

Aktuelle Entwicklungen im internationalen Familienrecht Japans

*Yuko Nishitani**

- I. Einleitung
- II. Die internationale Zuständigkeit in Scheidungssachen
 - 1. Hintergrund
 - 2. Bisherige Rechtsprechung
 - 3. Allgemeine Zuständigkeitsgründe
 - 4. Verbundsachen
 - 5. Ausnahmsweise Klageabweisung
- III. Haager Kindesentführungsübereinkommen
 - 1. Allgemeines
 - 2. Annahme des HKÜ
 - 3. Umsetzung des HKÜ
- IV. Internationale Leihmutterchaft
 - 1. Hintergrund
 - 2. Rechtsprechung in Japan
 - 3. Analyse
 - 4. Ausblick
- V. Schluss

I. EINLEITUNG

Der vorliegende Beitrag zeigt die aktuellen Entwicklungen im japanischen internationalen Familienrecht am Beispiel der folgenden drei Themen auf.

Im Zuge der Deregulierung seit 2001 ist der japanische Gesetzgeber in beinahe allen Bereichen des Privatrechts aktiv geworden.¹ Die Welle neuer

* Professorin an der Universität Kyōto, Japan. Der vorliegende Beitrag beruht auf dem Vortrag, den die Autorin im Rahmen des Symposiums zu aktuellen Entwicklungen im japanischen Recht am 21.3.2016 am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg gehalten hat. Die Vortragsfassung ist weitgehend beibehalten.

Abkürzungen: DG = Distriktgericht; EGMR = Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte; EMRK = Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950; FamRG = Familienregistergesetz (Gesetz Nr. 224 vom 22.12.1947 i.d.F. Gesetz Nr. 69 vom 13.6.2014); FamVG = Gesetz über das Verfahren in Familienangelegenheiten (Gesetz Nr. 52 vom 25.5.2011 i.d.F. Gesetz Nr. 42 vom 30.5.2014); FG = Familiengericht; GE = Gesetzentwurf; GEF = Gesetz über Entscheidungen in Familiensachen (Gesetz Nr. 152 vom

Gesetzgebung und der Gesetzesreformen erreichte auch das internationale Privat- und Verfahrensrecht. 2006 sind neue Kollisionsnormen im Rechtsanwendungsgesetz (RAG)² und 2011 neue Regelungen über die internationale Zuständigkeit in Zivil- und Handelssachen im Zivilprozessgesetz (ZPG)

6.12.1947 i.d.F. Gesetz Nr. 152 vom 3.12.2004 [abgelöst zum 1.1.2013 vom FamVG]); GGVerf = Gerichtsverfassungsgesetz (Gesetz Nr. 59 vom 29.10.1947 i.d.F. Gesetz Nr. 48 vom 19.6.2013); HKÜ = Haager Kindesentführungsübereinkommen (Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung) vom 25.10.1980; JYIL = Japanese Yearbook of International Law; JYPIL = Japanese Yearbook of Private International Law (*Kokusai Shihō Nenpō*); OG = Obergericht; NILR = Netherlands International Law Review; OGH = Oberster Gerichtshof; PVG = Gesetz über das Verfahren in Personensachen (Gesetz Nr. 109 vom 16.7.2003 i.d.F. Gesetz Nr. 63 vom 22.8.2012); RAG = Gesetz über die allgemeinen Regeln über die Anwendung von Gesetzen [Rechtsanwendungsgesetz] (Gesetz Nr. 78 vom 21.6.2006); StAG = Staatsangehörigkeitsgesetz (Gesetz Nr. 147 vom 4.5.1950 i.d.F. Gesetz Nr. 70 vom 13.6.2014); ZG = Zivilgesetz (Gesetz Nr. 89 vom 27.4.1896 und Gesetz Nr. 9 vom 21.6.1898 i.d.F. Gesetz Nr. 94 vom 11.12.2013); ZPG = Zivilprozessgesetz (Gesetz Nr. 109 vom 26.6.1996 i.d.F. Gesetz Nr. 30 vom 8.5.2012); ZSG = Zivilsicherungsgesetz (Gesetz Nr. 91 vom 22.12.1988 i.d.F. Gesetz Nr. 78 vom 24.6.2011); ZVollG = Zivilvollstreckungsgesetz (Gesetz Nr. 4 vom 30.3.1979 i.d.F. Gesetz Nr. 96 vom 11.12.2013); englische Übersetzungen japanischer Gesetze sind abrufbar unter: <http://www.japanese-lawtranslation.go.jp/law/>.

- 1 Siehe dazu Y. NISHITANI, Lawmaking in Japan, in: Basedow/Fleischer/Zimmermann (Hrsg.), *Legislators, Judges, Professors* (Tübingen 2016) 3 ff.; DIES., Einfluss der Rechtskultur auf das ‚Lawmaking‘ in Japan, in: Marutschke (Hrsg.), *Rechtsvergleichung mit Japan. Zu Allgemeinen Rechtsbegriffen und zur Bedeutung der Rechtsvergleichung – 25 Jahre Japanisches Recht an der FernUniversität in Hagen* (im Druck).
- 2 Gesetz Nr. 78 vom 21.6.2006, *Hō no tekiyō ni kansuru tsūsoku-hō*; Übersetzungen in westlichen Sprachen: Y. SAKURADA/Y. NISHITANI/E. SCHWITTEK, Gesetz über die allgemeinen Regeln über die Anwendung von Gesetzen (Rechtsanwendungsgesetz), in: ZJapanR/J.Japan.L. 22 (2006) 269–282; IPRax 2007, 560–564; ZfRV 2006/34, 227–233; StAZ 2007, 246–248 (Auszug); K. ANDERSON/Y. OKUDA, Translation of Japan’s Private International Law: Act on the General Rules of Application of Laws, in: YbPIL 8 (2006) 427–441; ZJapanR/J.Japan.L. 23 (2007) 227–240; M. DŌGAUCHI u.a., Act on General Rules on Application of Laws, JAIL 50 (2007) 87–98; siehe zur Reform Y. NISHITANI, Reform des *Hōrei*, in: ZJapanR/J.Japan.L. 15 (2003) 263–264; DIES., Reform des *Hōrei* (2) – Der Vorentwurf vom 22. März 2005, in: ZJapanR/J.Japan.L. 19 (2005) 251–263; DIES., Reform des *Hōrei* (3) – Das Gesetz ‚*Hō no tekiyō ni kansuru tsūsoku-hō*‘ vom 15. Juni 2006, in: ZJapanR/J.Japan.L. 21 (2006) 229–230; Y. SAKURADA/Y. NISHITANI/E. SCHWITTEK, Die Novellierung des japanischen IPR – Eine kurze Einführung zum neuen Rechtsanwendungsgesetz, in: ZJapanR/J.Japan.L. 22 (2006) 265–268; Y. NISHITANI, Die Reform des internationalen Privatrechts in Japan, in: IPRax 2007, 552–557 (mit weiteren Nachweisen).

und im Zivilsicherungsgesetz (ZSG)³ erlassen worden. Am 26.2.2016 und am 26.9.2016 war dem japanischen Parlament ein Gesetzentwurf über die internationale Zuständigkeit in Personen- und Familiensachen vorgelegt worden.⁴ Derselbe Entwurf ist am 20.1.2017 in der 193. Legislaturperiode dem Parlament erneut vorgelegt worden. Die geplanten neuen Gesetzesvorschriften werden die erheblichen Rechtsunsicherheiten beseitigen, die in der Rechtsprechung mangels klarer gesetzlichen Vorgaben zur Bestimmung der internationalen Zuständigkeit entstanden sind. Im Folgenden sollen als erstes die in der Praxis wichtigsten Zuständigkeitsregelungen, nämlich diejenigen in Scheidungssachen, im Vergleich zur bisherigen Rechtsprechung analysiert und das Reformvorhaben näher dargestellt werden (II.).

Zum zweiten ist zu berichten, dass Japan am 24.1.2014 das Haager Kindesentführungsübereinkommen (HKÜ) angenommen hat.⁵ Es ist zum 1.4.2014

- 3 Gesetz Nr. 36 vom 2.5.2011, *Minji soshō-hō oyobi minji hozen-hō no ichibu o kaisei suru hōritsu*; zur Übersetzung in die westlichen Sprachen: Y. NISHITANI, Neue Regelungen über die internationale Zuständigkeit in Zivil- und Handelssachen in Japan, in: IPRax 2013, 298–301; ZJapanR/J. Japan.L. 33 (2012) 205–214; M. DŌGAUCHI, Act for Partial Revision of Code of Civil Procedure and Civil Provisional Remedies Act, in: JYIL 54 (2011) 723–732; zur Reform siehe Y. NISHITANI, Wann sind die Gerichte in Japan zuständig? – Einführung zu den neuen internationalen Zuständigkeitsregelungen, in: ZJapanR/J. Japan.L. 33 (2012) 197–204; DIES., Die internationale Zuständigkeit Japans in Zivil- und Handelssachen, in: IPRax 2013, 289–295; DIES., International Jurisdiction of Japanese Courts in Comparative Perspective“ (zit.: Jurisdiction), in: NILR 60 (2013) 251–277 (mit weiteren Nachweisen).
- 4 Die Beratungen der Unterkommission über die internationale Zuständigkeit in Personen- und Familiensachen, die im Rahmen der Gesetzgebungskommission des Justizministeriums einberufen wurde, haben vom 25.4.2014 bis 18.9.2015 stattgefunden (die Protokolle sind abrufbar unter: http://www.moj.go.jp/shingi1/shingikai_kokusai.html). Am 19.3.2015 wurden der Zwischenbericht und die Motive veröffentlicht, um eine öffentliche Konsultation durchzuführen. Darauf folgend wurden einige offene Fragen geklärt, was in den Schlussbericht vom 18.9.2015 mündete. Der Schlussbericht wurde am 9.10.2015 von der Gesetzgebungskommission angenommen. Auf dessen Grundlage wurde der Gesetzentwurf ausgearbeitet, der am 26.2.2016 und am 26.9.2016 dem Parlament vorgelegt worden ist. Der Gesetzentwurf enthält auch Regelungen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Personen- und Familiensachen. Diese sehen aber keine sachlichen Änderungen zu den bisherigen Regelungen im Art. 118 ZPG und Art. 24 ZVollG vor, außer dass die Sachzuständigkeit für das *Exequatur* vom Distriktgericht auf das Familiengericht überführt wird. Zur Gesetzgebungsgeschichte und dem Zwischenbericht sowie dessen Motiven, siehe SHŌJI HŌMU, *Jinji soshō jiken oyobi kaji jiken no kokusai saiban kankatsu hōsei ni kansuru chūkan shian* [Zwischenbericht über die Gesetzgebung über die internationale Zuständigkeit in Personen- und Familiensachen] (Tōkyō 2015) 1 ff.
- 5 Haager Übereinkommen vom 25.10.1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (Unterzeichnung und Hinterlegung der Annahmearkunde

in Kraft getreten.⁶ Hierzu werden die Hintergründe für die Annahme sowie einige Charakteristika der Umsetzung des HKÜ in Japan erläutert.

Drittens wird auf die Problematik der internationalen Leihmutterchaft und die darauf beruhende Elternschaft eingegangen. Während die Diskussion in Japan noch in den Anfängen steht, ist die Entwicklung in Europa bereits bemerkenswert. So hat sich der BGH am 10.12.2014⁷ für die Anerkennung einer im Ausland zustande gekommenen Elternschaft der Wunscheltern ausgesprochen, wobei er dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 26.6.2014⁸ folgte, in dem Frankreich wegen Verletzung der Rechte des Kindes aufgrund fehlender Anerkennung verurteilt wurde. Allerdings sind die genauen Voraussetzungen für eine Feststellung der Elternschaft sowie die Reichweite dieser Rechtsprechung noch nicht klar definiert. Diese Problematik wird mit Blick auf ein geplantes Projekt der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht zu diesem Thema analysiert.⁹

II. DIE INTERNATIONALE ZUSTÄNDIGKEIT IN SCHEIDUNGSSACHEN

1. Hintergrund

Der vorstehend genannte Gesetzentwurf über die internationale Zuständigkeit in Personen- und Familiensachen erfasst das gesamte Familienrecht. Dies gilt weitgehend auch für Erbsachen; lediglich diesbezügliche Streitige vermögensrechtliche Sachen sind im ZPG geregelt.¹⁰

Japans am 24.1.2014, Verkündung am 29.1.2014 [Staatsvertrag Nr. 2], Inkrafttreten am 1.4.2014).

