

Adoção: Direito internacional privado
 Adoção: Brasil
 LDIP

Entwicklung und Reformen des brasilianischen internationalen Adoptionsrechts: das Haager Übereinkommen vom 29. Mai 1993

Profa. Dra. Claudia Lima Marques, UFRGS,
 Porto Alegre¹

Einführung

Nach brasilianischem Recht liegt eine internationale Adoption vor, wenn das Kind und die Adoptiveltern am Anfang des Adoptionsprozesses ihre Wohnsitze nicht im gleichen Land haben, denn der Hauptanknüpfungspunkt des brasilianischen Kollisionssystems (als Einwanderungsland) ist der Wohnsitz.² Nach Art. 7 des Einführungsgesetzes zum Código Civil Brasileiro (EG-CCBr)³ ist als Personalstatut und allgemeiner Anknüpfungspunkt im Familienrecht der Wohnsitz der Betroffenen massgeblich. So ist in Abstammungsfragen und Adoption der Wohnsitz des Kindes entscheidend.⁴ Seit dem Inkrafttreten der brasilianischen Verfassung in 05.10.1988, liegt auch eine internationale Adoption vor, wenn die Adoptiveltern Ausländer sind (Art. 227, § 5 der bras. Verfassung).⁵

¹ Dr. iur. (Heidelberg), LL.M. (Tübingen), Professor an der Bundesuniversität Rio Grande do Sul-UFRGS, Porto Alegre, Brasilien. Version der in Japan (Einladung der Tohoku Universität Sendai), am 16.02.2002 vorgetragenen Arbeit. Die Autorin dankt Prof. Dr. h.c. mult. Erik Jayme für die Hilfe bei der Gründung des Forschungsprojekts "Familienrecht in der Postmoderne" an der UFRGS und Prof. Dr. Yuko Nishitani (Tohoku Universität, Sendai) für Einladung.

² Siehe Art. 7 des Einführungsgesetzes zum Código Civil Brasileiro; subsidiärer Anknüpfungspunkt, insbesondere für verlassene Kinder, ist der gewöhnliche Aufenthalt (Art. 7, § 7 des Einführungsgesetzes zum Código Civil Brasileiro- EG-CCBr.)

³ Decreto-Lei 4.657, 4.9.1942, Diário Oficial da União vom 9. September 1942, sogenannte "Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro".

⁴ Vgl. Valladão, Haroldo, *Direito Internacional Privado*, vol. II, Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1983, S. 138ff. Auch Lima Marques, Claudia, *Die Reform des internationalen Adoptionsrechts in Brasilien*, in: Jayme, Erik (Hrsg.), *2. Deutsch-Lusitanische Rechtstage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1994*, S. 34.

⁵ Der Originaltext lautet: "Art. 227 § 5º: A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros." (Constituição da República Federativa do Brasil, vom 5.10.1988).

Um das brasilianische internationale Adoptionsrecht zu verstehen, ist es notwendig seine sehr polemische Entwicklung und seine tiefgreifenden Reformen in den 80er and 90er Jahren zu analysieren.

I. Verfassungsgebote und Reform des Adoptionsrechts

Zuerst ist hervorzuheben, daß die Reform des internationalen Adoptionsrechts und Familienrechts mit der Wiederdemokratisierung Brasiliens in 1985 und mit der neuen Verfassung von 1988 kam. Die neue Verfassung stellt eine tiefgreifende Reform des Familien- und Kindschaftsrechts dar. Die Familie steht unter dem besonderen Schutz der Verfassung (Art. 226 Constituição Federal 1988).⁶ Als typische neuere Verfassung enthält die Brasilianische Verfassung von 1988 den Schutz des Familienlebens (art. 226 caput), das Recht auf Eheschließung (art. 226, § 1 Constituição Federal 1988) und das Recht auf Registrierung von religiösen Ehen (Art.226, §2 Constituição Federal 1988), die Gleichberechtigung der Ehefrau und des Ehemanns (Art. 226, § 5 Constituição Federal 1988) und das Recht auf Scheidung (Art. 226, § 6 Constituição Federal 1988).⁷

In der Verfassung von 1988 wird ein neues Familienbild entwickelt: Die Familie mit einem Elternteil ist genannt (sog. "família monoparental" der Art. 226, § 4)⁸, die nichteheliche Gemeinschaft wird anerkannt (sog. "união estável" der Art. 226, § 3)⁹ und die unehelichen und Adoptivkinder werden mit gleichen Rechten und Qualifizierungen einbezogen (Art. 227, § 6). Art. 227 § 5 der "Constituição Federal" von 1988 erlaubt die nationale und internationale Adoption. Die Adoption von Kindern¹⁰ soll immer "unter der Mitwirkung des Staates" erfolgen, aber ein Gesetz soll festlegen, "in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen die Adoption durch Ausländer durchgeführt werden kann".¹¹

⁶ Der Originaltext lautet: "Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado." (Constituição da República Federativa do Brasil, vom 5.10.1988).

⁷ Siehe Tepedino, Gustavo, A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional, in Barreto, Vicente, A nova família: problemas e perspectivas, Renovar, Rio de Janeiro, 1997, S. 47- 70.

⁸ Der Originaltext lautet: "Art. 226 § 4º -Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes." (Constituição da República Federativa do Brasil, vom 5.10.1988). Siehe darüber Eduardo Oliveira Leite, A família monoparental como entidade familiar, in Direito de Família-Aspectos Constitucionais, civis e processuais, vol. 2, Teresa Arruda Alvim (ed.), 44 (1995).

⁹ Der Originaltext lautet: "Art. 226 § 3º - Para efeito da proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento." (Constituição da República Federativa do Brasil, vom 5.10.1988). Heinrich, Dieter, Familienrecht, Walter de Gruyter, Berlin, 5.Auf, 1999,S. 7 (§1,V) übersetzt nur den ersten Satz folgendermaßen: "Für die Wirkung staatlichen Schutzes wird die dauernde Bindung zwischen Mann und Frau als familiäre Einheit anerkannt." Siehe auf portugiesisch, Oliveira, Basílio de, O Concubinato e a Constituição de 1988, 2.Ed, Rio de Janeiro, 1992, s. 1ff.

¹⁰ Über das Thema, siehe Lima Marques, Claudia, Die Reform des internationalen Adoptionsrechts in Brasilien, in: Jayme, Erik (Hrsg.), 2. Deutsch-Lusitanische Rechstage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1994, S. 32-49.

¹¹ Der Originaltext lautet: "Art. 227 § 5º: A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros." (Constituição da República Federativa do Brasil, vom 5.10.1988).

Von besonderem Interesse ist die Rechtsgleichheit zwischen Kindern, ehelichen und unehelichen,¹² adoptierten und biologischen Kindern, die mit der demokratischen Verfassung Brasiliens von 1988 kam.¹³ Jede Qualifizierungs- oder Rechtsdiskriminierung gegen nichteheliche oder adoptierte Kinder wird durch die brasilianische Verfassung ausdrücklich verboten. Art. 227 §6 der "Constituição Federal" von 1988 lautet: "*Die Kinder, ehelich oder unehelich geboren, oder adoptiert, sollen die gleichen Rechte und Qualifizierungen erhalten, verboten ist jede diskriminierende Designation auf Grund der Abstammung*".¹⁴

Dieses Verfassungsgebot, eheliche-, uneheliche, biologische- und Adoptivkindern gleiche Rechte und Qualifizierungen zuzugestehen, war kein Programm, sondern der Art. 227 §5 der brasilianische Verfassung von 1988 enthält einen Grundsatz, eine verbindliche Wertentscheidung für den gesamten Bereich des Kindschafts- und Familienrechts.¹⁵ Das Kind muß als Rechtssubjekt behandelt werden. Die Reform des brasilianischen Kindschaftsrechts in 1990 hat als wesentliche Ziele, diese Gleichstellung ehelicher, nichtehelicher und adoptierter Kinder sowie eine neue Konzentration auf das Kind im Recht zu realisieren.¹⁶

A. Eine neue Konzentration auf das Kind und die Grundrechte der Kinder

Das Reformgesetz, Gesetz 8.068 vom 16. Juli 1990, das Kinder- und Jugendstatut, auf portugiesisch "Estatuto da Criança e do Adolescente", konkretisiert diese neuen sozialpolitischen und juristischen Grundsätze im Kindschafts- und Familienrecht vollständig.

¹² Der Autor des brasilianischen Zivilgesetzbuches von 1917, Clóvis Beviláqua, definiert die eheliche Kindschaft so:

"A filiação é legítima: 1º, se no momento da concepção, o pai e a mãe se achavam vinculados por casamento válido; 2º putativo; 3º, ou anulável, embora não putativo, isto é, nos casos em que subsistiria, se o vício determinante da anulação não tivesse sido utilizado para esse efeito, no prazo e segundo os preceitos da lei.

" in Beviláqua, Clóvis, *Direito da Família*, 8ª ed., atual. pelo Des. Isaias Beviláqua, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956, S. 309.

¹³ Tepedino, Gustavo, *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*, in *A Nova Família: Problemas e Perspectiva*, Vicente Barreto (Hrsg.), Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1997, S. 51 betont die Wichtigkeit des Scheidungsgesetzes von 1977 für die Gleichstellung der unehelichen Kinder in Brasilien. Siehe auch Gischkow Pereira, Sérgio, *Tendências modernas do direito de família*, in *Revista da Ajuris* (Porto Alegre), vol. 42, S. 70: "*A lei não pode insistir em ignorar as realidades humanas*".

¹⁴ Art. 227 §6 der "Constituição Federal" von 1988 lautet: "*Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.*" So auch der Text des neu verabschiedeten brasilianischen Zivilgesetzbuches von 2001: "Art. 1596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação."

¹⁵ Siehe auch Fachin, Luiz Edson, *Elementos Críticos do Direito de Família*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1999, S. 200-2001: "*Os filhos terão os mesmos direitos e qualificações, havidos ou não do casamento, proclama o parágrafo 6º do artigo 227 da Constituição Federal de 1988. Em matéria de filiação, inaugura-se uma disciplina jurídica densa, elástica, profunda e ampla. Este foi um dos capítulos do parentesco mais afetados pela Constituição de 1988, que fez desaparecer a ligação entre casamento e legitimidade e assim também as categorias de filhos.*"

¹⁶ Lima Marques, *Die Reform*, S. 38-39 und

Art. 227 der Brasilianischen Verfassung setzt nach der herrschenden Meinung¹⁷ die "Doktrin des Integralen Schutzes" (auf portugiesisch, "Doutrina da Proteção Integral") der Kinder, welche sich durch eine Aufzählung von Rechten der Kinder charakterisiert.

1. Die neuen materiellen Normen zur internationalen Adoptionen

Während das frühere Recht ("Código de Menores" von 1979) einen eher positivistischen und strafähnlichen Ansatz besaß, das Kinderproblem in Brasilien zu behandeln, wollte der Gesetzgeber des neuen, unmittelbar nach der Verfassung entstandenen Kinder- und Jugendstatut-Gesetzes (im folgenden: KJSG) einen völlig neuen sozialpolitischen und grundrechtsorientierten Ansatz durchsetzen. Die neue Zentralfigur des Familienrechts soll das Kind sein: Seine Grundrechte, sein Interesse und sein Wohl¹⁸ bilden den neuen Sinn des Gesetzes.¹⁹ Um diese Änderung der Sichtweise zu verdeutlichen, entschied sich die Expertenkommission dafür, das neue Gesetz nicht mehr "Código" - ein systematisch geordneter Körper von Normen mit einer Zentralidee: dem Schutz der Kinder - sondern "Estatuto" - Liste von Rechten und Pflichten, die die rechtliche Situation einer besonderen Personengruppe regelt - zu nennen ("Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.068/90").

