

## Der japanische kollisionsrechtliche *ordre public* im Familienrecht

Anmerkung zum Urteil des Familiengerichts Tōkyō  
vom 17. Januar 2019

Jan Felix von ALTEN\*

- I. Einleitung
  - II. Die Dogmatik des *ordre public*-Vorbehaltes in Japan
    - 1. Tatbestandsseite
    - 2. Rechtsfolgenrechte
  - III. Das Urteil des FG Tōkyō vom 17. Januar 2019
    - 1. Sachverhalt
    - 2. Bestimmung des anwendbaren Rechts
    - 3. Ergebniskorrektur durch Anwendung des *ordre public*
    - 4. Ergebnis
  - IV. Anmerkungen
    - 1. Allgemeine Beobachtungen
    - 2. Talāq-Scheidung
    - 3. Zur Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes A
    - 4. Bestimmung des Sorgerechts
    - 5. Schmerzensgeldanspruch im Zusammenhang mit der Scheidung
  - V. Abschließende Betrachtung
- Anhang
- Übersetzung des Urteils des Familiengerichts Tōkyō vom 17. Januar 2019
  - Bestimmung des anwendbaren Rechts in diesem Fall
  - Auf diesen Fall anwendbare ausländische Rechtsgrundlagen

### I. EINLEITUNG

In Fällen mit Auslandsberührung bestimmt das Internationale Privatrecht (IPR) mittels seiner Kollisionsnormen das auf ein Rechtsverhältnis anwendbare Recht. Das japanische IPR bezweckt, demjenigen Recht, das mit dem Rechtsverhältnis am engsten verbunden ist, zur Anwendung zu verhelfen.<sup>1</sup>

---

\* Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Professur für Japanisches Recht und seine kulturellen Grundlagen, Goethe-Universität Frankfurt am Main. – Angegebene Links wurden letztmalig am 1. September 2023 überprüft.

<sup>1</sup> Y. NISHITANI, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, in: Baum/Bälz (Hrsg.), Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht (2011) 1211, Rn. 11.

Kodifiziert ist das japanische Internationale Privatrecht heute im Rechtsanwendungsgesetz (RAG).<sup>2</sup> Bei Vorliegen eines Rechtsverhältnisses mit Auslandsbezug, etwa einer binationalen Ehe, wird diesem über Anknüpfungspunkte wie etwa die Staatsangehörigkeit, den gewöhnlichen Aufenthalt oder den Ort der Belegenheit der Sache das anwendbare Recht zugeordnet.

Dieses Vorgehen ist dem deutschen Rechtsanwender vertraut, da es im Wesentlichen dem deutschen oder kontinentaleuropäischen Internationalen Privatrecht entspricht. Das ist kein Zufall; die japanische IPR-Gesetzgebung erfolgte von Beginn an unter kontinentaleuropäischem Einfluss: Bereits das erste, nie in Kraft getretene japanische Gesetz mit Regelungen des IPR, das sog. Alte Rechtsanwendungsgesetz (旧法令 *Kyū-Hōrei*) von 1890<sup>3</sup>, orientierte sich an französischen, italienischen und belgischen, also kontinentaleuropäischen IPR-Regelungen und folgte dem kollisionsrechtlichen System Savignys.<sup>4</sup> Nachdem das *Kyū-Hōrei* gemeinsam mit dem sog. Alten Zivilgesetzbuch (旧民法 *Kyū-Minpō*)<sup>5</sup> dem „Kodifikationsstreit“<sup>6</sup> zum Opfer fiel, wurde es gleich dem Zivilgesetz unter Aufsicht Nobushige HOZUMIs überarbeitet. Das Ergebnis war das Rechtsanwendungsgesetz (法令 *Hōrei*) von 1898.<sup>7</sup> Mit seinem System allseitiger Kollisionsnormen (und damit im starken Kontrast zum zunächst unilateralen System des EGBGB)<sup>8</sup> wird es als das detaillierteste und fortschrittlichste IPR-Gesetz seiner Zeit bezeichnet<sup>9</sup> – und ist dabei stark vom zweiten Entwurf GEBHARDS für ein deutsches IPR von 1887<sup>10</sup> geprägt.<sup>11</sup>

2 法の適用に関する通則法 (*Hō no tekiyō ni kansuru tsūsoku-hō*), Gesetz Nr. 78/2006. Für eine deutsche Übersetzung wird auf Y. SAKURADA/Y. NISHITANI/E. SCHWITTEK, Die Novellierung des japanischen IPR – Das neue Rechtsanwendungsgesetz in deutscher Übersetzung, ZJapanR/J.Japan.L. 22 (2006) 269–282, verwiesen.

3 Gesetz Nr. 97/1890.

4 M. DŌGAUCHI, Historical Development of Japanese Private International Law, in: Basedow/Baum/Nishitani (Hrsg.), Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective (2008) 27, 30–32.

5 Gesetz Nr. 28/1890 und 98/1890.

6 Für Darstellungen des sog. Kodifikationsstreits siehe G. RAHN, Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan (1990) 91–106; C. SOKOLOWSKI, Der so genannte Kodifikationsstreit in Japan (2010).

7 Gesetz Nr. 10/1898.

8 Während allseitige Kollisionsnormen sowohl die Anwendung des eigenen als auch ausländischen Rechts anordnen können, beschränken sich einseitige Kollisionsnormen darauf, die Anwendung der eigenen Normen vorzusehen; vgl. hierzu G. KEGEL/K. SCHURIG, Internationales Privatrecht (9. Aufl., 2004) 204 f.

9 NISHITANI, *supra* Fn. 1; DŌGAUCHI, *supra* Fn. 4, 37.

10 Abgedruckt in O. HARTWIEG/F. KORKISCH, Die geheimen Materialien zur Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts 1881–1898 (1971) 68–74.

In Fällen mit Auslandsbezug wird auch das japanische Internationale Privatrecht mittels seiner Kollisionsnormen häufig dazu führen, dass vor einem japanischen Gericht ausländisches Recht angewandt wird. Wenn die Anwendung des durch die Kollisionsnormen des Internationalen Privatrechts bestimmten anwendbaren Rechts (die *lex causae*) allerdings im Ergebnis gegen grundlegende Wertvorstellungen des japanischen Rechts (den *ordre public*) verstößt, ermöglicht es der *ordre public*-Vorbehalt (公序 *kōjo*), die *lex causae* von der Anwendung auszuschließen. Er durchbricht insoweit das kollisionsrechtliche Anknüpfungssystem.

Ein Hauptanwendungsgebiet des kollisionsrechtlichen<sup>12</sup> *ordre public* stellt in einer Vielzahl von Rechtsordnungen das Familienrecht dar.<sup>13</sup> Dies gilt auch für Japan.<sup>14</sup> Im internationalen Familienrecht sorgt die Frage der *ordre public*-Konformität von *talāq*-Scheidungen nach dem islamischen Scheidungsrecht seit jeher für großes Aufsehen. Bei dieser Art der Scheidung verstößt der Ehemann die Ehefrau unter Rezitation der *talāq*-Formel unilateral. Es handelt sich um eine grundsätzlich nur dem Ehemann zustehende Möglichkeit, die Ehe durch einseitige Willenserklärung zu scheiden.<sup>15</sup> In Deutschland (und Europa) ist die *talāq*-Scheidung zuletzt in der Rechtssache *Sahyouni*<sup>16</sup> und im Zusammenhang mit der aus dieser resultierenden Neufassung des Art. 17 Abs. 2 EGBGB<sup>17</sup> relevant geworden.

- 
- 11 Y. SAKURADA, The Origin and Evolution of Private International Law in Japan, The Japanese Yearbook of International Law 56 (2013) 164, 178–181; DŌGAUCHI, *supra* Fn. 4, 34.
  - 12 Weiterhin existiert auf der Ebene der Anerkennung ausländischer Urteile der sog. anerkennungsrechtliche *ordre public*. Dieser ist nicht Gegenstand dieses Beitrags.
  - 13 Vgl. I. THOMA, Public Policy, in: Basedow/Rühl/Ferrari/Miguel Asensio (Hrsg.), Encyclopedia of Private International Law, Bd. 2 (2017) 1453, 1457.
  - 14 K. NISHIOKA/Y. NISHITANI, Japanese Private International Law (2021) 23; ein Überblick über die verhältnismäßig umfangreiche Judikatur findet sich etwa in Y. NAKANISHI [中西康]/A. KITAZAWA [北澤安紀]/D. YOKOMIZO [横溝大]/T. HAYASHI [林貴美], 国際私法 [Internationales Privatrecht] (2. Aufl., 2018) 115.
  - 15 Zur Beschreibung der *talāq*-Scheidung siehe etwa H. PAULI, Islamisches Familien- und Erbrecht und der *ordre public* (1994) 20–22; T. RAUSCHER, Talaq und deutscher *ordre public*, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 20 (2000) 391, 391; Y. ŌMURA [大村芳昭], タラーク離婚の改革とその限界—イスラム法社会の問題 [Die Reform der *talāq*-Scheidung und ihre Grenzen – Probleme der islamischen Rechtsgesellschaft/-soziologie], 家庭裁判月報 Katei Saiban Geppō 46-10 (1994) 193, 193–208.
  - 16 EuGH, Urteil vom 20. Dezember 2017 – Rs. C-372/16 und daraufhin BGH, Beschluss vom 26. August 2020, XII ZB 158/18 = NJW 2020, 3592–3600.
  - 17 Durch das Gesetz zum Internationalen Güterrecht und zur Änderung von Vorschriften des Internationalen Privatrechts vom 17. Dezember 2018.

In Japan stellte sich nun zum ersten Mal – wenngleich in der Literatur bereits vorher als Gegenstand der Diskussion anzutreffen<sup>18</sup> – für das Urteil des FG Tōkyō vom 17. Januar 2019 einem Gericht die Frage der Verträglichkeit einer *talāq*-Scheidung mit dem japanischen *ordre public*. Dieser Beitrag analysiert dieses Urteil und ordnet es in die Dogmatik des *ordre public* in Japan ein. Er untersucht darüber hinaus, inwieweit sich aus dem Urteil verallgemeinerungsfähige Erkenntnisse über die Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts durch die japanische Rechtsprechung gewinnen lassen.

## II. DIE DOGMATIK DES *ORDRE PUBLIC*-VORBEHALTES IN JAPAN

Der *ordre public* findet sich in Japan in Art. 42 RAG.<sup>19</sup> Im Folgenden soll zunächst die Tatbestandsseite dieser Norm dargestellt werden, sodann die Rechtsfolgenrechte.

### 1. Tatbestandsseite

Die Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts in Art. 42 RAG führt zu einer Durchbrechung des kollisionsrechtlichen Anknüpfungssystems: Er negiert die Anwendung der eigentlich dem jeweiligen Rechtsverhältnis als am engsten verbunden bestimmten *lex causae*. Vor diesem Hintergrund kommt ihm notwendigerweise ein Ausnahmecharakter zu, der in der Literatur vielfach betont wird.<sup>20</sup>

Klassisch werden wie in Deutschland zwei Voraussetzungen für die Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts genannt: der Verstoß gegen den *ordre*

18 Etwa ŌMURA, *supra* Fn. 15, 203; Y. NISHITANI [西谷祐子], 国債私法における公序と人権 [Der *ordre public* im internationalen Privatrecht und die Menschenrechte], 国際法外交雑誌 Kokusai-hō Gaikō Zasshi 108-2 (2009) 57, 72–78, 86 und 89.

19 Artikel 42 RAG lautet: „外国法によるべき場合において、その規定の適用が公の秩序又は善良の風俗に反するときは、これを適用しない。― „Ist ausländisches Recht maßgeblich und widerspricht die Anwendung dieser Vorschriften der öffentlichen Ordnung oder den guten Sitten, werden sie nicht angewendet.“ (Die Vorschrift entspricht damit in auffälliger Weise dem Wortlaut des § 35 des in Fn. 10 genannten zweiten Entwurf GEBHARDS.)