6 Gesetz Nr. 48 vom 19.6.2013, *Kokusai-teki na ko no dasshu no minji-jō no soku-men ni kansuru jōyaku no jisshi ni kansuru hōritsu* [Gesetz zur Umsetzung des HKÜ] (Inkrafttreten am 1.4.2014) (zit.: HKÜ-AG); siehe dazu T. NISHIOKA/T. TSUJISAKA, Introductory Note: Japan's Conclusion of the Hague Convention on the Civil Aspect of International Child Abduction, in: JYIL 57 (2014) 7 ff.; zu weiteren Informationen siehe die Webseite des Außenministeriums (abrufbar unter: http://www.mofa.go.jp/fp/hr_ha/page22e_000249.html).

7 BGH v. 10.12.2014, BGHZ 203, 350.

8 EGMR v. 26.6.2014, *Menesson ./. Frankreich* (Nr. 65192/11) und *Labassee ./. Frankreich* (Nr. 65941/11).

9 Die Autorin ist an dem Projekt der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht „The private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements“ als Vertreterin der japanischen Regierung beteiligt. Siehe dazu: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

10 Art. 3-3 Nr. 12 und 13 ZPG.

Es ist vorweg anzumerken, dass in Japan die für das Familien- und Erbrecht einschlägigen Verfahrensregelungen für das streitige Verfahren im Gesetz über das Verfahren in Personensachen (PVG) und die für die freiwillige Gerichtsbarkeit im Gesetz über das Verfahren in Familienangelegenheiten (FamVG) getrennt geregelt sind. Dementsprechend differenziert auch der Gesetzentwurf bezüglich der Vorschriften über die internationale Zuständigkeit zwischen denjenigen für das PVG und den für das FamVG.¹¹ Die Sachzuständigkeit ist jedoch seit dem Erlass des revidierten PVG von 2003 auch für streitige Sachen vom Distriktgericht (DG) auf das Familiengericht (FG) übergeleitet worden.¹² Heute fallen sämtliche familien- und erbrechtlichen Angelegenheiten in die sachliche Zuständigkeit des Familiengerichts.

Zur Erhellung der Charakteristika des geplanten Gesetzentwurfs konzentrieren sich die folgenden Ausführungen auf die in der Praxis wichtigste Fallgruppe der Scheidungssachen. Nach Erläuterung der bisherigen Rechtsprechung wird auf die allgemeinen Zuständigkeitsgründe sowie die künftigen Regelungen über Verbundsaachen und die ausnahmsweise Klageabweisung im Gesetzentwurf eingegangen.

2. Bisherige Rechtsprechung

a) Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 25.3.1964

In Ermangelung von Gesetzesvorschriften sind die Kriterien zur Bestimmung der internationalen Zuständigkeit in Scheidungssachen bisher durch die Rechtsprechung entwickelt worden.¹³ Dem Präzedenzfall des Obersten Gerichtshofs (OGH) vom 25.3.1964¹⁴ lag der folgende Sachverhalt zugrunde:

11 Die Einteilungskriterien zwischen der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit lassen sich allerdings nicht eindeutig festzustellen, zumal sie auch rechtspolitisch bedingt sind. So sind z.B. die Geltendmachung und die Änderung des Unterhaltsanspruchs dem FamVG zugeordnet (Artt. 182 ff. FamVG (1. Tabelle Nr. 84–85; 2. Tabelle Nr. 9–10)), obwohl die Unterhaltssachen durchaus für ein Streitiges Verfahren geeignet wären. Ferner unterliegen die Erlaubnis zur rechtsgeschäftlichen Anmeldung der einfachen Adoption sowie die Anordnung und Auflösung der Volladoption als Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit dem FamVG (Artt. 161 ff. FamVG (1. Tabelle Nr. 61–64)), während die Auflösung der einfachen Adoption genauso wie die Ehescheidung behandelt wird und in Ermangelung eines Einverständnisses der Parteien als Streitiges Verfahren dem PVG zugeordnet ist (Art. 2 Nr. 3 PVG). Die teilweise unüberschaubare Kategorisierung der Zuständigkeitsregelungen im vorliegenden Gesetzentwurf ist auf die Unterscheidung der beiden Verfahrensarten zurückzuführen.

12 Artt. 4 ff. PVG.

13 Zum internationalen Scheidungsrecht in Japan und Deutschland, siehe H. BAUM/O. KLIESOW, Scheidung japanischer Ehen vor deutschen Gerichten, in: ZJapanR/J.

Die Klägerin war Japanerin, stammte aus dem japanischen Inland und ging 1940 mit dem Beklagten die Ehe ein. Der Ehemann stammte aus Korea, besaß aber damals (auch) die japanische Staatsangehörigkeit in Folge der Kolonialherrschaft Japans über Korea seit dem Jahre 1910.¹⁵ Die beiden Ehegatten lebten zunächst in China in Shanghai und zogen am Ende des Zweiten Weltkriegs nach Korea. Dort fand sich die Frau aber wegen unterschiedlicher Kultur und Gewohnheiten nicht zurecht. 1946 war sie deswegen mit Zustimmung ihres Mannes alleine nach Japan zurückgekehrt. Seitdem hatte sie über 15 Jahre keinen Kontakt mehr zu ihrem Mann und wusste nicht, ob, und wenn ja, wo er lebte. 1961 klagte die Frau am DG Takamatsu gegen den Mann auf eine Ehescheidung. 1952 hatten *beide* Ehegatten gemäß einer aufgrund des Friedensvertrags von San Francisco (1951)¹⁶ erlassenen Verwaltungsrichtlinie die japanische Staatsangehörigkeit verloren.¹⁷ Es war deshalb ein Scheidungsfall zwischen zwei Ausländern.

Japan.L. 6 (1998) 82–100; Y. NISHITANI, Privat- und Schlichtungsscheidung deutscher Staatsangehöriger in Japan und die Scheidungsanerkennung in Deutschland, in: IPRax 2002, S. 49–53; DIES., Divorce of Brazilian Nationals in Japan, in: ZJapanR/J. Jap. L., Vol. 18 (2004) 215–229; zum materiellen Scheidungsrecht in Japan, siehe N. MIZUNO, Die rechtliche Regelung der Ehescheidung in Japan, in: ZJapanR/J.Japan.L. 7 (1999) 120–138; Y. NISHITANI, Reformüberlegungen zum japanischen Familienrecht, in: Gebauer/Huber (Hrsg.), Familienrechtliche Freiräume, ihre Grenzen und kultureller Wandel (im Druck); Y. URANO, Das japanische Scheidungsrecht, in: FamRZ 2004, 1252–1256.

- 14 OGH v. 25.3.1964, Minshū 18-3, 486.
- 15 Zur Kolonialherrschaft Japans in Korea und ihre Auswirkung auf das Familienrecht, siehe Y. NISHITANI, Familienrecht in Ostasien – Tradition und Moderne in Japan und der Republik Korea, in: Witzleb/Ellger/Mankowski/Merkt/Remien (Hrsg.), Festschrift Dieter Martiny (Tübingen 2014) 1179 ff.
- 16 Friedensvertrag mit Japan, unterzeichnet am 8.9.1951 in San Francisco (Ratifikation Japans am 18.11.1951, Inkrafttreten am 28.4.1952; Verkündung am 28.4.1952, Staatsvertrag Nr. 5).
- 17 *Hōmu-shō minji kyokuchō tsūtatsu* [Richtlinie des Leiters der Zivilabteilung des Justizministeriums] vom 19.4.1952 *Heiwa-jōyaku hakkō ni tomonau chōsen-jin taiwan-jin tō ni kansuru kokuseki oyobi koseki jimu no shori ni tsuite* [Zur Handhabung der Staatsangehörigkeit und des Familienregisters von Koreanern, Taiwanesen etc. mit dem Inkrafttreten des Friedensvertrags] (Minji Kō Nr. 438). Diese Verwaltungsrichtlinie wurde kurz vor dem Inkrafttreten des Friedensvertrags von San Francisco (28.4.1952) erlassen. Bei denjenigen, die in den Familienregistern in Korea oder in Taiwan eingetragen waren, wurde die japanische Staatsangehörigkeit automatisch aufgehoben, ohne den Betroffenen ein Wahlrecht bezüglich der Beibehaltung der japanischen Staatsangehörigkeit einzuräumen. Diese Rechtspolitik der japanischen Regierung, die ohne gesetzliche Grundlage lediglich durch die Verwaltungsrichtlinie durchgeführt wurde, ist später vielfach kritisiert worden und hat zahlreiche Rechtsstreitigkeiten verursacht.

Der OGH legte dar, dass die internationale Zuständigkeit in Scheidungssachen grundsätzlich am Wohnsitz des Beklagten gegeben sei. Wenn aber der Wohnsitz des Beklagten im Ausland liege, sei es jedenfalls dann nicht unsachgemäß, davon abweichend eine Zuständigkeit der japanischen Gerichte anzunehmen, wenn der Kläger in Japan wohnhaft und vom Beklagten böswillig verlassen worden sei, dieser verschollen sei oder vergleichbare Umstände vorlägen. Denn sonst würde einem Ausländer, der in Japan lebe und nach japanischem Recht Anspruch auf Ehescheidung habe,¹⁸ zu Unrecht der Rechtsschutz entzogen. Der OGH hat im Ergebnis aufgrund der Verschollenheit des Beklagten die Zuständigkeit japanischer Gerichte bejaht.

Seither ist die Rechtsprechung – abgesehen von einigen abweichenden Entscheidungen¹⁹ – in der Regel dieser Formel gefolgt. Entsprechend wurde die internationale Zuständigkeit grundsätzlich am Wohnsitz des Beklagten angenommen, aber davon abweichend ausnahmsweise am Wohnsitz des Klägers, wenn die vom OGH genannten Umstände vorlagen. Diese Rechtsprechung achtet in erster Linie darauf, dass die Verteidigungsrechte des Beklagten gewährleistet werden, und eröffnet deshalb nur in beschränktem Umfang die Klägerzuständigkeit.²⁰

Die Rechtsprechung ließ jedoch einen breiten Auslegungsspielraum. So war bislang strittig, ob sich das „böswillige Verlassen“ nur auf das Verlassen der Ehe Wohnung seitens des Beklagten bezieht oder auch die sog. „Rückkehrscheidungen“ des Klägers erfassen kann. Eine solche liegt vor, wenn beispielsweise eine japanische Ehefrau, die mit ihrem deutschen Ehemann in Deutschland gelebt hat, wegen mangelnder Unterhaltszahlung des Mannes aus Not nach Japan zurückgekehrt ist und dort eine Scheidungsklage erhebt. Es war strittig, ob dann die Zuständigkeit Japans wegen eines „böswilligen Verlassens“ des Beklagten zu rechtfertigen war.²¹

18 Art. 16 S. 2 *Hōrei* a.F. sah als Scheidungsstatut zusätzlich zum Heimatrecht des Ehemannes die kumulative Anwendung des japanischen Rechts vor.

19 DG Tōkyō v. 30.1.2004, Hanrei Jihō 1854, 51; siehe auch die Entscheidungen unten Fn. 26.

20 Z.B. FG Yokohama v. 24.12.2013, Hanrei Jihō 2237, 55; FG Tōkyō v. 11.9.2007, Katei Saiban Geppō 60-1, 108; OG Nagoya 23.3.2004, Westlaw Japan (Nr. 2004-WLJPCA03239009); des Weiteren siehe z.B. M. DŌGAUCHI, *Rikon jiken no kokusai-teki saiban kankatsu-ken: Sono aratana ru-ruka o mezashite* [Urteil zur Zuständigkeit bei internationalen Ehescheidungssachen: angestrebt wird deren erneute Auffächerung], in: Hōritsu no Hiroba 39/11 (1986) 13 ff.