Art. 1, 3 und 4 des Gesetzes 8.068 vom 16. Juli 1990-KJSG wiederholen die im Art. 227 der Verfassung vorgesehene "Doktrin des Integralen Schutzes" der Kinder.²⁰ Das Kind soll soziale und juristische Priorität haben und auch nach Art. 3 alle Grundrechte genießen ("*a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana...*").

Im Art. 7 bis 69 des KJSG werden alle Kinderrechte aufgezählt und geregelt. Die Leitidee des neuen Gesetzes ist die Erhaltung des ursprünglichen Familie-Kind-Verhältnisses (Art. 19 der KJSG, sog. "princípio da manutenção do vínculo"),²¹ alle anderen staatlichen Betreuungsmaßnahmen sind subsidiär,²² insbesondere die internationale Adoption brasilianischer Kinder soll erst dann erfolgen, wenn die nationale Adoption nicht möglich war. (Art. 31 und 51 des KJSG, sog. "princípio da subsidiariedade").²³ Gemäß dem neuen Ansatz, der von dem Wohl des Kindes ausgeht (Art. 43 des KJSG),

¹⁷Siehe Pereira, Tânia da Silva, *Direito da criança e do adolescente: a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental*, in Cunha Pereira, Rodrigo da, *Direito de Família contemporâneo*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1997, S. 648.

¹⁸ Siehe Rechtssprechung über Kindeswohl: "A mudança de guarda conferida à genitora por ocasião da separação consensual, salvo em casos de extrema necessidade, não deve ser alterada em sede de liminar, pois em proteção aos superiores interesses da criança, que se sobrepõem a todos os demais, a matéria deve ser melhor avaliada no curso da cognição. (TJ-PR, AgIn 383/99 - Segredo de Justiça - Câmara Única - j. 23.11.1999 - rel. Des. Mário Gurtyev.)

¹⁹ Siehe dazu auf deutsch, Lima Marques, S.38-39.

²⁰Siehe Da Silva Pereira, S. 648.

²¹Siehe Da Silva Pereira, S. 664 und Lima Marques, Die Reform, S.42.

soll die teleologische Auslegung der Normen des KJSG immer "the best interest of the child" und seine Rechte versuchen zu verwirklichen (Art. 6 der KJSG und Art. 1, III der Brasilianischen Verfassung).²⁴

Das brasilianische Recht kennt nunmehr nur noch eine Art von Minderjährigenadoption, die Volladoption (Art. 41 des KJSG), die durch die volle Integrierung in die neue Familie und die Aufhebung der verwandtschaftlichen Beziehung zur Herkunftsfamilie erfolgt. Um des Wohl des Kindes zu sichern, handelt es sich um eine Dekretadoption (Adoption durch staatlichen Hoheitsakt), und eine Reihe von besonderen Voraussetzungen für die Adoption durch ausländische Adoptiveltern wurden geschaffen.

Zuerst ist nach Art. 45 des KJSG die Einwilligung der leiblichen Eltern in den Adoptionsprozess notwendig, aber nach seinem §1 ist die Zustimmung nicht notwendig, wenn die Eltern unbekannt sind, oder im Fall vorherigen Verlustes der elterlichen Gewalt. Das KJSG sieht ausserdem die Zustimmung des Kindes vor, wenn dieses älter als 12 Jahre ist (Art. 45 §2). Die Einwilligungen sollen frei von jener Form von finanzieller Gegenleistung sein, sonst qualifiziert das brasilianische Recht das als Kinderhandel.²⁵ Auf Seiten der ausländischen Adoptiveltern müssen die Erfordernisse des Art. 42 des KJSG erfüllt sein, die auch für brasilianische Adoptiveltern verlangt werden (Mindestalter von 21 Jahren, Alterunterschied von 16 Jahren zwischen dem Kind und den Eltern, Eheverhältnis oder "Stabilität ihrer aussereheliche Lebensgemeinschaft" sind nachzuweisen, wenn zwei Personen das Kind adoptieren).²⁶ Das KJSG verlangt für ausländische Adoptivbewerber ohne Wohnsitz oder Aufenthalt in Brasilien auch besondere Voraussetzungen. Nach Art. 51 KJSG sollen sie nachweisen, dass sie nach "ihrem Recht" für eine Adoption befähigt sind und müssen ein sozialpsychologisches Gutachten (Adoptionsvermittlungsstellen Gutachten oder Adoptionsagenturgutachten) abgeben.²⁷ Das brasilianische Recht kennt einen Vorrang für die nationale Adoption im Art. 31 und Art.

²² So die Rechtsprechung in Revista Jurídica, vol.267, jan. 2000, Ementário 15724: "ADOÇÃO – Indeferimento de pedido de adoção formulado por casal. Busca, apreensão e institucionalização do menor determinados na sentença – Recursos da genitora e do casal. Provimento da apelação da genitora e do casal. Deferimento da guarda definitiva da criança à mãe biológica. Decisão que preconiza os direitos do menor. Convivência familiar constitucionalmente assegurada. Improvimento do recurso dos postulantes à adoção." (TJSP – AC 049.869.0/3-00 – C. EsS. – Rel. Des. Yussef Cahali – Unânime – J. 11.11.1999).

²³ Siehe Lima Marques, Die Reform, S.43.

²⁴ Tepedino, S. 50 und Bodin de Moraes, Maria Celina, Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade, in A Nova Família: Problemas e Perspectiva, Vicente Barreto (Hrsg.), Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1997, S. 174.

²⁵ Siehe die Rechtsprechung über Kinderhandel: 3.ª T. do TRF da 1.ª Região, Ap 1997.01.00.037584-0-MA - 3.ª T. - j. 09.03.2000 - rel. p/ o acórdão Olindo Menezes - DJU 19.05.2000., in Revista dos Tribunais, 711, S. 410.

²⁶ Siehe Rechtsprechung: " Ementário 9046 - ADOÇÃO - Inobservância de requisito do § 3º do art. 42 do ECA - Vantagem para o menor - Atenuação do rigorismo formal da lei. Se a adoção é vantajosa para o menor, é de ser deferido seu pedido, ainda que não ocorrente a diferença etária entre adotante e adotando, requisito constante do § 3º do art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo em vista que, diante da finalidade precípua da adoção, que é o bem-estar do adotando, deve ser atenuado o rigorismo formal da lei. (TJMG - AC 4.779/5 - 4ª C - Rel. Des. Caetano Carelos - DJMG 05.11.94, in Revista Jurídica, vol. 209 - MAR/95 - S. 82).

²⁷ Siehe Details, Lima Marques, Reform, S. 43.

51 KJSG, diese Subsidiaritätsprüfung ist als geltende Voraussetzung internationaler Adoption von allen Kindern mit gewöhnlichem Aufenthalt in Brasilien zu verstehen.²⁸

2. Die IPR-Normen für die internationalen Adoptionen

Diese Konzentration auf das Kind nach dem Verfassungsgebot erfolgt auch durch verfassungskonforme Auslegung der alten brasilianischen IPR-Normen. Das brasilianische Recht kennt seit 1942 die Anknüpfung am Wohnsitz (Art. 7 *caput* i.V.m. Art. 7 § 7 LICC²⁹) oder sogar am Aufenthalt (Art. 7 § 8 LICC³⁰) des Kindes bezüglich Fragen seiner Adoption (Adoptionsstatut und Adoptionswirkungsstatut).³¹ Diese kindesbezogenen Anknüpfungen wurde im brasilianischen Kinder- und Jugendgesetz von 1990 bestätigt.³² Es handelt sich um die einzige Anknüpfung für die internationale Adoption, nur bei der Vorfrage der Fähigkeit der Adoptiveltern wird der Wohnsitz der Adoptiveltern maßgeblich (Art. 7 *caput* LICC i.V. m. Art. 51 § 1 Kinder- und Jugendgesetz von 1990).³³ Die internationale Zuständigkeit der Jugendrichter für die internationale Adoption von Kindern mit Wohnsitz oder Aufenthalt in Brasilien wurde 1990 durch die KJSG als ausschließliche Zuständigkeit bestimmt.³⁴

²⁸Vgl. Chaves, Antônio, *Adoção Internacional e Tráfico de Crianças*, São Paulo, 1994, S. 32; Cury,, Munir (Coord.), *Estatuto da Criança e do Adolescente- Comentários Jurídicos e Sociais*, Malheiros, São Paulo, 1992S. 123 ; Alves Felipe, Jorge Franklin, *Adoção, Guarda, Investigação de Paternidade e Concubinato*, Rio de Janeiro 1992, S. 73; Marmitt, Arnaldo, *Adoção*, Rio de Janeiro 1993, S. 142 und S. 155; Elias, Roberto João, *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, São Paulo 1994, S. 19 und Lima Marques, *Die Reform*, S. 45.

²⁹LICC-Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei Nr. 4.657, von 4.9.1942, veröffentlicht in: *Diário Oficial da União* vom 9. September 1942. Nach Art. 7 des Einführungsgesetzes zum Código Civil Brasileiro ist als Personalstatut und im Familienrecht der Wohnsitz der Betroffenen maßgeblich. Art. 7 § 7 LICC bestimmt den Wohnsitz des Kindes; siehe Valladão, vol.II, S. 138.

³⁰Art. 7 § 8 des Einführungsgesetzes zum Código Civil Brasileiro sieht eine alternative Anknüpfung am „Aufenthalt“ der Personen vor, falls der Wohnsitz nicht feststellbar ist. Siehe dazu Valladão, vol.II, S. 16f.

³¹Nach der aktuell herrschenden Doktrin und Rechtsprechung ist für alle Abstammungsfragen der Wohnsitzes des Kindes maßgeblich, so Valladão, vol.II, S. 138ff. Bis zu den 70er Jahren wurde Art. 7 *caput* LICC anders ausgelegt, da die „betroffene Person“ bei der Adoption der Adoptivvater wäre, siehe Castro, Almicar, *Direito Internacional Privado*, 1997, S. 406ff. Diese Auslegung ist heute überholt, der Schwerpunkt liegt auf dem Statuswechsel des Kindes, wie schon der Vater des brasilianischen Código Civil, Bevilacqua, zu Anfang des Jahrhundert betont hat, siehe Bevilacqua, S. 238: „é à lei nacional dos filhos que se deve atender, porque são elles os que necessitam de proteção e em virtude dessa necessidade de proteção é que a lei os acompanha.“. Siehe dazu Lima Marques, S. 35ff.

³²Gesetz vom 13.7.1990, Nr. 8.069/90, *Diário Oficial da União* vom 16.7.1990, Seção I, S. 13563f; auf Portugiesisch sog. *Estatuto da Criança e do Adolescente*, hier brasilianisches Kinder- und Jugendgesetz KJSG genannt; siehe Details der Regelung der internationalen Adoption in diesem Gesetz in: Lima Marques, S. 34ff.

³³Über die Voraussetzungen der brasilianischen Gesetze für eine Minderjährigenadoption durch ausländische Adoptiveltern, siehe Lima Marques, S. 42-45.

