

Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht e. V.

جمعية دراسات الشريعة الإسلامية وقوانين البلاد العربية

GAIR-MITTEILUNGEN 2015

7. Jahrgang

Herausgegeben von
Hatem Elliesie – Peter Scholz – Beate Backe – Kai Kreutzberger

durch die
Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht e. V.

EDITORIAL

Sehr geehrte Mitglieder der Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht,
sehr geehrte Interessenten,

wir freuen uns, Ihnen pünktlich zur Jahrestagung der Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht wieder eine interessante Lektüre vorlegen zu können. Denn auch im siebten Jahr ihres Erscheinens weisen die GAIR-Mitteilungen eine große fachliche Bandbreite auf. Dass die in der diesjährigen Ausgabe aufgenommenen Beiträge einen qualitativ hohen Anspruch erfüllen, geht nicht zuletzt auf die konstruktive Unterstützung durch die Fachgutachter (*Reviewer*) zurück, die auch in diesem Jahr wieder die Beiträge im anonymisierten *Double-Blind-Review*-Verfahren begutachteten. Für ihre Zeit und Mühe bei der Durchsicht der Beiträge bedanken wir uns in aller Form bei den zahlreich als *Reviewer* mitwirkenden GAIR-Mitgliedern, insbesondere den Rechtsanwälten Kilian Bälz (Amereller Rechtsanwälte; Berlin, Dubai, Kairo), Achim-Rüdiger Börner (Köln), Andreas Börner (Norton Rose Fulbright, München), Sabine Grapentin (Siemens LLC, Healthcare, Dubai) sowie Osman Sacarcelik (Norton Rose Fulbright, Frankfurt am Main und dem Vorsitzenden Richter am Landgericht Bruno Menhofer (Landgericht Frankfurt am Main), als auch Katharina Lack (Auswärtiges Amt, Berlin). Aus dem universitären Bereich gilt dieser Dank Hans-Georg Ebert (Orientalisches Institut, Universität Leipzig), Birgit Krawietz (Institut für Islamwissenschaft, Freie Universität Berlin), Assem Hefny (Centrum für Nah- und Mittelost-Studien, Philipps-Universität Marburg), Stephan Kokew (Institut für Orientalische Philologie und Islamwissenschaft, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg) und Ibrahim Salama (Institut für islamische Theologie, Universität Osnabrück).

Wie im vergangenen Jahr konnten wieder viele Anregungen zur weiteren Verbesserung der Zeitschrift umgesetzt werden. Insbesondere wurden das bewährte *Double-Blind-Review-Verfahren* und die vor- und nachgeschalteten redaktionellen Prozedere weiter optimiert. Von der Erstellung eines ausgabenübergreifenden Gesamtindex, getrennt in ein Personenregister und ein Sachregister, wurde in diesem Jahr allerdings abgesehen; die Umsetzung dessen wurde zurückgestellt. Dies lag darin begründet, dass in der Redaktion keine ausreichend freien Kapazitäten vorhanden waren, da zum Einen die Erarbeitung eines neuen und optimierten Internetauftritts der Zeitschrift und zum Anderen die Einbeziehung einer neuen Rubrik im vereinsinternen GAIR-Newsletter einiges an Arbeitskraft abverlangte.

Im Profil und Auftreten der GAIR-Mitglieder kündigt sich ein Umbruch an. Die GAIR-Mitteilungen werden auf Antrag des Herausbergremiums und des entsprechenden Vorstandsbeschlusses vom 30. Januar 2015 in „Zeitschrift für Recht und Islam (ZRI)“ umbenannt werden. Die Namensänderung soll einhergehen mit der Umstellung auf ein neues, zeitgemäßes Online-Zeitschriftenlayout. Auf der bevorstehenden Mitgliederversammlung an der Georg-August-Universität Göttingen am 23. Oktober 2015 wird das neu entwickelte Layout vorgestellt und dessen (finanzielle) Realisierung im Anschluss daran mit dem neu gewählten Vorstand und Kuratorium besprochen.

In diesem Zusammenhang sei auf die bevorstehende Jahrestagung der Gesellschaft verwiesen. Diese findet am 23./24. Oktober im Kulturwissenschaftlichen Zentrum der Georg-August-Universität Göttingen statt. Sie steht unter dem Rahmenthema „Genderforschung und Genderfragen im islamischen Recht“.

Das Schlusswort gebührt all denjenigen, die das Erscheinen der GAIR-Mitteilungen erst ermöglicht haben. Hier sei, wie stets, an erster Stelle Frau Nikolajew genannt. Ihre Erfahrung und Umsicht war erneut ein unverzichtbarer Baustein bei der Bearbeitung der Aufsätze und bei der Zusammenstellung der Ausgabe. In besonderem Maße danken möchten wir auch Silvan Eppinger. Als neues Mitglied der Redaktion hat er sich im Verlauf des Jahres mit viel Engagement und konstruktiven Beiträgen eingebracht und damit der Zeitschrift und dem Newsletter formal wie inhaltlich wichtige Impulse geliefert.

Das Herausgeberkollegium Beate Backe, Hatem Elliesie,
Kai Kreutzberger und Peter Scholz

sowie das Redaktionsteam Silvan Eppinger,
Christopher Halas und Sina Nikolajew

INHALTSVERZEICHNIS

Rechtsprechung / Case Reports	7
BVerfG, 1. Senat, Beschluss vom 27.1.2015: Pauschales Kopftuchverbot für Lehrkräfte an öffentlichen Schulen verletzt Glaubens- und Bekenntnisfreiheit. Verbot religiöser Bekundungen setzt konkrete Gefahr für Schulfrieden bzw. für staatliche Neutralität voraus <i>Peter Scholz</i>	7
Ṭalāq in der EU? – Anmerkungen zu OLG München 34. Zivilsenat, EuGH-Vorlage vom 02.06.2015, 34 Wx 146/14 <i>Jürgen Rieck</i>	13
Anerkennung und Vollstreckung eines deutschen Schiedsspruchs in den VAE <i>Hilmar Krüger</i>	17
Case Report: High Court of Justice (England & Wales), Family Division, K v A [2014] EWHC 3850 (Fam): The Marriage of an <i>Aḥmadī</i> Husband and a <i>Sunnī</i> Wife Can Be Valid in England Despite an Uncertain Position in Pakistani Law on the Validity of the Marriage <i>Kai Kreutzberger</i>	19
Fallbericht: High Court of Justice (England & Wales), Family Division: K v A [2014] EWHC 3850 (Fam): Die Ehe eines <i>Aḥmadī</i> mit einer Sunnitin hat Gültigkeit vor dem englischen Gericht trotz einer unklaren Rechtslage in Pakistan in der Frage der Gültigkeit der Ehe <i>Kai Kreutzberger</i>	23
Case Report: High Court of Justice (England & Wales), Family Division, H v S [2011] EWHC B23 (Fam): A Saudi Divorce by <i>Ṭalāq</i> Can Be Recognised in England as a Divorce by “Judicial or Other Proceedings” <i>Kai Kreutzberger</i>	29
Fallbericht: High Court of Justice (England & Wales), Family Division: H v S [2011] EWHC B23 (Fam): Eine saudische <i>Ṭalāq</i> -Scheidung kann in England als Scheidung nach „gerichtlichem oder anderem Verfahren“ anerkannt werden <i>Kai Kreutzberger</i>	33

Case Report: Upper Tribunal (Tax & Chancery Chamber), Project Blue Limited v The Commissioners for Her Majesty’s Revenue and Customs, [2014] UKUT 0564 (TCC): On the Difficult Interaction of the Provisions on Islamic Finance in UK Tax Legislation with Other Tax Reliefs and Anti-avoidance Provisions <i>Kai Kreuzberger</i>	37
Fallbericht: Upper Tribunal (Tax & Chancery Chamber), Project Blue Limited v The Commissioners for Her Majesty’s Revenue and Customs [2014] UKUT 0564 (TCC): Zur schwierigen Wechselwirkung der Vorschriften zum islamischen Finanzwesen im englischen Steuerrecht mit anderen Steuernachlässen und Vorschriften zur Verhinderung der Steuervermeidung (<i>anti-avoidance</i>) <i>Kai Kreuzberger</i>	43
Gesetzgebung / Legal Developments	49
Vom „Friedhof der Urteile“: Richterliche Gesetzgebungsberatung in Sachen Zwangsvollstreckungsrecht in der Region Kurdistan / Irak <i>Patrick Schneider</i>	49
Vereinigte Arabische Emirate: Neues Gesellschaftsrecht <i>Jörg Seifert</i>	59
Rezensionen / Book Reviews	65
Stephan Kokew: Annäherung an Toleranz. Ausgangspunkte, Kontexte und zeitgenössische Interpretationen des Toleranzbegriffs aus dem schiitischen Islam. Würzburg: Ergon 2014 <i>Rüdiger Lohlker</i>	65
Irene Schneider: „Der Islam und die Frauen“, München: C.H. Beck 2011 <i>Samira Selle</i>	67
Uwe Blaurock (ed.), The Influence of Islam on Banking and Finance, Schrif- ten der Ernst von Caemmerer-Stiftung, 8, Baden-Baden: Nomos 2014 <i>Achim-Rüdiger Börner</i>	75
Berichte / Reports	79
“Family Law in Islam. Between the Demands of <i>fiqh</i> and Society” – The 3 rd Annual AMI Contemporary <i>fiqh</i> Issues Workshop. (Al-Mahdi Institute, Birmingham, 26 th –27 th March 2015) <i>Ali-Reza Bhojani</i>	79

Workshop „Gender, Law and Social Change in North Africa“, Al-Akhawayn Universität, Ifrane (Marokko), 25.–29. März 2015 <i>Doris Gray</i>	85
Tagungsbericht: „Ambivalenzen islamischer Normativität im Spannungsfeld von religiösem Anspruch und deutschem Recht“, 18.–20.2.2015, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg <i>Farid Suleiman</i>	87
Konferenz „Islamic Judicial System in Classical and Modern Times. Dis- courses and Practices“, 28.–30. Oktober 2014 in Yogyakarta (Indonesien) <i>Robert Schönrok & Aresu Tawafi</i>	93
Aufsätze / Articles	99
Rechtsfortbildung im islamischen Recht: Das Wesen der <i>maṣlaḥa</i> nach ḥanafitischer Auffassung und deren Anwendung im öffentlichen Recht <i>Murat Karacan</i>	99
<i>Ḥadd</i> Punishments in Islamic Law: Critiques of the Justification of <i>ḥadd</i> Punishments as Deterrence in <i>Sunnī</i> Discourse <i>Rana Alsoufi</i>	109
Verse 9:5 of the Qur’ān as an Intermixed Ground for <i>jus ad bellum</i> and <i>jus in bello</i> : Adapting Islamic Classical Theory to Modern Asymmetric Conflict <i>Anicée van Engeland</i>	129
<i>Az-ẓāhir ‘inda l-ḥākim</i> – Das für den Richter sinnlich Wahrnehmbare <i>Çefli Ademi</i>	151
Das Prinzip der Gewinn- und Verlustbeteiligung (Profit-and-loss-sharing): Eine Utopisierung der Tradition? <i>Abdelaali El Maghraoui</i>	159
Dispute Resolution in the United Arab Emirates <i>Sarra Alsamarrai & Dounia Aghdoubé</i>	181
Liquidated Damages under the Law of the United Arab Emirates and its Interpretation by UAE Courts <i>Nicolas Bremer</i>	199
Veranstaltungshinweise	213
Programm der Jahrestagung der Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht e.V. am 23. und 24. Oktober 2015 in Göttingen.....	213
International Conference: “Democracy and Islam”, Österreichische Forschungsgemeinschaft, Vienna, 5–6 November 2015	215

2nd International Conference on *Masjid, Zakat, and Waqf* 2015 (IMAF 2015):
Contemporary Challenges and Solution from 1st to 2nd December 2015
in Kuala Lumpur, Malaysia 215

Aufruf zum Einreichen von Beiträgen
für die Zeitschrift für Recht und Islam 2016217

Impressum219

RECHTSPRECHUNG / CASE REPORTS

BVerfG, 1. Senat, Beschluss vom 27.1.2015:

Pauschales Kopftuchverbot für Lehrkräfte an öffentlichen Schulen verletzt Glaubens- und Bekenntnisfreiheit.

Verbot religiöser Bekundungen setzt konkrete Gefahr für Schulfrieden bzw. für staatliche Neutralität voraus

Peter Scholz

1) Der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den Az. 1 BvR 471/10 und 1 BvR 1181/10¹ lagen folgende Sachverhalte zugrunde:

Die Beschwerdeführerin zu 1) ist eine in Deutschland geborene muslimische Sozialpädagogin türkischer Abstammung und deutscher Staatsangehörigkeit, die seit ihrem 17. Lebensjahr aus religiösen Gründen in der Öffentlichkeit ein Kopftuch trägt. Sie ist seit 1997 beim Land Nordrhein-Westfalen angestellt und an einer Gesamtschule beschäftigt, wo sie bei der Schlichtung von Schulkonflikten eingesetzt wird. Nach Inkrafttreten der §§ 57 Abs. 4, 58 S. 2 des Schulgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen (SchulG NW)² forderte die Schulbehörde die Beschwerdeführerin auf, ihr bisher während des Dienstes getragenes islamisches Kopftuch abzulegen. Die Beschwerdeführerin ersetzte es daraufhin durch eine Baskenmütze mit Strickbund, die ihr Haar, den Haaransatz und die Ohren komplett bedeckte, und kombinierte die Mütze mit einer Halsbedeckung. Die Schulbehörde mahnte sie unter Androhung der Kündigung des Arbeitsverhältnisses ab, da das Tragen einer kopftuchähnlichen Kopftuchbedeckung Signalwirkung habe und dadurch der Schulfrieden gefährdet werden könne. Vergeblich verfolgte die Beschwerdeführerin daraufhin die Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte im arbeitsgerichtlichen Instanzenzug.

1 Die Entscheidung ist zu finden unter juris.de. Sie wurde bisher auch kommentiert von Muckel, Stefan, Pauschales Kopftuchverbot an öffentlichen Schulen verletzt die Religionsfreiheit, in: *Juristische Arbeitsblätter* (JA) (2015), S. 476–479; Traub, Thomas: Abstrakte und konkrete Gefahren religiöser Symbole in öffentlichen Schulen, in: *Neue Juristische Wochenschrift* (2015), S. 1338–1341; Sachs, Michael: Grundrechte: Kein allgemeines Kopftuchverbot für Lehrerinnen in der Schule, in: *Juristische Schulung* (2015), S. 571–574.

2 Gesetz vom 15.2.2005, abgedruckt im Gesetz- und Verordnungsblatt des Landes Nordrhein-Westfalen aus 2005, S. 102ff., i.d.F. des Ersten Gesetzes zur Änderung des Schulgesetzes vom 13.6.2006, Gesetz- und Verordnungsblatt des Landes Nordrhein-Westfalen aus 2006, S. 270ff.

Die Beschwerdeführerin zu 2) ist eine muslimische Lehrerin türkischer Abstammung und deutscher Staatsangehörigkeit, die seit ihrem 12. Lebensjahr aus religiöser Überzeugung ein Kopftuch trägt. Sie ist seit 2001 beim Land Nordrhein-Westfalen angestellt und hat seitdem an mehreren Schulen muttersprachlichen Unterricht in türkischer Sprache erteilt, an dem ausschließlich muslimische Schülerinnen und Schüler teilnahmen, die diesen Unterricht frei gewählt hatten. Sie verrichtete ihren Dienst stets mit einem Kopftuch, ohne dass es deswegen zu Beanstandungen kam. Im August 2006 wurde sie von der Schulbehörde in Kenntnis gesetzt, dass das Tragen eines Kopftuchs den neuen gesetzlichen Bestimmungen widerspreche, und ihm November 2006, da sie weiterhin ein Kopftuch im Unterricht trug, zunächst abgemahnt und schließlich gekündigt. Ihre arbeitsgerichtlichen Klagen gegen die Abmahnung und die Kündigung blieben in allen Instanzen der Arbeitsgerichtsbarkeit erfolglos.

2) Das Bundesverfassungsgericht hat den Klagen weitgehend stattgegeben. Das landesgesetzliche Verbot für Lehrerinnen und Lehrer sowie sonstige im Landesdienst stehende pädagogische und sozialpädagogische Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, in der Schule politische, religiöse, weltanschauliche oder ähnliche äußere Bekundungen abzugeben, die geeignet sind, die Neutralität des Landes oder den Schulfrieden zu gefährden oder zu stören (§§ 57 Abs. 4 S. 1 und 2, 58 S. 1 und 2 SchulG NW), sei unverhältnismäßig, soweit bereits die abstrakte Gefahr einer Beeinträchtigung des Schulfriedens oder der staatlichen Neutralität ausreichend sei, und daher verfassungskonform dahin gehend auszulegen, dass eine entsprechende konkrete Gefahr erforderlich sei. Da die angegriffenen arbeitsgerichtlichen Entscheidungen diese einschränkende Auslegung nicht zugrunde gelegt hätten, verletzten sie die Beschwerdeführerinnen in ihrem Grundrecht auf Glaubens- und Bekenntnisfreiheit (Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 Grundgesetz (GG)). Die landesgesetzliche Ausnahmevorschrift des § 57 Abs. 4 S. 3 SchulG NW, nach der die Wahrnehmung des landesverfassungsrechtlich verankerten Erziehungsauftrags und die entsprechende Darstellung christlicher und abendländischer Bildungs- und Kulturwerte oder Traditionen nicht dem Verhaltensgebot nach Satz 1 widerspricht, stehe nicht im Einklang mit dem Verbot der Benachteiligung aus religiösen Gründen (Artt. 3 Abs. 3 S. 1, 33 Abs. 3 GG) und sei daher nichtig.

Im Einzelnen führt das Gericht aus, dass der Eingriff, der mit der Untersagung des Tragens der religiösen Kopfbedeckung in Erfüllung eines religiösen Gebots verbunden sei, schwer wiege, da die Beschwerdeführerinnen plausibel dargelegt hätten, dass sie sich nicht nur auf eine religiöse Empfehlung beriefen, sondern auf ein imperatives religiöses Gebot, das zudem ihre persönliche Identität berühre. Zwar verfolge der Gesetzgeber mit dem Verbot religiöser Bekundungen legitime Ziele, nämlich den Schulfrieden und die staatliche Neutralität (Artt. 4 Abs. 1, 3 Abs. 3, 33 Abs. 3 GG sowie Artt. 136 Abs. 1 und 4, 137 Abs. 1 Weimarer Reichsverfassung i. V. m. Art. 140 GG) zu wahren, so den staatlichen Erziehungsauftrag (Art. 7 Abs. 1 GG) abzusichern und gegenläufige Grundrechte der Schülerinnen und Schüler (negative Religions-

freiheit, Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG) wie der Eltern (elterliches Erziehungsrecht, Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG; negative Religionsfreiheit, Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG) zu schützen und damit Konflikten im Bereich der öffentlichen Schule vorzubeugen. Jedoch sei das an eine bloß abstrakte Gefährdung anknüpfende Gebot unverhältnismäßig, da ein angemessener, der Glaubensfreiheit der Beschwerdeführerinnen hinreichend Rechnung tragender Ausgleich zumindest eine hinreichend konkrete Gefahr für die Schutzgüter verlange.

Den gegenläufigen verfassungsrechtlich verankerten Positionen komme kein derartiges Gewicht zu, dass bereits die abstrakte Gefahr ihrer Beeinträchtigung ein Verbot rechtfertige. Die betroffenen Grundrechte der Schülerinnen und Schüler sowie der Eltern gäben kein Recht darauf, von der Konfrontation mit fremden Glaubensbekenndungen, kultischen Handlungen und religiösen Symbolen verschont zu bleiben, auch nicht von entsprechenden äußeren Erscheinungsbildern der Lehrkräfte, solange diese nicht verbal für ihre Position oder für ihren Glauben werben würden. Das Gebot der weltanschaulich-religiösen Neutralität des Staates sei als eine offene und übergreifende, die Glaubensfreiheit für alle Bekenntnisse gleichermaßen fördernde Haltung zu verstehen, die lediglich eine gezielte Beeinflussung im Dienste einer bestimmten weltanschaulichen oder religiösen Richtung oder die Identifikation mit seiner solchen verbiete. Die Ausübung des religiösen Bekenntnisses einer einzelnen Lehrkraft im Dienst mache sich der Staat nicht zu eigen und müsse er sich auch nicht zurechnen lassen, wenn er sie lediglich hinnehme.

Anders verhalte es sich dann, wenn das äußere Erscheinungsbild von Lehrkräften zu einer hinreichend konkreten Gefährdung oder Störung des Schulfriedens oder der staatlichen Neutralität führe oder wesentlich dazu beitrage, etwa wenn wegen der Sichtbarkeit religiöser Überzeugungen und Bekleidungspraktiken über die Frage des richtigen religiösen Verhaltens sehr kontroverse Positionen mit Nachdruck vertreten und in einer Weise in die Schule getragen würden, die die schulischen Abläufe und die Erfüllung des staatlichen Erziehungsauftrags ernsthaft beeinträchtige. Erst dann sei es den grundrechtsberechtigten Pädagogen und Pädagoginnen mit Rücksicht auf die widerstreitenden Verfassungsgüter zumutbar, von der Befolgung eines als verpflichtend empfundenen religiösen Bedeckungsgebots Abstand zu nehmen, sofern es keine anderweitige pädagogische Verwendungsmöglichkeit der Betroffenen gebe.

Werde in bestimmten Schulen oder Schulbezirken aufgrund substantieller Konfliktlagen über das richtige religiöse Verhalten bereichsspezifisch die Schwelle zu einer hinreichend konkreten Gefährdung oder Störung des Schulfriedens oder der staatlichen Neutralität in einer beachtlichen Zahl von Fällen erreicht, könne ein verfassungsrechtlich anzuerkennendes Bedürfnis bestehen, äußere religiöse Bekundungen nicht erst im konkreten Einzelfall, sondern etwa für bestimmte Schulen oder Schulbezirke über eine gewisse Zeit auch allgemeiner zu unterbinden, gegebenenfalls mittels einer hinreichend konkretisierten Verordnungsermächtigung. Solan-

ge es jedoch keine differenziertere Regelung des Gesetzgebers gebe, bedürfe es einer hinreichend konkreten Gefahr für den Schulfrieden oder die staatliche Neutralität, um die Glaubensfreiheit der Lehrkräfte zu verdrängen. Eine entsprechende einschränkende Auslegung der landesgesetzlichen Regelung ist möglich und von Verfassungs wegen geboten, da sie der Vermeidung einer Normverwerfung diene und damit die Gesetzgebung weitestgehend schone.

Zur für verfassungswidrig und nichtig erklärten Privilegierungsvorschrift des § 57 Abs. 4 S. 3 SchulG NW hat das Gericht ausgeführt, dass die Norm zu einer Benachteiligung anderer als christlicher und jüdischer Religionsangehöriger führe, die verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen sei. Soweit das Bundesarbeitsgericht die Norm verfassungskonform dahin ausgelegt habe, dass der Begriff der „Darstellung“ in Satz 3 der Norm nicht mit dem der „Bekundung“ in Satz 1 der Norm gleichzusetzen sei und der Begriff des „Christlichen“ eine von Glaubensinhalten losgelöste, aus der Tradition der christlich-abendländischen Kultur hervorgegangene Wertewelt unabhängig von ihrer religiösen Fundierung bezeichne, habe das Fachgericht die zulässigen Grenzen der Auslegung überschritten. Denn jene Auslegung sei weder mit dem Wortlaut der Norm noch mit der erkennbaren Intention des Gesetzgebers zu vereinbaren, jedenfalls keine Regelung zu treffen, die beispielsweise Lehrerinnen das Unterrichten in einem Ordenshabit verbietet oder das Tragen der jüdischen Kippa untersagen. Zudem käme bei der vom Fachgericht gewählten Auslegung der Regelung lediglich noch eine klarstellende Funktion zu, obwohl sie vom Gesetzgeber als Ausnahmevorschrift konstruiert worden sei.

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist mit 6:2 Stimmen und einem abweichendem Votum ergangen. Die Abweichler sind der Auffassung, dass die Mehrheit des Senats bei der verfassungskonformen Auslegung mittels des Erfordernisses einer konkreten Gefährdung des Schulfriedens oder der weltanschaulich-religiösen Neutralität den zu dem individuellen Grundrecht der Pädagogen und Pädagoginnen gegenläufigen Rechtspositionen bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung ein zu geringes Gewicht beimisst, und halten zudem die vom Bundesarbeitsgericht vertretene verfassungskonforme Auslegung des § 57 Abs. 4 S. 3 SchulG NW für verfassungsrechtlich unbedenklich.

3) Mit dieser Entscheidung hat sich das Bundesverfassungsgericht zum zweiten Mal mit dem Kopftuch von Lehrerinnen befasst. In seiner ersten Entscheidung aus dem Jahre 2003³ hatte das Gericht in der Ablehnung, eine Muslimin, die in der Schule ihrer religiösen Überzeugung entsprechend ein Kopftuch tragen wollte, als Lehrerin einzustellen, einen Eingriff in ihre Religionsfreiheit gesehen. Weiter hatte es das Spannungsverhältnis zwischen der Glaubensfreiheit der Lehrerinnen und der betroffenen Schüler und Schülerinnen sowie dem Erziehungsrecht der Eltern und der Neutralitätspflicht des Staates sowie darüber hinaus betont, dass die Einbringungen religiöser und weltanschaulicher Bezüge in Schule und Unterricht durch

3 BVerfG, Urteil vom 24. September 2003 – 2 BvR 1436/02 –, zu finden unter juris.de.

Lehrkräfte durchaus die widerstreitenden verfassungsrechtlichen Positionen beeinträchtigen kann. Gerade für den Fall solcher abstrakter Gefahren hatte es eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage für ein Kopftuchverbot gefordert und mangels einer solchen eine Verletzung der Beschwerdeführerin in ihren Rechten aus Art. 33 Abs. 2 i. V. m. Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 sowie Art. 33 Abs. 3 GG festgestellt. Den Landesgesetzgebern hatte es freigestellt, gesetzliche Grundlagen unter Beachtung der im Urteil genannten berührten Grundrechtspositionen zu schaffen, woraufhin zahlreiche Bundesländer entsprechende gesetzliche Regelungen erlassen haben. Die nunmehrige Entscheidung, der eines der landesgesetzlichen Kopftuchverbote zugrunde liegt, bricht mit der Vorentscheidung, indem es eine abstrakte Gefahr für ein Kopftuchverbot nicht mehr ausreichen lässt, sondern nunmehr eine hinreichend konkrete Gefahr für eine widerstreitende Grundrechtsposition erfordert.

- 4) Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist zu begrüßen, trägt sie doch dem allgemeinen Trend einer wachsenden Individualisierung der Gesellschaft Rechnung, die nach einem stärkeren Schutz der Grundrechtsausübung des Einzelnen verlangt. Die Entscheidung stärkt die Grundrechtsposition der Lehrerinnen und Lehrer im öffentlichen Dienstverhältnis und verringert die Einschränkungen, die mit der Eingehung eines solchen verbunden ist. Das religiös motivierte äußere Erscheinungsbild wird grundsätzlich der von einem Grundrecht Gebrauch machenden Lehrkraft und nicht dem Staat zugerechnet, so dass das Gebot der weltanschaulich-religiösen Neutralität des Staates allein dadurch nicht berührt wird. Den Trägerinnen und Trägern der widerstreitenden Grundrechte, nämlich den Schülerinnen und Schüler wie den Eltern, wird generell nicht etwa ein mehr an Toleranz zugemutet, sondern es wird den geänderten gesellschaftlichen Verhältnissen Rechnung getragen, nach denen das Kopftuch in der Öffentlichkeit mittlerweile alltäglich geworden ist und regelmäßig keine Konflikte mehr nach sich zieht.

Ein Kopftuchverbot für Lehrkräfte von einer konkreten Gefahr für den Schulfrieden oder die staatliche Neutralität abhängig zu machen, und auch gesetzliche Verbote dementsprechend verfassungskonform auszulegen, erscheint daher folgerichtig. Die Entscheidung stellt zwar grundsätzlich erhöhte Anforderungen an die Schulverwaltung, die nunmehr einzelfallbezogene Prüfungen vornehmen muss. Allerdings erlaubt sie dem Gesetzgeber, für bestimmte Schulen oder Schulbezirke zeitlich begrenzt allgemeine Regelungen ggf. mittels einer Verordnungsermächtigung zu treffen, wenn bereichsspezifisch in einer beachtlichen Zahl von Fällen eine hinreichend konkrete Gefährdung des Schulfriedens oder der staatlichen Neutralität vorliegt. Damit lassen sich praktikable Lösungen für Problemkiese und -schulen erreichen, auch wenn sich die Abgrenzung zwischen einer bloß abstrakten und einer bereits konkreten Gefährdung bei einer generellen Regelung im Einzelfall durchaus als schwierig erweisen kann.⁴

4 Vgl. Muckel, Stefan, Fn. 1, 479.

Überzeugend hat das Gericht auch die Privilegierungsvorschrift des § 57 Abs. 4 S. 3 Schul-G NW zugunsten der Darstellung christlicher und abendländischer Werte oder Traditionen für verfassungswidrig und nichtig erklärt, mit dem der Landesgesetzgeber das Tragen christlicher Ordenstrachten und jüdischer Kopfbedeckungen erlauben und damit Kopftuchträgerinnen religiös diskriminieren wollte.

5) Die Entscheidung hat grundlegende Auswirkungen für alle weiteren landesgesetzlichen Regelungen, die für das religiöse Kopftuch von Relevanz sind. Soweit sie lediglich Lehrkräfte betreffen, sind sie darauf zu überprüfen, ob sie den Anforderungen der Entscheidung standhalten, ggf. entsprechend verfassungskonform ausgelegt werden können oder sogar geändert werden müssen. Soweit sie Regelungen enthalten, die nicht nur für Lehrkräfte, sondern auch andere öffentlich-rechtliche Bedienstete gelten, stellt sich zudem die spannende Frage, ob und inwieweit die hiesigen Grundsätze für Lehrkräfte auch auf jene Bediensteten übertragbar sind. Dies wird Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre in den nächsten Jahren noch intensiv beschäftigen.

Prof. Dr. Dr. Peter Scholz, Berlin: Der Autor ist Honorarprofessor der Freien Universität Berlin und Vizepräsident des Amtsgerichts Tiergarten. Er ist Mitglied des Kuratoriums der GAIR.

Ṭalāq in der EU? – Anmerkungen zu OLG München 34. Zivilsenat, EuGH-Vorlage vom 02.06.2015, 34 Wx 146/14

Jürgen Rieck

Die Vorlageentscheidung des OLG München öffnet nicht, sondern sie vollzieht nur einige der Diskussionen, die durch die verschiedenen EU Normen ausgelöst worden sind. Die möglichen Konsequenzen sind jedoch weitreichend und stellen viel von dem in Frage, das dem deutschen Rechtsanwender vertraut ist.

Diese Anmerkungen sollen nicht das Ergebnis vorwegnehmen, auch nicht die Vorlagefragen diskutieren, sondern verständlich machen, worum es geht, und fragen, welche Weiterungen denkbar sind. Ausgangspunkte sollen dabei jeweils die Vorlagefragen sein.

1. Gilt die Rom III VO auch für die sogenannte Privatscheidung?

Ungeachtet der weiter folgenden Frage, ob die ROM III VO überhaupt für die Anerkennung von ausländischen Scheidungen gilt, offenbart diese Frage einen Grundsatz:

Sie geht davon aus, dass es (noch) keinen europäischen Staat gibt, der diese Form der Eheauflösung kennt. Ob das so ist, kann hier dahinstehen. Dennoch ergeben sich aus dem ‚Erwägungsgrund (EGrund) 24‘ Zweifel, denn bei der islamischen ṭalāq-Scheidung ist der gleichberechtigte Zugang der Ehegatten aufgrund ihrer Geschlechtszugehörigkeit nicht gewahrt.

Der EGrund 24 sieht für diesen Fall die Anwendung des Rechts des angerufenen Gerichts vor. Dies aber nur für die Scheidung. Unklar ist, ob dieser Grundsatz auch für die Anerkennung einer ausländischen Scheidung gilt. Legt man ROM III wegen des EGrundes 24 so aus, wie hier geschehen, ist die ROM III VO nicht auf die ṭalāq-Scheidung anzuwenden. Es wird darauf ankommen, wie der EuGH dies auslegt. Wenn der EuGH jedoch die Anwendung der ROM III VO bejahen würde, wäre an folgendes Problem zu denken: Unterstellt, der ausländische (Dritt-)Staat würde die Scheidung als gültig zulassen, die zwei seiner Bürger vor einem islamischen Zentrum in einem EU-Mitgliedstaat vollziehen, so wäre auch dies der Anwendung der ROM II VO zugänglich. Ob dann der *ordre public* eingreifen darf, ist in Anbetracht des EGrundes 24 fraglich.

Der folgende praktische Fall macht dies deutlicher: Syrische Flüchtlinge kommen in Sizilien an. Dort verstößt der Mann im islamischen Zentrum seine Frau. Würde nun Syrien zulassen, dass diese Scheidung durch Registrierung in der Heimat gültig wird, wäre diese Scheidung anzuerkennen.

Andere denkbare Fälle: *Ṭalāq* per Telefon oder Fax. Und wie wäre es, wenn Bosnien und Herzegowina in der EU wäre oder Kosovo oder Albanien, und wenn dann in einem solchen Mitgliedstaat die *ṭalāq*-Scheidung eingeführt würde?

2. Ist im Fall der Prüfung der innerstaatlichen Anerkennungsfähigkeit einer Ehescheidung auch Art. 10 ROM III VO anzuwenden?

Diese Frage zielt noch in grundsätzlicher Weise darauf ab, ob die ROM III VO überhaupt für die Anerkennungsverfahren gilt. Daran können Zweifel deshalb bestehen, weil die ROM III VO dem Inhalt nach eigentlich nur die Anwendung des Rechts regeln will, denn die Zuständigkeit soll sich nach EGrund 13 nach der Brüssel II a VO richten. Die ROM III VO enthält keine Anerkennungsvorschrift. Es ist eine weitgefaste Auslegung, wenn aus Art. 1 Abs. 1 ROM III geschlossen wird, die VO sei auf die Anerkennung anzuwenden. Die Anerkennung hat mit ROM III nichts zu tun, sondern folgt weiterhin der Brüssel II a VO. Konkret gefragt geht es darum, ob die ROM III VO die nationalen Anerkennungsnormen ersetzt oder verdrängt, und ob für die Anerkennung nationales IPR oder das durch ROM III bestimmte IPR anzuwenden ist. Würde dies vom EuGH bejaht, wäre dadurch § 107 FamFG mitsamt der dazu gehörenden Praxis auch im Verhältnis zu Drittstaaten überholt. Wo dann die Grenzen der Anwendung liegen werden, ist offen. Denn es ist zu beachten, dass diese Auslegung weit über das hinausginge, was mit der ROM III VO eigentlich gewollt ist. Andererseits fragt sich, ob es eigentlich so „heilige Kühe“ gibt, dass man hieran nicht denken sollte. Denn es ist im Anerkennungsrecht herrschender Grundsatz, dass wir auch anerkennen, was ein anderer Staat anerkennt, der nicht der Herkunftsstaat ist. Ob es dann der Schranken unseres Anerkennungsrechts bedarf, ist zu hinterfragen. Denkt man an Malta, so kann dort eine Ehe auch gültig in islamischer Form geschlossen werden. Sie könnte durch einfachen Beschluss auf Grund eines Vertrags der Eheleute aufgelöst werden. Worin unterscheidet sich dies von der registrierten Privatscheidung? Und wie würde es sich verhalten bei einer mit dem Smartphone erklärten Scheidung einer Französin von einem Singapurer, wenn Frankreich diese Scheidung anerkennt?

Der Nachrichtensender n-tv hat am 09. April 2009 berichtet: „Dreimal ‚Ich verstoße dich‘ Scheidung per SMS. Ein islamisches Gericht in der saudischen Stadt Dschidda habe die Scheidung anerkannt.“

Ist das dann auch bei uns anzuerkennen?

3. Abstrakt oder konkret im Einzelfall bestehende Ungleichheit

Diese alternativ aufgebaute Frage beruht auf dem EGrund 24. Haben die Ehegatten keinen gleichberechtigten Zugang zum Recht, so soll das Recht des Gerichts angewendet werden. Das scheint dann problemlos zu sein, wenn es um die Scheidung nach gewähltem ausländischen Recht durch ein deutsches Gericht geht. Dieses muss dann

nicht das ausländische Recht anwenden, sondern kann sein eigenes anwenden. Schon hierin liegt ein Problem. Der Text des Art. 10 ROM III lautet:

Artikel 10 Anwendung des Rechts des Staates des angerufenen Gerichts

Sieht das nach Artikel 5 oder Artikel 8 anzuwendende Recht eine Ehescheidung nicht vor oder gewährt es einem der Ehegatten aufgrund seiner Geschlechtszugehörigkeit keinen gleichberechtigten Zugang zur Ehescheidung oder Trennung ohne Auflösung des Ehebandes, so ist das Recht des Staates des angerufenen Gerichts anzuwenden.

Das ist zwingend und kann nicht umgangen werden. Ob dies im Sinne der Alternativfrage des OLG München überhaupt auslegungsfähig ist, erscheint fraglich. Es wäre vielleicht auch sehr zu begrüßen, wenn dieses Ergebnis durch die Anwendung von ROM III feststehen würde.

Der gleichberechtigte Zugang zum Recht ist somit ein Grundrecht. Vorbei sind die Zeiten, in denen deutsche Gerichte meinten, sie müssten den 3maligen *ṭalāq* aussprechen lassen, um eine gültige Scheidung nach islamischem Recht zu bewirken. Die gestellte Alternativfrage hat somit nicht nur Bedeutung für den Fall, dass die ROM III VO auch für die Anerkennung gilt. Der konkrete Anwendungsfall offenbart, dass das Problem umfassender ist: Unterstellt, das deutsche Gericht hätte die Ehe von 2 Muslimen nach syrischem Recht zu scheiden, kommt es darauf an, ob sich der ungleiche Zugang zum Recht auswirkt oder nicht? Stimmt nämlich die Frau dem *ṭalāq* zu, ist sie konkret nicht benachteiligt. Würde der EuGH auf die abstrakte Benachteiligung abstellen, käme es nicht mehr darauf an, ob die Frau zustimmt oder nicht. Hier ließe sich viel diskutieren, aber es ist nicht ganz einleuchtend, warum es auf die konkrete Benachteiligung ankommen soll, wenn das Recht gewählt wird. Und warum soll man Ehegatten abstrakt verwehren, über die Scheidung einig zu sein und es dann bei den gesetzlichen Anknüpfungsregeln belassen?

Der EGrund 24 ist nur vor dem Hintergrund verständlich, dass die EU die Staaten nicht zwingen will, ein Recht anzuwenden, das ihren oder europäischen gemeinsamen Prinzipien widerspricht. EGrund 24 ist so als ein *soft ordre public* zu verstehen.

4. Bedeutung des Einvernehmens der Ehegatten mit der Ehescheidung, wenn dies mit der Entgegennahme von Ausgleichsleistungen verbunden ist

Zuletzt fragt das OLG den EuGH etwas, was dem Gemeinschaftsrecht ebenso entzogen ist wie dem deutschen Recht: Es geht wieder einmal um die islamische Morgengabe. Diese Vorlagefrage ist jedoch angesichts der reichhaltigen deutschen Rechtsprechung zur Morgengabe unverständlich.

- a) Zunächst hat das OLG die Morgengabe nicht als Folge der Ehe, sondern offenbar als Geldleistung verstanden, die eine Scheidung bekräftigen soll. Was für ein Gedanke?
- b) Es käme ja auch niemand auf den Gedanken, den nachehelichen Unterhalt als Preis für die Scheidung zu bewerten.

Es bleibt nur zu hoffen, dass der EuGH nicht in dieselbe Falle tappt wie das OLG München, denn die Entscheidung wurde nur ausgelöst durch die Beschwerde der Frau, die erklärte, sie habe, anders als schriftlich bestätigt, nicht den vollen Preis der Abfindung erhalten. Das ist aber kein Anerkennungshindernis, sondern allenfalls Anlass für eine ergänzende Klage.

Man könnte über die Sittenwidrigkeit der Morgengabe diskutieren, wenn sie als Ersatz für das abgeschaffte Kranzgeld (Preis für die Jungfräulichkeit) diskutiert wird. Aber mit einem Preis für die Scheidung hat sie nichts zu tun. Hingegen gibt es europäische Rechtsordnungen (Frankreich), die eine Abfindung (Schadenersatz) für den Verlust der Rechte kennen, die aus der Ehe fließen.

5. Zusätzliche Probleme

Der islamische *hul‘* (Loskauf) wäre wohl anders als die Scheidung per SMS oder *twitter* ein *ordre public* Fall. Denn hier muss die Frau etwas bezahlen, um frei zu werden. Das wäre ganz sicher nicht ROM III konform.

Jürgen Rieck (Mitglied der GAIR) ist Rechtsanwalt in München.

Anerkennung und Vollstreckung eines deutschen Schiedsspruchs in den VAE

Hilmar Krüger

Probleme im Zusammenhang mit der Anerkennung und Vollstreckung von im Ausland ergangenen Schiedssprüchen waren und sind in den VAE nicht selten. Die Rechtslage hat sich inzwischen dadurch, dass die VAE das New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10.6.1958 aufgrund der Bundesverordnung (*al-marsūm al-ittihādī*) Nr. 43/2006 ratifiziert haben, geändert. Dem New Yorker Übereinkommen gehören die VAE seit dem 21.8.2006 an.

2011 ist erstmals ein ausländischer Schiedsspruch unter Anwendung der Regeln des New Yorker Übereinkommens anerkannt und für vollstreckbar erklärt worden. Seit dieser Entscheidung sind in den VAE mehrfach dementsprechende Urteile ergangen; u.a. im September 2012 in der Sache *Airmech v. Macsteel*. Es gab, soweit ersichtlich, jedoch mindestens ein Urteil des Kassationshofs Dubai in der Sache *Construction Company International v. Ministry of Irrigation of the Government of Sudan* vom 18.8.2013, durch das die Anerkennung eines im Ausland ergangenen Schiedsspruchs verweigert wurde. Dabei handelt es sich im Zweifel jedoch um einen Ausreißer, denn in der Mehrzahl der Fälle ist die Anerkennung bejaht worden.

Dies gilt jetzt auch für einen „deutschen“ Schiedsspruch (Schiedsplatz war Stuttgart) vom 22.7.2011 in der Sache *Al Reyami Group v. BIT*. Er ist durch einen Einzelschiedsrichter unter Anwendung der ICC Rules ergangen. Es ging um Ansprüche des Prinzipals auf Schadensersatz aus einem exklusiven Vertragshändlervertrag (Exclusive Distribution Agreement). Der Vertrag enthielt eine Schiedsklausel. Der Kassationshof Dubai entschied durch das Urteil vom 23.11.2014 (Gesch.-Z. tamyiz [Kassation] no. 434/2013 tiğāri [Handelssachen]), dass der Stuttgarter Schiedsspruch auf der Grundlage der Regeln des New Yorker Übereinkommens in den VAE anerkennungs- und vollstreckungsfähig ist. Er folgt damit der jetzt überwiegenden Rechtsansicht.

Prof. Dr. Hilmar Krüger (Gründungs- und Kuratoriumsmitglied der GAIR) ist Professor für internationales und ausländisches Privatrecht an der Universität zu Köln.

**Case Report: High Court of Justice (England & Wales), Family Division,
K v A [2014] EWHC 3850 (Fam):
The Marriage of an *Aḥmadī* Husband and a *Sunnī* Wife Can Be Valid in Eng-
land Despite an Uncertain Position in Pakistani Law on the Validity of the
Marriage**

Kai Kreutzberger

A marriage between an *Aḥmadī* husband and a *Sunnī* wife concluded in Pakistan under the correct formalities will be recognised by the English courts despite an uncertainty in Pakistani law whether the marriage is valid.

The issue of validity of the marriage was raised before the Family Division of the High Court in an application for divorce and ancillary remedies made by the wife. The husband did not contest the divorce. Instead, the issue arose out of a previous application by the wife in the Oxford County Court regarding child custody.¹ The wife had applied for leave to take her children (who were then in the care of a guardian) to a family visit to Pakistan. In that context, Judge Hughes heard expert evidence by Professor Martin Lau (SOAS, University of London / Essex Court Chambers) who raised the possibility that a Pakistani court might consider the marriage invalid and refuse the father access to the children. On that basis, leave to remove the children was refused. However, the question whether there was a valid marriage arose once more in the divorce proceedings before the High Court as the financial remedies on divorce are not fully available on the nullification of an invalid marriage.

The spouses married on 25 September 2005 in an *Aḥmadī* ceremony in Pakistan. The Court was shown a completed marriage form which was noted to comply with all required formalities. It was signed by the wife's father as her *walī* (guardian), two witnesses and the head (*amīr*) of the *Aḥmadī* religious council in Lahore, and had an official registration stamp. On the form, the husband was confirmed to be *Aḥmadī*, but the section stating that the wife was an *Aḥmadī* by birth was crossed out. The Court also noted that after the marriage, wife and husband took up cohabitation, first in Pakistan and later in the UK, and had two children. Their marriage was known in their social surrounding. The court accepted that these marriage formalities complied with Pakistani law, which was applicable as the law of the place where the marriage was celebrated (the *lex loci celebrationis*).²

1 Unreported.

2 See for example *Scrimshire v Scrimshire* (1752) 2 Hagg Con 395; *Dalrymple v Dalrymple* (1811) 2 Hagg Con 54. Further references are in Lawrence Collins and others: *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, 15th ed., Sweet & Maxwell 2015, para. 17R-001.

The difficulty for the court, however, lay in determining whether, under Pakistani law, wife and husband had capacity to marry each other (which is governed by the law of a person’s domicile).³ Expert evidence in a previous case had confirmed that Pakistani Law considered marriages of the *Aḥmadī* community to be valid.⁴ The difficulty in *K v A*, however, arose from the difference in religion of the spouses, which led to two possible lines of argument under Pakistani law:

- The *Aḥmadī* faith allows marriages of an *Aḥmadī* husband with a *Sunni* wife. While Pakistani law considers the *Aḥmadī* community to be non-Muslims,⁵ *Aḥmadī* marriages are recognised and valid in Pakistan pursuant to section 5 of the Punjab Laws Act 1872 which in case of non-Muslim groups allows marriages according to “*any custom applicable to the parties concerned*”.
- At the same time, however, Islamic law as applied to Muslims in Pakistan⁶ does not allow for the marriage of a *Sunni* wife with a non-Muslim husband. In Pakistani law, this includes members of the *Aḥmadī* community.

The court considered the two possible lines of argument, including by reference to a supplemental expert opinion of Professor Lau. He noted that there was no settled precedent on *Aḥmadī-Sunni* marriages, but that recent Pakistani case law had moved towards “a clear preference of Islamic law” in cases of inter-faith marriages and that he would consider it “likely that a Pakistani court would consider a marriage of an *Aḥmadī* [sic] husband and a Muslim woman to be invalid and indeed void ab initio”.⁷ In the absence of a decisive legal rule, however, Roberts J⁸ found that she could not give a ruling on this point with certainty.

In such circumstances, Roberts J returned to the rule under English law that a formally correct marriage ceremony, cohabitation of the couple and their public reputation of being married created a strong presumption that a valid marriage existed. This presumption (which Roberts J noted existed in Pakistani law also) was in principle rebuttable through evidence of local law. However, the Pakistani law position on the validity of this marriage was too uncertain to rebut the presumption.

3 *R v Brentwood Marriage Registrar* [1968] 2 QB 956, 968; *Padolecchia v Padolecchia* [1968] P 314, 336. Further references are in Collins and others, (n. 2), 17R-057.

4 *R v M* [2011] EWHC 2132 (Fam), per Parker J.

5 Ordinance XX 1984 ss. 298-B, 298-C. Under that law, *Aḥmadī* Muslims are, amongst other things, prohibited from calling themselves Muslims, their mosques mosques and from using the call to prayer (*aḍān*). The offences are punishable by up to three years imprisonment.

6 West Pakistan Muslim Personal Law (Shariat) Application Act 1962 s. 2.

7 *K v A*, para. 39.

8 In this and the following case reports, the English styles for judiciary titles are adopted. Taking the present judges as examples, a High Court judge is styled in the form ‘Mrs Justice Roberts’, or ‘Roberts J’. Circuit Judges (who sit in County Courts, specialised High Court divisions or Tribunals) are referred to in the form ‘Judge Horowitz QC’, Lord Justices of Appeal (sitting in the Court of Appeal of the High Court) in the form ‘Lord Justice Oliver’ or ‘Oliver LJ’.

The Court also had before it an argument on behalf of the wife that holding the marriage invalid would be contrary to English public policy. This was on the basis that the prohibition of a Muslim woman to marry a non-Muslim was ‘penal or discriminatory in nature’. Under English conflict of laws rules, an absolute prohibition against penal and discriminatory marriage restrictions applies only in relation to marriages with a domestic place of celebration. However, because the rule is an expression of public policy, it can also have application to foreign marriages if a restriction would be “so offensive to the conscience of the English court that it should refuse to recognise” it.⁹

This principle creates a ‘sliding scale’ of application, depending on how closely a marriage is connected to England, and how severe and offensive the restriction is. The judgment reproduces a detailed discussion of English case law on this point, going into various kinds of restrictions the English courts have in the past decided on, such as race-based prohibitions, religious restrictions such as the prohibition for Catholic priests to marry or jurisdictional rules that create a prohibition in effect (for example, where religious courts have exclusive jurisdiction over the adherents of a particular faith). However, because she had already held the marriage to be valid, Roberts J saw no need to reach a decision whether English public policy would apply to the possible Pakistani law restriction in this case.

Comment

The decision in *K v A* is a thorough exposition of the principles of Pakistani law that apply to the question of a multi-faith marriage in Pakistan, as well as of the conflict of laws principles that are at stake when these laws are applied in English family proceedings. Most poignantly, it illustrates the ‘procedural approach’ English law often takes to questions of foreign law in family matters.

Many of the remedies available on the dissolution of marriages or in child care cases are considered procedural in nature and the Courts are prepared to analyse foreign law issues in the context of the English procedural framework. The approach to questions of validity in Pakistani law illustrates this approach. Faced with an undecided question of Pakistani law, the presumption of marriage based on its valid conclusion, cohabitation and reputation leads to a finding that the marriage is valid. The decision shows that this can serve to protect the interests of the parties, as the basis of the presumption lies in the expectations created by a valid marriage ceremony with the spouses, the children of a marriage, and the wider family surrounding. At the same time, *K v A* shows the flexibility of this approach. In the context of the earlier application for allowing travel to Pakistan, the possibility of an invalid marriage was sufficient to deny leave. In the context of the divorce proceedings, the presumption allowed a different decision.

9 *Cheni v Cheni* [1968] P 85, 99.

Finally, *K v A* shows the reluctance of the English courts to engage in discussions of public policy. This reluctance was partially due to the circumstances of the case. The husband did not object to the wife's divorce application and was not represented. Neither did the Queen's Proctor intervene on this point.¹⁰ Consequently, Roberts J heard the public policy argument only on behalf of the wife, and considered that she did not have sufficient legal argument before her to render a more definitive decision. However, this is also in line with the tendency of the English courts to provide safeguards by procedural means rather than engaging in sweeping pronouncements of principle, such as defining public policy.¹¹ This approach has proven capable of producing practicable outcomes for parties to a litigation. Yet at the same time, this creates a situation where there is very little case law on the meaning of public policy.

Kai Kreutzberger (member of the GAIR) is a solicitor in England and Wales.

10 The Queen's Proctor can in certain circumstances intervene in divorce proceedings to "argue before the court any question in relation to the matter which the court considers it necessary or expedient to have fully argued", Matrimonial Causes Act 1973 s. 8.

11 In parts the rules of procedure make public policy decisions less necessary. For example, English courts have had little difficulty to enforce the Islamic dower (*mahr*) or order the limited support after divorce in Islamic law, because the court after divorce has in any event the power to re-adjust the property of the parties.

Fallbericht: High Court of Justice (England & Wales), Family Division:

K v A [2014] EWHC 3850 (Fam):

Die Ehe eines *Aḥmadī* mit einer Sunnitin hat Gültigkeit vor dem englischen Gericht trotz einer unklaren Rechtslage in Pakistan in der Frage der Gültigkeit der Ehe

Kai Kreuzberger

Die Ehe zwischen einem Ehemann, der *Aḥmadī* ist, und einer sunnitischen Ehefrau kann, wenn sie in Pakistan unter Einhaltung der entsprechenden Formalien geschlossen wurde, vom englischen Gericht anerkannt werden. Dies ist der Fall, obwohl die Rechtslage zur Gültigkeit solcher Ehen in Pakistan unklar ist.

Die Frage der Gültigkeit der Ehe stellte sich in der Family Division des High Court im Kontext eines Antrags der Ehefrau auf Scheidung sowie damit verbundener Unterhaltsverfügungen. Der Ehemann trat dem Scheidungsantrag nicht entgegen. Die Frage der Gültigkeit war die Folge eines früheren Verfahrens in Vormundschafts-sachen im Oxford County Court.¹

Die Ehefrau hatte beantragt, ihre Kinder (die sich zu diesem Zeitpunkt unter Vormundschaft befanden) zu einem Familienbesuch nach Pakistan bringen zu dürfen. Richter Hughes zog in diesem Verfahren ein Gutachten von Professor Martin Lau (SOAS, University of London / Barrister in Essex Court Chambers) heran. Dieses erwog die Möglichkeit, dass ein pakistanisches Gericht die Ehe für nichtig halten und daher dem Vater Zugang zu den Kindern verwehren könne. Auf dieser Grundlage verweigerte das Gericht die Erlaubnis, die Kinder aus der Jurisdiktion des englischen Gerichts zu entfernen. Im Kontext des Scheidungsverfahrens kam die Frage der Gültigkeit der Ehe wieder auf, da gewisse Unterhaltsverfügungen von einer Scheidung abhängen und bei der Annullierung einer ungültigen Ehe nur eingeschränkt verfügbar sind.

Die Eheleute heirateten am 25. September 2005 in einer Zeremonie der *Aḥmadī* in Pakistan. Dem Gericht lag ein Ehezertifikat vor. Es stellte fest, dass alle Formalien für dieses Zertifikat eingehalten worden waren. Das Formular war unterzeichnet vom Vater der Ehefrau als ihrem *Walī* (Vormund) sowie von zwei Zeugen und dem Vorsteher (*Amīr*) des religiösen Rats der *Aḥmadī*-Gemeinde in Lahore. Zudem trug es einen offiziellen Registrierungsvermerk. Der Ehemann wurde auf dem Formular als *Aḥmadī* bezeichnet, aber eine Bezeichnung der Ehefrau als *Aḥmadī* von Geburt war durchgestrichen worden.

Das Gericht stellte auch fest, dass die Eheleute nach der Hochzeit zusammen lebten, zunächst in Pakistan und dann im Vereinigten Königreich, und dass aus der Ehe zwei

¹ Zu diesem Verfahren wurde kein Urteil oder Fallkommentar veröffentlicht.

Kinder hervorgingen. Die Ehe war im sozialen Umfeld der Eheleute bekannt. Das Gericht stellte fest, dass die Formalien der Ehe im pakistanischen Recht, welches als Recht des Ortes der Eheschließung (*lex loci celebrationis*) anwendbar war,² erfüllt waren.

Die Frage, die sich dem Gericht stellte, war die der Ehefähigkeit unter pakistanischem Recht. Dies war anwendbar als das Recht des Domizils der Eheleute.³ In früheren Fällen war festgestellt worden, dass pakistanisches Recht Ehen der *Aḥmadī*-Gemeinde als gültig anerkennt.⁴ Die Schwierigkeiten in *K v A* entstanden jedoch aus der unterschiedlichen Religionsangehörigkeit der Eheleute. Unter pakistanischem Recht gab es zwei mögliche Interpretationen dieser Situation:

- Die *Aḥmadī* in Pakistan erkennen die Ehe eines *Aḥmadī*-Ehemannes mit einer sunnitischen Ehefrau an. Obwohl pakistanisches Recht die *Aḥmadī* nicht als Muslime betrachtet,⁵ sind ihre Ehen gültig unter Anwendung des § 5 des Punjab Laws Act 1872, welcher die Ehen von nichtmuslimischen Glaubensrichtungen anerkennt, die geschlossen wurden unter Befolgung „jedweden Brauchs der auf die jeweiligen Parteien anwendbar ist“.
- Zugleich erlaubt islamisches Recht in der Form, die auf Muslime in Pakistan anwendbar ist,⁶ keine Ehen zwischen einer sunnitischen Ehefrau und einem nichtmuslimischen Ehemann. Dies schließt im pakistanischen Recht Mitglieder der *Aḥmadī*-Gemeinde ein.

