis gelangt. Dies wäre nur der Fall, wenn der Ehevormund sein Mündel gegen seinen Willen verheiraten oder wenn er seine erforderliche Mitwirkung verweigern und das Gericht diese Mitwirkung nicht ersetzen könnte. Davon ist aber bei der dargelegten Rechtslage in den islamrechtlich geprägten Staaten des Vorderen Orients in aller Regel nicht mehr auszugehen, da der Vormund sein Mündel – soweit ersichtlich – nicht mehr gegen dessen Willen verheiraten und eine verweigerte Mitwirkung des Vormunds grundsätzlich durch eine richterliche Mitwirkung ersetzt werden kann.

Sollte ausnahmsweise doch ein ordre-public-Verstoß vorliegen, ist ihm von der Rechtsfolge her durch ersatzlose Nichtanwendung der entsprechenden ausländischen Vorschriften Rechnung zu tragen, so dass die volljährige Jungfrau zur Eheschließung keines Ehevormunds bedarf.

3. Islam-rechtliche Brautgabe

Die islam-rechtliche Brautgabe ist nach traditionellem Recht ein rechtlich erlaubtes Vermögengut, das der Bräutigam seiner Braut für die Eheschließung oder den „Genuss“ der Frau gewährt. Ist sie zwischen den Parteien nicht ausdrücklich ausgehandelt und keine Fälligkeitsvereinbarung getroffen worden, gilt die übliche Brautgabe als in der Regel sofort fällig vereinbart. Im Übrigen ist die Brautgabe bzw. der noch nicht bezahlte Restbetrag spätestens bei Auflösung der Ehe zu zahlen. Dabei ist umstritten, ob die Brautgabe ein Wirksamkeitserfor-

⁹⁷) Auch die volljährige Jungfrau unterliegt beispielsweise in Algerien, Jemen, Jordanien, Kuwait, Marokko, Syrien und den VAE der Ehevormundschaft.

⁹⁸) Z. B. Algerien, Jemen, Kuwait, Marokko.

⁹⁹) Vgl. *Ebert*, a. a. O., 96 f.; *Nasir*, a. a. O., 50 ff.; *El Alami/Hinchcliffe*, a. a. O., 6 ff.; *El Alami*, a. a. O., 50 ff.; *Mahmood*, *Personal Law*, 270 f.; *Rauscher*, a. a. O., 34 f.; *Prader*, a. a. O., 88 f.; *Staudinger-von Bar/Mankowski*, Art. 13 EGBGB Rz. 207

¹⁰⁰) *Staudinger-von Bar/Mankowski*, Art. 13 EGBGB Rz. 209.

¹⁰¹) Vgl. *Staudinger-von Bar/Mankowski*, Art. 13 EGBGB Rz. 208.

dernis des Ehevertrags oder der Anspruch auf sie Rechtsfolge des Abschlusses des Ehevertrags ist.¹⁰² Die modernen eherechtlichen Kodifikationen haben diese traditionell-rechtlichen Konzeptionen im Wesentlichen übernommen.

In einigen Staaten wurden die Brautgabe, die Hochzeitskosten und die Brautgeschenke in ihrer Höhe strafbewehrt beschränkt, um einer bestehenden Praxis horrender Heiratskosten zu begegnen.¹⁰³ Weiter finden sich zuweilen Bestimmungen, die die Änderung der Brautgabe nach der Eheschließung beschränken.¹⁰⁴

Internationalprivatrechtlich ist die Qualifikation der Brautgabe oft genug diskutiert worden;¹⁰⁵ kaum hingegen ist sie unter dem Gesichtspunkt des deutschen *ordre public* betrachtet worden.¹⁰⁶ Dabei drängen sich Bedenken im Hinblick auf das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG und das Differenzierungsverbot des 3 Abs. 3 GG Art. 3 wegen Benachteiligung des Mannes auf, weil die Brautgabe ausgehend von traditionellen geschlechtsspezifischen Rollen der Ehegatten eine einseitige Verpflichtung des Mannes darstellt, und hinsichtlich Art. 6 Abs. 1 GG, weil ihr rechtliches Erfordernis und ihre tatsächliche Höhe die Eheschließung erschweren.

a) Das geschlechtliche Diskriminierungsverbot gemäß Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG ist absoluter Natur¹⁰⁷ und erfasst daher in seinem Geltungsbereich grundsätzlich jegliche Regelungen, die den Ehegatten unterschiedliche Rechte und Pflichten zuweisen, mithin auch die Gewährung eines Brautgabeanspruchs lediglich für die Frau. Dieser Brautgabeanspruch ist auch nicht ausnahmsweise aus der Natur der Sache heraus zulässig, da die Beschränkung der Brautgabe auf die Frau nicht biologischer, sondern funktionaler Natur ist.¹⁰⁸

