

# Die Besonderheiten der Kafala im Kontext des internationalen Familien- und deutschen Migrationsrechts

1.

Von: Viola Rentzsch, Marc Bauer und Lina Rees  
Erschienen in: NDV 02/2023  
Abstract: Die Kafala stellt das Gegenstück zur Adoption im arabischen Rechtsraum dar. Obgleich es nach derzeitiger Rechtslage keine einheitliche Umgangsweise mit Kafala-Konstellationen geben kann, so versucht der Beitrag doch über ein Grundverständnis für das Rechtsinstitut hinaus Mindestanforderungen für am Kindeswohl orientierte Einzelfalllösungen zu vermitteln.

Stand 23.01.2024

Arbeitsfeld im:

Mandatiert als:

Mitglied im:

Viola Rentzsch, Marc Bauer und Lina Rees

# Die Besonderheiten der Kafala im Kontext des internationalen Familien- und deutschen Migrationsrechts

Woran eine tatsächliche Anerkennung in Deutschland scheitert

*Die Kafala stellt das Gegenstück zur Adoption im arabischen Rechtsraum dar. Global zeichnet sich ein Wille zur Anerkennungsfähigkeit alternativer Betreuungsformen ab, der jedoch am nationalen Aufenthaltsrecht Grenzen erfährt. Denn: Wer nicht leibliches oder adoptiertes Kind von stammberechtigten Personen ist, der genießt auch nicht das Privileg des Familiennachzugs. Andererseits soll nach arabischem Rechtsverständnis durch eine Kafala eben kein Familienband entstehen. Obgleich es nach derzeitiger Rechtslage keine einheitliche Umgangsweise mit Kafala-Konstellationen geben kann, so versucht der Beitrag doch über ein Grundverständnis für das Rechtsinstitut hinaus Mindestanforderungen für am Kindeswohl orientierte Einzelfalllösungen zu vermitteln.*

**Fall: Ein Kind aus Marokko wurde einer in Deutschland lebenden Familie durch marokkanischen Gerichtsbeschluss nach den Grundsätzen der Kafala anvertraut. Die Familie steht nun vor dem Problem, wie das Kind dauerhaft nach Deutschland einreisen kann.**

## 1. Was ist eine Kafala?

### 1.1 Im Allgemeinen

Der Begriff Kafala stammt aus dem Arabischen und bedeutet Bürgerschaft. Das damit bezeichnete Rechtsinstitut lässt sich auf eine islamische Tradition der Beduinen zurückführen und wurde ursprünglich zum Schutz schwacher und verwundbarer Personen geschaffen (Nelson 2017, 41). Im Einklang mit dem Recht der Scharia übernimmt der Bürge (arabisch *Kafil*) die volle wirtschaftliche Verantwortung über eine Person und ist damit unter anderem für dessen Unterbringung, Schutz und Verpflegung verantwortlich. Wesentlich ist, dass keine Gegenleistung für die Unterstützung verlangt werden kann. Bereits die britische Kolonialmacht instrumentalisierte das Kafala-

#### Viola Rentzsch,

LLM, Volljuristin, ist wissenschaftliche Referentin im Arbeitsfeld I – Grenzüberschreitende Sozialarbeit/Internationaler Sozialdienst (ISD) des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge e.V., Berlin, [viola.rentzsch@deutscher-verein.de](mailto:viola.rentzsch@deutscher-verein.de)

#### Marc Bauer,

Erziehungswissenschaftler, ist wissenschaftlicher Referent im Arbeitsfeld I – Grenzüberschreitende Sozialarbeit/Internationaler Sozialdienst (ISD) des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge e.V., Berlin.

#### Lina Rees

Juristin, war Praktikantin im Arbeitsfeld I – Grenzüberschreitende Sozialarbeit/Internationaler Sozialdienst (ISD) des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge e.V., Berlin.

System zu Beginn des 20. Jahrhunderts im Rahmen des sogenannten Arbeitssponsorings, welches im Zusammenhang mit der vergangenen Fußballweltmeisterschaft mediale Aufmerksamkeit erhielt.<sup>1</sup> Im Kontext des (Niedriglohn-)Arbeitsmarktes in Golfstaaten und dem Libanon ist das Kafala-System weit entfernt von der ursprünglichen Idee, Menschen zu schützen. Seit Bekanntwerden der damit einhergehenden Menschenrechtsverletzungen wird über eine grundlegende Reform oder gar Abschaffung des Kafala-Systems diskutiert (Sons 2014, 31).