³⁴Zur internationalen Zuständigkeit, siehe Art. 148 Abs. 3 i.V.m. Art. 147 KJSG. Siehe Kapitel 3 A II. Vgl. auch Chaves, Antônio, *Adoção Internacional e Tráfico de Crianças*, São Paulo, 1994, S. 71; und Cury, S. 446ff.

Das KJSG verlangt für ausländische Adoptivbewerber ohne Wohnsitz oder Aufenthalt in Brasilien auch besondere IPR-Voraussetzungen. Nach Art. 51 KJSG sollen sie nachweisen, dass sie nach "ihrem Recht" für eine Adoption befähigt sind. Der Nachweis erfolgt durch ein Dokument, das von der zuständigen Behörde ihres Wohnsitzes erstellt wird (Art. 51, §1 KJSG). Nach Art. 51, §2 KJSG kann der brasilianische Richter verlangen, dass der Text und die Geltung des Adoptionsgesetzes des Landes der Annehmenden nachgewiesen werden. Ausserdem müssen alle Dokumente von einem vereidigten Übersetzer übersetzt und durch das zuständige brasilianische Konsulat beglaubigt sein (Art. 51, §3 KJSG). Eine besondere zentrale Kontrolle dieser Dokumente für die Erteilung einer Zulassung zur Adoption in Brasilien (sog. "Laudo de Habilitação para Adoção Internacional") wurde auch gegründet. Eine Adoptionskommission (sog. CEJA oder CONSIG) ist in jedem Bundesland Brasiliens verantwortlich, um diese Zulassungen zu erteilen, und ein generelles Register mit den ausländischen Adoptivbewerbern zu organisieren.³⁵

Das KJSG sieht auch für internationale Adoptionen eine Probezeit vor, bevor die Adoptionsentscheidung erfolgt. Nach den Art. 31 und Art. 51 §4 KJSG kann das Kind erst nach der Probezeit und dem endgültigen Volladoptionurteil von Brasilien ausreisen. Nach Art. 46 §2 des KJSG soll die Probezeit in Brasilien 15 Tage betragen, wenn das Kind jünger als 2 Jahre ist, und 30 Tage, wenn das Kind älter als 2 Jahre ist.

³⁵ Siehe Lima Marques, Reform, S. 44.

³⁶ Nach Franceskakis, apud Bucher, Andreas, L'ordre public et le but social de lois en droit international privé, Recueil des Cours, 1993, II, t. 239, Nijhoff, Dordrecht, 1994, S. 39, sind es Gesetze "don't l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays.". Auch genannte 'lois de police et sûreté', "Sachnormen", "Gesetzen von streng positiver, zwingender Natur", siehe MARQUES DOS SANTOS, António, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado - Esboço de uma Teoria Geral* - vol. I, Coleção de Teses, Ed. Almedina, Coimbra, 1991, S. 11 und SCHWANDER, Ivo, *Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht*, Schulthess, Zürique, 1975, S. 132-184.

Die materiellen Normen des KJSG sind als *lois d'application immediate*,³⁶ anwendbare für Brasilianer³⁷ und Ausländer³⁸ vor der IPR-Prüfung in allen Adoptionen in Brasilien, zu verstehen. Tatsächlich wird das KJSG in der brasilianischen Rechtsprechung als eine „*lois de police*“³⁹ verstanden, d. h. seine Normen finden zwingende und unmittelbare Anwendung in allen Adoptionsverfahren, die vor einem brasilianischen Gericht durchgeführt werden, unabhängig davon ob die Verfahrensbeteiligten Ausländer sind.⁴⁰ Das KJSG enthält die einzig geltenden Normen zur Form der Minderjährigenadoption in Brasilien und diese Normen werden nach der Tradition des Código de Bustamante als *ordre public*-Vorschriften verstanden.⁴¹ So legt das aktuelle Schrifttum die Normen des KJSG über die Form der Minderjährigenadoption und die Normen des KJSG, die ihre Quelle in der Verfassung haben (z. B. Normen über die Nichtdiskriminierung nichtehelicher Kindern, Art. 226 § 7 CF, und über den Vorrang nationaler

³⁷ Siehe Rechtsprechung über Register (Infoadote) von brasilianische Eltern: "ADOÇÃO - DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE INSCRIÇÃO DO CASAL NO CADASTRO DE PRETENDENTES À ADOÇÃO, COM BASE EM PARECER PSICOLÓGICO QUE CONSIDEROU A IDADE AVANÇADA DOS PRETENDENTES - INADMISSIBILIDADE - A aptidão à adoção sujeita-se apenas à análise das condições genéricas, tais como condições morais e materiais. O Estatuto da Criança e do Adolescente ao estabelecer os requisitos do adotante, o fez de um modo abrangente e amplo, a fim de facilitar a vinda ao aconchego de uma família, filhos privados de arrimo, de forma que a idade máxima ficou ao prudente critério do juiz não constituindo esta empecilho objetivo à concessão de adoção. Provido o recurso para deferir a inscrição dos apelantes no cadastro de pretendentes à adoção. (TJSP, Apelação Cível nº 27.510-0/5. 05 de outubro de 1995 YUSSEF CAHALI in Revista Jurídica (Porto alegre), vol. 223 - MAI/96 -S. 68)

³⁸ Siehe Rechtsprechung über Register von ausländische Eltern: "ADOÇÃO - Menor. Casal estrangeiro. Excepcionalidade. Art. 31 da L. 8.069, de 13.07.90. Matéria probatória. Fundamento suficiente da decisão recorrida não impugnado. A colocação de menor em família estrangeira constitui medida excepcional, que somente se justifica depois de exauridas as tentativas para manter a criança na própria família ou colocá-la em família adotiva no próprio país. Acórdão recorrido que, perfilhando tal orientação, não atentou contra o disposto no art. 31 do ECA. Assertiva formulada pelos recorrentes de que foram esgotados todos os meios necessários para colocar o menor em lar substituto nacional. Matéria de prova, insuscetível de reexame no âmbito do apelo especial (Súm. 07-STJ). Fundamento expendido pela decisão recorrida, por si só suficiente, que não foi objeto de impugnação pelos recorrentes. (Superior Tribunal de Justiça - REsS. 27.901-3 - MG - 4º T - Rel. Min. Barros Monteiro - DJU 12.05.97, in in Revista Jurídica 237, jul. 97, Ementário nr. 12108).

³⁹Cury, S. 157 und S. 163 und Siqueira, Liborni, Adoção no Tempo e no Espaço - Doutrina e Jurisprudência, Rio de Janeiro 1992, S. 85.

⁴⁰Vgl. Audit, S. 91 (Rdn. 112): „*On parle de la loi de police pour désigner le mécanisme d'application d'une règle interne à une situation internationale en fonction de sa volonté d'application et indépendamment de sa désignation par une règle de conflit.*“

⁴¹Chaves, S. 161. Siehe Art. 76 Código de Bustamante: „São de ordem pública internacional as disposições que, nesta matéria, regulam o direito a alimentos e as que estabeleçam para a adoção formas solenes.“Dazu Chaves, S. 164ff und Dolinger, Jacob, A evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado, UERJ, rio de Janeiro, 1979, S. 174.

Adoptionsbewerber, Art. 226 § 5 CF) als *ordre public* i.S. des Art. 17 LICC aus.⁴² In diesem Sinn zählt das Subsidiaritätsprinzip der internationalen Adoptionen auch zu den wesentlichen Grundsätzen des geltenden brasilianischen Adoptionsrechts.⁴³

Das KJSG enthält selbst auch besondere Normen für den Fall der kollisionsrechtlichen Adoption (Art. 31, Art. 46 § 2, Art. 51 und 52). Art. 31 KJSG ist als „*règle d'application immédiate*“ zu verstehen. Die Normen des KJSG sind im Einklang mit Art. 227 § 5 der Verfassung von 1988 und angenähert an die kollisionsrechtlichen Normen des Einführungsgesetzes des Código Civil Brasileiro.⁴⁴ Diese zwingende Berücksichtigung der Voraussetzungen des KJSG verhindert die Anwendung jedes ausländischen Rechts, das z. B. das Subsidiaritätsprinzip nicht kennt, durch brasilianische Kinder- und Jugendrichter.

Der brasilianische Richter verfügt - kraft Art. 43 KJSG - über einen gewissen Entscheidungsspielraum, was die Subsidiaritätsprüfung betrifft. In der Praxis hat sich der ausdrückliche Nachrang der internationalen Adoption i.S. des Art. 31 KJSG durchgesetzt. Die nationalen Familienbetreuungsmaßnahmen, insbesondere die nationalen Adoptionen, werden bevorzugt.⁴⁵ Gegen eine Adoptionsentscheidung, die dem Nachrang der internationalen Adoption i.S. des Art. 31 KJSG nicht folgt, ist eine Berufung mit suspendierender Wirkung seitens der Staatsanwaltschaft einzulegen (Art. 198 Abs. 4 KJSG). Die Obersten Gerichte benutzen als Entscheidungsmaßstab für die Auslegung von Art. 31 i. V. m. Art. 43 KJSG das konkrete Kindeswohl.⁴⁶

Im Fall der Anerkennung ausländischer Adoptionsentscheidungen prüft das Gericht nicht nur Art. 17 LICC (Vorbehalt des *ordre public*),⁴⁷ sondern auch Art. 15 LICC

⁴²So Chaves, S. 157. Andere Voraussetzungen des KJSG werden nicht als *ordre public* verstanden, siehe Rechtsprechung: "Sentença estrangeira. Adoção. A regra do artigo 369 do Código Civil brasileiro não é de ordem pública, mas de interesse público, não tendo eficácia de *lex-feri*, em face da adoção regida por lei de estado. O Código Civil Alemão prevê, no par-1.745, a dispensa do requisito da diferença mínima de idade entre adotante e adotado, podendo a sentença de adoção, proferida naquele país, ser homologada." (STF, SE-Alemanha nr. 3638, Rel. Ministro Carlos Madeira, j 19/02/1986 - Tribunal Pleno, DJ 07-03-86.S. 02838)

⁴³Vgl. Chaves, S. 211. Chaves zitiert Gutachten von Georgette Nazo über die Wirkungen der eventuellen brasilianischen Ratifikation der CIDIP-IV über die internationale Adoption von 1984. In diesem Gutachten schlägt die Professorin aus der Universität São Paulo auf Grund des Subsidiaritätsprinzips des Art. 31 KJSG einen Vorbehalt zu Art. 2 CIDIP-IV vor: „Como a Lei n. 8.069/90 só permite adoção plena de menores e adolescentes, bem como só excepcionalmente autoriza a sua colocação em família substituída estrangeira, sob a modalidade de adoção, vedada a guarda e a tutela conforme arts. 31e 33 § 1º, caberá ao Brasil...apresentar reserva a este art.2º [CIDIP-IV].“

⁴⁴Siehe Lima Marques, Die Reform, S. 40ff.

⁴⁵Siehe die Mitteilungen des Richters Alves Felipe, Jorge Franklin, Adoção, Guarda, Investigação de Paternidade e Concubinato, Rio de Janeiro 1992, S. 73 und des Staatsanwalts Santos Aoki, in: Cury, S.122. Vgl. Marmitt, Arnaldo, Adoção, Rio de Janeiro 1993, S. 142.