20 NISHIOKA/NISHITANI, *supra* Fn. 14, 22; Y. SAKURADA [櫻田嘉章], 国際私法 [Internationales Privatrecht] (7. Aufl., 2020) 135; T. KŌNO, Japan, in: Basedow/Rühl/Ferrari/Miguel Asensio (Hrsg.), Encyclopedia of Private International Law, Bd. 3 (2017) 2219, 2226; T. SAWAGI [澤木敬郎]/M. DŌGAUCHI [道垣内正人], 国際私法入門 [Einführung in das Internationale Privatrecht] (7. Aufl., 2012) 55; N. SHIRAI [白井伸明], 国際私法における公序判断の基準時 [Der Referenzzeitpunkt zur Beurteilung des *ordre public* im Internationalen Privatrecht], 国際私法年報, Kokusai Shihō Nenpō 17 (2015) 123, 123.

*public* (反公序性 *han-kōjo-sei*)<sup>21</sup> und die ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung des Inlandsbezuges (内国関連性 *naikoku kanren-sei*)<sup>22</sup> des infrage stehenden Rechtsverhältnisses. Diese beiden Tatbestandsvoraussetzungen sind interdependente Faktoren: Je stärker der Inlandsbezug, desto geringer die Anforderungen an den Verstoß gegen den *ordre public*.<sup>23</sup>

a) *Ordre public-Verstoß*

Nach dem Wortlaut des Art. 42 RAG setzt die Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts zunächst voraus, dass das Ergebnis der Anwendung fremden Rechts gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstößt. Dass nur das Resultat der Anwendung der *lex causae*, nicht aber deren Normen selbst Gegenstand der Prüfung des *ordre public* sind,<sup>24</sup> ergab sich noch nicht aus dem Wortlaut der Vorvorgängerregelung, des Art. 30 *Hōrei* in seiner bis 1989 gültigen Fassung.<sup>25</sup> Die Rechtsprechung machte jedoch bereits vor 1989 das Anwendungsergebnis im Einzelfall zum Gegenstand der Prüfung,<sup>26</sup> sodass die Kodifikation der Prüfung (nur) des Anwendungsergebnisses nach 1989 lediglich der Klarstellung dient. Der OGH begründete die Kontrolle des Ergebnisses der Anwendung der *lex causae* statt der Kontrolle Letzterer mit dem Zweck von Art. 30 *Hōrei*, anwendbares ausländisches Recht nur dann von der Anwendung auszuschließen,

21 Auch als Abnormität des Ergebnisses der Anwendung ausländischen Rechts (外国法適用結果の異常性 *gaikoku-hō tekiyō kekka no ijō-sei*) bezeichnet.

22 Auch als Inlandsbeziehung (内国牽連性 *naikoku kenren-sei*) bezeichnet.

23 NISHIOKA/NISHITANI, *supra* Fn. 14, 23; SAKURADA, *supra* Fn. 20, 137–139; Y. HAYAKAWA [早川吉尚], 公序 (1) —異教徒間婚姻を禁止するエジプト法 [Ordre public (1). Den Eheschluss zwischen Angehörigen unterschiedlicher Religion verbotendes ägyptisches Recht], 別冊ジュリスト Bessatsu Jurisuto 256 (3. Aufl., 2021) 22, 23; Y. ŌMURA [大村芳昭], タラーク離婚と我が国の公序 [Die talāq-Scheidung und der japanische ordre public], ジュリスト, Jurisuto 1544 (2020) 298, 299; NAKANISHI/KITAZAWA/YOKOMIZO/HAYASHI, *supra* Fn. 14, 110–112; E. ASAMI, Los sistemas del derecho internacional privado japonés y europeo desde una perspectiva comparada (2013) 258–260, abrufbar unter <https://eprints.ucm.es/id/eprint/18138/>; T. KŌNO [河野俊行], 第 42 条 (公序) [Artikel 42 (Ordre public)], in: Sakurada [櫻田嘉章]/Dōgauchi [道垣内正人], 注釈国際私法 第 2 卷 [Kommentar zum Internationalen Privatrecht, Bd. 2] (2011) 332, 335.

24 KŌNO, *supra* Fn. 23, 335; SAKURADA, *supra* Fn. 20, 137; ASAMI, *supra* Fn. 23, 255; NISHIOKA/NISHITANI, *supra* Fn. 14, 23.

25 KŌNO, *supra* Fn. 23, 332; NAKANISHI/KITAZAWA/YOKOMIZO/HAYASHI, *supra* Fn. 14, 110; M. KAMATANI [釜谷真史], 国際私法上の公序に関する近時の日本の裁判例と学説 (1) [Neuere Rechtsprechung und Literatur zum ordre public im internationalen Privatrecht in Japan (1)], 西南学院大学法学論集 Seinan Gakuin Daigaku Hōgaku Ronshū 54-1 (2021) 35, 36.

26 Etwa OGH, Urteil vom 31. Januar 1977, 民集 Minshū 31, 365.

wenn durch dessen Befolgung eine Gefährdung der innerstaatlichen zivilrechtlichen Gesellschaftsordnung zu befürchten ist: „内国の私法的社会秩序を危うくするおそれがある場合“ (*Naikoku no shihōteki shakai chitsujo o ayauku suru osore ga aru ba'ai*).<sup>27</sup>

Den Maßstab für diese Anwendungskontrolle bilden nach dem Wortlaut von Art. 42 RAG die öffentliche Ordnung und die guten Sitten. Wenngleich sich dieses Begriffspaar ebenfalls in Art. 90 des Zivilgesetzes (nachfolgend: ZG)<sup>28</sup> findet, wird Art. 42 RAG ganz überwiegend enger verstanden; er soll nur Verstöße gegen fundamentale Prinzipien, den Kern des japanischen Rechtssystems umfassen.<sup>29</sup>

Umstritten ist der Bewertungszeitpunkt für das Vorliegen eines hinreichenden *ordre public*-Verstoßes durch das Anwendungsergebnis des ausländischen Rechts. Vertreten werden ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Entstehung des Rechtsverhältnisses selbst<sup>30</sup> sowie ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Anwendung des ausländischen Rechts durch das Gericht.<sup>31</sup> Da diese Frage auch in der hier zu besprechenden Entscheidung relevant wird, sei hierauf kurz eingegangen:

Für die erste Ansicht wird angeführt, das Zustandekommen eines Rechtsverhältnisses bemesse sich grundsätzlich anhand des zum Zeitpunkt der Entstehung desselben potenziell anwendbaren Rechts, nicht anhand des zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung über das Rechtsverhältnis

27 OGH, Urteil vom 12. März 1998, 民集 Minshū 52, 342, 350.

28 民法 *Minpō* [Zivilgesetz], Gesetz Nr. 89/1986. Artikel 90 ZG lautet: „公の秩序又は善良の風俗に反する法律行為は、無効とする。“ – „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstößt, ist nichtig.“ Übersetzung nach H. KANSAKU/A. KIMURA/G. KOZIOL/M. LENTZ/F. NAGANO/M. NAKAMURA/T. SPIEGEL/A. K. SUZUKI-KLASSEN/H. TANAKA/K. WADA/K. YAMAMOTO, Übersetzung des novellierten Zivilgesetzes 2020 (Allgemeiner Teil, Schuldrecht), ZJapanR/J.Japan.L. 45 (2018) 184, 191.

29 NISHIOKA/NISHITANI, *supra* Fn. 14, 22; Y. TAMEIKE [溜池良夫], 国際私法講義 [Vorlesung im Internationalen Privatrecht] (3. Aufl., 2005) 216; NAKANISHI/KITAZAWA/YOKOMIZO/HAYASHI, *supra* Fn. 14, 110–111; anders ohne Begründung C. GALLESE, La riforma del diritto internazionale privato in Giappone (2017) 165–171, abrufbar unter <http://dspace.unive.it/handle/10579/11969/>.

30 HAYAKAWA, *supra* Fn. 23, 21.

31 NISHIOKA/NISHITANI, *supra* Fn. 14, 23; SAWAGI/DŌGAUCHI, *supra* Fn. 20, 58; KŌNO, *supra* Fn. 23, 335. Dies entspricht auch der ganz h.M. zum deutschen Recht, wobei eine Ausnahme für die Beurteilung der Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes gemacht wird, m.w.N. M. MAKOWSKY/G. SCHULZE, EGBGB Art. 6 Öffentliche Ordnung (*ordre public*), in: Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack (Hrsg.), BGB Allgemeiner Teil/EGBGB (4. Aufl., 2021) Rn. 43; R. HAUSMANN, § 3. Allgemeine Lehren, in: Hausmann/Odersky, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis (4. Aufl., 2021) Rn. 137.

geltenden Rechts. Mit dem *ordre public* aus Art. 42 RAG verhalte es sich nicht anders. Da sich nicht nur die den Maßstab für die Prüfung des *ordre public*-Verstoßes bildenden Wertungen der japanischen Rechtsordnung, sondern auch schlicht Tatsachen ändern können (wie etwa eine Ehe, die in der Zeit zwischen Eheschließung und Entscheidung über deren Wirksamkeit zu einer zerrütteten wird), würde es der Rechtssicherheit zuwiderlaufen, an den Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung anzuknüpfen.<sup>32</sup>

Vertreter der zweiten Ansicht halten dem entgegen, der Zweck des *ordre public* sei stets, die gegenwärtigen Werte und fundamentalen Rechtsprinzipien zu schützen, sodass eine Anknüpfung an einen vergangenen Zeitpunkt letztlich nicht zweckkonform sei.<sup>33</sup> Weiterhin wird darauf hingewiesen, dass ein langes Leben in einer Rechtsbeziehung, beispielsweise einer Ehe, die bei ihrem Zustandekommen ursprünglich gegen den *ordre public* verstieß, ebenfalls durch eine rückwirkende Betrachtung nach der vorgenannten Ansicht in der Rechtssicherheit und im wachsenden Interesse auf Bestandsschutz gefährdet sein könne.<sup>34</sup> Jedoch gibt es innerhalb dieser Ansicht auch Stimmen, die zugunsten von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz Ausnahmen von einem Beurteilungszeitpunkt der Anwendung der *lex causae* durch das Gericht zulassen wollen.<sup>35</sup>

Die Rechtsprechung erweist sich in dieser Frage als uneinheitlich:

Das Familiengericht Tōkyō musste 1991 im Fall einer japanisch-ägyptischen Ehe, die unter Missachtung eines ägyptischen Verbotes der Eheschließung zwischen Angehörigen unterschiedlicher Konfessionen geschlossen worden war, entscheiden. Die Ehe war zerrüttet, sodass die japanische Ehefrau auf Feststellung der Nichtigkeit der Ehe und hilfsweise auf Scheidung klagte. Das FG Tōkyō entschied, dass das Resultat der Anwendung des ägyptischen Eheverbots gegen den *ordre public* verstoße und die Ehe somit wirksam geschlossen worden sei. Entscheidend war folglich, dass das Verbot der Eheschließung nach ägyptischem Recht zum Zeitpunkt der Eheschließung mit dem *ordre public* unvereinbar war.<sup>36</sup>

Das Familiengericht Kumamoto dagegen hatte einen Fall zu entscheiden, in dem der Japaner Y die bereits verheiratete Philippinerin X heiratete. Ein halbes Jahr nach Eheschließung verstarb der erste Ehemann der X, woraufhin X und Y fünf weitere Jahre zusammen mit ihren Töchtern B und C

---

32 HAYAKAWA, *supra* Fn. 23, 21.

33 Siehe Fn. 31.

34 SHIRAI, *supra* Fn. 20, 148.

35 M. DŌGAUCHI [道垣内正人], ポイント国際私法総論 [Points Internationales Privatrecht. Allgemeiner Teil] (2. Aufl., 2007) 265–268.

36 FG Tōkyō, Urteil vom 29. März 1991, 家庭裁判月報 Katei saiban geppō 45-3 (1993) 67.

lebten. Als die Ehe zerrüttet war, klagte Y auf Feststellung der Nichtigkeit der Ehe. Das anwendbare philippinische Recht enthielt ein Verbot für die Eingehung von Mehrehen, das zur Nichtigkeit der Ehe führt. Das FG Kumamoto entschied, dass das Anwendungsergebnis des mit Nichtigkeitsfolge versehenen philippinischen Eheverbots vor dem Hintergrund der Ehedauer von fünf Jahren ohne den Makel der Doppelehe und dem Umstand, dass B und C absehbar ihren Status als legitime Kinder von X und Y verlieren würden, gegen den *ordre public* verstoße, und wies die Klage von Y ab.<sup>37</sup> Das FG Kumamoto machte mithin den Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts zur Grundlage seiner Entscheidung.