Die islamisch geprägten Rechtsordnungen gehen traditionellerweise von der geschlechtlichen und wirtschaftlichen Autonomie des Mannes und der entsprechenden Schutzbedürftigkeit der Frau aus. Der Mann vertritt die Familie in der Gesellschaft und sorgt für ihren Lebensunterhalt, während die Frau für den Haushalt und das innere Familienleben zuständig ist. Daraus resultiert ein System unterschiedlicher Rechte und Pflichten unter den Ehegatten, das für sich in Anspruch nimmt, in sich ausgewogen zu sein. Nicht der Mann, sondern die Frau erleidet durch die mit der Eheschließung verbundene Hingabe ihres Körpers eine Einbuße, die es durch Zahlung einer Brautgabe zu entschädigen gilt. Nur sie und nicht der Mann ist durch Zahlung der Brautgabe wirtschaftlich für den Fall abzusichern, dass die eingegangene Ehe beendet wird. Die aus einer derartigen traditionell geschlechtsspezifischen Rollenverteilung herrührende Differenzierung nach dem Geschlecht wird von Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG verboten.

Hinsichtlich des Brautgabeanspruchs nur der Frau läßt sich auch nicht einwenden, dass ein solcher Anspruch lediglich ein gerechter Ausgleich für anderweitige Benachteiligungen der Frau darstelle und daher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei. Denn Art. 3 Abs. 2 GG stellt nicht auf eine solche Gesamtbetrachtung, sondern auf die jeweilige einzelne Maß-

¹⁰²) *Nasir*, a. a. O., 86 ff.; *El Alami/Hinchcliffe*, a. a. O., 19 ff.; *El Alami*, a. a. O., 107 ff.; *Mahmood*, Personal Law, 277 f.; *Rauscher*, a. a. O., 79 ff.; vgl. *Ebert*, a. a. O., 91 ff.; *Prader*, a. a. O., 94.

¹⁰³) Z. B. Pakistan, Bangladesh, Vereinigte Arabische Emirate. *Dilger*, a. a. O., 71; *Mahmood*, Personal Law, 278; vgl. ferner *Ebert*, a. a. O., 93.

¹⁰⁴) Z. B. kann die Brautgabevereinbarung in Syrien nur vor dem Richter abgeändert werden. *Nasir*, a. a. O., 92.

¹⁰⁵) *Krüger*, Ehe und Brautgabe, FamRZ 1977, 114 ff.; LG Köln IPR-Rspr. 1980 Nr. 83; OLG Bremen FamRZ 1980, 606 f.; KG FamRZ 1980, 470 f.; OLG Bremen FamRZ 1980, 606 f.; OLG Köln IPRax 1983, 73 ff.; *Helldrich*, Das juristische Kuckucksei aus dem Morgenland, IPRax 1983, 64 ff.; AG Hamburg IPRax 1983, 74 ff.; Hans. OLG Hamburg IPRax 1983, 76; AG Memmingen IPRax 1985, 230 f.; BGH IPRax 1988, 109 ff.; *Hefler*, Islamisch-rechtliche Morgengabe: vereinbarter Vermögensausgleich im deutschen Scheidungsfolgenrecht, IPRax 1988, 95 ff.

¹⁰⁶) Einen Verstoß gegen den *ordre public* hat das LG Köln IPR-Rspr. 1980 Nr. 83 angenommen; gegen ein Eingreifen des *ordre-public* insbesondere OLG Köln IPRax 1983, 73, 74; *Rohe* StAZ 2000, 161, 167.

¹⁰⁷) Nachweise in Fn. 91.

¹⁰⁸) Vgl. Nachweise in Fn. 94.

nahme ab. Soweit die Frau in anderen Rechtspositionen benachteiligt ist, vermag dies gleichfalls gegen Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG zu verstoßen.

Prüfungsgegenstand des *ordre-public*-Vorbehalts ist nun aber nicht die ausländische Norm, sondern das Ergebnis der Rechtsanwendung im Einzelfall. In der Praxis wird die Frage der *ordre-public*-Widrigkeit der Brautgabe vor allem relevant bei einer Eheschließung nach islamisch geprägtem Recht in Deutschland sowie, wenn eine Ehefrau den ihr nach islamisch geprägtem Recht zustehenden Brautgabeanspruch in Deutschland geltend macht.

Soll in Deutschland eine Ehe geschlossen werden, zu deren Wirksamkeit das anwendbare Recht eine Brautgabevereinbarung fordert, scheidet allerdings ein Eingreifen des *ordre public* aus, wenn sich die Brautleute auf eine Brautgabe geeinigt haben. Denn in diesem Fall kann das Ergebnis der Rechtsanwendung schon deswegen nicht zu beanstanden sein, weil es sich auch nach deutschem Recht herbeiführen ließe, und zwar indem der Ehemann seiner Ehefrau die als Brautgabe bestimmten Vermögensgüter im Wege einer Schenkung zukommen läßt. Hingegen stellt sich die Frage nach dem Eingreifen der Vorbehaltsklausel, wenn die Eheleute die Ehe unter ausdrücklichem Ausschluss einer Brautgabevereinbarung abschließen wollen, obwohl ihre Heimatrechte eine derartige Eheschließung für unwirksam erachten. Denn eine solche Eheschließung kann nur dann wirksam erfolgen, wenn das Brautgabeerfordernis mit der Folge *ordre-public*-widrig ist, dass es ersatzlos wegfällt.