21 Bejahend z.B. Y. TAMEIKE, Anm., in: Minshōhō Zasshi 51-6 (1965) 956; Y. HAYATA, Anm., in: *Shōgai hanrei hyakusen*, 2. Aufl. (Tōkyō 1986) 189; ablehnend z.B. M. DŌGAUCHI, Anm., in: Jurisuto 877 (1987) 126; S. IKEHARA, Anm. in: Jurisuto 261 (1962) 120; K. ISHIGURO, *Shōgai soshō ni okeru uttae-teiki: Kokusai saiban kankatsu ni jūten o okitsutsu* [Die Erhebung der Klage in Unterhaltsprozes-

Es war auch nicht eindeutig, was „Verschollenheit“ bedeutet, und wie lange sie schon angedauert haben muss. So wurde angeblich ein Ehegatte als „verschollen“ angesehen, der in den USA lebte und per E-Mail erreichbar war, aber seine Adresse nicht offenlegte, um auf diese Weise eine Zuständigkeit der japanischen Gerichte zu eröffnen.²² Ferner blieb ungeklärt, ob und inwieweit sonstige Umstände, etwa die japanische Staatsangehörigkeit des einen oder der beiden Ehegatten, zur Begründung der Zuständigkeit zulässig sein sollten.²³

b) *Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 24.6.1996*

Der OGH hatte am 24.6.1996 in einem weiteren Fall über die internationale Zuständigkeit in Scheidungssachen zu entscheiden.²⁴ Der Ehemann war Japaner und die Ehefrau Deutsche. Sie hatten 1982 in der DDR geheiratet und dort eine Tochter bekommen. Seit 1988 lebten sie in West-Berlin, aber ab Anfang 1989 lehnte die Frau ein weiteres Zusammenleben mit ihrem Ehemann ab. Im April 1989 ist der Ehemann ohne Zustimmung seiner Frau mit der gemeinsamen Tochter nach Japan zurückgekehrt, wo er seitdem lebte. Die Frau hat am 8.7.1989 vor dem Familiengericht Charlottenburg in Berlin gegen den Mann auf Scheidung geklagt.²⁵ Die Klageschrift wurde durch öffentliche Bekanntmachung zugestellt, indem an der Gerichtstafel eine Benachrichtigung ausgehängt wurde. Der Mann nahm jedoch angeblich davon keine Kenntnis. Die Scheidung wurde durch ein Versäumnisurteil ausgesprochen und die alleinige elterliche Sorge der Mutter zugewiesen. Das deutsche Urteil wurde am 8.5.1990 rechtskräftig.

Der Mann erhob seinerseits am 26.7.1989 eine Scheidungsklage in Japan vor dem DG Saitama (Zweigstelle Koshigaya), und zwar zwei Wochen nach der Klageerhebung seitens seiner Frau in Deutschland. Nach der OGH-Formel von 1964 wäre wohl die Klage in Japan abzuweisen gewesen, weil die Beklagte in Deutschland lebte, aber nicht den Mann verlassen hatte oder verschollen war.²⁶ Dennoch hat der OGH die internationale Zuständigkeit Japans bejaht.

sen: mit dem Schwerpunkt auf der internationalen Zuständigkeit], in: *Kōza Minji Soshō* [System des Zivilprozessrechts], Bd. 2 (Tōkyō 1984) 39 ff.

22 Protokoll der 2. Sitzung der Unterkommission vom 23.5.2014 (siehe oben Fn. 4).

23 Bejahend z.B. TAMEIKE (Fn. 21) 958; auch I. KUBO, *Kokusai rikon-jiken ni kansuru waga saiban-ken* [Die Zuständigkeit unserer Gerichte in internationalen Scheidungsfällen], in: *Hitotsubashi Ronsō* 36-1 (1956) 10.

24 OGH v. 24.6.1996, *Minshū* 50-7, 1451.

25 Damals war das Amtsgericht Charlottenburg in Berlin noch für Familiensachen zuständig.

26 Die erste Instanz (DG Saitama (Zweigstelle Koshigaya) v. 28.11.1991) hat die internationale Zuständigkeit Japans aus einem anderen Grund abgelehnt: diese liege

Die Besonderheit dieses Falls war, dass bereits ein deutsches rechtskräftiges Scheidungsurteil vorlag. Um aber seine Rechtskraft und Gestaltungswirkung in Japan anzuerkennen, mussten die Voraussetzungen gemäß Art. 200 ZPG a.F. (Art. 118 ZPG n.F.) erfüllt sein. Diese Voraussetzungen sind: die indirekte Zuständigkeit der deutschen Gerichte (Nr. 1), die ordnungsgemäße Zustellung der Klageschrift an den Beklagten (Nr. 2), die Vereinbarkeit des Urteils mit dem *ordre public* (Nr. 3), und die Verbürgung der Gegenseitigkeit (Nr. 4). In diesem Fall lag keine ordnungsgemäße Zustellung vor, weil die Zustellung an den japanischen Ehemann durch öffentlichen Aushang in Deutschland erfolgt war. Eine erneute Klage in Deutschland wäre jedoch wegen der Sperrwirkung des rechtskräftigen Urteils unzulässig gewesen. Die Ehegatten waren also in Deutschland bereits geschieden, aber in Japan noch verheiratet. Um dem Kläger die Möglichkeit einzuräumen, seine Ehe auch in Japan aufzulösen, hat der OGH die Zuständigkeit japanischer Gerichte bejaht.

Dieses OGH-Urteil wurde nach überwiegender Lehrmeinung nicht als eine Modifikation der bisherigen Rechtsprechung verstanden, sondern als die Gewährung einer Notzuständigkeit, die zur Aufhebung einer hinkenden Ehe erforderlich war.²⁷

3. Allgemeine Zuständigkeitsgründe

Der Gesetzentwurf von 2016 orientiert sich an der geschilderten Entwicklung der Rechtsprechung und sieht für Scheidungssachen und sonstige Streitige Personensachen die folgenden Zuständigkeitsgründe vor: (a) Der Beklagte hat seinen (letzten) Wohnsitz in Japan (Art. 3-2 Nr. 1–4 PVG-GE); (b) die beiden Ehegatten sind japanische Staatsangehörige (Nr. 5); (c) der letzte gemeinsame Wohnsitz der beiden Ehegatten liegt in Japan, wo der Kläger nach wie vor wohnt (Nr. 6); und (d) der Kläger hat seinen Wohnsitz in Japan und zudem ist (i) der Beklagte verschollen, (ii) in dem

grundsätzlich am ehelichen Wohnort, nämlich in Deutschland. Dagegen hat die zweite Instanz (OGH Tōkyō v. 27.1.1993) die internationale Zuständigkeit Japans wiederum aus einem anderen Grund bejaht: wegen der japanischen Staatsangehörigkeit und des Wohnsitzes eines der Ehegatten in Japan.

27 Siehe dazu Y. EBISAWA, Anm., in: Shihō Hanrei Rimākusu 1997-2, 175; H. TAKI, Anm., in: Jurisuto 1113 (1997), 287; S. WATANABE, Anm., in: Hanrei Hyōron 464 (1997) 200 ff. Manche Autoren deuten an, dass dieses Urteil auch im Rahmen der OGH-Formel vom 25.3.1964 als ausnahmsweise Klägerzuständigkeit zu erklären gewesen sei, z.B. R. YAMADA, *Kokusai shihō* [Internationales Privatrecht] (3. Aufl., Tōkyō 2005) 468. Diese Auffassung ist jedoch nicht zu halten, zumal der OGH in seinem Urteil vom 24.6.1996 selbst erläutert, dass dem Urteil vom 25.3.1964 ein anderer Sachverhalt zugrunde liege und dieses deshalb für den vorliegenden Fall nicht relevant sei; Minshū 50-7, 1454.

Wohnsitzstaat des Beklagten bereits ein Urteil ergangen, das aber in Japan nicht anerkennungsfähig ist, oder (iii) besondere Umstände liegen vor, unter denen eine Bejahung der Zuständigkeit japanischer Gerichte der Billigkeit zwischen den Parteien entspricht und der angemessenen Prozessführung dient (Nr. 7).

Die Klägerzuständigkeit unter (d) ist wie bisher beschränkt, um das Verteidigungsrecht des Beklagten zu gewährleisten.²⁸ Das „böswillige Verlassen“ ist hingegen kein Zuständigkeitsgrund mehr, denn es ist nicht präzise definierbar und setzt ein Verschulden des Beklagten voraus, dessen Überprüfung für eine Prozessvoraussetzung aber nicht angemessen ist.²⁹

Aus rechtsvergleichender Sicht finden sich für die Regelung (d) international kaum Beispiele außer in Südkorea. In Europa sieht Art. 3 Abs. 1 lit a Brüssel IIa-Verordnung der EU³⁰ eine weiter gefasste Klägerzuständigkeit vor, wenn sich der Kläger in dem betreffenden Staat mindestens ein Jahr gewöhnlich aufgehalten hat. Diese Aufenthaltszeit wird auf sechs Monate reduziert, wenn der Kläger Staatsangehöriger des Forumstaates ist. Auch der deutsche § 98 Abs. 1 Nr. 4 FamFG³¹ sieht eine Klägerzuständigkeit vor, solange eine auf dieser Grundlage gefällte Entscheidung in einem der Heimatstaaten der Ehegatten anerkennungsfähig ist.

Die Zuständigkeitsgründe (b) und (c) des Entwurfs sind neu. Die Heimatzuständigkeit ist nach (b) begründet, wenn beide Ehegatten die japanische Staatsangehörigkeit besitzen. Der japanische Staat nimmt sich in einer solchen Konstellation zu Recht der Scheidungsklage an, um dem Anspruch der japanischen Ehegatten auf eine Ehescheidung gerecht zu werden. Das ist insbesondere dann erforderlich, wenn diese sich in einem Staat aufhalten, in dem die Ehescheidung (noch) nicht erlaubt ist (wie etwa in den Philippinen) oder strikten bzw. religiösen Scheidungsgründen unterliegt (wie in Indonesien, Malaysia oder verschiedenen nahöstlichen Staaten). Ob die Regelungen (a)–(d) eine hinreichend weite Zuständigkeit Japans begründen, ist noch nicht abzusehen. Jedenfalls kann eine Notzuständigkeit angenommen werden, wenn sie zum prozessualen Schutz der Ehegatten erforderlich wird.

28 Siehe dazu Shōji Hōmu (Fn. 4) 4.

29 Siehe dazu Shōji Hōmu (Fn. 4) 7.

30 Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000, ABl. EU vom 23.12.2003, L 338/1.

31 Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17.12.2008 (BGBl. I S. 2586, 2587) i.d.F. des 1.3.2017 (BGBl. I S. 386).

Ferner muss man sich vor Augen halten, dass die vergleichsweise engen Zuständigkeitsgründe in Japan gemäß Art. 3-2 Nr. 1–7 PVG-GE mittelbar auch für die Anerkennung ausländischer Urteile gelten (Art. 118 Nr. 1 ZPG). Gemäß Art. 3 Abs. 1 lit a Brüssel IIa-Verordnung sind z.B. die deutschen Gerichte auch dann zuständig, wenn ein deutscher Ehemann, der mit seiner japanischen Ehefrau jahrelang in Japan lebte, die Ehemwohnung in Japan verlässt, nach Deutschland zurückkehrt und sechs Monate nach der Begründung seines gewöhnlichen Aufenthalts dort die Scheidung einreicht. Das so ergangene Scheidungsurteil ist jedoch mangels indirekter Zuständigkeit in Japan nicht anerkennungsfähig. Dies würde zu einer hinkenden Ehe führen und keinen internationalen Entscheidungseinklang gewährleisten können. Die Ehegatten müssten dann erneut in Japan eine Scheidungsklage erheben, um ihre Ehe auch in Japan aufzulösen, wobei dann nach Art. 3-2 Nr. 1 bzw. Nr. 7 PVG-GE die japanischen Gerichte ihre Zuständigkeit annehmen würden.