b) *Inlandsbezug*

Der Inlandsbezug des fraglichen Rechtsverhältnisses ist ungeschriebenes, aber allgemein anerkanntes Tatbestandsmerkmal des Art. 42 RAG.<sup>38</sup>

Zu seiner Begründung wird angeführt, dass es selbst bei einem Verstoß gegen fundamentale Grundsätze der japanischen Rechtsordnung den Sinn des kollisionsrechtlichen Verweisungssystems konterkarieren würde, fremdes Recht nicht anzuwenden, wenn kein hinreichender Bezug zu Japan besteht. Erst der Inlandsbezug eines Falles ist es, der über die Stärke der Erschütterung der fundamentalen Grundsätze der japanischen Rechtsordnung entscheidet, wenn das anwendbare Recht von diesen evident abweicht.<sup>39</sup>

Die Stärke des Inlandsbezuges wird im konkreten Fall durch eine Gesamtschau von Faktoren wie etwa der Staatsangehörigkeit und dem gewöhnlichen Aufenthalt der Beteiligten determiniert.<sup>40</sup>

---

37 FG Kumamoto, Urteil vom 6. Juli 2010, dargestellt in Y. ŌMURA [大村芳昭], 公序 (2) — 重婚を禁止するフィリピン法 [Ordre Public (1) – Mehrehen verbietendes philippinisches Recht], 別冊ジュリスト Bessatsu Jurisuto Nr. 210 (2. Aufl., 2012) 22, 22.

38 Siehe Fn. 23.

39 SAKURADA, *supra* Fn. 20, 138; HAYAKAWA, *supra* Fn. 23, 21; NAKANISHI/KITAZAWA/YOKOMIZO/HAYASHI, *supra* Fn. 14, 112.

40 ŌMURA, *supra* Fn. 37, 23. Beispiele für einen als schwach bezeichneten Inlandsbezug: Abstammungsrechtliche Streitigkeit dreier in Japan lebender Koreaner, M. KIM [金汶淑], 公序 (2) – 複数の実母を認める韓国法 [Ordre Public (2) – Mehrere leibliche Mütter gestattendes koreanisches Recht], 別冊ジュリスト Bessatsu Jurisuto Nr. 256 (3. Aufl., 2021) 11, 12; Erbfolge bei in Japan belegenen Nachlassgegenständen bei im Ausland lebendem, in polygamer Ehe verheiratetem ausländischen Erblasser, DŌGAUCHI, *supra* Fn. 35, 259. Als Beispiel für einen starken Inlandsbezug etwa: Verkehrsunfall zweier in Japan lebender Japaner in Argentinien, H. MORITA [森田博志], 日本人留学生間の自動車同乗事故と賠償請求権の管轄・準拠法・公序 [Zuständigkeit, anwendbares Recht und ordre public bei Autounfall gemeinsam fahrender japanischer Austauschstudenten und Entschädigungsansprüchen], ジュリスト Jurisuto 1226 (2002) 115, 118.

Der Inlandsbezug eines Falles steht mit dem *ordre public*-Verstoß durch das Anwendungsergebnis fremden Rechts in einer Wechselbeziehung: Je schwerer der *ordre public*-Verstoß, desto geringer ist der für die Anwendung des Art. 42 RAG notwendige Inlandsbezug des Falls. Umgekehrt kann ein starker Inlandsbezug auch bei einem schwächeren *ordre public*-Verstoß diesem zur Anwendung verhelfen.<sup>41</sup> Grundsätzlich reicht jedoch die bloße Zuständigkeit japanischer Gerichte noch nicht aus, um die Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts herbeizuführen.<sup>42</sup> Die Wechselbeziehung führt dazu, dass die Frage der Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts eine solche der Abwägung im Einzelfall ist.

## 2. Rechtsfolgenseite

Rechtsfolge des Art. 42 RAG ist der Ausschluss der Anwendung der *lex causae*, die im Einzelfall zu einem Ergebnis führte, welches gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstieße.<sup>43</sup>

Dies führt zu der Frage, ob durch diesen Ausschluss für die Frage des anwendbaren Rechts eine Lücke entsteht – und wenn ja, womit diese zu füllen ist.

Eine Literaturansicht, die sich mehr und mehr durchzusetzen scheint – Lückenablehnungslehre (欠缺否定説 *kenketsu hitei-setsu*) genannt –, verneint das Entstehen einer Lücke.<sup>44</sup> Sie argumentiert, dass der Richter im Falle eines Ja/Nein-Konfliktes in der Feststellung, dass beispielsweise die fehlende Möglichkeit einer Scheidung nach dem anwendbaren Recht gegen die öffentliche Ordnung Japans verstößt, bereits die Entscheidung über die Zulässigkeit der Scheidung getroffen habe.<sup>45</sup> Selbiges gelte für den Fall, dass etwa ein Schmerzensgeldanspruch ob seiner zu geringen Höhe als gegen die öffentliche Ordnung verstoßend befunden wird. Bemisst sich etwa ein solcher Anspruch nach anwendbarem Recht auf 3 Millionen Yen und befindet der japanische Richter, dass ein Anspruch unter der Höhe von 5 Millionen Yen gegen den *ordre public* verstoße, so sei die Höhe des An-

---

41 Dazu detailliert DŌGAUCHI, *supra* Fn. 35, 258–260.

42 NISHIOKA/NISHITANI, *supra* Fn. 14, 23; NISHITANI, *supra* Fn. 1, Rn. 28. Dagegen SAWAGI/DŌGAUCHI, *supra* Fn. 20, 58; DŌGAUCHI, *supra* Fn. 35, 260: Im (hypothetischen) Falle, dass eine nach japanischem Recht rechtsfähige [natürliche] Person als Ergebnis der Anwendung fremden Rechts ihre Rechtsfähigkeit verliert, komme es auf den Inlandsbezug wohl nicht mehr an.

43 NISHIOKA/NISHITANI, *supra* Fn. 14, 23; NAKANISHI/KITAZAWA/YOKOMIZO/HAYASHI, *supra* Fn. 14, 113.

44 NISHIOKA/NISHITANI, *supra* Fn. 14, 23; SAKURADA, *supra* Fn. 20, 139–140; NAKANISHI/KITAZAWA/YOKOMIZO/HAYASHI, *supra* Fn. 14, 113.

45 KŌNO, *supra* Fn. 23, 343; SAKURADA, *supra* Fn. 20, 140.

spruches auf 5 Millionen Yen zu bemessen und nicht etwa durch die Anwendung japanischen Rechts festzustellen.<sup>46</sup> SAKURADA veranschaulicht diesen Gedanken mit der Formulierung, der *ordre public*-Vorbehalt entfalte als Norm auf kollisionsrechtlicher Ebene materiellrechtliche Wirkung.<sup>47</sup>

Die Rechtsprechung hingegen wendet in der Regel nach Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts die *lex fori* an<sup>48</sup> oder bestimmt durch subsidiäre Anknüpfung<sup>49</sup> das anzuwendende Recht und gibt somit inzidenter zu erkennen, dass sie das Entstehen einer Lücke annimmt.<sup>50</sup>

Wenngleich eine zweifelsfreie Feststellung dadurch erschwert wird, dass die Gerichte oftmals die Wahl des lückenfüllend angewandten Rechts nicht begründen, scheint die Rechtsprechung überwiegend der überkommenen Lehre von der Anwendbarkeit der *lex fori* (内国法適用説 *naikoku-hō tekiyō-setsu*) zu folgen.<sup>51</sup>

### III. DAS URTEIL DES FG TÖKYŌ VOM 17. JANUAR 2019<sup>52</sup>

Vor dem Hintergrund der skizzierten Dogmatik zu Art. 42 RAG ist das genannte Urteil des FG Tōkyō zu analysieren und einzuordnen.

#### 1. Sachverhalt

Der Entscheidung liegt der folgende Sachverhalt zugrunde, wobei der Beklagte weder vorbereitende Schriftsätze eingereicht hatte noch zur mündlichen Verhandlung erschienen war, sodass sich das Gericht für den festgestellten Sachverhalt einzig auf den Vortrag der Klägerin gestützt hat (Art. 159 Abs. 1 Zivilverfahrensgesetz (nachfolgend: ZVfG)<sup>53</sup> i. V. m. Art. 179 Abs. 1 ZVfG):

46 ŌMURA, *supra* Fn. 37, 23.

47 SAKURADA, *supra* Fn. 20, 140.

48 So etwa OGH, Urteil vom 31. März 1977, 民集 Minshū 31, 365, 368, und OGH, Urteil vom 20. Juli 1979, 民集 Minshū 38, 1051, 1054.

49 Etwa DG Tōkyō, Urteil vom 28. November 1990, 判例時報 Hanrei Jihō 1384 (1991) 71, 72, das über eine subsidiäre Anknüpfung jedoch ebenfalls zu japanischem Recht gelangt.

50 KŌNO, *supra* Fn. 23, 342–343. Im Falle von DG Tōkyō, 10. Juli 1958, 下民集 Ka-Minshū 9, 1261, 1267, wird *expressis verbis* eine entstehende Lücke benannt.

51 Detaillierter zu dieser SAKURADA, *supra* Fn. 20, 139; NAKANISHI/KITAZAWA/YOKOMIZO/HAYASHI, *supra* Fn. 14, 113.

52 FG Tōkyō, Urteil vom 17. Januar 2019, 家庭の法と裁判 Katei no Hō to Saiban 22 (2019) 121, Übersetzung des Urteils im Anhang. Eine kompaktere Übersetzung ins Englische findet sich im Japanese Yearbook of International Law 63 (2020) 373–377.

53 民事訴訟法 *Minji soshō-hō* [Zivilverfahrensgesetz], Gesetz Nr. 109/1996.

Die Klägerin und der Beklagte, beide Staatsbürger Myanmars und muslimischen Glaubens, schlossen im Jahre 2008 in Thailand die Ehe nach islamischem Ritus. Später lebten sie als Personen mit dauerndem Aufenthaltsrecht (永住者 *eijū-sha*) in der Präfektur Tōkyō, wo 2011 ihr Sohn A geboren wurde. Auch A war in Japan gemeldet und hatte ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht (Abschn. II.1., 2. des Urteils).

Im Jahre 2015 kehrte die Klägerin aufgrund ihrer schlechten körperlichen Verfassung nach Myanmar zurück, um dort zu genesen. Im Jahre 2016 schließlich holte sie auch den A nach Myanmar, der fortan unter der Obhut der Mutter der Klägerin lebte, wobei A einmal jährlich zum Zwecke der Untersuchung seiner chronischen Herzerkrankung nach Japan zurückkehrte.

Ab Oktober 2016 begann sich die Beziehung zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu verschlechtern, wobei der Beklagte der Klägerin eröffnete, er würde selbst im Falle ihrer Rückkehr nach Japan nicht mehr mit ihr zusammenleben wollen. Als die Klägerin am 5. Dezember 2016 nach Japan zurückkehrte, war der Beklagte aus ihrer gemeinsamen Wohnung ausgezogen. Fortan lebten die Eheleute getrennt (Abschn. II.3., 4.).

Bei einem Zusammentreffen in Japan am 21. Dezember 2016 verstieß der Beklagte die Klägerin durch Aussprache der *talāq*-Formel. Am 19. Januar 2017 wurde daraufhin durch den Beklagten in einer myanmarischen Zeitung annonciert, dass die Ehe zwischen der Klägerin und dem Beklagten im Wege der Verstoßung geschieden worden sei. Ab Mai 2017 blieben die Unterhaltszahlungen des Beklagten aus. Die Klägerin erhoffte sich zunächst noch die Wiederherstellung der ehelichen Beziehung mit dem Beklagten. Nachdem der Beklagte jedoch auf Facebook eine andere Frau als seine baldige Ehepartnerin vorgestellt hatte, gelangte die Klägerin zu dem Schluss, eine Rückkehr zur ehelichen Lebensgemeinschaft mit dem Beklagten werde nicht mehr möglich sein (Abschn. II.5–7).