## 1.2 Im Familienrecht

Im islamisch geprägten Familienrecht stellt die Kafala ein übliches Institut der Inpflegenahme eines Kindes dar. Sie zeichnet sich dadurch aus, dass sie grundsätzlich bis zum Erreichen der Volljährigkeit des Mündels eingerichtet wird, aber auch jederzeit auf Antrag der leiblichen Eltern oder des Kafils aufgehoben werden kann. Die Kafala ist nach deutschem Rechtsverständnis zwischen einer Adoption und einem Pflegeverhältnis einzuordnen, stellt also ein starkes Pflegeverhältnis oder eine schwache Adoption dar. Schwache oder unvollständige Adoptionen sind beispielsweise der bosnischen und der französischen Rechtsordnung bekannt.<sup>2</sup> Sie begründen zwar ein dauerhaftes Eltern-Kind-Verhältnis, heben jedoch übrige wesentliche Rechtsbeziehungen – wie Erbrechte – zu den leiblichen Eltern nicht auf. Nach deutschem Adoptionsrecht stellt die Volladoption den Regelfall dar. Durch sie erlöschen sämtliche Rechtsverhältnisse zur leiblichen Familie, und das Kind nimmt im Verhältnis zu den Adoptiveltern die rechtliche Stellung eines leiblichen Kindes ein.

Im Gegensatz dazu begründet die Einrichtung einer Kafala kein Verwandtschaftsverhältnis und hat keine erbrechtlichen Konsequenzen aus sich heraus. Im arabischen Rechtsraum ist eine Annahme an Kindes statt mit ihren weitreichenden Rechtswirkungen meist gerade nicht vorgesehen. Eine Kafala beinhaltet lediglich die Verpflichtung, für ein Kind Sorge zu tragen und dessen gesetzliche Vormundschaft auszuüben. Während die Adoption vielen durch das islamische Recht geprägten Rechtsordnungen fremd ist, kennen Tunesien (Gesetz Nr. 58–27 vom 4. März 1958 über öffentliche Vormundschaft, inoffizielle Vormundschaft und Adoption), die Türkei (Türkisches Zivilgesetzbuch, Art. 305 ff.) und der Libanon jeweils vergleichbare Rechtsinstitute.

Es gibt unterschiedliche Ausgestaltungen der Kafala. So wird zwischen der gerichtlichen (*judiciaire*) und der notariellen (*adoulaire*) Kafala unterschieden. Die Kafala *judiciaire* ist beispielsweise im marokkanischen Recht durch das Gesetz Nr. 15–01 vom 13. Juni 2002 über die Betreuung verlassener Kinder geregelt. Die Kafala *adoulaire* wird dagegen ohne gesetzliche Grundlage praktiziert und ist aufgrund ihrer privaten Natur nicht international anerkennungsfähig.<sup>3</sup>

## 1.3 In Deutschland

Im Ausland begründete Familienrechtsverhältnisse erkennt die deutsche Rechtsordnung grundsätzlich an, sofern sie dem *ordre public*-Vorbehalt nach Art. 6 EGBGB standhalten. Während die Entscheidung zur Begründung einer Kafala nicht in Deutschland ergehen kann, weil das anzuwendende deutsche Recht dieses Institut nicht kennt, entfaltet eine im Ausland eingerichtete Kafala auch in Deutschland rechtliche Wirkungen. Diese können jedoch nicht weitergehen als es im Herkunftsland der Fall ist. Insofern wird die Kafala nicht etwa einer Adoption gleichgestellt, sondern als Rechtsinstitut eigener Art akzeptiert und in einzelnen familien- oder sozialrechtlichen Belangen wie vergleichbare deutsche Rechtsverhältnisse behandelt, also Pfleg- oder Vormundschaft (SG München, 14. März 2012 – S 2 KR 722/09, Rdnr. 30). Die Bewertung der rechtlichen Qualität einer Betreuungsform hat neben der Frage, ob sie dem Kind eine Staatsangehörigkeit vermitteln kann, also auch Auswirkungen auf den Zugang zu Sozialleistungen.