4. Verbundsachen

Bei der Beratung wurde ferner viel über die Verbundzuständigkeit von Folgesachen hinsichtlich der elterlichen Sorge diskutiert. Soweit es allein um die Zuweisung der elterlichen Sorge geht, ist nach ständiger Rechtsprechung³² und Art. 3-8 FamVG-GE die internationale Zuständigkeit am Wohnsitz des Kindes gegeben, weil die Gerichte dort am besten im Stande sind, die Situation des Kindes zu dessen Schutz schnell und sicher zu beurteilen und zu entscheiden, welcher Elternteil das Sorgerecht ausüben soll.³³ Wie ist aber die Lage, wenn der Vater in Japan lebt und die Mutter mit den Kindern in Deutschland, und letztere eine Scheidungsklage in Japan erhebt? Sind die japanischen Gerichte für die Ehescheidung zuständig und können sie auch über die Zuweisung der elterlichen Sorge entscheiden?

Nach dem materiellen japanischen Recht wird die elterliche Sorge bei der Ehescheidung stets auf einen Elternteil übertragen (Art. 819 ZG). Anders als in Deutschland ist eine Fortführung der gemeinsamen Sorge nach der Scheidung nicht möglich.³⁴ Diese Regelung wirkt sich auf das Verfahrensrecht aus, das – anders als § 137 Abs. 3 FamFG – nicht die Möglichkeit

32 Siehe dazu z.B. Y. NISHITANI, International Child Abduction in Japan, in: Yearbook of Private International Law 8 (2006) 128 f.

33 Shōji Hōmu (Fn. 4) 19.

34 Siehe dazu Y. NISHITANI, Reformüberlegungen (Fn. 13); DIES., State, Family and Child in Japan, in: Verbeke/Scherpe/Declerck (Hrsg.), Confronting the Frontiers of Family and Succession Law. Liber Amicorum Walter Pintens, Bd. 2 (Cambridge et al. 2012) 987 ff.; DIES., Kindschaftsrecht in Japan – Geschichte, Gegenwart und Zukunft, in: ZJapanR/J.Japan.L. 37 (2014) 93 ff.

kennt, das Verfahren auf Antrag einer Partei zu betreiben, sondern für die Bestimmung der elterlichen Sorge im Rahmen der gerichtlichen Scheidung stets ein Verbundverfahren vorschreibt (Art. 32 Abs. 3 PVG). Es stellte sich im Zuge der Gesetzgebungsarbeiten die Frage, ob sich die internationale Zuständigkeit für die Scheidungssache entsprechend der Verbundregelung stets auch auf die elterliche Sorge erstrecken sollte.

Manche Mitglieder der Gesetzgebungskommission verneinten dies. Sie wollten eine solche Erstreckung entweder davon abhängig machen, dass die Ausübung der Zuständigkeit für die elterliche Sorge dem Kindeswohl entspricht, oder davon, dass das auf die elterliche Sorge anwendbare Recht (Art. 32 RAG) ein Verbundverfahren vorsieht. Es wurde von anderer Seite jedoch darauf hingewiesen, dass das verfahrensrechtliche Kindeswohl schwer zu definieren ist. Außerdem erfordert die Bestimmung des anwendbaren Rechts die Untersuchung von Tatsachen wie die Staatsangehörigkeit oder den gewöhnlichen Aufenthalt der Parteien, was zu Unrecht das Hauptsacheverfahren vorwegnehmen würde.³⁵ Aus diesem Grund wurde eine Regelung wie in § 98 Abs. 2 FamFG angenommen, welche die Zuständigkeit für die Scheidung auf die elterliche Sorge erstreckt. Wegen der Ausnahmeregelung bezüglich „besonderer Umstände“ kann aber der Richter gegebenenfalls von der Entscheidung über die elterliche Sorge absehen. Dies ist der Fall, wenn beispielsweise der japanische Richter keine Information über die Situation des Kindes erhält, und damit eine Entscheidung über die Sorgerechtszuweisung als Verbundsache in Japan nicht dem Kindeswohl entsprechen würde.

5. *Ausnahmsweise Klageabweisung*

In Japan ist zusätzlich zu den üblichen Zuständigkeitsregelungen als Korrektiv eine Ausnahmeregelung bezüglich „besonderer Umstände“ vorgesehen. Danach hat der Richter von der Bejahung der Zuständigkeit japanischer Gerichte ganz oder teilweise abzusehen, wenn dies aus Billigkeitsgründen gegenüber den Parteien ungerecht bzw. hinsichtlich einer angemessenen und zügigen Durchführung des Verfahrens unsachgemäß erscheint. Diese Regelung ähnelt der anglo-amerikanischen *forum non conveniens*-Doktrin. Sie ist jedoch keine Ermessens-, sondern eine Ermächtigungsregelung, so dass der Richter bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen stets die Klage abzuweisen hat.

35 Zum Zwischenbericht, siehe Shōji Hōmu (Fn. 4) 52 ff.; Protokolle der 11., 13.–15. Sitzung der Unterkommission (Fn. 4); siehe auch Y. INOUE, *Jinji soshō jiken-tō no kokusai saiban kankatsu hōsei ni tsuite: Saiban-kan no shiten kara* [Zur Gesetzgebung über die internationale Zuständigkeit in Personensachen: Aus dem Blickwinkel des Richters], in: *Kokusai Shihō Nenpō* 16 (2014) 34 ff.

Die gleiche Ausnahmeregelung gilt bereits für Zivil- und Handelssachen (Art. 3-9 ZPG).³⁶ Sie ist auf jeden Fall für Vermögenssachen sinnvoll, weil die Zuständigkeitsgründe dort breit gefasst sind und zur Vermeidung der exorbitanten Zuständigkeit ein Korrektiv benötigen. In Personen- und Familiensachen sind die Zuständigkeitsgründe aber von vornherein restriktiv ausgestaltet, so dass diese Korrektivregelung dort möglicherweise nicht sehr nützlich sein wird. Zudem kann sie eventuell zu einem zusätzlichen Streitpunkt zwischen den Parteien werden, was die Verfahrensdauer unnötigerweise verlängern würde.

III. HAAGER KINDESENTFÜHRUNGSÜBEREINKOMMEN

1. Allgemeines

Das Haager Kindesentführungsübereinkommen (HKÜ) ist einer der erfolgreichsten Staatsverträge der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht. Es hat bisher 96 Vertragsstaaten gewonnen, zuletzt Pakistan am 22.12.2016.³⁷ Das HKÜ sieht vor, dass ein Kind, das unter Verletzung des Sorgerechts des anderen Elternteils widerrechtlich von einem Vertragsstaat in einen anderen Vertragsstaat entführt worden ist (Art. 3 HKÜ), möglichst schnell in den Herkunftsstaat zurückgeführt wird. Dabei geht das Gericht nicht auf die Hauptsache der sorgerechtlichen Streitigkeiten ein. Vielmehr ist die Sachentscheidung zum Sorgerecht dem Richter des Herkunftsstaates überlassen. Zur effektiven Rückführung des Kindes sieht das HKÜ ferner die administrative Kooperation der Zentralen Behörden der Vertragsstaaten vor (Art. 6–7 HKÜ), was für Japan eine neue Erfahrung ist. Außerdem fördert das HKÜ den Umgang mit dem Kind (Art. 21 HKÜ), um die negativen Auswirkungen der Entführung auf das Kind und den allein zurückgebliebenen (hinterlassenen) Elternteil abzumildern.

2. Annahme des HKÜ

Wie oben angeführt, hat Japan das HKÜ am 24.1.2014 angenommen. Es hat verhältnismäßig lange gedauert für einen Staat, der 1904 als erster Staat außerhalb Europas von der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht aufgenommen wurde und deren Aktivitäten auch nach ihrer Gründung als internationale Organisation im Jahre 1955 weiterhin ständig unterstützt hat.³⁸

36 Siehe dazu u.a. NISHITANI, Jurisdiction (Fn. 3) 270 f.

37 <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24>.

38 See <https://www.hcch.net/en/states/hcch-members/details1/?sid=47>.

Mit der Zunahme der internationalen Eheschließungen ist auch die Zahl der grenzüberschreitenden Kindesentführungen gestiegen. Vor der Annahme des HKÜ konnte Japan einem im Ausland verbliebenen Elternteil keine ausreichende Handhabe zur Verfügung stellen, um die Herausgabe des Kindes zu erreichen, wenn dieses nach Japan entführt worden war. Weder die *habeas corpus*-Anordnung³⁹ noch die Herausgabe des Kindes im Wege eines Zivilverfahrens, die Zuweisung bzw. Änderung des Sorgerechts durch das Familiengericht oder die Anerkennung und Vollstreckung einer ausländischen Entscheidung zur Herausgabe des Kindes⁴⁰ waren effiziente Instrumente.⁴¹

Auf Sorge- und Umgangssachen ist generell japanisches Recht anwendbar, wenn ein Elternteil und das Kind japanische Staatsangehörige sind (Art. 32 RAG).⁴² Die gemeinsame Sorge nach der Ehescheidung war deshalb für gemischte Ehen ausgeschlossen (Art. 819 ZG). Wenn die tatsächliche Sorge jedoch eine Zeit lang andauert hatte, wurde dem Antrag des entführenden Elternteils auf die Sorgerechtszuweisung in der Regel wegen des Kontinuitäts- und Stabilitätsgebotes stattgegeben. Damit wurde die Kindesentführung im Nachhinein *de facto* bestätigt. Außerdem hatten die Familiengerichte dem ausländischen Elternteil keinen regelmäßigen oder länger andauernden Umgang mit dem Kind (z. B. während der Ferienzeit) nach westlichem Standard zuerkannt, solange der entführende Elternteil nicht zustimmte,⁴³ zumal der Umgang im japanischen Recht – entgegen der Kritik seitens der Lehre – nicht als „Recht“ der Eltern oder des Kindes konzipiert ist.⁴⁴ Es wurden entsprechend immer wieder Stimmen ausländischer Staaten laut, dass sich Japan endlich dem HKÜ anschließen solle.

Allerdings gab es in Japan Widerstand gegen die Annahme des HKÜ. Es wurde argumentiert, dass man eine japanische Frau, die im Ausland unter der Gewalttätigkeit des Ehemannes gelitten habe oder deren Leben in Gefahr gewesen sei und deshalb mit dem Kind nach Japan geflüchtet sei, dort

39 OGH v. 26.2.1985, Katei Saiban Geppō 37-6, 25; OGH v. 4.8.2010, Katei Saiban Geppō 63-1, 97.

40 OGH v. 26.2.1985 (Fn. 39); OG Tōkyō v. 15.11.1993, Katei Saiban Geppō 46-6, 47.

41 Siehe dazu u.a. NISHITANI (Fn. 32) 127 ff.; auch DIES., Internationale Kindesentführung in Japan – Auf dem Weg zur Ratifikation des HKÜ?, in: Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag (Bielefeld 2011) 320 ff.; D. YOKOMIZO, La Convention de la Haye sur les aspects civils de l'enlèvement d'enfants et le Japon, in: *Revue critique de droit international privé* 101 (2012) 800 ff.

42 Dies ist wegen des *jus sanguinis*-Prinzips (Art. 2 Nr. 1 StAG) regelmäßig der Fall.

43 M. ŌTANI, *Ko no kango o meguru kokusai mondai* [Internationale Probleme des Sorgerechts], in: *Kokusai Mondai* 607 (2011) 7 ff.