Die Klägerin begehrte daraufhin die Scheidung, die Erteilung des Sorgerechts für A und die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von Kindesunterhalt sowie eines Schmerzensgeldes für die im Zusammenhang mit der Scheidung erlittenen psychischen Schäden (sog. 離婚慰謝料 *rikon isha-ryō*). Ein solches Schmerzensgeld kann auf der Grundlage der deliktsrechtlichen Generalklausel des Art. 709 ZG verlangt werden, um psychisches Leid im Zusammenhang mit der Scheidung zu kompensieren, wenn ein Ehepartner die Scheidung verschuldet hat. Das Verhältnis dieses Schmerzensgeldanspruches zu den Regeln über die Vermögensaufteilung wird viel diskutiert, soll aber im Folgenden nicht Gegenstand dieses Artikels sein.<sup>54</sup>

---

54 Zu diesem nach japanischem Recht üblichen Schmerzensgeld siehe R. RODRIGUEZ SAMUDIO, *Interference with Spousal Rights*, *ZJapanR/J.Japan.L.* 50 (2021) 151–169; Y. MAEDA [前田陽一]/A. MOTOYAMA [本山敦]/Y. URANO [浦野由紀子], 民法

## 2. Bestimmung des anwendbaren Rechts

Das Gericht hatte zunächst das auf die einzelnen Rechtsverhältnisse anwendbare Recht zu bestimmen. Rechtsgrundlage hierfür ist das RAG.

### a) Auf die Scheidung anwendbares Recht

Nach Art. 27 i.V.m. 25 RAG<sup>55</sup> fand auf die Scheidung myanmarisches Recht Anwendung. Myanmar ist ein Mehrrechtsstaat, dessen Familienrechtsordnung nach religiöser Zugehörigkeit gespalten ist.<sup>56</sup> Nach Art. 40 Abs. 1 RAG<sup>57</sup> in Verbindung mit dem interreligiösen Kollisionsrecht Myanmars<sup>58</sup> fand somit das eine *talāq*-Scheidung gestattende islamische Familienrecht Myanmars Anwendung (Abschn. II.9 b).

### b) Auf das Sorgerechtsverhältnis anwendbares Recht

Das FG Tōkyō wandte zur Bestimmung des Inhabers des Sorgerechts für A Art. 32 RAG<sup>59</sup> an. Nach Art. 32 Var. 1 RAG i.V.m. Art. 40 Abs. 1 RAG

---

IV. 親族・相続 [Zivilrecht IV. Familien- und Erbrecht] (5. Aufl., 2020) 97–99; T. MATSUKAWA [松川正毅], 民法 家族・相続 [Zivilgesetz. Familien- und Erbrecht], (6. Aufl., 2019) 91–93; A. GRUBER, Die Ergänzungsfunktion des *isha-ryō* (Schmerzensgeldes) im japanischen Zivilrecht, ZJapanR/J.Japan.L. 9 (2000) 81, 93 f.; N. MIZUNO, Die rechtliche Regelung der Ehescheidung, ZJapanR/J.Japan.L. 7 (1999) 120, 132–134.

55 Art. 27 RAG (Ehescheidung) lautet: „Die Vorschrift des Artikel 25 ist auf die Ehescheidung entsprechend anzuwenden [...]“

Art. 25 RAG (Allgemeine Ehwirkungen) lautet: „Ist das Recht des Heimatstaates der Ehegatten dasselbe, unterliegen die allgemeinen Ehwirkungen diesem Recht [...]“

56 C. KÖNIG-TUMPIYA, Myanmar, in: Bergmann/Ferid/Henrich (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht (Stand: 231. Lieferung, 02/2019) 31.

57 Art. 40 Abs. 1 RAG (Recht eines Staates oder Ortes mit personell verschiedenen Rechtsordnungen) lautet: „Besitzt eine Person die Staatsangehörigkeit eines Staates mit personell verschiedenen Rechtsordnungen, gilt das Recht, das durch die Vorschriften dieses Staates bestimmt wird [...] als das Recht des Heimatstaates der betreffenden Person.“

58 Konkret Art. 13 lit. b Burma Laws Act 1898 vom 4. November 1898. Dieser lautet: „In jedem Gerichtsverfahren oder anderen Verfahren in der Union von Burma und im Fall der Erforderlichkeit für das Gericht zur Entscheidung von Fragen des Erbrechts, der Ehe oder der Kastenzugehörigkeit oder in jeder religiösen Frage oder Institution [...] b) findet islamisches Recht Anwendung in den Fällen, in denen alle Parteien Muslime sind“, übersetzt abgedruckt in KÖNIG-TUMPIYA, *supra* Fn. 56, 31.

59 Art. 32 RAG (Rechtliche Beziehungen zwischen Eltern und Kind) lautet: „Ist das Recht des Heimatstaates des Kindes dasselbe wie das Recht des Heimatstaates des Vaters oder der Mutter [...], unterliegen die rechtlichen Beziehungen zwischen Eltern und Kind dem Recht des Heimatstaates des Kindes [...]“

i. V. m. dem interreligiösen Kollisionsrecht Myanmars fand das Recht der gemeinsamen Staatsangehörigkeit der Eheleute und des A, mithin das islamische Recht Myanmars Anwendung. Nach diesem liegen Personen- wie Vermögenssorge für das Kind beim Vater, hier also dem Beklagten (Abschn. II.9.d).

*c) Auf Unterhaltsansprüche anwendbares Recht*

Das auf den Anspruch auf Unterhalt für A anwendbare Recht bestimmte das FG Tōkyō unter Anwendung von Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes über das auf Unterhaltspflichten anwendbare Recht (nachfolgend: UaRG), dessen Grundlage Art. 4 des Haager Übereinkommens über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht von 1973 (nachfolgend: HUntÜ) ist.<sup>60</sup> Als Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsortes der Klägerin war danach japanisches Recht anwendbar. Nach diesem stünde der Klägerin ein monatlicher Anspruch auf Kindesunterhalt in Höhe von 50.000 Yen zu (Abschn. II.9.e).

*d) Auf den Schmerzensgeldanspruch im Zusammenhang mit der Scheidung anwendbares Recht*

Das auf den Schmerzensgeldanspruch anwendbare Recht bestimmte das FG Tōkyō unter Anwendung von Art. 27 RAG i. V. m. Art. 25 RAG. Danach sei in Verbindung mit Art. 40 RAG und dem interreligiösen Kollisionsrecht Myanmars myanmarisches islamisches Recht anwendbar. Dieses kennt jedoch keinen Schmerzensgeldanspruch im Zusammenhang mit einer Scheidung (Abschn. II.9.f).

*e) Zwischenergebnis*

Wendet man außer auf die Frage des Kindesunterhalts nach dem Vorstehenden myanmarisches Recht an, wären Beklagter und Klägerin geschie-

---

60 扶養義務の準拠法に関する法律 *Fuyō gimu no junkyo-hō ni kansuru hōritsu* [Gesetz über das auf Unterhaltspflichten anwendbare Recht], Gesetz Nr. 84/1986. Art. 2 UaRG lautet: „1 扶養義務は、扶養権利者の常居所地法によつて定める。ただし、扶養権利者の常居所地法によればその者が扶養義務者から扶養を受けることができないときは、当事者の共通本国法によつて定める。 2 前項の規定により適用すべき法によれば扶養権利者が扶養義務者から扶養を受けることができないときは、扶養義務は、日本法によつて定める。“ – „(1) Unterhaltspflichten bemessen sich nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Unterhaltsberechtigten. Kann der Unterhaltsberechtigte nach dem Recht seines gewöhnlichen Aufenthaltsortes von dem Unterhaltspflichtigen keinen Unterhalt verlangen, so ist das Recht der gemeinsamen Staatsangehörigkeit anzuwenden. (2) Kann der Unterhaltsberechtigte nach dem in Absatz 1 bestimmten Recht von dem Unterhaltspflichtigen keinen Unterhalt verlangen, so ist japanisches Recht anzuwenden.“

den, das Sorgerecht für A stünde dem Beklagten zu und die Klägerin hätte keinen Anspruch auf Zahlung von Schmerzensgeld. Der Anspruch auf Unterhaltszahlungen richtet sich dagegen nach japanischem Recht und wurde vom FG Tōkyō auf monatlich 50.000 Yen bemessen.

### 3. Ergebniskorrektur durch Anwendung des *ordre public*

Dieses Ergebnis korrigierte das FG Tōkyō durch Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts in Art. 42 RAG in allen drei Fragen, in denen an und für sich myanmarisches islamisches Recht anwendbar gewesen wäre:

#### a) *Scheidung*

In Ansehung der unilateralen grundlosen Scheidung durch Aussprache der *talāq*-Formel, die nach dem islamischen Recht Myanmars nur dem Ehemann zur Verfügung steht, wandte das FG Tōkyō ohne weitere Ausführungen den Vorbehalt des *ordre public* aus Art. 42 RAG an und befand die *talāq*-Scheidung in Anwendung japanischen Rechts für nichtig. Daraufhin schied es die Ehe unter Anwendung von Art. 2 Nr. 1c des myanmarischen Gesetzes über die Scheidung von Muslimen.<sup>61</sup> Hiernach kann eine Ehe geschieden werden, wenn ein Ehepartner dem anderen mehr als ein Jahr lang ohne berechtigten Grund den Beischlaf verweigert. Diese Voraussetzung sah das Familiengericht als erfüllt an.

#### b) *Sorgerechtsverhältnis*

Da A im Laufe seines Lebens von seiner Mutter bzw. in Myanmar zeitweise von deren Mutter betreut wurde und auch während der Trennung der Eheleute bei der Klägerin lebte und da diese voraussichtlich Behandlungs- und Schulverträge für das Kind abschließen werde, entspräche es nach Ansicht des FG Tōkyō weder der Gleichheit der Geschlechter noch dem Prinzip des Kindeswohls, die Vermögens- und Personensorge pauschal dem Vater zuzuordnen. Daher sei der *ordre public*-Vorbehalt (Art. 42 RAG) anzuwenden.

Ohne zu thematisieren, ob auf diese Weise eine Lücke entsteht und wie diese ggf. zu füllen ist, gelangte das Gericht auf diese Weise zur Anwendung japanischen Rechts und sprach so der Klägerin die elterliche Sorge zu.

---

61 The Muslim Dissolution of Marriage Act XIV von 1953, erlassen, um muslimischen Frauen gegenüber der Scharia erweiterten Zugang zur Scheidung zu gewähren. Art. 2 Nr. 1c lautet: „I) Nach islamischem Recht steht einer verheirateten Frau aus einem oder mehreren Gründen der folgenden Gründe das Recht auf Scheidung zu: [...] c) wenn der Ehemann ohne triftigen Grund ein Jahr lang keinen Geschlechtsverkehr mit ihr hatte“, übersetzt abgedruckt in KÖNIG-TUMPIYA, *supra* Fn. 56, 139.

c) *Anspruch auf Schmerzensgeld im Zusammenhang mit der Scheidung*

Auch bezüglich des Schmerzensgeldes wandte das FG Tōkyō Art. 42 RAG an und gelangte so – wiederum ohne weitere Ausführungen – zur Anwendung japanischen Rechts. Danach verurteilte es den Beklagten zur Zahlung eines Schmerzensgeldes von 3 Millionen Yen. Im Lichte der Umstände der Trennung widerspräche es nach Auffassung des Gerichts der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten, der Klägerin einen Schmerzensgeldanspruch im Zusammenhang mit der Scheidung zu versagen.