⁴⁶Siehe Rechtsprechung des Superior Tribunal de Justiça: "Adoção Internacional. Cadastro central de adotantes. Necessidade de sua consulta. A adoção por estrangeiros é medida excepcional. Precedente (ResS. 196.406-SP). Situação de fato superveniente, com o deferimento da guarda do menor a casal nacional, estando em curso o estágio de convivência. Perda do objeto(da ação)." (ResS. 202295/SP, j28.06.1999, Min. Ruy Rosado de Aguiar).

⁴⁷Art. 17 LICC: „As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.“

(Anerkennungshindernisse).⁴⁸ Besondere Bedeutung gewinnt in der *ordre public*-Prüfung das Verbot der Gesetzmäßigkeit (*fraus legis*), insbesondere gegenüber den nationalen „*lois de police*“.⁴⁹ Im Fall der Anerkennung ausländischer Adoptionsurteile wird der öffentlichrechtliche Charakter des KJSG durch das Prinzip der *favor recognitionis* relativiert.⁵⁰ Dazu kommen die neu ratifizierte materiellen und IPR-Normen der internationalen Übereinkommen.

B. Internationale Übereinkommen als neue Quelle des brasilianischen Rechts

Brasilien unterzeichnete das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes und ratifizierte es nur drei Monate nach dem Kindschaftsrechtsreformgesetz vom September 1990 (KJSG), ohne Vorbehalt.⁵¹ Nach Art. 5 §2^o der „Constituição Federal“ von 1988 werden alle anderen Menschenrechte, die Brasilien durch ratifizierte internationale Übereinkommen akzeptiert hat, in die Grundrechtliste des Artikel 5 einbezogen.

Daher sind hier die folgenden Normen des UN-Übereinkommens über die Rechte der Kinder (UN-KRK) von besonderem Interesse: Art. 3 (Prinzip des Kindeswohls), Art. 7 (Name, Staatsangehörigkeit und Betreuung durch die leiblichen Eltern), Art. 8 (Recht auf eine Identität)⁵², Art. 9 (Trennung von den Eltern), Art. 12 (Berücksichtigung des Kindeswillens), Art. 20 (Betreuungsmaßnahme für Kinder in Not), Art. 21 (Adoption und Subsidiaritätsprinzip der internationalen Adoption),⁵³ Art. 30 (Recht auf eine kulturelle und soziale Identität).⁵⁴

⁴⁸Art. 15 LICC: „Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos: a) haver sido proferida por juiz competente; b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida; d) estar traduzida por intérprete autorizado; e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal.“

⁴⁹Zur *fraus legis*, siehe Valladão, Haroldo, *Direito Internacional Privado*, vol. I - Introdução e Parte Geral, 5. Aufl., Rio de Janeiro 1980, S. 487ff.

⁵⁰Chaves, S. 159.

⁵¹In Kraft durch das Decreto 99.710 de 22 de novembro de 1990.

⁵²Siehe die unterschiedlichen Merkmale des Rechts auf eine Identität und Recht auf eine kulturelle Identität, Lima Marques, *Das Subsidiaritätsprinzip*, S. 105-116.

⁵³Art. 21, lit. b der UN-Kinderrechte Übereinkommen enthält eine klare Erwähnung des Subsidiaritätsprinzips in der internationalen Adoption: „Art. 21. *Die Vertragsstaaten, die das System der Adoption anerkennen oder zulassen, gewährleisten, daß dem Wohl des Kindes bei der Adoption die höchste Bedeutung zugemessen wird; die Vertragsstaaten:...b) erkennen an, daß die internationale Adoption als andere Form der Fürsorge angesehen werden kann, wenn das Kind nicht in seinem Heimatland in einer Pflege- oder Adoptivfamilie untergebracht oder wenn es dort nicht in geeigneter Weise betreut werden kann;...*“ Texte in amtlicher Übersetzung, in: Bundesminister für Frauen und Jugend (Hrsg.), *Übereinkommen über die Rechte des Kindes - UN- Kinderekonvention im Wortlaut mit Materiale*, hier Bundesminister/UN-KRK, S.12.

⁵⁴So auch Cantwell, Nigel, *A nova convenção da Haia sobre a adoção internacional - um assunto que anda para frente ?*, in: *Infância e Juventude*, 1994.1, S.34.

Es ist noch anzumerken, daß Brasilien das Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption vom 29. Mai 1993 (HAÜ)⁵⁵ ratifiziert hat. Nach dem Satz 4 der Präambel werden die Rechte der Kinder als Ziel dieser Übereinkommen erwähnt: „Die Unterzeichnerstaaten... „überzeugt von der Notwendigkeit, Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, daß internationale Adoptionen zum Wohl des Kindes und unter Wahrung seiner Grundrechte stattfinden, und die Entführung und den Verkauf von Kindern sowie den Handel mit Kinder zu verhindern.“⁵⁶ Nach van Loon⁵⁷ ist das HAÜ ein Übereinkommen über gerichtliche und Behörden-Zusammenarbeit mit einem im wesentlichen materiellrechtlichen Ziel.

Die Definition der internationalen Adoption ist im HAÜ enger als im brasilianischen Kollisionsrecht, nach dem alle Adoptionen mit Auslandsberührung, z.B. verschiedener Wohnsitz oder verschiedene Staatsangehörigkeiten des Kindes und der Adoptiveltern berücksichtigt werden.⁵⁸ Im HAÜ kommt es nicht darauf an, ob die betroffenen Personen vor der Adoption die gleiche oder unterschiedliche Staatsangehörigkeiten besitzen (vgl. Art. 2 Abs. 1 HAÜ).⁵⁹ Schwerpunkt dieses Systems ist der grenzüberschreitende Transfer des Kindes (*deplacement*) aufgrund bzw. zum Zweck der Adoption von einem *Heimatstaat* zu einem *Aufnahmestaat*.⁶⁰ Wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem HAÜ-Vertragsstaat hat, wie Brasilien, und die Adoptiveltern ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Vertragsstaat, wie Deutschland, Italien, Frankreich oder Portugal, haben, ist die Anwendung des HAÜ zwingend.⁶¹ Das neue Haager Adoptionsübereinkommen hat *zwingenden*⁶² und *ausschließenden*⁶³ Charakter. Staaten, die das HAÜ nicht ratifiziert haben, wie Japan, werden dadurch benachteiligt. Brasilien soll Priorität geben für ausländische Adoptionsbewerber, die von ein em anderen HAÜ-Vertragsstaat sind.

⁵⁵ Decreto 3.087, vom 21.06.1999 (DOU 02.06.1999), "Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993". Siehe auch die Designation der brasilianischen Zentralbehörde, Decreto 3.174, vom 16.09.1999 (DOU 17.09.1999). Bis August 2001 hatten 42 Staaten dieses Übereinkommen ratifiziert, siehe www.mj.gov.br/sedh/acaf.

⁵⁶ So informelle Übersetzung des Vorentwurfs von 1992 von Huttner und Thompson aus dem english, N. 0498/92, während der 17. Tagung der Haager Konferenz mitgeteilt, nicht veröffentlicht, S. 1.

⁵⁷ van Loon, Course, Johannes Hendrick Albert van, International Co-operation and Protection of Children with regard to intercountry Adoption, in: Recueil des Cours, vol. 244 (1993 VII), S. 193-456 S. 337.

⁵⁸ Meyer-Fabres, Nathalie, La convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, in: Rev.crit.d.i.p. 83 (2), avril-juin 1994, S. 265.

⁵⁹ Vgl. Parra-Aranguren, Gonzalo, Rapport explicatif, in: Actes et Documents de la Dix-septième Session, Tome II, S. 551 (Rdr. 34-35) und S. 559 (Rdn. 73).

⁶⁰ Vgl. Meyer-Fabres, S. 265; Bucher, Andreas, La nouvelle Convention de La Haye relative à l'adoption internationale, in: Zeitschrift für Vormundschaftswesen, 1994, S. 99; Pfund, Peter H., Intercountry Adoption: The 1993 Hague Convention: Its Purpose, Implementation and Promise, in: Family Law Quarterly, 28 (1994), S. 56; Benicke, Christoph, Typenmehrheit im Adoptionsrecht und Deutsches IPR, Frankfurt am Main 1995, S. 314 und van Loon, Course, S. 346.

⁶¹ Nach Art. 2 Abs. 1 HAÜ ist das neue Übereinkommen „anzuwenden, wenn ein Kind mit gewöhnlichem Aufenthalt in einem Vertragsstaat (Heimatstaat) in einen anderen Vertragsstaat (Aufnahmestaat) gebracht worden ist, wird oder werden soll, entweder nach seiner Adoption im Heimatstaat durch Ehegatten oder eine Person mit gewöhnlichem Aufenthalt im Aufnahmestaat oder im Hinblick auf eine solche Adoption im Aufnahme- oder Heimatstaat.“

⁶² Vgl. auch van Loon, S. 345 und Meyer-Fabres, S. 265.

⁶³ Nach Meyer-Fabres handelt es sich um eine „convention exclusive“, siehe Meyer-Fabres, S. 265. Dazu kritisch Kegel, § 20 XIII, S. 742: „Wenn ja, ist der Beitritt nicht zu empfehlen.“

Das HAÜ kann als Beispiel für die neue Rechtsgebungstendenz nach der Einführung der UN-KRK gelten.⁶⁴ Das HAÜ verwendet die Methode der vereinheitlichten internationalen Privatrechtsnormen, durch Darstellung von materiellen und verfahrensrechtlichen Mindestgarantienormen. Es hat auch seine Schwerpunkte im internationalen Zivilprozeßrecht, insbesondere durch indirekte Normen über staatliche Aufgabenverteilung und durch Gründung eines strengen Kooperationsystems. Statt Bestimmung des vereinheitlichten anwendbaren Rechts und statt einheitlicher Normen über die internationale Zuständigkeit bevorzugt das HAÜ den Gleichlauf von *Forum* und *Jus*, die Zuordnung von Entscheidungszuständigkeiten und die Gründung von Anerkennungspflichten.

Ausser dem Haager Adoptions Übereinkommen (HAÜ), in Brasilien, das Dekret 3.087 vom 21. Juni 1999, und seine Zentralbehörde (Dekret 3.174, vom 16.09.1999)⁶⁵, sind in Kraft das Haager Übereinkommen über Kinderentführung, das Dekret 3.413, vom 14. April 2000⁶⁶, die beiden Interamerikanischen Übereinkommen über Kinderadoption und Kinderhandel⁶⁷ und die anderen IPR-Normen des Einführungsgesetzes zum brasilianische BGB.⁶⁸ Ab 2003 wird noch das neue Zivilgesetzbuch, das neulich am 10. Januar 2002 verabschiedet wurde, in Kraft sein.⁶⁹ Nach seinem Art. 1629 ist das neue Zivilgesetzbuch für internationale Adoptionen unanwendbar,⁷⁰ sollen die besonderen Gesetze (KJSG und die Übereinkommen) weiter das Thema regeln.