Das seit 1996 geltende und 2011 von Deutschland ratifizierte Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern (KSÜ) nennt die Kafala als Form der Betreuung.<sup>4</sup> Es handelt sich um eine Schutzmaßnahme (Andrae 2019, 9.131), die gemäß Art. 23 KSÜ unter den Vertragsstaaten Anerkennungsfähigkeit erlangt. Für Entscheidungen aus Nichtvertragsstaaten richtet sich die Anerkennung nach §§ 108, 109 FamFG. Hier ist zu prüfen, ob bei der Einrichtung die wesentlichen Verfahrensgrundsätze eingehalten wurden und die Kafala am Kindeswohl orientiert ist (Druschke 2019, 251). Allerdings: Eine in Deutschland anerkannte Kafala begründet kein Aufenthaltsrecht für ein ausländisches Kind (Andrae 2019, 9.132). Ebenso wenig erhält das Mündel eines deutschen Kafils

1 <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2022/kw27-pa-sport-fussball-wm-897738>; [https://www.kleinezeitung.at/sport/fussball/wm/6214887/Arbeit-in-Katar\\_Was-ist-das-KafalaSystem-in-Katar](https://www.kleinezeitung.at/sport/fussball/wm/6214887/Arbeit-in-Katar_Was-ist-das-KafalaSystem-in-Katar) (10. Januar 2023).

2 Vgl. für die sog. Entität-Föderation von Bosnien und Herzegowina im Familiengesetz vom 6. Juni 2005 in Nr. 5. Rechte und Pflichten bei einer schwachen Adoption; für Frankreich im Ersten Buch des Code Civil in Titel VIII, Kapitel II (adoption simple/einfache Adoption).

3 <https://rabat.diplo.de/blob/2445514/59dc2d203ae386624b456f53d732397a/mekkbblatt--d-visum-kafala-data.pdf> (10. Januar 2023).

4 Art. 1 Abs. 1 i.V.m. 3 Buchstabe e, 33 Abs. 1 i.V.m. 5 KSÜ.

automatisch die deutsche Staatsbürgerschaft (VG Berlin, 13. Mai 2009 – 3 V 17.08; BVerwG, FamRZ 2011, 369 f.).

## 2. Wie wird Problemen begegnet?

Die in der Beratung des ISD auftretenden Fälle lassen sich in drei Konstellationen unterteilen, die sich teilweise überschneiden. Am häufigsten betroffen sind Familien in Deutschland mit Migrationshintergrund des arabischen Landes, aus dem sie ein fremdes Kind annehmen wollen. Die zweite Konstellation betrifft Familien, die ein Kind aus dem engeren oder weiteren Familienkreis in Verwandtenpflege nehmen wollen. Und schließlich gibt es Familien, die ein Kind bereits im Herkunftsland in Pflege genommen haben und nun beabsichtigen, gemeinsam nach Deutschland umzuziehen. Allen Konstellationen gemein ist die Problematik, dass sich aus dem Zusammenspiel von Rechtsordnungen, die die Kafala vorsehen, und jenen, die sie lediglich anerkennen, familien- sowie aufenthaltsrechtliche Lücken ergeben.

### 2.1 Durch Auslandsadoptionen nach dem HAÜ

Familien in Deutschland, die ein Kind aus dem Ausland aufnehmen möchten, haben grundsätzlich die Möglichkeit einer Auslandsadoption. Als richtungsweisend gilt dafür das Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption von 1993 (HAÜ), in Deutschland seit 2002 in Kraft. Unter den Vertragsstaaten ist darin das Verfahrens- und Zuständigkeitswerk für internationale Adoptionen geregelt sowie die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen gewährleistet. Mit dem HAÜ wurden einheitliche Schutzvorschriften für am Kindeswohl orientierte Adoptionen eingeführt und ein Meilenstein auf dem Weg zur Bekämpfung des internationalen Kinderhandels gelegt. Nach dem im Übereinkommen etablierten Prinzip der Subsidiarität der Auslandsadoption sind zunächst anderweitige Möglichkeiten der Unterbringung im Herkunftsland auszuschließen und das Kind für adoptierbar zu erklären. Die vertragsstaatliche Zusammenarbeit wird durch Zentrale Behörden institutionalisiert. Diese führen sowohl auf Seiten der Adoptiveltern im Aufnahmeland als auch seitens des Kindes im Herkunftsland Eignungsprüfungen durch und entscheiden schließlich gemeinsam, ob die konkrete Adoption im besten Interesse des Kindes ist. Aufenthaltsrechtlich ergeben sich bei einer anerkannten Adoption durch Deutsche aus dem Ausland keine Probleme, da ein nach deutschem Recht wirksam adoptiertes Kind gemäß § 6 StAG die deutsche Staatsangehörigkeit automatisch erhält. Wenn die adoptierenden Personen hingegen nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen, steht dies zwar der Adoption eines Kindes aus dem In- oder Ausland in Deutschland nicht entgegen. Durch sie erhält das

ausländische Kind aber nicht die deutsche Staatsangehörigkeit. Stattdessen kommt dann der privilegierte Familiennachzug von Kindern zu Eltern nach § 32 AufenthG in Betracht.