4. *Ergebnis*

Das Gericht befand die *talāq*-Scheidung unter Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts aus Art. 42 RAG für nichtig und hat daraufhin die Ehe zwischen Klägerin und Beklagtem geschieden, die Vermögens- wie die Personensorge für A der Klägerin zugesprochen und den Beklagten dazu verurteilt, der Klägerin Unterhalt für A in Höhe von monatlich 50.000 Yen und ein Schmerzensgeld im Zusammenhang mit der Trennung in Höhe von 3 Millionen Yen zu zahlen.

Insofern führte die Anwendung des *ordre public* zu einer kompletten Umkehr der Ergebnisse gegenüber der Anwendung myanmarischen Rechts und zumindest *prima facie* zu einem „Austausch“ der rechtlichen Grundlage für die Scheidung.

#### IV. ANMERKUNGEN

1. *Allgemeine Beobachtungen*

Das Urteil des Familiengerichts Tōkyō zeichnet sich durch seine ausgesprochene Kürze aus. Dies wird insbesondere bei den Begründungen für die jeweilige Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts aus Art. 42 RAG deutlich. In keinem der drei Anwendungsfälle reicht die Begründung für den Verstoß gegen den *ordre public* über das bloße axiomatische Statuieren des Verstoßes hinaus. Weder wird der *ordre public* definiert, noch wird umfassend versucht, ihn inhaltlich, etwa mit verfassungsrechtlichen Wertungen, auszufüllen, obwohl eine verfassungsrechtliche Argumentationsweise an dieser Stelle in der Rechtsprechung zumindest nicht unbekannt ist.<sup>62</sup> Die insbesondere von der Literatur verlangten Tatbestandsvoraussetzungen eines *ordre public*-Verstoßes und des Inlandsbezuges werden nicht benannt; zum Inlandsbezug etwa findet sich keine Feststellung des Gerichts.

---

62 Vgl. etwa OGH, Urteil vom 12. März 1998, 民集 Minshū 52, 342.

## 2. *Talāq-Scheidung*

In Deutschland stellt eine einvernehmliche Scheidung durch Verstoßung keine Verletzung des *ordre public* dar. Die Anerkennung einer Zustimmung der Frau zur konkreten Art der Verstoßungsscheidung respektiert hierbei die Autonomie der Frau, über ihre Scheidung zu entscheiden. Fehlt die Einwilligung der Frau hingegen, verstößt eine einseitige Verstoßung jedoch grundsätzlich evident gegen den *ordre public*.<sup>63</sup> Betroffen als grundlegende Prinzipien des deutschen *ordre public* sind hierbei Art. 6 Abs. 1 GG (der Schutz der Ehe) und Art. 3 Abs. 2 GG (der Gleichheitssatz).<sup>64</sup>

Auch in Japan ist die Frage aufgeworfen worden, ob in der Einreichung der Scheidungsklage durch die Klägerin nicht eine nachträgliche Zustimmung zur *talāq*-Scheidung liegt, die den Verstoß gegen den *ordre public* Japans, wenn man den Zeitpunkt der Klage für maßgeblich hält, entfallen lassen könnte.<sup>65</sup>

Das Gericht hat sich zu dieser Frage nicht explizit verhalten. Möglicherweise deutet dies an, dass es seiner Linie bezüglich des Zeitpunktes der Beurteilung der *ordre public*-Widrigkeit, und zwar dass dieser bei der Vornahme des jeweiligen Rechtsgeschäftes liege, treu bleibt.<sup>66</sup> Alternativ denkbar ist auch, dass das Gericht wie Teile der Literatur<sup>67</sup> angenommen hat, dass die Klägerin zwar nunmehr generell ebenfalls eine Scheidung begehrte, jedoch nicht den konkreten Umständen der *talāq*-Scheidung zugestimmt hat, sodass diese weiterhin gegen den japanischen *ordre public*

63 BGH, Urteil vom 26. August 2020, BGHZ 226, 365, Rn. 54; S. LORENZ, Art. 6 EGBGB, in: Hau/Poseck, BeckOK BGB (66. Edition, Stand: 1.8.2023) Rn. 25; T. RAUSCHER, *supra* Fn. 15, 393–394. Die Billigung der Frau muss sich allerdings neben der Scheidung selbst auf die Art und Weise der Verstoßung beziehen. Alternativ verstößt eine *talāq*-Scheidung ohne Einverständnis der Frau auch dann nicht gegen den *ordre public*, wenn die Ehe auch nach deutschem Recht ohne Zweifel zu scheiden wäre.

64 A. SPICKHOFF, Der *ordre public* im internationalen Privatrecht. Entwicklung – Struktur – Konkretisierung (1989) 254.

65 So ŌMURA, *supra* Fn. 23, 299.

66 FG Tōkyō, Urteil vom 29. März 1991, 家庭裁判月報 Katei saiban geppō 45-3 (1993) 67, siehe Fn. 37.

67 Y. NISHITANI [西谷祐子], ミャンマーイスラム法上のタラーク離婚の反公序性と離婚判決 [Die *ordre public*-Widrigkeit der *talāq*-Scheidung nach myanmarischem islamischem Recht und das Scheidungsurteil], 戸籍時報 Koseki Jihō 818 (2021) 25, 30; N. KITASAKA [北坂尚洋], イスラム法上のタラーク離婚、子の親権者指定及び慰謝料請求と公序 [Die *talāq*-Scheidung, die Bestimmung des Sorgerechtsinhabers und der Schmerzensgeldanspruch im islamischen Recht und der *ordre public*], 私法判例リマックス Shihō Hanrei Rimākusū 61 (2020) 142, 145; dagegen eine Zustimmung der Klägerin zur Scheidung zum Zeitpunkt der Entscheidung sehend ŌMURA, *supra* Fn. 23, 299.

verstieß. Diese Position läge der deutschen Rechtsprechung nicht fern.<sup>68</sup> Letztlich lassen sich jedoch ohne Begründung durch das Gericht an dieser Stelle nur Mutmaßungen anstellen.

Fragen wirft die Begründung für die Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts nicht nur ob ihrer Kürze auf. Die vom Gericht vorgenommene Wertung, das Ergebnis der Anerkennung einer solchen Scheidung durch einseitige Willenserklärung verletze den japanischen *ordre public*, legt nahe, dass ausschlaggebend für die Entscheidung nicht das Ergebnis der Anwendung fremden Rechts, sondern dessen Inhalt gewesen sein mag. Dies stünde im Widerspruch zum oben skizzierten Zweck des *ordre public*-Vorbehalts, nur das Resultat der Anwendung der *lex causae* im Einzelfall zu überprüfen.<sup>69</sup>

Mit Blick auf die Rechtsfolge des *ordre public*-Vorbehalts liegt in der Anwendung eines anderen myanmarischen Scheidungsgrundes wohl keine Abkehr von der in der Rechtsprechung vorherrschenden Lehre von der Anwendbarkeit der *lex fori*. Das Gericht hat nach Ausschluss des islamischen Rechts in der Frage der *talāq*-Scheidung und der Feststellung, dass nach japanischem Recht eine solche Scheidung nichtig ist, interessengerecht über einen erneuten Scheidungsantrag der Klägerin befunden. Statt der Anwendung einer Auffangnorm der *lex causae* liegt hier eine erneute Anknüpfung mit erneuter Anwendung myanmarischen Rechts vor – diesmal nicht der Scharia, sondern des kodifizierten Scheidungsgesetzes für Muslime. Auf diese Interpretation deuten die Formulierung des Gerichts in der zweiten der dem Urteil beigelegten tabellarischen Anlagen („erneute Scheidung“) und die Einordnung der vorherigen *talāq*-Scheidung lediglich als Vorfrage hin.

### 3. Zur Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes A

In der Literatur auf Skepsis gestoßen ist schließlich die Annahme des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes in Japan. Wenngleich das Gericht diese Annahme im Wesentlichen darauf gestützt hat, dass As Aufenthalt in Myanmar nur vorübergehend war und eine Rückkehr nach Japan angestrebt war, solle nach Ansicht einiger Autoren der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes zumindest so lange in Myanmar liegen, bis dieses auch tatsächlich nach Japan zurückkehrt.<sup>70</sup> Zweck der Anknüpfung an den gewöhnlichen

68 So etwa OLG Stuttgart, Bescheid vom 3. Mai 2019, FamRZ 2019, 1532, 1533–1534.

69 So auch ŌMURA, *supra* Fn. 23, 299, und NISHITANI, *supra* Fn. 67, 29.

70 KITASAKA, *supra* Fn. 67, 145; Y. NISHITANI [西谷祐子], タラーク離婚 [Talāq-Scheidung], 別冊ジュリスト Bessatsu Jurisuto 256 (3. Aufl., 2021) 104, 105; anders ŌMURA, *supra* Fn. 23, 299.

Aufenthalt in Art. 2 Abs. 1 UaRG ist es, die Unterhaltsmodalitäten von dem sachnächsten Recht, d.h. dem Recht der Gesellschaft, in dem der Unterhaltsberechtigte tatsächlich lebt, bestimmen zu lassen. Wenngleich im UaRG – anders als in dessen Grundlage, Art. 4 des HUntÜ – nicht kodifiziert, wird ein Statutenwechsel bei Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts des Unterhaltsberechtigten als möglich erachtet.<sup>71</sup> Vor diesem Hintergrund und mit Blick auf den zum Zeitpunkt der Entscheidung bereits ein Jahr andauernden Aufenthalt von A in Myanmar ist dieser Kritik zuzustimmen.

#### 4. *Bestimmung des Sorgerechts*

Die Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts auf ein anwendbares Recht, das die Personen- und Vermögenssorge eines Kindes im Falle einer Scheidung ohne nähere Ansehung der konkreten Umstände dem Vater zuspricht, steht in einer Linie mit der Rechtsprechung des OGH, der bei Sorgerechtsentscheidungen insbesondere das Kindeswohl als Entscheidungskriterium heranzieht.<sup>72</sup> Wenngleich nähere Details zu den Umständen des Falles fehlen, erscheint es vor dem Hintergrund des Aufenthalts des Kindes zusammen mit der Klägerin und deren Mutter in Myanmar durchaus naheliegend, dass es dem Kindeswohl entspricht, das Sorgerecht der Klägerin zuzusprechen.

Bemerkenswert ist darüber hinaus, dass das Gericht auf die durch die Anwendung des islamischen Rechts betroffene (in Art. 14 Abs. 1 der japanischen Verfassung verankerte) Gleichheit der Geschlechter verwiesen hat. Hier findet sich ein Ansatz einer inhaltlichen Ausfüllung des *ordre public*.

Bei strikter Anwendung der – vom Gericht nicht benannten – Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 42 RAG könnte freilich der Inlandsbezug des Falles problematisch werden: Durch den längeren Aufenthalt in Myanmar sowohl von A als auch von seiner Mutter und durch die myanmarische Staatsangehörigkeit aller Beteiligten ist der Inlandsbezug zum Zeitpunkt der Entscheidung relativ gering.<sup>73</sup> Ein dennoch bejahter *ordre public*-Verstoß mag ein Indiz für die Gewichtigkeit des Kindeswohls als Belang des japanischen *ordre public* sein. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass nach den Feststellungen des Gerichtes sowohl der Beklagte als auch A ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Japan haben. Teilt man die Prämisse, dass A seinen gewöhnlichen Aufenthalt noch in Japan hat, so ist insofern aus Sicht

---

71 S. HAYAKAWA [早川眞一郎], 扶養義務の準拠法に関する法律 [Das Gesetz über das auf Unterhaltspflichten anwendbare Recht], in: Sakurada/Dōgauchi, *supra* Fn. 23, 385, 393.

72 OGH, Urteil vom 31. März 1977, 民集 Minshū 31, 365, 368.

73 Den Inlandsbezug als gerade noch gegeben ansehend ŌMURA, *supra* Fn. 23, 299.

des Gerichtes der Inlandsbezug relativ stark, was den Rückschluss auf die Gewichtigkeit des Kindeswohls etwas relativieren dürfte. In diesem Sinne ist die Anwendung von Art. 42 RAG bei Zusammenwirken von *ordre public*-Verstoß und Inlandsbezug durch das Gericht naheliegend.