Zusammengefaßt, es ist ein starker Quellenpluralismus in dem neuen brasilianischen Familien- und Kindschaftsrecht zu beobachten. Quellenpluralismus bedeutet hier das neue komplexe und simultane Zusammenspiel bzw. die Zusammenanwendung (nach Jayme: "dialogue des sources") von Rechtsquellen, z.B. im Bereich der internationalen Adoption von Kindern.⁷¹

⁶⁴So indirekt Jayme, Erik, Neue Verfahrensregeln für Adoptionen mit Auslandsberührung in Portugal, in: IPRax 1995, S. 57. Siehe auch Jayme, Erik, Weltkongreß für Rechtsvergleichung in Montréal 1990 - Neue Akzente im internationalen Adoptionsrecht, in: IPRax 1991, S. 204.

⁶⁵ Veröffentlicht in DOU 17.09.1999, "Designa as Autoridades Centrais encarregadas de dar cumprimento às obrigações impostas pela Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, institui o Programa Nacional de Cooperação em Adoção Internacional e cria o Conselho das Autoridades Centrais Administrativas Brasileiras."

⁶⁶ Veröffentlicht in DOU 17.04.2000, "Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980".

⁶⁷Siehe Fernández Arroyo, Diego, La codificación del DIP en América Latina, Madrid, 1993.

⁶⁸ Siehe Lima Marques, Die Reform, S. 47ff.

⁶⁹ Am 15. August 2001 hat das brasilianische Parlament den alten Entwurf von 1975 als neues Brasilianisches Zivilgesetzbuch mit einer *vacatio legis* von 2 Jahren angenommen. Der endgültige Text steht noch nicht fest, da der Präsident Vetorecht besitzt.

⁷⁰ So der Originaltext: "Art. 1.629. A adoção por estrangeiro obedecerá aos casos e condições que forem estabelecidos em lei."

⁷¹ Siehe Jayme, Cours, S. 259.

II - Kinderhandel in Brasilien und Reform des internationalen Adoptionsrechts

In der 70-80 Jahren war Kinderhandeln in Brasilien und Lateinamerika eine Realität. Allgemeine Merkmale des Kinderhandels sind die finanziellen Vorteile im Bereich der Kindesadoption.⁷² Zum anderen, daß die Adoption und die entsprechenden Zustimmungen auf finanziellen Vorteilen für die leiblichen Eltern, für die verantwortliche Person oder für die als „Vermittlungsperson“ engagierte Dritte beruht.⁷³

Das Interamerikanische Übereinkommen gegen den Kinderhandel⁷⁴ definiert :
 „Article 2. b) **International traffic in minors means the abduction, removal or retention, or attempted abduction, removal or retention, of a minor for unlawful purposes or unlawful means.** c) **Unlawful purposes includes, among others, prostitution, sexual exploitation, servitude or any other purpose unlawful in either the State of the minor's habitual residence or the state Party where the minor is located.** d) **Unlawful means includes , among others, kidnapping, fraudulent or coerced consent, the giving or receipt of unlawful payments or benefits to achieve the consent of the parents, persons or institution having care of the child, or any other means unlawful in either the State of the minor's habitual residence or the State Party where the minor is located.**“⁷⁵

Finanzielle Motivation bei der Adoption bzw. Adoptionsvermittlung sind Gefahren, die bei nationalen und internationalen Adoption bestehen.⁷⁶ Das Kind kann und darf nicht zu einem Wirtschaftsgut degradiert werden. Dies verletzt seine Menschenwürde und verstößt gegen alle elementaren ethischen Normen und gegen das aktuelle Menschenbild der Nationen.⁷⁷ Aus der Verabschiedung der UN-KRK ergibt sich, daß

⁷²Trillat Brigitte und Nabinger, Sylvia, Intercountry adoption and traffic in children - Truth and fiction, in: International Criminal Police Review (ICPR), Jan./Feb. 1991, n. 428, S. 20 definieren „Kinderhandel im Adoptionsbereich“ als jeden Adoptions-vorgang, bei dem die Beteiligten direkte oder indirekte private finanzielle Vorteile haben.

⁷³Siehe zum Thema, Bach, Rolf P., Neue Regelung gegen Kinderhandel und Ersatzmuttervermittlung - Zur Neufassung des Adoptionsvermittlungsgesetzes, in: FamRZ 1990, S. 575-577.

⁷⁴Inter-american Convention on internationale traffic in minors, CIDIP-V OEA/Ser.C/VI.21.5, S.58ff.; über die früherer CIDIP-Übereinkommen siehe auch Samleben, Jürgen, Neue interamerikanische Konventionen zum Internationalen Privatrecht, in: RabelsZ 56 (1992), S. 1-114 und Kapitel 2 B dieser Arbeit.

⁷⁵ Final Act, Inter-american Convention on internationale traffic in minors, CIDIP-V OEA/Ser.C/VI.21.5, S. 59.

⁷⁶Das enge Verhältnis zwischen Adoptionsvermittlung und Kinderhandel wird von Giesen, Familienrecht, S. 364 (Rdn. 697) folgendermaßen beschrieben: „Überläßt man diese Funktion jedoch privaten Vermittlern, so führt das angesichts der Überzahl von Adoptionswilligen leicht zu Formen von kommerzialisiertem „Kinderhandel“ (insbesondere auch die Vermittlung von Kindern aus wirtschaftlich unterentwickelten Ländern gegen Geldzahlung), die durch die Rechtsordnung nicht hinnehmbar sind.“

⁷⁷Vgl. VerwG Frankfurt, in: FamRZ 1989, S. 209-213. In seiner Entscheidung stellt das Gericht fest: „1. Die kommerziell betriebene Vermittlung von Kindern zur Legitimation oder Adoption ist mit dem Schutz der Menschenwürde des Art. 1 GG nicht zu vereinbaren. 2. Die Freigabe eines Kindes zur kommerziell betriebenen Legitimations- oder Adoptionsvermittlung ist mit der Pflichtengebundenheit der Eltern (Art. 6 II GG) nicht zu vereinbaren und auch unter dem Gesichtspunkt des Grundrechtsverzichts nicht zu rechtfertigen. 3. Zur rechtlichen Relevanz der von der Generalversammlung der Vereinten Nationen beschlossenen Charta des Kindes als sog. *soft law*.“ (V.Kammer, Beschluß v.19.7.1988-VI/2H 1258/88).

heute auf internationaler Ebene Konsens über die Ächtung des Kinderhandels und der Kindesentführung zum Zwecke einer Adoption besteht (Art. 35 UN-KRK).⁷⁸

Art. 35 UN-KRK seinerseits lautet: „Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten innerstaatlichen, zweiseitigen und mehrseitigen Maßnahmen, um die Entführung und den Verkauf von Kindern sowie den Handel mit Kindern zu irgendeinem Zweck und in irgendeiner Form zu verhindern.“

Kinderhandel und Kindesentführung von Dritten zum Zweck der Adoption werden aber meist im Zusammenhang mit der internationalen bzw. grenzüberschreitenden Adoption durchgeführt.⁷⁹ Zwar ist die Gefahr der Ausbeutung des Armen durch den Reichen,⁸⁰ der Leihmutterchaft mit finanziellem Ziel,⁸¹ und des leider noch wichtigsten Falls der fingierten oder „induzierten“ Verwahrlosung (Abandon) von kleinen (meist weißen) Kindern⁸² auch bei nationalen Adoptionen⁸³ vorhanden, jedoch in geringerem Maß.⁸⁴

⁷⁸Vgl. auch VerwG Frankfurt, FamRZ 1989, S. 211.

⁷⁹Vgl. auch Marx, S. 61 und van Loon, Course, S. 250. Siehe sehr eindrucksvoller Fall, entschieden durch das VerwG Frankfurt, bei dem eine „Familiengründungagentur“ in Frankfurt folgendermaßen geworben hatte: „Auch für Sie: Kinder aus der 3. Welt für 12.000 DM“, in: FamRZ 1989, S. 209 - 213. In seiner Entscheidung belehrt das Gericht: „Die Art und Weise, wie der Ast.[Antragsteller] die Kindervermittlung betreibt, erfüllt alle erforderlichen Voraussetzungen eines mit dem Gebot der Achtung der Menschenwürde nicht zu vereinbarenden Kinderhandels. Die von ihm zur Vermittlung angebotenen Kinder werden in Form einer Handelsware präsentiert, wobei je nach Herkunftsgebiet eine Preislistenstaffelung erfolgt. Auf dem vom Ast. verbreiteten Flugblatt preist er u.a. Kinder aus der Dritten Welt in Form eines Billigangebots für 12.000DM an...“ (FamRZ, 1989, S. 211). „Ausweislich des Flugblattes verlangt der Ast. für die Vermittlung eines deutschen Kindes 45.000 DM, eines „Nahost-Kindes“ 30.000 DM und eines „Fernost-Kindes“ 15.000 DM.“ (FamRZ 1989, S. 210). „Im Falle gesundheitlicher Beeinträchtigungen eines Kindes könne dieses ohne weiteres zurückgegeben werden...“ (FamRZ 1989, S. 211). Über das häufige Zusammenfallen von Kinderhandel und internationaler Adoption, siehe auch Terre des Hommes-Osnabrück, Maßnahmen gegen Privatadoptionen/Kinderhandel-April 1989, S. 2. Über die Aktualität des Themas der Kindesentführung zum Zweck des Kinderhandels und internationaler Adoption in Brasilien, siehe Klagen der leiblichen Eltern in: Zeitschrift Veja, 1411, 27/09/95, S. 84f.

⁸⁰So der Ausdruck von Holinger, §10.01, S. 4: „International adoption presents in extreme form some of the issues posed by all adoptions - the potential for exploitation of the poor by the rich, and the destruction for adoptees of vital connections with their past and their 'people'.“

⁸¹Über die Novelisierung der autonomen deutschen Regelung zur Ersatzmutterchaft, siehe Bach, in: FamRZ 1990, S. 575ff.

⁸²Vgl. Trillat/Nabinger, S. 21 mit weiteren Hinweisen. Siehe über die Methoden, Kinder zur Adoption zu gewinnen, van Loon, Course, S. 252.

⁸³ Siehe Rechtssprechung über Kinderentführung im Krankenhaus: " HOSPITAL - Responsabilidade civil - Indenização - Subtração de recém-nascido - Comprovação de que a exígua segurança do nosocômio mostrou-se extremamente precária e impotente - Culpa in vigilando caracterizada - Verba devida - Voto vencido. Ementa Oficial: Revelando os autos que a exígua segurança mostrou-se extremamente precária e impotente, tem-se como provada a culpa in vigilando, que autoriza a imputação da responsabilidade civil ao hospital pela subtração de recém-nascido das suas dependências. (1.ª Câm. Civ. do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, EI na Ap 45.093/99 - 1.ª Câm. - j. 15.09.1999 - rel. Des. Valter Xavier - DJDF 09.02.2000.)"

⁸⁴Siehe dazu Sturlèse, S. 427.

Bei der internationalen Adoption wirken alle diese Gefahren noch stärker, sei es wegen der großen Nachfrage⁸⁵, sei es wegen wenig effektiver grenzüberschreitender Kontrollen⁸⁶ und einer schon „spezialisierten Kriminalität“.⁸⁷ Der wesentlich grenzüberschreitende Charakter der internationalen Adoption und die damit verbundenen vergrößerten Gefahren (Frage der Immigration, des Staatsangehörigkeit und der Status des Kindes in dem Staat des gewöhnlichen Aufenthalts der Adoptiveltern, Gefahr der nicht Anerkennung der Entscheidung und der nicht Integrierung des Kindes und „Failure“ der Adoption usw) bedeuten eine faktische und juristische Überforderung der nationalen Kompetenz. Das begründet eine faktische Abhängigkeit von Behörden des Heimatstaats und des Aufnahmestaats zum effektiven Schutz der Kindesinteressen.⁸⁸

Die Reform des brasilianischen internationalen Adoptionsrechts, durch die KJSG von 1990 und die Ratifizierung von allen internationalen Übereinkommen über das Thema hatten als Ziel diese Gefahren zu bekämpfen.