Kein Staat, in dem Adoption verboten und Kafala praktiziert wird, ist dem HAÜ beigetreten. Für Kinder aus diesen Staaten kommt es für die Möglichkeit, bei ihren deutschen Pflegefa-

**Der Internationale Sozialdienst im Deutschen Verein (ISD) ist das deutsche Mitglied des internationalen Netzwerkes International Social Service (ISS), dessen Aufgabe es ist, in länderübergreifenden Familienkonflikten und Kinderschutzfällen über die Ländergrenzen hinweg Brücken zwischen den verschiedenen Sozialsystemen zu schlagen, um so einen möglichst lückenlosen Schutz zu gewährleisten. Der ISD ist dabei die Verbindungsstelle zwischen in- und ausländischen Fachstellen und Institutionen. Im Rahmen seiner Beratungs- und Fallarbeit wird der ISD immer wieder mit Konstellationen befasst, die sich an der Schnittstelle von Familien- und Migrationsrecht befinden. So auch mit den Auswirkungen einer im arabischen Rechtsraum erteilten Kafala für ein Kind im Hinblick auf die familienrechtliche Anerkennungsfähigkeit sowie auf die aufenthaltsrechtliche Situation.**

milien bzw. Kafilen leben zu können, mittlerweile auf aufenthaltsrechtliche Feinheiten an. Vor Inkrafttreten des HAÜ bestand die Möglichkeit, eine Adoption individuell – allerdings auch ohne einheitliche Standards – zu vermitteln. Die Adoptionsrechtsreformen 2021 haben verdeutlicht, dass die als besonders missbrauchs anfällig geltenden unbegleiteten Adoptionen, ob unter HAÜ-Vertragsstaaten oder nicht, unzulässig sind (Loibl 2022, 183).

### 2.2 Durch eine Aufenthaltserlaubnis nach § 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG

Zunächst kommt für ein per Kafala übertragenes Kind § 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG in Betracht. Darin ist die im Ermessen der Ausländerbehörde stehende Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für im Aufenthaltsgesetz nicht vorgesehene Aufenthaltzwecke geregelt. Allerdings ist § 7 AufenthG subsidiär: Nach dem darin verankerten Trennungsprinzip müssen aufenthaltsrechtliche Ansprüche grundsätzlich aus den gesetzgeberisch vorgesehenen Rechtsgrundlagen der §§ 16 ff. AufenthG abgeleitet werden (BVerwG, Urteil vom 4. September 2007 – 1 C 43/06, Rdnr. 26). Die Norm kann also nicht als Generalklausel für alle Fälle, in denen nach einschlägigen spezielleren Normen kein Anspruch besteht, herangezogen werden.

Als nicht geregelter Aufenthaltswort oder sogenannter „be-gründeter Fall“ im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG kann die Durchführung eines Adoptionsverfahrens angeführt werden, wenn ein internationales Adoptionsvermittlungsverfahren bereits durchgeführt und mit einer positiven Empfehlung zur Adoption beendet worden ist. Zuständig für die Durchführung dieser Verfahren sind in Deutschland nach § 2a Abs. 4 AdVermiG die anerkannten Auslandsvermittlungsstellen. Seit Inkrafttreten des HAÜ wird unter den Vertragsstaaten vom Vorhandensein einer entsprechenden Behördenstruktur ausgegangen. Das heißt im Umkehrschluss, dass die Behörden in Nichtvertragsstaaten oft als nicht kompetent für die Durchführung eines Vermittlungsverfahrens erachtet werden. Wenn im betroffenen Land keine Adoption existiert, könne laut Rechtsprechung das Kindeswohl mangels Einschätzung einer Vermittlungsstelle nicht gewährleistet und demnach ein Visum zum Zweck der Adoption eines Kindes aus dem Ausland grundsätzlich nicht erteilt werden (BVerwG, Urteil vom 26. Oktober 2010 – 1 C 16.09, Rdnr. 12). Eine Vermittlung aus arabisch-islamischen Ländern nach Deutschland ist sowohl rechtlich als auch praktisch nicht möglich – nicht zuletzt, weil aufgrund unterschiedlicher Rechtsvorstellungen eine Zusammenarbeit zwischen den Vermittlungsbehörden in Deutschland und den zuständigen Behörden im Herkunftsstaat nicht zustande kommen kann (BT Drucks. 16/11525, S. 14).