44 A. ŌMURA, *Minpō Dokkai: Shinzoku Hen* [Lektüre des ZG: Der familienrechtliche Teil] (Tōkyō 2015) 97 f.

schützen solle. Ferner wurde darauf hingewiesen, dass das HKÜ nicht zu der Tradition und den Wertvorstellungen der japanischen Gesellschaft passe, zumal das japanische Familienrecht die damit einhergehenden „Rechte“ oder „Pflichten“ nicht eindeutig umschreibe.⁴⁵

Der Grundgedanke des HKÜ, wonach das Kind sofort zum Herkunftsstaat zurückzuführen ist und die Sachentscheidung über die elterliche Sorge den dortigen Gerichten überlassen wird, ist jedoch wertneutral und für alle Staaten annehmbar. Die Grundstruktur des HKÜ bezweckt eine Kompetenzverteilung zwischen souveränen Staaten, die von deren Gleichheit und von gegenseitigem Respekt ausgeht. Ferner wurde in der japanischen Diskussion in Betracht gezogen, dass manche japanischen Elternteile im Ausland benachteiligt worden waren, weil sie nur deshalb bei der Ehescheidung keine gemeinsame Sorge für das Kind oder keine Erlaubnis für eine Ausreise mit dem Kind (*relocation order*) erhalten konnten, weil Japan kein Vertragsstaat des HKÜ war und im Falle der Kindesführung keine Rückführung des Kindes garantieren konnte. Darüber hinaus wurde erwogen, dass in der Praxis auch grenzüberschreitende Kindesentführungen von Japan ins Ausland erfolgten, weshalb Japan selber vom HKÜ profitieren würde, da es das Kind zurückerlangen könne.⁴⁶

Mit Blick auf das Kindeswohl gilt es letztendlich das Recht des Kindes zu gewährleisten, regelmäßige persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen pflegen zu können (Art. 9 Abs. 3 und Art. 10 Abs. 2 UN-Kinderrechtskonvention).⁴⁷ Dies setzt voraus, dass man eine effektive Kooperation zwischen den Staaten ermöglicht, indem man deren nationale Regulierungskompetenz beschränkt. Die Annahme des HKÜ war für Japan wohl der einzige Weg, um sich an den internationalen Standard anzupassen.

45 NISHITANI, (Fn. 13) (im Druck).

46 O. KANEKO (Hrsg.), *Kokusaiteki na ko no tsumesari he no seidoteki taiō* [Die systematische Reaktion auf Kindesentführungen], (Tōkyō 2015) 5 ff. Bisher haben Kindesentführungen von Japan ins Ausland und solche vom Ausland nach Japan fast in gleichem Umfang stattgefunden. Siehe dazu die Umfrage des Außenministeriums von 2011 (abrufbar unter: http://www.mofa.go.jp/mofaj/press/release/23/2/0202_03.html) sowie die jährliche Statistik der Umsetzung des HKÜ in Japan (abrufbar unter: http://www.mofa.go.jp/mofaj/fp/hr_ha/page22_000843.html).

47 Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989 (Unterzeichnung Japans 21.9.1990, Ratifikation 22.4.1994, Verkündung 16.5.1994 [Staatsvertrag Nr. 2], Inkrafttreten 22.5.1994).

3. Umsetzung des HKÜ

a) Allgemeines

Die Umsetzung des HKÜ ist bekanntlich je nach Vertragsstaat unterschiedlich ausgefallen. In Deutschland kann beispielsweise die Zentrale Behörde den hinterlassenen Elternteil vertreten und einen Antrag auf Rückführung des Kindes stellen (§ 6 Abs. 2 S. 1 und 2 IntFamRVG).⁴⁸ In Frankreich ist wiederum der Staatsanwalt, der die allgemeinen Interessen des Staates vertritt, zur Antragstellung befugt. England ist für ein effektives Rückführungsverfahren des *High Court* bekannt, wobei es in letzter Zeit statt zwingender Maßnahmen aktiv die Mediation der Eltern unterstützt.⁴⁹

b) Zentrale Behörde

Zur Umsetzung des HKÜ ist in Japan das Ausführungsgesetz vom 19.6.2013 (HKÜ-AG) verabschiedet worden.⁵⁰ Die Zentrale Behörde ist dem Außenministerium zugeordnet (Art. 3 HKÜ-AG).

Die Zentrale Behörde unterstützt bei In- und Auslandsentführungen die Rückführung des Kindes und den Umgang mit dem Kind, indem sie den Aufenthaltsort des Kindes herausfindet, mit dem entführenden Elternteil Kontakt aufnimmt, über das HKÜ berät, eine einvernehmliche Lösung sucht, eine Mediationsstelle vermittelt oder Informationen über erfahrene Anwälte anbietet (Art. 4-20 HKÜ-AG).⁵¹ Die Zentrale Behörde ist in Japan, anders als in Deutschland, jedoch nicht dazu befugt, im Falle einer Kindesentführung nach Japan in Vertretung des hinterlassenen Elternteils gerichtlich die Rückführung des Kindes zu beantragen. Trotzdem leistet sie wichtige Arbeit durch Kooperation mit ausländischen Zentralen Behörden. Auch innerstaatlich hat sie zusammen mit Verwaltungsorganen wie den Jugendämtern und der Polizei und sonstigen Stellen wie Anwaltskammern und

48 Internationales Familienrechtsverfahrensgesetz (IntFamRVG) vom 26.1.2005 (BGBl. I S. 162) i.d.F. des Gesetzes vom 8.7.2014 (BGBl. I S. 890).

49 Diese Information beruht auf dem von der Autorin durchgeführten Interview sowie den HKÜ-Tagungen. Siehe dazu Y. NISHITANI, ‚*Kokusai-teki na ko no dasshu no minji-men ni kansuru jōyaku’ no chōsa kenkyū hōkoku-sho* [Bericht über Untersuchungen und Forschung über das HKÜ (im Auftrag des Justizministeriums)] (2010) (abrufbar unter: <http://www.moj.go.jp/content/000076994.pdf>).

50 Siehe dazu J. YOKOYAMA, A Japanese Implementation Bill for the 1980 Child Abduction Convention, in: The Hague Conference on Private International Law (Hrsg.), A Commitment to Private International Law: Essays in Honour of Hans van Loon (Cambridge *et al.* 2013) 661 ff.; für einen Überblick über die Mitwirkung der Zentralen Behörde sowie über das gerichtliche Rückführungsverfahren in Japan, siehe <http://www.mofa.go.jp/files/000034153.pdf>.

51 NISHIOKA/TSUJISAKA (Fn. 6) 13 ff.

Mediationsorganisationen ein Netzwerk aufgebaut. Im ersten Jahr hat die japanische Zentrale Behörde insgesamt 113 Anträge und im zweiten Jahr 69 Anträge auf die Unterstützung bei der Rückführung des Kindes oder des Umgangs mit dem Kind erhalten.⁵² Die große Zahl der Anträge ist ein Zeichen dafür, dass zahlreiche Kindesentführungen in Japan vorkommen und das HKÜ häufig Anwendung findet.

c) Rückführungsverfahren

Zur Annahme des HKÜ hat Japan mit dem HKÜ-Ausführungsgesetz ein eigenes Rückführungsverfahren eingeführt.⁵³ Die sachliche und örtliche Zuständigkeit für das Rückführungsverfahren ist auf die Familiengerichte Tōkyō und Ōsaka konzentriert (Art. 32 HKÜ-AG), damit Richter mittels einschlägiger Expertise zügig entscheiden können. Am FG Tōkyō ist eine eigenständige HKÜ-Abteilung errichtet worden, die mit drei Richtern besetzt ist und sich nur mit HKÜ-Fällen befasst. Sie hat im ersten Jahr 12 Anträge und im zweiten Jahr 21 Anträge auf Kindesrückführung erhalten. Dagegen war die entsprechende Zahl der Anträge am FG Ōsaka jeweils auf vier und fünf beschränkt,⁵⁴ so dass sich dort die Einrichtung einer eigenen HKÜ-Abteilung nicht lohnt. Die HKÜ-Fälle werden am FG Ōsaka auf zwei normale Abteilungen mit insgesamt acht Richtern verteilt.

Traditionell wird in Japan in Sorgesachen zunächst die gerichtliche Mediation eingeleitet.⁵⁵ Auch im Falle des HKÜ-Rückführungsverfahrens wird mit Zustimmung der beiden Parteien eine gerichtliche Mediation durchgeführt (Art. 144 HKÜ-AG), die in der Praxis häufig vorkommt und in der Regel erfolgreich ist.

Das Streben nach dem Einvernehmen der Parteien zeigt sich auch bei der Zwangsvollstreckung. Die zunächst einzusetzende Vollstreckungsmethode ist der mittelbare Zwang durch Geldzahlung (Art. 136 HKÜ-AG). Erst nach Ablauf von zwei Wochen kann die Vollstreckung der Kindesherausgabe durch einen Dritten („Rückgabeausführer“) beantragt werden, der das Kind in den Herkunftsstaat zurückbegleiten soll (Art. 137 HKÜ-AG). Dabei hat der Gerichtsvollzieher den entführenden Elternteil zur freiwilligen Übergabe

52 Siehe die Statistik (Fn. 46). Die große Zahl im ersten Jahr ist wohl damit zu erklären, dass ein Antrag auf den Umgang mit dem Kind auch für Altfälle möglich war, während ein Antrag auf die Rückführung des Kindes nur für die Entführungsfälle ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des HKÜ für Japan (1.4.2014) zulässig war.

53 Die an dieser Stelle wiedergegebenen praktischen Informationen beruhen auf Interviews mit den für die HKÜ-Fälle zuständigen Richtern, die die Autorin anlässlich ihrer Vorträge am FG Tōkyō und am FG Ōsaka (am 10.2.2016 bzw. 24.2.2016) geführt hat. Die HKÜ-Entscheidungen sind noch nicht veröffentlicht worden.

54 Siehe die Statistik (Fn. 46).

55 Siehe dazu NISHITANI (Fn. 32) 128.

be des Kindes zu überreden und darf nur mit dessen Zustimmung das Haus betreten. Erst wenn auch dies nicht zum Erfolg führt, ist der Gerichtsvollzieher befugt, Zwangsmaßnahmen zu ergreifen, gegebenenfalls mit Hilfe der Polizei (Art. 140 HKÜ-AG), was aber voraussichtlich selten vorkommen dürfte.⁵⁶ Der Mangel an effektiven Vollstreckungsmaßnahmen könnte künftig ein Problem werden. In der Praxis wird die Möglichkeit erwogen, dass der hinterlassene Elternteil die *habeas corpus*-Anordnung beantragt. Bei Androhung einer strafrechtlichen Sanktion wegen der Verletzung einer *habeas corpus*-Anordnung (Art. 26 HCG)⁵⁷ könnte sich der entführende Elternteil eventuell veranlasst sehen, das Kind freiwillig herauszugeben.

d) *Praktische Herausforderungen*

Die Umsetzung des HKÜ ist keine einfache Aufgabe für die Richter in Japan. Sie versuchen, sich bei der Umsetzung des Übereinkommens dem internationalen Standard anzupassen. Aber sie haben noch keine ausreichenden Informationen zur Hand, wie die Vorschriften des HKÜ ausgelegt werden sollen, beispielsweise wann eine „Verletzung des Sorgerechts“ vorliegt (Art. 3 HKÜ), oder wie der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes zu bestimmen ist. Unklarheiten bestehen auch hinsichtlich der Auslegung der Rückführungshindernisse, d.h. unter welchen Umständen etwa eine physische oder psychische Gefahr für das Kind besteht (Art. 13 Abs. 1 lit b HKÜ) oder der Wille des Kindes zu beachten ist, wenn es sich gegen die Rückführung äußert (Art. 13 Abs. 2 HKÜ).

Bei der Verabschiedung des Ausführungsgesetzes hat der Gesetzgeber darauf geachtet, dass die japanischen Mütter hinreichend geschützt werden. So etwa, wenn sie mit ihrem ausländischen Ehemann im Ausland gelebt haben und wegen dessen Gewalttätigkeit oder unterlassener Unterhaltszahlungen aus Not mit dem Kind nach Japan geflüchtet sind. Deshalb hat der Gesetzgeber die im HKÜ vorgeschriebenen Rückführungshindernisse, die sich nur auf die Gefährdung des Kindes beziehen (Art. 13 Abs. 1 lit b HKÜ), dem schweizerischen Modell folgend⁵⁸ um solche erweitert, die sich

56 Siehe dazu M. MURAKAMI, Case Proceedings for the Return of an Abducted Child and the Compulsory Execution in Japan, in: JYIL 57 (2014) 48 ff.

57 *Jinshin hogo-hō*, Gesetz Nr. 199 vom 30.7.1948 [*Habeas Corpus*-Gesetz] (zit: HCG).