A) Zentralisation und internationale Kooperation im Bereich der internationalen Adoption

Das KJSG von 1990 hatte schon in jedem Bundesland Brasiliens administrative Zentralbehörden für die Kontrolle der Voraussetzung der ausländischen Adoptionsbewerber gegründet (Art. 52 der KJSG). Einige Bundesländer hatten schon die Zuständigkeit der Jugendrichter für internationale Adoption begrenzt und in den grösseren Städten zentralisierte, aber die Zentralisation der internationale Adoptionen begann mit der Ratifizierung der HAÜ, einem effizienten Instrument der internationalen Kooperation.

Die Hauptmerkmale des HAÜ als neue Rechtsquelle des brasilianischen internationalen Adoptionsrechts sind Zentralisation der internationalen Adoption, Kooperation zwischen Behörde, Kontrolle der Vorphase der Adoption, insbesondere durch das Subsidiaritätsprinzip und die Anerkennung der Adoptionsentscheidungen.

⁸⁵So Marx, Ansgar, Perspektiven der internationalen Adoption - Adoptionsrecht und Adoptionspolitik in ausgewählten Staaten Asiens unter Berücksichtigung der UN-Deklaration über Jugend, Wohlfahrt, Pflegekindschaft und Adoption (1986), Frankfurt am Main 1993 S. 17; siehe Statistiken für Deutschland auch in Marx, S. 23: in 1990 war die Relation von 1 zur Adoption vermittelten Kind pro 28 Adoptionsbewerber, in 1989 war die Relation in Deutschland 1 zu 35.

⁸⁶Vgl. Hohnerlein, Eva-Maria, Internationale Adoption und Kindeswohl - Die Rechtslage von Adoptivkindern aus der Dritten Welt in der BRD im Vergleich zu anderen europäischen Länder, Baden-Baden 1991 S. 27, wobei die Autorin ihre Hoffnung auf das damals sich in Vorbereitung befindende HAÜ richtet.

⁸⁷Vgl. auch van Loon, Course, S. 253. So berichten Margaretha und Berthold Schopf über einen „Besuch“ beim Kinderhändler, in: Wacker, S. 106-110. Nach den Autoren könnte man auch eine Vaterschaftsanerkennung in Manila machen, der Preis wäre 20.000 DM, S. 109. Gleiches berichtete Will, Phönix, S. 66f und der vorher erwähnte Fall des VerwG Frankfurt, in: FamRZ 1989, S. 209ff. Über die Probleme der Vermittlung in grenzüberschreitenden Adoptionsfällen und ihre Definitionen als „Straftatbestand“ in England, vgl. Sandland, S. 149-166, insbesondere S. 150-152 über das Element des Tatbestandes der section 11 „extraterriorially“ und „placement“ des „Adoption Act 1976“.

⁸⁸Deswegen meinen viele Wissenschaftler, daß die Probleme der internationalen Adoption mit dem Fehlen eines echten Vertrauens zwischen den zuständigen Behörden der betroffenen Länder zusammenhängt, vgl. in dieser Linie Will, Michael, Papiertiger und Phönix? - Internationale Adoptionskonventionen gegen den blühenden Kinderhandel, in: Entwicklungen im europäischen Familienrecht, hrsg. von Josef Dröschel, 1992, S. 113; dazu auch Chaves, S. 236f.

Das Neue des HAÜ-Schutzsystems liegt sowohl in der gewählten pragmatischen (und kompromißbereiten) Methode⁸⁹, als auch in der ausdrücklichen Option für das Wohl des Kindes und für den Schutz der Kinderrechte.⁹⁰ In Namen dieser Kompromißbereitschaft enthält das HAÜ keine ausdrücklichen (direkten) Kollisionsnormen⁹¹, obwohl diese zu den wichtigsten „vereinheitlichenden“ Bestrebungen im Bereich der internationalen Adoption zählen.⁹² Das neue HAÜ ist kein gewöhnliches IPR-Abkommen, sondern ein Übereinkommen über die Zusammenarbeit zwischen Behörden verschiedener Staaten im Bereich der grenzüberschreitenden Adoption mit besonderen Normen über die Verteilung und Durchführung der Aufgaben der Behörden in der Vorphase der Adoption, sowie Normen über die Anerkennung ausländischer Adoptionsentscheidungen.⁹³

Nach Art. 1 HAÜ hat das Übereinkommen als Ziel:

„[Art. 1 HAÜ] Ziel dieses Übereinkommens ist es,

a) Schutzvorschriften einzuführen, damit internationale Adoptionen zum Wohl des Kindes und unter Wahrung seiner völkerrechtlich anerkannten Grundrechte stattfinden;

b) ein System der Zusammenarbeit unter den Vertragsstaaten einzurichten, um die Einhaltung dieser Schutzvorschriften sicherzustellen, und dadurch die Entführung und den Verkauf von Kindern sowie den Handel mit Kindern zu verhindern;

c) in den Vertragsstaaten die Anerkennung der gemäß dem Übereinkommen durchgeführten Adoptionen zu sichern.“⁹⁴

Das besondere im HAÜ ist, daß gerade diese verfahrensrechtlichen und Behörden-Aufgaben indirekt versuchen, die traditionellen Probleme und Konflikte des anwendbaren Rechts und der internationalen Zuständigkeit im Bereich der internationalen Adoption zu lösen.⁹⁵ Das HAÜ besitzt keine ausdrückliche Norm über das anwendbare Recht⁹⁶

⁸⁹So der Ausdruck von Meyer-Fabre, S. 262. Das neue Haager Schutzsystem versucht, die oft antinomischen Interessen und sogar gegensätzlichen rechtspolitischen Linien von Industriestaaten und Staaten der sog. Dritten Welt im Bereich der internationalen Adoption zu harmonisieren (Duncan, William, The Hague Convention on the protection of children and co-operation in respect of intercountry adoption 1993. Some issues of special relevance to sending countries, in: Jaffe, Eliezer (Hrsg.), Inter-country Adoptions - Laws and Perspectives of „Sending“ Countries, Dordrecht 1995, S. 219 und Marx, Ansgar, Zur Perspektive eines neuen Haager Übereinkommens über die internationale Zusammenarbeit und den Schutz von Kindern auf dem Gebiet grenzüberschreitender Adoptionen, in: StAZ 1993, StAZ 1993, S. 1). So versucht z. B. die Konvention, ihr neues System als anwendbar zu erklären sowohl für schwache als auch für Volladoptionen (Art. 2 Abs. 2 HAÜ), für Adoptionen, die im Heimatstaat des Kindes vor seinem Transfer, als auch für Adoptionen, die im Aufnahmestaat nach dem Transfer des Kindes (Art. 2 Abs. 2 HAÜ) vorgenommen werden, immer mit dem Ziel, die Anwendung wichtiger materiellrechtlicher und verfahrensrechtlicher Gesetze jedes betroffenen Landes zu ermöglichen (siehe Art. 28 HAÜ).

⁹⁰Siehe Satz 4 und 5 der Präambel des HAÜ.

⁹¹So wurde das Arbeitsdokument Nr. 123 des italienischen Delegierten Picone ausdrücklich abgelehnt, siehe Minutes Nr. 4, in: Actes et documents, II, S. 516.

⁹²Vgl. Hohnerlein, S. 262.

⁹³Vgl. auch Marx, StAZ 1995, S. 317f.

⁹⁴HAÜ-Gemeinsame deutsche Übersetzung, S. 2. Originaltext auf Englisch und auf Französisch, in: Extrait de l'Acte Final, Actes et documents, II, S. 522ff.

⁹⁵So beschreibt van Loon, Course, S. 337: „In this way it [HAÜ] provides a framework which does not directly solve problems of conflicts of jurisdiction or of applicable law, but help, indirectly, to avoid and reduce such conflicts.“

⁹⁶So auch Meyer-Fabre, S. 263

und sogar die internationale Zuständigkeit wird nicht unmittelbar geregelt. Das neue Haager Übereinkommen bevorzugt stattdessen verfahrens- bzw. verwaltungsrechtliche Normen.⁹⁷ Diese sollen zu einer neuen Zusammenarbeit - mit dem Schwerpunkt bei der Vorbereitung⁹⁸ der internationalen Adoption - zwischen den Behörden des Heimatstaates des Kindes und den Behörden des Aufnahmestaates führen und ebenfalls eine vereinfachte und sicherere Anerkennung ausländischer Adoptionsurteile ermöglichen.

Das HAÜ beabsichtigt nicht, das ganze materielle Recht der Adoption zu vereinheitlichen, sondern ein „weiches System“ der Zusammenarbeit zu gründen, das Mindestschutzmaßnahmen garantiert.⁹⁹

Insbesondere gewinnt hier die pragmatische Entscheidung an Bedeutung, ein Haager Übereinkommen ohne direkte Kollisionsnormen zu gestalten. Ironie oder Evolution haben dazu geführt, daß die Haager Konferenz für Internationales Privatrecht ihr 100jähriges Gründungsjubiläum durch die Gestaltung des HAÜ feierte, einem Übereinkommen über Behördenzusammenarbeit und über internationales Zivilprozeßrecht, ohne eine traditionelle Kollisionsnorm!

Die Grundprinzipien des HAÜ können seinen Normen, aber insbesondere seiner Präambel und seinem Kapitel VI (Allgemeine Bestimmungen) entnommen werden. In der Präambel lassen sich folgende Prinzipien erkennen: Vorrang der Familienbetreuungsmaßnahme für die Entwicklung der Identität des Kindes (Satz 1 Präambel HAÜ); Vorrang der Betreuung des Kindes bei der leiblichen Familie (Satz 2 Präambel HAÜ); Subsidiaritätsprinzip in engerem Sinne (Satz 3 Präambel HAÜ).

Von den Prinzipien, die in Verboten und Geboten im Text des HAÜ konkretisiert werden, sollen folgende kurz genannt werden: Verbot finanzieller Vorteile für leibliche Eltern, Vermittlungspersonen oder Behörden (Art. 4 lit. c Satz 3 HAÜ), gleichfalls für das Kind (Art. 4 lit. c Satz 4 HAÜ) und für die zugelassenen Organisationen (Art. 32 HAÜ); Verbot eines direkten Kontakts zwischen leiblichen Eltern, Kinderheimen, Kindern und Adoptivwilligen vor Beendigung der Vorprüfungen über die Adoptionsfähigkeit des Kindes und die Adoptionsfähigkeit der Eltern durch die Zentralbehörden (Art. 29 HAÜ)¹⁰⁰; Gebot der Subsidiaritätsprüfung (Art. 4 lit. a und lit. b HAÜ); Gebot der Zustimmung der Mutter erst nach der Geburt des Kindes (Art. 4 lit. c Satz 4 HAÜ); Gebot der sorgfältigen Beratung für die leiblichen Eltern, für die verantwortlichen Personen (Art. 4 lit. c Satz 1 HAÜ)

⁹⁷Schon 1990 schreibt Jayme, Weltkongreß, S. 204: „Man kam zu dem Ergebnis, daß heutzutage die Frage der internationalen Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts in ihrer Bedeutung zurücktreten; in den Vordergrund rücken dagegen öffentlich-rechtliche Vorverfahren, in denen anhand von materiellen Kriterien eine Vorprüfung vor dem eigentlichen Adoptionsverfahren erfolgt.“; in der gleichen Linie: Meyer-Fabre, S. 263.