Auch stellt sich die Frage nach dem Eingreifen des *ordre public*, wenn eine Ehefrau einen Brautgabeanspruch gegenüber ihrem Mann geltend macht. Dann entscheidet das Eingreifen der Vorbehaltsklausel über den Erfolg des Rechtsbegehrens.

Bei der Prüfung des Ergebnisses der Rechtsanwendung im Einzelfall ist eine Gesamtbetrachtung nicht nur erlaubt, sondern geradezu geboten. Im Hinblick auf Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG reicht demnach allein die formal unterschiedliche Zuweisung von Rechten und Pflichten an die Ehepartner zur Begründung einer *ordre-public*-Widrigkeit nicht aus, sondern ist erforderlich, dass diese ungleiche Zuweisung auch materiell zum Tragen kommt. Geht es wie bei der Brautgabe ganz maßgeblich um wirtschaftliche Aspekte der Ehe, sollte für ein Eingreifen der Vorbehaltsklausel Voraussetzung sein, dass im konkreten Einzelfall die rechtlichen Folgen der Eheschließung in wirtschaftlicher Hinsicht zwischen den Ehegatten ungleich verteilt sind. Da aber die Brautgabe selbst der Herstellung eines wirtschaftlichen Gleichgewichts der Ehegatten zu dienen geeignet ist, begegnet sie keinen Bedenken, wenn sie so bemessen ist, dass sich im Ergebnis die vermögensrechtlichen Folgen der Eheschließung für beide Ehegatten die Waage halten. Dies läßt sich unter Berücksichtigung der Funktion der Brautgabe wie folgt konkretisieren:

Die Brautgabe soll ihrer Funktion nach die Ehefrau sowohl während als auch im Falle einer Beendigung der Ehe wirtschaftlich absichern und auch den Ehemann von der Ausübung seines einseitigen Scheidungsrechts abhalten.¹⁰⁹ Das traditionelle islamische Recht wie auch die islamisch geprägten Rechtsordnungen kennen nur die Gütertrennung und damit keine güterrechtlichen Ausgleichsansprüche.¹¹⁰ Auch naheheliche Unterhaltsansprüche sind ihnen fremd.¹¹¹ Das führt bei traditioneller Rollenverteilung innerhalb der Ehe, d. h. einem Einkommenserwerb nur des Mannes, dazu, dass lediglich er die wirtschaftlichen Früchte des gemeinsamen Ehelebens erntet. Sein Vermögen vermehrt sich, und auch im Falle einer Scheidung erhält die Ehefrau von jenem Vermögen nichts. Selbst bei Tod des Ehemannes steht ihr

¹⁰⁹⁾ *Rohe StAZ* 2000, 161, 167.

¹¹⁰⁾ *Rauscher*, a. a. O., 90.

¹¹¹⁾ *Rauscher*, a. a. O., 76.

nur ein halb so großer Erbanteil wie dem Mann zu. Die Ehefrau kann diese Benachteiligung nicht durch Vereinbarung eines anderen Güterstands abwenden, da dies die Rechtsordnungen nicht vorsehen. Diese Benachteiligung soll durch die Brautgabe ausgeglichen werden, deren Umfang und Fälligkeit die Eheleute grundsätzlich frei vereinbaren können.

Soweit sich im Falle der traditionellen Rollenverteilung die vereinbarte Brautgabe der Höhe nach wirtschaftlich im Rahmen dessen hält, was die Ehefrau nach deutschem Recht, d. h. unter Zugrundelegung des mutmaßlich vereinbarten Güterstands und der gesetzlichen Regelung des Ehegattenunterhalts erhalten würde, scheidet in aller Regel ein *ordre-public*-Verstoß aus. Dies gilt allerdings grundsätzlich nur dann, wenn die wirtschaftliche Benachteiligung der Ehefrau nicht bereits dadurch ausgeglichen wurde, dass ihr über die Vorbehaltsklausel des Art. 6 EGBGB ein güterrechtlicher Ausgleichsanspruch oder ein nachehelicher Unterhaltsanspruch eingeräumt wurde.