58 Bundesgesetz über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (BG-KKE) vom 21.12.2007; siehe dazu A. BUCHER, The New Swiss Federal Act on International Child Abduction, in: Journal of Private International Law 4 (2008) 139 ff. Der Leiterin der schweizerischen Zentralen Behörde, Frau Joëlle Schickel-Küng, zufolge werden die betreffenden Vorschriften des Schweizer Gesetzes nicht weiter als Art. 13 Abs. 1 lit b HKÜ ausgelegt und die Praxis hat sich nach dem Erlass des Gesetzes nicht verändert.

auf den entführenden Elternteil beziehen (Art. 28 Abs. 1 Nr. 4 und Abs. 2 Nr. 1–3 HKÜ-AG). Ein solches Rückführungshindernis ist zu bejahen, wenn die Gefahr besteht, dass der andere Elternteil gegenüber dem entführenden Elternteil Gewalt ausübt, was das Kind psychisch verletzen kann, oder wenn Umstände bestehen, welche die Betreuung des Kindes durch den entführenden oder den hinterlassenen Elternteil im Herkunftsstaat als unzumutbar erscheinen lassen.⁵⁹

Entgegen ursprünglichen Befürchtungen sind die japanischen Richter jedoch prinzipiell entschlossen, die Rückführungen nach Japan entführter Kinder ins Ausland anzuordnen. Die japanischen Richter empfinden einen großen Druck, diese Kinder zurückzuführen, um damit der völkerrechtlichen Pflicht Japans gerecht zu werden. Die Wissenschaftler in Japan versuchen den Richtern dabei zu helfen, indem sie die Praxis und die Rechtsprechung in anderen Vertragsstaaten – einschließlich der EuGH- und der EGMR-Rechtsprechung⁶⁰ – untersuchen und den internationalen Standard herauszufinden suchen. Dies geschieht auch mit Hilfe ausländischer Kommentare und der Datenbanken der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht.⁶¹

Wenn sich die Umsetzung des HKÜ einmal in der Praxis etabliert hat und ins allgemeine Bewusstsein der Bevölkerung gedrungen ist, wird die globale Wertvorstellung, dass eine Kindesentführung unter Verletzung des Sorgerechts des anderen Elternteils widerrechtlich und der Umgang mit

59 KANEKO (Fn. 46) 139 ff.

60 Im Bereich der internationalen Kindesentführung ist die Entwicklung der Rechtsprechung des EGMR hinsichtlich des Art. 8 EMRK und des EuGH im Hinblick auf Art. 11 Brüssel IIa-Verordnung (Fn. 30) markant. Siehe u.a. EGMR (Große Kammer) v. 6.7.2010, *Neulinger und Schuruk ./. Schweiz* (Nr. 41615/07); EGMR 26.10.2010, *Raban ./. Rumänien* (Nr. 25437/08); EGMR v. 12.7.2011, *Šneersonė ./. Italien* (Nr. 14737/09); EGMR v. 18.6.2013, *Povse ./. Österreich* (Nr. 3890/11); EGMR (Große Kammer) v. 26.11.2013, *X ./. Latvia* (Nr. 27853/09); EGMR v. 21.7.2015, *G.S. ./. Georgien* (Nr. 2361/13); EGMR v. 21.7.2015, *R.S. ./. Polen* (Nr. 63777/09); EGMR v. 1.3.2016, *K.J. ./. Polen* (Nr. 30813/14); EuGH v. 11.7.2008, *Inga Rinau* (Rs. C-195/08 PPU) Slg. 2008 I-5271; EuGH v. 1.7.2010, *Povse* (Rs. C-211/10 PPU) Slg. 2010 I-6673; EuGH v. 15.7.2010, *Purrucker* (Rs. C-256/09) Slg. 2010 I-7353 und 9.11.2010 (Rs. C-290/10) Slg. 2010 I-11163; EuGH v. 22.12.2010, *Aguirre Zarraga* (Rs. C-491/10 PPU) Slg. 2010 I-14247; EuGH v. 22.12.2010, *Mercredi* (Rs. C-497/10 PPU) Slg. 2010 I-14309. Siehe dazu u.a. N. LOWER, *Strasbourg in Harmony with The Hague and Luxembourg over Child Abduction?*, in: K. Hilbig-Lugani *et. al.* (Hrsg.), *Festschrift Dagmar Coester-Waltjen* (München 2015) 543 ff.; D. MARTINY, *Internationale Kindesentführung und europäischer Menschenrechtsschutz – Kollision unterschiedlicher Ansätze*, *Ibid.* 597 ff.

61 Abrufbar unter: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction>

dem Kind zu schützen ist, vermutlich auch in der japanischen Gesellschaft verankert werden. Es bleibt zu wünschen, dass dies langfristig auch auf die Anwendung der Regelungen über die elterliche Sorge und den Umgang mit dem Kind in Inlandsfällen positive Auswirkung hat.⁶²

IV. INTERNATIONALE LEIHMUTTERSCHAFT

1. Hintergrund

Die Leihmutterschaft ist ein globales Problem geworden. Wunscheltern aus einem Staat, der die Leihmutterschaft nicht oder nur restriktiv erlaubt, begeben sich ins Ausland und lassen dort von einer Leihmutter ein Kind austragen („surrogacy tourism“). Diese Vorgehensweise ist auch für japanische Wunscheltern attraktiv, die in Japan keine Leihmutterschaft nutzen dürfen. Mit Blick auf ihre rechtspolitische Position zur Zulassung der Leihmutterschaft lassen sich die Staaten generalisierend in die nachfolgenden drei Kategorien einteilen.⁶³

(i) Die erste Gruppe bilden die „Import“-Länder, die im Inland keine Leihmutterschaft erlauben. Das sind Japan, Deutschland, Frankreich, Österreich, die Schweiz, Italien und Spanien. Aus diesen Ländern begeben sich die Wunscheltern ins Ausland und bringen die durch die Leihmutterschaft geborenen Kinder mit nach Hause. In diesen Ländern entsteht die rechtliche Mutterschaft für die Leihmutter durch Geburt, während die Vaterschaft für den Wunschvater gegebenenfalls durch Vaterschaftsanerkennung entstehen kann. Auch die Adoption kann unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein.⁶⁴

62 M. TANAMURA, International Child Abduction Cases and the Act for the Implementation of the Hague Convention: Impact on Domestic Cases and Family Law, in: JYIL 57 (2014) 29 ff.; z.Z. wird die Gesetzesreform des ZVollG für die Stärkung der Vollstreckungsmaßnahmen zur Rückgabe des Kindes erwogen, und dafür ist eine Unterkommission der Gesetzgebungskommission errichtet worden. Siehe dazu <http://www.moj.go.jp/content/001209871.pdf>.

63 Die folgende rechtsvergleichende Studie beruht u.a. auf K. TRIMMINGS/P. BEAUMONT (Hrsg.), International Surrogacy Arrangements (Hart Publishing 2013) 443–464; Hague Conference on Private International Law, „A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements (Prel.Doc. No 10 for the 2012 Council)“ paras. 10 ff.; Hague Conference on Private International Law, „A Study of Legal Parentage and the Issues arising from International Surrogacy Arrangements“ (Prel.Doc. No 3C for the 2014 Council) paras. 84 ff.

64 Siehe dazu Y. NISHITANI, *Gurobaru-ka to kokusai shihō: Kokusai kazoku-hō no shiten kara* [Globalisierung und Internationales Privatrecht: aus der Sicht des Internationalen Familienrechts], in: Hōritsu Jihō 1103 (2016) 74.

(ii) Zur zweiten Gruppe gehören England, Belgien, die Niederlande, Australien, Neuseeland, Israel, Argentinien, Brasilien und Mexiko, welche die Leihmutterchaft unter strengen Voraussetzungen grundsätzlich nur für Inlandsfälle erlauben, indem sie von den Wunscheltern die eigene Staatsangehörigkeit oder den dauerhaften Aufenthalt im Inland fordern. Die Elternschaft der Wunscheltern wird entweder von Geburts wegen oder durch Transfer der Elternschaft der Leihmutter auf die Wunscheltern durch „parental order“ bzw. Adoption festgestellt. Diese Länder könnten eventuell zu „Import“-Ländern werden, indem sich die Wunscheltern ins Ausland begeben und dort einen Leihmutterchaftsvertrag abschließen.⁶⁵

(iii) Eine dritte Gruppe von Ländern, wie einige Bundesstaaten der USA (insbesondere Kalifornien), Russland, die Ukraine und seit kurzem auch Griechenland, sind „Export“-Länder. Sie akzeptieren sowohl inländische als auch ausländische Wunscheltern für die Leihmutterchaft und erlauben, dass die Kinder „exportiert“ werden. Die Elternschaft der Wunscheltern wird durch Gerichtsentscheidung oder Eintragung in die Geburtsurkunde festgestellt. Einige asiatische Länder waren früher auch „Export“-Länder, haben aber, wie vor kurzem Indien, Thailand und Nepal, die internationale Leihmutterchaft ausgeschlossen, nachdem verschiedene Probleme aufgetreten waren.⁶⁶ Manche Wunscheltern begeben sich heute stattdessen nach Vietnam oder Kambodscha.⁶⁷

Aus der Sicht des Kollisionsrechts ist zu entscheiden, wie die Elternschaft in grenzüberschreitenden Fällen zu bestimmen ist.

2. *Rechtsprechung in Japan*

Japan gehört wie Deutschland zur ersten Gruppe. Der japanische OGH hatte am 23.3.2007⁶⁸ einen Fall zu entscheiden, in dem die japanischen Wunscheltern nach Nevada, USA, gegangen waren, von einer dort ansässigen Leihmutter Zwillinge austragen ließen und diese nach Rückkehr nach Japan als eigene Kinder registrieren lassen wollten. Die Zeugung der Kinder erfolgte durch zwei Embryonen, die von Eizellen und Samen der Wunscheltern entstanden waren. Das japanische Ortsamt hat jedoch die Registrierung der Geburt abgelehnt, obwohl ein Gericht in Nevada die Elternschaft der Wunscheltern festgestellt hatte. Die Wunscheltern haben dagegen Beschwerde eingelegt.

Nach dem OGH macht die Elternschaft den Kern des Personenstatus aus und muss aufgrund eindeutiger und einheitlicher Kriterien festgestellt wer-

65 Siehe NISHITANI (Fn. 64) 74 f.

66 Siehe dazu unten Fn. 71.

67 Siehe NISHITANI (Fn. 64) 75.

68 OGH v. 23.3.2007, Minshū 61-2, 619.

den. Das japanische Recht kenne keine Begründung der ehelichen oder nichtehelichen Mutterschaft, die auf den Willen der Wunschmutter gestützt werde, sondern setze Schwangerschaft und Zeugung des Kindes voraus (vgl. Art. 772 ZG).⁶⁹ Die Anerkennung einer anders lautenden ausländischen Entscheidung verstoße deshalb gegen den japanischen *ordre public* (Art. 118 Nr. 3 ZPG). Ferner sei die rechtspolitische Entscheidung über die auf die Geburt gestützte Mutterschaft zu Recht auf den Gedanken zurückzuführen, dass die Mutterschaft der Frau, die das Kind ausgetragen und auf die Welt gebracht habe, nach dem seinerzeitigen Stand der Entwicklung ausnahmslos mit dem Kind genetisch verbunden sei, was aufgrund objektiver und eindeutiger Kriterien festgestellt werden könne. Auf diese Weise würde man auch dem Kindeswohl und dem öffentlichen Interesse gerecht. In Ermangelung der Anerkennung der Entscheidung aus Nevada richte sich die eheliche Elternschaft nach dem Heimatstaat der Eltern (Art. 28 Abs. 1 RAG), nämlich japanischem Recht. Danach sei die Elternschaft der Wunscheltern abzulehnen.

Mit dieser Argumentation hat der OGH die amerikanische Leihmutter und deren Ehemann als rechtlichen Eltern qualifiziert. Das Urteil hat mithin die Ablehnung der Registrierung der Geburtsanmeldung durch die Wunscheltern bestätigt.