⁹⁸So betont Benicke, S. 314, diesen „vorbereitenden“ Charakter; auch: Jayme, Portugal, S. 57.

⁹⁹Aus der vorbereitenden Diskussion berichtet Parra-Aranguren, S. 626-627(Rdn. 490): „the Convention did not try to harmonize the internal law of the Contracting States regarding the adoption, but to create a flexible system of co-operation to ensure the observance of certain safeguards in cases of intercountry adoptions.“ oder auf Französische „attendue que la convention ne visait pas à harmoniser les droits internes des Etats contractants en matière d'adoption, mais à créer un système souple de coopération pour assurer le respect de certaines garanties dans les adoptions internationales.“

¹⁰⁰Art. 29 HAÜ macht eine Ausnahme im Fall von Verwandtenadoption. Aufgrund eines deutschen Vorschlags während der diplomatischen Konferenz wurde diese Ausnahme in Art. 29 HAÜ eingefügt, siehe Extrait de l'Acte Final, in: Actes et documents, II, S. 530

und für das Kind (Art. 4 lit. d Satz 1 HAÜ); Gebot der Bewahrung und des begrenzten Zugangs zu Angaben und Daten (insbesondere Krankheitsgeschichte der Familie des Kindes, Art. 30 HAÜ); Gebot des zielorientierten Geheimnisses dieser Daten (Art. 31 HAÜ); Gebot der Prozeßbeschleunigung (Art. 35 HAÜ). Alle diese Gebote und Verbote sollen von der Zentralbehörde garantiert (Garantiefunktion) oder kontrolliert werden (Art. 33 HAÜ).

Dazu kommen die verfahrensrechtlichen Prinzipien, insbesondere das Prinzip der Zentralisation der nationalen Adoptionsbewerbungen (Art. 14 HAÜ), Prinzip der staatlichen Kontrolle in der Vorphase der Adoption (Art. 6, Art. 14, Art. 15, Art. 16, Art. 17 und Art. 18 HAÜ), Prinzip der staatlichen Kontrolle über Privatadoptionen (Art. 13 und Art. 22 HAÜ), Prinzip der Erfordernis staatlicher Kontrolle bei dem internationalen Transfer des Kindes (Art. 18 und Art. 19 HAÜ); Prinzip der staatlichen Kontrolle über die nationalen Adoptionsagenturen (Art. 10, Art. 11, Art. 12 und Art. 13 HAÜ).

Das Zusammenarbeitssystem des HAÜ baut auf zwei Säulen auf: 1) Einer erfolgsbezogenen Verteilung von Aufgaben und Pflichten zwischen den Behörden der Heimatstaaten und den Behörden der Aufnahmestaaten; 2) Der Zentralisierung der praktischen Durchführung und Kontrolle der Vorphase der Adoption, insbesondere der Vermittlung, wie wir in Teil II analysieren werden.

Die Einführung eines weltweiten Systems der Zusammenarbeit zwischen Behörden im Bereich der internationalen Adoption ist nicht nur Ziel des HAÜ (Art. 1 lit. b HAÜ), sondern auch wahrscheinlich der einzige Weg, die Gefahren (Kinderhandeln, Kinderentführung usw.) und die Probleme der grenzüberschreitenden Adoption effizient zu bekämpfen. In diesem Sinne ist die Einführung eines wirksamen Zusammenarbeitssystems zwischen Behörden im Bereich der internationalen Adoption ein großer Beitrag zum Schutz der Kinderrechte und zur besseren Gewährleistung der Rechtssicherheit für Adoptivkinder.¹⁰¹

B. Subsidiarität der internationalen Adoption gegenüber der nationalen Adoption: das Subsidiaritätsprinzip im neuen brasilianischen Adoptionsrecht

Die heutige internationale Adoption bedeutet in der Regel auch eine kulturelle und gesellschaftliche Entwurzelung des Kindes.¹⁰² Die internationale Adoption der neunziger Jahre wird als eine interkulturelle (und für die Rechte des Kindes gefährliche) grenzüberschreitende Adoption verstanden.¹⁰³ Nicht nur die Gründung interkultureller Familien stellt eine neue Herausforderung für das Recht dar, sondern auch die Sicherung der Kinderrechte und des Kindeswohls beim internationalen Transfer und bei der grenzüberschreitenden Adoptionsvermittlung.¹⁰⁴

¹⁰¹Vgl. auch Duncan, S. 218.

¹⁰²Siehe Lima Marques, Subsidiaritätsprinzip, S. 8ff.

¹⁰³Die Themen der legalen internationalen *Adoption* und des Kampfes gegen den *Kinderhandel* und gegen die illegale Vermittlung von Kindern werden in internationalen Texten zu Recht zusammen behandelt (vgl. Art. 19 UN-Erklärung von 1986 und Art. 35 UN-Konvention über die Rechte des Kindes). Diese Tendenz bleibt bis heute unverändert. Art. 19 der UN-Erklärung von 1986 lautet: „Policies should be established and laws enacted where necessary, for the prohibition of abduction and of any other act for illicit placement of children.UN/RES/41/85, S. 5.

¹⁰⁴Van Loon, Course, S. 203.

Aus heutiger Sicht ist eine dauerhafte nationale Familienbetreuungsmaßnahme, wie z. B. eine nationale Adoption zu bevorzugen.¹⁰⁵ Die internationale Adoption mit Transfer des Kindes zum Aufnahmestaat der Adoptiveltern soll nur durchgeführt werden, wenn zuvor im Heimatland des Kindes gebührend geprüft wurde, daß keine dauerhafte nationale Betreuungsmaßnahme möglich oder angemessen ist.¹⁰⁶ So sehen auch die neuen Übereinkommen über die internationale Adoption vor, daß die internationale Adoption selbst eine subsidiäre Betreuungsmaßnahme für Kinder sein soll.¹⁰⁷ Nach Art. 21 lit. b *in fine* UN-Konvention über die Rechte des Kindes von 1989 soll die grenzüberschreitende Adoption möglichst nur dann vorgenommen werden, „wenn das Kind nicht in seinem Heimatland in einer Pflege- oder Adoptionsfamilie untergebracht oder wenn es dort nicht in geeigneter Weise betreut werden kann“.¹⁰⁸ Die internationale Adoption wird auch im neuen Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption vom 29. Mai 1993¹⁰⁹ (HAÜ) als eine subsidiäre Betreuungsmaßnahme vorgesehen. Schon in seiner Präambel bekennt sich das HAÜ zum Subsidiaritätsprinzip (Satz 1,2,3 und 4 der Präambel).¹¹⁰ Artt. 4, 5, 14,15,16, 17 und 19 des HAÜ begründen ein neue staatliche Kontrollpflicht für den Heimatstaat des Kindes und den Aufnahmestaat der Eltern: es soll geprüft werden, ob das Kind in seiner ursprünglichen Familie oder in einer nationale Adoptionsfamilie bleiben kann.

Das *Subsidiaritätsprinzip* bedeutet m.E. für die internationale Adoption, daß *ausländische Staaten (Aufnahmestaaten) und Personen (z.B. Adoptiveltern, Adoptionsvermittler) nur dann über verwaltungs- und gerichtliche Zuständigkeiten bzw. praktische Aufgaben verfügen sollen, insoweit und falls die nationalen Möglichkeiten und Lösungen erschöpft sind oder wenigsten geprüft wurden, und sich als unzureichend oder nicht geeignet für das Wohl*

¹⁰⁵ Van Loon, Course, S. 258f.; Cury, Munir (Hrsg.), Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, São Paulo 1992, S. 121 und S. 124; Pimentel Pereira, Áurea, A nova Constituição e o Direito de Família, Rio de Janeiro 1991, S. 139.

¹⁰⁶ So van Loon, Course, S. 258.

¹⁰⁷ Siehe z. B. Art. 21 lit b UN-Konvention über die Rechte des Kindes von 1989 (FamRZ 1992, S. 258) und Art. 17 UN Declaration on Social and Legal Principles Relating to the Protection and Welfare of Children, with Special Reference to Forster Placement and Adoption Nationally and Internationally von 1986 (A/RES/41/85, S. 5).

¹⁰⁸ Siehe deutsche Fassung der UN-Konvention über die Rechte des Kindes, in: BGBl I 121 und FamRZ 1992, S. 253-266.

¹⁰⁹ Das Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption wurde am 29. Mai 1993 angenommen. Siehe englische Version abgedruckt in: International Legal Materials, Vol. XXII, Nr. 4, July 1993, S. 1134-1146 und N.I.L.R. 40 (1993), S. 292-309. Der französische Text ist abgedruckt in: Rev. Crit. d.i.S. 82 (1993), S. 506ff.; La Semaine juridique, Nr. 42, 20.10.1993, S. 433ff. und Revue suisse de droit international et droit européen, 1994, S. 89ff. Siehe Text abgedruckt in: StAZ 1995, S. 337-340 und Extrait de l'Acte final, in: Actes et documents, II, S. 522-535.

¹¹⁰ Siehe the Convention Preamble: "The states signatory to the present Convention,...Recalling that each State should take, as matter of priority, appropriate measures to enable the child to remain in the care of his or her family of origin, Recognizing that intercountry adoption may offer the advantage of a permanent family to a child for whom a suitable family cannot be found in his or her State of origin, Convinced of the necessity to take measures to ensure that intercountry adoptions are made in the best interests of the child and with respect for his or her fundamental rights, and to prevent the abduction, the sale of, or traffic of children,..." Siehe van Loon, S. 428.

dieses Kind erwiesen haben.¹¹¹ Es handelt sich um eine bestimmte Ordnung der Ausübung der Zuständigkeit und der Aufgaben bei internationalen Adoptionen.

Das brasilianische Recht kennt das Subsidiaritätsprinzip i.S. des Art. 31 und Art. 51 KJSG als geltende Voraussetzung internationaler Adoption von allen Kindern mit gewöhnlichem Aufenthalt in Brasilien.¹¹² Das Subsidiaritätsprinzip verspricht in den nächsten Jahren eine fruchtbare - wenn auch kontroverse - Anwendung in der Praxis der internationalen Adoption zu erlangen. Das Subsidiaritätsprinzip ist justiziabel.¹¹³ Diese Selbstentwertung der internationalen Adoption durch das Subsidiaritätsprinzip hat einen stark rechtspolitischen Charakter. Das Subsidiaritätsprinzip ist eine neue Folge der kontradiktorischen Meinungen über die internationale Adoption, als gute Familienmaßnahme für einige bestimmte Kinder, aber als gefährlicher grenzüberschreitender Vorgang für die Mehrheit der Kinder sowie für die Verwirklichung ihrer Grundrechte. Das Subsidiaritätsprinzip ist justiziabel¹¹⁴ und spiegelt sich in einer neuen zwingenden Adoptionsvoraussetzung wider: der Subsidiaritätsprüfung.