### **„Kein Staat, in dem Adoption verboten und Kafala praktiziert wird, ist dem HAÜ beigetreten.“**

Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bestätigt die Ansicht westlicher Gerichte, die Adoption von Kindern zu verweigern, die nach ausländischem Recht im Rahmen der Kafala platziert wurden. Dies verstoße nicht gegen den durch Art. 8 EMRK gewährleisteten Schutz des Privat- und Familienlebens (EGMR, Urteil vom 4. Oktober 2012 – 43631/09, Rdnr. 47). Als Begründung wird mit der Unmöglichkeit der Adoption eines ausländischen minderjährigen Kindes argumentiert, wenn das Recht des Herkunftslands diese nicht erlaubt.

Abgesehen von der rechtlichen Perspektive kommen Adoptionen zum Teil auch aus persönlichen Gründen nicht in Betracht. Die kulturelle und religiöse Herkunft eines Kindes ist bei dessen Unterbringung gemäß Art. 20 Abs. 3 UN-KRK zu berücksichtigen (Andrae 2014, 9.136). Nicht immer entspricht die Annahme als Kind dem Willen der betroffenen Familien. Für manche ist der religiöse Aspekt entscheidend: Im Islam wird aus den Koranversen 33:4 und 33:5 ein Verbot der auf Herstellung eines Verwandtenverhältnisses gerichteten Volladoption abgeleitet (Druschke 2019, 247). Für andere ist es aus familienpsychologischer Sicht nicht wünschenswert: Häufig wird eine

Kafala beispielsweise von Großeltern oder älteren Geschwistern ausgeübt. Diese zwecks Adoption in die Position von Eltern zu drängen, kann sich negativ auf innerfamiliäre Beziehungen auswirken. Und auch der finanzielle Aspekt erbrechtlicher Konsequenzen kann hier eine Rolle spielen.

Aus sich heraus ist eine Volladoption durch deutschen Gerichtsbeschluss im Nachgang zu einer eingerichteten Kafala nicht ausgeschlossen. Allerdings muss der Beschluss die Kafala zugleich aufheben: Solange ein Kind mit gewöhnlichem Aufenthalt in einem Staat mit Adoptionsverbot lebt, entspricht die Ersetzung einer Kafala durch eine Adoption nicht dem Kindeswohl (Andrae 2019, 135 f.). Und bei gleichzeitigem Bestand einer Kafala im Herkunftsland und einer Adoption in Deutschland droht die Entstehung hinkender Rechtsverhältnisse: Während in Deutschland die rechtlichen Wirkungen einer Volladoption gelten, besteht im Herkunftsland lediglich ein Pflegeverhältnis. Dieser Widerspruch kann wechselseitig nicht aufgelöst werden und führt zu vielschichtigen Problemen: Von einer Verpflichtung zur Zahlung von Familienunterhalt nach beiden Systemen, über widersprüchliche Erbrechte und Probleme in Angelegenheiten der Staatsangehörigkeit bis hin zur Wehrdienstverpflichtung.

Im Allgemeinen fehlen ein einheitlicher Umgang mit Kafala-Situationen unter den Vertragsstaaten des KSÜ und die Akzeptanz als geeignete Alternative zur Adoption (EGMR, Entscheidung vom 4. Oktober 2012 – 43631/09, Rdnr. 50). Während in Frankreich die Umwandlung einer Kafala in eine Adoption ausdrücklich untersagt ist und damit die Vorstellungen des islamischen Rechts im Hinblick auf das Adoptionsverbot respektiert wird, behandeln die deutschen, italienischen und norwegischen Rechtsordnungen die Kafala dagegen als Pflegefamilienverhältnis. Eine nachfolgende Adoption wird dadurch nach bisher vorhandener Rechtsprechung nicht ausgeschlossen (OLG Schleswig, Urteil vom 13. September 2007 – 2 W 227/06, Rdnr. 48 ff.).

## **2.3 Familiennachzug nach § 36 Abs. 2 AufenthG**

In Anbetracht dessen besteht, sofern das Herkunftsland nicht dem KSÜ beigetreten ist, der einzig wirklich gangbare Weg über die Härtefall-Regelung des Familiennachzugs: § 36 Abs. 2 AufenthG ermöglicht Kafala-Familien unter besonderen Voraussetzungen eine Zusammenführung nach Deutschland.