Findet allerdings in der Ehe keine traditionelle Rollenverteilung statt und nehmen beide Ehegatten gleichermaßen am Erwerbsleben teil und kümmern sich beide um Haushalt und Familie oder ist es sogar die Ehefrau, die allein den Einkommenserwerb der Familie sicherstellt, so dass nach deutschem Recht – je nach vereinbartem Güterstand – kein oder nur ein geringer güterrechtlicher Ausgleichsanspruch zu Gunsten der Ehefrau besteht und für einen nachehelichen Unterhaltsanspruch zu ihren Gunsten kein Raum ist, vermag die vereinbarte Brautgabe durchaus gegen den *ordre public* zu verstoßen. Rechtsfolge eines solchen Verstoßes ist, dass der Brautgabeananspruch ersatzlos nicht geltend gemacht werden kann.

b) Eine in den Schutzbereich des Art 6 Abs. 1 GG eingreifende Beschränkung der Eheschließungsfreiheit, die ohnehin nur in Betracht kommt, wenn die Brautgabevereinbarung nach dem ausländischen Recht als Wirksamkeitsvoraussetzung der Eheschließung ausgestaltet ist, vermag im Erfordernis einer Brautgabevereinbarung nicht zu sehen sein. Denn als Brautgabe genügen nach traditionellem Recht wie nach den Ehrechten der islamischen Staaten des Vorderen Orients Vermögensgüter von geringem Wert, bei denen ernstlich nicht davon ausgegangen werden kann, dass sie die Entschließung zur Eheschließung zu beeinträchtigen vermögen. Anderes ergibt sich auch nicht, wenn man auf das für ein Eingreifen des *ordre public* relevante Ergebnis der Rechtsanwendung im Einzelfall abstellt.

Relevant wird die Frage insbesondere dann, wenn die eheschließenden Parteien auf eine Brautgabe ausdrücklich verzichten wollen, obwohl das anwendbare materielle Eherecht die Wirksamkeit der Eheschließung von ihr abhängig macht. Da aber als Brautgabe auch eine solche geringen Werts genügt, ließe sich ein derartiger Verzicht nicht damit begründen, das Erfordernis einer Brautgabe verstoße wegen Verletzung der Eheschließungsfreiheit gegen den *ordre public*.

4. Islam-rechtliche Polygynie

Von der im traditionellen Recht zulässigen polygynen Ehe mit bis zu vier Frauen¹¹² sind lediglich die Türkei und Tunesien zugunsten der Einehe abgerückt. In den anderen islamischen Staaten ist sie nach wie vor erlaubt, aber in unterschiedlicher Weise beschränkt. Manche Gesetze sprechen lediglich von einer weiteren Ehefrau, ziehen also eine mögliche Dritt- oder Viertehe gar nicht erst in Betracht, verbieten sie aber auch nicht ausdrücklich.¹¹³ In einigen Staaten wird die Eingehung einer weiteren Ehe von einer richterlichen Genehmigung abhängig gemacht, die teilweise nur bei Vorliegen bestimmter Umstände wie wirtschaftliche Leistungsfähigkeit¹¹⁴ und/oder rechtmäßigen Interesses¹¹⁵ erteilt wird. In manchen Ländern wer-

¹¹²) *Nasir*, a. a. O., 66; *El Alami/Hinchcliffe*, a. a. O., 15 und 16 ff.; *El Alami*, a. a. O., 46 f.; *Mahmood*, *Personal Law*, 273; *Rauscher*, a. a. O., 44 ff.; *Prader*, a. a. O., 90 f.

¹¹³) Z. B. Libyen.

¹¹⁴) Z. B. Irak, Libyen, Syrien.

¹¹⁵) Z. B. Irak, Libyen, Pakistan, Syrien.

den diese Voraussetzungen aufgestellt, ohne dass es einer richterlichen Genehmigung bedarf.¹¹⁶ Viele Gesetze statuieren eine Pflicht, die Mehrehe den Frauen zu offenbaren.¹¹⁷ Teilweise wird der Erstfrau¹¹⁸ oder auch der Zweitfrau¹¹⁹ das Recht eingeräumt, die Scheidung zu verlangen, selbst wenn sie dies im Ehevertrag nicht ausbedungen hatte. Im Übrigen ist es der Frau erlaubt, die Mehrehe mit der Sanktion des Scheidungsrechts bei Verstoß ehevertraglich auszuschließen^{120, 121}. Über die bestehende Rechtslage hinaus sind zahlreiche muslimischen Rechtsgelehrte der Auffassung, dass die Polygynie nicht mehr dem islamischen Recht entspricht.¹²²

a) Im Falle einer Eheschließung nach einem die Mehrehe erlaubenden Eheschließungsrecht – die Anerkennung im Ausland wirksam geschlossener polygyner Ehen bleibt hier grundsätzlich außer Betracht – stellt sich bei hinreichendem Inlandsbezug zunächst die Frage nach dem Eingreifen des *ordre public* unter dem Gesichtspunkt des Art. 6 Abs. 1 GG, weil dieser Norm grundsätzlich das abendländische Bild der Einehe zugrundeliegt,¹²³ mithin auch nur insoweit die Eheschließungsfreiheit grundgesetzlich geschützt ist. Dementsprechend verbietet das deutsche Recht die Mehrehe (§ 1306 BGB; zweiseitiges Ehehindernis) und wird das Verbot der Mehrehe zu den wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts i. S. d. Art. 6 EGBGB gezählt.¹²⁴ Die Religionsfreiheit in Art. 4 GG schützt die Mehrehe nicht, da das islamische Ehe-recht lediglich die Rechtsbeziehungen zwischen den Menschen und nicht diejenigen zu Gott betrifft.¹²⁵