Das Gericht diskutierte diese zwei möglichen Argumentationslinien und holte dazu eine weitere Expertenmeinung von Professor Lau ein. Das Gutachten stellte fest, dass kein klarer Präzedenzfall zur Frage einer Ehe zwischen einem *Aḥmadī* und einer Sunnitin existierte. Allerdings zeige das neuere pakistanische Fallrecht eine Tendenz hin zu einer „eindeutigen Präferenz des islamischen Rechts“ im Falle interreligiöser Ehen. Daher hielt Professor Lau es für „wahrscheinlich, dass ein pakistanisches Gericht die Ehe eines *Aḥmadī*-Ehemannes mit einer muslimischen Ehefrau für ungültig, wenn nicht sogar für *ex tunc* nichtig halten würde“⁷ Im Urteil stellte

2 Siehe z.B. *Scrimshire v Scrimshire* (1752) 2 Hagg Con 395; *Dalrymple v Dalrymple* (1811) 2 Hagg Con 54; Lawrence Collins and others: *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, 15th ed., Sweet & Maxwell 2015, Rn. 17R-001 m.w.N.

3 *R v Brentwood Marriage Registrar* [1968] 2 QB 956, 968; *Padolecchia v Padolecchia* [1968] P 314, 336; Collins and others (n. 2) Rn. 17R-057 m.w.N.

4 *R v M* [2011] EWHC 2132 (Fam), Urteil von Parker J.

5 Ordinance XX 1984 ss. 298-B, 298-C. Das Gesetz verbietet es *Aḥmadī*-Muslimen unter Androhung einer dreijährigen Gefängnisstrafe unter anderem, sich selbst als Muslime oder ihre Moscheen als Moscheen zu bezeichnen, oder den islamischen Gebetsruf (*adān*) zu benutzen.

6 West Pakistan Muslim Personal Law (Shariat) Application Act 1962 § 2.

7 *K v A*, Rn. 39.

Roberts J⁸ jedoch fest, dass die ungeklärte Rechtslage im pakistanischen Recht es ihr nicht erlaube, eine abschließende Entscheidung zu diesem Punkt zu treffen.

In dieser Lage griff Roberts J auf eine englische Prozessregel zurück, nach der eine formal korrekte Ehezeremonie sowie das Zusammenleben der Eheleute und die Bekanntheit der Ehe eine starke Vermutung erzeugte, dass in der Tat eine gültige Ehe existierte. Diese Vermutung, welche laut Roberts J auch im pakistanischen Recht existierte, war zwar widerlegbar durch den Beweis der Ungültigkeit im jeweiligen ausländischen Recht; allerdings war die Rechtslage in Pakistan nicht eindeutig genug, um die Vermutung in diesem Fall zu widerlegen.

Das Gericht befasste sich zudem mit einem Argument, das von der Ehefrau vorgebracht wurde, nämlich dass eine Entscheidung, dass die Ehe ungültig sei, dem englischen *Ordre Public* widerspräche. Die Grundlage dieses Arguments war, dass das Eheverbot einer Muslimin mit einem nichtmuslimischen Ehemann den Charakter einer Strafvorschrift oder Diskriminierung habe. Nach den englischen Regeln zum internationalen Privatrecht gilt das absolute Verbot einer Ehebeschränkung mit diskriminierendem oder Strafcharakter zwar nur für Ehen, die in England geschlossen wurden, allerdings ist diese Regel ein Ausfluss der *Ordre Public*. Daher kann es auf Eheschließungen im Ausland anwendbar sein, wenn das Eheverbot „den Billigkeitsvorstellungen des englischen Gerichts so sehr widerspricht, dass es gehalten ist, das Verbot nicht anzuerkennen“.⁹ Aus diesem Prinzip erwächst eine flexible Anwendung des Prinzips, je nach der Verbindung, die eine Ehe zur englischen Rechtsordnung hat, sowie der Schwere und Unbilligkeit der Ehebeschränkung. Das Urteil enthält eine eingehende Diskussion des Fallrechts in dieser Frage, und befasst sich mit verschiedenen Formen der Ehebeschränkung, einschließlich solchen auf rassischer Grundlage, auf religiöser Grundlage (wie des Eheverbots für katholische Priester) sowie Regeln der gerichtlichen Zuständigkeit, die in der Praxis ein Eheverbot erzeugen (wie in Ländern, in denen religiöse Gerichte exklusiv für die Anhänger einer bestimmten Glaubensrichtung zuständig sind). Da ihr Urteil jedoch bereits von der Gültigkeit der Ehe ausging, sah Roberts J keine Notwendigkeit, eine abschließende Entscheidung zu der Frage zu finden, ob die englische *Ordre Public* auf das mögliche pakistanische Eheverbot in diesem Fall anwendbar war.

8 In dieser sowie den folgenden Fallentscheidungen werden die Titel der Richter im Englischen Recht übernommen. So trägt (als Beispiele stehen einige der Richter in diesen Entscheidungen) ein Richter am High Court (dem höheren Gericht der ersten Instanz) die Anrede in der Form ‚Mrs Justice Roberts‘ oder ‚Roberts J‘. Ein Richter am Bezirksgericht (der auch in spezialisierten Kammern des High Court oder in Tribunalen sitzen kann) wird in der Form ‚Judge Horowitz QC‘ bezeichnet, und ein Richter am Berufungsgericht in der Form ‚Lord Justice Oliver‘ oder ‚Oliver LJ‘.

9 „[S]o offensive to the conscience of the English court that it should refuse to recognise it“, *Cheni v Cheni* [1968] P 85, 99.

Kommentar

Die Entscheidung enthält eine eingehende Diskussion der anwendbaren Prinzipien des pakistanischen Rechts in der Frage einer interreligiösen Ehe sowie der Regeln des englischen internationalen Privatrechts, die auf diesen Fall anwendbar sind. Es ist eine Illustration der Weise, in der englische Gerichte auf prozedurale Regeln zurückgreifen, um Fragen des ausländischen Rechts in Familienrechtsverfahren zu entscheiden.

Das englische Recht qualifiziert viele der Regeln zum Unterhalt sowie zur Kindessorge als prozessrechtlich, und die Gerichte nähern sich dem ausländischen Recht durch die Brille des englischen Prozessrechtes. Die vorliegende Entscheidung zur Frage der Gültigkeit der Ehe im pakistanischen Recht ist hierbei ein Beispiel für diese Methode. Im Angesicht einer ungeklärten Rechtslage im pakistanischen Recht greift die Vermutung einer gültigen Ehe auf der Basis, dass die Formalien der Eheschließung eingehalten wurden, sowie des Zusammenlebens der Eheleute und der Bekanntheit der Ehe im sozialen Umfeld. Die Entscheidung verdeutlicht, wie eine solche Herangehensweise dem Schutz der Parteiinteressen entgegenkommt, liegt doch die Grundlage dieser Vermutung in den schutzbedürftigen Erwartungen, die durch eine formal gültige Ehezeremonie bei den Eheleuten, den Kindern aus der Ehe sowie im weiteren familiären Umfeld entstehen. Zugleich illustriert *K v A* die Flexibilität dieses Ansatzes. Im Kontext des Antrags über die Reise der Kinder nach Pakistan genügte die bloße Möglichkeit einer ungültigen Ehe um den Antrag abzulehnen. Im Kontext des Scheidungsverfahrens sorgte die Vermutung der gültigen Ehe für eine Entscheidung in die andere Richtung.

Schließlich zeigt *K v A* die Zurückhaltung englischer Gerichte, sich mit Fragen des *Ordre Public* zu befassen. Der Grund lag zum Teil in den Umständen dieses Falles. Der Ehemann war dem Scheidungsantrag der Ehefrau nicht entgegengetreten und war im Verfahren nicht vertreten. Der Vertreter der Krone hatte ebenfalls nicht zur Rechtslage vorgetragen.¹⁰ Daher hatte Roberts J die Argumentation in Fragen der *Ordre Public* nur von Seiten der Ehefrau gehört und war der Ansicht, dass nicht genügend Argumente vorgetragen wurden, um es dem Gericht zu ermöglichen, eine eindeutigere Entscheidung zu treffen. Es ist jedoch zugleich Ausdruck einer Tendenz der englischen Gerichte, die Parteien durch prozedurale Entscheidungen abzusichern, statt sich in weitreichende Entscheidungen von Grundprinzipien zu ergehen, wie die Anwendung des *Ordre Public*.¹¹ Diese Methode ist geeignet, für die

10 Der Vertreter der Krone in familienrechtlichen Verfahren (der Queen's Proctor) hat ein Recht der Intervention in Scheidungsverfahren „vor dem Gericht zu allen Fragen vorzutragen, in denen das Gericht es für nötig oder hilfreich erachtet, eine umfassende Argumentation zu hören“ („to argue before the court any question in relation to the matter which the court considers it necessary or expedient to have fully argued“), Matrimonial Causes Act 1973 § 8.

11 Die prozeduralen Regeln machen solche Fragen häufig weniger wichtig. So stellen sich Probleme in der Frage der islamischen Morgengabe (*mahr*), oder des restriktiven Unterhalts, im englischen Gericht

Parteien praktikable Lösungen zu erzielen. Zugleich führt sie jedoch dazu, dass es wenig Fallrecht zu Fragen der Bedeutung des *Ordre Public* im englischen Kontext gibt.

Kai Kreuzberger (Mitglied der GAIR), ist Rechtsanwalt (Solicitor) in England und Wales.

häufig erst gar nicht, da das Gericht ohnehin nach einer Scheidung das prozedurale Recht hat, eine Anweisung zum Unterhalt oder zur Umverteilung des Vermögens auszustellen.

**Case Report: High Court of Justice (England & Wales), Family Division,
H v S [2011] EWHC B23 (Fam):
A Saudi Divorce by *ṭalāq* Can Be Recognised in England as a Divorce by “Judicial or Other Proceedings”**

Kai Kreutzberger

The decision of Judge Horowitz QC followed a prolonged litigation between the spouses, which had involved at various times applications for divorce,¹ or a recognition of the overseas divorce,² a *ṭalāq* pronounced by the husband in Saudi Arabia. Both parties preferred recognition of the overseas divorce over dissolution as this offered a more advantageous procedure.³ However, the joint application of both parties for recognition was refused in a hearing before Mostyn J.⁴ Following that hearing, the wife applied for an English divorce, while the husband upheld the claim that recognition of the *ṭalāq* should be granted.

The recognition of a divorce through foreign “judicial and other proceedings” is governed by section 46(1) and 54(1) Family Law Act 1986. A recognition enables the parties to obtain the same financial relief that is available for an English decree of divorce, in particular court orders for financial provision and property adjustment.⁵ That part of the 1986 Act implements the Hague Convention on the Recognition of Divorces and Legal Separations of 1970 and mirrors the wording of Article 1 of the Convention. The recognition of a non-proceedings divorce under section 46(2) Family Law Act 1986 was not available, as it required that both parties were domiciled in Saudi Arabia, or another country that has *ṭalāq* as a form of divorce.

The question what are “judicial and other proceedings” has been a contested issue in case law for some time. On the widest view, “proceedings” extend to any act that constitutes an effective divorce under the foreign law.⁶ This view is now rejected. In the *Chaudhary*-case, the Court of Appeal gave three different reasonings that range between requiring a right of the state authority to prohibit the divorce in certain

1 Matrimonial Causes Act (n 10) s. 1.

2 Family Law Act 1986 s 46(1).

3 The recognition of an overseas divorce now offers the same financial remedies as a divorce. In addition, it is pronounced immediately, while a no-fault, consensual divorce requires a two year separation period. There were hints in the proceedings that the wife (who originally asked for a divorce) was aggrieved by the husband not notifying her of the *ṭalāq* before pronouncing it, but she did not oppose the recognition claim. Conversely, the husband was “affronted” by the notion that the *ṭalāq* was not a proper procedure (see *H v S*, para. 13). Judge Horowitz QC rightly found that none of this had bearing on the question of recognition.

4 *H v S* [2011] EWHC 884 (Fam).

5 Matrimonial and Family Proceedings Act 1984 s. 12; Matrimonial Causes Act (n. 10) s. 23f.

6 *Quazi v Quazi* [1980] AC 744, per Lord Scarman. The other Lord Justices of Appeal took a more narrow view.

cases (Cumming Bruce LJ), a function that is more than probative (Oliver LJ) or only some form of official procedure (Balcombe LJ).⁷ In terms of the different forms of *ṭalāq*, case law held the following:

- *Chaudhary* established that a ‘bare *ṭalāq*’, i.e. a *ṭalāq* without any official involvement does not amount to proceedings.⁸
- A state right to intervene in the *ṭalāq* procedure can create proceedings capable of recognition.⁹
- However, there can be proceedings even in cases where the court’s role is very narrow. Thus in the *El Fadl*-case,¹⁰ a Lebanese *Sunnī ṭalāq* was accepted as proceedings. Under that law, a *ṭalāq* is only effective once the parties have appeared before the court to register the divorce. However, the court’s role encompasses no more than registration. It has no further power to intervene.

The mandatory court appearance to make the divorce effective was the principal difference to Saudi law that applied in *H v S*, on which the court heard expert evidence by Ian Edge (SOAS, University of London / Three Paper Buildings). In Saudi law, a *ṭalāq* is effective through the declaration of the husband. Not appearing in court does not affect that.¹¹ However, in practice an appearance before the court is important for divorcées in Saudi Arabia. In particular, only the court can update the parties’ civil status, which affects the interaction with the Saudi administration. Accordingly, court registration is overwhelmingly common for divorces in Saudi Arabia.

The decision in *H v S* establishes that a *ṭalāq* in the Saudi form can also qualify as a proceedings divorce. Judge Horowitz QC noted that previous case law (in particular, *El Fadl*) had made clear that the foreign court’s role need not be extensive. In particular, there is no requirement that it has a right to veto, and even a role of only registering the divorce is sufficient to qualify as proceedings. The difference between the roles of the Lebanese and the Saudi courts, i.e. that the Saudi court procedure was non-mandatory, did not make a crucial difference in the opinion of Judge Horowitz QC. In practice, he noted, court registration created significant advantages for a Saudi divorcee, so that nearly every divorce in Saudi Arabia was in fact registered.

7 *Chaudhary v Chaudhary* [1985] FLR 476, [1985] Fam 19.

8 *Chaudhary v Chaudhary* concerned the law of the Kashmir, where a bare *ṭalāq* is possible. In other parts of Pakistan the pronouncement of a *ṭalāq* is subject to the rules in the Muslim Family Laws Ordinance 1961.

9 *Quazi v Quazi*. The case concerned a *ṭalāq* divorce to which the Muslim Family Laws Ordinance 1961 applied. Under the Ordinance, the Union Council is notified of a *ṭalāq* and can order a 90 day stay and reconciliation before it becomes effective.

10 *El Fadl v El Fadl* [2000] 1 FLR 175.

11 See also the finding in *Sulaiman v Jaffali* [2002] 1 FLR 479, which was concerned with the question at what point a divorce had become effective.

Comment

The decision is a sensible extension of the principle laid down in *El Fadl*.¹² While there is a formal difference between Lebanese and Saudi law, in that the formal effectiveness of a divorce in Lebanon depends on court registration, this creates very little difference in practice. The role of the Saudi and the Lebanese courts in divorces is very similar, and in both countries nearly all divorces are registered. In these circumstances, Judge Horowitz QC was right not to distinguish *H v S* from the previous *El Fadl*-case.

If, following the *El Fadl*-decision, it is accepted that mere court registration can amount to “judicial or other proceedings”, the decision is also a sensible interpretation of the term. The phrase aims at the question whether the parties’ divorce followed a proper procedure. It does not ask for the point at which a divorce is legally effective under foreign law, but whether certain (if only minimal) procedural guarantees are kept. The precise point of legal effectiveness of the divorce can only be one element in the overall foreign law picture that the English court has to assess.

Further, the finding is attuned to the way in which procedural safeguards have been put in place in the family laws of a number of Middle Eastern jurisdictions. As it can be politically difficult for a legislator to outrightly change for example the rules of a *ṭalāq* or the point when it takes effect, many jurisdictions have instead opted to introduce registration or other procedural means which seek to put in place safeguards for the parties while not outrightly changing religious law (a notable exception is the Muslim Family Laws Ordinance 1960 in Pakistan). The recognition of a foreign divorce ought to take a broad view to assess whether the foreign procedure provides these safeguards.

This raises the question whether, beyond *H v S*, English law has struck that balance appropriately. Here, it appears that the courts could on occasion be more restrictive. In particular, if the aim of distinguishing between a proceedings divorce and a non-proceedings divorce is to provide safeguards to the parties, it would be appropriate to ask for something more than mere court registration to hold that there have been proceedings.

Kai Kreutzberger (member of the GAIR) is a solicitor in England and Wales.

12 [2000] 1 FLR 175.

Fallbericht: High Court of Justice (England & Wales), Family Division:

H v S [2011] EWHC B23 (Fam):

Eine saudische *Ṭalāq*-Scheidung kann in England als Scheidung nach „gerichtlichem oder anderem Verfahren“ anerkannt werden

Kai Kreuzberger

Die Entscheidung von Judge Horowitz QC steht am Ende eines langen Verfahrens zwischen den Eheleuten, in dem in verschiedenen Phasen eine Scheidung nach englischem Recht beantragt worden war,¹ sowie die Anerkennung einer Scheidung nach saudischem Recht auf der Grundlage eines *Ṭalāq*, den der Ehemann auch in Saudi-Arabien ausgesprochen hatte.² Beide Parteien zogen aufgrund der einfacheren Prozedur die Anerkennung der saudischen Scheidung einer englischen Scheidung vor.³ Dem gemeinsamen Antrag wurde jedoch in einer Anhörung vor Mostyn J nicht stattgegeben,⁴ woraufhin die Ehefrau ihren Antrag auf eine englische Scheidung erneuerte, während der Ehemann den Gegenantrag stellte, dass sein *Ṭalāq* als Verfahrensscheidung anerkannt werden solle.

Die Regeln zur Anerkennung einer Scheidung nach „gerichtlichem oder anderem Verfahren“ im Ausland sind in den §§ 46(1) und 54(1) des Familienrechtsgesetzes von 1986 (*Family Law Act 1986*) geregelt. Eine Anerkennung gibt den Parteien die Möglichkeit, dieselben Unterhaltsverfügungen zu erhalten, die nach einer englischen Scheidung möglich sind, insbesondere eine Verfügung zum finanziellen Unterhalt, oder eine Verfügung zur Vermögensumverteilung.⁵ Dieser Teil des Gesetzes von 1986 setzt die Regelungen des Haager Abkommens zur Anerkennung von Scheidungen und rechtlichen Trennungen von 1970 um und gibt den Wortlaut von Artikel 1 des Abkommens wieder. Die zusätzlichen Regelungen zur Anerkennung einer verfahrenslosen Scheidung in § 46(2) des Familienrechtsgesetzes von 1986 waren nicht anwendbar, da sie voraussetzten, dass das Domizil beider Eheleute in

1 Matrimonial Causes Act (n. 10) § 1.

2 Family Law Act 1986 § 46(1).

3 Die Anerkennung einer ausländischen Scheidung durch gerichtliches Verfahren erlaubt nun Zugang zu denselben Unterhaltsverfügungen wie eine englische Scheidung. Zudem wird sie sofort gültig, während eine Zerrüttungsscheidung auch bei Einverständnis eine Trennungszeit von zwei Jahren vorsieht. Das Urteil deutet an, dass die Ehefrau (die zunächst eine englische Scheidung beantragt hatte) verärgert war, dass der Ehemann die saudische Scheidung ohne vorherige Ankündigung eingereicht hatte. Zugleich schien der Ehemann es als einen Affront anzusehen, dass der saudische *Ṭalāq* unter Umständen kein anerkanntes Scheidungsverfahren sein kann (siehe *H v S*, Rn. 13). Hier ist der Entscheidung von Judge Horowitz zuzustimmen, dass keine dieser Empfindlichkeiten für die Frage der Anerkennung relevant ist.

4 *H v S* [2011] EWHC 884 (Fam).

5 Matrimonial and Family Proceedings Act 1984 § 12; Matrimonial Causes Act (n. 10) §§ 23, 24.

Saudi-Arabien liegt, oder in einem anderen Land, das den *Ṭalāq* als Scheidungsform vorsieht.

Die Definition des Begriffs eines „rechtlichen oder anderen Verfahrens“ war lange unstritten im Fallrecht. In der weitreichendsten Interpretation ist ein „Verfahren“ jeder Akt, der innerhalb der ausländischen Rechtsordnung eine wirksame Scheidung darstellt.⁶ Diese Ansicht wird jedoch nun weitgehend abgelehnt. Im *Chaudhary*-Fall gaben die drei Richter drei unterschiedliche Definitionen. Im striktesten Fall wurde verlangt, dass eine staatliche Behörde im Zuge des „Verfahrens“ die Möglichkeit hat, eine Scheidung unter gewissen Umständen abzulehnen (Cumming Bruce LJ), andere Begründungen verlangten eine Rolle der staatlichen Behörde, die mehr ist als lediglich die Aufzeichnung des Beweises einer Scheidung (Oliver LJ) oder bloß irgendein offizielles Verfahren (Balcombe LJ).⁷ Mit Blick auf die verschiedenen Formen des *Ṭalāq*, die existieren, ergibt sich das folgende Bild:

- Der *Chaudhary*-Fall bestimmt, dass ein ‚bloßer *Ṭalāq*‘, d.h. ein *Ṭalāq* ohne staatliche Einmischung, kein Verfahren ist.⁸
- Ein Recht des Staats, auf die Prozedur des *Ṭalāq* Einfluss zu nehmen, führt wahrscheinlich zur Existenz eines Verfahrens, das anerkannt werden kann.⁹
- Ein Verfahren kann aber auch dann bestehen, wenn die Behörde oder das Gericht nur eine sehr begrenzte Rolle hat. Daher wurde im *El-Fadl*-Fall¹⁰ ein *Ṭalāq* nach libanesischem sunnitischen Recht anerkannt. Ein *Ṭalāq* ist nach diesem Recht nur dann wirksam, wenn die Parteien vor Gericht erschienen sind. Die Rolle des Gerichts umfasst jedoch lediglich die Registrierung der Scheidung und das Gericht hat kein weitergehendes Recht in die Prozedur einzugreifen.

Die vorgeschriebene Registrierung für eine wirksame Scheidung macht den Hauptunterschied zum saudischen Recht in diesem Fall aus. Das Gericht zog dazu ein Gutachten von Ian Edge (SOAS, University of London / Barrister in Three Paper Buildings) heran. Nach saudischem Recht ist ein *Ṭalāq* wirksam durch die Erklärung des Ehe-

6 *Quazi v Quazi* [1980] Appeal Cases 744, Urteil von Lord Scarman. Die übrigen Richter des House of Lords bevorzugten eine engere Auslegung. Die „Appeal Cases“ sind Teil der „Law Reports“, der autoritativsten Sammlung englischer Fallentscheidungen, und enthalten die Entscheidungen des höchsten Berufungsgerichts, heute des Supreme Court oder bis 2008 des House of Lords.

7 *Chaudhary v Chaudhary* [1985] Family Law Review („FLR“) 476, [1985] Family Cases („Fam“) 19. Die Family Cases sind ebenfalls Teil der Law Reports und enthalten Fälle der Family Division des High Court, und deren Berufungsfälle beim Court of Appeal.

8 In *Chaudhary v Chaudhary* war das Recht von Kaschmir anwendbar und eine bloße Verstoßungsscheidung (*Ṭalāq*) ist möglich. In anderen Teilen Pakistans ist diese Scheidungsform eingeschränkt durch den Erlass zu den islamischen Familienrechten von 1961 (*Muslim Family Laws Ordinance 1961*).

9 *Quazi v Quazi*. Dieser Fall betraf eine *Ṭalāq*-Scheidung, auf welche der pakistanische Erlass zu den islamischen Familienrechten von 1961 (*Muslim Family Laws Ordinance 1961*) anwendbar war. Der Erlass sieht vor, dass der *Union Council* von einem *Ṭalāq* unterrichtet wird. Er kann dann eine 90-tägige Unterbrechung des Verfahrens anordnen, während der ein Versuch der Versöhnung stattfindet.

10 *El Fadl v El Fadl* [2000] 1 FLR 175.

manns. Ein Nichterscheinen vor Gericht ändert nichts an seiner Wirksamkeit.¹¹ In der Praxis ist jedoch ein Erscheinen vor Gericht wichtig für die Geschiedenen. Insbesondere kann nur das Gericht die Personenstandsdokumente abändern, welche zentral sind für den Umgang mit staatlichen Behörden. Daher ist eine Registrierung der Scheidung bei Gericht praktisch in allen Fällen üblich.

Das Gericht in *H v S* entschied, dass ein *Ṭalāq* in der Form, wie sie in Saudi-Arabien üblich ist, als eine Verfahrens-Scheidung anerkannt werden kann. Judge Horowitz QC fasste die anwendbaren Präzedenzen zusammen und stellte fest, dass insbesondere im *El-Fadl*-Fall festgestellt wurde, dass die Rolle des Gerichts durchaus nicht groß sein muss. Insbesondere ist es nicht nötig, dass das ausländische Gericht ein Vetorecht bei der Scheidung hat, und sogar eine bloße Registraturfunktion genügt, um die Prozedur zu einer Verfahrens-Scheidung zu machen. Den Unterschied zwischen der Rolle des libanesischen und des saudischen Gerichts, nämlich dass das saudische Verfahren nicht verpflichtend war, machte im Urteil des Richters keinen entscheidenden Unterschied aus. Der Richter stellte fest, dass für alle praktischen Belange die Registrierung einer Scheidung den Geschiedenen erhebliche Vorteile brachte, so dass nahezu jede Scheidung in Saudi-Arabien auch registriert würde.

Kommentar

Die Entscheidung stellt eine logische Fortführung des Prinzips im *El-Fadl*-Fall dar.¹² Trotz des formalen Unterschieds zwischen saudischem und libanesischem Recht insofern, als die Scheidung im Libanon formal nur mit der Registrierung bei Gericht wirksam wird, gibt es in der Praxis wenig Unterschied zwischen den beiden Verfahren. Die Rolle beider Gerichte ist ähnlich, und in beiden Ländern werden die meisten Scheidungen registriert. Mit dem im Blick ist der Entscheidung von Judge Horowitz QC zuzustimmen, keinen Unterschied zum vorhergehenden *El-Fadl*-Fall zu sehen.

Sofern nach *El-Fadl* akzeptiert wird, dass ein Verfahren auch eine bloße Registrierung sein kann, ist *H v S* auch eine sinnvolle Interpretation des Begriffs eines „rechtlichen oder anderen Verfahrens“. Der Begriff zielt auf die Frage ab, ob die Scheidung einem angemessenen Verfahren gefolgt ist. Er zielt nicht darauf ab, herauszufinden, an welchem Punkt Rechtswirksamkeit nach der ausländischen Rechtsordnung eintritt, sondern ob gewisse (wenn auch minimale) prozedurale Anforderungen erfüllt wurden. Die Frage nach der Wirksamkeit der Scheidung kann dabei nur ein Element unter mehreren in der Betrachtung der ausländischen Rechtsordnung sein.

11 Siehe auch die Entscheidung *Sulaiman v Jaffali* [2002] 1 FLR 479, die sich mit der Frage befasste, an welchem Punkt eine Scheidung wirksam wird.

12 [2000] 1 FLR 175.

Zudem kann diese Interpretation in angemessener Weise auf einige der Rechtsentwicklungen in den Ländern des Nahen Ostens eingehen, wo nämlich Verfahrensregeln mitunter genutzt werden, um auf das materielle Recht einzuwirken. Da es politisch schwierig sein kann, beispielsweise die Regeln des *Talāq* oder den Punkt seiner Wirksamkeit abzuändern, haben viele Rechtsordnungen sich für die Einführung von Registrierungs- oder anderen Verfahrensvorschriften entschieden, welche die Position der Parteien absichern, ohne das religiöse Recht *per se* zu ändern (eine Ausnahme ist hier der pakistanische Erlass zu den islamischen Familienrechten von 1960). Regeln zur Anerkennung ausländischer Scheidungen sollten daher einen umfassenden Blick auf das jeweilige Recht und die Frage, ob es ein adäquates Verfahren darstellt, werfen.

Damit bleibt die Frage, ob, jenseits von der Entscheidung in *H v S*, das englische Recht in dieser Hinsicht die rechte Balance gefunden hat. Es scheint, dass eine restriktivere Haltung der Gerichte mitunter ihre Berechtigung hätte. Wenn der Grund für die Unterscheidung zwischen Verfahrens-Scheidungen und anderen Scheidungen in den prozeduralen Sicherheiten für die Parteien besteht, so kann es durchaus angebracht sein, dass ein Gericht mehr verlangt als eine bloße Registrierung bei Gericht.

Kai Kreutzberger (Mitglied der GAIR), ist Rechtsanwalt (Solicitor) in England und Wales.

**Case Report: Upper Tribunal (Tax & Chancery Chamber),
Project Blue Limited v The Commissioners for Her Majesty's Revenue and
Customs, [2014] UKUT 0564 (TCC):
On the Difficult Interaction of the Provisions on Islamic Finance in UK Tax
Legislation with Other Tax Reliefs and Anti-avoidance Provisions**

Kai Kreuzberger

A recent case in the Tax and Chancery Chamber of the Upper Tribunal illustrates some of the difficulties that can arise in the application of the 'alternative finance provisions' in UK tax legislation, that were introduced to put Islamic financing arrangements on an equal footing with conventional financing.¹

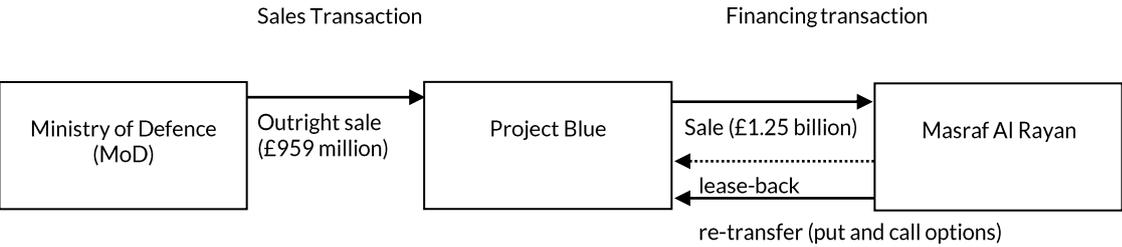
The case concerned the sale of the 'Chelsea Barracks' from the Ministry of Defence (MoD) to a property developer. The purchaser was Project Blue Limited (Project Blue), a special purpose vehicle. The purchase was financed through a *šarī'a*-compliant *iğāra* facility, which involved a sub-sale to a financing bank, Masraf Al Rayan, a lease back to Project Blue and a series of put and call options by which the property was transferred back to Project Blue in line with repayments under the facility. Importantly, Project Blue bought the property for £959 million, but the loan from Masraf Al Rayan (and the price for the sub-sale) was larger, £1.25 billion.

With regards to Stamp Duty Land Tax (SDLT) which is of particular importance in property transaction, the alternative finance rule relevant to *iğāra*-like structures is section 71A Finance Act 2003. Section 71A attempts to put such facilities on an equal footing with conventional mortgage financed purchases by exempting from tax certain prescribed land transactions that form the *iğāra*. These are the sale to the financier, the lease-back and the re-purchase. Importantly, the law does not define the concept of an *iğāra*, or of Islamic finance more broadly. Rather, the operation of section 71A is triggered by a prescriptive list of transactions (defining the forms of sales or leases involved, the forms of land interest that pass hands, the direction of value flows and their relative amounts) and the parties (in particular, a 'financial institution' must be involved). The parties to the case (Project Blue and Her Majesty's Revenue and Customs (HMRC)) agreed that these provisions applied.

1 Specific provision for 'alternative finance' products has been made with regards to a number of tax laws, such as Corporation Tax (Corporation Tax Act 2009 ch. 6 pt. 6); Income Tax (Income Tax Act 2007 pt. 10A); Capital Gains Tax (Taxation of Chargeable Gains Act 1992 ch. 4 pt. 4); Stamp Duty Land Tax (Finance Act 2003 s. 71A-73C). In broad terms, these laws disregard taxable transactions that form part of 'typical' Islamic finance transactions and replace them by deemed transactions in the form that would be present in the equivalent conventional finance transaction.

The tax questions that initially the First Tier Tribunal² and then on appeal the Upper Tribunal was asked to solve was the relationship of section 71A with two other provisions in the tax legislation:

- Firstly, ‘Sub sale relief’ under section 45 Finance Act 2003. This is an SDLT relief that applies where property is bought and immediately sold on. Except to the extent there are differences in the sales price, section 45 replaces the two land transactions with one notional transaction between the original seller and the final purchaser. This, however, caused difficulties of interpretation because the transactions it ‘merged’ in this case were the sale from the MoD to Project Blue, and the first part of the chain of the *iğāra*-transactions, i.e. the sale to Masraf Al Rayan. The parties had different views on this interaction. Project Blue in particular claimed that its effect was that no tax was payable at all, because the sale was first ‘merged into’ the *iğāra*-transaction by section 45, which was then tax exempt through section 71A.
- Secondly, the anti-tax avoidance provision in section 75A Finance Act 2003. That provision applies where land is passed from one person to another through a ‘scheme of transactions’ that have the effect of reducing the tax from what would be payable on a direct sale. In that case, section 75A(4)(a) disregarded all the ‘scheme transactions’, and section 75A(4)(b) assumed a new notional transaction that had the highest value passing in a transaction within the scheme. Tax would be payable on that transaction. HMRC claimed that if sections 45 and 71A combined in the way Project Blue claimed, they would form such a ‘scheme of transactions’. Project Blue claimed – *inter alia* – that section 75A did not apply because there was no motive to avoid tax. Rather, the reason for choosing these transactions was to achieve *šarī‘a*-compliant financing.



The Upper Tribunal had before it a wide variety of theories on how these provisions should interact, and what the outcome would be. It’s decision clarified that:

- Sections 45 and 71A Finance Act 2003 had indeed the effect of fully removing the tax liability. By first combining two transactions (section 45) and then exempting transactions from tax (section 71A) they created the effect that no tax at all is payable when property is sold into an *iğāra*-type transaction. Both judges recog-

2 [2013] UKFTT 378 (TC), before Judge Guy Brannan and Ruth Watts Davies, MHCIMA, FCIPD.

nised that this is an absurd outcome that was not intended by the legislator. However, the wording of the sections left no room for a different interpretation.

- However, section 75A applied to the situation because the combination of transactions was a ‘scheme of transactions’ that had the effect of reducing the tax liability. An intention to avoid tax was not necessary and a tax reducing effect was sufficient. Accordingly, the transaction became liable to tax.
- The taxpayer was Project Blue. The Tribunal’s reason for this finding was not unanimous. Morgan J (who gave the lead judgment as the president of the Tribunal) found Project Blue liable for tax ‘by default’. On the wording of the combined sections, Project Blue was clearly the taxpayer. However, Masraf Al Rayan was also clearly the taxpayer. Because the case was about Project Blue’s liability, Morgan J gave judgment against Project Blue. Judge Nowlan, by contrast, adopted a teleological reading of the law to reach the same result. SDLT was a tax for purchasers of property, not financiers. The ‘alternative finance’ provisions in section 71A were intended to put an Islamic bank in the position of a conventional financier. Therefore, anti-avoidance provisions in section 75A should be interpreted so as to cancel out the tax reduction of the purchaser, not the financier.
- The tax was payable on the purchase price (£959 million), not the financing amount (£1.25 billion). In this case it was Judge Nowlan who did not feel able to interpret the law teleologically. He acknowledged that the intention behind the rules was clearly to tax the purchase price, and not the financing amount, but the wording of section 75A (which assumed a notional transaction for the highest amount paid in the scheme) had to be interpreted so as to tax the £1.25 billion. The judgment of Morgan J had preference, and only the £959 million were taxed.

Comment

Looking purely at the decisions of the Tribunal, *Project Blue Limited v HMRC Commissioners* is straightforward. It removes some of the uncertainties on how the alternative finance provisions in SDLT legislation relate to the highly technical other provisions in that law, what amount is to be taxed and who is the taxpayer. Separately, the obvious drafting mistake that could lead to the cancellation of all tax charges in Islamic finance transactions has since been corrected in legislation. In the current law, sub-sale relief does not apply together with an Islamic finance transaction. Only the sales transaction is chargeable to tax, the financing transaction remains exempt and the difficult application of the anti-avoidance provision in section 75A Finance Act 2003 is no longer necessary.

The decision also reaches the result that is most in line with the purpose of the legislation. The unintended total cancellation of tax is removed. Tax is charged in line with the principle that SDLT is a tax on property purchases – it is payable by the pur-

chaser, not the financier, and calculated by reference to the purchase amount, not the financing amount.

However, at a deeper level the solution found by Morgan J and Judge Nowlan shows the difficulties of integrating this new provision in the wider framework of SDLT legislation. Morgan J and Judge Nowlan were not in a position to reach a common reasoning, and while both accepted that the outcome reached was in line with the intention of the law, Morgan J concluded that the law left two parties who could equally be the taxpayer, and Judge Nowlan was of the view that the wording left no choice but to charge tax on the higher financing amount. This shows that the prescriptive style of drafting (tax legislation in general, and the 'alternative finance' provisions in particular) can create difficulties and will likely lead to further unintended consequences. At the same time, the system is comparatively inflexible and, for example, will require changes of the law when Islamic finance develops new transaction forms.

However, a better drafting solution does not appear in sight. The distinction between financing / security transactions and outright sales makes some sense and could be used to exempt the kind of interest created by an Islamic financing transaction.³ However, it runs counter to religious structuring interests in Islamic finance which, to be acceptable, requires at least some degree of 'outright sale' and transfer of risk.⁴ An outright 'religious definition' of Islamic financing transactions would increase the difficulties even more. Indeed, one of the reasons for the popularity of English law as the governing law of Islamic finance transactions is that English courts will not enquire into the religious validity of a transaction, so that the risk of an argument of religious invalidity is minimised.⁵

For a similar reason, the Tribunal was correct in holding that no intention is required under section 75A Finance Act 2003. It is in line with the technical language of the section, which is triggered by a prescriptive set of transactions and looks for the tax avoidance effect of a structure. The description as an 'anti-avoidance provision' in the heading is misleading, but headings should not be taken into account in interpretation. Finally, it would be difficult for a court to determine an intention to avoid tax, as the state of mind of doing so can be complex. For example, an Islamic financing can be chosen for composite reasons that include religious grounds and tax avoidance. One party might predominantly follow religious motives, while the other has tax avoidance in mind. A party might be genuinely ignorant at first about the tax avoidance effect, but opportunistically accept it after-

3 The current definition of a 'security interest' under section 48(3) Finance Act 2003 does not cover an interest of the kind held by Masraf Al Rayan in this transaction.

4 In the context of *Shukūk*, see Osman Sacarcelik: *Rechtsfragen islamischer Zertifikate (Sukuk)*, Nomos 2013, pp. 239f.

5 Kilian Bälz: *Sharia Risk? How Islamic Finance Has Transformed Islamic Contract Law*, in: *Harvard Islamic Legal Studies Program, Occasional Publications* 9 (2008).

wards. The focus on the tax avoidance effect is likely the more functional one in tax legislation.

The Upper Tribunal did not engage further in an interesting point of religious assessment raised at the First Tier Tribunal. Because the First Tier Tribunal held tax to be payable on the £1.25 billion financing amount, it had to decide whether the different tax payable on an Islamic finance transaction as opposed to the equivalent conventional financing was discrimination under Article 14 of the European Convention on Human Rights. The First Tier Tribunal concluded that there was no discrimination. In particular, the First Tier Tribunal distinguished the religious convictions of Project Blue from the commercial incentive of obtaining religious financiers. The fact that through a Sharia-compliant structuring Project Blue had access to a wider pool of investors, and in particular to Masraf Al Rayan as an Islamic bank was not considered a protected interest. Morgan J at the Upper Tribunal saw no need to reach a finding on this point because on his judgment the tax was charged on the on the £959 million purchase sum in any event.

[Kai Kreutzberger \(member of the GAIR\) is a solicitor in England and Wales.](#)

Fallbericht: Upper Tribunal (Tax & Chancery Chamber),

Project Blue Limited v The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs [2014] UKUT 0564 (TCC):

Zur schwierigen Wechselwirkung der Vorschriften zum islamischen Finanzwesen im englischen Steuerrecht mit anderen Steuernachlässen und Vorschriften zur Verhinderung der Steuervermeidung (*anti-avoidance*)

Kai Kreuzberger

Ein Verfahren in der Tax and Chancery Chamber des Upper Tribunal zeigt die Schwierigkeiten auf, die sich bei der Anwendung der Vorschriften zum ‚alternativen Finanzwesen‘ im Steuerrecht des Vereinigten Königreichs ergeben können. Der Hintergrund dieser Vorschriften war es, islamische Finanzprodukte auf eine Ebene mit äquivalenten konventionellen Produkten zu bringen.¹

Der Hintergrund des Falles war der Verkauf der ‚Chelsea Barracks‘, einer ehemaligen Kaserne in einer der teuersten Wohngegenden Londons, durch das Verteidigungsministerium an einen Bauträger. Der Kauf wurde abgewickelt durch Project Blue Limited (Project Blue), eine Zweckgesellschaft. Der Kauf wurde finanziert durch ein islamisches *Iǧāra*-Darlehen. Dessen Struktur bestand aus einem Weiterverkauf an die finanzierende Bank, Masraf Al Rayan, einer Rückvermietung an Project Blue sowie einer Reihe von Optionen, durch die das Eigentum synchron mit den Rückzahlungen unter dem Darlehen auf Project Blue rückübertragen wurde. Ein signifikanter Aspekt der Struktur war, dass der Kaufpreis für Project Blue 959 Mio. £ betrug, das Darlehen von Masraf Al Rayan (und der Kaufpreis für den Weiterverkauf) aber 1,25 Mrd. £.

Im Rahmen der Stempel- und Grundsteuer, die in diesem Fall besonders wichtig war, ist das auf eine *Iǧāra*-Struktur anwendbare Gesetz zum alternativen Finanzwesen § 71A des Finanzgesetzes von 2003 (*Finance Act 2003*). § 71A versucht, islamische Finanzprodukte konventionellen Grundstückskäufen durch eine Hypothek gleichzustellen, indem bestimmte, fest definierte Landübertragungen, welche die *Iǧāra* ausmachen, von der Steuer befreit werden. Diese sind der Verkauf an den Finanzier, die Rückvermietung sowie der Rückkauf. Der Paragraph enthält keine Definition einer *Iǧāra* oder einer islamischen Finanzierung. Stattdessen wird § 71A durch

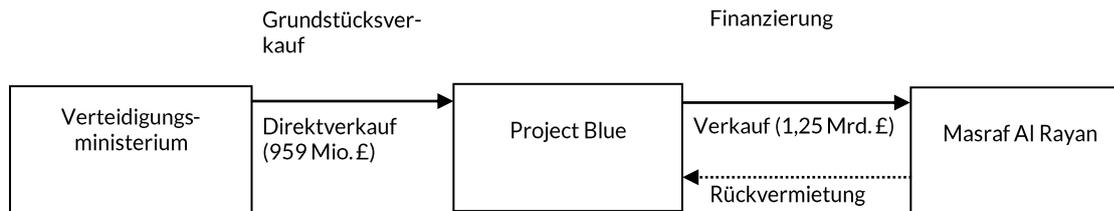
1 In einigen britischen Steuergesetzen wurden spezielle Regelungen zum ‚alternativen Finanzwesen‘ getroffen, so zur Körperschaftssteuer (*Corporation Tax Act 2009* Kap. 6 Teil 6); Einkommenssteuer (*Income Tax Act 2007* Teil 10A); Kapitalertragssteuer (*Taxation of Chargeable Gains Act 1992* Kap. 4 Teil 4); Grund- und Stempelsteuer (*Finance Act 2003* §§ 71A–73C). Die Funktionsweise dieser Gesetze ist in groben Zügen die, dass sie steuerpflichtige Transaktionen, sofern sie Teil einer ‚typischen‘ islamischen Finanztransaktion sind, von der Steuer ausnehmen und stattdessen bei der Besteuerung von fiktiven Transaktionen ausgehen, die beim jeweiligen konventionellen Äquivalent der Finanzierung entstehen würden.

die Existenz einer Reihe von fest definierten Landtransaktionen ausgelöst, auf die eine vorgeschriebene Form der Kauf- und Mietverträge, der Zahlungsströme und relativen Zahlungssummen sowie der Rolle der Parteien zutreffen muss (insbesondere muss ein ‚Finanzunternehmen‘ beteiligt sein). Die Parteien im Streitverfahren (Project Blue sowie die Königliche Steuer- und Zollbehörde, *Her Majesty's Revenue and Customs, HMRC*) waren sich einig, dass diese Bestimmungen anwendbar waren.

Die Frage, mit der sich zunächst das First Tier Tribunal² und dann das Upper Tribunal im Berufungsverfahren befassen musste, war das Zusammenspiel von § 71A mit zwei anderen Vorschriften der Steuergesetze:

- Erstens, der ‚Steuernachlass bei Weiterverkauf‘ (*Sub sale relief*) in § 45 des Finanzgesetzes von 2003. Dieser Nachlass auf die Grundsteuer kommt zur Anwendung, wenn ein Grundstück gekauft und sofort weiterverkauft wird. Mit der Ausnahme von Differenzen in den verschiedenen Kaufpreisen werden die zwei Verkaufsvorgänge durch eine einzige, fiktive, Transaktion zwischen dem ersten Verkäufer und dem letzten Käufer ersetzt. Das rief jedoch Schwierigkeiten der Interpretation hervor, da die ‚zusammengefassten‘ Transaktionen in diesem Fall der Verkauf vom Verteidigungsministerium an Project Blue, sowie der erste Verkauf in der Kette der *Iğāra*-Transaktion waren, nämlich der Verkauf an Masraf Al Rayan. Die Parteien waren unterschiedlicher Ansicht über die Wirkung dieses Zusammenspiels. Project Blue trug vor, dass als Folge überhaupt keine Steuer zu zahlen sei, da zunächst der Verkauf vom Verteidigungsministerium an Project Blue durch § 45 mit dem ersten Glied der *Iğāra*-Transaktion verschmolzen wurde, und diese sodann durch § 71A von der Steuer befreit sei.
- Zweitens, die Regelung zur Verhinderung der Steuervermeidung (*anti-avoidance*) in Abschnitt 75A des Finanzgesetzes von 2003. Diese Regelung ist anwendbar, wenn ein Grundstück zwischen zwei Personen übertragen wird durch ein ‚System von Transaktionen‘, dessen Effekt eine Steuervermeidung, verglichen mit einem direkten Verkauf, ist. In einem solchen Fall hat § 75A(4)(a) die Wirkung, dass alle Transaktionen innerhalb dieses Systems ignoriert werden. § 75A(4)(b) erzeugt dann eine neue, fiktive Transaktion, die den höchsten Preis annimmt, der innerhalb des Systems geflossen ist. Diese Transaktion wird zur Steuer veranlagt. HMRC trug hilfsweise vor, dass die §§ 45 und 71A, wenn sie tatsächlich in der Weise zusammenwirkten, wie es Project Blue behauptete, sie ein solches ‚System von Transaktionen‘ seien. Project Blue trug unter anderem vor, dass § 75A nicht anwendbar sei, da bei der Schaffung der Struktur keine Absicht der Steuervermeidung bestanden habe. Die Absicht sei stattdessen gewesen, eine Struktur im Einklang mit islamischen Finanzprinzipien zu schaffen.

2 [2013] UKFTT 378 (TC), vor Judge Guy Brannan and Ruth Watts Davies, MHCIMA, FCIPD. Das erstinstanzliche Tribunal in Steuerfragen setzt sich aus einem Berufsrichter und einem nebenamtlichen Richter, meist mit einem buchhalterischen Hintergrund, zusammen.



Durch die Entscheidung in der ersten Instanz und im Zuge der Argumente der Parteien hatte sich das Upper Tribunal mit einer großen Zahl an Theorien befasst, wie diese Regelungen miteinander interagieren können und was das Endergebnis sein sollte. Die Entscheidung des Tribunals war:

- Die §§ 45 und 71A des Finanzgesetzes von 2003 hebelten sich tatsächlich gegenseitig aus. Indem zunächst zwei Transaktionen in einer einzigen zusammengefasst (§ 45) und diese dann von der Steuer befreit wurde (§ 71A), entstand das Resultat, dass überhaupt keine Steuer zahlbar war, wenn ein Grundstück in eine Iğāra-Struktur hineintransferiert wurde. Beide Richter waren der Meinung, dass das ein absurdes Resultat sei, und auf keinen Fall vom Gesetzgeber so gewollt. Allerdings ließ der Wortlaut der Vorschriften keinen Raum für Interpretation.
- Jedoch war § 75A auf die Situation anwendbar, da das Zusammenspiel der Transaktionen ein ‚System von Transaktionen‘ darstellte, welches einen steuerverringenden Effekt hatte. Eine Absicht, Steuern zu vermeiden war, nicht notwendig. Als Resultat waren die Transaktionen steuerpflichtig.
- Project Blue war der Steuerzahler, wie das Tribunal einstimmig feststellte. Morgan J (der Verfasser des vorrangigen Urteils als Präsident des Tribunals) nannte als alleinigen Grund, dass Project Blue nun vor dem Tribunal sei. Aus dem Wortlaut der verschiedenen Paragraphen, wenn zusammen gelesen, ginge Project Blue klar als Steuerzahler hervor. Allerdings ginge Masraf Al Rayan als Steuerzahler ebenso klar hervor. Da das Verfahren aber mit der Steuerpflicht von Project Blue befasst sei, entschied Morgan J dass dessen Steuerpflicht bestehe. Im Gegensatz dazu, doch mit demselben Ergebnis, entschied sich Judge Nowlan für eine teleologische Interpretation der Vorschriften. Die Grundsteuer sei eine Steuer auf den Kauf von Grundstücken, nicht auf deren Finanzierung. Die Vorschriften zum ‚alternativen Finanzwesen‘ im § 71A seien in der Absicht verfasst worden, eine islamische Bank mit einem konventionellen Finanzier gleichzustellen. Daher müsse die anti-avoidance-Regel im § 75A so interpretiert werden, dass sie die Verringerung in der Steuerpflicht des Käufers ausgleiche, aber nicht den Finanzier belaste.
- Die Steuer ist zahlbar auf den Kaufpreis (959 Mio. £), nicht die Finanzierungssumme (1,25 Mrd. £). In dieser Frage war es Judge Nowlan, der einer teleologischen Interpretation nicht folgen wollte. Er betonte, dass die Absicht bei der Grundsteuer eindeutig die Besteuerung des Käufers war, und nicht die des Finanziers. Allerdings könne der Wortlaut des § 75A (der eine fiktive Transaktion für den höchsten

bezahlten Preis in der Struktur vorsehe) nicht anders interpretiert werden, als dass die Steuer auf die 1,25 Mrd. £ anfalle. Da das Urteil von Morgan J Vorrang hatte, wurden jedoch nur die 959 Mio. £ besteuert.

Kommentar

Schaut man allein auf die substantiven Entscheidungen des Tribunals, so ist *Project Blue Limited v HMRC Commissioners* eine unkomplizierte Entscheidung. Sie klärt einige der Ambiguitäten, die um die Anwendung der Regeln zum alternativen Finanzwesen in der Stempel- und Grundsteuer entstanden waren, insbesondere mit Blick auf deren Verhältnis zu anderen Teilen des Gesetzes. Die Entscheidung stellt klar, wer die Steuer bezahlen muss und wieviel Steuer anfällt. Die offensichtlichen Fehler in der Erstellung des Gesetzestexts sind überdies inzwischen durch die Gesetzgebung korrigiert worden. Im gegenwärtigen Recht wirken die Regeln zum Steuernachlass beim Weiterverkauf nicht zusammen mit einer islamischen Finanztransaktion. Die Steuer fällt eindeutig nur auf den Grundstücksverkauf an, die Finanzierung ist steuerbefreit, und die schwierige Anwendung der anti-avoidance-Regel im § 75A ist nicht länger nötig.

Die Entscheidung gelangt auch zu dem Ergebnis, welches am ehesten mit der Absicht hinter den Gesetzen im Einklang steht. Die unabsichtliche Steuerbefreiung wird entfernt, und die Steuer fällt an im Einklang mit dem Prinzip, dass die Grundsteuer vom Käufer eines Grundstücks bezahlt werden muss, nicht vom Finanzier, und dass sie mit Bezug auf den Kaufpreis ermittelt wird, nicht jedoch auf die Finanzierungssumme.

Auf einer tiefergehenden Ebene zeigt die Lösung von Morgan J und Judge Nowlan jedoch einige der Schwierigkeiten auf, die sich bei der Integration dieser neuen Regeln in den Rahmen der Gesetzgebung zur Stempel- und Grundsteuer ergeben können. Die beiden Richter waren nicht in der Lage, eine gemeinsame Begründung zu finden. Obwohl beide der Meinung waren, dass das Endergebnis im Sinne des Gesetzgebers war, so war doch Morgan J zu dem Schluss gekommen, dass es zwei mögliche Steuerzahler geben könne, und Judge Nowlan stellte mit Bedauern fest, dass er die Steuersumme nur auf den höheren Finanzierungsbetrag veranschlagen könne. Das zeigt, dass der präskriptive Stil des Gesetzestextes (in den Regeln zum alternativen Finanzwesen wie in der weiteren Steuergesetzgebung) zu Schwierigkeiten und wahrscheinlich weiteren unbeabsichtigten Resultaten führt. Zugleich ist dies ein inflexibles System, welches Gesetzesänderungen nötig macht, sobald im islamischen Finanzwesen neue Formen von Transaktionen entwickelt werden.

Es scheint jedoch keine bessere Lösung in Sicht. Während eine Unterscheidung zwischen Kauf- und Finanzierungstransaktionen zu einem gewissen Grad sinnvoll ist und dafür genutzt werden könnte, die typischen Transaktionen im islamischen Fi-

nanzwesen von der Steuer zu befreien,³ so steht es doch im Widerspruch mit einem Interesse an der Strukturierung islamischer Finanzinstrumente, bei der ein *true sale* sowie ein Risikotransfer zum Finanzier nötig ist, um gewisse religiöse Vorgaben zu erfüllen.⁴

Die Schaffung einer ‚religiösen Definition‘ von islamischen Finanzprodukten würde die Schwierigkeiten nur verstärken, ist doch einer der Gründe für den Erfolg des englischen Rechts als Statut islamischer Finanzprodukte, dass die englischen Gerichte eben nicht die religiöse Validität einer Transaktion hinterfragen, so dass das *sharia risk* minimiert wird.⁵

Aus ähnlichen Gründen ist auch der Entscheidung des Tribunals zuzustimmen, dass für die Anwendung des § 75A im Finanzgesetz von 2003 keine Absicht der Steuervermeidung vorliegen muss. Das steht im Einklang mit der technischen Terminologie der Vorschrift, die als Auslöser eine präskriptive Liste von Transaktionen vorsieht, und sich auf den Effekt der Steuerverringerung bezieht. Die Beschreibung der Vorschrift als ‚anti-avoidance‘ in der Überschrift im Gesetz ist zwar irreführend, jedoch darf eine Überschrift nicht zur Interpretation herangezogen werden. Schließlich würde es einem Gericht schwerfallen, die Absicht der Steuervermeidung zu beweisen, da eine solche Absicht komplex sein kann. Beispielsweise kann eine islamische Finanzierung aus einer Mischung von Gründen ausgewählt werden, die wohl religiöse Gründe und Steuervermeidung zugleich beinhalten können. Eine der Vertragsparteien könnte primär vom religiösen Motiv getrieben sein, während die andere Steuern vermeiden will. Eine Partei könnte zu Beginn tatsächlich unwissend gewesen sein über die Steuerersparnis, aber zu einem späteren Zeitpunkt könnte sie diese opportunistisch akzeptiert haben. Ein Fokus auf den steuerverringenden Effekt ist wahrscheinlich ein besserer Weg in der Steuer-gesetzgebung.