3. Analyse

a) Fragestellung

Im Ergebnis ist der Beschluss des OGH vom 23.3.2007 allerdings nicht völlig unproblematisch. Die Leihmutter und ihr Ehemann hatten im Leihmutterchaftsvertrag sowie im Gerichtsverfahren in Nevada erklärt, dass sie auf ihre Elternschaft verzichten und die der Wunscheltern anerkennen, sich der elterlichen Sorge sowie des Umgangs mit den Kindern enthalten und keinerlei Rechte oder Pflichten bezüglich der Kinder geltend machen bzw. tragen wollen. Wird die Anerkennung der Elternschaft der Wunscheltern in Japan abgelehnt, haben die Kinder aus dortiger Sicht zunächst einmal keine rechtlichen Eltern. Die Zwillinge hatten im vorliegenden Fall das Glück, dass sie aufgrund des *jus soli*-Prinzips die US-amerikanische Staatsangehörigkeit erworben haben und damit zusammen mit den japanischen Wun-

⁶⁹ Auch die nichteheliche Mutterschaft entsteht nach der ständigen Rechtsprechung entgegen dem Gesetzestext (Art. 779 ZG) durch die Schwangerschaft und Geburt. OGH v. 27.4.1962, Minshū 16-7, 1247.

scheltern ausreisen konnten. Anschließend konnten sie in Japan durch Voladoption von den Wunscheltern angenommen werden.⁷⁰

In Deutschland hat es jedoch den Fall geben, dass Zwillinge, die in Indien durch eine Leihmutter geboren wurden, in Ermangelung eines rechtlichen Eltern-Kind-Verhältnisses mit den deutschen Wunscheltern weder die deutsche Staatsangehörigkeit noch eine Einreiseerlaubnis für Deutschland erwerben konnten. Aus der Sicht der indischen Regierung waren die Kinder jedoch keine indischen Staatsangehörigen. Im Ergebnis wurden die Kinder etwa zwei Jahre mit dem Wunschvater in Indien zurückgehalten, bis sie von den Wunscheltern erfolgreich adoptiert werden konnten.⁷¹ Ohne rechtliche Zuordnung zu den Wunscheltern erleiden die Kinder auch nach der Einreise in den Heimatstaat der Wunscheltern verschiedene Nachteile, indem sie regelmäßig eine Aufenthaltsgenehmigung beantragen müssen oder ihren Familienstatus nur schwer nachweisen können.⁷²

b) Rechtsvergleichung

Die Staaten der Kategorien (i) und (ii) haben bis vor kurzem im Allgemeinen eine Anerkennung der im Geburtsland des Kindes begründete Elternschaft der Wunscheltern wegen *ordre public*-Widrigkeit bzw. Gesetzesumgehung (*fraude à la loi*) oder mangels sonstiger Voraussetzungen abgelehnt.⁷³ Es war in diesen Staaten nicht statthaft, dass Wunscheltern, die das innerstaatliche Verbot oder Einschränkungen der Leihmutterschaft umge-

70 Siehe dazu D. YOKOMIZO, Anm., in: Koseki Jihō 663 (2010) 13 ff.; für einen nationalen Fall, FG Kobe (Zweigstelle Himeji) v. 26.12.2008, Katei Saiban Geppō 61-10, 72.

71 Siehe dazu VG Berlin v. 26 November 2009, AuAS 2010, 86; K. DUDEN, Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht (Tübingen 2015) 2. In einem anderen Fall in Indien haben sich die japanischen Wunscheltern nach der Beauftragung der Leihmutterschaft scheiden lassen und verweigerten die Annahme des Kindes. Schließlich ist die Mutter des Ehemannes nach Indien gereist und hat das Kind in ihre Obhut genommen (Supreme Court of India v. 29 September 2008, *Baby Manji Yamada v Union of India* [2008] INSC 1656).

72 Siehe dazu die EGMR-Urteile *Mennesson* und *Labassee* (Fn. 8).

73 In Japan und Deutschland wird im Allgemeinen eine Elternschaft, die im Ausland aufgrund einer Gerichtsentscheidung zustande gekommen ist, im Wege der Anerkennung ausländischer Entscheidungen anerkannt (Art. 118 ZPG bzw. §§ 108–109 FamFG). Dagegen wird die im Ausland von Gesetzes wegen bzw. durch Rechtsgeschäft zustande gekommene Elternschaft gemäß dem anwendbaren Recht (Art. 28–30 RAG bzw. Art. 19–20 EGBGB) anerkannt. Ist also im letzteren Fall auf die durch die Leihmutterschaft im Ausland zustande gekommene Elternschaft der Wunscheltern nur japanisches oder deutsches Recht anwendbar, wird das rechtliche Eltern-Kind-Verhältnis abgelehnt. Der französische Kassationshof nahm in einer solchen Konstellation eine Gesetzesumgehung an (siehe unten Fn. 75).

hen und im Ausland von einer Leihmutter Kinder austragen lassen, ihre Elternschaft anerkennen lassen können. Eine Anerkennung einer solchen Elternschaft würde der statusrechtlichen Ordnung des Anerkennungsstaates zuwiderlaufen. Deshalb wurde ein solches Ergebnis regelmäßig für *ordre public*-widrig gehalten. Während aber manche Länder wie Japan und Deutschland zumindest in beschränktem Umfang die Adoption oder die Vaterschaftsanerkennung der Wunscheltern erlaubt haben,⁷⁴ ging Frankreich zuerst noch strenger mit der grenzüberschreitenden Leihmutterschaft um. Frankreich lehnte nämlich jede Form des rechtlichen Eltern-Kind-Verhältnisses der Wunscheltern ab, sei es durch die Eintragung ins Geburtsregister, sei es durch die Vaterschaftsanerkennung, die *possession d'état* oder die Adoption, um die Umgehung des dortigen Leihmutterschaftsverbots mittelbar zu ahnden.⁷⁵

Diese Vorgehensweise Frankreichs ist am 26.6.2014 durch das EGMR-Urteil in Sachen *Menesson* und *Labassee* verurteilt worden.⁷⁶ In diesen Fällen handelte es sich um eine Leihmutterschaft in den USA (Kalifornien bzw. Minnesota), die mit dem Embryo aus Samen des Wunschvaters und Eizellen einer Spenderin durchgeführt wurde.⁷⁷ Nach dem EGMR hat Frankreich aufgrund der Ablehnung jeglicher Vaterschaft des mit dem Kind genetisch verbundenen Wunschvaters das Menschenrecht des Kindes auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) verletzt.⁷⁸ Dagegen sei das Menschenrecht der Wunscheltern auf Achtung des Privat- und Familienlebens nicht tangiert, zumal Frankreich im Rahmen seines Ermessensspielraums zu Recht die Interessen der Wunscheltern und die des Staates gegeneinander abgewogen habe.⁷⁹ Dieser Tenor des EGMR ist erneut am 21.7.2016⁸⁰ in der Entscheidung *Foulon* und *Bouvet* bestätigt worden.⁸¹ Zur Mutterschaft hat sich

74 Es bestehen trotzdem verschiedene rechtliche Hindernisse für die Adoption oder Vaterschaftsanerkennung. So ist z.B. nach japanischem Recht die Vaterschaftsanerkennung durch den Wunschvater im Falle der Vaterschaftsvermutung zugunsten des Ehemannes der Leihmutter ausgeschlossen (Art. 779 ff. ZG).

75 Cour de cassation v. 6.4.2011, Nr. 09-17130; Cour de cassation v. 13.9.2013, Nr. 12-18315 und Nr. 12-30138; Cour de cassation v. 19.3.2014, Nr. 13-50005.

76 Siehe oben Fn. 8.

77 In diesen Fällen waren in der Geburtsurkunde die beiden Wunscheltern als genetische bzw. rechtliche Eltern angegeben. In *Menesson* ging es um die Eintragung ins Geburtsregister, während es sich in *Labassee* um die *possession d'état* handelte.

78 EGMR-Urteil in *Menesson* (Fn. 8) Rn. 96 ff.

79 *Ibid.*, Rn. 87 ff.

80 EGMR v. 21.7.2016, *Foulon* und *Bouvet* ./ *Frankreich* (Nr. 9063/14 und 10410/14).

81 In diesen Fällen waren in der in Indien ausgestellten Geburtsurkunde jeweils der genetische Vater und die Leihmutter als rechtliche Eltern angegeben. Im *Bouvet*-Fall (Nr. 10410/14) war der Beschwerdeführer ein homosexueller genetischer Vater, der mit seinem Lebenspartner in PACS (*pacte civil de solidarité*) lebte.

der EGMR bisher allerdings nicht geäußert, so dass die Meinungen über die Zulässigkeit einer Anerkennung der Mutterschaft der Wunschmutter, insbesondere wenn sie mit dem Kind genetisch verwandt ist, geteilt sind.⁸²

Der französische Kassationshof ist in zwei Fällen vom 3.7.2015⁸³ dem EGMR-Urteil in Sachen *Mennesson* und *Labassee* gefolgt und hat sich für die Zulässigkeit einer Eintragung von Geburtsurkunden in das Geburtsregister entschieden, die in Russland ausgestellt worden waren. In der jeweiligen Geburtsurkunde war der mit dem Kind genetisch verbundene Wunschvater als der rechtliche Vater und die Leihmutter als die rechtliche Mutter angegeben, so dass es im Ergebnis nur um die Anerkennung der Vaterschaft ging. Ähnlich hat das Schweizerische Bundesgericht am 21.5.2015⁸⁴ lediglich eine in Kalifornien entstandene Vaterschaft des genetisch verwandten Wunschvaters anerkannt, während es die Vaterschaft seines homosexuellen Lebenspartners sowie eine Adoption durch diesen verneint hat. Ferner hat es am 14.9.2015 eine in Kalifornien zugesprochene Elternschaft von Wunscheltern, von denen keiner mit den geborenen Zwillingen genetisch verwandt war, nicht in das Geburtsregister eintragen lassen.⁸⁵

Der deutsche BGH ging in seinem Beschluss vom 10.12.2014⁸⁶ etwas weiter, als er die durch eine kalifornische Entscheidung entstandene doppelte Vaterschaft eines männlichen Paares anerkannte, das in Deutschland als eingetragene Lebenspartnerschaft registriert war. In diesem Fall war einer der Lebenspartner mit dem Kind genetisch verwandt und hat seine Vaterschaft anerkannt, und auch sein Lebenspartner wurde als Mit-Vater qualifiziert. Über die Mutterschaft wurde allerdings nichts gesagt. Der österreichische Verfassungsgerichtshof hatte sogar am 14.12.2011 und 11.10.2012⁸⁷ nicht nur die Vaterschaft, sondern auch die Mutterschaft der mit dem Kind genetisch verwandten Wunscheltern anerkannt, die jeweils im US-Bundesstaat Georgia und der Ukraine begründet worden waren.

Auf diese Weise gehen die europäischen Länder allmählich dazu über, die im Ausland durch Leihmutterschaft entstandene Elternschaft zu honorieren, auch wenn im Inland die Leihmutterschaft nach wie vor nicht statthaft ist.

82 Siehe dazu z.B. S. BOLLÉE, Anm., in: *Revue critique de droit international privé* 104 (2015) 158 ff.

83 Cour de cassation v. 3.7.2015, Nr. 14-21.323 und Nr. 15-50.002.

84 Schweizerisches Bundesgericht v. 21.5.2015 (BGer 5A_748/2014).

85 Schweizerisches Bundesgericht v. 14.9.2015 (BGer 5A_443/2014).

86 Siehe oben Fn. 7

87 Österreichischer Verfassungsgerichtshof v. 14.12.2011 und 11.10.2012, IPRax 2013, 271.

c) *Anerkennungsmöglichkeit*

Für die Anerkennung der Elternschaft spricht das Kindeswohl. Die Rechte des Kindes auf Betreuung, eine stabile rechtliche Zuordnung zu den Eltern, Unterhalt, Erbschaft und Erwerb des Familiennamens sowie der Staatsangehörigkeit gilt es zu schützen.