Die Schließung einer potentiell polygyner Ehe, d. h. der Erstehe eines Mannes, dessen Heimatrecht die Mehrehe erlaubt, verstößt nach zutreffender ganz herrschender Auffassung nicht gegen den *ordre public*, obwohl die Möglichkeit einer weiteren Ehe im Raum steht.¹²⁶ Denn Art. 6 EGBGB stellt auf das Ergebnis der Rechtsanwendung im konkreten Einzelfall ab, das im Fall einer Erstehe nicht zu beanstanden ist. Im Übrigen wäre ein entsprechendes Verbot mit der in Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Eheschließungsfreiheit unvereinbar, da dann bei hinreichendem Inlandsbezug Frauen in Deutschland Angehörige von Staaten mit polygyner Eheverfassung nicht ehelichen könnten.¹²⁷

Problematischer verhält es sich mit der aktuell polygyner Ehe, d. h. wenn der bereits mit einer oder mehreren Frauen verheiratete Mann eine weitere Frau ehelichen will. Einer solchen Eheschließung steht nach ganz herrschender Auffassung der deutsche *ordre public* mit der Begründung entgegen, deutsche Standesämter und Gerichte seien durch Art. 6 Abs. 1 GG dem Prinzip der Einehe verpflichtet.¹²⁸ Diese Sichtweise erscheint fraglich.¹²⁹ Denn aus dem

¹¹⁶) Z. B. Jemen.

¹¹⁷) Z. B. Ägypten, Algerien, Jemen, Marokko, Pakistan.

¹¹⁸) Z. B. Ägypten, Algerien bei Täuschung, Marokko bei Schaden, Pakistan.

¹¹⁹) Z. B. Ägypten, Algerien bei Täuschung.

¹²⁰) Z. B. ausdrücklich Jordanien, Libanon und Marokko.

¹²¹) Vgl. Ebert, a. a. O., 98 ff.; Nasir, a. a. O., 66 ff.; Dilger, a. a. O., 71 f.; Mahmood, Personal Law, 273 ff;

Prader, a. a. O., 90 f.; Anderson, a. a. O., 10 ff.

¹²²) Rohe StAZ 2000, 161, 163 m. w. N.

¹²³) BVerfGE 29, 166, 176; 31, 58, 69; 62 323, 330; BVerwGE 71, 228, 230; von Münch/Kunig-Coester-Waltjen, Art 6 GG Rz. 8; Leipholz/Rinck/Hesselberger, Art. 6 GG Rz. 118.

¹²⁴) Vgl. BVerwGE 71, 228, 230 f.; Staudinger-von Bar/Mankowski, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 247 ff.; MK-Coester, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 45, jeweils m. w. N.; Spickhoff JZ 1991, 323, 326.

¹²⁵) Staudinger-von Bar/Mankowski, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 252 m. w. N.; Rohe StAZ 2000, 161, 163 m. w. N.

¹²⁶) BGH FamRZ 1958, 168; Staudinger-von Bar/Mankowski, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 247; MK-Coester, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 45, jeweils m. w. N.; Spickhoff JZ 1991, 323, 327.

¹²⁷) Staudinger-von Bar/Mankowski, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 248.

¹²⁸) BVerwGE 71, 228, 230; BFH NJW 1986, 2209; Staudinger-von Bar/Mankowski, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 247; MK-Coester, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 45, jeweils m. w. N.; Spickhoff JZ 1991, 323, 327; vgl. Rohe StAZ 2000, 161, 166.

dem Art. 6 Abs. 1 GG zugrunde liegenden Bild der Einehe folgt nicht zwangsläufig, dass die Eingehung einer Mehrehe im Geltungsbereich des Grundgesetzes verboten sein muss. Vielmehr ergibt sich aus dem Grundgesetz lediglich das Gebot, das Institut der Ehe als monogame Ehe hinreichend zu schützen. Dies schließt es zwar aus, die Mehrehe ohne Einschränkungen zuzulassen, nicht jedoch, sie in engen Grenzen aus sachlichen Gründen zu gestatten. Demnach ist es erforderlich, aber auch genügend, wenn das deutsche Sachrecht die Mehrehe verbietet. Nicht notwendig erscheint es jedoch, die Schließung einer Mehrehe in Deutschland auch dann zu versagen, wenn auf Seiten beider Brautleute wie auch auf Seiten der bereits vorhandenen Ehefrau ausländisches Eheschließungsrecht berufen ist, das die Eingehung einer Mehrehe gestattet. Die Zulassung einer Mehrehe lediglich in diesem Fall erscheint nicht geeignet, den Bestand der Einehe und das Bild von der Ehe als Einehe in Deutschland zu gefährden.