Das Upper Tribunal ging nicht auf ein interessantes Argument ein, das vom First Tier Tribunal entschieden wurde. Da das First Tier Tribunal der Meinung war, dass Steuern auf den Finanzierungsbetrag von 1,25 Mrd. £ zahlbar seien, musste es entscheiden, ob eine solche höhere Steuer eine religiöse Diskriminierung gemäß Artikel 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention darstellte. Das First Tier Tribunal war der Meinung, dass keine Diskriminierung vorgelegen habe. Insbesondere unterschied es zwischen den religiösen Überzeugungen einer Partei (wie Project Blue) und der Wahl einer islamischen Finanzierung mit dem Ziel, religiöse Investoren zu gewinnen, in diesem Fall auch aufgrund der Zusammenarbeit mit

3 Die derzeitige Definition eines ‚security interest‘ im § 48(3) des Finanzgesetzes von 2003 umfasst nicht die Art von Eigentum, die Masraf Al Rayan in dieser Transaktion erworben hat.

4 Im Kontext des *Şukūk*, siehe Osman Sacarcelik: *Rechtsfragen islamischer Zertifikate (Sukūk)*, Nomos 2013, S. 239f.

5 Kilian Bälz: *Sharia Risk? How Islamic Finance Has Transformed Islamic Contract Law*, in: *Harvard Islamic Legal Studies Program, Occasional Publications* 9 (2008).

Masraf Al Rayan. Dieser Zugang zu einer breiteren Investorenbasis auf religiöser Grundlage sei, so das Tribunal, ein kommerzieller Grund und nicht vom Schutz vor Diskriminierung gedeckt. Da das Upper Tribunal die Steuer ohnehin auf die 959 Mio. £ ansetzte, sah Morgan J keinen Grund, diese Problematik weiter zu kommentieren.

Kai Kreuzberger (Mitglied der GAIR), ist Rechtsanwalt (Solicitor) in England und Wales.

GESETZGEBUNG / LEGAL DEVELOPMENTS

Vom „Friedhof der Urteile“: Richterliche Gesetzgebungsberatung in Sachen Zwangsvollstreckungsrecht in der Region Kurdistan / Irak

Patrick Schneider

Seit mehr als 20 Jahren ist die Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit (IRZ) im Bereich Rechtsstaats- und Demokratieförderung in Transformationsländern tätig. Ein Kernstück dieser Arbeit ist die Gesetzgebungsberatung. Hier liegt quasi das Herzstück jeglicher Reformanstrengungen, da sich in diesem Bereich Bekundungen guter Absichten, Konferenzen, Seminare und Vereinbarungen auf politischer Ebene auf bindende Art und Weise für lange Zeit konkretisieren. Ein Staat, der ein Gesetz reformiert und es kompatibel macht mit internationalen Normen und Standards, vor allem menschenrechtlicher Natur, schafft, ungeachtet der späteren konkreten Durchsetzung, zunächst einmal Fakten und Vorschriften, an deren Einhaltung er sich messen lassen muss.

Ein besonders interessantes Beispiel für das fortgesetzte Ringen um rechtsstaatliche und wirtschaftliche Reformen ist die Region Kurdistan (Irak). Einer durch das Auswärtige Amt vermittelten Anfrage des kurdischen Justizministeriums folgend erklärte sich die IRZ Ende 2012 bereit, Beratungshilfe bei der Reform des Zwangsvollstreckungsrechts zu leisten. Sämtliche Maßnahmen in diesem Rahmen werden vom Institut für Auslandsbeziehungen (IfA) mit Mitteln des Auswärtigen Amtes finanziert. Nach einem mehrstufigen Prozess wurde nunmehr Ende Januar 2015 bei Beratungen in Berlin ein gemeinsam erarbeiteter Reformvorschlag fertiggestellt. Die in diesem Prozess gewonnenen Erkenntnisse und Erfahrungen übersteigen die rein technische Erarbeitung eines Gesetzesentwurfs und stellen quasi ein Lehrstück in Sachen internationaler rechtlicher Zusammenarbeit dar. Die Reformanstrengungen wurden federführend von zwei deutschen Richtern a.D. geleitet und werden im Folgenden chronologisch erläutert.

Die Region Kurdistan/Irak

In ihrem fünften Abschnitt sieht die Verfassung der föderalen Republik Irak vor, dass sich eigenständige Regionen bilden können, sei es per Beschluss eines oder mehrerer Regionalparlamente oder per Volksentscheid in den betreffenden Gebieten. Bis-

lang existiert lediglich die Region Kurdistan, welche in Artikel 117 der Verfassung¹ als solche ausdrücklich erwähnt wird. Grundlegend ist anzumerken, dass der Name der Region Kurdistan mit dem Zusatz „Irak“ insbesondere im Sprachgebrauch der sogenannten „internationalen Gemeinschaft“ verankert ist, um so die politische Position der erwünschten territorialen Einheit des Irak zu betonen. Die Zugehörigkeit zum Staatsterritorium des Irak ergibt sich aus der Verfassung und bedürfte somit eigentlich keiner ausdrücklichen Erwähnung. Lediglich die internationale Staatengemeinschaft versichert durch diese Betonung sowohl gegenüber der kurdischen als auch der zentralirakischen und internationalen Seite, dass eine Loslösung Kurdistans von Zentralirak im Rahmen der gegebenen verfassungsmäßigen Ordnung nicht erwünscht ist und eine Unterstützung derartiger Bestrebungen nicht gewährt wird.

Diese Erklärung der politischen und verfassungsrechtlichen Situation ist im gegebenen Zusammenhang keineswegs nur theoretisch-akademischer Natur, sondern berührt einen ersten möglichen Stolperstein in der internationalen Zusammenarbeit. Wer es unterlässt, sich im Detail über politisch-territoriale Sensibilitäten und deren verfassungsrechtlichen und anderweitigen Hintergrund zu informieren, riskiert, viel politisches Porzellan zu zerschlagen und Unfrieden zu stiften, der den Nutzen des avisierten Projekts leicht übersteigen kann.

Die Frage, mit welcher Partei auf welchem Territorium innerhalb welchen politischen und gesetzlichen Rahmens zusammengearbeitet werden kann, ist in vielen Konflikt- oder Postkonfliktsituationen von höchster Relevanz. Als Beispiele seien hier angeführt Bosnien und Herzegovina mit seinen verschiedenen sogenannten Entitäten (Föderation und Republika Srpska), der nicht allseits anerkannte Staat Kosovo, Marokko und Westsahara, u.a. Im Falle der Region Kurdistan war die verfassungsrechtliche Lage jedoch eindeutig, bedurfte aber vorsichtshalber und wie oben erwähnt, der ausdrücklichen Prüfung. In rechtlicher Hinsicht genießt die Region Kurdistan bereits seit 1970 einen autonomen Status. Dies konnte aber in tatsächlicher Hinsicht erst nach dem zweiten Golfkrieg 1991 und der Einrichtung der sogenannten nördlichen Flugverbotszone für die irakische Armee Saddam Husseins in die Tat umgesetzt werden. In der nach dem Einmarsch internationaler Truppen unter Führung der USA 2003 neu geschaffenen Verfassung² von 2005 wurde dieser Status formell bestätigt.

Der kurdische Autonomiestatus

Die Befugnisse von Zentralstaat und Regionen sind dergestalt geregelt, dass die irakische Verfassung der Region Kurdistan (wie allen potentiell zukünftig möglichen Regionen auch) die Ausübung der exekutiven, legislativen und justiziellen Gewalt in den

1 Angenommen per Referendum am 12. Oktober 2005, veröffentlicht in der Iraqi Official Gazette 4012, 28. Dezember 2005: www.iraqinationality.gov.iq/attach/iraqi_constitution.pdf.

2 Ibid.

Bereichen zugesteht, die nicht per Verfassung ausschließlich der föderalen Regierung unterstehen.³ Bei letzteren handelt es sich vornehmlich um die Verteidigung der Außengrenzen sowie um die Außenpolitik.⁴ Als weiterer, kritischer und umstrittener Bereich ist die Zuständigkeit für die Öl- und Gasreserven zu nennen, die seither für ständige Konflikte zwischen Arbil und Bagdad gesorgt hat.⁵

Die Kompetenzen im Justizwesen sind jedoch unbestritten. Die RKI unterhält ein eigenes Justizministerium und eine eigene Richtervertretung sowie einen hohen Justizrat und andere essentielle Ministerien, wie sie für die Regelung staatlicher Aufgaben erforderlich sind. Es stellte sich zu Anfang jedoch die grundlegende Frage, wie bei gesetzlichen Regelungen wie dem Zwangsvollstreckungsgesetz zu verfahren ist, bei dem es sich um ein fortbestehendes, föderal erlassenes Gesetz aus dem Jahre 1980 handelt.⁶ Die Verfassung enthält für diesen Fall keine Bestimmung. Da jedoch die Zuständigkeit für justizielle Angelegenheiten insgesamt außer Frage steht, konnten anfänglich bestehende Bedenken insoweit schnell ausgeräumt werden. Jedoch erschien es aus politisch-diplomatischen Gründen angezeigt, die Regierung in Bagdad zumindest zu informieren. Die Tatsache, dass die Zentralregierung eine Einladung der deutschen Botschaft in Bagdad zur Beteiligung an diesem Projekt niemals beantwortet hat, konnte im weiteren Verlauf guten Gewissens als Beleg dafür aufgefasst werden, dass deren indifferente Haltung das Vorhandensein politischer und verfassungsrechtlicher Bedenken ausschloss.

Das Zwangsvollstreckungsrecht als (scheinbares) Exotikum

Der Versuch, das Projekt „Reform des Zwangsvollstreckungsrechts in Kurdistan“ einem mit den Verhältnissen unvertrauten Publikum zu erklären, bringt regelmäßig ungläubig-fragende Blicke hervor, die zwei sehr grundlegende Zweifel an den Grundbestandteilen des Projekts zum Ausdruck bringen:

- Warum Reformen ausgerechnet im irakischen Kurdistan, das doch ohnehin spätestens seit 2014 aufgrund der (scheinbar) drohenden Erstürmung durch die Kämpfer des sogenannten Islamischen Staates andere Sorgen haben dürfte?
- Wenn schon Reformen, warum dann bei so etwas Exotischem wie dem Zwangsvollstreckungsrecht beginnen?

Die Antworten auf beide Fragen sind recht erfreulicher Natur. Zum einen wird aufgrund der nicht völlig unverständlichen Fokussierung der Medien auf die militärische- und sicherheitspolitische situation in der Region Kurdistan darüber hinweggesehen, dass das normale Leben in Kurdistan zum größten Teil schlichtweg seinen gewohnten Gang geht und die Menschen weiterhin ihr Leben führen und ihre all-

3 Irakische Verfassung v. 12.10.2005, Art. 121 (1).

4 Ibid., Art. 110 (1), (2).

5 Ibid., Art. 111, 112.

6 قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980 وتعديلاته; zur Verfügung gestellt vom Justizministerium der RKI.

täglichen Interessen verfolgen. Weder das öffentliche noch das private Leben sind durch die regionalen Gräueltaten des Islamischen Staates auch nur annähernd zum Erliegen gekommen. Zum anderen handelt es sich beim Zwangsvollstreckungsrecht keinesfalls um ein Kuriosum, sondern um einen zentralen Rechtsbereich, dessen Funktionieren essentiell ist für ein geordnetes Wirtschaftsleben und für das Vertrauen gleichermaßen von Bürgern und (ausländischen) Investoren in staatliche Institutionen und in den Schutz individueller Rechtspositionen. Damit ist gerade dieser Rechtsbereich für die Region Kurdistan von zentraler Bedeutung. Seit Jahren findet dort nämlich ein beachtlicher wirtschaftlicher Aufschwung statt. Begleitet durch staatliche Reformen und eine auf Ausgleich und Öffnung bedachte Politik hat die RKI erhebliches eigenes Potential zu bieten und stellt auch das Tor zum von wiederkehrend schlimmsten Unruhen geprägten Zentralirak dar. Dank homogener Bevölkerungsstruktur und einer kompromisslosen Sicherheitspolitik ist die Sicherheitslage derart stabil, dass die RKI nicht nur zum Binnenfluchtpunkt für Iraker wurde, sondern sich auch Ausländer jeglicher Herkunft in der RKI mehr oder weniger uneingeschränkt bewegen und ihren Geschäften nachgehen können. Der damit einhergehende Wirtschaftsboom brachte gleichzeitig einen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Wandel, der die Regierung vor erhebliche Herausforderungen stellt. Im Bereich der Zwangsvollstreckung ist es mittlerweile seit Jahren Realität, dass die bestehende Gesetzeslage und die darauf basierende behördliche und justizielle Praxis nur wenig Gewähr für den Schutz bestehender Gläubigeransprüche bietet. Ein hochrangiger Richter in der RKI-Hauptstadt Arbil brachte die Lage recht prägnant auf den Punkt, als er gegenüber dem IRZ-Team die Zwangsvollstreckung als „Friedhof der Urteile“ bezeichnete. Seit 1991 blieben ca. 30.000 vollstreckbare Urkunden und Urteile unvollstreckt. Genaue Zahlen kennt niemand.

Zu Beginn eine Bestandsaufnahme vor Ort

Angesichts der oben geschilderten Lage stellte sich dem IRZ-Team die Frage, wo mit den Reformanstrengungen zu beginnen sei. Die kurdische Bitte lautete schlicht: Erstellung eines Reformentwurfs für das bestehende Zwangsvollstreckungsrecht. Da sich derlei naturgemäß nicht vom deutschen Schreibtisch aus erledigen lässt, erfolgte (nachdem die deutsche Übersetzung des arabischen Gesetzestextes vorlag) zunächst eine praktische Bestandsaufnahme vor Ort in Arbil, in der wichtigen, südöstlich gelegenen Stadt Suleimaniyah und in kleineren Örtlichkeiten, um die kurdischen Gegebenheiten nicht nur theoretisch kennenzulernen. Auf zahlreiche anfängliche Informations- und Orientierungsgespräche folgten praktische Termine, um sowohl die behördliche, die gerichtliche und auch die Zwangsvollstreckungspraxis im Einsatz vor Ort kennenzulernen. Das Ergebnis und somit die reformerische Ausgangslage präsentierte sich wie folgt:

- Das alte irakische Gesetz ist unsystematisch und nur schwer zu durchdringen. Es enthält kein Inhaltsverzeichnis und der einzelne Artikel keine Überschrift, was Orientierung und Übersicht naturgemäß erheblich erschwert. Materielle- und Zuständigkeitsvorschriften erscheinen bunt gemischt oder fehlen gelegentlich völlig.
- Die kurdische Zwangsvollstreckungsbehörde hat die alten irakischen Organisationsstrukturen beibehalten und ist somit, wie grundsätzlich alle Behörden in autoritären oder ehemals autoritären Staaten, steil hierarchisch organisiert. Die Arbeit eines Vorgesetzten besteht zum guten Teil aus dem blinden und damit inhaltsentleerten Unterschreiben einer täglichen Flut von Dokumenten.
- Die Vollstreckungsbeamten verbringen ihre Zeit hauptsächlich im Büro und seltener an der „Front“.
- Juristen nehmen einfache Sachbearbeitertätigkeiten wahr. Gleichzeitig klagen die Behördenvertreter über Personalnot vor allem qualifizierte Juristen betreffend.
- Das Gesetz ist geprägt von überkommenem, einseitig ideologischem Denken. In schwarz-weiß Manier erscheint der Schuldner – und mit ihm der Staat (der z.B. auf keinen Fall in Folge der Vollstreckung bedürftig gewordene Schuldner unterstützen will) – als der stets zu Schützende, der Gläubiger hingegen ist „der Böse“, dem die Durchsetzung seiner Ansprüche durch zahlreiche Einspruchsmöglichkeiten und ein potentiell unendliches Verfahren möglichst schwer zu machen ist. Der Tatsache, dass es sich bei Gläubigern in vielen Fällen um kleine und kleinere mittelständische Betriebe, die durch nicht beitreibbare Außenstände wirtschaftlich schnell zu Fall gebracht werden können, sowie um unterhaltsberechtigten Ehefrauen und Kinder handelt, wird nicht Rechnung getragen.
- Das wesentliche Instrument der Vollstreckung wird bislang in der Bestrafung des Schuldners, quasi seiner Verbannung in den „Schuldturm“, gesehen. Dem ist ein schier endloses Verfahren „einverständlicher Vollstreckung“ vorausgegangen, welches dem Schuldner jede Möglichkeit gibt, etwa noch vorhandenes Vermögen beiseite zu schaffen.
- Die Rollen der Parteien und des Staates im Vollstreckungsverfahren sind zugunsten der Vollstreckungsbehörden ausgestaltet; sie und nicht die Gläubiger sind Herren des Verfahrens
- Der Staat und seine Beamten sind quasi unantastbar. Fehlende Vollstreckungsvorschriften gegen staatliche Behörden und mehr als großzügige Ausnahmestimmungen hinsichtlich der Vollstreckung gegen Staatsbedienstete lassen die Zwangsvollstreckung gegen beide Gruppen regelmäßig ins Leere laufen. Der Staat ist der mit Abstand größte Arbeitgeber in Kurdistan. Fast alle Beamten haben einen Zweitjob. Die Vollstreckung in diese – meist höheren – Einkünfte ist nicht möglich oder wird nicht praktiziert.
- Die Pfändungsfreibeträge sind insgesamt derart hoch und das unpfändbare Vermögen so umfangreich, dass sie die Schuldner in nicht zu rechtfertigender Weise vor einer Vollstreckung schützen, die diesen Namen tatsächlich verdient.

- Die Vollstreckung in Immobilien durch Eintragung einer Zwangshypothek ist trotz bestehendem Grundbuchwesen nicht möglich.
- Die Vollstreckung in die Wohnung des Schuldners, mag es sich auch um einen Palast handeln, ist verboten.
- Die Zustellungsvorschriften sind nicht klar geregelt. Im Übrigen wird die Zustellung dadurch erschwert, dass Straßennamen in der Regel nicht existieren.
- Bei den Gerichtsvollziehern handelt es sich um Beamte, denen keinerlei materielle Anreize für erfolgreiche Vollstreckungen geboten werden.
- Gerichtsvollzieher werden nicht selten – insbesondere bei Vollstreckungen in ländlichen Gebieten – mit Gewalt bedroht. Ein Gerichtsvollzieher stellte dem IRZ-Team die rhetorische Frage, was man denn machen solle, wenn man vom Schuldner und seiner Familie demonstrativ mit Gewehren empfangen würde.
- Eine Dienstanweisung für Gerichtsvollzieher existiert nicht.
- Die Rechtsprechung in Kurdistan ist nicht einheitlich. Dies wurde jedoch seitens der Richterschaft mit dem eigentümlich anmutenden Argument verneint, es gebe nur ein Gesetz und damit nur eine Auslegung.
- Kulturelle Gegebenheiten machen das Betreten eines Privathauses durch den (männlichen) Gerichtsvollzieher in vielen Fällen unmöglich (Frauenbereiche, Männer nicht anwesend).
- Die behördliche Organisation erscheint rudimentär. Die Aktenablage erfolgt in lose ineinandergelegten Blattsammlungen.

Praktische Überlegungen mit rechtsphilosophischer Dimension

Angesichts der oben geschilderten komplexen Situation war seitens des IRZ-Teams zunächst eine Frage mit den kurdischen Partnern grundlegend zu klären: Die unbedingt notwendige gemeinsame Urheberschaft eines reformierten Gesetzes. Nicht nur in der internationalen rechtlichen Zusammenarbeit gehören Begriffe wie „Ownership“,⁷ „Nachhaltigkeit“ und „Begegnung auf Augenhöhe“ zum Standardvokabular. Sollen diese in die Tat umgesetzt werden, verkommen sie jedoch gerne zu rhetorischen Klauseln, die sich allenfalls im Projektabschlussbericht zur Zufriedenheit der Geldgeber nochmals wiederfinden, auf dass dieser im „tick-the-box“-Verfahren auch diesen Punkt erfolgreich abhaken kann. Auf kurdischer Seite schien anfänglich die Vorstellung vorhanden zu sein, dass die deutsche richterliche Expertise eigenständig einen Ausweg aus dem Dilemma fände und nach getaner Arbeit dem Justizminister einen hübsch verpackten Reformvorschlag im Geschenkkarton überreichen würde, der das eigene Gesetz am besten nur kosmetisch

7 Der englische Begriff Ownership bedeutet gemäß der Definition des BMZ wörtlich übersetzt „Eigentümerschaft“. Er wird in der entwicklungspolitischen Diskussion verwendet, um die Identifikation der Menschen mit einem sie betreffenden Vorhaben zu umschreiben. Ownership ist auch die Eigenverantwortung, die Zielgruppen und Partnerorganisationen bei der Entwicklungszusammenarbeit übernehmen, s. www.bmz.de/de/service/glossar/O/ownership.html.

verändern sollte. Die Realität der Reformarbeit gestaltete sich dann aber grundlegend anders. Zwar erstellten die beiden deutschen Richter basierend auf den Gesprächen und Eindrücken der ersten Reise einen kompletten Reformvorschlag. Dieser wurde jedoch in wortwörtlich harter und mühseliger Kleinarbeit über Sprachgrenzen und viele Missverständnisse hinweg in Arbil und in Berlin mit einem vom kurdischen Justizminister ernannten Komitee diskutiert. Die Gruppe setzte sich zusammen aus zwei höheren kurdischen Richtern, dem Leiter der kurdischen Justizverwaltung, dem Leiter der Zwangsvollstreckung im Kreis Arbil, dem stellvertretenden Vorsitzenden des *Şûra-Rates* (ein dem französischen Conseil d'État vergleichbares Begutachtungs- und Beratungsorgan) sowie zwei Parlamentsmitgliedern (die stellvertretende Vorsitzende des parlamentarischen Rechtsausschusses und einem Mitglied desselben). Die Unterschiede in den Auffassungen einerseits innerhalb der Gruppe und andererseits gegenüber den Vorstellungen der deutschen Richter waren zum Teil fundamental, etwa zu Fragen der Erzwingungshaft. In unterschiedlichen Varianten prallten die verschiedenen Ansichten aufeinander, abhängig vom jeweiligen rechtlichen, sozialen, politischen, kulturellen, materiellen und anderweitig individuellen Hintergrund. Die deutschen Experten sahen sich mit Fragen konfrontiert, wie sie sich sehr oft im Kontext der internationalen rechtlichen Zusammenarbeit finden, für die es niemals eine Standardantwort geben wird und die somit immer wieder von Fall zu Fall beantwortet werden müssen, um eine Beratung zu liefern, die sowohl den eigenen als auch den rechtlichen und praktischen Erwartungen der Partner gerecht wird. Einige dieser Fragen seien hier beispielhaft aufgeführt:

- Was muss (unbedingt) getan werden? Darf man Kompromisse zulassen und Abstriche machen, obwohl man aus Beratersicht die komplette Neufassung eines als zum größten Teil misslungen erachteten Gesetzes für unabdingbar hält? Wie viel „Flickschusterei“ seitens der Partner ist zulässig bzw. trägt man mit, bevor das Reformwerk durch Herausnehmen beliebiger Teile seinen Gesamtsinn verliert? Bis zu welchem Grade darf, soll oder muss man gar versuchen, seine eigenen, vermeintlich besseren Vorstellungen durchzusetzen? Wo hört notwendige Diskussion auf, wo fängt unangemessener Druck an?
- Was *kann* man tun? Inwieweit unterscheiden sich die vorgefundenen Zustände von den heimatlichen eigenen derart, dass in Deutschland oder Westeuropa durchsetzbare Lösungen schlichtweg nicht funktionieren würden? Inwieweit darf oder muss man von eigenen Ansprüchen, Ideal- und Mindestvorstellungen Abstand nehmen, weil sie sich in der für uns fremden Realität schlichtweg nicht durchsetzen ließen? Wann nähert oder befindet man sich im „Muss-Bereich“, den man aufgrund seiner eigenen, als Mindeststandard für zwingend erachteten rechtstaatlichen Vorstellungen halber und aufgrund seiner eigenen professionellen Integrität nicht verlassen sollte?
- Was *darf* man tun? Inwieweit darf man (von der praktischen Durchsetzbarkeit einmal abgesehen) versuchen, eigene Vorstellungen „durchzudrücken“? Oder in

der Umkehrfrage: Ab wann muss man auch das aus eigener Perspektive für weniger sinnvoll Gehaltene akzeptieren, auch wenn man befürchtet, damit seinen Beratungsauftrag nicht mehr optimal zu erfüllen? Ist es ein Zeichen von Respekt für den Partner und das Prinzip „Ownership“, grundlegende Diskussionen nicht mit argumentativer Härte zu führen? Ist es umgekehrt nicht gerade ein Zeichen von mangelndem Respekt, grundlegende Diskussionen nicht zu Ende zu führen?

Wie sich unschwer denken lässt, gibt es keine vorgefertigten Antworten auf diese prinzipiellen Fragen. Eine selbstverständlich klingende, einen Mindeststandard postulierende Antwort wäre der in der internationalen (Entwicklungs)Zusammenarbeit eherne Grundsatz des „do no harm“, also des Absehens von Aktivitäten jeder Art, die das Potential haben, eine bestehende Konfliktlage zu verschlimmern. Dies kann sowohl auf Unkenntnis der örtlichen Gegebenheiten zurückzuführen sein als auch auf den quasi spätkolonialistischen Versuch, anderen Staaten Teile der eigenen Rechtsordnung mit Hilfe der jeweils vorherrschenden politischen Kräfteverhältnisse aufzuoktroieren. Für beide Varianten lassen sich Beispiele aus internationalem rechtsstaatlichem Engagement quer durch die ehemaligen und gegenwärtigen Krisengebiete finden. Verlässt man jedoch wieder die so gezogenen äußeren Grenzen und Verbote, so lassen sich die oben beschriebenen Fragestellungen wohl nur in einem stets wiederkehrenden, zweigleisigen Prozess beantworten: Zum einen im Wege eines oftmals mühseligen, detailreichen Dialogs, wissend, dass dieser immer wieder in den oben beschriebenen sprachlichen, politischen und anderweitigen Details „versanden“ wird und daher immer wieder aufgenommen werden muss. Zum anderen im Wege der permanenten Innenschau, innerhalb derer die oben skizzierten Fragen selbstkritisch reflektiert werden, sowohl individuell als auch mit den Teamkollegen.

Zu guter Letzt sind dann auch weiterführende Fragen zu stellen. Ist es mit der erfolgten Beratung getan oder gibt es zwingend mehr zu tun, als lediglich die vereinbarte Leistung „abzuliefern“? Anders formuliert lautet die Frage: Was ist bereits bei der gemeinsamen Planung zu berücksichtigen, um ein Projekt wahrhaft nachhaltig zu machen? Die Verabschiedung eines Gesetzes ist nur der erste Reformschritt. Es bedarf eines langen Atems: Was ist für die Umsetzung des Gesetzes erforderlich? Welche anderen rechtlichen Bereiche werden tangiert und bedürfen möglicherweise ebenfalls der Reform? Im Falle des kurdischen ZVG werden zum Beispiel die Vollstreckungsbeamten in der neuen Gesetzeslage ausgebildet werden müssen. Auch die Errichtung einer geeigneten Behördeninfrastruktur wird erforderlich sein, denn ohne diese Voraussetzungen taugt auch das beste neue Gesetz nichts. Ebenso ist die Änderung anderer gesetzlicher Regelungen notwendig, z. B. der Zustellungsvorschriften.

Flankierende Maßnahmen, etwa der Ausbau sozialer Einrichtungen, um etwa familienrechtliche Urteile kindgerecht vollstrecken zu können, sind ebenfalls in die mittel- bis langfristige Gesamtplanung mit einzubeziehen. Daraus ergibt sich im überge-

ordneten Sinne ein weiteres Kriterium für die internationale rechtliche Zusammenarbeit: Realismus. Während auf der einen Seite dafür Sorge zu tragen ist, dass ein Reformprojekt nicht lediglich an der Oberfläche kratzt, ist auf der anderen Seite vor zu großem und umfassendem Reformeifer zu warnen. Wie das internationale rechtstaatliche Engagement immer wieder zeigt, fallen die Ergebnisse umso bescheidener aus, desto grösser, umfassender und ambitiöser sich die Planung gestaltet. Die Bereitstellung von Personal und Mitteln sowie ein mehrjähriger Planungshorizont alleine bedeuten keine Gewähr für abschließenden Erfolg.

Die Reform komplexer, gewachsener Systeme stößt automatisch an viele Grenzen, darunter auch an solche in Form individueller Akteure, die von derartigen Prozessen aus verschiedenen Gründen überrollt zu werden drohen. Dies mag zum einen daran liegen, dass ein entsprechendes Grundverständnis der anzustrebenden Änderungen nicht vorhanden ist oder nicht geteilt wird und dementsprechend die Bereitschaft fehlt, aktiv und konstruktiv am Reformziel mitzuarbeiten (s.o., „Ownership“). Zum anderen haben Reformen die Tendenz, im Mikrokosmos einzelner Akteure Veränderungen zu bewirken, die grundlegende Interessen berühren, sowie Privilegien und Vormachtstellungen beschneiden oder gar beseitigen. Zum besseren Verständnis für die Partner stelle man sich nur einmal vor, ein aus dem Ausland kommender, der Landessprache unkundiger und mit den lokalen Verhältnissen nur mehr oder weniger vertrauter Experte empfähle die komplette Umstrukturierung oder gar Auflösung des eigenen Referats oder der eigenen Abteilung, die man seit mehreren Jahren aus eigener Sicht erfolgreich leitet. Die Begeisterung und der Wille zur konstruktiven Mitarbeit hielten sich vermutlich in Grenzen.

Erfreulicherweise bittet die kurdische Seite nach dem oben skizzierten intensiven und teils mühseligen Prozess um Fortsetzung des gemeinsamen Unternehmens und um weitere Beratung. Es darf somit gehofft werden, dass es bisher gelungen ist, die dargestellte Gratwanderung zwischen Zwingendem und Wünschenswertem in einem gemeinsamen und respektvollen Prozess zu meistern.

Patrick Schneider (Mitglied der GAIR) ist derzeit Projektbereichsleiter Nordafrika / Nahost bei der deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit (IRZ). Zuvor war er u.a. als politischer Berater und Menschenrechtsbeauftragter bei der EU und den VN in verschiedenen arabischen Ländern tätig.

Vereinigte Arabische Emirate: Neues Gesellschaftsrecht

Jörg Seifert

Im Mai 2006 hat die damalige Wirtschaftsministerin Sheikha Lubna Bint Khalid Al Qasimi auf dem *Wirtschaftsforum Vereinigte Arabische Emirate (VAE) – Deutschland* in München mitgeteilt, dass das ein paar Jahre zuvor angekündigte neue Gesellschaftsrecht der VAE bis zum Jahresende 2006 verabschiedet werde. Dem war leider nicht so.

Erst am 31. März 2015 wurde tatsächlich ein neues Gesellschaftsrecht im VAE-Bundesanzeiger veröffentlicht. Es tritt drei Monate nach der Veröffentlichung in Kraft.

Leider hält das Gesetz mit der offiziellen Bezeichnung *Federal Law No. 2 of 2015 on Commercial Companies* für die meisten ausländischen Investoren keine signifikanten Vorteile bereit. Dies liegt daran, dass es sich zumindest in den Bereichen, die ausländische Investoren betreffen, nicht wesentlich vom bisherigen Gesellschaftsrecht aus dem Jahr 1984 unterscheidet.

Die wesentlichsten Neuerungen gibt es im Bereich der Aktiengesellschaften, bei Börsengängen lokaler Unternehmen (IPO) an den Börsen in Dubai und Abu Dhabi und bei der VAE-GmbH (LLC).

Änderungen bei LLCs

Da die vorherrschende Unternehmensform für ausländische Investoren in den VAE die LLC ist und bleiben wird, abgesehen von Unternehmensgründungen in den Freihandelszonen, stellen wir hier lediglich die neuen Regelungen in Hinblick auf LLCs dar.

Kapitalverteilung

Das neue Gesellschaftsrecht sieht keine mehrheitliche Beteiligung von Ausländern am Gesellschaftskapital vor. Die LLC kann somit weiterhin nicht mehrheitlich in ausländischem Eigentum stehen. Es ist wie in der Vergangenheit eine Beteiligung von VAE-Staatsangehörigen am Gesellschaftskapital gesetzlich vorgeschrieben. 51 % des Gesellschaftskapitals müssen stets im Besitz eines VAE-Staatsangehörigen oder einer 100 % in VAE-Eigentum stehenden juristischen Person verbleiben.

Änderungen in Hinblick auf die Beteiligungsverhältnisse an lokalen Gesellschaften werden in einem neuen *Foreign Investment Law* erwartet. Es besteht somit zumindest Hoffnung, dass sich im Hinblick auf die Beteiligungsverhältnisse an lokalen Gesellschaften etwas zu Gunsten der ausländischen Investoren ändert. Ob dieses Gesetz allerdings tatsächlich umgesetzt wird und wenn ja mit welchem Inhalt und wann, kann momentan nicht beurteilt werden. Aus Regierungskreisen ist zu hören, dass

wohl mit einer signifikanten Erhöhung der Beteiligungsquote ausländischer Gesellschafter zu rechnen sei, dass aber gleichzeitig die Geschäftsführung ausschließlich von VAE-Staatsangehörigen wahrgenommen werden könne. Ausländische Investoren sollen dann entscheiden, ob Sie ein Unternehmen gemäß dem *Foreign Investment Law* oder dem neuen Gesellschaftsrecht gründen wollen. Sollte dem tatsächlich so sein, und das *Foreign Investment Law* das neue Gesellschaftsrecht nicht nur ergänzen, wie momentan vorgesehen, ist auch hier kein echter Vorteil für ausländische Investoren zu erwarten.

Nebenvereinbarungen

Trotz der vorgegebenen Rechtslage ist ausländischen Investoren meist daran gelegen, die Kapitalmehrheit und damit die Entscheidungsgewalt hinsichtlich der LLC innezuhaben. In der Vergangenheit wurden in der Praxis daher oft vertragliche Nebenvereinbarungen zum Gesellschaftsvertrag getroffen, in denen die wahre Intention der Gesellschafter festgelegt wurde. Diese Konstellation ist als sogenannter Sponsorvertrag / Side Agreement bekannt. Der ausländische Investor zahlt dabei das gesamte Stammkapital der Gesellschaft ein. Der lokale Partner fungiert als Treuhänder der Gesellschaftsanteile des ausländischen Gesellschafters, der somit alleiniger Gesellschafter der LLC ist. Der lokale Gesellschafter erhält im Gegenzug eine gewisse jährliche Aufwandsentschädigung und wird von Haftungsansprüchen im Innenverhältnis freigestellt.

Solche Vereinbarungen hatten schon nach dem alten Gesellschaftsrecht keine Wirkung gegenüber Dritten, da diese bereits nach dem VAE-Gesellschaftsrecht nichtig waren und eine Umgehung des Gesetzes darstellten. Auch das neue Gesellschaftsrecht beinhaltet, dass grundsätzlich jedwede Abweichung von dem lokalen Mehrheitserfordernis zu Gunsten des ausländischen Gesellschafters ungültig ist.

Abzuwarten bleibt, wie die Gerichte der VAE solche Vereinbarungen im Streitfall bewerten – nur als unwirksam im Außenverhältnis gegenüber Dritten oder auch – wie der Gesetzeswortlaut vermuten lässt – als unwirksam im Innenverhältnis der Gesellschafter zueinander.

Unabhängig davon sieht das neue Gesellschaftsrecht bei Gesetzesverstößen in Hinblick auf Anteilstransfers Geldstrafen von AED 20.000,00 bis AED 200.000,00 vor.

Ein-Mann-LLC

Gesellschafter einer LLC können weiterhin natürliche oder juristische Personen sein. Neu ist, dass die LLC anstatt mindestens zwei nunmehr auch nur einen Gesellschafter haben kann. Die maximale Anzahl von Gesellschaftern bleibt bei 50. Eine Ein-Mann-LLC ist somit zulässig. Ausländische Investoren können jedoch keine Ein-Mann-LLC gründen, da 51 % des Gesellschaftskapitals weiterhin einem VAE-

Staatsangehörigen oder einer 100 % in VAE-Eigentum stehenden juristischen Person überlassen werden müssen.

Stammkapital

Bereits seit dem 1. Juni 2009 bestand das Erfordernis eines Mindeststammkapitals nicht mehr, wobei dies lediglich auf einer einfachen Verordnung beruhte und nicht gesetzlich geregelt war. Das Erfordernis eines gesetzlichen Mindestkapitals findet sich im neuen Gesellschaftsrecht nicht mehr. Es steht nun grundsätzlich im Ermessen der Gesellschafter, in welcher Höhe diese die LLC mit Kapital ausstatten, um den Gesellschaftszweck zu erreichen. Allerdings kann jederzeit per Kabinettsbeschluss ein Mindeststammkapital festgesetzt werden. Bis dahin ist davon auszugehen, dass die Registrierungsbehörden bei einer vermeintlichen Unterkapitalisierung, eine entsprechende Erhöhung verlangen werden bzw. an den ursprünglichen Mindestkapitalerfordernissen des alten Gesellschaftsrechts festhalten werden.

Holding Company

Während die Unternehmensform der *Joint Venture Company* nicht mehr im neuen Gesellschaftsrecht erwähnt ist, findet sich dort nun die *Holding Company*, die ausschließlich als Aktiengesellschaft oder LLC gegründet werden kann. Deren Geschäftstätigkeit ist im Wesentlichen auf den Erwerb, das Halten und die Veräußerung von Beteiligungen an Aktiengesellschaften oder LLCs und Ausübung der Geschäftsführung in solchen Gesellschaften beschränkt.

Geschäftsführung

Die Geschäftsführung kann durch einen oder mehrere Geschäftsführer ausgeübt werden, wobei deren Anzahl nun nicht mehr auf fünf Mitglieder beschränkt, sondern nach oben hin offen ist. Zu Geschäftsführern können Gesellschafter oder dritte natürliche oder juristische Personen bestellt werden.

Weiterhin darf ein Geschäftsführer ohne Zustimmung der Gesellschafterversammlung weder einen Geschäftsführerposten bei einem Konkurrenzunternehmen ausüben noch in anderer Weise in Wettbewerb zu der LLC treten. Bei Missachtung dieser Vorschrift kann der Geschäftsführer entlassen werden und ist schadenersatzpflichtig.

Gesellschafterversammlung

Eine ordentliche Gesellschafterversammlung ist mindestens einmal im Jahr innerhalb eines Zeitraums von vier Monaten nach Ende des jeweiligen Geschäftsjahres abzuhalten. Die Einberufung erfolgt durch die Geschäftsführer. Eine außerordentliche Gesellschafterversammlung kann durch den Aufsichtsrat oder durch die Gesellschafter selbst einberufen werden, sofern diese über 25 % der Stimmen verfügen.

Neu ist, dass zum Erreichen eines Quorums mindestens 75 % der Stimmberechtigten anwesend sein müssen. Weiterhin ist die Ladungsfrist zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung von 21 auf 15 Tage verkürzt worden.

Verpfändung von LLC-Anteilen

Obwohl die freiwillige Verpfändung von LLC-Anteilen nicht unbedingt zu den nächstliegenden Sicherungsmitteln gehört, ist dieses Sicherungsmittel nun gesetzlich möglich. Es stellt eine geeignete Methode dar, um etwa Kaufpreiszahlungen beim Kauf von Unternehmensanteilen oder fremdfinanzierte Unternehmensbeteiligungen abzusichern.

Wie effektiv dieses Sicherungsmittel in der Praxis umgesetzt werden kann, bleibt abzuwarten, da

- den übrigen Gesellschaftern im Verhältnis ihrer Beteiligung ein gesetzliches Vorkaufsrecht zusteht;
- es keine Anteilsscheine gibt;
- es keinen nummerierten oder registrierten Namensaktien gibt;
- es keinen identifizierbaren „Stücke“ der Anteile des Sicherungsgebers an einer LLC gibt.

Verwertung von LLC-Anteilen

Hat ein Gläubiger eine Forderung gegen einen LLC-Gesellschafter, so kann er zu deren Erfüllung nicht unmittelbar gegen die LLC vorgehen, da die Vermögenssphären des Gesellschafters einerseits und der LLC andererseits klar voneinander getrennt sind. Jedoch kann ein LLC-Anteil ein wertvoller Vermögensgegenstand des Schuldners und daher ein interessantes Vollstreckungsobjekt sein, dessen Verwertung dem Gläubiger die Durchsetzung seiner Forderung ermöglicht.

Hat der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel gegen den Gesellschafter erwirkt, so kann er dessen Geschäftsanteil pfänden. Mit der Pfändung des LLC-Anteils ist die Forderung des Gläubigers allerdings nicht befriedigt. Dazu bedarf es der Verwertung des LLC-Anteils. Dies erfolgt im Wege der öffentlichen Versteigerung durch das Gericht, sofern sich keine Einigung erzielen lässt. Gesellschafter der LLC haben das Recht, die Anteile von demjenigen, der diese ersteigert hat innerhalb von 15 Tagen nach der Versteigerung zu den gleichen Konditionen zurückzukaufen.

Vorkaufsrecht bei Anteilstransfer

Den übrigen Gesellschaftern steht im Verhältnis ihrer Beteiligung weiterhin ein gesetzliches Vorkaufsrecht bei einem geplanten Anteilsverkauf eines Gesellschafters an Dritte zu. Neu ist, dass bei unterschiedlichen Auffassungen über den Kaufpreis der Anteile nicht mehr der Wirtschaftsprüfer der LLC über den Wert der zu verkauf-

fenden Anteile entscheidet, sondern ein von der Registrierungsbehörde ernannter Gutachter.

Freihandelszonen

Im Gegensatz zu anderen Unternehmen innerhalb der VAE, die grundsätzlich den Regelungen des VAE-Gesellschaftsgesetzes unterliegen (sofern keine Ausnahmetatbestände greifen), sind Freihandelszonen von den dort verankerten Vorschriften befreit. Per Kabinettsbeschluss kann Unternehmen, die in Freihandelszonen angesiedelt sind, erlaubt werden, ihre Geschäftsaktivitäten auch außerhalb der Freihandelszone im Staatsgebiet der VAE auszuüben. In diesem Fall findet dann das neue VAE-Gesellschaftsgesetz auf diese Anwendung. Wie das in der Praxis funktionieren soll, bleibt abzuwarten.

Zweigniederlassungen

Ausländische Unternehmen können in den VAE weiterhin Zweigniederlassungen in Form eines Repräsentationsbüros oder einer Branch gründen. Das Erfordernis, dass diese Art der Niederlassung einen sog. Service Agent ernennen muss, wurde beibehalten. Neu ist, dass eine Branch (nicht Repräsentationsbüro) nunmehr jährlich eine Bilanz sowie eine Gewinn- und Verlustrechnung nebst Prüfungsbericht und eine Kopie der Bilanz des Mutterunternehmens der zuständigen Registrierungsbehörde und dem Wirtschaftsministerium in den VAE vorlegen muss.

Übergangsregelung

Bestehende Unternehmen haben ein Jahr ab Inkrafttreten des Gesetzes Zeit, die neuen Regelungen entsprechend umzusetzen. Diese Frist kann durch einen Kabinettsbeschluss verlängert werden. Unternehmen, die der Umsetzung nicht fristgemäß nachkommen, können aus dem Handelsregister gelöscht werden.

Fazit

Für ausländische Investoren unterscheidet sich das neue Gesellschaftsrecht nicht wesentlich vom bisherigen Gesellschaftsrecht aus dem Jahr 1984.

Die erhoffte mehrheitliche Beteiligung von Ausländern am Gesellschaftskapital ist ausgeblieben. Somit ist das neue Gesellschaftsrecht der VAE weit hinter den Erwartungen ausländischer Investoren zurückgeblieben.

Die Tatsache, dass bislang keine Durchführungsbestimmungen zu dem neuen Gesellschaftsrecht erlassen wurden, trägt momentan nicht zur klaren Administration des neuen Gesetzes bei.

Erfreulich ist, dass Mitte Juni 2015 das Gebiet des Dubai World Trade Centre per Gesetz in eine Freihandelszone umgewandelt wurde. Investoren haben somit die Möglich-

keit – trotz der Beschränkungen des neuen Gesellschaftsrechts – mitten in der Stadt ein Unternehmen im Rahmen der genehmigungsfähigen Geschäftsaktivitäten zu etablieren, an welchem sie 100 % der Anteile halten können. Unternehmen in Freihandelszonen können Zweigniederlassungen in den VAE (außerhalb einer Freihandelszone) gründen, die zu 100 % im Eigentum der Muttergesellschaft verbleiben. Solche Zweigniederlassungen können ihren geschäftlichen Aktivitäten grundsätzlich in den gesamten VAE nachgehen.

Rechtsanwalt Jörg Seifert (Mitglied der GAIR) ist seit 1995 als Wirtschaftsanwalt im Nahen Osten tätig, seit 1998 in Dubai, Vereinigte Arabische Emirate, wo er in der lokalen Kanzlei Al Sharif Advocates & Legal Consultants schwerpunktmäßig für die wirtschaftsrechtliche Beratung internationaler Mandanten zuständig ist und diese bei der Anbahnung und Umsetzung von Investitionsvorhaben in den VAE und den anderen Ländern des Golf-Kooperationsrates betreut.

REZENSIONEN / BOOK REVIEWS

Stephan Kokew: Annäherung an Toleranz. Ausgangspunkte, Kontexte und zeitgenössische Interpretationen des Toleranzbegriffs aus dem schiitischen Islam, Würzburg: Ergon 2014, 181 Seiten, ISBN 978-3-95650-067-1, 28,00 €

Rüdiger Lohlker

Wer sich zum Toleranzbegriff im Islam informieren wollte, hatte bisher nur wenige Referenzwerke. Erinnert sei insbesondere an Adel Theodor Khourys einschlägige Studie,¹ aber auch Yohann Friedmanns einschlägige Studie² ist zu berücksichtigen. Kokew geht dieses Thema ausgehend von der Rezeption des modernen Toleranzbegriffs durch zeitgenössische zwölferschiitische Denker an. Erfreulich ist, dass sich hier eine Arbeit mit zwölferschiitischen Positionen beschäftigt, einem im deutschsprachigen Raum ja immer noch eher randständigen Gebiet – trotz wichtiger Arbeiten wie beispielsweise der von Heinz Halm u.a.

Kokew entwickelt sein Thema in mehreren Schritten. Im ersten größeren Abschnitt (S. 21ff.) bestimmt er die verschiedenen Ebenen des Begriffes der Toleranz. Der Bogen spannt sich von der „Toleranz als Duldung“ bis zur anerkennenden Toleranz.

Der zweite größere Abschnitt (S. 29ff.) wendet sich religiösen Fragestellungen zu. Nach Bestimmungen verschiedener Begriffe wie Islam, Scharia und auch des Zwölferschiitentums wendet sich die Arbeit Konzepten und Werten zu, die von muslimischer Seite mit Toleranz verbunden werden. Abgerundet wird dies durch eine Betrachtung von älteren und neueren Auslegungen der einschlägigen Koranstellen – zuvörderst natürlich Sure 2, *al-Baqara*, Vers 256. Die gute Darstellung erweckt den Wunsch, jemand möge sich einmal der genauen Genealogie der Auslegungen dieser Stellen widmen – unter Einbeziehung auch sunnitischer Auslegungsliteratur. Aber das kann natürlich nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit sein.

Die folgenden Abschnitte (S. 63ff.) widmen sich dem *Dimmi*-Status, der Unreinheit Un- bzw. Andersgläubiger, der Apostasie (*ridda*) und dem *Dschihad*.

Nach einer Zwischenbilanz wird das Hauptthema behandelt. Eingeleitet wird dieser Teil mit der kurzen Darstellung anderer in muslimischen Reformdiskussionen verwen-

1 Adel Theodor Khoury: *Toleranz im Islam*, München 1980; siehe auch id.: *Toleranz und Religionsfreiheit im Islam*, Köln 1995.

2 Yohann Friedmann: *Tolerance and Coercion in Islam*, Cambridge 2006.

deter Begriff wie Demokratie, Säkularismus und Menschenrechte. Erhellend sind die kurzen Stellungnahmen zu nicht-muslimischen Thematisierungen des Säkularismus, die von einer abgewogenen analytischen Haltung zeugen. Die vorgestellten Diskurse werden im Folgeabschnitt kontextualisiert. Die zeitgenössischen Interpretationen des Toleranzbegriffes durch arabische und iranische Autoren bilden dann den Kern der Studie. Es ist hier nicht der Ort, der ausführlichen Analyse im Detail nachzugehen, auch weil diese stimmig ist.

In der Kontextualisierung liegt – neben der schönen Bereitstellung von Informationen über sonst unbekannte und ignorierte Diskurse – der besondere Wert der Studie von Kokew. Die aktuelle zwölfterschiitische Behandlung des Toleranzbegriffes wird verständlich; erfreulich ist, dass keine essentialistisch und als notwendig dargestellte Differenz zu einem nicht begriffenen Westen produziert wird. Es gilt, so der Autor äußerst treffend, dass der Begriff der Toleranz im islamischen wie im sogenannten westlichen Kontext „nicht *aus dem Nichts* entstanden [ist], sondern [...] als Reaktion auf einen konkreten gesellschaftspolitischen Anlass“ (S. 167) produziert wurde.

Man mag sich zuweilen eine stilistische Überarbeitung wünschen, die die Überleitungen geglättet und die eine oder andere Kürzung vorgenommen hätte. Dies ist aber kein grundlegendes Problem. Gerade ein Publikum, das mit der Materie nicht so sehr vertraut ist, wird durch die Anlage der Studie eine Vielzahl notwendiger Informationen erhalten, die das Verständnis des Kerns der Arbeit erleichtern. Dies gilt insbesondere, wenn man an ein fachfremdes Publikum denkt, das medial vorgeprägte Vorurteile an die Lektüre heranträgt.

Neben Adel Theodor Houry und Yohann Friedmann sollte man jetzt auch Stephan Kokew zum islamischen Toleranzbegriff heranziehen.

Rüdiger Lohlker (Mitglied des Kuratoriums der GAIR) ist derzeit als Professor für Orientalistik an der Philologisch-Kulturwissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien tätig.

**Irene Schneider: „Der Islam und die Frauen“, München: C.H. Beck 2011, 288 S.
[Paperback], ISBN 978-3-406-62212-0, € 14,95¹**

Samira Selle

In ihrem Buch „Der Islam und die Frauen“, erschienen 2011 in der Beck’schen Reihe, nimmt sich Irene Schneider eines der kontroversesten Themen in der öffentlichen deutschen Debatte um den Islam an. Nichts weniger hat sie sich vorgenommen als „[...] die Vielfalt weiblicher Lebensentwürfe, Denkansätze und Aktivitäten in den islamischen Ländern der im Westen verbreiteten Vorstellung von ‚der‘ muslimischen Frau [entgegenzusetzen]“² und „[...] die aktive Rolle von Frauen in den islamischen Ländern in Politik und Gesellschaft deutlich zu machen“.³

Diesem Vorhaben wird Irene Schneider nicht zuletzt mit der geschickten Titelwahl gerecht, welcher zwar Frauen und Islam in Bezug zueinander setzt, aber nicht suggeriert es gebe einen festgefühten und absoluten Platz für „die“ Frau „im“ Islam. Im Gegensatz zum Titel, der ein fluktuierendes Spannungsfeld zwischen den Hauptpolen des Werkes, dem Islam und den Frauen, eröffnet, beschränkt sich das Titelbild auf die klischeehafte Abbildung nur *einer* Frau die den Betrachter aus einem schwarzen Kopftuch heraus vielsagend anblickt.

Mit ihrem Werk richtet sich Schneider an ein interessiertes Laienpublikum vornehmlich in Deutschland, wie aus dem Themenschwerpunkt „Musliminnen in Deutschland“ sowie der deutschen Sprache allein als Publikationsmedium ebenso wie in der Veröffentlichung in der Beck’schen Reihe ersichtlich wird. Das Buch hat einen sehr hohen Anspruch sowohl in der zu betrachtenden Zeitspanne als auch in den vorgestellten Konzepten und Rechtsfiguren, daher hat sich die Autorin entschlossen, ihre Betrachtung regional auf die MENA-Region⁴ mit Iran und der Türkei zu begrenzen, welche sie als „Kernregion“⁵ des Islam bezeichnet.

Obwohl diese Beschränkung nachvollziehbar ist, verzichtet sie damit auf eine Weitung des Verständnisses der islamischen Welt, in der heute die meisten Muslime in asiatischen Ländern in Südostasien und auf dem indischen Subkontinent leben und in der wichtige Impulse in der innerislamischen Debatte aus den USA stammen, mit ihren vielfältigen muslimischen Einwanderertraditionen sowie der kulturellen und identitären Aneignung des Islam durch die schwarze Minderheitsbevölkerung im Zuge der Bürgerrechtsbewegung in den 60er Jahren des 20. Jahrhunderts.

1 Der Verlag bietet eine Leseprobe (PDF, ca. 500 kb) unter www.chbeck.de/fachbuch/zusatzinfos/Leseprobe_Der-Islam-und-die-Frauen.pdf (letzter Aufruf 29.8.2015).

2 S. 10.

3 S. 11.

4 Middle East and North Africa (Naher Osten und Nordafrika).

5 S. 11.

Wichtige zeitgenössische Denker und Reformen auf dem Gebiet der Frauenrechte leben, forschen, arbeiten und wirken eben nicht mehr im islamischen „Kernland“, sondern in den offeneren Gesellschaften des Westens.⁶ Im Interesse dieser großen inneren Vielfalt des Islam, den die Autorin ja in ihrem Werk widerspiegeln möchte, wäre eine größere regionale Bandbreite wünschenswert gewesen. Auch der Begriff „islamische Länder“ selbst ist irreführend, da sich die besprochenen Länder bei weitem nicht alle als islamische Staaten identifizieren und selbst bezeichnen, es in ihnen teilweise beachtliche inter- und innerreligiöse Vielfalt gibt; wohl aber viele der betrachteten Gesellschaften und ihre gesetzlichen Rahmen von bestimmten Lesarten und Traditionen des Islam geprägt sind.

Zeitlich deckt das Buch einen Zeitraum vom vorislamischen Arabien zu Zeiten der Geburt des Propheten bis zur heutigen Zeit ab. Durch seinen Erscheinungstermin in der hoffnungsfrohen Anfangszeit des sogenannten „arabischen Frühlings“ konnte Irene Schneider die in den Jahren 2011 bis 2015 folgenden politischen Umwälzungen in der arabischen Welt noch nicht unter dem Aspekt der Frauenrechte und Frauenbewegung mit einfließen lassen. Man darf also auf eine überarbeitete Neuauflage gespannt sein, in der viele Prämissen des vorliegenden Buches neu bewertet werden müssen, insbesondere sollte dabei die Rolle der Frau in kollabierenden Staaten sowie ein konservativer Backlash mit den politischen und militärischen Siegen von islamistischen Gruppen genauer evaluiert werden.

Der Islam und die Frauen ist in sieben Hauptkapitel unterteilt: „Die Anfänge“, „Theologie und Recht“, „Sexualität und Liebe“, „Literarische Reflexionen“, „Frauen und Macht“, „Bildung und Beruf“ und schließlich „Musliminnen in Deutschland“.

Im ersten Kapitel „Die Anfänge“ erhält der Leser den nötigen Kontext um den Ausführungen der folgenden Kapitel folgen zu können. Schneider führt unter Verweis auf die dürftige Quellenlage zur vor- und frühislamischen Zeit nichtsdestotrotz die wichtigsten Fixpunkte und Referenzen im muslimischen Selbstverständnis und der muslimischen Weltsicht und Historiographie ein. Die Bedeutung Mohammeds als Propheten sowie die Bedeutung seiner Tradition (Sunna), des Korans als Gotteswort, und des Bekenntnisses zum Monotheismus in der muslimischen Selbstverortung und als Rahmen für weiterführende juristische und soziale Debatten werden als Grundpfeiler für den weiteren Aufbau des Buches gesetzt.