Aus familien- und aufenthaltsrechtlicher Sicht handelt es sich bei der Kafala um ein Pflegeverhältnis, nicht um ein Eltern-Kind-Verhältnis. Deshalb sind nicht die §§ 27 ff. AufenthG einschlägig, die im Grundsatz lediglich Verwandte in gerader Linie privilegieren. Stattdessen kommt in den genannten Fällen bloß der Nachzug zu „sonstigen Familienangehörigen“ ge-

mäß § 36 Abs. 2 AufenthG in Betracht. Unproblematisch setzt der Begriff des sonstigen Familienangehörigen weder eine Adoption noch eine biologische Verbindung voraus (EuGH, Urteil vom 26. März 2019 – C-129/18, Rdnr. 56). Die Ausübung des Sorgerechts – wie bei einer anerkennungsfähigen Kafala – genügt.

An die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach dieser Vorschrift werden allerdings weitere Anforderungen gestellt: Zunächst muss der Nachzug zur Vermeidung einer außergewöhnlichen Härte im Einzelfall erforderlich sein. Die Beratungserfahrung des ISD zeigt eine eher restriktive Annahme solcher Härtefälle. Häufig werden Antragstellende darauf verwiesen, dass Verwandte doch für einen weiteren Aufenthalt ihrer Enkel, Nichten und Neffen bei anderen Angehörigen oder in einer Einrichtung, beispielsweise einem Internat, im Herkunftsland finanziell aufkommen können. Denn ein Härtefall setzt laut Grundsatzentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts voraus, dass „der im Bundesgebiet oder im Ausland lebende Familienangehörige ein eigenständiges Leben nicht führen kann, sondern auf die Gewährung familiärer Lebenshilfe angewiesen ist, und dass diese Hilfe in zumutbarer Weise nur in Deutschland erbracht werden kann“ (BVerwG, Urteil vom 10. März 2011 – 1 C 7.10, Rdnr. 10). Dabei werden allerdings neben einer finanziellen Abhängigkeit auch Faktoren wie eine starke Familienzugehörigkeit berücksichtigt (EuGH, Urteil vom 26. März 2019 – C-129/18, Rdnr. 60). Denn: Der dem Aufenthaltsrecht zugrundeliegende Familienbegriff setzt sich aus einer rechtlich-formellen und einer sozial-familiären Komponente zusammen. Dies ergibt sich aus dem Zusammenspiel der Grundsatznorm des § 27 Abs. 1 AufenthG („... wird zum Schutz von Ehe und Familie [...] erteilt“) mit den jeweiligen Nachzugsgrundlagen. Es kommt also nicht nur auf die Rechtsform einer Verbindung an, sondern auch, ob es sich um eine grundrechtlich geschützte familiäre Lebensgemeinschaft handelt (Druschke 2019, 243).

Familiennachzug wird nach ständiger Verwaltungspraxis und Rechtsprechung in Kafala-Konstellationen ausschließlich gewährt, wenn bereits eine familiäre Bindung entstanden ist, die in ihrer Stabilität und Intensität einer Eltern-Kind-Beziehung entspricht. Wenn durch vorheriges Zusammenleben des Kafils mit dem Mündel im Herkunftsland eine solche Bindung entstanden ist, kann dies einem Verweis an dort lebende Verwandte möglicherweise entgegengehalten werden. Der Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG ist für durch Kafala entstandene Familien erst ab einer über einen längeren Zeitraum bestehenden Bindung gegeben (Andrae 2014, 9.135). Die nationalen Regelungen zum Familiennachzug sind im Lichte des Art. 8 EMRK und Art. 7 der Charta der Grundrechte der EU (GrCh) europarechtskonform auszulegen (Rengeling/Szczekalla 2004, 884). Unterliegt die betroffene Beziehung dem besonderen Schutz der Familie, spricht dies für eine Reduzierung des in § 36 Abs. 2

AufenthG vorgesehenen behördlichen Entscheidungsermessens zugunsten einer Visumserteilung (EuGH, Urteil vom 26. März 2019 – C-129/18, Rdnr. 63 ff.).

Hat es im Herkunftsland noch kein gemeinsames Leben gegeben, ist ein Härtefall nur gegeben, wenn das minderjährige Kind auf die Betreuung genau dieses Vormunds angewiesen ist und im Herkunftsland dem Kindeswohl nicht gerecht werden kann (BVerwG, Urteil vom 10. März 2011 – 1 C 7.10, Rdnr. 12; OVG-Berlin-Brandenburg, Urteil vom 19. Dezember 2011 – 3 B 17.10, Leitsatz).

### 3. Und unter KSÜ-Vertragsstaaten?

Stammt ein per Kafala anvertrautes Kind aus Marokko, gilt nach derzeitigem Stand ein Sonderfall. Seit 2002 ist Marokko als erstes arabisches Land Vertragsstaat des KSÜ. Dies stellt einen großen Schritt für ein Land dar, dessen Familienrecht einer anderen Logik folgt als das der übrigen Vertragsstaaten, und zeugt von einer Bereitschaft zur gegenseitigen Anerkennung von Sorgerechtsentscheidungen und Jugendschutzmaßnahmen.