Zum einen dürfte die Zahl von Mehrehen, die in Deutschland eingegangen würden, äußerst gering sein, insbesondere auch deswegen, weil die Eingehung von Mehrehen in den islamisch-geprägten Rechten zumeist starken Beschränkungen unterliegt. Zum anderen wird nach ganz herrschender Meinung zu Recht auch eine im Ausland wirksam geschlossene Mehrehe in Deutschland mit der Folge anerkannt, dass eine solche Ehe im Inland auch dann fortgesetzt werden darf, wenn die Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland nehmen.¹³⁰ Denn für die Beurteilung, ob eine Mehrehe in Deutschland für den deutschen Staatsbürger unerträglich ist, dürfte weniger der kurze Akt der standesamtlichen Eheschließung, sondern dürften vielmehr die Manifestationen der gelebten Mehrehe in der Gesellschaft ausschlaggebend sein. Führen aber letztere nicht zu einer hinreichenden Störung des Rechtsempfindens, die den *ordre public* eingreifen läßt, vermag auch nicht der bloße Eheschließungsakt dies zu bewirken.

Läßt sich aus Art. 6 Abs. 1 GG ein striktes Verbot des Abschlusses einer Mehrehe in Deutschland nicht herleiten, bedeutet dies allerdings noch nicht, dass der Gesetzgeber verpflichtet wäre, die Eingehung einer Mehrehe in Deutschland in Ausnahmefällen zu gestatten. Ein solches verfassungsmäßiges Recht ergibt sich insbesondere nicht aus Art. 6 Abs. 1 GG, da jene Vorschrift lediglich vom abendländischen Bild der Einehe ausgeht. Vielmehr kommt dem Gesetzgeber in den dargelegten Grenzen ein Gestaltungsspielraum in der Weise zu, dass er die Eingehung einer Mehrehe im Inland in engen Grenzen gestatten kann. Solange er dies nicht ausdrücklich getan hat, ist jedoch angesichts des abendländischen Bildes von der Einehe davon auszugehen, dass eine Mehrehe in Deutschland nicht abgeschlossen werden kann.

b) Ein Eingreifen der Vorbehaltsklausel bei Abschluss einer Mehrehe islam-rechtlicher Prägung kommt überdies hinsichtlich des Gleichheitsgebots aus Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG in Betracht. Die einseitige Ausgestaltung der Mehrehe lediglich zugunsten des Mannes beruht allein auf traditionell unterschiedlichen Rollen der Geschlechter und verstößt damit gegen das absolute Verbot einer geschlechtlichen Differenzierung. Die Anwendung entsprechenden Rechts verstößt jedoch im Einzelfall nicht gegen jene Grundrechte, wenn die Frau den bereits verheirateten Mann in voller Kenntnis der Umstände der Erstehe und der Folgen einer Zweitehe ehelichen will und auch die Erstfrau mit der Zweitehe in voller Kenntnis jener Umstände einverstanden ist. Von einer derartigen Kenntnis kann nur ausgegangen werden, wenn der Zweit- bzw. der Erstfrau die Erst- bzw. Zweitfrau, die vertraglichen Absprachen hinsichtlich der Erst- bzw. Zweitehe, die tatsächlichen wirtschaftlichen und sozialen Umstände der bisherigen Ehegatten bzw. der Zweitfrau und die rechtlichen Folgen einer Zweitehe sowohl nach dem Eheschließungsstatut als auch nach dem deutschen Aufenthaltsrecht bekannt sind.

¹²⁹⁾ Zweifelnd auch MK-*Coester*, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 45.

¹³⁰⁾ BVerwGE 71, 228, 230 f.; BFHE 146, 39, 41 f.; Staudinger-*von Bar/Mankowski*, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 251 m. w. N.

5. Islam-rechtliche Ehehindernisse der Blutsverwandtschaft, Schwägerschaft und Milchverwandtschaft

Das Ehehindernis der Blutsverwandtschaft im islamischen Recht wie in den modernen islamisch geprägten Rechtsordnungen besteht zwischen Aszendenten und Deszendenten sowie zwischen Männern bzw. Frauen und weiblichen bzw. männlichen Deszendenten ihrer Eltern und Großeltern, letztere aber nur in erster Generation. Das Ehehindernis besteht entsprechend der herrschenden traditionellen Auffassung in vielen Rechtsordnungen auch gegenüber Töchtern, die illegitim gezeugt wurden^{131, 132}. Gegenüber der Ausgestaltung in § 1307 BGB, soweit die Norm die Blutsverwandtschaft betrifft,¹³³ ist das Ehehindernis in den islamisch geprägten Rechtsordnungen insoweit strenger ausgestaltet, als es auch die Deszendenten der Geschwister und der Großeltern in erster Generation erfasst.

Das traditionell-rechtliche Ehehindernis der Schwägerschaft erfasst aus der Sicht des Mannes die Aszendentinnen der Ehefrau, die Deszendentinnen der Ehefrau, diese allerdings wegen einer koranischen Bestimmung¹³⁴ nur bei vollzogener Ehe mit der Mutter, sowie die vormaligen Ehefrauen der Aszendenten und Deszendenten. Es ist in vielen islam-rechtlich geprägten Staaten ausdrücklich normiert^{135, 136}. Demgegenüber kennt das deutsche Recht das Ehehindernis der Schwägerschaft nicht mehr.