Im Weiteren beleuchtet Schneider die Rolle der Frau im vorislamischen Arabien, wie sie sich uns heute durch verschiedene, jedoch meist nicht verifizierbare, Quellen darstellt, sowie die Rolle früher Musliminnen: der Zeitgenossinnen des Propheten (Prophetengenossinnen), seiner Ehefrauen und Töchter. Dabei wird das Verhältnis des Propheten selbst zu diesen Frauen betrachtet sowie deren Status und Wirken in der frühislamischen Gemeinschaft generell betrachtet.

6 Vgl. z.B. Ziba Mir-Hosseini / Mulki Al-Sharmani / Jana Rumminger (Hgg.): *Men in Charge? Rethinking Authority in Muslim Legal Tradition*, London 2015.

Kurz zeichnet Schneider in diesem Kapitel die Offenbarung einzelner Suren nach, die die Rolle der Frau beschrieben und reglementierten und ordnet diese ggf. in ihren historischen Kontext mit dem Offenbarungsanlass ein. Aus diesen Suren oder einzelnen Versen ergibt sich der Diskussionsgegenstand späterer Kapitel wie zum Beispiel die Frage der Verschleierung oder die untergeordnete Stellung der Frau in Familie und Gesellschaft. Dabei weist Schneider auch auf vorteilhaftere Regelungen und Rechtssicherheit für Frauen im Vergleich zur vorislamischen Gesellschaft hin. Sie verdeutlicht auch, wie diese vorislamische Periode im muslimischen Diskurs als „Zeit der Unwissenheit“ und absolut negiertes Gegenstück zur Zeit nach der Offenbarung konstruiert wird.

Zudem werden in diesem Kapitel bereits wichtige arabische Termini eingeführt, die in der Diskussion des islamischen Rechts immer wieder von Bedeutung sind. Für diese verwendet Schneider eine vereinfachte Umschrift, die für eine einführende Lektüre ausreichend sein mag, für weitergehendes Interesse jedoch aufgrund der mangelnden Unterscheidung zwischen emphatischen und nicht-emphatischen Buchstaben bei unzureichender Kenntnis des Arabischen (oder Persischen) irreführend sein kann. Die Begriffe können auch mithilfe des Glossars bei der weiteren Lektüre nachgeschlagen werden.

Das zweite Kapitel „Theologie und Recht“ beginnt mit einer Zusammenschau der Regeln zum Geschlechterverhältnis in Koran und Sunna. Dabei erläutert Schneider den Aufbau und die Formulierung des Korans in Grundzügen, damit auch Leser ohne Vorwissen in diesem Bereich ihren Ausführungen folgen können. Gleich in diesem einführenden Teil weist Schneider zudem auf zeitgenössische Interpretationsansätze hin, die danach streben den patriarchalischen Interpretationskontext aufzubrechen und geschlechtergerechte Lesarten des Korans zu ermöglichen.⁷ Auch in diesem Abschnitt werden einzelne koranische Regelungen, wie z.B. das Brautgeld, die Unterhaltspflicht des Ehemannes, das Tötungsverbot neugeborener Mädchen und andere, angerissen.

Für die Angabe der Koranverse in Deutsch nutzt Schneider durchgängig die Übersetzung des Korans von Rudi Paret, außer wenn verschiedene Übersetzungsmöglichkeiten einander gegenübergestellt werden sollen. Schneider weist sowohl im Fließtext als auch in ihren Anmerkungen richtigerweise darauf hin, dass jede Übersetzung bereits eine gewisse Interpretation beinhaltet, insbesondere im Falle der arabischen Sprache, bei der jedes Wort durch seine Rückkopplung an eine meist dreikonsonantische Wurzel immer auf ein polysemantisches Wortfeld rekurriert. Paret's Übersetzung folgt hierbei m.E. eher klassisch islamischen Interpretationen und Korankommentaren als moderneren geschlechtergleichen möglichen Lesarten.

Des Weiteren erläutert Schneider hier wie die wenigen spezifischen Frauen betreffende Regelungen des Korans im Zusammenspiel mit allgemeineren Versen, mit überlie-

7 S. 36.

ferten Aussagen und Handlungen des Propheten und in der Interpretation späterer Rechtsgelehrter weiterentwickelt wurden bis sie einen, wenngleich nach wie vor vielfältigen, so doch kanonartigen Korpus aus rechtlichen Regelungen und moralisch-ethischen Ansprüchen formten.

Ein weiterer Themenkomplex dieses Kapitels sind die Frauenbilder im Laufe der islamischen Geschichte, hierbei insbesondere zu Identifikationsfiguren erhobene frühe Musliminnen, wie Khadijah, Aisha und Fatima, aber auch Frauengestalten im Koran wie die Jungfrau Maria, Eva oder Assiya, die Stiefmutter Mose und die berühmte islamische Mystikerin Rabi'a Al-'Adawiyah. Auch Koranexegetinnen des 20. und 21. Jahrhunderts wie Bint asch-Schati' und Amina Wadud finden in diesem Kapitel Erwähnung.

Der wichtigste Beitrag dieses Kapitels ist jedoch die Herausarbeitung der umstrittenen Termini in der im Diskurs um Geschlechterrollen wohl am häufigsten zitierten Koranstelle. Anhand dieser Termini und der Vielfalt ihrer möglichen Übersetzungen und Beziehungen zueinander gelingt es Schneider, die aktuelle Debatte zwischen konservativen Traditionalisten und reformorientierten an der Gleichberechtigung, Gleichheit und Gleichwertigkeit der Geschlechter interessierten Koraninterpreten überblicksartig nachzuzeichnen. Dabei geht sie auch auf verschiedene Ansätze und Techniken der Koraninterpretation ein.

Letztlich nimmt Schneider in diesem Kapitel die moderne Rechtsentwicklung im Bereich des Familienrechts und Personalstatuts in den von ihr betrachteten Ländern in den Blick und illustriert die wichtigsten Entwicklungen mit einer tabellarischen Gegenüberstellung des klassischen islamischen Familienrechts in verschiedenen sunnitischen Rechtsschulen und der familienrechtlichen Neuregelungen in der marokkanischen *Mudawwana*⁸ von 2004. Es gelingt ihr hierbei auch, die komplexe Verschränkung zwischen den klassischen islamischen Rechtsschulen, klassischen Minderheitsmeinungen, modernen Interpretationen von Aussagen aus Koran und Sunna, dem Gewohnheitsrecht und dem französischen *Code Civil*, der in die meisten arabischen Gesetzbücher Eingang gefunden hat, verständlich und nachvollziehbar darzustellen.

Im dritten Kapitel widmet sich die Autorin dem Themenfeld „Liebe und Sexualität“. Dabei geht sie auf Topoi wie die Definition männlicher und weiblicher Lust und deren Eingrenzung durch die Institution der Ehe, Beschneidung, Jungfräulichkeit und Keuschheit, Homosexualität und Transsexualität sowie die Konstruktionen der Geschlechter und ihrer jeweiligen Attribute ein. Mit Blick auf ihr Publikum weist Schneider darauf hin, dass der islamische Kontext bei Weitem nicht alleine steht

8 Auf der malikītischen Rechtsschule beruhendes familienrechtliches Gesetzwerk in Marokko, welches nach langer öffentlicher Diskussion unter Beteiligung zivilgesellschaftlicher Akteure und auf Veranlassung des Königs Mohammed VI. 2004 erlassen wurde.

in seiner Regulierung intimster menschlicher Erfahrungen wie der Sexualität, sondern dass sich dieses Bestreben vielmehr durch alle Kulturen ziehe.⁹

Schneider erklärt in diesem Kapitel, dass im muslimischen Verständnis die soziale Ordnung und der soziale Frieden auf der genau definierten Einhaltung und Abgrenzung der als komplementär verstandenen Geschlechterrollen beruhe. Dabei werde Männlichkeit sozial über die Fähigkeit des Mannes definiert, seine Familie zu ernähren und zu schützen und sexuell durch die Praxis der aktiven Penetration. Darauf beruhe in dieser Lesart seine Dominanz. Die Frau werde im Gegenzug durch Gehorsam, Sorge um Haushalt und Familie, Gehorsam gegenüber ihrem Ehemann und sexuell durch passives Penetriertwerden charakterisiert. Diese klare und strikte Einteilung wurde und wird zu allen Zeiten sozial durch „ungehorsame“ und/oder vermögende Frauen bzw. Männer ohne eigenes Einkommen infrage gestellt und sexuell durch die Existenz illegitimer Sexualbeziehungen und Homosexueller und Transsexueller. Schneider zeigt auf, wie die Gesellschaften mit diesen Abweichungen von der Idealnorm juristisch und praktisch umgehen, und kann einige erhellende Erklärungen zum Konzept der Homosexualität im muslimischen Kontext beitragen, welche bei der aktuellen Debatte um die Vereinbarkeit von homosexueller und muslimischer Identität¹⁰ nicht übergangen werden sollten.

Das Thema Liebe wird vergleichsweise kurz gestreift und aus den eklektischen religiösen, rechtlichen, medizinischen und literarischen Quellen, die Schneider für ihre Zusammenschau heranzieht lässt sich eigentlich nur das Fazit ziehen, dass diese „eine Vielfalt von Wahrnehmungen und Positionen [widerspiegeln]“.¹¹

Der Exkurs über Joumana Haddads „Wie ich Sheherezade tötete“ verordnet sich nur schwer unter dem Titel „Der Islam und die Frauen“. Hier wird zwar ein alternativer und in seiner Körperlichkeit radikaler Gegenentwurf zum traditionellen Weiblichkeitsideal präsentiert, allerdings von einer nicht-muslimischen Autorin, die darauf hinweist, dass auch christliche arabische Familien patriarchale Geschlechterhierarchien leben. Seine Aufnahme trotz dessen mag dem Willen der Autorin geschuldet sein, wie oben bereits erwähnt, westliche Stereotype über „die Orientalin“ zu hinterfragen und ggf. alternative Lebensentwürfe aufzuzeigen.

Das Kapitel „Literarische Reflexionen“ lässt sich grob in zwei Teile teilen: Zum einen werden Frauen *in* der Literatur, hier vornehmlich in vorneuzeitlicher Literatur, dargestellt. Die Autorin stellt hier einen immer wiederkehrenden Dreisatz von Beredsamkeit, List und Sexualität in der Beschreibung von Frauen fest, weist aber darauf hin, dass gleichzeitig in der mystischen Poesie die geliebte Frau als Symbol für Gott und die Liebe zu ihr als Annäherung an den Allerhöchsten, bei der der Liebende selbst verbrennt, verstanden werden.

9 S. 102.

10 Vgl. z.B. „Zeit Online“ vom 30.11.2012, „Die Welt“ vom 19.06.2014, „Spiegel Online“ vom 25.11.2014, oder „taz online“ vom 24.09.2014.

11 S. 115.

Zum anderen werden in diesem Kapitel Frauen als Autorinnen v.a. seit dem 19. Jahrhundert vorgestellt. Der Leser erhält einen guten Überblick über bedeutende arabische und persische Autorinnen, die von ihnen verwendeten Genre und behandelten Topoi wie nationale Identität und Freiheitskampf, die *condition féminine* in ihrer jeweiligen zeitlichen und lokalen Verortung und das zeitlose Thema der Liebe. Die Reaktionen auf die einzelnen Werke, die teils als gesellschaftskritisch empfunden werden, werden kurz skizziert. Auch die Ikonen der „vertonten Literatur“ der arabischen Welt, Umm Kalthoum und Fairouz, die sich neben der Liebe auch gesellschaftspolitischen Themen wie dem arabischen Nationalismus und dem palästinensischen Freiheitskampf widmeten, werden vorgestellt.

Im fünften und sechsten Kapitel widmet sich Irene Schneider ihrem zweiten Hauptanliegen, nämlich die aktive Rolle von Frauen in Politik und Gesellschaft in der islamischen Welt darzustellen. Dazu bespricht sie im fünften Kapitel das Verhältnis von „Frauen und Macht“. In einem ersten Schritt zeichnet die Autorin nach, wie in der Geschichte des Islam Alleinherrschaftsanspruch des Mannes in Familie und Gesellschaft religiös und (pseudo-)naturwissenschaftlich begründet wurde. Alsdann widmet sie sich den Frauen, die es trotz dieser theoretischen Beschränkung geschafft haben, wenn schon nicht religiöse so doch politische Macht bzw. exponierte Stellungen in ihrem jeweiligen Gemeinwesen zu erlangen und über längere Zeit dessen Geschicke zu lenken. Dabei kann Schneider auf ihre eigene umfangreiche Forschung zu gelehrten Frauen bei dem Biographen Dhahabi zurückgreifen. In einem weiteren Abschnitt beleuchtet die Autorin das Leben derjenigen Frauen, denen eine solche direkte Machtstellung zwar verwehrt blieb, die aber trotzdem hinter den Kulissen die entscheidenden Fäden zogen.

Im zweiten Teil dieses Kapitels kommen wir zur Neuzeit. Darin wird zuerst die zweifach unrühmliche Rolle der Kolonialmächte dargestellt, die einerseits das negative Bild der unterdrückten Muslimin als entrechtetes, eingekerkertes Eigentum und laszive Gespielinnen ihres „Gebietes“ als Inbegriff der Andersartigkeit und Rückständigkeit des „Orients“ nachhaltig prägen und verbreiten sollten, andererseits aber die Bildung und gesellschaftliche Teilhabe von Frauen sowohl in der islamischen Welt als auch an der „Heimatfront“¹² behinderten und beschränkten.

Im Folgenden zeichnet Schneider die historische Entwicklung der Frauenbewegung in der islamischen Welt nach, die sich seit ihrem ersten Kontakt mit der westlichen Welt nach der Landung Napoleons in Ägypten im Jahre 1789 in einer Spannungsbeziehung von Attraktion und Abgrenzung zur westlichen Welt entfaltet hat. Die Autorin beschreibt erste Reformansätze von Vordenkern wie Qasim Amin, Muhammad Abduh, Raschid Rida und Malak Hifni, die noch fest dem Islam als Referenz-, Identifikations- und Legitimationsrahmen verbunden waren.

12 Von Leila Ahmed in Hinblick auf eine misogyne politische Haltung Lord Cromers in England bezüglich des Frauenstimmrechts geprägter Begriff, vgl. S. 165.

Der Großteil dieses Kapitels ist sodann den Frauenbewegungen in Ägypten, Iran und Marokko gewidmet, wobei Schneider hier bei deren Kategorisierung der Typologie von Azza Karam folgt. Diese hat in ihrem wegweisenden Werk „Women, Islamisms and the State“ von 1998 die drei Idealtypen „islamistische“, „muslimische“ und „säkulare“ Frauenbewegung definiert. Schneider weist jedoch darauf hin, dass die Entscheidung für einen religiösen versus säkularen Diskurs nicht allein von der persönlichen Religiosität der Akteurinnen bestimmt wird, sondern auch die gesellschaftlichen, historischen und politischen Gegebenheiten vorgeben, welcher dieser Diskurse im jeweiligen Kontext legitimer und damit Erfolg versprechender und zielführender ist. Dies wird in der detaillierten Betrachtung der drei Beispielländer deutlich.

Im sechsten Kapitel „Bildung und Beruf“ zeichnet die Autorin den Weg der muslimischen Frauen in die Universitäten und Arbeitswelt nach. Sie betont das hohe Prestige, das Bildung und Gelehrsamkeit in der islamischen Religion genießen und welches es auch Frauen früherer Zeit, wenn auch nur vereinzelt, ermöglicht hat, sich ihren Studien, insbesondere religiös-theologischen, zu widmen. Obwohl die islamisch geprägten Länder der MENA-Region im globalen Vergleich bei der Frauenbildung nach wie vor hinterherhinken, waren hier trotz allem sichtbare Fortschritte möglich.

Ungleich schwerer gestaltet sich der Eintritt muslimischer Frauen ins Berufsleben, da die Erwerbstätigkeit von Frauen Vorstellungen vom Ehemann als Versorger und moralischen Ansprüchen an Segregation und Zurückgezogenheit sowie Annahmen über die schwächere und emotionalere Natur der Frau oftmals zuwiderläuft.

Im letzten Abschnitt dieses Kapitels wird kurz die Stellung der Frau im politischen Leben der hier betrachteten Länder beleuchtet, wobei Frauen in vielen dieser Länder zwar ein aktives und meist auch passives Wahlrecht genießen, vom höchsten Staatsamt per Verfassung jedoch teilweise aufgrund ihres Geschlechts ausgeschlossen bleiben. Diese Abhandlung bleibt in zukünftigen Ausgaben dieses Werkes um die Geschehnisse nach 2011 und die damit zusammenhängenden Entwicklungen in den betroffenen Ländern zu ergänzen.

Das siebte und letzte Kapitel des vorliegenden Titels handelt von den „Musliminnen in Deutschland“. Es unterscheidet sich vom Aufbau her deutlich vom Rest des Buches, da es der Autorin hier weder um die Nachzeichnung historischer Gegebenheiten und Entwicklungen und die daraus resultierende Situation muslimischer Frauen in Deutschland noch um die Darstellung verschiedener innerislamischer Diskurse geht. Stattdessen liefert Schneider mit diesem Kapitel eine Bestandsaufnahme (weiblichen) muslimischen Lebens in Deutschland, sowie von Akteurinnen im Bereich des organisierten Islam; aber auch unabhängige Musliminnen kommen als individuelle Repräsentantinnen muslimischer Frauen mit ihrer eigenen Lebensgeschichte und Haltung zum Islam in der deutschen Gesellschaft zu Wort. Viel bedeutender allerdings ist in diesem Kapitel Schneiders Bemühen, umstrittene

Themen der Diskussion um den Islam in Deutschland aufzugreifen und für das von ihr adressierte Publikum erneut und mit dem in den vorangegangenen Kapiteln erworbenen Grundwissen aufzurollen. Diese Themen sind das Kopftuch, die Möglichkeit der Anwendung schariarechtlicher Regelungen in Deutschland und Ehrenmorde. In der vorliegenden Diskussion gelingt es Schneider, diese komplexen Themen herunterzubrechen und in ihren jeweiligen sozialen, kulturellen, politischen und religiösen Kontext einzuordnen.

Dieser Abschnitt wäre in leicht ausführlicherer Form auch sehr gut als unabhängiger Essay vorstellbar, da er nicht zwingend auf den vorangegangenen Ausführungen aufbaut. Dadurch würde er vielleicht einem breiteren Feuilleton zugänglich und könnte die aktuell teilweise doch sehr feindlich und stereotyp geführte Debatte objektivieren und mit wertvollen Fakten unterfüttern, was zu einer generellen Anhebung des Diskursniveaus führen könnte.

Abschließend bleibt zu sagen, dass Irene Schneider mit ihrem Buch „Der Islam und die Frauen“ ihrem Anspruch gerecht wird, ein Überblickswerk zu schaffen, welches die reale Situation muslimischer Frauen sowohl in der „Kernregion“ des Islam als auch in Deutschland widerspiegelt und diese anhand historischer Entwicklungen und religiöser, juristischer und philosophischer Diskurse in Vergangenheit und Gegenwart einordnet und erklärt. Dabei weitet sich der Blick des europäischen Lesers über die beengte Wahrnehmung muslimischer Frauen als passiver, unterdrückter Opfer einer rückständigen Religion und patriarchalischer Strukturen hin zu muslimischen Akteurinnen, die ihren Status unter Rückgriff auf ihre religiös-kulturelle Identität selbst zu definieren und zu beeinflussen suchten und dieses Ziel weiterhin verfolgen.

Die Debatte um den Status und die Rolle der muslimischen Frau ist sowohl innerislamisch als auch im Dialog und Konflikt zwischen westlicher und islamischer Welt von höchster Aktualität und befindet sich gerade heute in einer sehr spannenden Phase, in der der theologische Diskurs mehr und mehr vom Streben nach Geschlechtergerechtigkeit innerhalb eines religiösen Referenzrahmens bestimmt wird, vermehrt weibliche Stimmen gehört werden und traditionelle Instrumente der Exegese durch moderne Methoden der Textinterpretation ergänzt werden. Irene Schneider hat diese Tendenzen im vorliegenden Buch überblicksartig dargelegt und damit ein wichtiges Einstiegswerk in diesen Themenbereich vorgelegt.

Samira Selle ist Director of Student Affairs and Marketing am Noor Majan Training Institute in Ibri, Oman.

**Uwe Blaurock (ed.), *The Influence of Islam on Banking and Finance*,
Schriften der Ernst von Caemmerer-Stiftung Bd. 8,
Baden-Baden: Nomos 2014, ISBN 978-3-8487-1824**

Achim-Rüdiger Börner

The book, published in late 2014, contains contributions, reports on contributions, and discussion summaries of the colloquium “The Influence of Islam on Banking and Finance” held in Frankfurt at the Commerzbank headquarters on 12 October 2012. A conference report has already been published by Mr. Elias Bischof.¹ After the “Conference on Islamic Finance“, held by the German banking supervisor BAFin² in Frankfurt on October 19 2009, this is one of the first seminar initiatives in Germany to deal with the spreading concept of Islamic finance, which has obtained new impetus in the aftermath of the financial crisis of 2008, and it is the merit of the editor to have noticed this new field of ideas.

The contributions to the colloquium deal with Islamic banking and leave out other financial sectors such as insurance and funds. There are valuable original contributions from European authors and scholars from German universities obviously relying mainly on some Western literature on Islamic banking; a substantial portion of the cited sources consists of publications by members of the *Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht* (GAIR) like e.g. Kilian Bälz, Martin Heckel, Osman Sacarcelik, and Nadjma Yassari. However, one of the main analyses of Islamic finance products and their tax consequences is often overlooked: Leila Momen, RIW (Recht der internationalen Wirtschaft) 2010, pp. 367–380 and 536–556. The book leaves out the taxation aspect and deals more with the commercial law aspects and supervisory handling of Islamic banking. Unfortunately, the time of two years was too short to obtain the long versions for all papers, for sound proof-reading, and for a review by English native speakers (e.g. on p. 51 “thinkable” should be “imaginable” and on p. 59 “he thinks” should be “he deems”).

The contributions do not question the conservative understanding of the Qur’ān and the application of fiqh as the fundamental sources of Islamic banking principles; they do not deal with the admissibility of Islamic banking concepts and the supervision of Islamic banking operations and products in the Arab countries, let alone other Western countries than Germany; they do not examine the specific risks arising from Islamic banking operations and products in general and in the Western context in particular. They criticise neither the concept nor the economic and social function of Islamic banking. Rather, the existing phenomenon of Islamic banking is accepted as a given and dealt with mainly under the aspect of German bank

1 Elias Bischof in *International Company and Commercial Law Review* 24 (2013), pp. 369–374.

2 Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht.

product regulation and consumer protection. It would be nice to learn about further German legal aspects, e.g. commercial law aspects, the tax treatment, and also the consequences for banking regulation (e.g. risk management and limits) – this demonstrates that there is ample room for further research and future conferences on Islamic finance.

Within these thresholds, the book is of good value. Here is a more detailed overview:

In his opening remarks, the editor, Uwe Blaurock, professor of law, head of the Institute of Commercial Law at Freiburg University and chairman of the Ernst von Caemmerer foundation, considers three Islamic principles relevant to the banking sector, viz. “the general prohibition of interest (*ribā*), the prohibition of speculation (*ǧarar*) and the prohibition of gambling (*maysir*)”. In addition, he finds ethical criteria restricting potential targets for Islamic investment resulting from “the prohibitions of alcohol production and trading, prostitution, pornography and the processing of pork and the trading of products containing pork” (pp. 8–13).

The content of the presentation by Mehmet Asutay, Professor of Middle Eastern and Islamic Political Economy & Finance in the Business School of the University of Durham, and the subsequent discussion are summarized by Elias Bischof, lawyer at Basel. Asutay sees the Islamic mind set of mutual investment in contrast to the banking mind set with a focus on profits, but he admits that in practice both recently tend to converge (pp. 15–17).

Thomas Prüm, lawyer (Rechtsanwalt) in Frankfurt, gives an overview of “Islamic Capital Markets” (pp. 19–33). He addresses *ṣukūk*, obviously drawing heavily on the recent thorough thesis “Rechtsfragen islamischer Zertifikate” by Osman Sacarcelik (member of GAIR). Prüm’s subdivision of *ṣukūk* may be subject to discussion, but then he enters into a detailed view on the regime for *ṣukūk* under German investment fund law (InvG and KAGB) (pp. 19–33).

Bischof summarizes the discussion of this paper (pp. 35–26) as well as the contents and discussion of the presentation “Islamic finance” by Habib Montani, lawyer at London (pp. 37–39). Mr Montani refers to the opinion that 80 % of the *ṣukūk* are not compliant with the *ṣarī‘a* and holds that this does not mean that the English concept of frustration applies and allows for an exit.

Mathias Caspar, professor of law at Münster University, presents his well-reasoned ideas on “Sharia Boards and Sharia Compliance in the context of European Corporate Governance”. He distinguishes very well between *ṣarī‘a* boards, being outside experts judging on Islamic compliance of procedures and products, and *ṣarī‘a* compliance officers, company officers responsible to the company board, and analyses prospectus liability (under German law) in case of non-compliance (pp. 41–58).

In my view this is one of the most informative chapters of the book. This contribution is especially valuable if read alongside Caspar’s paper on German civil law consequences in case of Islamic or ethical non-compliance (“Islamisches und ethisches

Wirtschaftsrecht – Risikoverteilung bei fehlender Vereinbarkeit mit den religiösen oder ethischen Vorgaben”) in RIW 2011, pp. 251–273, as this paper helps to fill gaps in that paper as regards the question of risk allocation, an area that comes as a necessary first step before an evaluation under consumer protection aspects. Bischof summarizes the subsequent discussion on the paper and further ideas in the conference plenum (p. 59).

In the final chapter “Towards a Global Contract Law in Banking and Finance”, Herbert Kronke (member of GAIR), a former Secretary-General of UNCITRAL and currently professor of law and director of the Institute for Comparative Law, Conflict of Laws and International Business Law at the University of Heidelberg (Institut für Ausländisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht, Universität Heidelberg), gives a status report on the existing international treaties and model laws as well as the international work in progress affecting Islamic banking. This contribution is a concise piece of work written by an experienced and up-to-date specialist with a comprehensive view on the current discussions and initiatives at the international level (pp. 61–74).

This overview shows that the book renders valuable information on selected aspects of Islamic finance and that, with a view to Germany and the world, a lot more of research, thoughts, discussions, and publication is needed in order to assess the social, commercial, legal, and supervisory aspects of Islamic finance: Truly, a fascinating field for further activities!

Dr Achim-Rüdiger Börner (member of the GAIR) is a lawyer in Cologne.

BERICHTE / REPORTS

“Family Law in Islam. Between the Demands of *fiqh* and Society” – The 3rd Annual AMI Contemporary *fiqhī* Issues Workshop. (Al-Mahdi Institute, Birmingham, 26th–27th March 2015)

Ali-Reza Bhojani

In recent years many tensions relating to the “Islamic,” or more precisely the inferred juristic *fiqhī*, conception of *šarī‘a* precepts regarding family law have arisen. These tensions reflect the changing and diverse societies in which Islam is practiced, both in Muslim majority and minority contexts. Changing social and cultural norms, coupled with the diverse regulatory frameworks of different nation states have led to numerous specific challenges relating to issues around family hierarchy, forced marriage, the age of consent, polygamy, equal access to divorce, inheritance, the concept of consanguinity in Islam (*mahramīya*) and its implications for adoption, to name but a few. An apparent disconnect between the moral aspirations of societies and individuals with regards to family regulations and the morality of the regulations apparently attributed to the *šarī‘a* has led to a range of responses on such issues from activists, comparative lawyers and theologians. Much of the work in this area has been driven by scholarship concerned with the implications of the practice and theory of family law in Islam, as law – from either a Human rights perspective or a feminist one. Less work has afforded opportunity to bring together different approaches to the questions involved in the actual interpretation or inference of the normative positions that may be deemed to have *šarī‘a* status in light of the changing and diverse contexts Muslims currently find themselves in. The human endeavour of inferring *šarī‘a* precepts from their sources is what is referred to as *fiqh*, and it is through the lens of its annual contemporary *fiqhī* issues workshop that Al-Mahdi Institute brought about a scholarly gathering to engage with questions relating to ‘Family Law in Islam: between the demands of *fiqh* and society’.

Continuing the precedent set in previous sessions, the workshop offered a space for scholars from a wide range of different perspectives and traditions to engage in a multidisciplinary approach to questions of shared concern. Participants included academics from a variety of fields, *muḥtahids*,¹ *muftis*,² theologians, practitioners and

1 *Muḥtahids* are independent Muslim jurists.

2 *Muftis* are opinion issuing Muslim jurists.

activists in an environment that encouraged a critical and dynamic engagement towards the development and dissemination of ideas. The opportunity afforded for the cross-fertilization of thinking between those whose primary lens of scholarship or activism focuses on gender issues and those who are seen as authoritative jurists within the tradition was of special value. The concentration of scholars present who work on *šī'ī* approaches to *šarī'a*, an often under-represented stream of thinking in European scholarship on Islam, was particularly important, albeit unsurprising in the setting of Al-Mahdi Institute, whose objectives of contributing to Muslim religious scholarship and learning are undertaken with particular emphasis on the Twelver *šī'ī* tradition.

1. Sayed Jafar Fadlallah

(Fadlallah Institute, Beirut)

Sayed Jafar Fadlallah commenced proceedings with a paper that advocated a *Qur'ān* centred hermeneutics in the inferential process of the *fiqh* regulating family relations. Although almost all Muslims place the *Qur'ān* first in any list of *šarī'a* sources, the significance of such hierarchy is often merely rhetorical in juristic readings of *šarī'a* due to dominant views regarding the capability of the hadith to qualify and specify the indication of the *Qur'ān*. Fadlallah argued that *ḥadīth* reports, which are the source of many of the rulings leading to tension over family regulation in Islam, should be understood within the context of the *Qur'ān* and not the other way round. Varying *ḥadīth* reports citing the age of maturity of girls as ranging between nine years to thirteen years, for example, can then be seen as varying practical applications of *Qur'ānic* principles and not the specification of universal laws. Implying that practical application of the *Qur'ānic* principles relating to family relations could take on forms other than those described in the *ḥadīth*, engagement with his paper focussed on questions relating to the source of principles for establishing the content of any such new applications. Responding to calls for a philosophical basis to such determinations, and concerns over possible extraneous factors influencing the interpretation of texts, Fadlallah maintained a commitment to developing an internal method emerging from the *Qur'ān* itself.

2. Rawand Osman

(Al-Mahdi Institute)

Rawand Osman continued the *Qur'ānic* theme with a study of the textual relations within the *Sūrat an-Nisā'*, a chapter of the *Qur'ān* that is a locus for what she notes has been described as the “problematic” verses on woman in the *Qur'ān*. After having traced the historic precedent for approaching *Qur'ānic* chapters as an integrated whole, she focussed on a number of modern treatments of the chapter's thematic structure. She argued that the treatment of polygamy, orphans' rights, women's financial rights, inheritance, and marital relations, when seen within the context

of the broader textual relations of the chapter reflect the *Qur'ān* actually presupposing women's *de facto* weaker position in society, especially with regards to financial dependence.

3. Aina Khan

(Duncan Lewis Solicitors, London)

Within a UK context Aina Khan discussed political debates calling for governmental intervention to eliminate discrimination against Muslim women, advocating the pressing necessity for wide-ranging reforms in pursuit of three key objectives; 1) gender equality in accessing financial resources of a Muslim marriage, 2) unequivocal legal recognition under English Law of the divorced wife's contractual right to *mahr* (Islamic dowry) and return of her financial contributions if in an unregistered Muslim marriage, 3) wives to have delegated right to unilateral 'no fault' divorce and restrictions on polygamy within the Muslim marriage contract. She brought to focus the theoretical debates with empirical data on the surprisingly increasing phenomenon of unregistered Muslim marriages in the UK, arguing that *in lieu* of reforms stemming from government and religious leaders, academics and practitioners could play a key role in reversing this worrying trend. In light of estimates citing that 80 % of young British Muslims are in unregistered marriages she argued for the immediate need to educate Muslims on the Islamic narrative regarding having formally recognised marriages as a means of protecting women children.

4. Seyyed Mostafa Mohagegh Damad

(Shahid Beheshti University, Tehran)

Seyyed Mostafa Mohagegh Damad suggested re-reading the verses of the *Qur'ān* with possible *fiqhī* relevance (*āyāt al-aḥkām*) through properly understanding who is actually being addressed in these verses. He argued that the verses dealing with family regulations pertaining to issues such as polygamy, divorce and marital disobedience are societal in their address and not directed towards husbands. Such a reading suggests that a husband has no unilateral right to divorce, conduct polygamous marriage or enact sanctions for possible marital disobedience on his own accord; instead, these can only be enacted by appropriate structures of societies such as a valid court process.

5. Lena Larsen

(University of Oslo)

Lena Larsen raised questions regarding the response of Muslims living in Europe to challenges posed by some political actors problematizing the very tenability of Muslims being law abiding and loyal citizens. She described *fatwā* discourses on women-related questions as symbolizing the supposed incompatibility of "fundamental

European values” and “Islamic values”. She argued that *muftīs*’ use of *maqāṣid aš-šarī‘a*³ as arguments for their *fatwās* might be transferred into a more commonly accessible language that allows clarifying fundamental values and their interpretations. She suggested a possible correspondence between the concepts and dynamics of the *maqāṣid* model with notions of ‘modern common morality’, and reflected on the implications of the emerging reconciliations with regards to issues of authority, identity and authenticity.

6. Arif Abdul Hussain

(Al-Mahdi Institute)

Arif Abdul Hussain discussed challenges to the practice of adoption in Islam. Dominant readings of *fiqh* find no means of establishing a legitimate bond between parent and adopted child that can overcome the obstacles to interaction and inheritance resulting from the absence of consanguinity. Through examining cases of what he described as essential and non-essential extensions of consanguinity in Islam, alongside an existential reading of abrogation, he argued that it is conceivable that the *šarī‘a* be able to accommodate for the establishment and with reference to the precedent of bond-brothers in early Islamic history, of consanguinity between parent and adopted child through suitable formal processes if and when such a need arises.

7. Liyakat Takim

(McMaster University)

Liyakat Takim focussed on the role of custom (*‘urf*) in Islamic law. Examining the tensions in the jurisprudential treatment of the guardianship of women, he called for a re-appraisal of the extent and nature of influence of custom in the inference of *šarī‘a*. His paper emphasized the limits of approaches to ‘the *fiqh* of minorities’ that view non-Muslim contexts as imposing a perpetual state of constraint as a means of allowing adaption to primary *šarī‘a* positions, rather than affording expressions of *šarī‘a* fundamentally consistent within varying contexts.

8. Vinay Khetia

(McMaster University)

Vinay Khetia’s study of Inter-Faith marriage in *imāmī* exegesis and jurisprudence closely examined a sample of scholarly debates about the possibility of a Muslim man marrying a non-Muslim woman from amongst the people of the book. His analysis of the treatment through a cross section of genres suggested an interplay between an appraisal of the obvious and expected jurisprudential evidence at hand, with a

³ I.e. higher purposes of Islamic law.

broader concern in the mind of the scholars regarding a value in the preservation of communal integrity.

9. Hasan Beloushi

(Exeter University)

Hasan Beloushi discussed the recent failed attempt towards the codification of a particular *shari* personal status law in Iraq. Set in the context of competing theories amongst religious scholars and secular intellectuals in Iraq regarding the relationship between Islam and the state, he examined the motivations for the proposal and responses to it. His paper highlighted the dangers and challenges inherent in attempts to codify particular readings of *fiqh*, both with respect to the perceived religious legitimacy of that which can actually be codified and the impact of such codification in a plural jurisdiction such as Iraq.

10. Ali Fanaei

(Al-Mahdi Institute)

Ali Fanaei's treatment of the question 'when can domestic violence be attributed to religion?' revolved around an analytical examination of the motivations for action. He argued that justifying the claim that religion itself is somehow responsible for domestic violence needs to overcome a hermeneutical gap between the sources of religious doctrine and their understanding and a psychological gap between belief and practice. Picking up from earlier debates, he argued that actually any interpretation, with its subsequent impact on belief and practice, relies on assumptions that cannot be internal to scripture.

11. Ziba Mir Hosseini

(SOAS, University of London)

Ziba Mir Hosseini explored how voices within the Muslim legal tradition have endeavoured to meet the challenge that contemporary notions of gender equality present to traditional *fiqh* conceptions of family and gender rights. She emphasized how recent Muslim reformist, and feminist scholarship in particular, have produced new knowledge and transformative interpretations from within the tradition. Yet her paper emphasized the still pressing need, and urgent imperative, for increased interaction between activists and those viewed as authoritative in the tradition to enable fulfilment of movements, thus far driven by feminist voices, to succeed in pursuit of equal treatment for women before the law.

12. Seyed M. Ghari Fatemi

(Al-Mahdi Institute)

Seyed M. Ghari Fatemi dealt with debates about marital rape in Islam by contextualising the claimed impossibility of rape within both historical Christian and Muslim understandings of marriage. Yet he argued that an unwanted sexual act by a spouse committed without the other person's consent, even if in marriage, is a plain contradiction with the right to self-determination as well as right to privacy. Employing a Kantian lens he described the undermining of a victims dignity by treating them as a means rather than an end in themselves, results in marital rape being deontologically an unethical vice act. For Fatemi this moral imperative in itself is sufficient grounds to seek a hermeneutical reading of the *Qur`ān* that privileges the grounding of the concept of marriage on verses such as 30:21,⁴ rather than 2:223⁵ and advocated similar hermeneutical moral and even mystical turns in the reading of the concept of 'qawama'.⁶

Conclusion

Notwithstanding the quality and diversity of the individual papers, the central contribution of the workshop was the space it afforded for rigorous discussion and debate amongst the participants and delegates. It is all too often that we find different stakeholders concerned with the practice and theory of family law in Islam, and even Islam in general, simply speaking past each other. Accordingly the value in bringing together activists, legal practitioners and theologians of different perspectives alongside scholars deemed authoritative in traditional Muslim circles, cannot be underestimated. It seems that multi-disciplinary engagement, that bridges intellectual paradigms, is actually paramount to facilitate the aims of each of the various stakeholders concerned. The workshop successfully provided a platform for these conversations, but also demonstrated the pressing need to develop such work further.

Dr Ali-Reza Bhojani is a Research Fellow at the Al-Mahdi Institute (Birmingham). His research centres around Islamic legal theory.

4 “And among His Signs is this, that He created for you mates from among yourselves, that ye may dwell in tranquillity with them, and He has put love and mercy between your (hearts): verily in that are Signs for those who reflect.”

5 “Your wives are as a tilth unto you; so approach your tilth when or how ye will; but do some good act for your souls beforehand; and fear Allah. And know that ye are to meet Him (in the Hereafter), and give (these) good tidings to those who believe.”

6 I.e. male spousal responsibility.

**Workshop „Gender, Law and Social Change in North Africa“,
Al-Akhawayn Universität, Ifrane (Marokko), 25.–29. März 2015**

Doris Gray

„Gender, Law and Social Change in North Africa“ war Thema eines viertägigen Workshops der Al Akhawayn Universität (جامعة الأخوين) in Ifrane, Marokko, vom 25. bis 29. März 2015.

Die Al Akhawayn Universität in Ifrane (AUI), Marokko, ist eine staatliche marokkanische Universität, die das amerikanische Hochschulsystem übernommen hat und Englisch als Unterrichtssprache verwendet. AUI liegt im Mittleren Atlasgebirge in der Nähe der Palaststädte Meknes und Fez. Studenten und Fakultät kommen aus mehr als 60 verschiedenen Ländern. Der damalige König Hassan II. gründete AUI 1995. Dr. Doris H. Gray, Direktorin des Hillary Clinton Center for Women’s Empowerment, war verantwortlich für das Zusammenkommen junger wissenschaftlicher Talente aus Nordafrika mit erfahrenen Kollegen, deren Forschungsschwerpunkt Nordafrika ist.

Ziel des Workshops, der in Zusammenarbeit mit dem St. Antony’s College der Universität Oxford organisiert wurde, war es, optimale Bedingungen für kollaborative Arbeit zwischen marokkanischen und internationalen Wissenschaftlern herzustellen. Die Beiträge gingen über die konventionelle Frauen- und Gender-Thematik hinaus. Arbeitsgruppen beschäftigten sich u.a. mit folgenden Themen:

Dr. Nicholas Hamelin und Bouchra Hader stellten ihre Arbeit zum Thema „Frauen und Korruption in Marokko“ vor. Die quantitative Studie lässt den Schluss zu, dass Frauen aufgrund ihrer relativ geringen Machtpositionen weniger anfällig für korrupte Arbeitsweisen sind als Männer. Sollte sich das Machtgefälle angleichen, ist zu erwarten, dass auch Frauen eine größere Bereitschaft zur Bestechlichkeit haben, wenn Korruption wie bisher als gängig akzeptiert wird.

Eine Gruppe von lokalen und internationalen Akademikern, Juristen und Aktivisten (Karla Mcanderns, Mohamed Yachoulti, Maud Depresle, Reda Oulamine, Anna Jacobs) beschäftigen sich mit der neuen marokkanischen Gesetzeslage zum Thema „Gender und Migration, Gender und Flüchtlingspolitik in Marokko“, die *de jure* Migranten und Flüchtlingen Rechte zuspricht, welche aber *de facto* in der Praxis selten angewendet werden.

Vanessa Paloma Elbaz berichtete über „Jüdische Gesetzgebung für Frauen in Marokko“ und stellt fest, dass der Minoritätenstatus jüdischer Bürger in Marokko dazu geführt hat, dass Rabbiner jüdische Gesetzgebung unterschiedlich auslegen und daher von Stadt zu Stadt, Gemeinde zu Gemeinde, unterschiedliche Regeln für Frauen gelten.

Michael Peyron, weltweit einer der tiefsten Kenner der Imazighen-Kultur im Mittleren Atlasgebirge, erläuterte, dass sowohl *šarī'a* als auch traditionelle Berbergesetzgebung ursprünglich mündlich überlieferte Gesetzgebung ist und daher der Unterschied zwischen islamischem Recht und Berberrecht über Jahrhunderte künstlich hergestellt und bis heute aufrecht erhalten wird.

Leslie Dodson präsentierte ihre Studie über ein Pilotprojekt der Wassergewinnung aus Nebel und die Auswirkung für Frauen in den ländlichen Gebieten im Süden Marokkos. Wassernot ist eines der zentralen Themen ländlicher Entwicklung. Wasserzufuhr ist vorwiegend Frauenarbeit und vielfach verbringen Frauen täglich Stunden damit, Wasser aus entfernten Bächen oder Brunnen zu transportieren. Wasser aus Nebel ermöglicht Wassergewinnung in unmittelbarer Nähe der Wohngegend.

Abderrahim Anbi und Megan O'Donnell analysieren marokkanische Gesetze im Hinblick auf alleinerziehende Mütter und Frauenhäuser, die im Schatten dieser diskriminierenden Gesetzgebung existieren. Frauenhäuser sind offiziell nicht erlaubt, da es keine gesetzliche Regelung für häusliche Gewalt gibt, werden aber geduldet.

Amal Idrissi erläuterte, wie marokkanisches Arbeitsrecht in Bezug auf berufstätige Frauen einen Widerspruch zwischen Arbeitsrecht und religiös begründetem Familienrecht (*mudawwanat al-usra*) darstellt.

Weitere Themen, die auf dem Workshop behandelt wurden, waren historische Gesetzgebung in Algerien für Frauen (Sarah Ghabrial), Tunesisches Recht im Umbruch nach dem arabischen Frühling (Zoe Petkanas), Frauen und *šarī'a* im historischen Vergleich (Rosemary Admiral), Recht und Unrecht bei Landeigentum für Frauen in Marokko (Raja Rhouni), und Islamischer Feminismus als Befreiungstheologie (Habiba Boumlik und Doris Gray).

So bereichernd diese Zusammenkunft für alle Beteiligten war, so gab es auch Herausforderungen aufgrund der unterschiedlichen wissenschaftlichen Ausbildung marokkanischer und internationaler Akademiker sowie Differenzen im Hinblick auf Einzelheiten der Datenanalyse. Es bleibt dennoch zu hoffen, dass dieser Workshop den Beginn langfristiger Zusammenarbeit und die Keimzelle neuer Forschungsprojekte bildet.

Mehr Informationen sind auf der Website www.aui.ma/en/hcc erhältlich.

Dr. Doris Gray ist derzeit an der Al Akhawayn University of Ifrane (AUI) beschäftigt und betreibt dort Forschungen zum Thema Frauenrechtsgebung in Nordafrika, Maskulinitätsstudien und Übergangsjustiz in Tunesien.

**Tagungsbericht: „Ambivalenzen islamischer Normativität im Spannungsfeld von religiösem Anspruch und deutschem Recht“,
18.-20.2.2015, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg**

Farid Suleiman

Im Februar 2015 veranstalteten das Department Islamisch-Religiöse Studien (DIRS) und das Erlanger Zentrum für Islam und Recht in Europa (EZIRE) einen international besetzten Workshop (Konferenzsprachen Deutsch und Englisch), der sich mit Ambivalenzen islamischer Normativität im Spannungsfeld von religiösem Anspruch und deutschem Recht auseinandersetzte. Der Workshop wurde gefördert vom Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) sowie von dem Graduiertenkolleg Islamische Theologie. Die Veranstaltung reihte sich in eine noch recht junge Tagungstradition ein, die im Jahr 2013 an der Universität Osnabrück mit einem Workshop zum Thema „Islamisches Recht in Theorie und Praxis“ ihren Anfang nahm.¹ Ein Jahr später folgte an der Universität Tübingen ein weiterer Workshop, dieses Mal zu dem Thema „Islamisches Recht und die Herausforderungen moderner Gesellschaften“. Der hier vorliegende Bericht liefert eine inhaltliche Kurzzusammenfassung zu dem oben erwähnten internationalen Workshop, welcher unter dem Titel „Ambivalenzen islamischer Normativität im Spannungsfeld von religiösem Anspruch und deutschem Recht“ zwischen dem 18. und 20. Februar 2015 an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg abgehalten wurde.

Der erste Konferenztag begann mit einem Grußwort von Prof. Dr. Antje Kley, der Vizepräsidentin der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, und einführenden Worten des Hauptorganisators des Workshops, PD Dr. Abbas Poya (Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg). Den inhaltlichen Auftakt machte einer der drei Hauptredner, Dr. Anver Emon (Universität Toronto, Kanada, z. Zt. Guggenheim Fellow an der Universität Princeton, USA), mit einem Vortrag mit dem Titel „Islamic Legal Authority, State Sovereignty and Technologies of Governance in Spaces of Legal Pluralism“. Die Zuhörer wurden zuallererst mit einer in der kanadischen Stadt Ontario öffentlich und sehr kontrovers geführten Debatte vertraut gemacht, in der auf politischer, medialer und gesellschaftlicher Ebene diskutiert wurde, ob und in welchem Umfang ADR (*Alternative Dispute Resolution*) als eine Streitbeilegungsmethode in Familienrechtsfragen für in Kanada ansässige Muslime realisiert werden könne. Emon vertrat die Meinung, dass informelle, nicht-staatliche Schlichtungsverfahren unter den muslimischen Bürgern schon lange Realität seien und eine ablehnende Haltung gegenüber ADR daher nur Aus-

1 Siehe hierzu Jan Felix Engelhardt: Bericht zum Workshop „Islamisches Recht in Theorie und Praxis“, Osnabrück, 11.-12. Januar 2013, S. 49-54.

druck des Widerwillens dafür sei, sich diesem Phänomen auf staatlicher Ebene verantwortungsvoll zu stellen. Emon stellte dann drei Prinzipien dar, die er als grundlegend für das Gelingen von ADR ansah. Erstens: Eine jede Gemeinschaft, die erwartet, von staatlicher Seite anerkannt zu werden, stehe in der Pflicht, ebenso die Interessen und die Autorität des Staates anzuerkennen und zu respektieren. Zweitens: Der Staat müsse den rechtlichen Rahmen so setzen, dass alle Untergruppen einer heterogenen Gemeinschaft – wie z.B. die muslimische eine ist – die ADR ihren jeweiligen spezifischen Bedürfnissen entsprechend realisieren können. Drittens: Es müsse die Möglichkeit für einen ständigen Austausch und Dialog geben, sowohl auf vertikaler Ebene (Staat – Gemeinschaft), als auch auf horizontaler Ebene (Mitglieder der Gemeinschaft untereinander).

Die Thematik erfordert laut Emon die Zusammenarbeit von Wissenschaftlern aus verschiedenen Bereichen. So sollte der Jurist u.a. klären, wie der Prüfungsmaßstab eines zweiten Gerichts (*standard of review*) anzusetzen sei und in welchem Rahmen der *ordre-public*-Vorbehalt zum Tragen kommen könne. Innerhalb der Wirtschaftswissenschaften sei die Regel, dass Personen ihre Handlungen zuvörderst nach rationalen Kriterien ausrichteten, sowie die Ausnahme dieser Regel, nämlich dass vorheriges nicht für religiös-motivierte Handelnde gelte, stärker zu hinterfragen. Soziologen und Anthropologen dagegen sollten klären, ob und inwiefern die mit den staatlichen Sozialmaßnahmen (*social services*), wie der des ADR, verbundene Neubildung oder Festigung von gesellschaftlichen Subgruppen mit der konstruierten Gemeinschaft (*imagined community*) eines Nationalstaates in Einklang zu bringen sei. Politologen sollten sich die Frage stellen, welche Implikationen ein Staat, der in diesem Kontext sowohl als Richter, als auch als letztgültige Instanz auftrete, auf die Konzepte von individueller Freiheit, Multikulturalismus und staatlicher Hoheit hat. Schließlich sei es der Auftrag der Islamwissenschaftler zu erforschen, in welcher Art und Weise der innerislamische Diskurs auf Phänomene wie den ADR reagiere. Das letzte Drittel des Vortrags widmete Emon der Frage, welchen Beitrag die innermuslimische Forschung leisten könne. Die Vergangenheit habe gezeigt, dass säkulare Bewegungen, die versuchten, die muslimischen Gesellschaften zu reformieren, indem sie die Religion aus dem öffentlichen Raum verdrängten, mit ihrem Ansatz scheiterten. Emon plädierte daher dafür, die Religion ernst zu nehmen, den *fiqh* jedoch unter historischen Gesichtspunkten neu aufzuarbeiten („to work through the *fiqh*“). Damit ist gemeint, dass vergangene Konzepte von Staat, Untertan, Eigentum etc., vor deren Hintergrund sich das klassische Recht ausbuchstabierte, an die aktuellen Gegebenheiten angepasst werden müssen, um darauf aufbauend einen zeitgemäßen *fiqh* zu entwerfen.

In dem darauffolgenden Panel präsentierte Dr. Petra Bleisch (Universität Fribourg, Schweiz) die Ergebnisse einer mehrjährigen Feldforschung, die Lernprozesse von zum Islam konvertierten und einem muslimischen Frauenverein in der Schweiz zugehörigen Frauen betrachtete. Die Ausgangsfragen waren dabei, an was sich Menschen, die sich als Musliminnen bezeichnen, orientieren, wenn sie in einem Raum wie in der

Schweiz oder Westeuropa leben, der sich nicht hauptsächlich als „islamisch“ geprägt versteht und in dem zudem verschiedene muslimische Gruppen mit unterschiedlichen Auslegungen aktiv sind. Wie lernen und produzieren sie „Islam“? Wie konzeptualisieren sie islamische Normen und normative Ordnungen? Aus der narratologischen Analyse ergaben sich zwei Erzählschemata der Aneignung islamischer Normen: Im Schema der Komödie erzählen die Konvertitinnen die Geschichte einer heldenhaften Aneignung islamischer Normen, die entgegen ihrem früheren „nichtislamischen“ Leben und der „nichtislamischen“ Umwelt so schnell wie möglich durchgesetzt werden müssen. Im Schema der Romanze erzählen die Konvertitinnen die Geschichte des stetigen Treffens auf „Islam“ und islamische Normen. Auf dem Höhepunkt der Erzählung werden die Frauen als bereits schon „Islam“ lebend erkannt. Die Erzählschemata korrelieren mit unterschiedlichen Repräsentationen islamischer Normen und normativer Ordnungen, die zudem einem unterschiedlichen Bedarf bezüglich Autoritätsinstanzen und Vereinszugehörigkeit entsprechen. Allen konvertierten Frauen geben insbesondere ältere Konvertitinnen als zentrale Autoritätsinstanzen nicht nur islamisches Wissen weiter, sondern diese werden von den Frauen vor allem auch als Rollenmodelle gesehen, wie man als Muslimin in der Schweiz leben kann. Damit wird die Rolle von Frauen in Transmissionsprozessen islamischer Normen und normativer Ordnungen sichtbar gemacht.

Der zweite und letzte Vortrag des Panels wurde von Noha Abdel-Hady (Universität Hamburg) gehalten und trug den Titel „Rechtswissenschaftliche Perspektiven zur Entstehung von Rechtsgenre am Beispiel der frauenbezogenen Jurisprudenz (*fiqh an-nisā'*): Ein rechtssystematischer Prozess im Wandel“. Abdel-Hady fokussierte sich bei ihren Ausführungen auf Entstehung und Kategorisierung von Rechtsgenre, um damit Tendenzen in der rechtsthematischen Entwicklung von Jurisprudenz sichtbar zu machen. Dabei konzentrierte sie sich auf frauenbezogene Themen, speziell dem seit den 1990er Jahren aufgekommenen Rechtsgenre des *fiqh an-nisā'* als ein Beitrag zur islamischen Rechts- und Gattungsforschung.

Dieser Konferenztag wurde durch einen Abendvortrag abgerundet, der inhaltlich außerhalb des Konferenzthemas anzusiedeln ist und auch für Nicht-Konferenzteilnehmer offenstand. Er trug den Titel „The religious referential in the Tunisian constitution of 2014“ und wurde von Dr. Bassem Karray (Universität Sfax, Tunesien) gehalten. Karray stellte verschiedene Verfassungsentwürfe nebeneinander und zeigte, wie die verfassungsgebende Nationalversammlung in Tunesien diese diskutierte. Bei seiner Betrachtung stand im Mittelpunkt, inwiefern in die Verfassung religiöse Vorstellungen eingeflossen sind. Dabei wurde deutlich, dass der gemeinsame Nenner, auf den sich die religiösen und die säkularen Kräfte einigen konnte, auf der mehrdeutigen Wortwahl in der tunesischen Verfassung basiert, sodass es nicht vorhersagbar ist, in welche Richtung das Land in den nächsten Jahrzehnten steuern wird.

Der zweite Konferenztag sollte mit einem Vortrag des zweiten Hauptredners Dr. Aḥmad ar-Raisūnī (International Islamic Fiqh Academy in Dschidda, Saudi-Arabien) beginnen, der aus der *maqāṣid*-Perspektive die Grenzen und Möglichkeiten der Adaption der *šarīʿa* an den europäischen Kontext aufzuzeigen plante. Leider musste dieser Beitrag entfallen.

Gemäß dem Tagungsprogramm startete nun das erste Panel des zweiten Konferenztages mit den Rednern Dr. Sobhi Rayan (Al-Qasemy College in Haifa, Israel) und Mahmud El-Wereny (Universität Göttingen). Ersterer beschäftigte sich mit der Frage nach der Wandelbarkeit von *šarīʿa*-Normen am Beispiel des Zinsverbots. Rayan identifizierte die Ungerechtigkeit (*ẓulm*) als *ratio legis* (*ʿilla*) des Verbots von Zinsen und machte deutlich, dass in modernen Transaktionsgeschäften der Tatbestand der Ungerechtigkeit nicht immer auszumachen sei. Darauf aufbauend kam er zu dem Schluss, dass das Zinsverbot seinem Ziel gemäß an die heutigen Verhältnisse angepasst werden sollte. In der darauf folgenden Diskussion wurde jedoch diskutiert, ob die Vermeidung von Ungerechtigkeit (*ẓulm*) tatsächlich die *ratio legis* oder aber lediglich eine der Weisheiten (*ḥikma*) hinter dem Zinsverbot sei. Denn bei letzterem ist es fraglich, ob ihre Nicht-Verwirklichung in Einzelfällen eine Annullierung des Verbots begründen könne.