Nach Art. 33 KSÜ ist im Rahmen von Unterbringung oder Betreuung im Ausland ein Konsultationsverfahren zwischen den zuständigen Behörden der beteiligten Staaten erforderlich. Im Zuge des Konsultationsverfahrens muss die Zentrale Behörde des Herkunftsstaates (Marokkanisches Justizministerium in Rabat) die Unterbringung des Kindes in Deutschland vorschlagen. Art. 33 Abs. 2 KSÜ i.V.m. §§ 45, 47 IntFamRVG erfordert die Zustimmung dieser Unterbringung durch das in Deutschland zuständige Landesjugendamt mit Genehmigung des Familiengerichts. Im bewussten Widerspruch zur eigentlichen Logik der Haager Übereinkommen, die eine automatische Anerkennung von Entscheidungen zum Sorgerecht zwischen den Vertragsstaaten vorsehen, steht im Bereich der Unterbringung im Ausland die Anerkennungsfähigkeit einer Entscheidung unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Zielstaates. Diese Zustimmung hat im Rahmen der Konsultation nach Art. 33 KSÜ vor der Entscheidung über die geplante Platzierung (Kafala) zu erfolgen.

Im Rahmen des Konsultationsverfahrens sind auch die aufenthaltsrechtlichen Voraussetzungen zu klären. Die Frage nach der Aufenthaltserlaubnis für das Mündel beantwortet die deutsche Botschaft in Rabat seit einigen Jahren mit der Ausstellung eines Visums nach § 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG. Seitens des Auswärtigen Amtes und der marokkanischen Vertretung besteht die Bereitschaft zur Anerkennung von Platzierungen in Deutschland. Die Rechtsprechung ließ bisher offen, ob ein korrektes Durchlaufen des Konsultations- und Zustimmungsver-

fahrens generell einen begründeten Fall in diesem Sinne darstellt.

In der Praxis wird das Konsultationsverfahren jedoch oft nicht ordnungsgemäß durchgeführt mit der Folge, dass Visa regelmäßig abgelehnt werden; insbesondere bei Beteiligung des für das Konsultationsverfahren zuständigen Landesjugendamts erst nach positivem Ausgang der Entscheidung über die Kafala in Marokko. Eine Ablehnung führt zu weitreichenden Problemen für das Kind, das in Marokko bereits rechtlich der in Deutschland lebenden Pflegefamilie zugeordnet wurde. Dadurch kann die Platzierung in einer (Heim-)Einrichtung oder einer anderen Pflegefamilie ausgeschlossen sein. Ob das Leben mit der Pflegefamilie samt Verlagerung des gewöhnlichen Aufenthalts dem Kindeswohl eher entspricht als die Wahrung des gewohnten Umfelds – insbesondere, wenn das Kind zuvor noch nicht mit der Pflegefamilie zusammenlebte –, muss auch in diesen Fällen einer sorgfältigen Prüfung im Einzelfall unterliegen. In der Beratungspraxis sollte daher frühzeitig auf die korrekte Durchführung eines Konsultationsverfahrens hingewiesen werden.

## 4. Abschließend

Internationale Übereinkommen bieten im Zusammenspiel mit dem nationalen Recht die Grundlage für eine Anerkennung ausländischer Rechtsakte. Damit werden Wege zur Akzeptanz rechtsordnungsfremder Rechtsinstitute geöffnet. Im Rahmen dieses Beitrags wurde verdeutlicht, unter welchen Gesichtspunkten Herausforderungen fortbestehen.

Der ISD begrüßt die grundsätzliche Anerkennung der Kafala und die wirksame Umsetzung des KSÜ. Denn es kann nicht im Sinne der Gesetzgebung sein, dass Muslime in ein ihnen fern liegendes Konzept der Volladoption gedrängt werden, nur um den engen Voraussetzungen des deutschen Aufenthaltsrechts zu genügen. Oft ist eine Adoption auch nicht sinnvoll. So zum Beispiel in Fällen der Verwandtenpflege: Im rein nationalen Kontext läge die Adoption einer Nichte oder eines Enkels schließlich völlig fern. Allerdings: Der durch die Geltung des HAÜ geschaffene einheitliche Schutzstandard für international adoptierte Kinder stellt einen nicht zu verkennenden Meilenstein dar. Spiegelbildlich zur Adoption sollte es für alternative Betreuungsformen international geregelte Verfahren und Institutionen sowie einen dem Art. 23 HAÜ entsprechenden Anerkennungsautomatismus geben. Bis dahin sollten aber auch mit Nichtvertragsstaaten des KSÜ gute Lösungen gefunden werden. Rein praktisch kann durch eine Zusammen-

arbeit mit dem Jugendamt die Wahrung des Kindeswohls gewährleistet und der Prozess mit Sozialberichten, beispielsweise über den ISD, begleitet werden.