Das Gericht wandte nach Ausschluss des islamischen Rechts japanisches Recht an und fügte sich somit eher in die oben skizzierte Rechtsprechung zu den Rechtsfolgen des Art. 42 RAG ein: Durch Anwendung der *lex fori* gab das Gericht implizit zu erkennen, dass die Anwendung des Art. 42 RAG eine Regelungslücke in das anwendbare Recht reißt. Wenngleich nicht frei von Kritik, scheint zumindest das Ergebnis auf Zustimmung zu stoßen.<sup>74</sup>

##### 5. Schmerzensgeldanspruch im Zusammenhang mit der Scheidung

Aus deutscher Sicht auffällig ist die Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts auf die Frage des Schmerzensgeldes mit der Begründung, dass das Rechtsinstitut des Schmerzensgeldanspruches im Zusammenhang mit der Scheidung im anwendbaren Recht fehlt. Aus der Reihe fällt das Urteil an dieser Stelle allerdings nicht: Es finden sich in der japanischen Rechtsprechung durchaus Fälle, in denen bei Fehlen von Schadensersatzansprüchen oder sogar im Falle von lediglich als zu niedrig wahrgenommenen Schadensersatzansprüchen im anwendbaren Recht der *ordre public*-Vorbehalt angewendet wurde.<sup>75</sup> Zwar wiesen diese einen starken Inlandsbezug auf, aber besonders ein Fall des DG Okayama,<sup>76</sup> in dem dieses unter anderem die Ersatzfähigkeit von Rechtsanwaltskosten und Verzugszinsen als Grundsätze des Deliktsrechts definierte und entgegenstehendes anwendbares Recht von South Dakota als *ordre public*-Verstoß wertete, deutet auf eine stellenweise sehr freie Handhabung des *ordre public*-Vorbehalts im Deliktsrecht hin. An dieser Entscheidung wurde jedoch nicht zu Unrecht

---

74 Im Ergebnis positiv, aber kritisch zur Argumentation des Gerichts, der voraussehbare Abschluss von Behandlungs- und Schulverträgen für A durch die Klägerin sei ein Indiz dafür, dass es im Interesse des Kindeswohls liege, das Sorgerecht der Klägerin zuzusprechen: KITASAKA, *supra* Fn. 67, 145; zustimmend auch NISHITANI, *supra* Fn. 70, 105, und ÔMURA, *supra* Fn. 23, 299.

75 OG Fukuoka, Urteil vom 10. Februar 2009, 判例時報 Hanrei Jihō 1299 (2009) 238; unter Benennung weiterer Präjudizien D. YOKOMIZO [横溝大], 損害賠償の範囲及び額と抵触法上の公序 [Umfang und Höhe von Schadensersatz und der kollisionsrechtliche *ordre public*], ジュリスト Jurisuto 1398 (2010) 330, 330 – 331.

76 DG Okayama, Urteil vom 25. Januar 2000, Fall Nr. 1995 wa 1120, besprochen in: MORITA, *supra* Fn. 40, 115–118.

kritisiert, mit solch einem Maßstab würden weite Teile des Deliktsrechts unter den *ordre public*-Vorbehalt fallen.<sup>77</sup>

Der Oberste Gerichtshof hat dagegen in einem Fall, in dem koreanisches Recht anwendbar war, klargestellt, dass allein das Fehlen eines Anspruches auf Vermögensverteilung nach einer Scheidung dann nicht der allgemeinen Auffassung widerspreche und damit gegen den *ordre public* verstoße, wenn ein Schmerzensgeldanspruch im Zusammenhang mit der Scheidung in der Kalkulation der nachehelichen Ausgleichsansprüche berücksichtigt werden kann.<sup>78</sup> Vor diesem Hintergrund wäre zu fragen gewesen, ob nicht umgekehrt möglicherweise existierende nacheheliche Ansprüche wie beispielsweise die Rückgabe einer Morgengabe (*mahr*), soweit vereinbart, in eine Gesamtschau hätten einbezogen werden können.

Diese Gesamtschau läge der japanischen Rechtsprechung zu finanziellen Scheidungsfolgen näher als die Betonung des Schmerzensgeldanspruches: Nach japanischem Recht findet mit der Scheidung eine Vermögensauseinandersetzung nach Art. 768 ZG statt. Kommt es zu einem gerichtlichen Verfahren – was statistisch die Ausnahme ist –, so hat das Gericht für die Bemessung einen weiten Ermessensspielraum, bei dem in der Regel eine pauschale Summe gebildet wird, die sich aus dem aufgeteilten Ehevermögen, Gesichtspunkten der finanziellen Unterstützung und dem Schmerzensgeldanspruch im Zusammenhang mit der Scheidung zusammensetzt.<sup>79</sup>

## V. ABSCHLIEßENDE BETRACHTUNG

Die überaus knappe Begründung des Urteils ohne Bezugnahme auf die Dogmatik des Art. 42 RAG lässt die Frage aufkommen, inwieweit das Urteil als für die Handhabung des *ordre public*-Vorbehalts durch die Gerichte repräsentativ gelten kann. Rückschlüsse auf den Inhalt des *ordre public* in Japan lassen sich aus ihr allenfalls indirekt gewinnen. Das Kindeswohl und die Gleichheit der Geschlechter sowie die Existenz eines Schmerzensgeldanspruches für im Zusammenhang mit der Scheidung erlittene psychische Schäden sah das Gericht offenbar als von diesem erfasst an. Fraglich ist insbesondere, ob die fehlende Benennung der Tatbestandsvoraussetzungen dieser Norm in der Urteilsfindung es nahelegt, dass die Justiz sich eine weitreichende Freiheit bei der Anwendung dieser Generalklausel offenhalten möchte.

---

<sup>77</sup> MORITA, *supra* Fn. 76, 118.

<sup>78</sup> OGH, Urteil vom 20. Juli 1984, 民集 Minshū 38, 1051, 1054.

<sup>79</sup> S. MINAMIKATA, *Family and Succession Law in Japan* (4. Aufl., 2022) Rn. 597–607; MAEDA/MOTOYAMA/URANO, *supra* Fn. 54, 97 f.; MATSUKAWA, *supra* Fn. 54, 89–92; H. BAUM/O. KLIESOW, *Scheidung japanischer Ehen vor deutschen Gerichten*, ZJapanR/J.Japan.L. 6 (1998) 82, 96.

Als besonders kritikwürdig sticht neben der im Wesentlichen axiomatischen Begründung des Urteils der Umstand heraus, dass das Gericht erkennen lässt, den *ordre public*-Verstoß bei der *talāq*-Scheidung weniger im Ergebnis der Scheidung als vielmehr in dessen Rechtsgrund zu sehen. Es drängt sich hier der Eindruck auf, dass das Gericht verkannt hat, dass der *ordre public*-Vorbehalt ausschließlich der Ergebniskontrolle dient.

Bezüglich der *talāq*-Scheidung liegt nun ein erstes ablehnendes Urteil vor. Gleichwohl ist im Ausblick darauf zu verweisen, dass dieses unter der angreifbaren Annahme einer fehlenden (nachträglichen) Zustimmung zur Verstoßung seitens der Ehefrau zustande kam. Das Justizministerium hat unlängst in einer Auskunft die Auffassung vertreten, dass eine *talāq*-Scheidung im Ausland zumindest nicht gegen den japanischen *ordre public* verstoße, wenn die verstoßene Ehefrau die Scheidungspapiere bei der japanischen Botschaft einreicht. In dieser Einreichung sei eine Billigung der Scheidung mit Scheidungswillen seitens der Ehefrau zu sehen.<sup>80</sup> Zumindest für Fälle der einverständlichen *talāq*-Scheidung (mit geringerem Inlandsbezug) scheint aus Sicht der Exekutive von dem hier besprochenen Urteil keine Signalwirkung auszugehen. Insofern ergibt sich für die kollisionsrechtliche Behandlung der *talāq*-Scheidung ein Gesamtbild, das der deutschen Lage alles andere als unähnlich ist.

Für den Fall einer Verstoßung gegen den Willen der Ehefrau freilich ist das Urteil – als erste Stellungnahme der Rechtsprechung zu dieser Problematik – richtungsweisend und wohl auch gelungen: Der Inlandsbezug gerade in der Frage der *talāq*-Scheidung ist allein schon deshalb nicht unbedeutend, weil sie in Japan ausgesprochen wurde. Durch das Auslegen der Anträge der Klägerin auf eine erneute Scheidung und deren Ausspruch nach myanmarischem Recht gelingt es dem Gericht darüber hinaus interessengerecht, den internationalen Entscheidungseinklang zu wahren, da nunmehr die Ehe sowohl in Myanmar als auch in Japan geschieden ist.

---

80 Auskunft des Justizministeriums Nr. 5497 vom 22. September 2022, 戸籍 Koseki 1017 (2022) 110, 113–114.

## ANHANG

ÜBERSETZUNG DES URTEILS DES FAMILIENGERICHTS TŌKYŌ  
VOM 17. JANUAR 2019

Aktenzeichen 平成 30 年 (家ホ) 第 363 号

## TENOR

- 1) Die Klägerin und der Beklagte werden geschieden.
- 2) Die elterliche Sorge für das Kind A der Klägerin und des Beklagten wird der Klägerin zugesprochen.
- 3) Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin vom Tag der Rechtskraft der Entscheidung an bis zum Monat des Tages der Vollendung des zwanzigsten Lebensjahres des A monatlich zum Monatsende 50.000 Yen zu zahlen.
- 4) Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 3 Millionen Yen nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozent ab dem auf den Tag der Rechtskräftigkeit dieses Urteils folgenden Tag zu zahlen.
- 5) Die sonstigen Anträge der Klägerin werden abgewiesen.
- 6) Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

## TATBESTAND UND ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

## I) Anträge

- 1) Die Anträge entsprechen den Punkten 1) bis 3) des Tenors.
- 2) Der Beklagte soll dazu verurteilt werden, der Klägerin 3,5 Millionen Yen zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozent ab dem auf den Tag der Rechtskraft des Urteils folgenden Tag bis zum Zeitpunkt der vollständigen Zahlung zu zahlen.

## II) Klagegrund

- 1) Klägerin und Beklagter sind mit dauerhaftem Aufenthaltsrecht in Japan lebende Staatsangehörige Myanmars muslimischen Glaubens.
- 2) Klägerin und Beklagter heirateten am 31. Oktober 2008 in Thailand nach islamischem Ritus und begannen das eheliche Zusammenleben im Bezirk X der Präfektur Tōkyō, wo sie 2011 den Sohn A [ebenfalls Staatsangehöriger Myanmars] bekamen. A ist in Japan gemeldet und lebte zunächst mit dauerndem Aufenthaltsrecht in Japan, wohnte allerdings seit Januar 2016 Y in Myanmar, wo er sich in der Obhut der Mutter der Klägerin befand.
- 3) 2015 zog sich die Klägerin aufgrund ihres sich verschlechternden Gesundheitszustandes [vorübergehend] zur Genesung nach Myanmar zu-

rück. Im Januar 2016 kehrte sie zusammen mit A zunächst nach Myanmar zurück. Im Oktober desselben Jahres kam es zwischen der Klägerin und dem Beklagten zum Streit darüber, ob A in das [myanmari-sche] Familienregister des Beklagten einzutragen sei, woraufhin der Kontakt zwischen Klägerin und Beklagtem sowie dessen finanzielle Unterstützung für die Klägerin abnahm.