Mahmud El-Wereny beschäftigte sich mit dem Thema „Instrumente islamrechtlicher Normenfindung im Kontext der Diaspora“, und zwar aus der Perspektive des zeitgenössischen Gelehrten Yūsuf al-Qaraḍāwī (geb. 1926). Als Primärquelle diente in erster Linie dessen dazu verfasste Abhandlung *Fī fiqh al-aqalliyāt al-muslima. Ḥayāt al-muslimīn waṣaṭ al-muḡtamaʿāt al-uḡrā* („Über das islamische Recht bezüglich muslimischer Minderheiten. Das Leben der Muslime inmitten anderer Gesellschaften“), erschienen 2001. El-Wereny stellte die wichtigsten Aussagen dieses Werkes kurz zusammen, das sich mit der Flexibilität der *šarīʿa* im Allgemeinen und mit der Wandelbarkeit von Fatwas beschäftigt. Dabei stellte der Vortragende positive Aspekte dar, machte jedoch auch deutlich, dass al-Qaraḍāwīs fehlende Kenntnis über den europäischen Lebenskontext sich in seinen Schriften negativ bemerkbar mache.

Das nächste Panel begann mit einem Beitrag von Idris Nassery (Universität Paderborn, Mitglied der GAIR), der den Titel „Der Ordre Public-Vorbehalt vs. Scharia“ trug. Nassery machte an Fallbeispielen deutlich, wie und in welchem Umfang die Vorbehaltsklausel des *ordre public* in Relation zu der *šarīʿa* innerhalb der deutschen Gerichtsbarkeit ihre Anwendung finde und insbesondere, wo sich Konflikte ergäben. Hierdurch vergegenwärtigte Nassery, wie virulent die *šarīʿa* selbst vor deutschen Zivilgerichten sei. Darauf aufbauend plädierte er zum einen dafür, dass diejenigen, die an derartigen Entscheidungsprozessen beteiligt seien, islamrechtlicher Fortbildung bedürften und zum anderen auch eine Notwendigkeit bestehe, dass muslimische Juristen sich verstärkt den anstehenden Herausforderungen stellten.

Der zweite Vortrag in diesem Panel trug den Titel „Islamic Banking and Finance in Europe Particularly in Germany: Regulatory and Legal Challenges“. Er wurde von Muhammad Ashfaq (Universität Tübingen) gehalten, der der Frage nachging, wieso der weltweit stark wachsende Bereich Islamic Finance in Europa und speziell in Deutschland nur sehr geringen Einzug findet. Ashfaq zeigte dabei auf, dass es u.a. die politischen und juristischen Rahmenbedingungen sind, die die Einführung von islamischen Finanzprodukten erschweren. Dies machte Ashfaq am Beispiel der doppelten Stempelsteuer bei Pfandverträgen (double stamp duty in mortgage contracts) deutlich.

Der zweite Konferenztag endete mit einem Vortrag von Prof. Dr. Mathias Rohe (Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, Mitglied der GAIR), dem dritten und letzten Hauptredner im Programm. Dieser trug den Titel: „Außergerichtliche Streitbeilegung (ADR) mit religiös-kultureller Prägung in Deutschland.“ Rohe verdeutlichte die Gründe, Voraussetzungen und Grenzen von ADR und zeigte dabei auch auf, dass ADR-Instanzen schon in mehreren Ländern Europas sowohl auf formeller als auch auf informeller Basis Realität seien. Es sei v.a. wichtig, dass ADR auf Freiwilligkeit der Beteiligten beruhe, professionell durchgeführt werde und das Gewaltmonopol des Staates jederzeit respektiert werde. Zudem machte Rohe deutlich, dass eine kulturell-religiös ausgerichtete ADR in ganz unterschiedlichen Bevölkerungsgruppen zum Tragen kommen könne und der Bedarf sich vor allem auf die wenig integrierten Milieus innerhalb solcher Gruppen erstreckte. In Deutschland speziell gebe es Hinweise, dass eine „Paralleljustiz“ in einem gewissen Umfang existiere. Diese sei jedoch mit Ausnahme von tatsächlichen Gegenstrukturen in salafistischen Kreisen meist informell. Rohe plädierte dafür, eindeutig zwischen solchen Gegenstrukturen und dem neutralen oder sogar positiven ADR zu unterscheiden und der Thematik mehr wissenschaftliche Beachtung zu schenken, sodass frühzeitig Strategien zur Bewältigung von potentiellen Gefahren erarbeitet werden können.

Dieser Konferenztag endete mit einem Panel, in dem Prof. Mouez Khalfaoui (Universität Tübingen, Mitglied der GAIR) zum Thema „Curriculum des ‚Islamischen Rechts‘ an theologischen Institutionen Deutschlands“ und Prof. Dr. Mathias Rohe (Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg) zum Thema „Islamisches Recht in der universitären Lehre – Inhalte, Erfahrungen, Perspektiven“ referierten. Beide Vortragende können auf einen großen Erfahrungsschatz im Bereich der universitären Lehre zurückgreifen und diesen mit den Zuhörern teilen.

Am dritten und letzten Konferenztag wurden zwei Panels mit je zwei Beitragenden angesetzt. Aus je einem Panel musste krankheitsbedingt ein Vortrag entfallen, namentlich der von Dr. Mohammad Nekroumi (Universität Tübingen) zum Thema „Erkenntnistheoretische Fragestellungen des bekenntnisorientierten *Fiqh*-Unterrichts“ und der von Simone Trägner-Uygun (Universität Tübingen) mit dem geplanten Titel „Zeitgenössische Diskurse zum islamischen Strafrecht“.

Die zwei abschließenden Vorträge wurden von Dr. Jameleddine Ben Abdeljelil (Universität Frankfurt) zum Thema „Rechtsschulische Pluralität und Heterogenität als pädagogischer und methodologischer Ansatz“ und von Abdelaali El Maghraoui (Universität Tübingen) zum Thema „Zur Begründbarkeit der Argumentation finanzbezogener Inhalte in das Unterrichtsfach ‚Islamisches Recht‘“ gehalten. Ersterer vertrat die These, dass rechtsvergleichende Werke muslimischer Autoren mit Ausnahme einiger weniger zeitgenössischer Veröffentlichungen meist polemischer Natur sind. Es sei wichtig, dies zu überwinden und ohne eine vorher festgelegte Präferenz für eine *Fiqh*-Schule rechtsvergleichend zu forschen. Auch sei es möglich, eine positive Einstellung gegenüber der Heterogenität islamischer Rechtsauffassungen als Basis für eine zeitgemäße didaktische und pädagogische Lehre zu nehmen.

Abdelaali El Maghraoui plädierte in seinem Beitrag für die Wichtigkeit von finanzbezogenen Inhalten in universitären Curricula. Argumentativ wurde dies gestützt durch qualitative Forschungsansätze, die die muslimische finanzbezogene Rechtsliteratur fokussierte, aber auch durch quantitative Daten über die Entstehung von Instituten in und außerhalb der islamischen Welt seit den 1970er Jahren, welche im Bereich des Islamic Finance forschen. Dabei wurde auch erörtert, inwiefern deren Methodiken ein Orientierungsmodell für das in Deutschland zu etablierende *Fiqh*-Unterrichtsfach dienen können.

Farid Suleiman, Doktorand und wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, forscht im Bereich Islamische Philosophie und Theologie mit besonderem Fokus auf das Denken des Gelehrten Ibn Taymiyya (gest. 1328).

**Konferenz „Islamic Judicial System in Classical and Modern Times:
Discourses and Practices“,
28.-30. Oktober 2014 in Yogyakarta (Indonesien)**

Robert Schönrok & Aresu Tawafi

Die Konferenz „Islamic Judicial System in Classical and Modern Times: Discourses and Practices“ fand vom 28. bis 30. Oktober 2014 unter Leitung von Prof. Dr. Irene Schneider (Seminar für Arabistik/Islamwissenschaft der Georg August-Universität Göttingen, Mitglied der GAIR), Prof. Dr. Fritz Schulze (Seminar für Arabistik/Islamwissenschaft der Georg August-Universität Göttingen) und Prof. Dr. Noorhaidi Hasan (Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga, Yogyakarta/Indonesien) statt. Dies war bereits die vierte Konferenz, die im Rahmen der langfristig angelegten Kooperation zwischen den Universitäten Göttingen und Yogyakarta stattfand. Die Kooperation wird vom DAAD im Rahmen des Programms „Hochschuldialog mit der islamischen Welt“ unter dem Thema „Islamisches Recht, Gender und Zivilgesellschaft in Indonesien und Deutschland“ gefördert.

Die insgesamt 18 Vorträge der deutschen und indonesischen Teilnehmer*Innen deckten in fünf Panels einen breiten Rahmen ab: von der aktuellen Ausbildung indonesischer Jura- und *Fiqh*-Student*Innen über den Status des islamischen Familienrechts im Rahmen der Menschenrechte bis hin zur Stellung von Richter*Innen und der Rechtsprechung im vormodernen Islam und dem heutigen Palästina. Hervorzuheben ist, dass neben Wissenschaftler*Innen aus Deutschland und Indonesien auch praktizierende Jurist*Innen mit Vorträgen an der Konferenz teilnahmen und somit die akademischen Diskussionen durch Bezüge zur Rechtspraxis konkretisiert werden konnten.

1. Dr. Siti Ruhaini Dzuhayatin

(Faculty of Shari‘ah and Law der State Islamic University [UIN] Sunan Kalijaga Yogyakarta)

Siti Ruhaini Dzuhayatin erläuterte in ihrem Vortrag „Working with Judges in the Elimination of Violence Against Women in Religious Courts in Indonesia“ den Ansatz und die Auswirkungen ihrer Organisationsarbeit, die Richter der islamischen Gerichte in Indonesien für Gewalt gegen Frauen zu sensibilisieren. Seit 1994 setzte sie sich zunächst dafür ein, dass Gewalt gegen Frauen von staatlicher Seite als ein existierendes Problem wahrgenommen wird. Seit 2004 existiert in Indonesien ein Gesetz gegen häusliche Gewalt. Siti Ruhaini Dzuhayatin legte dar, dass dieses Gesetz in islamischen Gerichten jedoch kaum berücksichtigt werde, da es in dem Gesetz keine Referenzen zum Islam gäbe. Wichtig ist ihr, islamische Richter mit Entwicklungen

der Koraninterpretation sowie daraus resultierender progressiverer Rechtsprechung vertraut zu machen.

2. Dr. Euis Nurlaelawati

(State Islamic University [UIN] Syarif Hidayatullah Jakarta)

Ebenfalls mit der Rolle der islamischen Richter in Indonesien beschäftigte sich Euis Nurlaelawati in ihrem Vortrag „Institutional and Procedural Reforms at Islamic Courts in Indonesia: Female Judges and Access to Justice for Female Litigants“. Bei der Berufung der Richter für islamische Gerichte in Indonesien sei eine Entwicklung erfolgt: zunächst waren diese vornehmlich aus Pesantren (islamische Internate in Indonesien) ausgewählt worden und erst seit 1989 sind diese Richter auch Universitätsabsolvent*Innen. Zunächst waren hauptsächlich Absolvent*Innen der Fakultäten für islamisches Recht und Zivilrecht Kandidat*Innen für das Richteramt und erst zu diesem Zeitpunkt wurde Frauen auch formal die Befähigung zum Richteramt zugestanden. Seitdem nahm die Zahl weiblicher Richter an islamischen Gerichten zu, wobei sie trotz alledem weiterhin klar in der Unterzahl sind. Eine Erhöhung der Zahl der Richterinnen hätte nach Ansicht Nurlaelawatis eine größere Gerechtigkeit für weibliche Prozessparteien zur Folge.

3. Prof. Dr. Irene Schneider

(Seminar für Arabistik/Islamwissenschaft der Georg-August-Universität Göttingen)

Irene Schneider stellte in ihrem Vortrag „Kadi-Justiz und Qāḍī-Justiz: Richter und Rechtsprechung im vormodernen Islam und im heutigen Palästina“ ihre Forschung anhand klassischer Rechtsliteratur, hier vor allem der Richterspiegelliteratur (*adab al-qāḍī*), vor und dekonstruierte Webers Bild der formal regellosen, inhaltlich willkürlichen und unter politischem Einfluss stehenden Kadijustiz. Abschließend bezog sie ihre aktuelle Forschung zur heutigen Situation islamischer Richter am Beispiel Palästinas ein und kam zu dem Schluss, dass „der moderne qāḍī“ zwar viele Gemeinsamkeiten mit europäischen Richter*Innen habe, jedoch auch klassisch-islamische Züge aufweise und Funktionen des Juristen, Richters, Lehrers und Politikers in seiner Rolle vereine.

4. Dr. Mohsen Zakeri

(Seminar für Arabistik/Islamwissenschaft der Georg-August-Universität Göttingen)

Mohsen Zakeri blickte in seinem Vortrag „Prison and Imprisonment: Crime and Punishment in the Early Abbasid Period“ auf die abbasidische Herrschaft zurück und charakterisierte deren Gefängnisse als Strafanstalt lediglich für Schuldner und Apostaten sowie als Ort für eine Untersuchungshaft bis zum Prozessbeginn. Eine Inhaftierung als Bestrafung für ein Verbrechen sei nicht islamisch legitimiert und Gefängnisse laut Foucault erst im 18. Jahrhundert als Ort für eine bestrafende Inhaftierung eingeführt worden.

5. Prof. Dr. Claudia Derichs

(Vergleichende Politikwissenschaft/International Development Studies,
Institut für Politikwissenschaft der Philipps-Universität Marburg)

In ihrem Vortrag „Adjustment Practices over Times: Matching Principles, Laws and Empirical Reality“ beschäftigte sich Claudia Derichs mit dem Rechtspluralismus in einer globalisierten Welt und betrachtete den Pluralismus im normativen Rahmen des Islamischen Rechts und innerhalb verschiedener Rechtssysteme. Unter Anwendung der Ansätze von F. von Benda-Beckmann, S. Vertovec und J. Blommaert stellte sie ein Schema zur Analyse und Strukturierung der Anwendung normativer Rahmen vor und wandte es an dem Beispiel der *misyar*-Ehe in Ägypten, Saudi-Arabien und Malaysia an. Sie kam zu dem Schluss, dass Rechtspluralismus innerhalb und zwischen verschiedenen normativen Rahmen den Menschen erlaubt, für ihre Angelegenheiten eine Rechtfertigungsstrategie ihrer Wahl zu finden und auch Globalisierungseffekte eine gewisse Flexibilität zu ermöglichen, wobei die Frage, welcher normative Rahmen als dominant und verbindlich gilt, eher Verhandlungssache ist und politischem Willen unterliegt, als dass ihre Beantwortung in der Hand derjenigen liegt, die die Macht haben, etwas als „universelle Wahrheit“ zu definieren.

6. Prof. Dr. Patrick Franke

(Lehrstuhl für Islamwissenschaft,
Zentrum für Mittelalterstudien der Otto-Friedrich Universität Bamberg)

Patrick Frankes Vortrag zum Thema „Ḥadd Penalties, Judicial Counsellors and Power Relations in 9th Century Cordoba – A Report on two Blasphemy Trials“ befasste sich mit zwei Blasphemierechtsfällen im Cordoba des 9. Jahrhunderts. Im Vergleich dieser beiden ähnlich gelagerten Rechtsfälle verdeutlichte der Referent, in welchem Maße Blasphemieanschuldigungen zum einen politisch-sozial bedingt waren und zum anderen in ihrem Ausgang auch sehr stark an politischen und sozialen Interessen orientiert waren. Religiöses Recht war somit auch in historischer Zeit – zumindest in diesen beiden Fällen – ablesbar ein Instrument in den Machtbeziehungen in der Gesellschaft.

7. Prof. Dr. Fritz Schulze

(Seminar für Arabistik/Islamwissenschaft der Georg-August-Universität Göttingen)

In seinem Vortrag „Is Islamic Law Secular Law? The Discourse and its Reflection in Indonesia“ ging Fritz Schulze auf einen Diskurs in Indonesien ein, der nur auf dem ersten Blick rein akademisch erscheint. Im Kern geht es um die Frage des Verhältnisses von Säkularität und Religiosität im indonesischen Staat. Sakral interpretiertes Recht ist unantastbar, wohingegen säkular interpretiertes religiöses Recht offen für Veränderungen ist und die Möglichkeit eines pluralen Rechtssystems eröffnet.

Damit ist unmittelbar die Position von *šarī'a*-orientierten Rechtspositionen im indonesischen Rechtssystem berührt.

8. Dr. Ahmad Rafiq

(Department of Qur'ānic Studies and Postgraduate School der State Islamic University [UIN] Sunan Kalijaga Yogyakarta)

Ahmad Rafiq präsentierte in seinem Vortrag „Presenting Islam and Justice in the Edge: The Case of Kitāb Parukunan in Banjar Muslims“ eine Fallstudie über lokal verwendete islamische Rechtsliteratur in seinem Vortrag über das Kitāb Parukunan aus Banjar. Dieses dient ihm als Beispiel für islamisches Recht und dafür, wie es an der Peripherie der islamischen Welt ausgeübt wird.

9. Dr. Syafiq Hasyim

(Berlin Graduate School Muslim Cultures and Societies [BGSMCS], Freie Universität Berlin)

Aceh als einzige indonesische Provinz, welche die *šarī'a* eingeführt hat, und der Status von Nichtmuslimen wurden von Syafiq Hasyim in seinem Vortrag „The Position of Non-Muslims in the Justice System of Aceh“ vorgestellt. Die *šarī'a* als Gesetz war seit dem Amtsantritt von Präsident Habibie ein Thema in Aceh – 1999 sollte die *šarī'a* als positives Recht in Aceh eingeführt werden, dies wurde jedoch vom zuständigen Gouverneur Irwandi aus politischen Gründen abgelehnt. Nach aktueller Rechtsauslegung in Aceh fallen Nichtmuslime unter islamisches Recht, wenn sie Verbrechen zusammen mit Muslimen begehen. Im Fokus des islamischen Strafrechts in Aceh steht hauptsächlich die Verfolgung Homosexueller. Hauptkritikpunkt Syafiqs ist der Status religiöser Minderheiten in Aceh, da es nicht klar geregelt sei, ob diese nach islamischem Recht behandelt werden dürfen – wie von der Regierung Acehs vorgesehen – oder ob sie von der indonesischen Verfassung geschützt sind. Somit herrsche in Aceh kein „rule of law“, sondern vielmehr ein „rule of regime“.

10. StA Jochen Goerdeler

(Referent im Justizministerium des Landes Schleswig-Holstein)

Einen Blick auf eine aktuelle Entwicklung in Europa warf Staatsanwalt Jochen Goerdeler. In seinem Vortrag „Do We Have a Duty to Show Our Faces? ICHR Judgement on the Prohibition to Wear A Full-Face Veil in Public“ analysierte er eine Entscheidung des europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte bezüglich des Verbots der Gesichtsverschleierung in der Öffentlichkeit in Frankreich. Gegen dieses Gesetz hatte eine französische Bürgerin geklagt. Goerdeler reflektierte zunächst zwei zentrale Begriffe des Gesetzestexts: Das Gesicht, welches das charakteristischste Merkmal eines jeden Menschen ist, und die Öffentlichkeit als Ort, an dem Demokratie geformt wird und der durch eine digitale Welt erweitert wird. Der Gerichtshof hatte

zu entscheiden, ob das französische Gesetz gegen die Artikel 8 und 9 der europäischen Menschenrechtskonvention verstößt. In seiner Argumentation führte der französische Gesetzgeber an, dass das Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und des öffentlichen demokratischen Raumes sowie der Rechte und Freiheiten anderer Personen formuliert worden sei. Dieser Argumentation folgte der Gerichtshof, lehnte jedoch das ebenfalls angeführte Argument ab, dass die Würde des Menschen durch das Gesetz geschützt werde.

11. Al Makin

(Faculty of Theology and Philosophy der State Islamic University [UIN]
Sunan Kalijaga Yogyakarta)

Diskriminierende Gesetze gegenüber Nichtmuslimen standen ebenfalls im Fokus des Vortrags „Discriminative Laws against Minorities in the Muslim Majority in Indonesia“ von Al Makin. In seiner Forschungsarbeit untersuchte er lokale nichtmuslimische Propheten Indonesiens und deren Religionen. Von diesen gab es in den letzten Jahrzehnten über 600. Als rechtliches Problem stellt sich für diese Propheten dar, dass sie durch die Verfassung Indonesiens nicht geschützt sind sowie wegen Vergehen gegen einzelne, gegen Minderheiten angewandte Gesetze angeklagt wurden und werden. Besonders zu erwähnen seien hier der Blasphemie-Paragraf des indonesischen Strafrechts von 1965, die sogenannte House of Worship Bill von 2006, sowie die Konsequenzen aus dem Ahmadiya-Verbot 2008.

12. PD Dr. Friederike Wapler

(Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main)

Mit dem Spannungsfeld zwischen islamischem Familienrecht und deutscher Rechtsprechung beschäftigte sich Friederike Wapler in ihrem Vortrag. Islamisches Familienrecht kann von deutschen Gerichten angewandt werden, wenn deutsches internationales Privatrecht es für anwendbar erklärt und das Ergebnis seiner Anwendung nicht gegen wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts verstößt. Probleme für deutsche Gerichte stellen hiernach Polygamie und die Heirat Minderjähriger dar. Einer der dargestellten Fälle zeigte auf, dass die Nichtanerkennung in Deutschland einer im Libanon geschlossenen Ehe zwischen Minderjährigen, die mittlerweile in Deutschland leben, zwar nach deutschem Recht nachvollziehbar ist, aber legale und soziale Konsequenzen für die Ehepartner und die aus der Ehe resultierenden Kinder hat.

An die Tagung schloss sich am Folgetag ein Workshop an, bei dem zwölf indonesische und deutsche Nachwuchswissenschaftler*Innen die Möglichkeiten hatten, ihre Arbeiten und Forschungen zu präsentieren und zu diskutieren.

Die Tagung stieß auf beträchtliches Interesse über die zwei unmittelbar involvierten Universitäten Göttingen und Yogyakarta hinaus, Teilnehmer*Innen der Universität Jakarta und auf deutscher Seite aus Bamberg sowie Marburg erweiterten den

Kreis. Bemerkenswert ist der interdisziplinäre Ansatz, der Rechts- und Islamwissenschaftler*Innen zusammenführte und auch Vertreter*Innen der Politik- und Religionswissenschaft einbezog. Es gab eine intensive und fruchtbare Diskussion der Beiträge, daneben aber auch in den Pausen und nach der Tagung Diskussionen über weitere Themen und Bereiche. Das heute bestehende Netzwerk von indonesischen und deutschen Wissenschaftler*Innen hat sich über die vergangenen vier Konferenzen entwickelt und wird im kommenden Jahr durch eine noch intensivere Einbindung der Universitäten Marburg (Frau Prof. Dr. Claudia Derichs und Frau Prof. Dr. Edith Franke) und Bamberg (Herr Prof. Dr. Patrick Franke) bereichert. Die fünfte Konferenz fand vom 28. bis 29. Juli 2015 unter dem Thema „Islam, Plural Societies and Legal Pluralism“ mit anschließendem Workshop für indonesische und deutsche Nachwuchswissenschaftler*Innen am 30. und 31. Juli sowie 03. August 2015 in Göttingen statt.

Robert Schönrok, M.A., ist Doktorand bei Herrn Prof. Dr. Fritz Schulze am Seminar für Arabistik/Islamwissenschaft der Georg-August Universität Göttingen.

Aresu Tawafi, M.A., ist derzeit am Seminar für Arabistik/Islamwissenschaft der Georg-August Universität Göttingen als Wissenschaftliche Mitarbeiterin zur Projektkoordination für Frau Prof. Dr. Irene Schneider tätig.

AUFSÄTZE / ARTICLES

Rechtsfortbildung im islamischen Recht: Das Wesen der *maṣlaḥa* nach ḥanafiti-scher Auffassung und deren Anwendung im öffentlichen Recht

Murat Karacan

A. Einleitung

I. Rechtsfortbildung durch *maqāṣid* bzw. *maṣlaḥa*

Hauptquellen des Islam sind im Wesentlichen der Koran und die Sunna. Aus ihnen stammen unter anderem die grundlegenden Glaubenslehren und moralischen Werte des muslimischen Lebens. Auch für das islamische Recht stellen Koran und Sunna allerhöchste Priorität dar. Sie sind erstrangige Bezugsquellen für Urteilsbestimmungen. Da sie jedoch eine begrenzte Quantität an spezifischen Normen aufweisen, wohingegen tägliche Sachverhalte beinahe unbegrenzt und sehr verschieden sind, griffen Rechtsgelehrte nach weiteren, mit dem Inhalt und dem Sinn der beiden Hauptquellen kongruierenden, Quellen und Methoden auf, die ihnen die Fortbildung des Rechts gewährten, um dies zwecks Urteilen zu neuen Tatbeständen zu bestimmen. Um dieser Herausforderung gerecht zu werden, begannen Rechtsgelehrte Sinn und Zweck der gegebenen Vorschriften zu ermitteln. Das Ziel einer solchen teleologisch orientierten Darlegung der islamischen normativen Botschaft liegt unter anderem darin, aus ihr allgemeine und allgegenwärtige Werte abzuleiten, deren Schutz im Interesse der Religion liegt und die für den Erhalt des individuellen bzw. gesellschaftlichen Lebens von erstrangiger Relevanz sind. Hierfür wurden seitens einiger Rechtsgelehrter, die auch von der herrschenden Mehrheit Anerkennung genossen, insgesamt fünf schützenswerte Grundrechte bestimmt, welche ebenfalls als Ziele der Religion (*maqāṣid aš-šarī'a*) verstanden werden, nämlich der Schutz der Religion (ausübung [*dīn*]), des Individuums bzw. des Lebens (*nafs*), des Verstands (*'aql*), des Vermögens (*māl*) und der Nachkommenschaft (*nasl*).¹

Nachdem diese Grundrechte konstituiert waren, versuchte man sie durch das Recht in Schutz zu nehmen, indem man an sie gerichtete Verstöße und Übergänge als verboten, und alle fördernden Maßnahmen als erforderlich, gar verpflichtend einstuft. Denn sie sind für den Erhalt des Menschenlebens von essentieller Bedeutung und gleichzeitig Kernbestimmungen für dessen Wohl. Somit hatte man einen

1 Al-Ġazālī: *Al-Muṣtaṣfā* 1, Beirut 1993, S. 174; Aš-Šāṭibī: *Al-Muwāfaqāt*, Kairo o.J., S. 8–10. Für den Gelehrten Qarāfī ist ihnen ein sechster Wert hinzuzufügen, nämlich der Schutz der Ehre (*'ird*).

essentiellen Maßstab, an dem sich zu orientieren und festzuhalten war, wenn Recht fortgebildet werden sollte.

Darüber, dass die Religion bzw. das islamische Recht, die Förderung und den Schutz der genannten Fundamentalrechte bezweckt, besteht unter den Gelehrten Konsensus.² Aš-Šāṭibī drückt dies folgendermaßen aus:

Aus meiner Forschung hat sich bewährt, dass die Religion (*šarī'a*) sowohl für das diesseitige, als auch für das jenseitige Wohl der Menschen (*mašāliḥ al- 'ibād*) offenbart wurde, darüber besteht kein Disput.³

Der Begriff *mašlaḥa* ist hier von entscheidender Bedeutung. Fachspezifisch drückt er jeglichen Nutzen für den Menschen bzw. für die Allgemeinheit aus, welche entweder durch die Normen der Offenbarung bekannt gegeben sind, oder aus der Vernunft und allgemeiner Erfahrung abgeleitet werden können, welche wiederum mit den grundlegenden Vorschriften des Islam nicht kollidieren. Diese Art des Nutzens ist als rechtlich konform eingestuft und von der herrschenden Mehrheit als eine sekundäre Quelle des islamischen Rechts bewertet worden. Allerdings anders als bei den meisten Rechtsschulen wird *mašlaḥa* in der ḥanafitischen Rechtsmethodologie als eigenständige Quelle so nicht erwähnt. Kann deshalb geschlussfolgert werden, dass Ḥanafiten die *mašlaḥa* abgelehnt haben und sie nicht als eine juristische Quelle akzeptierten?

In dem vorliegenden Artikel wird diese Frage verneint. Für die Begründung soll zuerst rudimentär eine themenbezogene theoretische Grundlage aufgestellt werden, und im nächsten Schritt im Rahmen von drei⁴ repräsentativen Fallbeispielen aus dem Bereich des öffentlichen Rechts die Beachtung der *mašlaḥa* seitens der Ḥanafiten dargestellt werden.

II. *Mašlaḥa* als eine Rechtsquelle in der ḥanafitischen Rechtsmethodologie

Auch wenn einige Definitionen nicht in vollkommener Übereinstimmung miteinander sind, steht doch fest, dass die Rechtsschulen *mašlaḥa* als Rechtsquelle annehmen und es in ihren Rechtsfindungen berücksichtigen.⁵ In der ḥanafitischen Quellen- und Methodenlehre (*uṣūl al-fiqh*) stellt *mašlaḥa* keine eigenständige Kategorie dar, sondern wird dem *istiḥsān* untergeordnet.

Istiḥsān (wörtlich: etwas für gut bzw. richtig halten, oder eine Sache im Vergleich zu anderen als die bessere bewerten)⁶ wird nach der uns bekannten frühesten Definition,

2 'Izz b. 'Abd as-Salām: *Qawā'id al-aḥkām fī mašāliḥ al-anām* 1, Kairo 1991, S. 5; Aš-Šāṭibī: *Al-Muwāfaqāt*, Kairo o.J., S. 8.

3 Aš-Šāṭibī: Bd. 2, S. 6.

4 Es wäre natürlich möglich mehrere themenbezogene Rechtsfälle aufzulisten, jedoch soll es mit den drei Beispielen, welche für das hiermit beabsichtigte Ziel hinreichend sind, sein Bewenden haben. Für mehr Beispiele siehe: Mohamed Menasri (Hg.): *Naḡm at-Ṭarṣūṣī, Tuḥfat at-Turk*, Damaskus 1997.

5 Būṭī: *Ḍawābiḥ al-mašlaḥa*, 4. Aufl. Damaskus 2005, S. 419–422.

6 Al-Ġurġānī: *Kitāb at-Ta'rīfāt*, Beirut 2003, S. 76.

welche dem ḥanafitischen uṣūl-Gelehrten al-Karḥī (gest. 340/951) zugeschrieben wird, folgendermaßen definiert:

Die Abweichung des *muḡtahid* bei einem bestimmten Rechtsfall von der gängigen Urteilsbestimmung zu einer anderen Bestimmung, welche auf einem stärkeren Beweis (*waḡh/dalīl*) basiert.⁷

Weshalb der *muḡtahid* von der eigentlichen Bestimmung abweicht und den ihm vorliegenden Rechtsfall anders beurteilt, ist auf zwei Hauptursachen zurückzuführen:

- Entweder liegt es daran, dass der *muḡtahid* in seiner Entscheidung die sogenannte verborgene Art des *qiyās* bevorzugt (*al-qiyās al-ḥafīy*), das heißt, dass er aufgrund einer intensiveren Analyse eines Rechtsfalles auf ein Ergebnis kommt, was ihn dazu führt auch dementsprechend anders zu beurteilen als es zuvor vorgesehen war,
- oder es liegt ein stärkerer Beweis vor, welcher sowohl aus den Primärquellen des islamischen Rechts (*naṣṣ*), als auch aus den Sekundärquellen, wie *ʿurf*, *ījmāʿ* und *ḍarar* (bzw. *maṣlaḥa*), stammen kann.⁸ Dieser Punkt ist für unser Thema entscheidend. Deshalb ist es angebracht dies ausführlicher zu beschreiben.

Arten des *istiḥsān*

a) *Istiḥsān* aufgrund des *naṣṣ* (Koran und Sunna)

Hierbei geht es um die Abweichung von einem Vers oder einem Ḥadīṭ (beide auch *naṣṣ* genannt), welcher einen gewissen Allgemeinheitsgrad aufweist und in Bezug auf einen bestimmten Fall durch spezifischere Verse oder Prophetenüberlieferungen ersetzt wird. So sind beispielsweise Rechtsgeschäfte wie der *salam*-Vertrag⁹ oder religiöse Dienstleistungen wie das unabsichtliche Essen und Trinken während man fastet durch konkreteren *naṣṣ* für gültig erklärt, obwohl es nach der allgemeinen Regel umgekehrt beurteilt werden müsste.

b) *Istiḥsān* aufgrund des *ījmāʿ* (Gelehrtenkonsens)

Diese Art des *istiḥsān* beschreibt die Bestimmung durch den Gelehrtenkonsensus, auch wenn sie der eigentlichen Bestimmung, die für ähnliche Fälle gültig ist, zu widersprechen scheint. Beispielsweise ist der sogenannte *istiṣnāʿ*-Vertrag, welcher auf Wunsch des Kunden eine Fertigstellung eines bestimmten Produktes bedeutet, eigentlich einer Überlieferung zufolge untersagt, jedoch zählt der *istiṣnāʿ*-Vertrag zu den durch den *ījmāʿ* legitimierten Ausnahmen.

7 Abū al-Ḥusain al-Baṣrī: *Al-Muʿtamad* II, Beirut 1983, S. 296; Taftazānī: *At-Talwīḥ ṣarḥ at-tawḍīḥ* II, S. 163; Ğurḡānī: *At-Taʿrīfāt*, S. 76.

8 Abū Bakr al-Ġaṣṣāṣ: *Al-Fuṣūl fi-l-uṣūl*, Kuwait 1994, S. 223ff.

9 Dieser Kaufvertrag, der die Zahlung eines Gegenstandes, bevor dieser zum Zeitpunkt des Kaufvertrages an den Käufer übergeben wird, im Voraus vorsieht, wurde durch eine Aussage des Propheten legitimiert. Vgl. Abū Dāwūd: „buyū“, S. 57.

c) *Istiḥsān* aufgrund der *ḍarūra* (Notwendigkeit)

Notfälle bzw. Notwendigkeiten sind oftmals Gründe um allgemeingültige Bestimmungen einzuschränken. Das Prinzip *aḍ-ḍarura yuzāl* (Schaden ist zu beseitigen)¹⁰ spiegelt diesen Grundgedanken wieder. Somit ist es für möglich gehalten worden in Notfällen von der gemeingültigen Bestimmung abzuweichen. Daher gilt zum Beispiel das wenig verschmutzte Brunnenwasser als gereinigt, wenn aus diesem etwas Wasser abgepumpt wird. Wasser ist ein unverzichtbares Gut und sein Gebrauch kann nicht wegen etwaiger Verschmutzung gänzlich vermieden werden, auch wenn dies ansonsten enorme Komplikationen verursachen könnte.

d) *Istiḥsān* aufgrund des *qiyās al-ḥafīy* (verborgener Analogieschluss)

Ein großer Teil der Urteile wird durch Analogieschlüsse (*qiyās*) bestimmt. Bei Kollision wird zwischen offenem (*al-ǧalī*) und verborgenem (*al-ḥafīy*) *qiyās* unterschieden. Die letztere Art des *qiyās*, beschreibt – wie vorher erklärt wurde – eine erneute Feststellung, die einerseits aus intensiverer Betrachtung des Einzelfalles resultiert, und andererseits als eine Einschränkung der nach offenem *qiyās* bestimmten Regelung gilt. Um dies an einem Beispiel zu konkretisieren, kann folgender Fall aufgegriffen werden: Nach offenem Analogieschluss gilt Wasser, welches das Mundinnere von Raubtieren berührt, als unrein. Die gleiche Regelung gilt im normalen Fall auch für Raubvögel. Jedoch weiß man, dass Raubvögel Wasser mit ihren Schnäbeln aufnehmen, welche nicht aus derselben Substanz bestehen wie das Mundinnere, sondern aus Knochen. Und Knochen zählen generell zu reinen Substanzen. Deshalb wurde aus dieser Untersuchung geschlussfolgert, dass das Wasser, welches mit dem Schnabel eines Raubvogels in Berührung kommt, nicht unrein zu bewerten ist.

e) *Istiḥsān* aufgrund des *urf* (Gewohnheitsrecht bzw. örtliche Bräuche)

Diese Art des *istiḥsān* beschreibt die Einschränkung der allgemeinen Regelung durch Bräuche, die schariakonform sind. Obwohl einer Überlieferung zufolge ein Rechtsvertrag, welcher mit verschiedenen Bedingungen verbunden ist, abgelehnt wird,¹¹ bewerteten vor allem die Ḥanafiten solche Rechtsverträge, sobald sie vor Ort nach Gewohnheit umgesetzt wurden, als Einschränkungsursache der eigentlichen Bestimmung.

f) *Istiḥsān* aufgrund der *maṣlaḥa* (Berücksichtigung der allgemeinen Interessen)

Falls in bestimmten Fällen das Gemeinwohl bzw. die Interessen der Allgemeinheit eine Einschränkung erzwang, so war es durchaus möglich von den allgemeinen Bestimmungen abzuweichen.

Im folgenden Teil werden in diesem Rahmen drei Beispiele aus dem Bereich des öffentlichen Rechts angeführt bzw. Fälle behandelt, die zeigen sollen, dass das Staats-

10 Tāǧ ad-Dīn as-Subkī: *Al-Aṣḥāh wa-n-naẓā'ir* I, Beirut 1991, S.41; Ibn Nuǧaim: *Al-Aṣḥāh wa-n-naẓā'ir*, 4. Aufl. Damaskus 2005, S. 3.

11 Tirmidī: „buyū“, § 71.

oberhaupt aufgrund der Pflicht zur Sicherung des Allgemeinwohls eine gewisse Bestimmungskompetenz besitzt.

III. Das Staatsoberhaupt und dessen Kompetenzen

Das Staatsoberhaupt gilt als Vertreter und Verantwortungsträger der Gesellschaft, dem als wichtigste Aufgabe die Durchsetzung des islamischen Rechts und, nicht unabhängig davon, die Organisation des gesellschaftlichen Alltags zukommt.¹² Dementsprechend sprachen Rechtsgelehrte (*fuqahā'*) der Führungsposition besondere Ermächtigung zu, sodass sie zwecks Ausführung des Rechts und Förderung des Gemeinwohls über größere Kompetenz verfüge als andere.¹³ Wie aus dieser Aussage zu entnehmen ist, wird diese Art der Autorisierung zum einen durch das Recht bestimmt und limitiert, und zum anderen mit dem Wohl der Allgemeinheit (*maṣlaḥat al-‘amma*) verknüpft.¹⁴ Dies wird auch mit dem juristischen Prinzip, „Jegliche Ausführung des Staatsoberhauptes über das Volk ist mit deren Wohl gebunden!“, bestätigt.¹⁵ Der besonderen Ermächtigung des Staatsoberhauptes standen natürlich bestimmte Fähigkeiten und Werte voraus, die das Staatsoberhaupt besitzen und ständig vor Augen haben musste, wie unter anderem Gerechtigkeit, Fachwissen, gesunder Menschenverstand, Regierungspotenzial und politisches Charisma. Vor allem bei Rechtsfällen darf das Staatsoberhaupt nur bei ausreichendem Fachwissen eigenständig handeln. Andernfalls muss Experten- und Gelehrtenwissen in Anspruch genommen werden. Was in beiden Fällen ständig bestimmend ist, ist das Recht. Denn das Recht gilt – neben anderem – als Legitimationsquelle, welche auch die Grenzen des Staatsoberhauptes aufzeigt.

Nun werden im folgenden Teil, im Rahmen der Beachtung der *maṣlaḥa*, drei praxisbezogene Beispiele angeführt, welche die Obrigkeit und Bestimmungskompetenz der Staatsführung nach ḥanafitischer Auslegung konkretisieren.

1. Fallbeispiel 1: Die Implementierung von Strafen/Sanktionen obliegt dem Staatsoberhaupt.

Strafen bzw. Sanktionen unterteilen sich im islamischen Recht in zwei Gruppen, nämlich in *ḥadd* (pl. *ḥudūd*) und *ta‘zīr*. Strafen deren Form und Quantität durch die Offenbarung bestimmt wurden, bezeichnet man als *ḥudūd*. Strafen, die nicht in den Offenbarungstexten definiert wurden, sondern der Vollzugsanstalt überlassen sind, nennt man *ta‘zīr*. Kriminalität, deren Bestrafungsart unter die *ḥudūd*-Kategorie

12 Was den Erhalt und die Regulierung der Gesellschaft betrifft, so strebt *fiqh* bzw. das islamische Recht, diese zu fördern und sie in Schutz zu nehmen. Siehe hierzu al-Wāfi, ‘Alī ‘Abd al-Wāḥid (Hg.): *Ibn Ḥaldūn, Muqaddima* I, Kairo, S. 332f.

13 Vgl. ‘Abd al-Fattāḥ abū Ġudda (Hg.): *Qarāfi, Šihāb ad-Dīn abū al-‘Abbās, al-Iḥkām fī tamyīz al-fatāwā ‘an al-aḥkām wa-taṣarrufāt al-qāḍī wa-l-imām*, Beirut 2009, S. 46.

14 Vgl. Seyyid, Mehmed: *Uṣūl al-fiqh madḥal*, Istanbul 2011, S. 108.

15 Vgl. *Maǧalla*, Art. 58.

fällt, sind folgende: Konsum von Alkohol,¹⁶ Unzucht, Diebstahl, Verleumdung einer ehrenwürdigen Frau und Straßenraub.¹⁷ Sonstige Kriminalität, also der weitaus größere Teil, ist der Kategorie *ta'zīr* zuzuordnen.

Nach ḥanafitischer Sicht ist die Umsetzung von der *ḥudūd*, und der *ta'zīr*-Strafen zugleich nur von Seiten des Staatsoberhauptes bzw. der zuständigen offiziellen¹⁸ Anstalt als legitim bewertet. Denn das Sorge- und Vertretungsrecht des Staatsoberhauptes über das eigene Volk umfasst auch die Implementierung der Sanktionen.

Nach herrschender Meinung ist die Bestimmung einer Staatsführung obligatorisch.¹⁹ Vor allem deswegen, weil die Durchsetzung des Rechts durch dessen Hand verwirklicht wird.²⁰ Auch das Strafrecht, welches ebenfalls ein wichtiger Teil der Rechtsordnung ist, wird aus demselben Grund, nicht von privaten Individuen oder Institutionen umgesetzt, sondern durch die staatliche Verwaltung. Die ḥanafitischen Gelehrten stützen sich hierbei unter anderem auf eine prophetische Überlieferung, die besagt, dass vier Sachen sich unter der Autorität bzw. der Berechtigung des Staatsoberhauptes befinden. Diese wären das Vorbeten des Freitagsgebets, das Akquirieren der Vermögenssteuer (*zakāt*), die gerechte Verteilung der Kriegsbeute (*ḡanīma*) und die Umsetzung der Strafen.²¹

Präventiv gegen willkürliche und subjektive Bestrafung vorzugehen, stellt sicherlich den Hauptgrund der ḥanafitischen Auffassung dar. Somit wird einem Chaos, das durch die freie Umsetzung der Strafen entstehen könnte, entgangen. Zur Herstellung des Allgemeinwohls gehört die Beseitigung von Schadens- und Unruheverursachern (*daf' al-mafāsīd*) selbstverständlich dazu. Außerdem besitzt die staatliche Autorität mehr Umsetzungsmacht als Individuen. So bleiben weniger Verbrechen unbe-

16 Die Bestrafung von Alkoholkonsum erweist sich als *iğtihād* bzw. Konsensus der Prophetengefährten. Dennoch pflegten die ḥanafitischen Gelehrten ihn der *ḥadd*-Kategorie zuzuordnen. Vgl.: Kasānī: *Badā' i' aṣ-ṣanā' i'*, VII, S. 39 f.; Marḡinānī: *Al-Hidāya* II, S. 398ff; Mauṣilī, 'Abdullāh b. Maḥmūd: *Al-Iḥtiyār li-ta'līl al-muḥtār* IV, Kairo 1937, S. 97f.

17 Al-Faitūrī, Muḥammad A.: *Fiqh al-'uqūba al-ḥaddīya fi-t-taṣrī' al-ḡinā' i' al-islāmī* I, Bengasi 1998, S. 133. Einige Rechtsgelehrte bzw. Rechtsschulen weiten die Kriminalitätsarten, die unter dieselbe Kategorie fallen, aus. So zählen bspw. ṣafī'ītische Gelehrte den Kampf gegen den Staat (*baḡy*), die Apostasie und den vorsätzlichen Mord ebenfalls als Verbrechen der *ḥudūd*-Kategorie auf. Vgl. Wahba Zuḥaila: *Al-fiqh al-islāmī wa-adillatuhū* VII, Damaskus 1997, S. 5275.

18 Strafen, welche durch das Gericht verhängt waren, wurden in der islamischen Geschichte durch die sogenannte *ṣurṭa*-Einheit umgesetzt.

19 Kasānī: *Badā' i' aṣ-ṣanā' i'* IX, Beirut 1997, S. 90f.; Māwardī: *Al-Aḥkām as-sulṭāniya*, Beirut 1995, S. 5; al-Ḡuwainī: *Al-Ḡiyāṭ al-umam fi iltiyāt az-ḡulam*, Dschidda 2011, S. 217.

20 Weshalb ein Staatsoberhaupt unabdingbar ist, wurde verschieden begründet. Manche Gründe wären, der Schutz der Landesgrenze vor grenzübergreifenden Risiken, die Ausstattung der Armee, das Akquirieren der Almosensteuer (*zakāt*), das Lösen von Konflikten unter der eigenen Bevölkerung, Fürsorge für Hilfsbedürftige etc. Vgl. Taftazānī: *Šarḥ al-'aqā'id an-nasafī*, Kairo o.J., S. 232. Für weitere Beispiele siehe: Saraḥsī: *Kitāb al-Mabsūṭ* IX, Istanbul 1982, S. 81; Marḡinānī: *Al-Hidāya* II, Kairo 2000, S. 386.

21 Saraḥsī: *Kitāb al-Mabsūṭ*, Bd. IX, Istanbul 1982, S. 81; Marḡinānī: *Al-Hidāya* II, Kairo 2000, S. 386; Qāḍī Ḥān: *Fatāwā* III, Kairo 1865, S. 449.

strafft, als wenn Sanktionen durch private Personen durchgeführt würden.²² Denn Schwächere könnten in diesem Fall Kriminelle, die stärker sind, nicht bestrafen. Darüber hinaus wird mit öffentlichem Einsatz eine gewisse Neutralität hergestellt, welche für eine ordnungsgerechte Bestrafung von enormer Bedeutung ist. Ansonsten könnte es durchaus zur ungerechten und maßlosen Umsetzung von Strafen kommen.

2. Fallbeispiel 2: Berechtigung zur Entziehung von privatem Eigentum (*istimwāl*)

Der Besitz von Privateigentum ist prinzipiell ein vom islamischen Recht gewährtes Grundrecht. Dementsprechend hat jedes Individuum ein Recht auf Eigenvermögen und dessen freie Nutzung.²³ Al-Ġurġānī definiert Eigentum wie folgt:

Es ist die rechtliche Beziehung zwischen einer Person und einer Sache, auf das die Person volles Nutzungsrecht besitzt und was frei vor fremder Nutzung ist.²⁴

Das Recht auf den Besitz und die Nutzung des privaten Gegenstandes ist zeitlich nicht begrenzt und darf ohne weiteres nicht aufgehoben werden. Sobald nicht die Rede von einer freiwilligen Abgabe oder einem Verkauf ist, bleibt das Recht auf Besitz und Nutzung der Sache dem Eigentümer vorbehalten.²⁵ Jedoch kann es in bestimmten Situationen dazu kommen, dass das Recht auf eigenes Vermögen bzw. dessen Nutzung rechtlich eingeschränkt wird. So kann beispielsweise eine sehr verschwenderische Person, welche aufgrund dessen nicht mehr in der Lage ist, ihrer Fürsorgepflicht nachzukommen oder ein Schuldner, welcher geschäftlich insolvent ist, aber dennoch Eigentum besitzt, entmündigt werden, indem der Zugang zum Eigenvermögen eingeschränkt oder die Schuldentilgung aufgezwungen wird. Dem ist so, weil in solchen Fällen die volle Rechtsfähigkeit (*ahliyat al-adā'*) entfällt.²⁶ Die eigentliche Frage jedoch ist, ob es noch weitere Zustände gibt, in denen der Gebrauch des Rechtes auf Privatvermögen limitiert oder gar entzogen werden kann.

Grundsätzlich gilt, wie vorhin geschildert, das Recht auf Privatvermögen. Sobald es nicht freiwillig abgegeben oder verkauft wird, ist das Eigentum selbst oder dessen Gebrauch Fremden untersagt. Allerdings kann es zu Vorfällen kommen, die die Öffentlichkeit in Not bringt und wo die private Unterstützung notwendig wird. Gemeint sind außerordentliche Zustände wie Kriege oder Naturkatastrophen, wo große Hilfestellungen benötigt werden, deren Maße sogar die staatliche Kapazität überschreiten könnten. In solchen Fällen, wo meist die ganze Bevölkerung bzw. ein großer Teil davon betroffen ist, bedarf es besonderer Solidarität. Um das Gemeinwohl erneut zu sichern, steht es deshalb dem Staatsoberhaupt ausnahmswei-

22 Kasānī: *Badā' i 'aṣ-ṣanā' i'* IX, S. 252; Qudūrī: *Muḥtaṣar al-Qudūrī*, Karatschi 2000, S. 622.

23 Aš-Šāṭibī: *Al-Muwāfaqāt*, Kairo o.J., S. 8–10.

24 Al-Ġurġānī: *Kitāb at-Ta'rifāt*, Beirut 1983, S. 229.

25 Al-Muṣliḥ, 'Abdullāh: *Quyūd al-mulkīya al-ḥāṣṣa*, Beirut 1988, S. 132.

26 *Ibid.*, S. 357f.

se zu, diejenigen, die das Potenzial zur Mitwirkung besitzen, forciert um Hilfeleistung zu bitten.²⁷ Dies kann auch in Form von Forderung zur Abgabe von Eigentumsgegenständen sein. Wie es in dem entsprechenden juristischen Prinzip seinen Ausdruck findet, „ist zwecks Beseitigung eines öffentlichen Schadens privater Schaden hinzunehmen.“²⁸

Dass nach ḥanafitischer Auffassung dem Staatsoberhaupt eine derartige Ermächtigung zugesprochen wird, hängt lediglich mit dem Gemeinwohl zusammen. Außerdem müssen zunächst alle anderen staatlichen Ressourcen und Kompetenzen ausgeschöpft werden. Erst dann, wenn die Konditionen der öffentlichen Verwaltung unzureichend sind, tritt der zuletzt erwähnte Grundsatz in Kraft. Dass Rechtsgelehrte in der Hinsicht sehr vorsichtig waren, der öffentlichen Autorität die Kompetenz zur Entziehung von privatem Eigentum zuzubilligen, ist an ihrer Zurückhaltung sich diesbezüglich geäußert zu haben festzustellen.

Drei Begriffe stehen mit der hiesigen Thematik in Verbindung, nämlich die Entziehung von Privateigentum.

- *Muṣādara*: Bezeichnet den Entzug von zu Unrecht erworbener Sachen. Demnach kann beispielsweise die öffentliche Gewalt einem Amtsträger die Wertsachen entziehen, welche durch Missbrauch der offiziellen Position erworbenen wurden.²⁹
- *Istimlāk*: Beschreibt die Enteignung einer privaten Sache für die öffentliche Nutzung gegen Entgelt.³⁰
- *Istimwāl*: Bezeichnet die Forderung der öffentlichen Verwaltung von privater Hilfeleistung in Notsituationen, wie beispielsweise bei Naturkatastrophen.³¹

Alle drei Begriffe beschreiben die Enteignung privater Güter durch die öffentliche Autorität, die jedoch nur zwecks Herstellung und Erhalt des Gemeinwohls vollzogen werden darf.

3. Fallbeispiel 3: Das Aneignungsrecht bei Grundstück

Im klassisch islamischen Recht sind Grundstücke bzw. Land in Bezug auf den Eigentümer in zwei Kategorien gegliedert, nämlich Grundstücke von Privateigentümern und die des Staates. Die Aneignung von privaten Grundstücken geschieht üblicherweise durch den Kauf, durch Verschenken oder Vererben. Zudem besteht auch die

27 As-Sarahsī: *Šarḥ siyar al-Kabīr* I, Kairo 1972, S. 139; Nağm ad-Dīn aṭ-Ṭarṣūṣī: *Tuḥfat at-Turk*, Damaskus 1997, S. 13.

28 Vgl. *Mağalla*, Art. 26.

29 Cengiz Tomar: Müsadere, in: *DIA XXXII*, Istanbul 2006, S. 65. Schon seit der Zeit des abbasidischen Kalifen al-Manşūr wurden separate Rechnungsposten für durch Muṣādara einbezogene Sachen geführt. Vgl. Celal Yeniçeri: *İslam'da Devlet Bütçesi*, Istanbul 1984, S. 87.

30 Gorcis Gorcis: *Mu'jam muṣṭalaḥāt al-fiqhīya wa-l-qānūniya*, Beirut 1996, S. 51.

31 Ali Şafak: *Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Ankara 1992, S. 228.

Möglichkeit, Land zu erwerben, indem man herrenloses Land durch dessen Bewirtschaftung³² aneignet.³³

Herrenloses Land (*al-arādī al-mawāt*), ist jenes Land, dessen Eigentümer es nicht gibt oder der seit längerer Zeit nicht aufgetreten ist, und das nicht durch die Allgemeinheit genutzt wird.³⁴

Die Frage, ob für die Aneignung herrenloser Grundstücke durch private Personen die Bewilligung des Staatsoberhauptes bzw. der öffentlichen Verwaltung vorausgesetzt ist, wurde von den Hauptgründern der ḥanafitischen Rechtschule verschieden beantwortet. Von Abū Ḥanīfa wird berichtet, dass er in dieser Hinsicht die Zustimmung des Staatsoberhauptes voraussetzt.³⁵ Hierbei stützt sich Abū Ḥanīfa auf einen Ḥadīṭ, welcher besagt, dass der Bevölkerung nur das zusteht bzw. erlaubt ist, was das Staatsoberhaupt (*imām*) freigestellt hat.³⁶

Seine beiden berühmtesten Schüler, Abū Yūsuf und Muḥammad aš-Šaibānī (*imāmain*), waren jedoch anderer Meinung als Abū Ḥanīfa. Sie bewerteten die Erlaubnis des Staatsoberhauptes für das Aneignungsrecht nicht als eine Voraussetzung.³⁷ Allerdings besitzt das Staatsoberhaupt nach den zwei genannten Imamen das Vorerwerbsrecht, wenn das herrenlose Land verpachtet oder als Militärlehen verliehen sollte. Denn hierbei handelt es sich um den staatlichen bzw. gesellschaftlichen Profit, welcher dem individuellen Vorteil bevorzugt wird.³⁸

Der Grund, weshalb die *imāmain* in der hiesigen Thematik anderer Meinung waren, beruht auf einer prophetischen Überlieferung, die jedem das herrenlose Land, welches er kultiviert, zuspricht.³⁹ So fanden es Abū Yūsuf und Muḥammad aš-Šaibānī nicht notwendig, die Bewilligung der öffentlichen Autorität einzuholen. Marḡinānī vermerkt einen weiteren Ḥadīṭ, in dem der Prophet folgendes gesagt haben soll: „Wer in der Erwerbung einer erlaubten Sache einem anderen voraus ist, darf es auch in Anspruch nehmen“.⁴⁰ Dass diese Überlieferung Seitens der *imāmain* als Beweis herangezogen wurde, zeigt, dass sie herrenlose Grundstücke auch im Rahmen der erlaubten Sachen (*mubāḥ*) bewertet haben. Nun stellt sich die Frage, ob Abū Ḥanīfa

32 Das alleinige Betreten des Landes genügt für die Aneignung nicht. Es muss entweder kultiviert oder zumindest eingezäunt werden, damit die Aneignung und Absicht zur Bewirtschaftung für die Öffentlichkeit auch erkennbar wird. Abū Yūsuf setzt eine Frist von drei Jahren. Wird das Land dennoch nicht kultiviert, obliegt es der öffentlichen Verwaltung, das Land zurückzunehmen. Vgl. Abū Yūsuf: *Kitāb al-Ḥarāğ*, Kairo 1962, S. 66f.

33 Ali Şafak: *İslam Arazi Hukuku ve Tatbikatı*, Istanbul 1977, S. 80.

34 Marḡinānī: *Al-Hidāya* IV, Kairo 2000, S. 384.

35 Abū Yūsuf: *Kitāb al-Ḥarāğ*, S. 65–67; as-Saraḡsī: *Kitāb al-Mabsūṭ* III, Istanbul 1982, S. 16; Kasānī: *Badā' i ' aṣ-ṣanā' i* VIII, S. 306; Marḡinānī: *Al-Hidāya* IV, S. 384.