Die Elternschaft könnte zwar theoretisch auch nachträglich durch Adoption begründet werden.⁸⁸ Die im Heimatstaat der Wunscheltern anerken- nungsfähige Adoption kann aber schwerlich im Geburtsland des Kindes erfolgen, zumal dort bereits die Elternschaft der Wunscheltern entstanden ist. Eine grenzüberschreitende Adoption durch die Wunscheltern würde auch einigen Regelungen des Haager Adoptionsübereinkommens von 1993 zuwiderlaufen.⁸⁹ Ferner besteht *de facto* für die Begründung der Eltern- schaft durch Adoption die Gefahr, dass die Wunscheltern später – z.B. wegen ihrer Scheidung oder der Behinderung des Kindes – ihre Meinung ändern und die Annahme des Kindes verweigern.⁹⁰ Aus dem Blickwinkel des Kindeswohls ist es wünschenswert, dass das Kind von Geburt an seinen rechtlichen Eltern zugeordnet wird.

Die vielfach geäußerte Kritik, die Anerkennung einer im Ausland ent- standenen Elternschaft der Wunscheltern unterlaufe das inländische Verbot der Leihmutterchaft, ist damit zu widerlegen, dass das unschuldige Kind nicht wegen der rechtswidrigen Handlung der Eltern bestraft werden darf. Vielmehr gilt es das Kind zu schützen, denn das Kindeswohl wiegt schwe- rer als die Ordnungs- und Regulierungsinteressen des Heimatstaates der Wunscheltern.⁹¹

88 Eingehend siehe C. THOMALE, Mietmutterchaft (Tübingen 2015) 26 ff.

89 Haager Übereinkommen vom 29. Mai 1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption (noch nicht von Ja- pan angenommen). Die grenzüberschreitende Leihmutterchaft verstößt gegen des- sen folgende Grundprinzipien: Die Einwilligung der Leihmutter in die Adoption (Verzicht auf die elterliche Sorge) erfolgt in der Regel vor der Geburt des Kindes (Art. 4 lit c). Das Subsidiaritätsprinzip der internationalen Adoption im Verhältnis zur inländischen Adoption kann nicht eingehalten werden (Art. 4 lit b). Im Aufent- haltsstaat des Kindes kann keine hinreichende Untersuchung über dessen Adopti- onsfähigkeit erfolgen (Art. 17). Schließlich verstößt die Kontaktaufnahme der Wunscheltern mit dem Kind gegen das Verbot des vorherigen Kontakts zwischen den Adoptiveltern und dem Adoptivkind (Art. 29). HCCH, „Private International Law Issues surrounding the Status of Children, including Issues arising from Inter- national Surrogacy Arrangements“ (Prel.Doc. No 11: 2011 Council) para. 43.

90 Siehe den *Manji*-Fall (Fn. 71).

91 N. DETHLOFF, Anmerkung, in: JZ 2016, 207 ff.; DUDEN (Fn. 71) 133 ff.; D. HENRICH, Leihmütterkinder: Wessen Kinder?, in: IPRax 2015, 229; C. MAYER,

Im Zuge dieser Entwicklungen in Europa ist allerdings noch die Frage offen geblieben, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen eine im Ausland entstandene Elternschaft der Wunscheltern anerkannt werden kann. Es ist beispielsweise nicht klar, was geschieht, wenn beide Wunscheltern dem Kind genetisch fremd sind, die Leihmutterschaft durch ein kommerzielles Geschäft vermittelt wurde, oder die Leihmutter sich hinterher weigert, das Kind zu übergeben. In *Menesson* und *Labassee* hat der EGMR nur dargelegt, dass die völlige Ablehnung der Vaterschaft des genetisch verwandten Wunschvaters menschenrechtswidrig ist. Theoretisch dürfte aber auch eine Begründung der Elternschaft durch Adoption oder *parental order* möglich sein. Ferner ist es noch ungeklärt, ob eine genetische Verwandtschaft zumindest eines Wunschelternteils gefordert werden soll, und wie die Mutterschaft zu behandeln ist. Die überwiegende Rechtsprechung in europäischen Staaten und das EGMR-Urteil vom 27.1.2015⁹² deuten darauf hin, dass die genetische Verwandtschaft wenigstens mit einem der Wunscheltern erforderlich sein sollte.

4. Ausblick

Die Haager Konferenz für Internationales Privatrecht plant seit 2011, ein Projekt über die Abstammung im Allgemeinen inklusive der Elternschaft aufgrund von Leihmutterschaft auf den Weg zu bringen. Die Haager Konferenz hatte ursprünglich beabsichtigt, auf internationaler Ebene klare Regelungen über die internationale Zuständigkeit, des anwendbaren Rechts und die Anerkennung ausländischer Geburtsurkunden bzw. Gerichtsentscheidungen zu schaffen und es damit zu ermöglichen, die notwendige Kontrolle der grenzüberschreitenden Leihmutterschaft – eventuell vermittelt durch eine administrative Kooperation der Zentralen Behörden – ausüben zu können.⁹³

Das erste Expertentreffen zur Untersuchung der Durchführbarkeit des Projekts (*feasibility study*) vom Februar 2016 hat jedoch erneut festgestellt, dass in den verschiedenen Staaten noch sehr unterschiedliche, schwer zu überbrückenden Rechtsnormen über die Leihmutterschaft und die daraus resultierende Elternschaft bestehen, wie die oben genannten Kategorien (i)–(iii) zeigen. Zur Zeit entwickelt sich die Rechtsprechung in europäischen Ländern mit großem Tempo und hat bisher noch keine einheitliche Linie aufgezeigt. Ferner würde ein solches internationales Instrument die Aner-

Verfahrensrechtliche Anerkennung einer ausländischen Abstammungsentscheidung, in: StAZ 2015, 33.

92 EGMR v. 27.1.2015, *Paradiso und Campanelli ./. Italien* (Nr. 25358/12). Ein Urteil der Großen Kammer in diesem Fall wird bald ausgesprochen.

93 Siehe dazu die Dokumente auf der HCCH-Webseite (abrufbar unter <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>).

kennungsfähigkeit der im Geburtsland des Kindes begründeten Elternschaft voraussetzen, soweit die sachlichen Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Dies würde wiederum für viele Staaten dem inländischen Verbot bzw. den Einschränkungen der Leihmutterschaft zuwiderlaufen. Aus diesem Grund haben sich nicht wenige Repräsentanten der interessierten Staaten zurückhaltend gegenüber dem Projekt geäußert.⁹⁴

Im Hinblick auf den Schutz des Kindes und die Sicherung der Stabilität seines Status wäre es aber bedauerlich, wenn kein internationaler Rechtsrahmen für die Elternschaft aufgrund von Leihmutterschaft geschaffen werden könnte. Insgesamt ist das Projekt breiter angelegt und auf die Abstammung im Allgemeinen gerichtet. Ende Januar 2017 haben sich die Experten zum zweiten Mal getroffen, um die Möglichkeit für ein internationales Instrument auf dem Gebiet der Abstammung zu untersuchen. Der Schwerpunkt der Untersuchung wurde auf die Anerkennung der im Ausland durch Geburtsurkunde, Anerkennung oder Gerichtsentscheidung begründeten Abstammung gelegt. Dabei hat man sich auch Gedanken gemacht, ob besondere Regelungen über eine auf der Leihmutterschaft beruhenden Elternschaft angebracht erscheinen. Trotz der ergiebigen Diskussionen hat sich die Expertengruppe noch nicht definitiv über die Durchführbarkeit des Projektes beschließen können,⁹⁵ so dass ein weiteres Treffen bis März 2018 geplant ist.⁹⁶

V. SCHLUSS

Mit der Globalisierung bewegt sich einiges im Bereich des internationalen Familienrechts. Während das internationale Familienrecht in Japan bisher überwiegend durch Rechtsprechung ausgestaltet wurde, werden mit dem neuen Gesetz über die internationale Zuständigkeit und die Annahme des HKÜ klare Regelungen geschaffen. Die Anwendung dieser neuen Regelungen wird weitere dogmatische Fragen hinsichtlich der Auslegung, der Lückenfüllung und der Systematik aufwerfen. In dieser Hinsicht können rechtsvergleichende Studien nützlich und aufschlussreich sein. Ferner gilt es, die weitere Entwicklung der Rechtsprechung bezüglich der Leihmutterschaft in Europa mit Interesse zu verfolgen, zumal diese künftig – auch

94 Siehe dazu den Bericht des ersten Expertentreffens, abrufbar unter: <https://assets.hcch.net/docs/f92c95b5-4364-4461-bb04-2382e3c0d50d.pdf>.

95 Siehe dazu den Bericht des zweiten Expertentreffens, abrufbar unter: <https://assets.hcch.net/docs/8b00d3a1-6c2d-4b8b-b3d9-7db43f9bb025.pdf>.

96 Siehe dazu „Conclusions and Recommendations Council on General Affairs and Policy of the Conference (14-16 March 2017)“, abrufbar unter: <https://assets.hcch.net/docs/77326cfb-ff7e-401a-b0e8-2de9efa1c7f6.pdf>.

ohne das Projekt der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht – gewisse Auswirkungen auf Japan haben kann. Die weiteren Entwicklungen und die praktische Umsetzung in diesem Bereich in Japan sowie in Europa sind mithin mit Spannung abzuwarten.

ZUSAMMENFASSUNG

Dieser Beitrag hat zum Zweck, die aktuellen Entwicklungen im japanischen internationalen Familienrecht am Beispiel der folgenden drei Themen aufzuzeigen.

Als erstes wird die geplante Gesetzgebung über die internationale Zuständigkeit in Personen- und Familiensachen unter besonderer Berücksichtigung der Scheidungssachen untersucht. Um den Hintergrund dieses Reformvorhabens zu erhellen, wird auf die bisherige Rechtsprechung bezüglich der internationalen Zuständigkeit in Scheidungssachen eingegangen, die bisher in der Praxis erhebliche Rechtsunsicherheiten verursachte.

Zweitens wird berichtet, dass Japan nach langen Überlegungen und Beratungen schließlich im Jahre 2014 das Haager Kindesentführungsübereinkommen von 1980 (HKÜ) angenommen hat. Hierzu werden die Hintergründe für die Annahme und einige Charakteristika des japanischen Umsetzungsgesetzes des HKÜ erläutert.

Drittens wird auf die Problematik der internationalen Leihmutterschaft und eine darauf beruhende Elternschaft eingegangen. Während die Diskussion in Japan noch in den Anfängen steht, ist die Entwicklung in Europa bereits bemerkenswert fortgeschritten. So hat sich der BGH am 10.12.2014 für die Anerkennung einer im Ausland zustande gekommenen Elternschaft der zwei männlichen Wunscheltern ausgesprochen, wobei er dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 26.6.2014 folgte, in dem der EGMR Frankreich wegen Verletzung der Rechte des Kindes aufgrund einer fehlenden Anerkennung verurteilt wurde. Allerdings sind die genauen Voraussetzungen für eine Feststellung der Elternschaft sowie die Reichweite dieser Rechtsprechung noch nicht klar definiert. Diese Problematik wird mit Blick auf ein geplantes Projekt der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht zu diesem Thema analysiert.

SUMMARY

The underlying article aims to describe and analyze recent developments in Japanese international family law in light of the following three topics.

First, this paper examines the envisaged legislation on international jurisdiction regarding status and family matters with a particular focus on divorce. With a view to clarifying the background of the reform, the article discusses

two major Japanese Supreme Court decisions that have thus far caused considerable uncertainties in Japanese legal practice.

Second, this paper reports on Japan's acceptance of the 1980 Hague Child Abduction Convention. In particular it seeks to clarify the reasoning and background of Japan's acceptance and to detail some characteristics of Japan's Implementation Act on the Child Abduction Convention.

Third, this contribution deals with issues surrounding cross-border surrogacy and the parentage resulting from it. While the state of the discussion has not yet advanced in Japan, recent developments in European countries have been remarkable. The German Supreme Court (Bundesgerichtshof) decided on 10 December 2014 to recognize a Californian court decree that granted parentage to two German male intended parents living in a registered partnership. This German Supreme Court decision largely followed the reasoning of the judgment rendered by the European Court of Human Rights on 26 June 2014, which ruled that France's denying the intended father all manner of paternity violated the children's right to respect for their private life. Among European countries, however, the precise conditions of recognition and the scope of case law have not yet been clearly defined. This paper tackles this problem in light of the on-going project of the Hague Conference on Private International Law on this subject.