- 4) Der Beklagte teilte der Klägerin mit, er beabsichtige nicht, weiter mit der Klägerin zusammenzuleben, selbst wenn diese nach Japan zurückkehre, und zog aus der gemeinsamen Wohnung der Eheleute in X aus, bevor die Klägerin am 5. Dezember 2016 nach Japan zurückkehrte. Seither lebt der Beklagte von der Klägerin getrennt.
- 5) Die Klägerin und der Beklagte trafen sich am 10. Dezember 2016 und am 21. Dezember 2016 zu Unterredungen. Bei dem zweiten Treffen erklärte der Beklagte mit den Worten „*Talāq, talāq, talāq!*“ einseitig die Scheidung (im Folgenden: „die *talāq*-Scheidung“) und veröffentlichte im Jahre 2017 in einer myanmarischen Zeitung, dass Klägerin und Beklagter nach islamischem Recht geschieden seien.
- 6) Der Beklagte zahlte im Januar 2017 40.000 Yen, im Februar 120.000 Yen, im März 100.000 Yen, im April und Mai jeweils 50.000 Yen als Ehe- und Lebensunterhalt, stellte jedoch daraufhin die Zahlungen ein.
- 7) Die Klägerin beehrte zunächst die Wiederherstellung des ehelichen Zusammenlebens, gelangte jedoch, als sie beim Web-Browsen auf einen Facebook-Post des Beklagten stieß, in dem dieser eine andere Frau als seine künftige Gattin vorstellte, und darauf die Verbundenheit zu dem Beklagten verlor, zu dem Schluss, dass die Wiederherstellung des ehelichen Zusammenlebens mit dem Beklagten unmöglich sei.
- 8) A leidet an einem Ventrikel- und an einem Atriumseptumdefekt und hat sich in der Vergangenheit zwei Operationen sowie einmal jährlich einer Kontrolluntersuchung unterzogen.
- 9) (a) Das Recht, das grundsätzlich auf das Zustandekommen der Ehe der Klägerin und des Beklagten, auf die *talāq*-Scheidung, auf eine erneute Scheidung, auf die Entscheidung über das Sorgerecht für A und die Unterhaltsansprüche sowie auf die Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit der Scheidung anzuwenden ist, beschreiben ebenso wie die Rechtsgrundlage für dessen Bestimmung, dessen Auslegung und die Frage der Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts die Darstellungen der Anlagen 1 und 2:

(b) Zur *talāq*-Scheidung

Nach islamischem Recht ist die *talāq*-Scheidung wirksam. Da dies jedoch gegen den *ordre public* Japans verstößt, wird der *ordre public*-

Vorbehalt angewandt, das islamische Recht von der Anwendung ausgeschlossen und die *talāq*-Scheidung für unwirksam befunden.

(c) Zur erneuten Scheidung

Der Beklagte hatte seit seinem Auszug am 5. November 2016 mehr als ein Jahr lang grundlos keinen Beischlaf mehr mit der Klägerin, sodass eine Scheidung auf den in Art. 2 Abs. 1 lit. c des myanmarischen islamischen Scheidungsgesetzes kodifizierten Scheidungsgrund gestützt wird.

(d) Zum Sorgerecht für A

Nach islamischem Recht gibt es keine Möglichkeit, die Personen- und Vermögenssorge für A der Klägerin zuzuweisen. Da dies jedoch dem Kindeswohl ebenso wie dem *ordre public* Japans widerspricht, findet der *ordre public*-Vorbehalt Anwendung, sodass das islamische Recht von der Anwendung ausgeschlossen wird, japanisches Recht Anwendung findet und die Klägerin als Inhaberin des Sorgerechts für A zu bestimmen ist.

(e) Zum Unterhaltsanspruch des A

Der Beklagte hatte im Jahr 2017 ein Jahreseinkommen von 5.101.200 Yen [am Jahresende 2017 ca. 37.783 Euro], während die Klägerin im selben Jahr ein Jahreseinkommen von 1.348.285 Yen [am Jahresende 2017 ca. 9.987 Euro] hatte, sodass der vom Beklagten an die Klägerin zu zahlende Unterhalt für A auf monatlich 50.000 Yen [im Januar 2019 ca. 400 Euro] festgesetzt wird.

(f) Bezüglich des Schmerzensgeldanspruches im Zusammenhang mit der Scheidung

Ein System von Schadensersatzansprüchen im Zusammenhang mit der Scheidung existiert im islamischen Recht nicht. Da dies jedoch dem *ordre public* Japans widerspricht, wird der *ordre public*-Vorbehalt angewandt, das islamische Recht von der Anwendung ausgeschlossen und japanisches Recht angewandt, wonach der Klägerin ein Schmerzensgeldanspruch im Zusammenhang mit der Scheidung zusteht.

Im Lichte der Vernachlässigung der Pflicht zum ehelichen Zusammenleben, der einseitigen Scheidungserklärung und des Umgangs mit einer weiteren Frau durch den Beklagten scheinen 3,5 Millionen Yen für das seelische Leid der Klägerin angemessen.

### III) Das Urteil des Gerichtes

- 1) Da der Beklagte in Japan wohnhaft ist, ist die internationale Zuständigkeit Japans gegeben.

Weiterhin ist es angemessen, den gewöhnlichen Aufenthaltsort des A in Japan anzunehmen, da, obwohl Kläger, Beklagter und A die myanmarische Staatsbürgerschaft haben und A derzeit einstweilig in Myanmar lebt, dieser seit seiner Geburt vier Jahre und sechs Monate in Japan lebte, in Japan dauerhaftes Aufenthaltsrecht genießt und gemeldet ist, derzeit einmal im Jahr zur Kontrolluntersuchung seiner Krankheit nach Japan reist und plant, in naher Zukunft zusammen mit der Klägerin in Japan zu leben.

Unter diesen Annahmen beschreiben in Anlage 1 die Spalte „Bestimmung des anwendbaren Rechts“: „Rechtsgrundlage“ und in Anlage 2 die Spalten „Nach dem RAG grundsätzlich anwendbares Recht“ und „Rechtsgrundlagen“ das auf die Scheidung der Klägerin und des Beklagten, auf die Bestimmung des Sorgerechtsinhabers für A auf den Unterhaltsanspruch des A und den Schmerzensgeldanspruch der Klägerin im Zusammenhang mit der Scheidung gegen den Kläger jeweils das anwendbare Recht.

- 2) Da der Beklagte ordnungsgemäß geladen wurde, jedoch weder zur mündlichen Verhandlung erschien noch eine Klageerwiderung oder andere Dokumente eingereicht hat, werden auf Grundlage der Beweise und des Vortrags des Anwalts der Klägerin die Tatsachen [Klagegrund] 1–8 zugestanden.
- 3) Bezüglich der Scheidung von Klägerin und Beklagtem  
Wird islamisches Recht angewendet, so ist nach Antragsgrund 5 und den eingereichten Beweismitteln die *talāq*-Scheidung wirksam. Da jedoch das Ergebnis einer Anerkennung einer solchen Scheidung aufgrund einseitiger Willenserklärung als gegen die öffentliche Ordnung und die guten Sitten Japans verstößend interpretiert wird, wird gemäß Art. 42 RAG die Anwendung islamischen Rechts auf die *talāq*-Scheidung ausgeschlossen und japanisches Recht auf diese angewandt, sodass es angemessen ist, die *talāq*-Scheidung für unwirksam zu befinden. Da der Beklagte mit der Klägerin nach Antragsgrund 4 und den eingereichten Beweismitteln seit seinem Auszug am 5. Dezember 2016 und mithin seit mehr als einem Jahr grundlos keinen Beischlaf mehr hatte, erfolgt die Scheidung von Klägerin und Beklagtem auf Grundlage von Art. 2 Abs. 1 lit. c des myanmarischen islamischen Scheidungsgesetzes.
- 4) Bezüglich der Bestimmung des Sorgeberechtigten für A  
Ausweislich der eingereichten Beweismittel gibt es bei Anwendung islamischen Rechts keine Möglichkeit, zumindest Personen- und Vermögenssorge für A der Klägerin zuzuordnen. Da jedoch davon ausgegangen wird, dass A in Zukunft unter der Obhut der Klägerin aufwächst und diese Behandlungsverträge und Schulverträge abschließen wird, wird es als gegen die öffentliche Ordnung und die guten Sitten Japans verstößendes Ergebnis betrachtet, die Vermögens- wie Personensorge

nicht der Klägerin zuzusprechen. Deshalb ist bezüglich der Bestimmung des Sorgerechtsinhabers für A nach Art. 42 RAG islamisches Recht von der Anwendung auszuschließen und japanisches Recht anzuwenden. Im Lichte des Auszuges des Beklagten, des Umstandes, dass A nach seiner Geburt hauptsächlich unter der Obhut der Klägerin aufwuchs und des derzeitigen Aufwachsens des A in Obhut der Mutter der Klägerin ist es angemessen, die Klägerin zur Sorgerechtsinhaberin für A zu bestimmen.

5) Bezüglich des Unterhaltsanspruches von A

Nach den beigebrachten Beweismitteln hatte die Klägerin im Jahre 2017 ein Jahreseinkommen in Höhe von 1.340.000 Yen, während der Beklagte im selben Jahr ein Jahreseinkommen in Höhe von 5.100.000 Yen hatte.

Auf der Grundlage dieser Einkommen wird nach der Standardberechnungsmethode (vgl. Hanrei Taimuzu Nr. 1111, 285 ff.) der Unterhaltsanspruch auf monatlich 40.000 bis 50.000 Yen berechnet. Bei Berücksichtigung der Gesamtumstände des Falles ist es angemessen, dass der Beklagte der Klägerin für den Unterhalt von A monatlich 50.000 Yen zahlen soll.

6) Bezüglich des Schmerzensgeldanspruches im Zusammenhang mit der Scheidung

Den angefügten Beweisen zufolge existiert im islamischen Recht das Rechtsinstitut des Schmerzensgeldanspruches im Zusammenhang mit der Scheidung nicht. Im Lichte der oben genannten Umstände der Trennung führte die Ablehnung eines Schmerzensgeldanspruches der Klägerin zu einem Ergebnis, das gegen die öffentliche Ordnung und die guten Sitten Japans verstößt. Daher wird in Bezug auf den Schmerzensgeldanspruch der Klägerin im Zusammenhang mit der Scheidung nach Art. 42 RAG islamisches Recht von der Anwendung ausgeschlossen und japanisches Recht (das ZG) angewandt.

Im Lichte der Umstände der Trennung und unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Einzelfalles ist es angemessen, anzuerkennen, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin ein Schmerzensgeld im Zusammenhang mit der Scheidung in Höhe von 3 Millionen Yen zu zahlen.

7) Folglich wird den Anträgen der Klägerin in den Grenzen des Tenors stattgegeben; soweit sie über den Tenor hinausgehen, werden sie abgewiesen.

(Richterin Atsuko NIWA)

**BESTIMMUNG DES ANWENDBAREN RECHTS IN DIESEM FALL**

(Das anzuwendende Recht ist grau hinterlegt)

	Rechtsverhältnis	Qualifikation		Bestimmung des anwendbaren Rechts			Korrektur des anwendbaren Rechts nach Anwendung des <i>ordre public</i> -Vorbehalts	
		Qualifikation	Präzedenzteil für die Qualifikation	Rechtsgrundlage	Anknüpfungspunkt	Anwendbares Recht	Präzedenzteil zur Anwendung des <i>ordre public</i> -Vorbehalts	Nach Anwendung des <i>ordre public</i> -Vorbehalts anwendbares Recht
Vorfragen	Zustandekommen der Ehe	Materielle Wirksamkeitsvoraussetzungen Formelle Wirksamkeitsvoraussetzungen	/	Art. 24 Abs. 1 RAG	Staatsangehörigkeit der Parteien	Islamisches Recht	(Keine Korrektur notwendig)	Islamisches Recht
	Zustandekommen der <i>talāq</i> -Scheidung	Scheidung	/	Art. 24 Abs. 3 RAG	Staatsangehörigkeit einer der Parteien	Islamisches Recht	(Keine Korrektur notwendig)	Japanisches Recht
Hauptfragen (離婚講求)	Scheidung	Scheidung	/	Art. 27, Art. 25 RAG	Gemeinsame Staatsangehörigkeit der Parteien	(Myanmarsches Recht) Islamisches Recht	Keines	Japanisches Recht
			/	Art. 27, Art. 25 RAG	Gemeinsame Staatsangehörigkeit der Parteien	Myanmarsches Recht Islamisches Recht	Keines	Japanisches Recht <sup>51</sup>

Bestimmung des Sorgerechtsinhabers	Eltern-Kind-Verhältnis	LG Tōkyō, 28.11.1990	Art. 32 RAG	Gemeinsame Staatsangehörigkeit von Kind und jeweiligem Elternteil	Islamisches Recht	OGH, 31.3.1977, FG Tōkyō, 15.7.2010	Japanisches Recht
Kindesunterhalt	Unterhaltspflicht		Art. 2 Abs. 1 UaRG	Gewöhnlicher Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten	Japanisches Recht	(Keine Korrektur notwendig)	Japanisches Recht
			Art. 6 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 UaRG	Gewöhnlicher Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten	Japanisches Recht	(Keine Korrektur notwendig)	Japanisches Recht
Schmerzensgeld	Scheidung	OGH, 20.7.1984	Art. 27, Art. 25 RAG	Gemeinsame Staatsangehörigkeit der Parteien	(Myanmarisches Recht)	OGH, 20.7.1984	Japanisches Recht

- Das vom interreligiösen Kollisionsrecht Myanmars bestimmte religiöse Recht wird als „islamisches Recht“, das staatlich stipulierte Recht Myanmars als „myanmarisches Recht“ bezeichnet
- Als „(myanmarisches Recht)“ in Klammern geschriebenes Recht kann theoretisch als anwendbares Recht ausgewählt, jedoch in diesem konkreten Fall nicht angewendet werden.