36 Zaila' i: *Naṣb ar-rāya* IV, S. 290.

37 Abū Yūsuf: *Kitāb al-Ḥarāğ*, S. 70; as-Saraḡsī: *Kitāb al-Mabsūṭ* III, Istanbul 1982, S. 16; Kasānī: *Badā' i ' aṣ-ṣanā' i* VIII, S. 309; Marḡinānī: *Al-Hidāya* IV, S. 384.

38 Abū Yūsuf, S. 70.

39 Siehe Imām Mālik: *Al-Muwaṭṭa'*, Beirut 1994, S. 544.

40 Marḡinānī: *Al-Hidāya* IV, S. 384.

mit seiner Meinung den beiden Aussagen des Propheten widersprochen hat, oder ob er mit seiner Aussage etwas bestimmtes bezweckte. Die Antwort zu diesen Fragen vermittelt Abū Yūsuf in seinem Buch *Kitāb al-ḥarāǧ*. Gemäß Abū Yūsuf, beabsichtigte Abū Ḥanīfa mögliche Konflikte zu meiden, die bei einer Freistellung von Grundstücken leicht ausbrechen könnten, indem er den Eingriff und die Zustimmung der öffentlichen Verwaltung befürwortete.⁴¹ Wie im zweiten Beispiel, wird dem Staatsoberhaupt das Recht zum Interferieren und Bestimmen gewährt, um einem möglichen Schaden, der das Wohl der Öffentlichkeit verletzen könnte, aus dem Weg zu gehen. Um die Etablierung und den Erhalt des Wohles gewährleisten zu können, ist die Beseitigung von Schäden unentbehrlich.

B. Schlussfolgerung

Zieht man die Entwicklungsgeschichte des Diskurses über das *maqāṣid*-Konzept, und den in unabdingbarer Verbundenheit verknüpften *maṣlaḥa*-Begriff in Betracht, so wird unmittelbar festzustellen sein, dass diese Thematik gelegentlich seitens nicht-ḥanafitischer Gelehrter behandelt wurde. Diese Tatsache sollte aber nicht zu der Schlussfolgerung führen, dass ḥanafitische Rechtsgelehrte in dieser Hinsicht nichts geäußert hätten.

Sowohl in den *uṣūl*-Werken als auch in ihren Urteilsbestimmungen ist die Berücksichtigung der *maṣlaḥa* – sei es auf individueller Basis oder auf die Gesellschaftsebene bezogen – von den ḥanafitischen Gelehrten eindeutig sichtbar; in den ḥanafitischen Quellen und Methodenlehre hauptsächlich als Unterkategorie des *istiḥsān*,⁴² und in vielen Bereichen des angewandten Rechts.

Anhand von drei Beispielen aus dem Bereich des öffentlichen Rechts, um genauer zu sein, im Rahmen der Kompetenzen des Staatsoberhauptes, wurde in diesem Artikel gezeigt, dass insbesondere zwecks des Allgemeinwohls (*maṣlaḥat al-‘amma*) Ḥanafiten den Vertretern der gesellschaftlichen Interessen besondere Autorität zukommen ließen.

Murat Karacan, M.A., ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Islamische Theologie an der Universität Osnabrück.

41 Abū Yūsuf, S. 69f.; as-Saraḥsī: *Kitāb al-Mabsūṭ* III, S. 16f.

42 Wobei diese Thematik durchaus auch in anderen Bereichen des *uṣūl* vorkommt. Abū Zaid ad-Dabbūsī (gest. 430/1039) bspw. erwähnt im Rahmen der *nash*-Theorie, dass die Abrogation zum Wohl (*maṣlaḥa*) der Menschen stattfand. Vgl. Dabbūsī: *Taqwīm al-adilla*, S. 243.

Hadd Punishments in Islamic Law: Critiques of the Justification of Hadd Punishments as Deterrence in Sunnī Discourse

Rana Alsoufi

Abstract

In Sunnī *uṣūl al-fiqh* the severe *ḥadd* punishments are justified, although unsystematically, in three main categorical justifications: a) *ḥadd* punishments serve to protect a right that belongs to God (*ḥaqq Allāh*), b) deterrence (*zaḡr* and *rad'*) and c) expiatory acts (*kaffārāt*) to amend for offences forbidden in the Qur'ān. Pursuing an analysis of the Sunnī justifications of *ḥadd* offences and their punishments, I argue that the Sunnī writings of jurisprudence (*fiqh*) show that the jurists had an inkling of the ineffective ability of the severe *ḥadd* punishments to achieve deterrence. However, this inkling was never systematically pursued by Sunnī jurists or turned into a fully developed legal argument. This article seeks to question whether the Sunnī jurists attempted to doubt the ineffective effects of the severe punishments of *ḥadd* to serve as a deterrent mechanism to prevent *ḥadd* crimes.

I. Introduction

The term *ḥadd* as elaborated in the writings of Sunnī jurists means to prevent the causes that lead to committing the forbidden acts of *ḥadd*

المنع سميت العقوبات حدوداً لكونها مانعه من ارتكاب أسبابها

al-man' sumyat al-'uqūbāt ḥudūdān li-kaunihā māni'a min irtikāb asbābihā

Ḥadd is meant to prevent the causes that lead to *ḥadd* crimes.¹

In other words, the *ḥadd punishments*, because of their severity, are meant to prevent *ḥadd* crimes before they are committed.

In the *ṣar'īa* definition the Sunnī jurists were inclined to consider *ḥudūd* as the punishments decreed and specified in the Qur'ān to serve as a right that belongs to God (*ḥaqq Allāh*)

الحد اسم لعقوبة مقدرة تجب حقاً لله

al-ḥadd ism li-'uqūba muqaddara taḡib ḥaqqan li-Allāh

Al-ḥadd is the name of a prescribed punishment to form a claim of God.²

Ḥudūd Allāh and the punishments associated with them are defined to six offences deliberated in the writings of Sunnī jurists: adultery (*zinā*), calumny (*qadf*), banditry

1 The *ḥadd* punishment is called *ḥadd* because it promises to prevent *ḥadd* offences. Muḥammad As-Saraḡsī: *Al-Mabsūṭ* 9–10, 1st ed., Beirut 1993, p. 36; Al-Ḥusain Al-Baḡawī: *At-Tahḡīb fī Fiqh al-Imām aṣ-Ṣāfi* 7, Beirut 1997, p. 300; 'Abdullah Ibn Qudāma: *Al-Muḡnī* 10, Beirut 1984, p. 119.

2 Al-Baḡawī: *At-Tahḡīb* 7, p. 300.

(*qaṭʿ at-tarīq, ḥirāba*), theft (*sariqa*), drinking alcohol (*šurb al-ḥamr*), and to most Sunnī jurists apostasy (*ridda*). The *ḥadd* offences and the prescribed punishments associated with them are either explicitly or implicitly defined in the Muslims' authoritative sources of the Qur'ān and Sunna (*ḥadīth*). While the justifications of the severe punishments of *ḥudūd* Allāh are mainly discussed in the writings of Sunnī jurists, the Qur'ān, however, only announces *ḥadd* offences and in most cases associates the punishments specified to them.

However, the Qur'ān does not always prescribe the punishments for *ḥadd* offences, for instance, the punishments of scourging for consuming alcohol (*ḥadd aš-šurb*), the beheading for renouncing Islam (*ḥadd ar-ridda*) and the stoning for married adulterer (*ḥadd az-zinā li-l-muḥṣan*). The aforementioned punishments, nonetheless, derive their authority from the Prophetic tradition (*ḥadīth*). In order to seek a strategy for the justification(s) of *ḥadd* Allāh and their punishments the reliance on the Qur'ān and the Sunna alone failed to depict an account on the justifications of *ḥadd* punishments in Islamic law. The Qur'ānic attitude, as Kamali points, tends more to emphasize on abstract terms of “[...] retribution and reformation.”³

In this article I seek to shed light on a number of intricate issues related to the justifications of *ḥadd* punishments as debated in Sunnī jurisprudence (*fiqh*): Did Sunnī jurists attempt to justify the severity of *ḥadd* punishments? If so, what possible justifications Sunnī jurists proposed to justify the severity of *ḥadd* punishments? As a matter of fact, the writings of Sunnī jurists offer a number of justifications that were presented to justify the severity of *ḥadd* punishments inflicted against *ḥadd* offenders. However, it is important to note here that the justifications for the use of physical torture were never classified or systematized in any order. This implies, that the readers of the Sunnī treatises on Islamic law will have to read through the chapters devoted to *ḥudūd* Allāh (*bāb*, pl. *abwāb al-ḥudūd*) in order to collect the scattered justifications found between the lines of Sunnī writings. As mentioned earlier, Sunnī jurists devoted a great deal of their writings to defining the terminology of *ḥadd* and its various implications in both the Arabic language as well as *šarʿīa* definition.⁴ In addition, an extensive list of the Prophetic reports was adduced to authenticate the practice of *ḥadd* punishments and emphasize its characteristic as the immutable law of God. One of the distinguished features of the discourse of *ḥadd* remains the great deal of debate on the application of *ḥadd* punishments (*iqāmat al-ḥudūd*), this includes all the terms and caveats that the jurists pondered necessary before announcing the punishments of *ḥadd* valid for infliction.

3 Kamali blames the conventional approach of early Muslim jurists in failing to understand the underlying policy of *ḥudūd* that resulted in failing to reflect the Qur'ānic guidance related to *ḥadd* Allah. Mohammad Kamali: 'Punishments in Islamic Law: A Critique of the Ḥudūd Bill of Kelantan, Malaysia, in: *Arab Law Quarterly* 13/ 3 (1998), p. 203.

4 See *Kitāb al-ḥudūd* of as-Saraḥsī: *Al-Mabsūṭ* 5 (9-10), p. 36; Yaḥyā an-Nawawī: *Rauḍat aṭ-Ṭālibīn* 7, Beirut 2000, p. 305; *Kitāb al-ḥudūd* of al-Baḡawī: *At-Taḥdīb* 7, p. 300.

As to the reasons for this the lack of systematization in the discourse of *ḥadd* Allāh and their justifications, I argue this may be referred to two chief reasons. On the one hand, there is the exceptional characteristic the jurists attributed to *ḥadd* Allah as being “*muqaddar*, pl. *muqaddarāt*”. This is what Lange relates to as

the *muqaddarāt* are characterized by the simple imposition of a norm [*ḥukm*], without specification of either the concrete reason or the larger purpose [*ḥikma*] that lies behind the norm, [...] the *muqaddarāt* are, as it were “givens”.⁵

Parallel to this is what Gleave views of *ḥudūd* as in this sense “[...] non-negotiable and this inflexibility has led to their being fenced in practical terms.”⁶ On the other hand, the Sunnī jurists devoted more interest to the procedures of *ḥadd* punishments (*iqāmat al-ḥudūd*) rather than attempting to regulate other fundamental issues and one of them is, of course, the justifications of the severe penalties of *ḥadd*

[...] the focus of much classical Sunnī juristic discussion on *iqāmat al-ḥudūd* is on the validity of judicial procedure, rather than the more fundamental issue of the legal powers of the judge, or more broadly the state.⁷

In recent studies on Islamic criminal law, particularly the legal theory and its practice, it has been established that the Sunnī jurists proposed three different justifications to justify the exclusivity of *ḥadd* offences as well as the severity of their punishments. Rudolph Peters in *Crime and Punishment in Islamic Law* (2005) surveys crimes and their punishments as deliberated in the Islamic tradition and traces the enforcement of Islamic criminal law from the Ottoman period to the present day. He presents a brief overview of the Sunnī justifications of *ḥadd* law and their severe punishments as debated in the Islamic jurisprudence. In a more detailed study of the justifications of *ḥadd* punishments as to protect a right of God (*ḥaqq Allāh*), Anver Emon argues that the successors of the early Muslim jurists often “[...] created rules that had no foundation in the Qur’ān or Sunna [...] but not without further justifying them”.⁸ In this article the focus is mainly on the justification of *ḥadd* punishments as deterrence (*zaḡr/rad*).

As to the justification of *ḥadd* punishments as deterrence (*zaḡr/rad*), Sunnī jurists considered the effects of the severe punishments as one of the basic and principal purposes of the Qur’ānic institution of *ḥadd* ordinances, that is, to deter from acts that

5 Christian Lange: *Justice, Punishments and the Medieval Muslim Imagination*, Cambridge 2008, p. 188. He further translates the theological term *muqaddarāt* or *maqādir* to refer more specifically to the “things decreed by God”. He further adds that this term can be more specified as to carry the notion of a numerical definition “decreed numerical objects”. Lange: *Justice, Punishment and the Medieval Muslim Imagination*, p. 184.

6 Robert Gleave: *Public Violence, State Legitimacy: the Iqāmat al-ḥudūd and the Sacred State*, in: *Public Violence in Islamic Societies*, ed. by Christian Lange and Maribel Fierro, Edinburgh 2009, p. 257.

7 Gleave: *Public Violence, State Legitimacy*, pp. 256–273.

8 Emon argues that ‘the jurists’ justificatory reasons reflected their background values concerning inherent qualities of the individual and the goods society must uphold in order to give substantive content to their legal determinations. Anver M. Emon: *Ḥuqūq Allāh and Ḥuqūq al-‘Ibād: A Legal Heuristic for a Natural Rights Regime*, in: *Islamic Law and Society* 13.3 (2006), p. 325.

are viewed as harmful to humanity.⁹ Deterrence, that is the sought divine purpose, is envisioned to safeguard the general interest of Muslims (*maṣlaḥat al-‘amma*) from the anticipated harm and corruption caused when *ḥadd* offences committed. For instance, the renowned Ḥanafī jurists Ibn Nuḡaim (d. 970/1563) justified the severity of *ḥadd* punishment to be established for the sole benefit of all people. Therefore, its essential norm was to deter *ḥadd* offenders from committing forbidden offences and to safeguard the land of Islam

الحدود شرعت لمصلحة تعود إلى كافة الناس فكان حكمها الأصلي الانزجار عما يتضرر به العباد وصيانة دار الإسلام عن الفساد

al-ḥudūd šuri ‘at li-maṣlaḥa ta ‘ūd ilā kāfat an-nās fa-kāna ḥukmuhā al-ašlī al-inziḡār ‘ammā yataḡḡar-rar bihī al-‘ibād wa-šiyānat dār al-Islām ‘an al-fasād

The *ḥudūd* are legislated for the benefit of people, thus the original rule of the punishment intended to deter the people from what harms them and to safeguard the land of Islam from corruption.¹⁰

One of the salient characteristics of the Sunnī discourse on *ḥadd* punishments, especially when justifying the severity of *ḥadd* punishments, is the juristic demarcation, although subtly, between the deterrence of the Muslim public and that of individual culprits

الحدود موانع قبل الفعل زواجر بعده

al-ḥudūd mawāni ‘ qabl al-fi ‘l zawāḡir ba ‘dahū

The *ḥudūd* are preventions (*mawāni*) and deterrents (*zawāḡir*).¹¹

As to the justification of *ḥadd* punishments to deter the general public, the Sunnī jurists justified the punishments of stoning (*ar-raḡm*) and crucifixion (*aṣ-ṣalb*) as deterrence (*zawāḡir*). As to the corporal punishments of amputation (*al-qaṭ*) and scourging (*al-ḡald*), they are justified to deter (*rad*) individual culprits. As this article proposes, the assumption of Sunnī jurists that the severe punishments of *ḥadd* Allah achieved deterrence is contested. This is illustrated throughout the juristic disagreement on two contended issues related to the application of *ḥadd* punishments as sometimes being insufficient to deter both the general public and *ḥadd* offenders. The first contended issue related to the jurists’ inkling of the inability of the severe *ḥadd* punishments to achieve deterrence, at least to *ḥadd* offenders, is the repetition of the same *ḥadd* offence even after having the culprit punished for the first *ḥadd* offence. The second contested issue related to this ink-

9 Peters views that the justification of *ḥadd* punishment as expiation or purification from sin (*tašhīr*) is only of secondary importance. Rudolph Peters: *Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth Century to the Twenty-First Century*, Cambridge 2005, p. 53.

10 For instance, Ibn Nuḡaim viewed that the severe *ḥadd* punishments of stoning is legislated to protect the lineage of Muslims (*šiyānat al-ansāb*), and the amputations of the hands in the offence of theft is to guard the properties of people (*šiyānat al-amwāl*); and for the punishment of consuming alcohol is to protect the state of mind (*šiyānat al-‘uqūl*) and for the punishment of calumny (*qadḡ*) is to protect the reputation and dignity of the public (*šiyānat al-a ‘rād*). Zayn b. Ibrāhīm Ibn Nuḡaim: *Al-Baḡr ar-Rā ‘iq* 5, Beirut 1997, p. 4.

11 Ibid.

ling of the inability of *ḥadd* punishments is the juristic debate on the overlap of *ḥadd* offences (*tadāḥul al-ḥudūd*).¹²

II. *Ḥadd* Punishments Justified as General and Individual Deterrence (*Zağr/Rad*)

The question remains whether the Sunnī jurists attempted to question the ineffectiveness of the severe punishments of *ḥudūd Allāh* to achieve deterrence. To reiterate, the main concern of Sunnī jurists, of course, was on defining the *ḥadd* offences, their punishments and the conditions of their application (*iqāmat al-ḥudūd*). What appear from the lengthy discourse of *ḥadd Allāh* are the two synonymous concepts developed by the jurists to designate the different recipients of the deterrent effect of *ḥadd* punishments. In addition, the two concepts of (*zağr* and *rad*) demarcate the different connotations of deterrence as a preventing mechanism. The general prevention is normally referred to as *zağr*, borrowing the juristic phrase when justifying the severity of *ḥadd* punishments: “to deter the general public” (*zağran li-l-‘amma*). *Ḥudūd* offences and the severe punishments associated with them were depicted to fence, in a way of protection, the general public of Muslims from thinking of committing *ḥadd* offences, however, despite the severe *ḥadd* punishments there still can be *ḥadd* offenders. In this case, the severe punishments were portrayed to deter the individual culprit as well as the general public.¹³ Some jurists, for instance, the Mālīkī al-Qarāfī (d. 1228–85) portrayed deterrence as one of the normative rules of *šarī‘a*

الزواج من قواعد الشرع

az-zawāğir min qawā‘id aš-šar‘

Deterrence is one of the religious maxims.¹⁴

Sunnī jurists referred to the term ‘*zağr*’ as designating the deterrence of the general public. Examples for the association of ‘*zağr*’ to the general public are discussed in reference to two particular *ḥadd* offences, namely, *ḥadd az-zinā* for the married adulterer (*az-zānī al-muḥṣan*) and *ḥadd al-ḥirāba* for bandits. It is from the Sunnī discourse on the terms of the application of *ḥadd* “*qāmat al-ḥudūd*”, the deterrence of the general public is projected as the main justification for the severity of *ḥadd* punishments. In the following, I present the arguments of Sunnī jurists on how they viewed the application of the capital punishments of stoning and crucifixion as deterrence (*zağr*) to the general public.

12 The juristic debate on the repetition and the overlap of *ḥadd* offences is discussed by the following authors, whom I select for this article: Muḥammad aš-Šāfi‘ī: *Al-Umm* 6, Beirut 2002, p. 209; Ibn Nuğaim: *Al-Baḥr ar-Rā‘iq* 5, p. 103; Aḥmad al-Qarāfī: *ad-Ḍaḥīra fī Furū‘ al-Mālīkiya* 9, Beirut 2001, pp. 391f., 458f.; Yaḥyā an-Nawawī: *Rauḍat at-Ṭālibīn* 7, Beirut 2000, pp. 359f.; Muḥammad al-Ḥurašī: *Ḥāšiyat al-Ḥurašī* 8, Beirut 1997, pp. 311–313 and Ibn Qudāma: *al-Kāfi fī Fiqh Aḥmad* 4, Beirut 2001, p. 99.

13 Ibn Nuğaim: *al-Baḥr ar-Rā‘iq* 5, p. 4.

14 Al-Qarāfī: *Ad-Ḍaḥīra fī Furū‘ al-Mālīkiya* 12, p. 260.

1. The Justification of *Ḥadd* Punishment as General Prevention (*Zağr*)

Semantically, the term *zağr* designates forced prevention and suppression. The adjective of *zağr* is *zāğīr*, which if taken as a noun, means: handicap; impediment and its plural is *zawāğīr* that encompasses the meaning of restriction and limitation.¹⁵ According to majority Sunnī jurists, *zağr* is achieved through the act known in Islamic law as *at-tašhīr* (public humiliation).¹⁶ The latter is manifest in the *ḥadd* punishments of stoning (*ar-rağm*) and crucifixion (*aş-şalb*). The ultimate purpose of *at-tašhīr*, as explicitly stated in the writings of Sunnī jurists, is to destroy the inviolability of the culprit. The late classical Ḥanafī jurist Ibn al-Humām (b. 790/1388, d. 861/1457) declared the *ḥadd* to be absolutely based on defamation

الحد مطلقاً مبني على التشهير

al-ḥadd muṭlaqan mabnī ‘ala at-tašhīr

The *ḥadd* is absolutely established on defamation.¹⁷

For instance, the public exposure to scorn in the punishment of stoning encompasses the deterrent aspect of *ḥadd li-z-zağr*.¹⁸

a. Stoning (*ar-Rağm*)

Why did Sunnī jurists associate the practice of stoning with the general deterrence of public? The justification of stoning as public deterrence (*zağr*) appears in the writings of Sunnī jurists as they discussed the ways in which the *ḥadd* punishments may be inflicted. For instance, the juristic rule dictates that the offence of adultery (*az-zinā*) is either confirmed by four eyewitnesses (Q. 4:15) or by way of confession (i.e. the adulterer confesses four times of having committed adultery).¹⁹ In the presence of four eyewitnesses to confirm the offence of adultery, according to the Ḥanafīs, the eyewitnesses are to commence with the stoning process, and then this

15 Muḥammad Ibn Mañšūr: *Lisān al-‘Arab* 6, Beirut 1999, p. 21; Wehr: *Arabic English Dictionary of Modern Written Arabic*, New York 1976, p. 373.

16 For further writings on the concept of *tašhīr* see: Christian Lange: Legal and Cultural Dimensions of Ignominious Parading (*tašhīr*) in Islam, in: *The Islamic Law and Society* 14,1 (2007), pp. 81–108; and see “*Tašhīr*” as “*tationic punishment*” in Lange’s: *Justice, Punishment and the Medieval Muslim Imagination*, pp. 237–239. Also, Everett K. Rowson: *Reveal or Conceal: Public Humiliation and Banishment as Punishments in Early Islamic Times*, in: *Public Violence in Islamic Societies*, ed. by Christian Lange and Maribel Fierro, Edinburgh 2009, p. 121. See Peters on “*public exposure to scorn*”, *Crime and Punishment*, p. 34.

17 Muḥammad Ibn al-Humām: *Šarḥ Faḥ al-qadīr* 5, Beirut 1995, p. 220.

18 The Qur’ān does not differentiate between adultery and fornication. The distinction is stipulated in the Prophetic reports (*aḥādīṭ*) and expounded further in the writings of Sunnī jurists. According to the Ḥanbalī jurists Ibn Qudāma (d. 620/1223) “[...] for our school it is well established that the stoning is ordained by the sayings and the acts of the Prophet found in the narrations which are traceable to him and his companions agreed on this ‘*la-nā annahū ṭabata ar-rağm ‘an ar-rasūl bi-qaulihī wa-fi’lihī fi aḥbār tušbih at-tawātur wa-ağma ‘a ‘alaihī ašhāb rasūl Allāh.*’ ” (لنا انه ثبت الرجم عن الرسول بقوله وفعله في اخبار) (تشبيه التواتر واجمع عليه اصحاب رسول الله Ibn Qudāma: *al-Muğnī* 10, p. 121.

19 Ibn Nuğaim: *Al-Baḥr ar-Rā’iq* 5, pp. 7–10.

is followed by the participation of the *imām* and the public.²⁰ The participation of the eyewitnesses is required to assess their honesty in testifying the offence committed. As to the role of *imām* (*al-ḥākim*) in the application of stoning, Ibn Nujaym viewed it as proof that the *imām* did not hesitate in inflicting the *ḥadd* punishment. The stoning ritual, according to the Ḥanafis, should be the following:

the people line for stoning as they are required to line for pray and when each line stones [the adulterer] the first line steps back to allow the next line of people stoning.²¹

The Ḥanbalī jurist Ibn Qudāma (d. 630/1223) detailed the description of how stoning is inflicted, in case the adulterer is male: the stoning is inflicted while the adulterer is standing without being tied; this is the case whether the offence is confirmed by eyewitnesses or by confession.²² Ibn Qudāma argued that it is from the Sunna of the Prophet that the people (i.e., who witness the stoning) surround the adulterer while stoning. The eyewitnesses begin the stoning in the case where eyewitnesses confirm adultery, however, in the case of confession the *imām* stones first then the public.²³

The Šāfi‘ī jurists considered the participation of the *imām* as not obligatory for inflicting stoning. Aš-Šīrāzī (d. 476/1083) argued that since the Prophet never participated in the stoning punishment it is therefore announced not obligatory for the *imām* to attend.²⁴ The Šāfi‘ī jurist an-Nawawī (d. 1234/1277) was of the opinion that the punishment of stoning is preferably inflicted in the presence of at least four participants.

According to the Šāfi‘ī and Ḥanbalī jurists the stoning procedure is inflicted according to the following quote:

[...] stoning (*ar-raǧm*) is administered among the crowds. The latter stones the adulterer [while standing] with intentionally aiming to kill [the adulterer]. The stones must not be too small or too large: if there are too small it may last longer before the adulterer is killed and if they are too large the adulterer dies too soon. The right size for stoning is the one that fills the hand.²⁵

This juristic injunction, which requires the adulterer to stand, clearly underscores the public character of the *ḥadd* punishment: that the jurists thus assured that even spectators on the fringe would witness the stoning punishment being inflicted upon the adulterer. Al-Baǧawī (d. 516/1122) argued that the announcement of the application of *ḥadd* punishment of stoning is the duty of the *imām* or his delegate. When the *imām* issues the order for the punishment to be inflicted, his presence is not preconditioned, regardless if the offence of *zinā* is confirmed by testimony or confession. The presence of the eyewitnesses is not prerequisite either.

20 Ibn Nuǧaim: *Al-Baḥr ar-Rā‘iq* 5, p. 13; as-Saraḥsī: *Al-Mabsūṭ* 9–10, p. 51.

21 Ibid.

22 Ibn Qudāma: *Al-Muǧnī* 10, pp. 122f.

23 Ibid., p. 124.

24 Aš-Šīrāzī: *Al-Muḥaḍḍab* 5, p. 388.

25 Ibn Qudāma: *Al-Muǧnī* 10, p. 138; an-Nawawī: *Rauḍat at-Ṭālibīn* 7, p. 316.

و يستحب ان تكون إقامة الحد بمحضر جماعة وأقلهم أربعة

wa-yustahabbu an takūn iqāmat al-ḥadd bi-maḥḍar ḡamā'a wa-aqalluhum arba'a

When stoning, it is preferable that it is inflicted in the presence of a group of people, at least in the presence of four people.²⁶

وليس لاحجار الرجم تقدير, لا عددا ولا وزناً, بل يحيط به المسلمون, فيرمونه من الجوانب الي ان يموت

wa-laisa li-aḡḡār ar-raḡam taqdir, lā 'adadan wa-lā waznan, bal yuḡiṭu bihī al-muslimūn, fa-yarmūnahū min al-ḡawānib ilā an yamūt

There is no definite estimate of the size or the weight of the stones, but Muslims are to surround the culprit and stone him from all sides until he dies.²⁷

Muslims are to surround the adulterer; they throw the stones on him until he dies. In this context, the *imām*'s role in the stoning procedure remains obscure whether this forms a religious duty or not.²⁸

b. Crucifixion (*aṣ-ṣalb*)

Crucifixion, known in the Islamic tradition as *aṣ-ṣalb*,²⁹ is one of the prescribed punishments for the *ḥadd* offence of banditry (*ḥadd al-ḥirāba*) (Q. 5:33).³⁰ The verse dictates the following punishments for banditry: execution (*al-qatl*); severance of limbs (*al-qat' min ḥilāf*); crucifixion (*aṣ-ṣalb*) or exile (*an-naḡī*).³¹

According to majority Sunnī jurists, once the *ḥirāba* crime is litigated to the *imām* or his delegate (*al-qāḡī*) the *ḥadd* punishment ought to be immediately inflicted. The se-

26 Al-Baḡawī / Al-Ḥusain: *At-Taḡdīb fī Fiqh al-Imām aṣ-Ṣāfi* 7, Beirut 1997, p. 326.

27 Ibid.

28 Gleave views the role of the Muslim ruler as the main figure in the Islamic state in order to underline the state as the legitimizing element of the enactment of the *ḥudūd Allāh*, Gleave: *Public Violence, State Legitimacy: the Iqāmat al-Ḥudūd and the Sacred State*, in: *Public Violence in Islamic Societies: Power, Discipline, and the Construction of the Public Sphere, 7th–9th Centuries CE*, Edinburgh 2009, pp. 266f.

29 According to Tilman Seidensticker, “the first longer treatment of crucifixion as a punishment in the Islamic world in a European language was a contribution by Otto Spies to the *Festschrift für Gustave Mensching* in 1967, bearing the title ‘Über die Kreuzigung im Islam’ (‘On crucifixion in Islam’). Tilman’s main contribution deals with a number of comparable narrations containing accounts on how crucifixion as a punishment and a method of deterrence was perceived by contemporaries.” Tilman Seidensticker: *Responses to crucifixion in the Islamic world (1st/7th–7th/13th centuries)*, in: *Public Violence in Islamic Societies*, p. 203. In addition, see the entry on crucifixion by Neal Robinson: *Crucifixion*, in: *Encyclopaedia of the Qur’ān* 1, p. 487b.

30 In *Rebellion and Violence in Islamic Law*, Abou El-Fadl argues that the early Muslim commentators of the Qur’ān contended on who was the intended subject of this verse on *ḥirāba*. Khaled Abou El-Fadl: *Rebellion and Violence in Islamic Law*, Cambridge 2001, p. 51.

31 The act of *ḥirāba*, according to contemporary Abou El-Fadl, “[...] is to contest, to disobey, or to fight. By itself, the word is value-neutral; it does not necessarily connote something illegal or immoral”, p. 51. He critiques the conventional perception of this particular verse arguing that on the face of the *ḥirāba* verse it is not exactly clear what would bring these severe punishments into effect “[...] theoretically, the language of ‘cause corruption on the earth’ could be applied to a wide range of activities including anything from writing heretical poetry to raping and pillaging [...] the language of the verse lends itself to use in the political field, and could easily be applied to rebellion and sedition”, *Rebellion and Violence in Islamic Law*, p. 48.

verity of the punishments of *ḥirāba* is justified as to publically defame the bandits and to deter the others (the Muslims), thus, teaching the general public to desist from it.

المقصود به الإشهار ليعتبر غيره

al-maqṣūd bihī al-iṣhār li-yaʿtabira ġairuhū

The purpose of the punishment is to defame the culprit for other people to learn to desist *ḥadd*.³²

However, the contention among the jurists revolves on whether the imām is to choose between the Qurʾānic prescribed punishments of either the killing, or the cross amputation, or the crucifixion or maybe the exile. The Ḥanafī jurists were of the opinion that the imām is to choose between one of the Qurʾānic prescribed punishments of *ḥirāba*. This is, of course, in consideration of the gravity of the crime committed. For instance, when the bandits simultaneously steal and murder then the Muslim imām is to punish them either by cross amputation (*al-qaṭʿ min-ḥilāf*) or by killing or crucifying them.³³

From the jurists' discourse on the period in which the bandits may be left crucified one clearly realizes that the severity of the punishment is intended to deter the Muslim public. The jurists envisioned crucifixion as a deterring punishment. The Ḥanafī jurists as-Saraḥsī (d. 490/1096) and Ibn Nuġaim were of the opinion that the bandit is to be left crucified for three days before having him stabbed with a spear until he dies:

يصلب حياً ثلاثة أيام ويبعى بطنه بالرمح حتى يموت

yuslab ḥayan ṭalāṭat ayām wa-yubʿay baṭnuhū bi-r-ruḥ ḥatā yamūt

The bandit is to be left crucified for three days before having him stabbed with a spear until he dies.³⁴

المقصود التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول: الأصل التشهير بالقتل والمبالغة بالصلب.

al-maqṣūd at-taṣhīr li-yaʿtabira bihī ġairuhū wa-naḥnu naqūl: al-aṣl at-taṣhīr bi-l-qatl wa-l-mubālaġa bi-ṣ-ṣalb

The declared purpose [of the severe punishment] is to achieve deterrence. This is fulfilled throughout the exaggeration in the process of crucifixion.³⁵

In this way the punishment of crucifixion is assumed to achieve a high degree of public deterrence. This is the proclaimed purpose for inflicting the punishment of *ḥirāba*:

الأصح أن الصلب على هذا الوجه أبلغ في الردع وهو المقصود به

al-aṣaḥ anna aṣ-ṣalb ʿalā ḥādā al-waġḥ ablaġ fi-r-radʿ wa-huwa al-maqṣūd bihī

The crucified bandits are left for three days crucified on a wood cross and by this punishment, the jurists argued, deterrence is achieved.³⁶

32 As-Saraḥsī: *Al-Mabsūṭ* 9, p. 196; al-Baġawī: *At-tahdīb*, p. 402; Ḥalīl Ibn Ishāq: *Muḥtaṣar aṣ-Ṣaiḥ Ḥalīl Ibn Ishāq ʿalā Muḥaḍḍab Mālik Ibn Anas*, Paris 1990, p. 233; Ibn Qudāma: *Al-Muġnī* 12, p. 475.

33 As-Saraḥsī: *Al-Mabsūṭ* 9, p. 195.

34 Ibn Nuġaim: *al-Baḥr ar-Rāʾiq* 5, p. 115.

35 *Ibid.*, p. 114.

36 Burhān ad-Dīn al-Marġinānī: *Al-Hidāya Ṣarḥ Bidāyat al-Mubtadī* 1–2, Beirut 1990, p. 416.

يتم معنى الزجر ثم يصلبهم بعد ذلك للاشتهار حتى يعتبر بهم غيرهم

yatimm ma 'nā az-zağr tūmma yaşlubhum ba 'da dālika li-l-ištihār ḥatā ya 'tabira bihim ġairahum
Deterrence is attained, then they are crucified in public for people as a lesson to desist such crimes.³⁷

The Šāfi'ī jurists were of the opinion that the bandit is preferably to be executed first and then crucified.³⁸ The Šāfi'īs were against mutilation (*al-muṭla*) of the bandit and announced it as forbidden. The Ḥanbalī Ibn Qudāma agreed with the Šāfi'īs and held that the execution ought to be according to the Islamic rules “[if you execute follow the proper rules of killing – *fa-āḥsinū al-qatla*]”.³⁹ There is no further punishment after execution, and crucifixion is required only to deter the people.⁴⁰ The bandits are to be crucified in the place where *ḥirāba* took place.⁴¹ The Šāfi'ī, Ḥanbalī and Mālikī left the period in which the bandits are left crucified unspecified:

يصلب قدر ما يشتهر أمره

yuşlab qadra mā yaštahir amruhū

The bandit is crucified to the extent the crucified body is publicized.⁴²

The choice is left to the *imām* to decide on how long the bandits are left crucified, of course, keeping in consideration the public interest (*al-maşlaḥa*):

يخير الإمام فيها باعتبار المصلحة في حق الرجال

yuḥayyar al-imām fiḥā bi-i 'tibār al-maşlaḥa fi ḥaqq ar-riġāl

The ruler [Imām] is to choose of the period in which the crucified bodies are left on the cross keeping in mind the interest of men.⁴³

2. The Justification of Ḥadd Punishments as Individual Prevention (*Rad*)

When justifying the severe punishments of *ḥadd* offences as to prevent individual culprits, Sunnī jurists deployed another concept designated to individual prevention, that is, *rad*. The adjective of *rad* is *rādi* (pl. *rawādikk*) which if deployed as a noun denotes: deterrence, prevention, impediment, restriction and limitation.⁴⁴ The Sunnī justification of the severity of *ḥadd* punishments entails the dual and inseparable impact of both the general and the individual deterrence (*zağr* and *rad*).⁴⁵ However, the jurists' inkling of the inability of *ḥadd* punishments to achieve deterrence is more apparent in the corporal *ḥadd* punishments that are related to individual deterrence (*rad*). This is specially noticed in the punishments of scourging (*al-ğald*)

37 As-Saraḥsī: *Al-Mabsūṭ* 9, p. 196.

38 “*wa-aḥabbu ilayā an yabda ' [al-imām] bi-qatliḥi qabla şalbiḥi, li-anna fi şalbiḥi wa-qatliḥi 'alā al-ḥaşaba ta 'ddīban lahū yuşbih al-muṭla.*” Aş-Šāfi'ī: *Al-Umm* 6, p. 213.

39 'Abdullah Ibn Qudāma: *al-Kāfi fi Fiqh Aḥmad* 4, Beirut 2001, p. 81.

40 “*lā 'uqūba fauq al-qatl wa-ş-şalb li-l-i 'tibār zağran li-n-nās*”, al-Bağawī: *At-Taḥdīb* 7, p. 404.

41 Ar-Ramlī: *Nihāyat al-Muḥtağ ilā Şarḥ al-Minhāğ fi-l-Fiqh 'alā Maḍhab al-Imām aş-Šāfi'ī* 8, Beirut 1984, p. 6.

42 Ibn Qudāma: *Al-Kāfi*, p. 81.

43 Muḥammad Al-Ḥuraşī: *Ḥāşiyat al-Ḥuraşī* 8, Beirut 1997, p. 277.

44 Ibn Manzūr: *Lisān al-'Arab* 5, p. 187.

45 Mohammad El-Awa: *Punishment in Islamic Law: A Comparative Study*, Indianapolis 1982, p. 29.

and amputation (*al-qaṭ*). As to the justification of *ḥadd* punishment to deter individual culprits, I select the punishments of scouring and amputation to argue that the jurists themselves had an inkling of the inability of the *ḥadd* punishments to achieve prevention. In the following, I present the jurists' justifications of *ḥadd* as individual prevention and I further seek to highlight their arguments on the inability of the *ḥadd* punishments to achieve individual prevention. The following is an overview of the jurists' claim that the punishments of *ḥadd* offences deter individual offenders and this is exemplified in each area of scouring (*al-ǧald*) and amputating (*aṣ-ṣalb*).

a. Scouring

Scouring (*al-ǧald*) is the prescribed punishment for the *ḥadd* offences of fornication (*zinā*), calumny (*qaḍf*) and consuming alcohol (*šurb al-ḥamr*). The prescribed punishment for the unmarried fornicators is a hundred lashes (Q. 24:4) and the punishment for calumny is eighty lashes (Q. 24:4f.). The punishment for consuming alcohol is forty lashes as described in the Prophetic tradition, and it can be increased to eighty lashes as established in the practice of the Prophet's companion 'Umar Ibn al-Ḥaṭṭāb.

Sunnī jurist recommended the infliction of scouring in public. Men are flogged while standing, whereas women are whipped while seated. Men are stripped to their waist, unlike women who are allowed to leave their clothes on. However, furs and leather clothing are removed, as they may protect against the pain.⁴⁶ The jurists also spoke of distributing the lashes of the scouring fairly and in proportion. For instance, in the following quotation the Šāfi'ī and the Ḥanbalī assumed the infliction of scouring in this way compulsory:

Flogging is to be administered by a leather whip. The executioner, in administering the lashes, may not raise his hand above his head to the extent that the armpit is visible. The force, which the lashes are administered, varies according to the crime committed. For instance, scouring for the illicit sexual intercourse is to be more severe than scouring for consuming alcohol. Scouring by palm leaves and twined cloth or shoes can be possible ways of inflicting the *ḥadd* punishment for consuming alcohol.⁴⁷

The Sunnī jurists contended the severity of the punishments inflicted and disagreed on the gravity of the *ḥadd* offence. What is the gravest among *ḥadd* offences? Would committing the illicit sexual intercourse (*zinā*) count as graver than falsely accusing someone else of adultery (*qaḍf*)? This was a matter of contention among the Sunnī jurists and left unsettled. For instance, the Ḥanbalī jurist Ibn Qudāma held the opinion that the severest of scouring is the one inflicted for illicit sexual intercourse. This is followed by scouring for calumny, and the least severe is the

46 Ibn Nuǧaim: *Al-Baḥr ar-Rā'iq* 5, p. 16.

47 Aš-Šāfi'ī: *Al-Umm* 6, p. 282; Ibn Qudāma: *Al-Muǧnī* 12, p. 510.

scourging for drinking alcohol.⁴⁸ The Ḥanafīs saw as the severest of punishments the one inflicted for *ta'zīr* (discretionary punishments). The order of severity for the rest of the *ḥadd* offences is the following: illegal sexual intercourse, consuming alcohol, and the false accusation of committing adultery. The Mālikī held that the scourging is inflicted on an equal footing. They argued that the Qur'ān leaves the degree of gravity of *ḥadd* offences undefined. The Šāfi'ī jurist as-Sam'ānī is of the opinion that the divinely ordained punishments of *ḥudūd* Allah are revealed in order to deter and prevent from committing the forbidden acts

Only God knows what deters man from sinning. Man can be deterred from sinning by light punishment, and in other instances he may not be deterred by a severe punishment. It is only God who knows the quantity of that which proves deterrent.⁴⁹

b. Amputating

The corporal punishment of amputation for the *ḥadd* offence of theft (*as-sariqa*) is justified to deter the individual culprit (*rad'*) as well as the general public. The Sunnī jurists squarely put it: “the amputation of the limbs is inflicted to deter ‘*al-qat' šuri'a zāğiran.*’”⁵⁰ The Šāfi'ī jurist aš-Širāzī viewed the amputation of the right hand for theft and the ritual required for inflicting the amputation to indicate the purpose of the punishment, that is, to deter the general public. In his words: “the amputation of the right hand and the wisdom (*al-ḥikma*) behind its severity is to deter the people from such offences.”⁵¹ Ibn Taimīya (d. 728/1328) proposed a similar view:

[...] the amputation of the hand is more of a deterrent (*zāğir*) than execution (*al-qatl*) as if people witness the amputated hand of the culprit this as a reminder of the committed crime, and by this the public will be deterred. Contrary to the amputation, execution is tenable to be forgotten, thus, the amputation is more deterrent to both the individual and the general public of Muslims.⁵²

Although the Sunnī jurists were more inclined to justify the severe amputation as to deter (*zağr*) the general public of Muslims, speaking about the individual deterrence (*rad'*) is invariably present. This is evident in the jurists' debate whether the purpose of the amputation of the hand is to cause damage: does the *ḥadd* punishment of amputation cause damage “*hal al-ḥadd mutlif?*” Despite the jurists' dispute on whether the amputation of the hand leads to cause damages, it seemed secondary to the primary justification, that is, the punishment is decreed to deter the general public (*zağran li-l- 'amma*).

48 Ibn Qudāma: *Al-Muğnī* 12, p. 511.

49 Cited in Lange's *Justice, Punishment and the Medieval Muslim Imagination*, fn. 38, p. 188.

50 Ibn Qudāma: *Al-Muğnī* 9, p. 107.

51 Aš-Širāzī: *Al-Muḥaḍḍab* 5, p. 365.

52 Aḥmad Ibn Taimīya: *At-Tafsīr al-Kabīr* 4, Beirut 2000, p. 69.

III. The Sunnī Jurists' Inking of the Inability of Ḥadd Punishments as Deterrence

This article argues that the Sunnī writings show that the jurists had an inkling of the inability of the use of severe ḥadd punishments to deter ḥadd offenders. They disputed the ineffective results of ḥadd punishments on offenders of ḥadd. To shed light on the jurists' inkling of the inability of the punishment to deter the offender of ḥadd, I select from within the writings of the Sunnī jurists two main arguments on the inability of the ḥadd as a deterring punishment: a) the repetition of the same ḥadd offence and b) the overlap of ḥadd offences (*tadāḥul al-ḥudūd*).

1. The Repetition of the Same Ḥadd Offence

The inkling of the inability of ḥadd punishment as deterrence is exemplified in the jurists' disagreement on one of the ḥadd scenarios debated in the Sunnī writings. The scenario proposed by the jurists is the repetition of the offence of theft more than one time. The jurists put the situation that a thief who already had his right hand amputated as a recompense for his first theft offence, committed theft for the second time. In this case, the Sunnī jurists agreed that in the presence of a second incident of theft the left foot of the thief was to be amputated as a ḥadd punishment. This verdict, the Sunnī jurists argued, is based on *qiyās* where analogy is applied from the case of the offence of banditry to that of theft. The disagreement, however, emerges when the jurists speculated about a third incident of theft.

The debate on whether there should be any further amputations in a repeated theft offence is entirely based on the tradition attributed to the companions of the Prophet. One of the main narrations deployed in this debate is the narration attributed to the first Caliphs Abū Bakr (d. 634) and 'Umar Ibn al-Ḥaṭṭāb (d. 644). The caliphs are reported to have proclaimed that

if a thief commits theft for the third time his left hand is to be amputated. In case of a fourth offence of theft the right foot is amputated. In case of a fifth incident of theft, the thief is to be imprisoned.⁵³

The Šāfi'ī and Mālikī jurists demanded that the thief, who repeats theft, to be punished for each and every single theft he commits. They held that the offence of theft (*ḥadd as-sariqa*) and its punishment serve as the exclusive right of God (*ḥaqq Allāh al-ḥālīṣ*) and since the offence could be repeated so the punishment is, in this case, the amputation of the limbs.⁵⁴ The punishment is repeated as long as there are enough limbs to be amputated. Otherwise, there is a discretionary punishment to be inflicted, for instance, imprisonment (*al-ḥabs*)

53 Muḥammad al-Kāndahlawī: *Auḡazu al-Masālik ilā Muwaṭṭa' Mālik* 15, New Delhi 2003, p. 438.

54 Aš-Šāfi'ī: *Al-Umm* 6, pp. 175–176; an-Nawawī: *Rauḍat aṭ-ṭālibīn* 77, p. 313; ar-Ramlī: *Nihāyat al-Muḥtāḡ* 7, p. 466; aš-Širāzī: *Al-Muḥaddab* 5, p. 444, al-Qarāfi: *Ad-Daḥira* 9, pp. 457f.

ويعزر لأنه معصية ليس فيها حد ولا كفارة فيعزر فيها

wa yu'azar li-annahū ma 'šīya laisa fihā ḥadd wa-lā kaffāra fa-y'uzaru fihā

Then the culprit is punished with a reprimand punishment because it is neither a *ḥadd* nor a *kaffāra* because it is considered as disobedience.⁵⁵

The Ḥanafī and the Ḥanbalī, however, limited the extension of the amputation of limbs only to the second incident of theft. They argued that after the second incident of theft there is no further amputation to be inflicted. They simply argued that in the case of repeated theft offences the punishment proved ineffective. As to the Ḥanafīs, the first incident of theft is punished with the amputation of the right hand as stipulated in the Qur'ān (Q. 5:38). As to the extension of the amputation of the left foot in the second incident of theft, the Sunnī jurists agreed based on *qiyās*. However, for any theft after the second incident of theft there ought to be no further amputation inflicted and the punishment for third and fourth repeated theft is imprisonment and this is as a discretionary punishment (*ta'zīr*). The Ḥanafī and Ḥanbalī jurist objected to the multiple amputations for the repeated theft and argued that the Qur'ān and the Sunna of the Prophet specify no explicit regulations about the repeated *ḥadd* offences. Moreover, the tradition attributed to first two Caliphs seemed not binding. The Ḥanafīs criticism launched against the Ṣāfi'ī and the Mālikī is that in the tradition attributed to the companions of the Prophet (*ṣaḥāba*) there are conflicting narrations, which are attributed to the Prophet's cousin 'Alī. The latter is reported to have said: "[...] if the thief's limbs are entirely amputated how would it be possible that the thief feeds and cleans himself?"⁵⁶

The Ḥanafī and the Ḥanbalī jurist viewed no beneficial purpose in any further amputations for repeated theft offence. They argued that the *ḥadd* punishment is not intended to damage, which would lead the culprit losing his physical ability. The crossed and multiple amputations of the thief's limbs was never the purpose of the *ḥadd* punishment. This would deprive the thief of the ability to fulfil his basic needs, that is, to be able feed and clean himself independently.⁵⁷ The Ṣāfi'ī refused to accept this argument and stated that:

your claim of abstaining from re-applying the amputation in repeated *ḥadd* offence of theft, and this is because you assumed [the Ḥanafīs] that *ḥadd* punishment in this case does not prevent is just baseless. The hand and the foot are the tools used in theft (*wa-anna al-yad wa-r-riġl hiya mawāḍi' al-ḥadd [...] fa-matā kāna al-mawāḍi' qā'imān ḥudda 'alaihī*).⁵⁸

In his response al-Baġawī argued that the amputation of the thief's left foot [as a *ḥadd* punishment for the second incident of theft] does not serve as deterrent:

55 Aš-Šīrāzī: *Al-Muḥaddab* 5, p. 364.

56 As-Saraḥsī: *Al-Mabsūṭ* 9, p. 166; al-Kāsānī: *Badā'i' aṣ-Ṣanā'i'* 9, p. 248.

57 Ibn Qudāma: *Al-Muġnī* 9, p. 106; as-Saraḥsī: *Al-Mabsūṭ* 9, p. 167.

58 Aš-Šāfi'ī: *Al-Umm* 6, p. 176.

إن السارق لما لم ينزجر بقطع رجله اليسرى في المرة الثانية

inna as-sāriq lammā lam yanzağir bi-qaṭ riğlihī al-yusrā fi-l-marra at-tāniya

When the thief is not deterred in the second time when his left foot is amputated.⁵⁹

علم أن الإجرام متمكن من نفسه

'ulima anna al-iğrām mutamakkin min nafsihī

Then it is known that the crime is deeply rooted in him.⁶⁰

Al-Bağawī insisted that it is important to secure the objects and that by amputating the four limbs of the thief will inevitably stop him from theft. He argued that it was clear to the Šāfi'ī School that the thief was not deterred from the second incident of theft, nonetheless, the amputation for the remaining limbs was necessary to stop the thief from stealing.

The Ḥanafī jurist al-Ğaṣṣāş (d. 370/981) wrote that the extension of the amputation to the right foot in the second incident of theft was based on a scholarly consensus and not on Qur'ānic evidence. However, as to the repetition of the theft to more than two times al-Ğaṣṣāş explicitly stated that there was no consensus on this matter and was left contended. He held that in the absence of a juristic consensus on this particular issue there were to be no further amputations:

لم يجز القطع مع عدم الاتفاق

lam yağuz al-qaṭ ma'a adam al-ittifaq

It is not permissible to amputate in the case of no agreement.⁶¹

2. The Overlap of Ḥadd Offences (*Tadāḥul al-Ḥudūd*)

The second contested issue among Sunnī jurists, which is related to rules of inflicting the ḥadd punishments, is the overlap of ḥadd offences. According to the legal writings of Sunnī jurists, the overlap between ḥadd offences occurs in three different scenarios, each of these scenarios would have its specific legal regulations, and as a result different legal implications. The three scenarios are: 1) a single ḥadd offence where several parties are injured; 2) several ḥadd offences of different types of offences, one of which is punished with capital punishment and 3) several ḥadd offences of a different kind, none of which is punished with capital punishment.

a. A Single Ḥadd Offence Where Several Parties are Injured

The case discussed for this scenario is the ḥadd of false accusation of illegal sexual intercourse (*qadḥ*). The Ḥanafī jurists held that if one accuses a group of people and one of the accused litigated the case to the judge the accuser is punished once with the prescribed punishment of eighty lashes scourging.

59 Al-Bağawī: *At-Tahḍib* 7, p. 383.

60 Ibid.

61 Aḥmad al-Ğaṣṣāş: *Aḥkām al-Qur'ān* 2, p. 593.

حضور بعدهم للخصومة كحضور كلهم فلا يحد ثانياً

ḥuḍūr ba 'dihim li-l-ḥuṣūma ka-ḥuḍūr kullihim fa-lā yuhadd ṭaniyan

For litigation it is sufficient that a number of the accused party be present and the accuser is not to be punished twice.⁶²

The Ḥanafī viewed that one *ḥadd* punishment is enough to achieve deterrence and more than one punishment would lead to no benefit, thus, the *ḥadd* is not inflicted when is not beneficiary:

لا يجوز إقامة الحد مع احتمال عدم الفائدة

lā yaǧūzu iqāmat al-ḥadd ma 'a ihtimāl 'adam al-fā'ida

It is not permissible to inflict the *ḥadd* punishment when there is a possibility of gaining to benefit.⁶³

The Mālikī jurists agreed with their counterparts of the Ḥanafī School of law:

إذا كرر القذف لواحد أو لجماعة في المجالس فليس عليه إلا حد واحد

iḍā karrara al-qadḥ li-wāḥid au li-ǧamā'a fi-l-maǧālis fa-laisa 'alayhī ilā ḥadd wāḥid

In case of repeated accusations against one or a group of people in one occasion there is to be only one *ḥadd* punishment, that is, eighty lashes scouring.⁶⁴

However, the Mālikī distinguished between whether the injured right is of a right of God (*ḥaqq Allāh*) or a right that belongs to the individual (*ḥaqq al-'abd*). On the contrary to the Ḥanafī and the Mālikī's stance, the Šāfi'ī argued if a free man falsely accuses a group of people of committing adultery he is to be punished for every single accused one of the group. This is justified to protect the people's reputation (*daf' al-'ār*).⁶⁵

b. Several *Ḥadd* Offences of Different Types, One of Which is Punished with Capital Punishment

A scenario discussed in the Ḥanafīs' *furū'*: it is supposed that a person confesses that he has committed adultery (*zinā*), theft (*sariqa*), consuming alcohol (*šurb al-ḥamr*), falsely accusing someone of adultery (*qadḥ*), and injuring someone in the eye (*qiṣāṣ*). The Ḥanafī gave the individual right of retaliation a priority. In this scenario, the first punishment to be inflicted is retaliation for the injured eye. Then the punishment for the false accusation of adultery is to be next inflicted because it is considered as the right of individual (*ḥaqq al-'abd*). Then the Muslim ruler is to decide between inflicting the punishments for adultery, theft and drinking alcohol. But the rule is whenever a capital punishment overlaps with other corporal punishments of *ḥudūd*, the latter are dismissed and only the former is inflicted:

62 Ibn al-Humām: *Šarḥ Faḥ al-Qadīr* 5, p. 324.

63 Al-Kāsānī: *Badā'ī 'aṣ-Ṣanā'ī fi Tartīb aṣ-Šarā'ī* 9, p. 248.

64 Al-Ḥurašī: *Ḥāšiyat al-Ḥurašī* 8, p. 302.

65 Al-Bağawī: *At-Taḥḍīb* 7, p. 404.

ومتى اجتمعت حدود الله لحق الله وفيها قتل النفس قتل وترك ما سوى ذلك وأتم ما يكون منه باستيفاء النفس
والاشتغال بما دونه لا يفيد

wa matā iğtama 'at ḥudūd Allāh li-ḥaqq Allah wa-fihā qatl an-naḥs [killing the culprit] qutila wa-turika mā siwā dālika [that is, corporal punishments] wa-atammu mā yakūnu minhū bi-istifā' an-naḥs wa-l-ištigāl bi-mā dūnihi lā yufid

In the case of multiple *ḥadd* offences in which all them belong to the category of God's rights, all corporal punishments are dismissed and only the capital punishment is inflicted.⁶⁶

The Mālikī were of a similar opinion to that of the Ḥanafī:

متى اجتمعت الحدود مع القتل سقطت بالقتل إلا القذف فإنه يجلد ثم يقتل

matā iğtama 'at al-ḥudūd ma 'a al-qatl saqāṭat bi-l-qatl ilā al-qadḥ fa-innahū yuğlad tumma yuqatal

In the case of combined offences of *ḥadd* in which one of them is capital punishment for murder the other punishments are dismissed, excluding the punishment for *qadḥ* where the accuser is scourged eighty lashes and then killed.⁶⁷

c. Several *Ḥadd* Offences of Different Types, None of Which is Punished with Capital Punishment

As an example for several overlapping *ḥadd* offences none of which carries capital punishment, the scenario proposed by the Sunnī jurists is the case when an unmarried man consumes alcohol, commits fornication and theft. According to the Šāfi'ī School of law, the lesser punishment is first inflicted:

قدم الأخف فالأخف

quddima al-aḥaff fa-l-aḥaff

The lesser punishment supersedes in order.⁶⁸

The Šāfi'ī and the Ḥanbalī jurists held that it is an obligation on the Muslim ruler to treat the overlapping *ḥadd* according to this consequence, starting with the less severe and ending with the most severe punishment.⁶⁹ The Mālikī were of the opinion that if the offence committed entails an individual right (in this case *qiṣāṣ*) the inflicted punishment is vindicated for the right of God and therefore prioritized over the individual's right:

إن اجتمع حق الله وحق العبد بدئ بحق الله لتعذر العفو فيه

in iğtama 'a ḥaqq Allah wa-ḥaqq al-'abd budi 'a bi-ḥaqq Allāh li-ta 'adur al-'afw fihi

In case the right of God and the right of the individual are combined in one offence the punishment is inflicted for the right of God for the reason that there is no pardon in God's rights.⁷⁰

66 Ibn al-Humām: *Šarḥ Faḥ al-Qadīr* 5, p. 326.

67 Al-Qarāfi: *Aḍ-Ḍaḥīra* 9, p. 470.

68 Aš-Širāzī: *Al-Muḥadḍab*, p. 372.

69 Ibn Qudāma: *Al-Muǧnī* 9, p. 75.

70 Al-Qarāfi: *Aḍ-Ḍaḥīra* 9, p. 470.

IV. Conclusion

In conclusion, this article argues that the focus of the four Sunnī schools of law when debating *ḥadd* offences and the punishments associated with them was mainly on the validity of the judicial procedures of *ḥadd* rather than on a more systematic approach to justify the severity of *ḥadd* punishments. The justifications of the severity of the *ḥadd* punishments, albeit scattered in the Sunnī writings, I argue, were mostly the result of the jurists' attempts to demarcate the line between two different spheres. On the one hand, the divine sphere that belongs to God, and solely represents His right (*ḥaqq Allāh*). On the other hand, the individual sphere that belongs to the individual (*ḥaqq al-ʿabd*). As to the right of God, Sunnī jurists attributed the decrees of *ḥadd Allāh* to the category of “*muqaddarāt*”, that is, the things decreed by God. Within the *muqaddarāt* category there is absolutely nothing that the jurists could have interfered to either modify or nullify the norms belonging to it. In other words, the jurists simply accepted them without negotiation.