Spezifisch islam-rechtlich ist das Ehehindernis der Milchverwandtschaft. Dieses wird dadurch begründet, das ein Kind von einer Amme gestillt wird, und zwar in einem gewissen Umfang in einer gewissen Stillzeit, worüber im Einzelnen Streit besteht. Die Milchverwandtschaft besteht insbesondere nicht nur zwischen dem Kind und der Amme, die zur Milchmutter wird, sondern auch zu ihrem Ehemann (Milchvater) und den neben dem Kind gestillten Kindern (Milchgeschwistern). Darüber hinaus besteht sie zu diversen weiteren Verwandten jedenfalls der Milchmutter, auf die hier nicht näher eingegangen werden soll. Zahlreiche moderne familienrechtlichen Kodifikationen haben dieses Ehehindernis ausdrücklich übernommen^{137, 138}.

Das Ergebnis der Anwendung der die genannten Ehehindernisse regelnden ausländischen Rechtsvorschriften ist bei hinreichendem Inlandsbezug im Hinblick auf das Grundrecht der Eheschließungsfreiheit (Art. 6 Abs. 1 GG) auf seine Vereinbarkeit mit dem *ordre-public* zu prüfen. Dabei finden sich einerseits Auffassungen, die ein Eingreifen des *ordre public* ablehnen. Sie stellen darauf ab, dass das Eheverbot der Blutsverwandtschaft auch in unserem Recht bekannt ist und dasjenige der Schwägerschaft bis vor kurzem auch im deutschen Recht galt, auch wenn diese Eheverbote in den islamisch geprägten Rechten weiter gefasst sind,¹³⁹ und

¹³¹) Z. B. Algerien, Irak, Jemen, Jordanien, Kuwait, Libanon, Libyen, Marokko, Syrien, Tunesien, VAE.

¹³²) Vgl. *Ebert*, a. a. O., 102; *Nasir*, a. a. O., 61; *El Alami/Hinchcliffe*, a. a. O., 13; *El Alami*, a. a. O., 27 ff.; *Mahmood*, *Personal Law*, 275; *Rauscher*, a. a. O., 48 f.; *Prader*, a. a. O., 89 f.

¹³³) Das Ehehindernis der Verwandtschaft gemäß § 1307 BGB geht über die hier thematisierte Blutsverwandtschaft hinaus und erfasst auch rechtliche Verwandtschaft (vgl. *Lohmann* in: *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs*, Kommentar (RGRK), 12. Auflage Berlin u. a. 1999, § 1307 BGB Rz. 3, 7).

¹³⁴) Koransure 4, Vers 22.

¹³⁵) Z. B. Algerien, Irak, Jemen, Jordanien, Kuwait, Libanon, Libyen, Marokko, Syrien, Tunesien, VAE.

¹³⁶) Vgl. *Ebert*, a. a. O., 102; *Nasir*, a. a. O., 61 f.; *El Alami/Hinchcliffe*, a. a. O., 14; *El Alami*, a. a. O., 29 ff.; *Mahmood*, *Personal Law*, 275; *Rauscher*, a. a. O., 50 ff.; *Prader*, a. a. O., 90.

¹³⁷) Z. B. Algerien, Irak, Jemen, Jordanien, Kuwait, Libanon, Libyen, Marokko, Syrien, Tunesien, VAE. Nicht beispielsweise bei den Drusen Syriens und Libanons.

¹³⁸) Vgl. *Ebert*, a. a. O., 102; *Nasir*, a. a. O., 62 f.; *El Alami/Hinchcliffe*, a. a. O., 13 f.; *El Alami*, a. a. O., 32 ff.; *Mahmood*, *Personal Law*, 275; *Rauscher*, a. a. O., 49 f.; *Prader*, a. a. O., 90.

¹³⁹) *Staudinger-von Bar/Mankowski*, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 230; *MK-Coester*, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 40 m. w. N.

nehmen auch das Ehehindernis der Milchverwandtschaft hin.¹⁴⁰ Andererseits wird vertreten, dass die grundgesetzlich geschützte Eheschließungsfreiheit einschränkende Eheverbote nur erlaubt, wenn zumindest nicht ausgeschlossen werden kann, dass das verwandtschaftliche Verhältnis unter den Ehegatten genetische Defekte bei ihren Nachkommen hervorrufen kann; so werden Eheverbote hinsichtlich Onkeln, Tanten und deren Abkömmlingen sowie der Schwägerschaft und der Milchverwandtschaft für *ordre-public-widrig* erachtet.¹⁴¹