81 Das Gericht wendet bei der erneuten Scheidung myanmarisches Recht an, ohne dass es einer Korrektur bedurfte. Insofern scheint die Tabelle an dieser Stelle unzutreffend zu sein.

AUF DIESEN FALL ANWENDBARE AUSLÄNDISCHE RECHTSGRUNDLAGEN

Streitpunkt	Nach dem RAG grundsätzlich anwendbares Recht	Rechtsgrundlage	Auslegung	Anmerkung
Vorfrage Zustandekommen der Ehe	Islamisches Recht	Sahīh al-Buchārī Sure 37	Die Voraussetzungen für das Zustandekommen einer wirksamen Ehe sind 1) Einigung der Parteien (Übereinstimmen von Angebot und Annahme) 2) Beteiligung des Vormundes der Braut bei der Eheschließung 3) Anwesenheit von Zeugen 4) Festlegung einer Brautgabe ( <i>mahr</i> ) 5) Abwesenheit von Ehehindernissen	
Zustandekommen der <i>talāq</i> -Scheidung	Islamisches Recht	Koran Sure 2 Vers 229	Bezüglich der Frage, ob eine Scheidung ohne Möglichkeit der Wiederherstellung des Ehebandes durch dreimaliges aufeinanderfolgendes Aussprechen der einseitigen Scheidungserklärung zustande kommt: Nach den Gelehrtschulen kommen entweder 1) dreimalige Scheidungen zustande oder aber 2) dreimalige Scheidungen zustande, wenn sich aus den Umständen der dreimal aufeinanderfolgenden Erklärungen ergibt, dass der Ehemann eine dreimalige Scheidung beabsichtigt hat. <sup>82</sup>	Anwendung des <i>ordre public</i> -Vorbehaltes

Hauptfrage	Zustandekommen einer erneuten Scheidung	Myanmarisches Recht	Art. 2 Abs. 1 lit. c myanmarisches Islamisches Scheidungsgesetz	Der Ehemann hat mehr als ein Jahr lang grundlos keinen Beischlaf mit der Ehefrau	Das staatliche myanmarische Islamische Scheidungsgesetz kommt vorrangig zur Anwendung
		Islamisches Recht	Verweigerung des Beischlafs durch den Ehemann	Als <i>Qiyās</i> (Analogie) zur Regelung des Korans, wonach dem Ehemann, der vor Allah schwor, keinen Beischlaf mehr mit seiner Frau zu haben, die Wahl obliegt, 1) binnen vier Monaten durch Beischlaf mit der Ehefrau die Beziehung der Eheleute wiederherzustellen oder anderenfalls 2) durch Entsagung des Beischlafs die Ehe zu beenden, sodass der Ehefrau die Möglichkeit der Erhebung einer Scheidungsklage gegen diesen Ehemann zugestanden wird	

82 Unabhängig von den zwischen den verschiedenen islamischen Rechtsschulen umstrittenen genauen Anforderungen an die Wirksamkeit der Scheidungserklärungen besteht Konsens dahingehend, dass erst die dritte ausgesprochene Scheidungserklärung eine endgültige Scheidung zustande kommen lässt.



				Personen- sorgerecht (監護権) <sup>83</sup>	Nach dessen Beendigung	Schäfi itische und Hanbaliiti- sche Lehre, Sunan Abi Dawūd, Hadith 2277	Ab dem siebten Lebensjahr kann das Kind in der Regel zwischen Vater und Mutter wählen	
	Schmerzensgeld im Zusammenhang mit der Scheidung	Islamisches Recht	(Rechtsinstitut existiert nicht)			Hanafitische und malikitische Lehre: Details unklar	In der Regel übernimmt der Vater das Kind ab dessen sieb- tem Lebensjahr	Anwendung des <i>ordre public</i> -Vorbe- haltes

<sup>83</sup> 監護権 (*kango-ken*) bezeichnet ein Recht zur Sorge und Pflege, das einem Elternteil oder einem Dritten getrennt von der elterlichen Sorge (親権 *shinken*, wörtlich: „Elternrecht“) übertragen werden kann, vgl. MAEDA/MOTOYAMA/URANO, *supra* Fn. 54, 101 f.; MATSUKAWA, *supra* Fn. 54, 83; Y. NISHITANI, Kindschaftsrecht in Japan – Geschichte, Gegenwart und Zukunft, ZJapanR/J.Japan.L. 37 (2014) 77, 95.

## ZUSAMMENFASSUNG

*Dieser Beitrag nimmt ein Urteil des Familiengerichts Tōkyō vom 31. Januar 2019 über eine talāq-Scheidung nach myanmarisch-islamischem Recht und deren Scheidungsfolgen zum Anlass, die Dogmatik des japanischen kollisionsrechtlichen ordre public-Vorbehaltes in Art. 42 RAG darzustellen und daraufhin das Urteil in diese einzuordnen.*

*Der japanische kollisionsrechtliche ordre public-Vorbehalt ist der deutschen Dogmatik nicht unähnlich. Grund dafür ist, dass beide Länder einem kollisionsrechtlichen System nach Prägung Savignys anhängen, in dem die jeweiligen ordre public-Vorbehalte funktionell äquivalent sind.*

*Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 42 RAG sind das Vorliegen eines ordre public-Verstoßes durch das Anwendungsergebnis fremden Rechts und ein hinreichender Inlandsbezug des Sachverhaltes. Beide Tatbestandsvoraussetzungen stehen in einer Wechselbeziehung: Je stärker die eine erfüllt ist, desto geringer die Anforderungen an die andere Tatbestandsvoraussetzung. Auf Rechtsfolgen-seite steht der Anwendungsausschluss der lex causae. Die Rechtsprechung sieht üblicherweise eine hierdurch entstehende Lücke, die mit der lex fori, dem japanischen Recht, geschlossen wird.*

*In dieses System fügt sich die Entscheidung des FG Tōkyō vom 31. Januar 2019 ein: In einer im Inland vorgenommenen talāq-Scheidung myanmarischer muslimischer Staatsbürger gegen den Willen der Ehefrau unter anwendbarem myanmarischen islamischen Rechts sieht das Gericht einen ordre public-Verstoß und erklärt sie unter Anwendung des ordre public-Vorbehalts für nichtig. Interessengerecht hat das Gericht daraufhin die Ehe nach myanmarischem Recht geschieden. Dies konnte es, da es die Wirksamkeit der talāq-Scheidung als Vorfrage behandelt hat und in der Hauptsache über eine „erneute Scheidung“ seitens der Klägerin befand. Den ordre public-Vorbehalt wandte das Gericht auch auf die Bestimmung des Sorgerechtsinhabers für den Sohn von Klägerin und Beklagtem, der nach myanmarischem islamischen Recht der Vater gewesen wäre, und auf den nach anwendbarem myanmarischen Recht fehlenden Schmerzensgeldanspruch im Zusammenhang mit der Scheidung an. In allen Fällen benannte das Gericht keine der dogmatischen Voraussetzungen des Art. 42 RAG, sondern beschränkte sich darauf, axiomatisch einen ordre public-Verstoß festzustellen. Einzig im Falle der Bestimmung der Sorgerechtsinhaberschaft konkretisierte das Gericht den Inhalt des japanischen ordre public durch die Benennung des Kindeswohls als Abwägungskriterium. Wenngleich das Urteil sich auch unter strikter Bezugnahme auf die Dogmatik in dieser Form sicherlich hätte begründen lassen, macht die spärliche Begründung des Gerichtes das Urteil interessant: Es führt zu der Frage, wie flexibel die Gerichte den kollisionsrechtlichen ordre public-Vorbehalt handhaben. Hier werden weitere Untersuchungen notwendig sein.*

*Dieses Urteil ist das erste eines japanischen Gerichtes zu einer talāq-Scheidung. Die von ihm ausgehende Feststellung, dass eine solche, sofern sie gegen den Willen der Ehefrau erfolgt, gegen den ordre public verstößt, ist richtungsweisend. Dagegen scheint das Justizministerium dazu zu neigen, talāq-Scheidungen, die mit Zustimmung der Ehefrau vorgenommen werden, anerkennen zu wollen. Dies ergibt ein Gesamtbild, das dem Umgang Deutschlands mit der talāq-Scheidung durchaus ähnlich ist.*

#### SUMMARY

*Occasioned by a ruling of the Tōkyō Family Court of 31 January 2019 regarding a divorce by talāq under the applicable Myanmar Islamic law and the broader consequences of divorce, this article aims to outline the doctrine surrounding the public policy provision in Japanese conflict of laws, Art. 42 of the Act on General Rules for Application of Laws (AGRAL), and to relate the ruling to them.*

*The doctrine around the public policy provision shows strong similarities to German law. This similarity results from the fact that both Japan and Germany follow the system of conflicts of laws established by Savigny, in which the respective public policy clauses hold the same functions.*

*The application of Art. 42 AGRAL requires that the result of the application of foreign law be contrary to public policy and that the case be sufficiently connected to Japan. The requirements are interrelated: the greater the fulfillment of the first requirement, the lower the necessity that the second be fulfilled and vice versa. The consequence of the application of Art. 42 AGRAL is the preclusion of the application of the lex causae. The courts usually assume that this leads to the creation of a legal lacunae to be filled by Japanese law as the lex fori.*

*The 31 January 2019 ruling of the Family Court of Tōkyō fits this system. The court held a divorce by talāq, among Muslim citizens of Myanmar, conducted in Japan, against the will of the wife, and under applicable Myanmar Islamic law, to be contrary to public policy. By applying the public policy provision, the court declared the divorce void under Japanese law. With a view to the interests of the parties and applying statutory law of Myanmar, the court granted a divorce. This was possible because the court deemed the question of the validity of the divorce by talāq to be merely a preliminary question, whereas it considered the plaintiff's demand as one for a "de novo divorce". The court also applied Art. 42 AGRAL on the matter of determining the custody of the son of plaintiff and defendant, which under Myanmar Islamic law would have been awarded to the father, and on a claim regarding compensation for mental suffering related to the divorce, which under applicable Myanmar Islamic law would not have existed. In all of these questions, the court did not*

*make any reference to the doctrine surrounding Art. 42 AGRAL but instead limited itself to maintaining, in a rather axiomatic manner, that in the results of the application of Myanmar Islamic law lay a violation of public policy. Only in the question of custody did the court somewhat substantiate the contents of public policy by naming the child's well-being as a criterion for consideration. Although it almost certainly would also have been possible to justify the ruling by closely referring to the relevant doctrine, that the court did not do so poses the interesting question of how flexible the courts are in handling the public policy provision. Further examination of this question is called for.*

*The ruling is also the first issued by a Japanese court regarding divorce by talāq. While it is trailblazing to establish that such a divorce against the will of the wife constitutes a violation of public policy, the Ministry of Justice seems to tend towards recognizing divorces by talāq provided that they are conducted with the consent of the wife. Hence, viewed together, an image emerges of divorce by talāq receiving quite similar treatment in Japan and Germany.*