Moreover, the conviction of Sunnī jurists remained that God's legislations, as pronounced in the Qurʾān and stipulated in the Prophetic tradition, are established for the primary purpose to protect the general interest of Muslims (*maṣlaḥat al-ʿamma*). To protect the general interest of Muslims, Sunnī jurists argued, the severe *ḥadd* punishments function as deterrence (*zaʿr*, pl. *zawāʿir*). The salient character of the publicity of the application of *ḥadd* punishments indicates clearly the attitude of the jurists towards a theory of the purposes of the law, that is, to protect the general public and their interest (*al-maṣlaḥa*). More attention was given to protecting and deterring the general public than deterring the individual who committed the *ḥadd* offence. The law of *ḥadd* as formulated by the Sunnī jurists “[...] cares very little for the criminal and his reform.”⁷¹

The inkling of the inability of the severe *ḥadd* punishments from deterring ex-*ḥadd* offenders remained a matter of contention among Sunnī jurists. However, as this article argues, this juristic inkling of the inability of the severe punishments of *ḥadd* to achieve individual deterrence (*radʿ*) was not systematically pursued or turned into a fully developed argument. Furthermore, there was no sustained single attempt to question and challenge the inability of the *ḥadd* punishments as deterrent. Notwithstanding, the Sunnī jurists sometimes discussed the *ḥadd* punishments in their deterrent effects (thus seemingly opening the door for determining the law in the light of social reality), the jurists were mostly confined to their first assumption that the *ḥadd* punishments were ordained to persevere the right of God (*ḥaqq Allāh*) which is fixed and immutable. Defining *ḥadd* offences and their punishments under the category of *muqaddarāt* restricted the jurists from freely challenging the inability of *ḥadd* punishments to deter offenders of *ḥadd*. As this article demonstrates the Šāfiʿī and the Mālikī jurists resisted avoiding the *ḥadd* punishments when the punishments proved ineffective. This is already exempli-

71 El-Awa: *Punishment in Islamic Law*, p. 134.

fied in the juristic debate of the repeated offence of theft. For them when the *ḥadd* offence is repeated the punishment ought to be re-inflicted regardless if the punishment is proven to be ineffective. This, however, was firmly objected by the Ḥanafī and Ḥanbalī jurists who refused the application of *ḥadd* punishments when proven ineffective.

Dr Rana Alsoufi is a post-doc candidate at the Department of Islamic-Religious Studies, Friedrich-Alexander Universität, Erlangen-Nürnberg.

Verse 9:5 of the Qur'ān as an Intermixed Ground for *jus ad bellum* and *jus in bello*: Adapting Islamic Classical Theory to Modern Asymmetric Conflict

Anicée van Engeland

Introduction

The Dā'ish decree on the Christians of Raqqa, relying on the classical rules pertaining to *ḍimmīs* and the *ḡizya*, has demonstrated that despite the barbarous acts perpetrated by the group, it still claims its belonging to Islam.¹ While many reject Dā'ish's, Boko Haram's and others' attempt to identify with Islam, it remains clear that their supporters and fighters consider themselves to be Muslims, and have resorted to Islam and Islamic law to provide grounds for the legality of their actions. Al-Qā'ida, through its ideologist, Aiman az-Zawahiri, was already relying on Islam and Islamic law to justify or frame the group's actions.² While rejecting these fundamentalist groups' belonging to Islam is an option, this piece does not seek to weight the degree of 'Muslimness'³ of different actors: rather than be elitist or consider extremist groups as 'an originalism' to exclude from Muslim history,⁴ the article seeks to examine fundamentalist constituencies' approaches to *jus ad bellum* and *jus in bello*.⁵ Meanwhile, it is necessary to challenge these groups' utilitarian views and interpretations of Islam and Islamic law, and analyze their non-adherence to Islamic humanitarian standards, as interpreted by less radical trends in Islam.

Yet this article goes further than setting out a thorough list of the violations of Islamic humanitarian values found in authoritative Islamic legal sources: it examines in depth how neo-*ijtihād* is used by modern Muslims to behave at war, looking at a single verse of the Qur'ān, the Verse of the Sword (Qur'ān 9:5).⁶ The *sūra* has been used by radical groups to justify violent actions and satisfy *jus ad bellum* grounds under Islamic law. My aim is to challenge the understanding of these fundamen-

1 The original in Arabic can be accessed here justpaste.it/ejur (last access 20 April 2015).

2 For examples, please refer to Gilles Kepel / Jean-Pierre Milelli (eds.): *Al Qaeda in its Own Words*, Cambridge, Mass. 2008.

3 Naomi Davidson: *Only Muslim*, Embodying Islam in the Twentieth-Century France, Ithaca 2012.

4 Anver Emon: Is ISIS Islamic? Why it Matters for the Study of Islam, April 2015, blogs.ssrc.org/tif/2015/03/27/is-isis-islamic-why-it-matters-for-the-study-of-islam, (last access 20 April 2015).

5 *Jus ad bellum* refers to the conditions under which one may resort to the use of force; *jus in bello* governs the conduct of belligerents during war. The set of international rules applicable are different according the situation.

6 Qur'ān 9:5: "Then, when the sacred months have passed, slay the idolaters wherever ye find them, and take them (captive), and besiege them, and prepare for them each ambush. But if they repent and establish worship and pay the *ḡizya* [the poor-due] then leave their way free. Lo! Allah is Forgiving, Merciful." The author uses the English translation of the Qur'ān: F. Nikayin: *Quran. A Poetic translation from the Original*, Illinois 2000.

talist groups that the *sūra* solely provides a support and encouragement to *ḡihād*. I argue *sūra* 9:5 provides limited, conditional and gradual grounds to go to war and contains humanitarian limitations to the conflict; it is therefore a verse offering intermixed grounds for *jus ad bellum* and *jus in bello* that are transposable to modern asymmetric conflicts.

It is clear that classical authoritative sources of law are relevant in modern conflicts; yet, the content of humanitarian standards remains open to discussion due to the broad power interpreters have. The question of the modern application of *jus in bello* rules found in *ṣarī'a* law to acts perpetrated by these groups in an asymmetric conflict is raised, looking at how fundamentalist groups focus on *jus ad bellum* at the expense of the *jus in bello* rules; another issue pertains to how Islamic legal techniques such as *iḡtihād* or *maṣlaḡa* could be used to alter that approach. The issue is then to know whether neo-*iḡtihād* can bring a common solution to the interpretation of verse 9:5 by giving a new Islamic-based framework to armed conflicts. Alternative textual readings of the Qur'ān via the new hermeneutics of the *ṣarī'a* have been crucial in responding to war-oriented readings of authoritative Islamic legal sources. Yet, these less radical readings sometimes face limits. For example, one has to be reminded that *iḡtihād* is not a tool reserved to reformists only: fundamentalists groups use this technique as well to push forward their own vision of the laws of peace and war in Islam. The difficulty of establishing a common humanitarian framework comes therefore from the diversity of views.

My methodology will be to present several different interpretations of *sūra* 9:5 to challenge the idea that it encourages *ḡihād* against those called Infidels: I will examine issues of translation, historical background, contextualization, and more. Through this methodological approach, I will seek to deconstruct interpretations of Islam that encourage the use of violence and which could be perceived as being at odds with the peaceful message of Islam liberal Muslim scholars have put forward.⁷ I do not seek to give an over-bearing role to *sūra* 9:5; yet, it is an interesting *sūra* as it intermixes the grounds of war and it can be, at the same time, read as an encouragement to war or a limit to war, symbolizing therefore the conundrum Islamic law face today with regard to *iḡtihād* and humanitarian principles.

The interpretive premise of this paper is to argue along the lines of the two Muslims scholars, Taha and An Na'im, when they seek to contextualize *iḡtihād*. The theories put forward by these two scholars, and which will be examined in detail below, allow for a flexibility of interpretation while respecting the codes of classical *iḡtihād*. I consequently measure the interpretations made by radical scholars and groups to less radical ones, engaging in a comparative study. My ultimate purpose is to

7 Abdullahi An Na'im: Islamic Ambivalence to Political Violence: Islamic law and International Terrorism, in: *Muslims and Global Justice*, ed. by Abdullahi An Na'im, Philadelphia 2011, pp. 35–64; Mian Rashid Ahmad Khan: *Islamic Jurisprudence*, Lahore 1978; Bassam Tibi: War and Peace in Islam, in: *Islamic Political Ethics*, ed. by Sohail Hashmi, Princeton 2002, pp. 175–193.

respect what I perceive is to be the message of Islam that should be put forward in the 21st century for anyone seeking to uphold peace and respect rules of engagement into conflict. Using Taha and An Na'im theories allows me to analyze the concept of counter-abrogation that allows Muslims to rely on the message of the Qur'ān on peace and on the restrictions on the conduct of hostilities and the protection of civilians. The article is therefore a critique of the violent narrative developed by radical groups, using the same authoritative sources as they while reaching different conclusions.

I. Sūra 9:5 of the Qur'ān as a Limitation to War

As I have examined elsewhere, there are humanitarian standards to be found in Islamic legal sources:⁸ war is a reality in the human realm and the sources provide rules with regard to *jus ad bellum* and *jus in bello*.⁹ One of the elements that distinguishes Islamic law from international humanitarian law is the fact that *jus ad bellum* grounds and *jus in bello* grounds are intermixed, causing some confusion with regard to interpretation of the Qur'ān and the Sunna. Sūra 9:5 provides us with an illustration of the intermixed grounds: while fundamentalist groups read the verse as an encouragement to go to war (*jus ad bellum*), I argue it applies restrictions on those grounds; it also provides humanitarian limitations, making the verse part of the *jus in bello*. It also establishes steps to go to war, belonging therefore to *jus ad bellum*. To support this view, I establish that the sūra 9:5 cannot be read in isolation from the rest of the sūra 9, the rest of the Qur'ān and the Sunna, and from the purpose of Islam.

A. The Sūra as Inter-Mixed Grounds

The Verse of the Sword (also called *Āyat as-Saif*) seems to leave very little doubt about its meaning.¹⁰ This is why it is one of the Qur'ān's passages cited by fundamentalist groups to justify the use of *ḡihād* as a way to fight unbelievers, or infidels as they call them.¹¹ The argument of the proponents of the use of this sūra (pl. *suwar*) as giving ground to *jus ad bellum* to lead a total war is that the aim of war (*ḡihād al-*

8 Anicée Van Engeland: The Differences and Similarities between International Humanitarian Law and Islamic Humanitarian Law: Is there Ground for Reconciliation?, in: *The Journal of Islamic Law & Culture* 10/1 (2008), pp. 89–99; Anicée Van Engeland: Islam and the Protection of Civilians in the Conduct of Hostilities: The Asymmetrical war from the Transnational Terrorist Groups' Viewpoints and from the Muslim Modernists' Viewpoints, in: *Jihad and the Challenges of International and Domestic Law*, ed. by Cherif Bassiouni and Amna Guellali, The Hague 2010, pp. 139–166.

9 Marcel A. Boisard: The Conduct of Hostilities and the Protection of the Victims of Armed Conflicts in Islam, in: *Hamdard Islamicus* 1/2, 3–17 (1978), p. 7.

10 Walter H. Wagner: *Opening the Qur'an: Introducing Islam's Holy Book*, Indiana 2010, p. 389.

11 Osama Bin Laden et al.: Jihad against Jews and Crusaders, in: *World Islamic Front Fatwa*, 23 February 1998 www.fas.org/irp/world/para/docs/980223-fatwa.htm (last access 20 April 2015).

qitāl) is to propagate Islam, the end justifying the means.¹² These fundamentalists therefore support an aggressive approach to Islam via an expansionist agenda. While some have analyzed the reliance of these groups on the *suwar* as dealing with victimization, dishonor and retribution rather than with universal *ḡihād*,¹³ I argue that modern interpretations weave all those themes together: the grounds to go to war is based on victimization, dishonor and retribution but also on a wish to fight the enemy, the unbeliever. This *sūra* has also given an argument to Western analysts who refer to it to demonstrate Islam is a religion of war.

Islamic fundamentalists rely heavily on the Qur'ān to provide a rationale to their deeds. They see it as a legal justification to engage into a *ḡihād* with their enemies. An example can be found in the introduction to the Ben Laden's 1998 *fatwā* where the verse 9:5 is cited in part.¹⁴ Most often, these groups rely on the Medina period over the Mecca period; this is explained by the fact that the early Meccan *suwar* are more peaceful than the later ones. The context of the time explains this shift from a peaceful discourse to a more war-oriented approach in the Qur'ān: the Prophet had to deal with many conflicts and wars towards the end of his life and this is why Medinan *suwar* often deal with the regulation of armed conflicts. The outcome is that verse 9:5, which is part of the Medinan period, has been mainly used to justify the use of violence, therefore constituting the legality for *jus ad bellum*. Some scholars even give a central place to verse 9:5, stating it was one of the latest verses on *ḡihād* to be revealed, and should by consequence abrogate many others previous verses,¹⁵ including peaceful verses and humanitarian limitations to war. To serve this war-oriented purpose, verse 9:5 is often associated with other verses: for example, *sūra* 9:14 often features in videos released by radical groups after a victory such as the destruction of an enemy armed vehicle.¹⁶ *Sūra* 9:29 is also of importance: Qutb interpreted it as a 'call to arms',¹⁷ therefore strengthening the argument of the *sūra* 9 as contributing mainly to *jus ad bellum*.¹⁸ As a result, interpretations provided by Islamist fundamentalist groups challenge the traditional distinction between civilians and combatants, which is part of the *jus in bello*.¹⁹

12 Khaled, Abou El Fadl: *The Rules of Killing at War: An Inquiry into Classical Sources*, in: *LXXXIX 2: The Muslim World* (April 1999) p. 149.

13 Jeffrey R. Halverson / Steven R. Corman / H.L. Goodhall: *Master Narratives of Islamist Extremism*, New York 2011; Jeffrey R. Halverson / R. Bennett Furlow / Steven R. Corman: *How Islamist Extremists Quote the Quran*, in: *ASU Centre for Strategic Communication 2012*, csc.asu.edu/wp-content/uploads/pdf/csc1202-quran-verses.pdf (last access 20 April 2015).

14 Bin Laden, supra n. 11.

15 Halim Rane: *Islam and Contemporary Civilization*, Melbourne 2010, p. 175; Muhammad Abd al-Salam Faraj: *The Neglected Duty* (transl. by Mark Juergensmeyer): www.juergensmeyer.com/files/Faraj_The_Neglected_Duty.pdf (last access 20 April 2015).

16 Verse 9:14: "Fight them, and, at your hands, will Allah, chastise and humble them, and He'll allow your triumph over them and He'll relieve the hearts of people who believe."

17 Natana J. Delong-Bas: *Wahhabi Islam. From Revival and Reform to Global Jihad*, Cairo 2005, p. 263.

18 James Toth / Sayyid Qutb: *The Life and Legacy of a Radical Islamic Intellectual*, New York 2013.

19 Van Engeland, supra n. 8.

I argue that this fundamentalist approach to the verse 9:5 as constituting the main, even sole, ground for *jus ad bellum* is restrictive and does not take into account alternative interpretations of the message of Islam that are more inclined to promote peace and restrain when at war. As I have argued before, the authoritative sources of Islam encourage peace but also prepare for war as a reality.²⁰ To comprehend this approach, one has to read each *sūra* in relation to other *suwar*; it then emerges that there are several peaceful *suwar* while others prepare for war while advocating restraint. The selection of legal sources operated by radical groups and their methodology that leads to ignoring principles of restrictive and gradual *jus ad bellum* and principles of *jus in bello* could be perceived as a violation of the peaceful message of Islam. While the restrictive grounds for *jus ad bellum* will be treated below, examples of verses of the Qur'ān which mitigate war and set humanitarian standards can be found everywhere in the Qur'ān: waging war is a last resort as demonstrated by verse 41:34: 'Goodness and evil are not alike; repel evil with something better, and lo! He shall become a bosom friend, who used to be your long-time hater.' Besides, verse 2:190 states 'Fight in the cause of God those who fight against you, but do not commit aggression. For God dislikes those who transgress'; verse 2:194 says 'a sacred month should be a sacred month; but sacred things are also subject to the law of just retaliation; therefore, if they transgress the prohibition against you, attack them as they have attacked you; but still fear God, and in your mind retain that God is with those who self-restrain' and verse 16:126 'and if you punish, let your punishment be correspondent to the hurt and harm' which reflects the principle of proportionality in international humanitarian law. Another mitigation already been mentioned is forgiveness: 'those who restrain their anger and forgive, their fellow-men certainly God does love doers of God unto humanity' (*sūra* 3:134). An important *sūra* is 60:8-9 that reveals:

Respecting those who neither fought you in religion's name nor did they drive you from your homes, Allah does not forbid that you should do them good, and be, in treating them, most just; indeed God likes the justice-doers best.

But God forbids you to be kind to those who fought you in religion's cause, and drove you from your homes and aided your eviction from behind; and those who may be kind to them are certainly transgressors.

To conclude this brief overview, it is expected that at war, the *ǧihād* will be led *fī sabīl Allah*, so in the way of Allah (Qur'ān 9:60):²¹ fighters are expected to respect the whole of the Qur'ān, including verses on *jus in bello*. This is why I suggest analyzing *sūra* 9:5 as part of an ensemble of *suwar* calling for patience and restrain in war as well as providing limited, conditional and restricted grounds to go to war. This methodology relies on a contextualized reading of the verse with regard to its sit-

20 Anicée Van Engeland: Islam as Religion of Peace. An Articulated Reply to Terrorism, in: *The Liberal Way of War. Legal Perspectives*, ed. by Robert Barnidge Jr., London 2013, pp. 239-258.

21 H.A. Haleem et al.: *The Crescent and the Cross: Muslim and Christian Approaches to War and Peace*, New York 1998, p. 67.

uation in the Qur'ān but also with regard to the 21st century's expectations in terms of upholding peace and limiting war.

With regard to *jus ad bellum*, the verse 9:5 offers a gradual approach: while killing is considered as an option in the āya, verse 9 and the rest of the Qur'ān call for restraint. As expressed by Wagner:

Surah 9 and Surah 2:190–193 in their original settings are directed to the specific situation that resulted in the surrender of Mecca with very little bloodshed. To cite the Surah's view of *jihad* to justify continual conflict against non-Muslims is an expansion that is arguable at best.²²

Sūra 9:5 provides limited, conditional and gradual grounds to go to war. Firstly, there is a permission to fight but there is not an obligation: nowhere does it say in 9:5 that fighters must go to war. Consequently, war is only an option among others and there is no compulsion in *ḡihād*. Far from constituting an apologist argument, this reading of the *sūra* is grounded in reality: it is crucial to be able to challenge discourses describing *ḡihād* as compulsory without being called an apologist. Besides, *ḡihād* is only permissible if a few cumulative grounds are present: Muslims can engage in a *ḡihād* if there is a pre-existing peace treaty that is breached as explained in āya 1 to 5. Additionally, Muslims can only react if they have been attacked first since the relevant āya of verse 9 deals with Muslims reacting to a breach of treaty, and are not about Muslims initiating war. The *ḡihād* is therefore only to be understood as self-defense.²³ Eventually, the controversial āya 29, which talks of fighting unbelievers, actually comes right after āya 28, which specifically speaks of Muslims being prevented from performing religious rituals or pilgrimages in or around the newly purified sanctuary in Mecca. Āya 29 therefore addresses the issue of the borders of the Peninsula and the need to protect Muslims from external religious influences. This means that Muslims can react if their access to the Kā'ba and their borders protecting the Kā'ba are threatened. This again stresses that *ḡihād* can only be declared in retaliation to an aggression, supporting the self-defense approach to *ḡihād*. This is a very important verse to use in relation to 9:5: it once again demonstrates that the *jus ad bellum* grounds to declare a *ḡihād* are limited as Islam needs to be under threat to declare war. As a result, the grounds for *jus bellum*, which are cumulative, are limited and conditional, seeking to prevent aggressive conflicts. Yet, when Islamic fundamentalists use *sūra* 9:5, they often remove it from its Qur'ānic context or select a few āyāt in the whole verse; the result is an impression that war and violence are encouraged. Yet, a contextualized reading demonstrates that *sūra* 9:5 regulates *jus ad bellum* and *jus in bello*.

22 Wagner, supra n.10, p. 391.

23 For more, see: Niaz Shah: *Self-Defense in Islamic and International Law. Assessing al Qaeda and the Invasion of Iraq*, New York 2008.

B. The Gradualist Approach and *Jus in Bello*

The first criticism to address to fundamentalist groups' use of *sūra* 9:5 is the reading in isolation to the other *sūra*. As an illustration, the 1998 Ben Laden *fatwā* only refers to a single sentence of the verse. Yet, the different *āyāt* of verse 9 describes a whole process, intermixing *jus ad bellum* and *jus in bello* in the case of a breach of a peace treaty. In that light, it becomes quite clear that *sūra* 9:5 is one of self-defense and not a 'carte blanche' to kill:²⁴ the part relevant to understanding *āya* 5 of *sūra* 9 runs from *āya* 1 to *āya* 14. We learn that those *suwar* deal with the aftermath of the signature of a peace treaty and that 9:5 will only apply to the tribes that do not abide by a peace treaty and breach it. The *āya* is to be placed in the historical context of the violation of the Treaty of Ḥudaibīya, signed in 628 by the State of Medina and the Quraiṣ tribe of Mecca. This was a peace treaty between the Prophet and the Meccans. Two years after the treaty was signed, the Banū Bakr tribe, allied with the Quraiṣ, attacked the Banū Ḥazaġ tribe, which was an ally of the Prophet. The Prophet considered the Banū Bakr attack to be a violation of the treaty and stated that an attack on an ally constituted an attack on his own tribe, using the principle of self-defense mentioned above. This historical anecdote constitutes the background of the verse 9 and needs to be kept in mind when reading and interpreting the *āyāt*.

Āya 1 speaks of the breach of the peace treaty. The second *āya* states that 4 months are given to the rebellious tribes to reflect on their actions and change their minds. The third *āya* speaks of the repentance of the tribes and states that those who do not repent from breaking the treaty will be punished. It also states that the amnesty will last until the end of the pilgrimage season. *Āya* 4 outlines the negotiations for the treaty and makes it clear that during that period of amnesty, the rebellious tribes are to be left untouched so that Muslims would not themselves violate the treaty. These *āyāt* put together give the tribes a period to engage into mediation to avoid a conflict. This illustrates the focus set by Islam on conflict resolution:²⁵ mediation is sought before going to war. This is why 9:5 has a gradual approach to *jus ad bellum*: each *āya* contributes to the anecdote and builds a story. The fact that mediation is required when the treaty is breached demonstrated that the retaliation set in verse 9:5 is gradual: there is a pause to allow all parties involved to reflect on the situation, making the grounds to *jus ad bellum* non-automatic. *Āya* 5 is the *āya* that deals with punishment: violence will happen only for those who have ignored the warnings and it includes the possibility of being killed as the result of the conflict that will ensue. The *āya* is not a permit to kill but rather envisage the possibility of deaths: this mitigation is to be found in the con-

24 Cherif Bassiouni: *Evolving Approaches to Jihad: from Self-Defense to Revolutionary and Regime-Change Political Violence*, in: *Chicago Journal of International Law* 8/1 (2007), pp. 119–146.

25 Ralph H. Salmi / Cesar Adib Majul / George Kilpatrick Tanham: *Islam and Conflict Resolution. Theories and Practices*, Lanham, Md., 1998; Mohammed Abu Nimer: *Nonviolence and Peace Building in Islam. Theory and Practice*, Gainesville 2003.

clusion of the rest of the *āya* which says ‘that Allah is Forgiving and Merciful’, therefore calling Muslim believers to be forgiving to those met in the battlefield, whether combatants or civilians. This is the core of the humanitarian philosophy of the *sūra*. This is why I argue that there is an important *jus in bello* element in verse 9:5; this is what gives its basis to my interpretive premise that Islam promotes peace and restrains when at war: even if Muslims go to war, they have to be forgiving and merciful. This humanitarian limitation refers to the verses of the Qur’ān, dealing with patience, forgiveness and humanity shown above; it is completed by *āyāt* 6 and 7 which set further humanitarian limitations. This illustrates how intermixed *jus ad bellum* and *jus in bello* grounds are: while the *āyāt* 1 to 5 call for a restricted form of *jus ad bellum*, with cumulative conditions and after mediation has failed, *āyāt* 5 until 14 call for respect of humanitarian principles.

This raises the issue of repentance and conversion: verse 9:5, as international humanitarian law does, grants a limited permit to kill to combatants engaged into conflict. It is however expected that ‘if they should repent, establish prayer, and give *zakāt* as states in *āya* 9:11, Non-Muslims will walk free. Qutb summarizes this understanding by stating:

At the time when this surath was revealed, God instructed His Messenger to remain at peace with those groups who refrained from fighting him and the Muslims, whether they entered into a formal treaty with the Muslims or not. The Prophet continued to accept a peaceful relationship with unbelievers and people of earlier revelations until Surath 9 was revealed, when he could only accept one of two alternatives: either they embraced Islam or paid *jizyah* [a tax levied on non-Muslims, per Qur’an 9:29] which indicated a state of peace. Otherwise, the only alternative was war, whenever this was feasible for the Muslims to undertake, so that all people submit to God alone.

Āya 11, in relation to *āya* 5, has been interpreted as expecting conversion from the enemy:²⁶ if the enemy declares the *šahāda* and becomes Muslim, a fellow Muslim cannot kill the combatant. This raises two questions; that of forced conversion and that of how radical groups have approached the killing of fellow Muslims. The Qur’ān strictly prohibits forced conversion: ‘Let there be no compulsion in religion.’ (2:256). *Āyāt* 6 and 7 ensure that the Non-Muslims who do not convert will be granted asylum while encouraging voluntary conversion. *Āyāt* 6 and 7 play an important role with regard to *jus in bello*: they address the issue of civilians who would ask for protection.²⁷ Muslims are expected to give protection to Non-Muslims seeking it since ‘so long as they behave justly with you, keep faith with

26 Rudolph Peters: *Al Shāfi’ī in Jihad in Mediaeval and Modern Islam. The Chapter on Jihad from Averroes’ Legal Handbook ‘Bidāyat Al-mudjtahid’ and the Treatise ‘Koran and Fighting’ by the Late Shaykh-al-Azhar, Mōhamma Shaltut*, Leiden 1977, p. 23.

27 ‘Yet if a pagan asks you for asylum, do grant him that, in order that he may listen unto the Word of God; and then help him attain his place of refuge, for they are folks devoid of knowledge’ / And / ‘God and His Messengers repose no trust in the idolaters’ agreements save the ones with whom you made a treaty at The Sacred Mosque; so long as they behave justly with you, keep faith with them, for God does love the righteous, self-retainers’.

them' (Qur'ān 9:7). The rest of verse 9 deals with other campaigns in which there were breaches of treaty; it is noteworthy that for those who apologize and convert the punishment is usually financial rather than death. The āyāt 8 to 14 also address how Muslims should react to permanent hostilities from Non-Muslims. Another problem lies with the interpretations by some scholars and fighters who have interpreted Ibn Taimīya's *fatwā* on the Mongols as allowing them to kill fellow Muslims. The scholar's *fatwā* states that despite the Mongols' conversion to Islam, they had to be fought because of their resemblance to the Ḥārīḡīs. Scholars such as Faraḡ used this *fatwā* to justify the killing of fellow Muslims²⁸. The *fatwā* is also referred to in the 20 minutes video released of the killing of a Jordanian pilot by ISIS in 2015.²⁹ The reasoning for sparing an enemy is therefore not to be found in human nature and humanitarian standards, but in the belief or disbelief of the form of Islam practiced by the fighters.³⁰ This example demonstrates the attempt of fundamentalist groups to justify their actions based on Islam. It also shows that the practice of *ijtihād* can be a difficult task and lead to results that would encourage total war. This approach is again disregarding the full composition of verse 9, āyāt 1–14.

It is therefore clear that ignoring the āyāt before and after āya 5 is a selective methodology that seeks to justify the use of violence. The verse needs to be read in its entirety to be understood. It also needs to be interpreted against its historical context: the purpose at the time was to protect the burgeoning Islam from religious competitors. The intention here is consequently one of protection, and not of aggression. As explained above, the mitigation of war was to be found in conversion or in protection. The rest of āya 5 encourages fighters to be merciful and forgiving, avoiding killings and violence. Such analysis demonstrate again that the intention of the āyāt in sūra 9 were to limit the grounds to go to war (breach of a peace treaty) and imposed humanitarian limitations when at war, standards that are to be found well beyond verse 9.

The *jus ad bellum* grounds are therefore limited and conditional and have been described in modern scholarly work as being the following: a fair war is a defensive war relying on the principle of self-defense (Qur'ān 2:190, 22:39). *Ḡihād* is also necessary to protect Islam (Qur'ān 22:40) and the oppressed (Qur'ān 4:75). So, *ḡihād* is legal when Islam is threatened, when an Islamic country is under attack or when Muslim people are oppressed. *Jus in bello* is to be considered as well, as per sūra 9:5: once war is declared, God is Merciful and lives must be spared. There is, as a result,

28 Asma Afsaruddin: *Striving in the Path of God. Jihad and Martyrdom in Islamic Thought*, New York 2013, p. 215; Faraj, supra n. 15, at p. 176.

29 Pete Wilmoth: Experts React to ISIS's Gruesome Execution of Jordanian Pilot, in: RAND, 4 February 2015, www.rand.org/blog/2015/02/experts-react-to-isis-gruesome-execution-of-jordanian.html (last access 16 August 2015).

30 Sohail H. Hashmi: War and Peace, in: *The Ashgate Research Companion to Islamic Law*, ed. by Peri Bearman and Rudolph Peeters, Farnham 2014, pp. 192–208, 202.

no obligation to lead a *ġihād*, but if war is upon Muslims, they are expected to wage it in the ways of God, respecting humanitarian standards. Forgiveness is at the core of the beginning of *sūra* 9, and yet some scholars and fighters, such as aš-Šāfi‘ī,³¹ Ibn Ḥazm³² or Faraġ³³ have opted for a methodology based on a “à la carte” selection process of the values to fit an agenda.

II. Islam: A Religion of Peace or War? Verse 9:5 as the Threshold to Nihilism

The brief examination of verse 9:5 demonstrates that there is a debate as to the contribution of this verse. It is important to understand other views on the matter to grasp how fundamentalist groups have apprehended verse 9:5 to turn it into a threshold to nihilism, as I view it in terms of negation of the rules of *jus in bello*, justifying actions in the name of Islam. The interesting point of contention is the use of the method of abrogation, valid in Islam.³⁴ With this method, radical scholars and constituencies argue that verse 9:5 is one of the latest verses to be revealed on *ġihād* and consequently, it abrogates all previous ones, including those pertaining to *jus ad bellum* and *jus in bello*. Verse 9:5 becomes then the automatic ground for all *ġihāds*, creating a permanent state of just war.

A. Abrogation: Verse 9:5 is the Final Verse

It has been stated above, that later verses, Medinan ones, abrogate earlier verses from Mecca. The second generation of verses often deals with *ġihād* but also politics and law, while the first generation is more focused on religious affairs and peace. This is explained by the fact that Islam was emerging in Mecca and the community was trying to survive in a hostile world, while Islam blossomed once in Medina. The Verse of the Sword was written during the Medina period, when Islam was stronger but also had to deal with tribes that were either reluctant towards Islam or entered into peace treaties to later breach them. This explains the war-like tone of the Medinan verses to which verse 9:5 belongs. To serve their agenda, scholars have used this division between verses and the fact that 9:5 was one of the last su-

31 Peeters, supra n. 26, p. 15; Qamar-ul Huda: *Crescent and Dove. Peace and Conflict Resolution in Islam*, Washington, D.C. 2010, p. 49.

32 David Cook: *Understanding Jihad*, Berkeley 2005, p. 58; Halim Rane, supra n. 15, p. 175.

33 Asma Afsaruddin: *Striving in the Path of God. Jihad and Martyrdom in Islamic Thought*, New York 2013, p. 215.

34 Qur’ān 2:106: When we cancel a message, or throw it into oblivion, we replace it with one better or one similar. Do you not know that God has power over all things?

Qur’ān 16:101: When we replace a message with another, and God knows best what he reveals, they say: You have made it up. Yet, most of them do not know.

Qur’ān 13:39: God abrogates or confirms whatsoever he will, for he has with him the Book of the Books.

Qur’ān 17:86: If we pleased, we could take away what we have revealed to you. Then you will not find anyone to plead for it with us.

And a ḥadīth: “the Messenger of God abrogated some of his commands by others, just as the Qur’an abrogates some part of it with the other.” Muḥammad Abū al-Ḥusain Muslim Bin al-Ḥaġġāġ an-Naisābūrī: *Saḥīḥ Muslim*, Riyadh 1971, book 003, no. 0675.

war to be revealed to give it a central role; they state that *sūra* 9:5 abrogates other *suwar* due to its status in the Revelation chronology.³⁵ The method of *nash*, abrogation, is a methodology according to which later verses of the Qur'ān would abrogate earlier ones to avoid conflicts and contradictions.³⁶ The technique has been supported by eminent scholars such as aš-Šaibānī,³⁷ aš-Šāfi'ī³⁸ and as-Saraḥsī.³⁹ There is a disagreement as to how many peaceful verses would then be abrogated by verse 9:5:⁴⁰ Ibn Ḥuzaima devoted an entire chapter to verse 9:5 in which he cited the 116 verses abrogated by the *sūra* while Ibn 'Arabī spoke of 114 and al-Balḥī spoke of 16 abrogated verses.⁴¹ For others, abrogation goes further: *sūra* 9:5 abolishes all peace treaties after this one betrayal according to Ibn Kaṭīr and Ibn Muḥammad Ibn al-Faḍl.⁴² However, applying the theory of abrogation to *ḡihād* means the eradication of many peaceful verses but certainly not of all humanitarian standards: some remain. For example, the humanitarian restraint that sits at the heart of *sūra* 9:5 cannot be suppressed: while at war, Muslims are expected to act mercifully and be forgiving.

Scholars have elaborated on the abrogation to justify a permanent state of *ḡihād*, through an aggressive interpretation of the grounds for *jus ad bellum*, rather than by focusing on self-defense. As-Saraḥsī sees a progression in the Qur'ān:⁴³ he explains that there are 5 stages with the interactions with non-Muslims tribes: there is firstly trust, followed by an invitation to convert. Fighting in self-defense comes next before turning into aggressive fighting and expansion. Qutb relies on verses 9:5 and 9:29 to see a progression in verse 9:5, a gradual approach in terms of *jus ad bellum*, analyzing the verse as firstly a restriction from fighting (9:1 to 9:4), then as an authorization to fight (9:5) that he interprets later as a command to fight against all polytheists (verse 9:19).⁴⁴ A similar progression is reported by Khan, who sees that while aggressive fighting is forbidden at first in the *āyāt* of verse 9, it then becomes permissible with verse 2:190 and then obligatory in *sūra* 9:5.⁴⁵ Such rhetoric

35 Ahmed Al-Dawoody: *The Islamic Law of War. Justifications and Regulations*, New York 2011, p. 64.

36 The scholars also rely on a *ḥadīth* which states "I have been commander to fight mankind until they say 'there is no God but God' ", considering that this *ḥadīth* also overrule all others.

37 Halim Rane: *Reconstructing Jihad Amid Competing International Norms*, New York 2009, p. 146.

38 Al-Dawoody, supra, n. 35, p. 81.

39 Rane, supra, n. 37, p. 147.

40 Ibid.

41 Ibn Ḥuzaima, in Yaser Ellethy: *Islam, Context, Pluralism and Democracy. Classical and Modern Interpretations*, New York 2014, p. 118; Abdullah Saeed: *Interpreting the Qur'ān. Towards a Contemporary Approach*, London/New York 2006, p. 27; Louay Fatoohi: *Abrogation in the Qur'ān and Islamic Law. A Critical Study of the Concept of Naskh and its Impact*, New York 2013, p. 120.

42 Faraḡ, supra, n. 15, p. 195.

43 As cited in Rane, supra, n. 15, p. 175.

44 Sayyid Qutb: *Milestones*, ch. 4.

45 Muhsin Khan: Introduction, in: *ibid.*, pp. xxiv-xxv, as cited David Bukay: Peace or Jihad? Abrogation in Islam, in: *Middle East Quarterly* (Fall 2007), pp. 3-11.

clearly constitutes an ethics of war, as examined by Hashmi;⁴⁶ this ethics of peace and war involves restraint. Yet, such interpretations also lead fundamentalists to make statements such as the one of Muḥammad Sa'īd Ramaḍān al-Būṭī, Syrian Muslim scholar:

The verse (9:5) does not leave any room in the mind to conjecture about what is called defensive war. This verse asserts that holy war, which is demanded in Islamic law, is not a defensive war because it could legitimately be an offensive war. That is the apex and most honorable of all holy wars. Its goal is the exaltation of the word of God, the construction of Islamic society, and the establishment of God's kingdom on earth regardless of the means. It is legal to carry on an offensive holy war.⁴⁷

This leaves very little room for humanitarian standards. Some contemporary interpretations have gradually evolved towards crossing the threshold into a total war, using verse 9:5 as the authorization to do so. For example, Šaiḥ Ḥusain ibn Maḥmūd, an al-Qā'ida leader, declared:

What distorts the image of Islam is not the beheading and terrorizing of infidels, but rather those who want [Islam to follow the path of] Mandela or Gandhi, with no killing, fighting, brutality, bloodshed or the striking of heads or necks. That is not the religion of Muhammad. Islam is a religion of power, fighting, jihad, beheading and bloodshed, not a religion of turning the left cheek to whoever slapped you on the right cheek. On the contrary, it is a religion of breaking the hand that is stretched out to humiliate the Muslim.⁴⁸

Bonney states that 'any new interpretation [...] which enters the contested waters of the various meanings of *jihad*, and which attempts to depict the mainstream Islamic view against fundamentalist variants, is open to immediate objections.'⁴⁹ Challenging this application of *nash* carries the risk of being exposed as an unbeliever, especially since some smaller and rejected Muslim sects are in disagreement with the abrogation of peaceful verses. As a result, Hane speaks of the imprint of radicals on the topic of *ḡihād*.⁵⁰ Yet, as stressed by al-Dawoody, there are issues pertaining to abrogation: for some, abrogation only applies to older versions of the Qur'ān.⁵¹ For others, the meaning of abrogation as stated in the Qur'ān is not clear and the method is therefore questioned. Al-Dawoody also speaks of abrogation as a method for contextualization, with 'a gradual development of Islamic legislation, which had to take into consideration the reality of changes in circumstances throughout the period of Qur'ānic revelation.'⁵² He suggests other approaches to

46 Sohail Hashmi: Interpreting the Islamic Ethics of War and Peace, in: *Islamic Political Ethics. Civil Society, Pluralism and Conflict*, ed. by Sohail Hashmi, Princeton 2002, pp. 194–215.

47 Muhammad Sa'īd Ramadan al-Būṭī: *Jurisprudence in Muhammad's Biography*, Damascus 2001, pp. 323–324, as cited Bukay, supra, n. 45.

48 Šaiḥ Ḥusain ibn Maḥmūd in: MEMRI, *Dispatch5826* www.memri.org/report/en/print8126.htm (last access 20 April 2015).

49 Richard Bonney: *Jihad. From Quran to Ben Laden*, New York 2004, p. 9.

50 Rane, supra, n. 37, p. 149.

51 I.e. versions before the standardization of the Qur'ān as it is known now.

52 Al-Dawoody, supra, n. 35, p. 52.

nash, demonstrating that the technique used by radicals is far from being the main or only one. Consequently, abrogation has provided fundamentalists with a convenient method to restrict peaceful verses and humanitarian standards in Islam, without the worry of being contradicted. While this approach is challenged through contextualization as shown below with Taha and An Na'im, it does not affect the *jus ad bellum* restrictions lying at the core of 9:5 or the humanitarian content of the verse. It affects other humanitarian and peaceful verses that have been abrogated thanks to modern scholars and constituencies relying on classicists' and neo-classicists' use of abrogation.⁵³ For example 'Abdullah Aṣṣām, a founding member of al-Qā'ida, relied on abrogation to justify a permanent state of war.⁵⁴

B. Verse 9:5 as a Ground for Jus ad Bellum and Permanent Universal Jihad

The scholars who have worked on abrogation have enabled contemporary radicals to rely on verse 9:5 as a permanently granted *jus ad bellum*. This is why modern constituencies, scholars or radical groups, do not need to invoke verse 9:5 anymore: it automatically applies to an aggressive and expansionist form of *ḡihād* with very little *jus in bello* restraint. It is so entrenched in some understandings of the Qur'ān that it is not referred to explicitly. In his eight-pages' paper on beheadings, Šaiḡ Ḥusain ibn Maḥmūd also uses the verse as a ground for *jus ad bellum*: while he does not refer directly to verse 9:5 but to 47:4, it is clear he considers that the grounds to go to war are reunited in the case of ISIS and that killings and beheadings are legal in Islam. An example is to be found when he says:

Millions of Muslims have been killed, tortured and driven from their homes; tens of thousands of Muslim women have had their honor violated and have been sexually abused by the Americans – yet people are weeping over a Christian American 'harbi' infidel who entered the Islamic State, knowing full well what the Islamic State is, and without a pact [of protection].⁵⁵

He therefore builds his reasoning on the scholars' argument detailed above that verse 9:5 has abrogated all others and constitute the main gate to *ḡihād* in terms of *jus ad bellum*. Šaiḡ Sulaimān Abū Ġaiṭ, a Kuwaiti spokesman for al-Qā'ida, also draws upon the Qur'ān to justify *ḡihād* against the United States in the following manner, using verse 9:5 in the same way:

America knows only the language of force as the only way for putting a stop to it and making it take its hands off Muslims and their causes. America does not know the language of dialogue, or that of peaceful coexistence, appeals, or denunciation and condemnation! Only blood deters America. 'Fight them, and Allah will punish them by your hands, cover them with shame. Help you (to victory) over them, heal the breasts of believers' (9:14).⁵⁶

53 Anicée Van Engeland: *Civilian or Combatant? A Challenge for the 21st Century*, New York, p. xii.

54 As cited in Jason Burke: *Al-Qaeda. The True Story of Radical Islam*, London/New York 2004, p. 32.

55 Šaiḡ Ḥusain ibn Maḥmūd, *supra*, n. 48.

56 Abū Ġaiṭ as cited in Jeffrey R. Halverson, *supra*, n. 13.

Through abrogation, some scholars and jurists have turned 9:5 into the sole threshold to war and have interpreted it not only as an obligation to go to war but also as a permanent duty. This is reflected in several statements or formal strategy documents issued by a variety of groups. The use of verse 9:5 by radical groups is difficult to contextualize: different scholars and figures have interpreted the verse without being themselves fundamentalist. An example would be how Qutb's ideas have been understood by some groups that have created Qutbism. I do not seek to offer a categorization of the following figures as being *de facto* radical but I suggest that their statements served radical purposes. For example, Šaiḥ 'Umar Bakrī Muḥammad, a militant who contributed to the development of Ḥizb at-Taḥrīr in the United Kingdom, made it clear that the state of *ḡihād* was permanent, taking the application of verse 9:5 for granted.⁵⁷ These fundamentalists have embraced the classicists' and neo-classicists' idea that *ḡihād* is permanent, aggressive and universal.⁵⁸ Such interpretations of verse 9:5 as part of *jus ad bellum* has direct consequences on war: not only is *ḡihād* a permanent duty; the end also justifies the means. Their argument is that conquest is additional to defense: Qutb's interpretations of *ḡihād* transformed it into an obligation to wage a war of religion on a global scale to establish Islamic hegemony.⁵⁹ In this regard, Qutb's is a call for offensive *ḡihād*, not simply defensive *ḡihād*.⁶⁰ This, of course, furthers the argument that Islam promotes violence. Radical constituencies rely upon interpretations of Islam that favor violence. For example, Abū Muḥammad al-'Adnānī, spokesman of ISIS, declared that the *ḡihād* would extend everywhere and that Christians and Jews would either have to pay the *ḡizya* (poll tax) or convert. This is in clear contradiction with the verse of the Qur'ān that states there should be no compulsion in religion. Yet, in the logic stated above, verse 9:5 deleted all peaceful Qur'ānic verses and scholarly interpretations have encouraged conversion as the only solution to avoid death. Therefore, conversion becomes compulsory as part of this permanent state of *ḡihād* justified on 9:5.

This permanent state of *ḡihād* and the abrogation of peaceful and humanitarian verses has consequences on the *jus in bello*: an article translated from the ISIS magazine Dābiq

57 Dr Wafā Sultan exposes Islamic values with Šaiḥ 'Umar Bakrī Muḥammad, 17 May 2012, www.mrctv.org/videos/dr-wafa-sultan-exposes-islamic-values-sheikh-omar-bakri-muhammad (last access 20 April 2015).

58 Mustansir Mir: Jihad in Islam, in: The Jihad and Its Times (Ronald A. Messier and Hadia Dajani-Shakeel) ed. by H. & R.A. Messier, Ann Arbor 1991, pp. 113–126.

59 Sayyid Qutb: *In the Shade of the Qur'ān*, www.kalamullah.com/shade-of-the-quran.html (last access 20 April 2015).

60 The concept of *ḡihād* has been a source of much disagreement. One of the key debates relates to whether war should be defensive or offensive: should *ḡihād* only serve to protect Muslim territory and Muslims within the realm of Islam, or *Dār al-Islām*, or should it be an offensive enterprise to widen the territory of Islam, to *Dār al-Ḥarb*, the territory of war? The division between *Dār al-Islām* and *Dār al-Ḥarb* does not exist as such in the Qur'ān or Sunnah: the existence of *Dār al-Islām* comes from verse 10:25 of the Qur'ān, and the idea of *Dār al-Ḥarb* was invented by classicists to justify a permanent state of war.

outlines the consequence of this approach to verse 9:5 on Yezidi women: since Yezidis are considered as *mušrikūn*, or polytheists, they have less rights than Muslim citizens. The article carries on by suggesting that slavery should be applicable to the women of that religious minority, including sexual slavery.⁶¹ Such interpretation demonstrates the importance of reading verse 9:5 as a limit, between what is acceptable and what is not acceptable in an armed conflict. If we abide by the fundamentalists' interpretations that 9:5 is the one verse that abrogates all others and that is the one of the verses justifying a permanent state of war, we remove from the Qur'ān all the careful balance between *jus ad bellum* and *jus in bello*, and consequently consider as null not only verses relating to peace but also *suwar* related to humanitarian standards. Crossing that threshold goes far into nihilism as illustrated by the leader of ISIS, Abū Bakr al-Baġdādī, who turns the definition of terrorism on its head:

[...] either the Muslim pulls away from his religion, disbelieves in Allah, and disgracefully submits to the manmade shirk (polytheistic) laws of the east and west, living despicably and disgracefully as a follower, by repeating those slogans without will and honor, or he lives persecuted, targeted, and expelled, to end up being killed, imprisoned, or terribly tortured, on the accusation of terrorism. Because terrorism is to disbelieve in those slogans and to believe in Allah. Terrorism is to refer to Allah's law for judgment. Terrorism is to worship Allah as He ordered you. Terrorism is to refuse humiliation, subjugation, and subordination [to the *kuffār* – infidels]. Terrorism is for the Muslim to live as a Muslim, honorably with might and freedom. Terrorism is to insist upon your rights and not give them up. But terrorism does not include the killing of Muslims in Burma and the burning of their homes. Terrorism does not include the dismembering and disemboweling of the Muslims in the Philippines, Indonesia, and Kashmir. Terrorism does not include the killing of Muslims in the Caucasus and expelling them from their lands. Terrorism does not include making mass graves for the Muslims in Bosnia and Herzegovina, and the slaughtering of their children.⁶²

Another illustration of the use of verse 9:5 as justifying a perpetual and total war, with a complete ignorance of the humanitarian limitations is to be found in Boko Haram's leader Abubakr Shekau's declaration after the massacre in Baga in January 2015: "We killed the people of Baga. We indeed killed them, as our Lord instructed us in His Book."⁶³

It is crucial to understand this religious argument to perceive why verse 9:5 has been transformed into a permit for perpetual war. This vision is contested through different angles: when Muslim scholars gathered and addressed a 76 pages long document to ISIS, they addressed some humanitarian limitations, although not in

61 Tony Blair Foundation: *ISIS in their Own Words*, tonyblairfaithfoundation.org/religion-geopolitics/commentaries/glance/briefing-note-isis-their-own-words (last access 20 April 2015).

62 Al-Baġdādī cited in Amaryllis Georges: Abu Bakr al-Baġhdadi's Discourse for the Creation of the Ummah, in: *Trends*, 8 Mars 2015, trendsinstitution.org/?p=1038 (last access 20 April 2015).

63 Boko Haram Claims Baga Massacre and Threatens Nigeria's Neighbours, in: *The Guardian*, 21 January 2015, www.theguardian.com/world/2015/jan/21/boko-haram-claims-baga-massacre-and-threatens-nigeria-as-neighbours (last access 20 April 2015).

depth.⁶⁴ My purpose is to fill this gap through the development of the argument of the intermixed grounds.

1. Neo-*iğtihād* as a Peace-Maker: Islam as a religion of peace, 9:5 is a humanitarian standard

The interpretations of verse 9:5 provided by fundamentalist groups are the outcome of their use of *iğtihād*. It demonstrates that *iğtihād* never operates in a vacuum: the political agenda and military strategy of these constituencies dictates how and why they understand the *suwar* as being a permission to wage a total war. Yet, such understanding is disputed in Islam as demonstrated above and legal techniques applied to the same authoritative sources lead to different outcomes. As a result, the only viable solution to prevent interpretations supporting and encouraging total war is to keep presenting alternative views, providing different understandings of the verse 9:5.

2. Interpretation and Legitimacy

One technique to address interpretations of Islam that encourage war and to present an alternative peaceful reading of the Qur'ān is to use *iğtihād* to suggest another reading of the context of the revelation 9:5. Reformists have focused on using this technique since the 19th century as a method to change interpretations of authoritative legal sources; meanwhile, they have sometimes under-estimated the fact that *iğtihād* is also used by fundamentalists. Weaving interpretations together, using the broad scope of techniques existing in Islamic law, is not only owned by reformists: radical groups also use *iğtihād* to justify and support their views and agenda. This is what Jackson has described to be 'an exercise in intramural religious relativism,⁶⁵' where all parties involved interpret verse 9:5 with very different outcomes. This leads to a multitude of divergent views on verse 9:5, views that cannot be reconciled as demonstrated with the interpretation of Ibn Taimiyya's *fatwā* above. There is no authority which decides who has the right or wrong interpretation of the *suwar*, and persuasion or propaganda become an important tool to establish legitimacy of legal arguments.⁶⁶ As summed up by Fish:

[T]he absolutely true, exists, and I know what it is. The problem is that you know, too, and that we know different things, which puts us [...] armed with judgments that are irreconcilable, all dressed up with nowhere to go for authoritative adjudication.⁶⁷

64 Open Letter to al-Baghdadi, September 2014, www.lettertobaghdadi.com (last access 20 April 2015).

65 Sherman Jackson: Legal Pluralism Between Islam and the Nation-State: Romantic Medievalism or Pragmatic Modernity?, in: *Fordham International Law Journal* 30/1 (2006), pp. 158–176, 164.

66 Ibid.

67 Stanley Fish: Postmodern Warfare: The Ignorance of our Warrior Intellectuals, in: *Harper's Magazine* (July 1 2002), at p. 33, as cited in Jackson, supra, n. 64, p. 164.

An example of the disagreement pertaining to verse 9:5 can be found in the open letter written by scholars to challenge ISIS, which states:

Who gave you authority over the ummah Muslim people? Was it your group? If this is the case, then a group of no more than several thousand has appointed itself the ruler of over a billion and a half Muslims. This attitude is based upon a corrupt circular logic that says: 'Only we are Muslims, and we decide who the caliph is, we have chosen one and so whoever does not accept our caliph is not a Muslim.'⁶⁸

This demonstrates the tension in relation to the legitimacy of interpretations: who is right? Who is wrong? The answer to these scholars' questions could have well been to question the legitimacy and authority of the scholars themselves in challenging others' interpretations.

While it has been claimed that Dā'ish does not consider traditional Islamic authority,⁶⁹ the fact that the group uses Islam, Islamic law and *iğtihād* demonstrates that it has anchored its strategy in religion; al-Bağdādī even claims to be a descendent of the Prophet in order to give legitimacy to his project of expansion. This usage of Islam includes the premise that verse 9:5, associated with verse 9:29, calls for a permanent state of war. Far from 'over-simplifying Islam'⁷⁰ the groups in existence have built on centuries-old analyses from jurists and scholars and use 9:5 as their *jus ad bellum* gate to total war.

As a result of this limitation by *iğtihād*, scholars have adopted others options to challenge fundamentalism with regard to verse 9:5: Taha and An Na'im have proposed to undermine the argument on abrogation. They suggest using contextualization to reverse the argument that the verses pertaining to peace have been abrogated. They both consider that this abrogation cannot be final as it would strip Islam from its peaceful message.⁷¹ They state instead that the abrogation in Islamic jurisprudence needs to be countered, looking at the historical context:⁷² while abrogation was a necessary process at the time when it took place, its relevance in the modern context has to be questioned.⁷³ Taha considered abrogation as a mere postponement of the verses, not as a conclusive event.⁷⁴ This is why he argued that it was necessary to look into the modern context and concludes that while abrogation might have been necessary at the time of the Prophet and at the time of Clas-

68 Open Letter, supra, n. 63.

69 Adam Hoffman: ISIS' Rejection of Religious Authority, in: *Blair Foundation*, tonyblairfaithfoundation.org/religion-geopolitics/commentaries/opinion/isis%E2%80%99-rejection-religious-authority (last access 20 April 2015).