Das Grundrecht der Eheschließungsfreiheit ist – wie schon oben dargelegt wurde – mangels eines Gesetzesvorbehalts lediglich verfassungsimmanenten Schranken unterworfen. Als solche kommt hier zunächst die in Art. 2 Abs. 2 GG geschützte körperliche Unversehrtheit in Betracht. Danach sind solche Eheverbote zulässig, deren Verletzung genetische Schäden bei den Nachkommen hervorzurufen geeignet ist, sofern die Beschränkung der Eheschließungsfreiheit durch das Eheverbot einerseits und das Risiko genetischer Schäden und deren Ausmaß andererseits nicht außer Verhältnis stehen. Hinsichtlich des Eheverbots der Blutsverwandtschaft erscheinen insoweit problematisch lediglich Eheverbote zwischen Seitenverwandten, da bei diesen ein wesentlich geringeres Risiko eines genetischen Defekts besteht. Allerdings wird man dem Gesetzgeber im Rahmen des naturwissenschaftlichen Kenntnisstands einen Ermessensspielraum einräumen müssen, so dass auch ein gegenüber dem deutschen Recht weitergehendes Eheverbot der Blutsverwandtschaft hinzunehmen ist, wenn die Erweiterung nicht sonderlich erheblich ist. Davon wird man bei der islam-rechtlichen Ausgestaltung des Eheverbots der Blutsverwandtschaft auszugehen haben, die dieses in der Seitenverwandtschaft über Geschwister hinaus lediglich auch auf Abkömmlinge der Geschwister und auf Onkel und Tanten, nicht hingegen auf Cousins und Cousinen erstrecken.¹⁴²

Das Ehehindernis der Schwägerschaft könnte in der verfassungsimmanenten Schranke der Einrichtungsgarantie für Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) seine Rechtfertigung finden.¹⁴³ Diese Einrichtungsgarantie kann nämlich unter anderem durch dem Schutz der Ehe und Familie dienende Eheverbote verwirklicht werden.¹⁴⁴ Sinn dieses auch im deutschen Recht bis vor Kurzem geltenden Eheverbots ist es, den Familienfrieden insbesondere durch Geschlechtskonkurrenz in der Familie nicht zu stören und verwirrende verwandtschaftliche Beziehungen vor allem bei aus solchen Ehen hervorgehenden Kindern zu vermeiden.¹⁴⁵ Nach zutreffender herrschender Meinung sind weder die überkommene moralische Anstößigkeit von Ehen zwischen Verschwägerten noch die genannten Zwecke dieses Eheverbots hinreichend geeignet, die Eheschließungsfreiheit zu beschränken, weil sie keine sachlichen, rationalen Gründe darstellen, die das Eheverbot zum Schutze der Ehe und der Familie zu rechtfertigen vermögen.¹⁴⁶

¹⁴⁰) Münchener Kommentar zum BGB (MK)-*Schwimmann*, Band VII: EGBGB/IPR, 2. Auflage 1984 ff., Art. 13 EGBGB Rz. 40.

¹⁴¹) *Rohe* StAZ 2000, 161, 165; vgl. *Staudinger-von Bar/Mankowski*, a. a. O., Art. 13 EGBGB Rz. 232.

¹⁴²) Vgl. *Rohe* StAZ 2000, 161, 165, der aber auch beim Verbot der Eheschließung mit einer Tante oder Nichte den *ordre public* eingreifen läßt.

¹⁴³) Vgl. *Katholnigg*, Der Einfluss des Art. 6 Abs. 1 GG auf die Eheverbote wegen Schwägerschaft, Geschlechts-gemeinschaft und Ehebruchs, FamRZ 1964, 123.

¹⁴⁴) *Katholnigg*, FamRZ 1964, 123.

¹⁴⁵) Vgl. zum deutschen Recht BVerwGE 10. 340, 343; *MK-Müller-Gindullis*, a. a. O., 3. Auflage, § 4 EheG Rz. 10 m. w. N.; *Muscheler*, Der Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Eheschließungsrechts, JZ 1997, 1142, 1145.

¹⁴⁶) *RGRK-Lohmann*, a. a. O., § 1307 BGB Rz. 5 m. w. N.; *MK-Müller-Gindullis*, a. a. O., 3. Auflage, § 4 EheG Rz. 10 m. w. N.; *Soergel-Heintzmann*, a. a. O., Stand: Frühjahr 1987, § 4 EheG Rz. 8; vgl. *Staudinger-Strätz*, a. a. O., Vorbem zu §§ 1306 ff. BGB Rz. 7. A. A. vor allem *Bosch*, Die geplante Neuregelung des Eheschließungsrechts, FamRZ 1997, 70, 74 f.

Demnach verstößt die Anwendung des Ehehindernisses der Schwägerschaft gegen Art. 6 EGBGB mit der Folge, dass das Ehehindernis ersatzlos keine Anwendung findet.

Gleiches gilt für das Ehehindernis der Milchverwandtschaft, da es weder geeignet ist, genetische Schäden bei den Nachkommen zu verhindern, noch in rational nachvollziehbarer Weise dazu zu dienen vermag, den Bestand von Ehe und Familie zu sichern.

Peter Scholz, Berlin