Aufenthaltsrechtlich wäre ein konkreter Anspruch auf Familiennachzug für Kafala-Kinder durch eine weite Auslegung des Härtefalls im Sinne von § 36 Abs. 2 AufenthG wünschenswert. Zumindest in Fällen der Verwandtenpflege könnte auf die ungeschriebene Voraussetzung der gelebten Beziehung im Herkunftsland verzichtet werden. Damit würde der bislang unterschiedlichen Behandlung von Verwandtenpflege im Familienrecht einerseits und im Aufenthaltsrecht andererseits begegnet. Denkbar ist, dies in den allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum Aufenthaltsgesetz umzusetzen. Den Nachzug bei jeglicher Trennung einer Pflegefamilie vom anvertrauten Kind zu gewähren, entspricht nach dem derzeitigen Familienbegriff im Aufenthaltsrecht nicht dem gesetzgeberischen Willen. Im Lichte des KSÜ und der UN-KRK könnte auch die Aufnahme aus dem Ausland nach § 22 Satz 1 AufenthG dahingehend interpretiert werden, dass zu einer tatsächlichen Anerkennung des Rechtsinstituts Kafala auch zählt, dass die durch sie entstandenen Familien gemeinsam in Deutschland leben können. Demnach wäre die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus völkerrechtlichen Gründen geboten.

Daraus könnte ein Anreiz für weitere Staaten entstehen, dem KSÜ beizutreten – auch wenn Zweifel bezüglich anderer Aspekte, wie dem „westlichen“ Sorgerechtsverständnis, dem bisher entgegenstehen. Im Bereich der grenzüberschreitenden Unterbringung besteht demgegenüber oft ein größeres Eigeninteresse und eine geringere Skepsis. Bei Fragen der Anerkennung von Sorgerechtsentscheidungen und der Kindesentführung prallen unterschiedliche Rechtsverständnisse wesentlich stärker aufeinander. Außerhalb der Härtefallregelung und des Adoptionsverfahrens bleibt schließlich nur zu hoffen, dass weitere „Kafala-Staaten“ dem KSÜ beitreten.

## Literatur

Andrae, Marianne (2019): Internationales Familienrecht, 4. Aufl., Baden-Baden.

Bundesamt für Justiz (Mai 2022): Staatenliste betreffend die rechtlichen Wirkungen einer im Ausland oder nach ausländischem Recht ausgesprochenen Adoption eines minderjährigen Kindes.

Druschke, Carina (2019): Der Familienbegriff im deutschen Ausländerrecht, Baden-Baden.

Loibl, Elvira (2022): Eine kritische Betrachtung des deutschen Auslandsadoptionssystems und dessen Zukunft, Das Jugendamt, 4/2022, S.182–185.

Nelson, Joshua (2017): The Ethical Implications of the Kafala System, October 2017, Pitt Political Review 11(1), Pittsburgh, S. 41–44.

Rengeling, Hans Werner / Szczekalla, Peter (2004): Grundrechte in der Europäischen Union, Köln.

Sons, Sebastian (2014): Saudi-Arabiens Arbeitsmarkt: Sozioökonomische Herausforderungen und steigender Reformdruck, Aus Politik und Zeitgeschichte 46/2014, Bonn, S. 25–33.



## Recht der internationalen Konventionen

Herausgegeben vom Deutschen Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V. und Lambertus-Verlag.

1. Auflage 2015; 256 Seiten; kart., 10,90 €;  
für Mitglieder des Deutschen Vereins 8,90 €  
ISBN: 978-3-7841-2638-8

Diese Ausgabe enthält die für die soziale Arbeit relevanten völkerrechtlich bindenden Verträge zwischen den Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen. Die internationalen Konventionen werden nach der Annahme durch die UN-Vollversammlung, der Unterzeichnung und der Ratifizierung durch nationale Gremien wie dem Deutschen Bundestag für die Vertragsstaaten bindend.

Bestellungen versandkostenfrei in unserem Online-Buchshop: [www.verlag.deutscher-verein.de](http://www.verlag.deutscher-verein.de)