Das HAÜ begründet eine neue zwingende Subsidiaritätprüfung. Nach HAÜ bedeutet das Subsidiaritätsprinzip, daß die zuständigen Behörden bzw. die Zentralbehörden (und damit die zugelassenen Einrichtungen und interessierten Personen wie z. B. Adoptiveltern und Adoptionsvermittler) nur dann über verwaltungs- und gerichtliche Zuständigkeiten bzw. praktische Aufgaben verfügen sollen, insoweit und falls die zuständigen Behörden der Heimatstaaten die Prüfung der nationalen Familienbetreuungsmaßnahme gebührend durchgeführt haben und zu der Entscheidung der internationalen Adoptionsfähigkeit dieses Kind gekommen sind, weil sich eine nationale Maßnahme, insbesondere die nationale Adoption, im konkreten

¹¹¹ Lima Marques, Subsidiaritätsprinzip, S. 182ff.

¹¹²Vgl. Chaves, S. 32; Cury, S. 123 ; Alves Felipe, Jorge Franklin, Adoção, Guarda, Investigação de Paternidade e Concubinato, Rio de Janeiro 1992, S. 73; Marmitt, Arnaldo, Adoção, Rio de Janeiro 1993, S. 142 und S. 155; Elias, Roberto João, Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, São Paulo 1994, S. 19 und Lima Marques, Die Reform, S. 45.

¹¹³ Siehe Entscheidung des STJ, in Revista Jurídica 237, jul. 97, Ementário nr. 12108: " ADOÇÃO - Menor. Casal estrangeiro. Excepcionalidade. Art. 31 da L. 8.069, de 13.07.90. Matéria probatória. Fundamento suficiente da decisão recorrida não impugnado. A colocação de menor em família estrangeira constitui medida excepcional, que somente se justifica depois de exauridas as tentativas para manter a criança na própria família ou colocá-la em família adotiva no próprio país. Acórdão recorrido que, perfilhando tal orientação, não atentou contra o disposto no art. 31 do ECA. Assertiva formulada pelos recorrentes de que foram esgotados todos os meios necessários para colocar o menor em lar substituto nacional. Matéria de prova, insuscetível de reexame no âmbito do apelo especial (Súm. 07-STJ). Fundamento expendido pela decisão recorrida, por si só suficiente, que não foi objeto de impugnação pelos recorrentes. (STJ - REsS. 27.901-3 - MG - 4ª T - Rel. Min. Barros Monteiro - DJU 12.05.97)."

¹¹⁴ Siehe Entscheidung des STJ, in Revista Jurídica 237, jul. 97, Ementário nr. 12108: " ADOÇÃO - Menor. Casal estrangeiro. Excepcionalidade. Art. 31 da L. 8.069, de 13.07.90. Matéria probatória. Fundamento suficiente da decisão recorrida não impugnado. A colocação de menor em família estrangeira constitui medida excepcional, que somente se justifica depois de exauridas as tentativas para manter a criança na própria família ou colocá-la em família adotiva no próprio país. Acórdão recorrido que, perfilhando tal orientação, não atentou contra o disposto no art. 31 do ECA. Assertiva formulada pelos recorrentes de que foram esgotados todos os meios necessários para colocar o menor em lar substituto nacional. Matéria de prova, insuscetível de reexame no âmbito do apelo especial (Súm. 07-STJ). Fundamento expendido pela decisão recorrida, por si só suficiente, que não foi objeto de impugnação pelos recorrentes. (STJ - REsS. 27.901-3 - MG - 4ª T - Rel. Min. Barros Monteiro - DJU 12.05.97)."

*Fall als unmöglich, als unzureichend oder als nicht geeignet für das Wohl dieses Kind erwiesen hat.*¹¹⁵

Nach Hohnerlein will die Haager Konferenz mit diesem Übereinkommen das „Defizit an geeigneten internationalen Rechtsstrukturen“ im Bereich der internationalen Adoption und der „fehlenden Koordination zwischen den beteiligten Rechtsordnungen“ bekämpfen, um das Kindeswohl effektiver zu schützen.¹¹⁶ Marx hebt hervor, daß diese neu geschaffene Kooperationsstruktur zum Schutz der Kinder mit fachlichen Kriterien durchgeführt werden muß, nur so werden die heutzutage noch vorhandenen Mißbrauchsmöglichkeiten eingeschränkt.¹¹⁷ Nach Benicke will das Übereinkommen dieses Ziel erreichen durch die Einführung einer obligatorischen Zusammenarbeit zwischen den nationalen Behörden bei der Vorbereitung der Adoption. Tatsächlich erreicht es aber mit diesem neuen System der administrativen Zusammenarbeit eine Erschwerung der internationalen Adoption.¹¹⁸

Hier ist zunächst festzustellen, daß sich das - von Benicke genannte - Erschweren der internationalen Adoption für das Kind (nicht aber für die willigen Adoptiveltern) sogar positiv auswirken kann. Durch die verschiedenen materiellen obligatorischen Vorprüfungen (Einwilligung, Anhörungen, Genehmigungen) können die nationalen Behörden die Interessen des Kindes (z. B. in seiner Kultur aufzuwachsen oder in eine nationale Betreuungsfamilie gebracht zu werden) eher i. S. des Subsidiaritätsprinzips verwirklichen.

Mit anderen Worten die Subsidiaritätsprüfung bedeutet eine Begrenzung der Handlungsfreiheit der betroffenen Personen, wie z. B. leiblichen Eltern, Adoptiveltern und „facilitator“ (Art. 4, Art. 5, Art. 6, Art. 10, Art. 11, Art. 12 und Art. 22 HAÜ), in internationalen Adoptionen. Es ist wirkungslos, in das Land zu fahren, ein weißes und kleines Kind auszuwählen und für die Einwilligungen der leiblichen Eltern zu bezahlen, wenn danach - während der Subsidiaritätsprinzipprüfung - die Zentralbehörde oder der Richter dieses Kind den nationalen Adoptiveltern geben werden. So ist das Subsidiaritätsprinzip ein Instrument zum Schutz der Kinderrechte und des Kindeswohls, zugleich ein Instrument zur Bekämpfung des Kinderhandels.

Der Kinderhandel sowie alle finanziellen Vorteile bei der Vermittlung von Kindern und die Kindesentführung zum Zweck der Adoption, gleichgültig durch welche Motive bewegt, bedeuten eine schwere Verletzung der internationalen und nationalen Rechtsordnung. Sie sind mit dem Schutz der Kinderrechte und der Menschenwürde unvereinbar.¹¹⁹ Der Kinderhandel widerspricht dem Kinderrecht auf eine eigene Identität,

¹¹⁵ Lima Marques, Subsidiaritätsprinzip, S. 327.

¹¹⁶ Hohnerlein, Vorwort, S. 9.

¹¹⁷ Marx, StAZ 1993, S. 2.

¹¹⁸ So die Meinung von Benicke, S. 314 und S. 335.

¹¹⁹ So hat sich auch das VerwG Frankfurt, in: FamRZ 1989, S. 211 ausgedrückt: „Eine in diesem Sinne mit der Menschenwürde nicht in Einklang zu bringende Vorgehensweise liegt jedoch auch dann vor, wenn Säuglinge und Kinder, die in vollem Umfang an dem Schutzgehalt des Art. 1 I GG partizipieren (vgl. Podlech, a.a.O., Rdn. 56), vor der Erlangung der Möglichkeit selbstverantwortender Entscheidung durch ihre Eltern oder einen Elternteil bzw. dritte Personen zum Objekt eines kommerziellen, auf Gewinnerzielung gerichteten Handelns gemacht werden.“

gefährdet die Integrität der Familien im Heimatstaat und bringt der neu konstituierten Adoptivfamilie psychologische und rechtliche Unsicherheiten.¹²⁰ Das Subsidiaritätsprinzip im neuen Adoptionsrecht hat als eine seiner Hauptfunktionen, den Kinderhandel zu bekämpfen und die Rechte des Kindes (*fundamental rights*) bzw. das Kindeswohl (*the best interests of the child*) zu sichern.

Ergebnisse

Das brasilianische Kollisionsrecht war seit 1977 nicht mehr reformiert worden.¹²¹ Geltende kollisionsrechtliche Norm über die Adoption ist Art. 7 des Einführungsgesetzes zum *Código Civil Brasileiro* von 1942, das nicht durch das neue Zivilgesetzbuch vom 10.01.2002 geändert worden ist.¹²² Die Anknüpfung in Abstammungsfragen ist der Wohnsitz des Kindes (Art. 7 i.V.m. Art. 7 § 7 LICC),¹²³ was aktuell und Kindergrundrechtlich konform ist. Obwohl sind verschiedene Reformanregungen zu dieser noch unflexiblen Kollisionsnormen gescheitert,¹²⁴ Brasiliens hat das internationale Adoptionsrecht durch die Ratifizierung verschiedener internationaler Übereinkommen und die Begründung zwingender Normen des KJSG von 1990 tiefgreifend geändert. Es ist zu bejahen, daß die Reformen effizient gegen den Kinderhandel sind.

Durch des Haager Übereinkommen vom 29. Mai 1993 hat sich das internationale Adoptionsrecht Brasiliens sehr positiv entwickelt. Insbesondere die Zentralisation, die verschiedenen Kontrollen der Zentralbehörde und die Praxis des Subsidiaritätsprinzips sind zu begrüßen. Das HAÜ ist ein Übereinkommen über gerichtliche und Behörden-Zusammenarbeit mit einem im wesentlichen materiellrechtlichen Ziel. Dieses Ziel wird, durch die Verteilung von Aufgaben und Pflichten zwischen den betroffenen Heimatstaaten und Aufnahmestaaten zu erreichen versucht. Das Besondere im HAÜ ist, daß gerade diese verfahrensrechtlichen und Behörden-Aufgaben indirekt versuchen, die traditionellen Probleme und Konflikte des anwendbaren Rechts und der internationalen Zuständigkeit im Bereich der internationalen Adoption zu lösen.

¹²⁰Veerman, S. 197.

¹²¹ Reformen in dem Jahren 1942, 1957, 1973 und 1977. Siehe Pereira de Andrade, S. 55ff. und Valladão, I, S. 92f. Zu Einfluß der Código de Bustamante in Brasilien, siehe Castro, I, S. 360f.; Tenório, S. 303f. (Rdn. 568) und Samtleben, S. 251ff. und S. 286ff.

¹²²Valladão, II, S. 138 und Marmitt, S. 143.

¹²³Valladão, I, S. 328.

¹²⁴Siehe zur Frage der Reformbestrebungen im kollisionsrechtlichen Familienrecht, Valladão, I, S. 329.

Gliederung:

Entwicklung und Reformen des brasilianischen internationalen Adoptionsrechts:
das Haager Übereinkommen vom 29. Mai 1993

I. Verfassungsgebote und Reform des Adoptionsrecht

A. Eine neue Konzentration auf das Kind und die Grundrechte der Kinder

B. Internationale Übereinkommen als neue Quelle des brasilianischen Rechts

II. Kinderhandel in Brasilien und Reform des internationalen Adoptionsrechts

A) Zentralisation und internationale Kooperation im Bereich der internationalen
Adoption

B) Subsidiarität der internationalen Adoption gegenüber der nationalen Adoption:
das Subsidiaritätsprinzip im neuen brasilianischen Adoptionsrecht

Ergebniss: Aktuelle Rechtslage