70 Ibid.

71 Abdullahi An Na'im: Toward an Islamic Reformation. Civil Liberties, Human Rights and International Law, in: *Human Rights and Religious Values*, ed. by Abdullahi An Na'im et al., Grand Rapids, Mich. 1995, pp. 229–242, 21.

72 Abdullahi An Na'im: Problems of Universal Cultural Legitimacy, in: *Human Rights in Africa: Cross-Cultural Perspectives*, ed. by Abdullahi An Na'im and Francis Deng, Washington, D.C. 1990, pp. 331–367, 60–61.

73 Mahmud Mohamed Taha: *The Second Message of Islam*, Syracuse 1996, p. 40.

74 Id., p. 23.

sical Islam due to the pressure Islam faced, Muslims lived today in a different world:

It is as if the abrogated verses were abrogated in accordance with the needs of the time, and postponed until their appropriate time comes. When it does, they become the suitable and operative verses and are implemented, while those that were implemented in the seventh century become abrogated [...] This is the rationale of abrogation. [In other words, it was not intended to be] final and conclusive abrogation, but merely postponement until the appropriate time.⁷⁵

An Na'im speaks in this regard of a counter-abrogation, based on the universal message of peace of Islam: due to the modern context, it is necessary for Muslims to counter-abrogate the verses on peace and return to the inner philosophy of the Qur'an. This counter-abrogation will allow Muslims to go back to what he believes to be the initial and timeless messages of the Qur'an on peace and on the restrictions on the conduct of hostilities and the protection for civilians, casting a heavy doubt on those presenting Islam as a religion of war. Based on this argument, it is safe to state that there are some expectations weighting on Muslim believers: a Muslim has the power to decide whether he wishes to follow a religious ruling and he has the duty to distinguish the good from the bad. Consequently, Muslims are expected to use their moral compass and fall back on the peaceful message of Islam which prohibits the killings of civilians. The main purpose remains a peaceful co-existence of all tribes. This constitutes the premise of Taha and An Na'im's argument who then argue that this heritage should not be ignored. He concludes:

The Mecca verses should now be made the basis of the law and the Medina verses should be abrogated. This counter-abrogation will result in the total conciliation between Islamic law and the modern development of human rights and civil liberties. In this sense we reformers are superfundamentalists.⁷⁶

Such contextualized readings are criticized for undermining the idea that the Qur'an is timeless and should not be linked to specific historical situations. Yet, guidance needs to be understood and transposed to modernity, which justifies a context-based interpretation of a universal message. Through the argument of the counter-abrogation, these two scholars, master and student, not only allow for a return to the core philosophy of the Qur'an; they also allow for my argument to be more broadly supported as new humanitarian standards are then applicable.

C. *Maṣlaḥa* to the Rescue?

While it is clear to some Muslims that the interpretations provided which seek to defeat war-oriented interpretation of verse 9:5 are valid, they remain non-convincing to groups engaging with violence in asymmetric conflicts. The issue of the right and the wrong and the moral compass has a whole different meaning for these fundamentalists who have an ethics of war. The issue of qualifications of the scholars

75 Id., pp. 40f.

76 Abdullahi An Na'im: The Islamic Counter-Reformation, in: *New Perspectives Quarterly* 19/1 (2002).

and jurists providing support for the understanding of verse 9:5 could be questioned, but is likely not to affect the aura of the leaders of the groups. Another suggestion is to look at other Islamic tools to address and challenge interpretations supporting and encouraging total war. One method which is sometimes referred to when it comes to *ḡihād* is *maṣlaḥa*, or public interest: several scholars mention the necessity for the leader who will call to *ḡihād* to also consider *maṣlaḥa* and the preservation of the *Umma*, or the reason of state. For example, Ibn Taimīya supports a defensive *ḡihād* when Islam is under threat and speaks of the importance of taking *maṣlaḥa* into account when considering the *jus ad bellum* grounds.⁷⁷ Using *maṣlaḥa* would also be a way of supporting the argument of an intermixed ground: the leader calling for *ḡihād* would first have to consider whether there is a public interest in going to war, looking firstly at the gradualist and restrictive approach to *jus ad bellum*; he would then reflect on the cost-benefit in terms of loss of impact of the war on human lives. The leader should also consider the interests of the public when an opportunity for peace is present.⁷⁸ Al Nasiri, who argued that Islam is a mixture of *ṣarī'a* of peace and *ṣarī'a* of war, considered *maṣlaḥa* to be inherent to conflict. His reading of the *sūra* 'but if they do to peace incline, also incline to it' (Qur'ān 8:61) is that it is indicative of *maṣlaḥa* in case of war against Non-Muslims: so, if non-Muslims ask for peace, the leader needs to listen and make peace.⁷⁹ Another scholar, an-Nawawī, also believes in the role *maṣlaḥa* has to play in *ḡihād* and analyzed the Treaty of Ḥudaibīya as providing an illustration to the idea of costs/benefits:

In this [Treaty of Ḥudaibīya] there is evidence for the permissibility of making treaties with non-Muslims if there is an interest or benefit (*maṣlaḥa*) in doing so. There is a consensus on this (*maḡma' alaihi*) when there is a need (*ḥāḡa*) [...]. In our opinion, this should not exceed 10 years, but there is a sound view (*qaul*) that it is allowed without a time restriction. And Malik said there is no limit at all and it is allowed for a short time or protracted period according to the opinion of the ruler.⁸⁰

Az-Zuḡailī goes as far as to state:

Giving away part of the lands of the Muslims (*iqta' juz' min arḡ al-muslimīn*) or allowing them to enter the holy land (entering the *ḥarām* ['sanctity'] of Mecca), or giving the enemy our weapons (*ālāt al-ḡarb*), or giving them the property of Muslims (*tark māl al-muslim fī ayādihim*) – these would normally be forbidden, but if there is a strong benefit (*maṣlaḥa*) or a need (*ḥāḡa*), then they would be permitted.⁸¹

77 Ibn Taymiyya as referred to in Joseph Morrison Skelly: *Political Islam from Muhammad to Ahmadinejad. Defenders, Detractors, and Definitions*, Santa Barbara, Calif. 2010, p. 133.

78 Wael B. Hallaq: *Sharī'a. Theory, Practice, Transformations*, Cambridge, UK/New York 2009, p. 326.

79 Bassam Tibi: *Political Islam, World Politics and Europe. From Jihadist to Institutional Islamism*. Oxford/New York 2014, p. 55.

80 An-Nawawī: *Al-minḡāḡ bi-ṣarḡ ṣaḡīḡ Muslim*, Beirut 2001, p. 355.

81 Az-Zuḡailī: *Āṡār al-ḡarb fī-l-fiqḡ al-islāmī*, p. 135, cited in Rashad Ali / Hannah Stuart: A Guide to Refuting Jihadism. Critiquing Radical Islamists Claims to Theological Authenticity, in: *The Henry Jackson Society*

Maṣlaḥa therefore offers the advantage of creating an extra measure to check in terms of *jus ad bellum*, allowing a leader to be realistic in terms of waging a war. The emphasis upon a connection between *ḡihād* and *maṣlaḥa* is gaining in importance in the modern context, but is not much pondered in asymmetric conflicts. The doctrine of *maṣlaḥa* allows us to develop a cost-benefit approach to interpretation where sacrifices are expected for the well-being of the public.⁸² During the OIC conference in Tehran, the new chair, former President Khatami, stated that:

A new order based on pluralism is taking shape in the world that, God willing, will not be the monopoly of any single power. What is imperative for us – Muslim countries – is that while valiantly resisting all kinds of expansionism, we should strive to secure our proper position and stature in contributing to the shaping of the new world political order and new international relations.⁸³

This declaration comes from a head of state and only applies to Nation States. In the case at hand, it would be argued that fundamentalist groups should change their views and attitudes to conflict as it harms the entire *Umma*. However, radical non-state armed groups do not use *maṣlaḥa* in terms of restriction and they clearly do not consider *maṣlaḥa* or the interest of the *Umma* when going to war; instead of seeking to protect the community in self-defense, radicalism exposes Islam and Muslims. Fundamentalist groups seem to be more interested in *maṣlaḥa* in terms of interests and advantages that can be drawn from an aggressive *ḡihād*. This is illustrated by the way a radical group uses *maṣlaḥa* to promote a discourse of liberation from the West and revenge:

Ironically, whereas Muslim reformists enlist the doctrine of *maṣlaḥa* to diffuse sectarian and cultural tensions in response to the challenges of modernity, radical Islamists such as the Palestinian Islamic Jihad used this doctrine to reinforce the divisions between Islam and a more diverse cultural environment and to promote revolutionary activism.⁸⁴

It might then be argued in return that if *ḡihād* is an obligation for all believers, violence is not. A Muslim society needs to live in agreement with the morality and ethics laid out in the authoritative sources. The issue lies with the leaders of these radical groups: while they are the one responsible for the use and content of *maṣlaḥa*, they also are clearly convinced that violence is to be part of their strategy. As a result, *ḡihād* becomes an instrument of the propagation of fundamental religious doctrines where the interests of the population are sacrificed to the ideal of the creation of an Islamic State or the killings of the enemies of Islam.⁸⁵

(2014), henryjacksonsociety.org/wp-content/uploads/2014/02/Refuting-Jihadism.pdf (last access 20 April 2015).

82 Meir Hatina: *Martyrdom in Modern Islam. Piety, Power, and Politics*, New York 2014, p. 107.

83 Statement by H.E. Seyyed Mohammad Khatami, Chairman of the Eighth Session of the Islamic Summit Conference, Tehran 9 December 1997, iranian.com/News/Dec97/khatami.html (last access 20 April 2015).

84 Meir Hatina: *Theology and Power in the Middle East: Palestinian Martyrdom in a Comparative Perspective*, in: *Journal of Political Ideologies* 10/3 (October 2005), pp. 241–267, p. 245.

85 Bassiouni, *supra*, n. 24, p. 139.

The techniques used to provide reformist interpretations to challenge abrogation and encourage peaceful and humanitarian readings of the Qur'ān are therefore countered by radical understandings of the same authoritative sources. Both parties, Reformists and fundamentalists are consequently engaged into a showdown in which each side needs to disseminate their views. While there are opportunities to create and promote a reformed Islamic humanitarian framework adapted to modern asymmetric conflicts, one would have to keep in mind that fundamentalist groups provide a similar framework based on the same authoritative sources, yet advocating war.

Conclusion

While it is necessary to reclaim the rhetoric surrounding jihad through *ijtihād*, *maṣlaḥa* and contextualization, it remains difficult for non-radical trends to undermine radical interpretations of 9:5. The dissemination of both sides' views on *jus ad bellum* and *jus in bello* in Islam happens; yet, while this diversity of views demonstrates the inherent pluralism of Islam, it also demonstrates the limits of relying solely on Islamic law to provide *jus ad bellum* and *jus in bello*'s guidelines. This is why the existence of international humanitarian law and universal guidelines is crucial: it allows us to fall back on laws that are deemed universal for all. This does not exclude regionalization of humanitarian standards. Both legal systems need to be implemented in complement to constitute a barrage to interpretations of Islam that support total war.

Anicée van Engeland is a Visiting Academic at the Centre for Socio-Legal Studies at Oxford University.

Az-zāhir 'inda l-ḥākim – Das für den Richter sinnlich Wahrnehmbare

Çefli Ademi

Gesetzliche Kodifizierungen nur bestimmter *šarī'a*-Verständnisse sind der islamischen Rechtstradition gerade in Anerkennung einer Vielzahl von methodologisch begründeten Rechtsmeinungen fremd. Dieser Umstand darf allerdings nicht zu der Annahmemangelnder Rechtssicherheit verleiten. Denn der *fiqh* als relatives, handlungsorientiertes „Verständnis“ der *šarī'a*,¹ die nur von Gott *absolut* gewusst wird, hat die rechtlichen Verhältnisse islamisch geprägter Gesellschaften über Jahrhunderte äußerst erfolgreich geregelt.² Thomas Bauer:

Es spricht alles dafür, dass „ein Gleichgewicht zwischen Akzeptanz einer Pluralität von Rechtsmeinungen einerseits und dem Bedürfnis nach einer funktionierenden, weitgehend einheitlichen Rechtsprechung andererseits erreicht war, das auf allen Ebenen von höchster Funktionalität war.“³

Diese einheitliche Rechtsprechung kann in Anbetracht des uns zur Verfügung stehenden bescheidenen räumlichen Rahmens nicht ausführlich dargestellt werden. Lediglich einige Rechtsprechungscharakteristika werden nachfolgend zu veranschaulichen sein, die insbesondere die Unterscheidung zwischen Recht und Moral in der islamischen Spruchpraxis beleuchten.

I. Moral und Recht in der islamischen Rechtsprechung

Wenngleich die *šarī'a* moralische und rechtliche Komponenten verbindet, existieren signifikante Differenzierungen zwischen der Rechts- und Moralverbindlichkeit, die in den zahlreichen Diskursen über die *šarī'a*⁴ kaum Erwähnung finden. Je nach Rechtsschule bzw. -gelehrten sind Rechts- und Moralverbindlichkeit unterschiedlich eng miteinander verflochten. So sind etwa die malikītische und ḥanbalitische Rechtsschule eher bekannt dafür, die Rechtsgültigkeit beispielsweise eines Vertrages von der (moralischen) Intention dahinter abhängig zu machen – quasi als erforderliche subjektive Tatbestandsvoraussetzung –, wohingegen für die ḥanāfīti-

1 Normativ zusammengefasst als die göttliche Beurteilung menschlichen Handelns. Zu den Fachtermini *šarī'a* und *fiqh*: Çefli Ademi: Lehrstühle für „Islamisches Recht“? Eine kritische Begriffsanalyse bzw. die Frage nach einer substanzadäquaten Lehrstuhlbezeichnung, in: *Jahrbuch für Islamische Theologie und Religionspädagogik*, hrsg. von Milad Karimi & Mouhanad Khorchide, Freiburg i. Br. 2012, S. 165ff.; id.: Säkularitätsmomente im Rechtsdenken As-Saraḥsīs, in: *Jahrbuch für Islamische Theologie und Religionspädagogik*, hrsg. von Milad Karimi & Mouhanad Khorchide, Freiburg i. Br. 2014, S. 76ff.

2 Rüdiger Lohlker: *Islamisches Recht*, Wien 2012, S. 16; Wael B. Hallaq: *Shari'a. Theorie. Practice. Transformations*, New York 2009, S. 2.

3 Thomas Bauer: *Kultur der Ambiguität. Eine andere Geschichte des Islam*, Berlin 2011, S. 180.

4 Zum Begriff: Çefli Ademi: Lehrstühle für „Islamisches Recht“? Eine kritische Begriffsanalyse bzw. die Frage nach einer substanzadäquaten Lehrstuhlbezeichnung, in: *Jahrbuch für Islamische Theologie und Religionspädagogik*, Freiburg i. Br. 2012, S. 165ff. (m.w.N.).

sche und vor allem šafi‘itische Rechtschule insoweit lediglich die objektiven Tatbestandsvoraussetzungen maßgeblich sind.⁵ Einig ist man sich jedoch darüber, dass der Richter (*qāḍī*) generell auf objektive Beweismittel zur Entscheidungsfindung angewiesen und auf eine objektiv-rechtliche Spruchpraxis beschränkt ist, die sich mit verfahrensrechtlichen Mitteln durchsetzen lässt.

II. *Az-zāhir ‘inda l-ḥākim*

Exemplarisch sei verwiesen auf die Ausführungen Imām aš-Šāfi‘īs in seinem Werk *kitāb al-umm* zur richterlichen Urteilsfindung (*kitāb al-qāḍīya*), welche sich auf die für den *ḥākim* (Richter) sinnlich wahrnehmbaren Umstände zu beschränken habe (*az-zāhir ‘inda l-ḥākim*).⁶ Der *qāḍī* entscheidet in der Regel nur über das handlungsorientierte Müssen und Nichtdürfen. Das moralisch Gesollte, Indifferente und Missbilligte unterliegen nicht seiner Entscheidungskompetenz, wenngleich er auf moralische Verantwortungen aufmerksam machen kann. In der üblichen islamjuristischen Bewertungsskala (*al-aḥkām al-ḥamsa*)⁷ mit einem „genuin islamischen Prozess der Begriffsbildung“⁸ und Parallelen zum Supererogationsbegriff⁹ haben bloß die Kategorien *farḍ* (obligatorisch) und *ḥarām* (verboten) Justiziabilitätscharakter, nicht jedoch die Kategorien *mustaḥabb* (empfohlen), *makrūh* (missbilligt) sowie *mubāḥ* (indifferent). Die Ausgangsbasis ist dabei die Indifferenz und damit das Erlaubtsein der Angelegenheiten (*al-‘aṣl fi-l-ašyā’ al-ibāḥa*).¹⁰

III. Wesentlicher Unterschied zwischen dem Wirken der *quḍāt* und *muftūn*

Für die Rechtsprechung verantwortlich waren vor allem die *quḍāt* (Richter, Sg. *qāḍī*), wobei private Rechtsgutachter (*muftūn*, Sg. *muftī*) nicht selten zur Beratung herangezogen oder sogar als intersubjektiv anerkannte Experten außergerichtlich von den Streitparteien zur Konfliktlösung konsultiert wurden. Aufmerksam verfolgten die *muftūn* überdies die *qāḍī*-Spruchpraxis und wussten ihre gesellschaftliche Reputation zu Kontrollzwecken verantwortungsbewusst zu nutzen, so dass sie die Judikative (jedenfalls mittelbar) mitgestalteten. Sowohl ein Konkurrenz- als auch ein Komplementärverhältnis zwischen *muftī*- und *qāḍī*-Rechtsprechung sind nahelie-

5 Mohammad Hashim Kamali: *Shari‘ah Law. An Introduction*, Oxford 2012, S. 47f.

6 Muḥammad bin Idrīs aš-Šāfi‘ī: *Kitāb al-Umm*, Mansoura 2001, S. 487.

7 Siehe nur Wahba Az-Zuhailī: *Al-waḥīz fi uṣūl al-fiqh*, Damaskus 2012, S. 119 ff.; Abū Ishāk Aš-Šāṭibī: *Al-Muwāfaqāt fi uṣūl aš-šarī‘a*, hrsg. von ‘Abdullah Darrāz, Libanon 2009, S. 63ff.

8 Irene Schneider: Die Terminologie der *aḥkām al-ḥamsa* und das Problem ihrer Entstehung, dargestellt am Beispiel der šafi‘itischen *adab al-qāḍī*-Literatur, in: ZDMG, Suppl. VIII: XXIV. Deutscher Orientalistentag vom 26. bis 30. Sept. 1988 in Köln, hrsg. von Werner Diem & Abdoldjawad Falaturi, Stuttgart 1990, S. 223.

9 Jan C. Joerden: *Logik im Recht. Grundlagen und Anwendungsbeispiele*, Heidelberg 2010, S. 227ff.

10 Çefli Ademi: Säkularitätsmomente im Rechtsdenken As-Saraḥsīs, in: *Jahrbuch für Islamische Theologie und Religionspädagogik*, hrsg. von Milad Karimi & Mouhanad Khorchide, Freiburg i. Br. 2014, S. 79.

gend.¹¹ Dabei sind weder der Beurteilungsspielraum noch das Sanktionssystem dieser beiden Rechtsautoritäten identisch.

Der *muftī* (ersuchter Rechtsgutachter) berücksichtigt in besonderer Weise auch moralische Aspekte bei der Formulierung seiner *fatwā* (ersuchtes Rechtsgutachten). Denn die Vervollkommnung der Moral (*aḥlāq*) ist der *šarīʿa* das wesentlichste Anliegen, wie der verifizierte Prophetenausspruch indiziert: „Ich wurde gesandt, um die Tugenden der Moral zu vervollkommen.“¹² Der *muftī* ist über eine bloße Rechtsautorität hinaus vor allem auch eine moralisch-erzieherische Instanz. Indessen muss er mit den Umständen und der Sozialisation des Fragenden vertraut sein, und zwar nicht bloß mit den rechtlich relevanten Tatsachen. Sollte er befürchten, dass eine bloße „Rechtmäßigkeitsauskunft“ gegebenenfalls zu Irritationen oder gar zu einem (moralischen) Schaden beim Fragenden führen könnte, so ist er zu einer solchen Auskunft nicht verpflichtet. Vielmehr ist er gehalten erzieherisch zu beraten, zu lenken, einzuladen, zu ermahnen oder sogar einzuschüchtern bzw. das für den Fragenden (und die Allgemeinheit) Nützlichere zu akzentuieren (*taḡlīz* [...] *zaḡran laḥū*).¹³ Als der Prophetengefährte ʿAbdullah Ibn ʿAbbās von zwei unterschiedlichen Personen über die Reuemöglichkeit (*tauba*) eines Totschlägers befragt wurde, verneinte er die Frage in dem einen Fall und bejahte sie in dem anderen. Diese nur scheinbar kontradiktorische Auskunft erläuterte er wie folgt:

Amma al-awwalu fa-raʿaitu fī ʿainihī irādat al-qatl fa-mana ʿtuhū, wa-amma at-tānī fa-ḡāʿa mustakīnan qad qatala fa-lam uqanniḥū. – Was den Ersten [Fragenden] anbelangt, so sah ich eine Tötungsabsicht in seinen Augen und ich hielt ihn [auf diese Weise von einer Tötung] ab. Was den Zweiten betraf, er kam demütig, nachdem er bereits getötet hatte, so wollte ich ihn nicht hoffnungslos machen.¹⁴

Nach dem šafiʿitischen Rechtsgelehrten Abū l-Qāsim Šaimarī (10. Jhd.) sollte ein *muftī* auf die Frage, ob man „seinen Leibeigenen“ töten dürfe, antworten: *in qatalta ʿabdaka qatalnāka.* „Solltest Du ‚Deinen Leibeigenen‘ töten, so töten wir Dich.“ Verwiesen wird auf die überlieferte Aussage des Propheten: *man qatala ʿabdahū qatalnāhū.* „Wer auch immer seinen ‚Leibeigenen‘ tötet, den töten wir.“¹⁵ Damit waren (rechtsmoralische) Maßstäbe gesetzt, denen selbst führende Aufklärer wie John Locke, der in der Kolonialisierung Nord-Amerikas eng verwickelt war, nicht gerecht wurden. Denn

11 Nahed Samour: Islamische Richter- und Rechtsprechungskulturen (24.11.2010), in: *forum historiae iuris* www.forhisiur.de/fr/2010-11-samour (letzter Aufruf 12.02.2015).

12 Vgl. Aḥmad ibn Ḥanbal: *Musnad* Nr. 8595; Mohammad Hashim Kamali: *Shariʿah Law. An Introduction*, Oxford 2012, S. 48 (m.w.N.).

13 Yahya ibn Šaraf an-Nawawī: *Muqaddimat al-Imām an-Nawawī li-kitāb al-Maḡmūʿ šaraḥa al-muḥaddab*, hrsg. von Muḥammad Muḥammad Tāmir, Kairo 1999, S. 125.

14 Ibid.

15 Ibid., S. 126.

„einige Jahre lang Mitglied des Board of Trade and Plantations, korrigierte er mit eigener Hand ‚The Fundamental Constitution of Carolina‘ [...], die jedem ‚freeman‘ die ‚absolute power and authority over his negro slaves‘ garantierte“¹⁶

und damit auch ihre willkürliche Tötung erlaubte.¹⁷ Trotz der im 7. Jahrhundert als fest verankerte Institution vorgefundenen Sklaverei und der selbst bei Locke im 17. Jahrhundert noch vorherrschenden Grundannahme, dass man mit seinem „Eigentum“ und damit auch mit seinem „Sklaven“ nach Belieben verfahren dürfe,¹⁸ war der *muftī* seit jeher gehalten nach der interreligiösen und prophetischen Maxime zu urteilen: „Behandle andere so, wie Du selbst behandelt werden willst“.¹⁹

Das moralpriorisierende Rechtsgutachten des *muftī* war zwar rechtlich nicht bindend und konnte mithin nicht mit „staatlichen“ Sanktionsmitteln erzwungen werden. Bei einer interpersonalen Anerkennung und Anrufung seiner fachlichen und moralischen Kompetenz konnte er jedoch seinem Moralrechtsurteil ohne Zwang Geltung verschaffen. Ohnehin entwickelte sich die Etablierung von anerkannten Rechtsverständnissen in erster Linie durch privat wirkende und gesellschaftlich anerkannte *muftūn* (Sg. *muftī*). Es waren gerade jene pietätischen und herausragenden Experten, die gestützt von der moralischen Überzeugung des Volkes den juristischen Geltungsanspruch ihrer regional bedingten, praxisorientierten *šarī‘a*-Verständnisse hin zum Herrscher etablierten,²⁰ ohne dabei ihre jeweiligen Rechtsmeinungen allgemeinverbindlich kodifizieren zu lassen.²¹

16 Wolf D. Hund, Die weiße Norm: Grundlagen des Farbrassismus, S. 180 (www.wiso.uni-hamburg.de/fileadmin/wiso_dwp_soz/Hund/CuerposAnomalos_Wulf_D_Hund.pdf), mit weiteren Nachweisen über die dunklen Seite der „Aufklärung“ (letzter Aufruf 18.02.2015).

17 Karen Armstrong in einem Interview in „Deutschlandradio Kultur“ vom 18.02.2015, (www.deutschlandradiokultur.de/theologin-karen-armstrong-unsere-aufklaerung-war-fehlerhaft.1278.de.html?dram:article_id=305465) (letzter Aufruf 18.02.2015).

18 Während das Römische Recht den Sklaven ausschließlich als Eigentum seines Herrn betrachtete, akzentuierte das Islamische Recht seine Rechtsstellung vor allem als Mensch. Ohnehin setzte der Koran im Wirken des Propheten revolutionäre Maßstäbe im (rechtlichen und menschlichen) Umgang mit „Sklaven“, so dass die Sklaverei nicht anders denn als abzuschaffende Institution zu begreifen ist. Bezeichnend dafür ist insbesondere die authentische Überlieferung des Prophetenausspruchs an den Prophetengefährten Abū Ḍarr, er solle seinen Sklaven gut behandeln, woraufhin Abū Ḍarr den Sklaven freiließ mit Verweis darauf, dass der Prophet ja gesagt habe, er solle den Sklaven gut behandeln, Al-Buḥārī: *Al-Adab al-Mufrad*, Buch 9, Ḥadīṭ Nr. 8. Das höchste religiöse Ziel, nämlich das Paradies, sei einem verwehrt, der seinen Sklaven schlecht behandelt, so der Prophet nachdrücklich in der authentischen Überlieferung bei Ḡāmi‘ at-Tirmidī: *Ḥadīṭ-Nr. 1946*, Beirut 2010.

19 Eine interreligiöse Chronologie dieser „Goldenen Regel“ findet sich bei Herry J. Gensler: *Ethics and the Golden Rule*, London 2013, Kap. 5. Vgl. in diesem Zusammenhang auch den authentisch überlieferten Prophetenausspruch: „Eure Sklaven sind eure Brüder [...] Wer die Oberhand über seinen Bruder hat, der soll ihm von dem zu essen geben, was er selbst isst, und ihm Kleidung geben, die er selbst trägt. Tragt ihnen nicht auf, was ihre Kraft übersteigt. Und wenn ihr es doch tut, so helft ihnen“, Sunān Ibn Māǧā: *Ḥadīṭ-Nr. 3690*, Beirut 2012.

20 Çefli Ademi: Säkularitätsmomente im Rechtsdenken As-Saraḥsīs, in: *Jahrbuch für Islamische Theologie und Religionspädagogik*, hrsg. von Milad Karimi & Mouhanad Khorchide, Freiburg i. Br. 2014, S. 81.

21 Siehe Beispiel von Imām Mālik bei Muhammad Abu Zahra: *The four Imams. Their Lives, Works and Schools of Jurisprudence*, London 2010, S. 73.

Im Unterschied zum *muftī* ist der *qāḍī* (Richter) in der Regel auf die bloße „Recht“-Sprechung (im wahrsten Sinne des Wortes) beschränkt (*qaḍā*) und verfügt über territorial-verfahrensrechtliche Durchsetzungsapparate, dem gesprochenen, „äußerlichen“ Recht notfalls mit Zwang zum Durchbruch zu verhelfen. Einem gerichtsverbindlichen Urteil (*qaḍā*) sind lediglich objektiv erschließbare Sachverhalte zugänglich, die nachvollziehbar und objektiv-rechtlich bewertbar sein müssen. Subjektiv-moralische Gesinnungen liegen *jenseits* der rechtlich verbindlichen Beurteilung.²² Die Frömmigkeit einer Streitpartei ist vor Gericht irrelevant.²³

Die gerichtsverbindliche Bestimmung bezieht sich auf das Diesseits, auf den äußeren Anschein (*zāhir*), nicht auf innere Motive, Moral und subjektive Überzeugungen. Nur Gott weiß, sagt Al-Saraḥsī, was wahr und was nichtig ist. Der Richter muss nach dem urteilen, was er sieht.²⁴

Der Grundstein für diesen prozessrechtlichen Beurteilungsmaßstab wurde bereits durch die Spruchpraxis des Propheten²⁵ gelegt und wird durch den Koran selbst gestützt.²⁶ In einer verifizierten Überlieferung u.a.²⁷ bei al-Buḥārī machte der Prophet den Streitparteien deutlich, dass er nur ein Mensch sei und es vorkommen könne, dass er einer Partei Recht zuspreche, die einen anspruchsbegründenden Sachverhalt objektiv überzeugender vortrage. Denn er könne nur auf der Grundlage dessen urteilen, was er (sinnlich) wahrnehme. Nach dieser prophetischen Klassifizierung des „Rechts“ als etwas Äußerliches, weil es objektiv erschließbar sein muss, wird schließlich an die *Moral* der Parteien appelliert unter Androhung *eschatologischer* Konsequenzen: Die (auf diese Weise *rechtmäßig* aber möglicherweise moralisch *unrichtig*) begünstigte Partei solle auf den Anspruch verzichten, sonst wäre es (im Jenseits) ein Stück Feuer für den derart Begünstigten.²⁸

IV. Eschatologische Sanktionsandrohung gegen potenzielle Richter

Die richterliche Praxis ist vor allem in zwei Genres festgehalten worden: In „Richterchroniken“ (*aḥbār al-quḍāt*)²⁹ und in die „Verhaltensethik des Richters“ (*adāb al-qāḍī*).³⁰

22 Vgl. Baber Johansen: Die sündige, gesunde Amme. Moral und gesetzliche Bestimmungen (Ḥukm) im Islamischen Recht, in: *Gegenwart als Geschichte. Islamwissenschaftliche Studien. Fritz Steppat zum 65. Geburtstag*, hrsg. von Axel Havemann, 1988, S. 264ff.; Çefli Ademi: Säkularitätsmomente im Rechtsdenken As-Saraḥsīs, in: *Jahrbuch für Islamische Theologie und Religionspädagogik*, hrsg. von Milad Karimi & Mouhanad Khorchide, Freiburg i. Br. 2014, S. 79f.

23 Ibid.

24 Baber Johansen: Die sündige, gesunde Amme, S. 271 (mit zahlreichen Fundstellen).

25 Frieden und Segen auf ihm.

26 Verwiesen wird in diesem Zusammenhang häufig auf die Koranstelle 4:105: „Siehe, Wir haben dir von droben diese göttliche Schrift erteilt, die Wahrheit darlegend, auf dass du zwischen den Leuten richten mögest in Übereinstimmung mit dem, was Gott dich gelehrt hat“.

27 Ṣaḥīḥ al-Buḥārī: *Bāb: Man aqāma al-bayyina ba‘da l-yamīn*, Nr. 2680; Ṣaḥīḥ Muslim, *Bāb: Al-ḥukm bi-ḡ-ḡāhir wa-l-laḡn bi-l-ḡuḡḡa*, Nr. 1713; Mālik ibn Anās: *Al-Muwatta‘a*, Kairo 2011, Ḥadīṡ-Nr. 1391/1, S. 406.

28 Çefli Ademi: Säkularitätsmomente im Rechtsdenken As-Saraḥsīs, in: *Jahrbuch für Islamische Theologie und Religionspädagogik*, hrsg. von Milad Karimi & Mouhanad Khorchide, Freiburg i. Br. 2014, S. 80.

29 Siehe exemplarisch Wakī‘, Muḡammad bin Ḥalaf bin Ḥayyān: *Aḡbār al-quḍāt*, hrsg. von Sa‘īd Muḡammad al-Laḡām, o. O. o. J.

Daraus lassen sich rechtstheoretische, -soziologische sowie -historische Einblicke gewinnen.³¹ Bereits die Entscheidung, als Richter wirken zu wollen, sollte eine moralisch gut überlegte sein. Denn die große Bürde und Verantwortung des Richters machte der Prophet mit den drastischen Worten deutlich: *Man ġu ʿila qāḍiyan baina n-nās, fa-qad ḍubiha bi-ġair sikkīn.* „Wer als Richter ernannt wird, der wurde bereits geschlachtet, ohne Messer“.³² Mit wirkungsvollen eschatologischen Sanktionsandrohungen für verantwortungsloses Richten warnte er (potentielle) Richter vor Amtsanmaßungen im wörtlichen Sinne. In einem bekannten Prophetenausspruch³³ heißt es:

Al-quḍāt talātātun: Qāḍiyān fi-n-nār wa-qāḍin fi-l-ġanna. – Es gibt drei Arten von Richtern: Zweien ist das Höllenfeuer bestimmt und einem das Paradies.

Raġlun qadā bi-ġair al-ḥaqq fa-ʿalima ḍāka fa-ḍāka fi-n-nār. – Einer, der wissentlich nicht nach der Wahrheit urteilt, gehört ins Höllenfeuer.

Wa-qāḍin lā ya ʿlamu fa-ahlaka ḥuqūq an-nās fa-huwa fi-n-nār. – Und der unkundige Richter, der die Rechte der Menschen veruntreut, der ist [ebenso] im Höllenfeuer.

Wa-qāḍin qadā bi-l-ḥaqq fa-ḍālika fi-l-ġanna. – Und der [kundige] Richter, der nach der Wahrheit urteilt, dem ist das Paradies bestimmt.

Auch wenn die Authentizität dieser Überlieferung bei At-Tirmidī in den Ḥadīṭ-Wissenschaften angezweifelt wird, so ist ihr wegweisender Inhalt in den klassischen Werken über die „Verhaltensethik des Richters“ (*adāb al-qāḍi*) allgegenwärtig.³⁴ Ferner findet sich derselbe Inhalt in der Ḥadīṭ-Sammlung Ibn Māḡas.³⁵ Dabei bedeutet „nach der Wahrheit urteilen“, dass man die zur Verfügung stehenden geistigen und materiellen Mittel zur Wahrheitsfindung ausschöpft. Geschuldet ist das aufrichtige und qualifizierte, äußerste Bemühen. Der Erfolg liegt dabei in „Gottes Hand“. In den Worten Ibn Māḡas:

La-qulnā inn al-qāḍi idā aġtahada fa-huwa fi-l-ġanna. – Gewiss meinen wir, dass wenn der Richter sein Bestes [zur Urteilsfindung] unternimmt, so ist er im Paradies.³⁶

Diese an sich unumstrittene Deutung, dass nicht der Erfolg, sondern das Bemühen geschuldet wird, deckt sich mit dem verifizierten Prophetenausspruch³⁷

Idā ḥakama al-ḥākim fa-iġtahada fa-aṣāba fa-lahū aġrān, wa-idā ḥakama fa-iġtahada fa-aḥṭa ʿ fa-lahū aġr. – Sollte ein Richter nach äußerster Anstrengung ein richtiges Urteil fällen, so ist seine [jenseitige] Belohnung zweifach; bemüht er sich hingegen und kommt zu einem fehlerhaften Urteil, so wird er einfach belohnt.

30 Siehe exemplarisch Abū al-Ḥasan al-Māwardī: *Adab al-Qāḍi*, hrsg. von Muḥyī Hilāl Sarḥān, Bagdad 1971/72.

31 Nahed Samour: Islamische Richter- und Rechtsprechungskulturen (24.11.2010), in: *forum historiae iuris*, www.forhisiur.de/fr/2010-11-samour (letzter Aufruf 12.02.2015).

32 Sunan Ibn Māḡas: *Ḥadīṭ-Nr. 2308*, Beirut 2012.

33 Ġāmiʿ at-Tirmidī: *Ḥadīṭ-Nr. 1326*, Beirut 2010; Sunān Ibn Māḡas: *Ḥadīṭ-Nr. 2315*, Beirut 2012.

34 Statt aller vgl. Al-Māwardī, Abū al-Ḥasan ʿAlī b. Muḥammad: *Adab al-Qāḍi* 1, Bagdad 1971/72, S. 10.

35 Sunan Ibn Māḡas: *Ḥadīṭ-Nr. 2315*, Beirut 2012.

36 Sunan Ibn Māḡas: *Ḥadīṭ-Nr. 2315*, Beirut 2012.

37 Sunan Ibn Māḡas: *Ḥadīṭ-Nr. 2314*, Beirut 2012.

Der aufrichtige und qualifizierte Richter, und nur dieser, kann sich in Sicherheit wähen.

Fazit

Resümierend lässt sich festhalten, dass der islamischen Rechtswissenschaft die Differenzierung zwischen „Recht“ und „Moral“ wesenseigen ist, die besonders entlang der Unterschiede zwischen *qadā'* (Gerichtsurteil) – *fatwā* (ersuchtes Rechtsgutachten) bzw. *qādī* (Richter) – *muftī* (ersuchter Rechtsachter) deutlich wird. Die Richterchroniken sowie strengen ethischen Verhaltensmaßstäbe für Richter lassen zudem den Schluss zu, dass die *Kadi*-Justiz, die von Max Weber sprichwörtlich als Willkür-Justiz „charismatischer Figuren“ ins europäische Bewusstsein verankert wurde, mit dem *qādī* im historisch-institutionellen sowie islam(prozess)rechtlichen Sinne nichts gemein hat. Dass der *qādī* nicht an in Stein gemeißelte Gesetzestexte, sondern in erster Linie an klare Rechts(sprechungs)prinzipien unter Berücksichtigung lokaler Rechtsverständnisse gebunden war, mit einem besonders ausgeprägten Sinn für Fairness, ist eher als Kompliment denn als Diskreditierung zu werten.

Dr. iur. Çefli Ademi (Mitglied der GAIR) ist derzeit am Zentrum für Islamische Theologie (ZIT) an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster tätig.

Das Prinzip der Gewinn- und Verlustbeteiligung (Profit-and-loss-sharing): Eine Utopisierung der Tradition?

Abdelaali El Maghraoui

I. Einleitung

What we need is the application of Islamic finance principles, in particular a strong preference for profit-, loss- and risk-sharing arrangements and a rejection of 'ribā' or interest-bearing debt instruments. We are not talking here about the sham Shari'ah-compliant instruments that flooded the market in the decade before the crisis [i.e. the great financial crises late 2007 and 2010]; these were window-dressing pseudo-Islamic financial instruments that were mathematically equivalent to conventional debt and mortgage contracts, but met the letter if not the spirit of Shari'ah law, as certified by some pliable Shari'ah scholar. We are talking about financial innovations that replace debt-type instruments with true profit-, loss- and risk-sharing arrangements.¹

Diese Auffassung postulieren Willem Buitter in seiner Position als Global Chief Economist of Citigroup² und Ebrahim Rahbari (Director in the European and Global Economics Teams of Citi Research in London)³ im Schlusswort ihres Beitrags „Why Economists (and Economies) should love Islamic Finance“. In diesem Beitrag, welcher in der aktuellen Ausgabe des von dem saudischen „Islamic Economics Institute“ herausgegeben „Journal of King Abdulaziz University: Islamic Economics“ publiziert ist, beschäftigen sich Buitter und Rahbari weniger mit der inhaltlichen Konstruktion des Prinzips von Gewinn- und Verlustbeteiligung aus muslimischer Perspektive.

Losgelöst von den dem konventionellen Finanzsystem inhärenten Schwachstellen, die vor allem seit der letzten globalen Finanzkrise allgemein ersichtlich worden sind, konzentrieren sie sich vielmehr auf die fatalen Folgen einer exzessiven zinsbasierten Kreditvergabe und kritisieren den Mangel an Gewinn- und Verlustbeteiligungsinstrumenten auf den Finanzmärkten. Die dem Islam zugrunde liegenden finanzbezogenen Prinzipien seien eine Chance, Stabilität und Prosperität auf der Welt zu fördern, da sie unter anderem dieses Element enthielten.⁴

Wie ein authentisches Prinzip der Gewinn- und Verlustbeteiligung dem „spirit of Shari'ah law“ konkret zu entsprechen hat und weshalb sich die von den islamischen Bank- und Finanzinstituten vorgelegten Angebote nicht entlang diesem Spirit bewegen würden, sondern als „window-dressing“ und „pseudo-Islamic“ zu bezeichnen seien, offenbaren Buitter und Rahbari ihren Lesern in expliziter Weise nicht. Es lässt

1 Willem H. Buitter / Ebrahim Rahbari: Why Economists (and Economies) should love Islamic Finance, in: *JKAU: Islamic Economics* 28 (2015), S. 160.

2 Ibid., S. 139.

3 Ibid.

4 Ibid., S. 142.

sich allerdings leicht erahnen, dass sich die formulierte Kritik an der Praxis islamischer Finanzinstitute wohl auf das dort gängigste Finanzierungsinstrument *murābaḥa* bezieht.

Bei der sogenannten *murābaḥa* handelt es sich, in lakonischer Kürze, um ein Doppelkaufgeschäft, im welchen die Bank prinzipiell als Zwischenhändler fungiert. Im Auftrag des Kunden kauft die Bank zunächst die präzise beschriebene Ware und veräußert sie in einem zweiten Schritt an den Kunden inklusive eines vorher mit ihm vereinbarten Gewinnzuschlags. Der Kaufpreis fließt seitens des Kunden entweder ratenweise oder in Form einer Einmalzahlung zu einem später festgelegten Zeitpunkt an die Bank.

Das essentielle Gepräge der *murābaḥa* besteht somit in dem Faktum, dass sich dadurch Gewinne mühelos erzielen und Risiken vermeiden lassen, was letztendlich ihre Relevanz für die Praxis islamischer Banken ersichtlich macht. Dementsprechend kann bei der *murābaḥa* von einer Gewinn- und Verlustbeteiligung kaum die Rede sein. Vielmehr werden in der Fachliteratur mit dem Prinzip der Gewinn- und Verlustbeteiligung häufig die beiden sogenannten Gesellschaftsformen *šarika* und *muḍāraba*, die jeweils unter den Bezeichnungen *mušāraka* und *qirāḍ* bekannt sind, assoziiert.

Die erstgenannte Gesellschaftsform kann als aktive Partnerschaft wiedergegeben werden. Alle Partner bringen Kapital ein und gründen damit ein Geschäft, das von ihnen gewinnbringend verwaltet wird. Die daraus erwirtschafteten Gewinne werden entsprechend einer im Voraus prozentual festgelegten Gewinnbeteiligung unter den Partnern aufgeteilt. Verluste werden hingegen gemäß der Kapitalbeteiligung getragen.

Die zweitgenannte Gesellschaftsform *muḍāraba* kann als „stille Gesellschaft“⁵ bzw. „*commenda partnership*“⁶ verstanden werden. Inhaltlich unterscheidet sie sich von der erstgenannten Gesellschaftsform dadurch, dass im Rahmen einer *muḍāraba* nur eine Partei einer anderen Kapital zur Verfügung stellt. Diese soll hingegen das bereit gestellte Grundkapital durch den Einsatz von Arbeit und *Know-how* vermehren. Der erzielte Gewinn kommt den Partnern auch gemäß einer im Voraus prozentual festgelegten Gewinnaufteilung zugute. Verbuchte Verluste gehen allerdings allein auf das Konto des Kapitalgebers (*rab al-māl*). Der Geschäftsführers (*muḍārīb*) hat lediglich die Unentgeltlichkeit seines Arbeitseinsatzes zu beklagen.

Beide Gesellschaftsformen, auf deren Basis das sogenannte Islamic Banking überhaupt ins Leben gerufen wurde,⁷ spielen eine untergeordnete Rolle im Alltagsgeschäft dieses

5 Vgl. Joseph Schacht: *G. Bergsträssers Grundzüge des islamischen Rechts*, Berlin 1935, S. 75.

6 Vgl. Nabil A. Saleh: *Unlawful Gain and Legitimate Profit in Islamic Law, ribā, gharar and Islamic Banking*, Cambridge 1986, S. 101; Abraham L. Udovitch: *Partnership and Profit in Medieval Islam*, New Jersey 1970, S. 170.

7 Einzelheiten dazu. vgl. Abdelaali El Maghraoui: *Islamic Banking. Ribā-Verbot und die Etablierung eines zinsfreien Bankwesens in arabischen Ländern*, in: *TOBIAS-lib Hochschulschriftenserver der Universität Tü-*

Finanzwesens – nicht zuletzt aufgrund der Natur beider Gesellschaftsformen, die mit hohem Risiko behaftet sind.

Der vorliegende Beitrag wird sich nicht auf der Suche nach dem „verlorenen“ islamrechtlichen Spirit des Prinzips der Gewinn- und Verlustbeteiligung begeben. Eine solche Unternehmung würde ohnehin in die Irre führen. Dieser Beitrag geht vielmehr von der These aus, dass die praktische Umsetzung des Prinzips der Gewinn- und Verlustbeteiligung bereits das klassische⁸ islamische Recht vor große Herausforderungen gestellt hat, Herausforderungen, die von einem konfliktträchtigen Verhältnis zwischen der Gewinnerzielung und dem Haftungsrisiko zeugen.

Bei genauer Betrachtung wird sich zeigen, dass sich das klassische islamische Recht in der Pflicht sah, solchen Herausforderungen gerecht zu werden. Diesem Zweck dienend wurden dynamische Rechtsvorschläge präsentiert, deren zentrales Anliegen zu meist darin bestand, Gewinne zu sichern und Risiken zu umgehen. Es wurde zugunsten der Gewinnerzielung agiert und versucht, vor allem das Haftungsrisiko und die damit verbundenen Verluste möglichst gering zu halten.

Zur Verfolgung vorliegender Zielsetzung wird das Rechtswerk „*Badā' i ' aṣ-ṣanā' i ' fī tartīb aš-šarā' i*“ des bedeutenden ḥanafitischen Rechtsgelehrten 'Alā' ad-Dīn Abū Bakr Ibn Mas'ūd al-Kāsānī (gest. 587/1191) herangezogen.⁹ Zunächst wird das strukturelle hierarchische Verhältnis zwischen *šarika* und *muḍāraba* illustriert. Anschließend widmet sich der folgende Beitrag der Auseinandersetzung mit den juristischen Allgemeinmerkmalen, welche die erwähnten Gesellschaftsformen auszeichnen, und mit den juristischen Wegen zur Gewinnerzielung und Auswegen zur Risikominimierung. Abschließend wird ein Blick in die Unterformen von *šarika* und *muḍāraba* geworfen. Nächstliegend gilt es allerdings den elementarsten Hintergrund des Prinzips der Gewinn- und Verlustbeteiligung zu umreißen, nämlich das Verbot des sogenannten *ribā*, Zinses bzw. Wuchers.¹⁰

bingen, 2011, S. 62ff, abrufbar unter: tobias-lib.uni-tuebingen.de/volltexte/2011/5603/ (letzter Aufruf 04.05.2015)

8 Der Begriff „klassisch“ steht im Folgenden schlechthin als Gegensatz zu „modern“. Von den innerhalb der Forschung verfolgten Periodisierungsvorschlägen des islamischen Rechts sei hier somit abzusehen.

9 Einen fundierten Überblick hinsichtlich der Meinungen anderer Ḥanafiten und der anderen Rechtsschulen zu den beiden Gesellschaftsformen bietet nach wie vor Udovitchs Studie. Vgl. Abraham L. Udovitch: *Partnership and Profit in Medieval Islam*, New Jersey 1970.

10 Lexikalisch gesehen, bedeutet das Wort *ribā* u.a. „wachsen“, „sich erhöhen“, „hohen Rang haben“. Als *terminus technicus* wird *ribā* mit Zins oder Wucher übersetzt. Dem Verfasser dieses Beitrags ist es wohl bekannt, dass eine akribische Verfolgung der Diskussionen um *ribā* in den klassischen und modernen Rechtswerken, so ist festzustellen, dass keiner dieser beiden Übersetzungsvorschläge den exakt rechtlichen Sinninhalt von *ribā* wiedergeben kann. Daher wird im Folgenden der arabische Originalbegriff verwendet.

II. Das *ribā*- bzw. Zinsverbot als Legitimationsgrundlage des PLS

Das bekannte aristotelische Argument der Unfruchtbarkeit des Geldes und dessen Lektüre durch den einflussreichen Thomas von Aquin (gest. 1274) als „*Nummus non parit nummos*“ („Geld pflanzt sich nicht fort“)¹¹ ist ein prägender Gedanke, welcher sich in dem theologisch-kulturellen Erbgut und in den moralischen Grundsätzen jüdischer sowie christlicher und nicht zuletzt islamischer Tradition nachweisen lässt.¹² Keine Tradition wird heutzutage mit der Adoption und Weiterentwicklung zinsfreier Finanzierungsinstrumente so sehr in Verbindung gebracht wie die letztgenannte.

Trotz – oder eventuell gerade aufgrund – dieses Verbotes entwickelte sich während des sogenannten Goldenen Zeitalters des Islam eine Blütezeit innerhalb des Handelssektors.¹³ Zinsbasierenden Finanzierungsinstrumenten wurden Partnerschaften vorgezogen. Den größten Teil des Vermögens als Einlagen zu halten und die alltäglichen Transaktionen bargeldlos abzuwickeln war zudem für damalige wichtige Händler durchaus üblich.¹⁴ Wie David Graeber konstatiert, ist festzuhalten, dass zumindest für den Handelsbereich keinerlei großes Interesse bestand, verzinste Kreditvergabe „zu einer Vollzeitbeschäftigung zu machen.“¹⁵

Nichtsdestotrotz stellt nach wie vor das *ribā*-Verbot die islamische Rechtsgelehrsamkeit vor eine Problematik, die unmittelbar nach dem Tod des Propheten für heftige Kontroversen gesorgt haben soll.¹⁶ Die Konsequenzen dieser Kontroverse wirken bis in die Moderne. Dissens herrscht nämlich unter den zeitgenössischen muslimischen Gelehrten bezüglich der Konformität von Bankzinsen mit dem Islam. Die Mehrheit zeitgenössischer Gelehrter vertritt zwar die Auffassung, dass das im Koran für verboten erklärte *ribā* mit dem absoluten Verbot jeglicher Bankzinsen gleichzusetzen ist.

11 Jeweils zitiert nach Jacques le Golf: *Wucherzins und Höllenqualen*, aus dem Französischen übers. v. Matthias Rüb, Stuttgart 2008, S. 38.

12 Zur Zinskritik in der jüdischen und christlichen Tradition vgl. u.a. Eckert Otto: Zinsverbot und Schuldenerlass als Element einer Sozialpolitik in der Tora, in: *Was vom Wucher übrigbleibt, Zinsverbote im historischen und interkulturellen Vergleich*, hrsg. von Matthias Casper, Norbert Oberauer und Fabian Wittreck, Tübingen 2014, S. 1–14; Hans-Jürgen Becker: Das Zinsverbot im lateinischen Mittelalter, in: *Was vom Wucher übrigbleibt, Zinsverbote im historischen und interkulturellen Vergleich*, hrsg. von Matthias Casper, Norbert Oberauer und Fabian Wittreck, Tübingen 2014, S. 15–45.

13 Vgl. u.a. Maurice Lombard: *Blütezeit des Islam. Eine Wirtschafts- und Kulturgeschichte (8.–11. Jahrhundert)*, aus dem Französischen übers. von Jürgen Jacobi, Frankfurt 1991, S. 206ff.

14 Vgl. u.a. David Graeber: *Schulden, die ersten 5000 Jahre*, aus dem Amerikanischen übers. von Ursel Schäfer, Hans Freundl und Stephan Gebauer, Stuttgart 2012, S. 290.

15 *Ibid.*, S. 290.

16 So ist von dem Prophetengefährten und dem zweiten rechtgeleiteten Kalif ‘Umar Ibn al-Ḥaṭṭāb überliefert worden, dass der Prophet gestorben sei, ohne er den *ribā* genauer definiert zu haben. Vorsichtigkeit sei deshalb geboten. Vgl. Rüdiger Lohlker: *Das islamische Recht im Wandel. Ribā, Zins und Wucher in Vergangenheit und Gegenwart*, Münster 1999, S. 40.

Einige Stimme präferieren allerdings einen differenzierten Interpretationsansatz, innerhalb dessen die Vereinbarkeit mancher im Voraus festvereinbarter Bankzinsen durchaus geduldet wird.¹⁷ Eine weitere Ausführung beider Ansätze würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Präsentiert werden hier lediglich die Grundzüge dieses Verbotes, wie sie im Koran formuliert sind.

In einer despektierlichen und geradezu beängstigenden Ausdrucksweise erklärt die Koranstelle 2:275–280 die mit dem Zins affizierten Geschäfte für kategorisch verboten. Zinsbasierende Geschäfte zu tätigen wird demnach am Tag des Jüngsten Gerichts mit einer peinigenden Strafe geahndet werden, die mit dem im Mittelalter von den christlichen Theologen gepredigten Schicksal des Wucherers vergleichbar ist.¹⁸ Diejenigen, die nun von solchen Geschäften nicht lassen, müssten damit rechnen, dass sie am Auferstehungstag nicht anders dastehen werden als einer, der vom Satan erfasst und zum Straucheln gebracht würde. Darüber hinaus wird im Vers 278 derselben Sure die Unterlassung von *ribā*-Geschäften als Voraussetzung des Glaubens (*imān*) gehandelt. Werden *ribā*-Transaktionen dennoch weiterhin praktiziert, so sei den *ribā*-Treibern von Gott und seinen Gesandten der Krieg verkündet.

Was genau unter einer *ribā*-Operation zu verstehen ist, wird allerdings weder in dieser Koranpassage, noch in anderen sich auf *ribā* beziehenden Koranstellen¹⁹ determiniert. Vielmehr sind wir hier auf die klassischen Korankommentare angewiesen. Diese beschreiben den *ribā* als einen vorislamischen Handelsbrauch, in dem Kapital kreditiert wurde. Indizien hierfür liefert auch jene Koranstelle 2:278–280. Dort ist nämlich die Rede vom „entliehenen Kapital“ (*ru'ūs amwāl*), sowie vom in Bedrängnis geratenen Schuldner. Hinsichtlich des Zeitpunkts der Vereinbarung eines Aufpreises zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner, wie auch hinsichtlich der Höhe des zu leistenden Zuschlages, liefern die Korankommentatoren jedoch voneinander abweichende Auffassungen, die hier nicht weiter ausgeführt werden können.²⁰

Hinsichtlich der Frage, weshalb der Koran solch einen Handelsbrauch für verwerflich erklärt, gehen die Meinungen innerhalb der islamischen Gelehrsamkeit auseinander.²¹ Analog zu den gottdienlichen Ritualvorschriften betrachten manche Gelehrte das *ribā*-Verbot als eine dem Menschen von Gott auferlegte Verpflichtung. Folgerichtig sei es dem Menschen nicht möglich, den tieferen Sinn dieses Verbots zu erfassen. Andere Gelehrte wiederum sind der Überzeugung, dass die Begründung

17 Vgl. Abdelaali El Maghraoui: Islamic Banking: tobias-lib.uni-tuebingen.de/volltexte/2011/5603/ (letzter Aufruf 23.04.2015)

18 Zu diesen strafbeladenen Diskussionen vgl. Jacques le Golf: *Wucherzins und Höllenqualen*, S. 9–18.

19 Vgl. Sure 3:130, 4:161 und 30:39.

20 Ausführlich zum *ribā* im Koran vgl. u.a. Abdullah Saeed: *Islamic Banking and Interest. A Study of the Prohibition of Riba and its Contemporary Interpretation*, Leiden 1996, S. 17–30; Rüdiger Lohlker: *Das islamische Recht im Wandel. Ribā, Zins und Wucher in Vergangenheit und Gegenwart*, Münster 1999, S. 70–114.

21 Vgl. *ibid.*, S. 117.

des *ribā*-Verbots selbstverständlich logisch und rational nachvollzogen werden könne.²² Bei näherer Betrachtung jener Koranverse, in denen dieses Verbot diskutiert wird, lässt sich generell feststellen, dass der Koran bei dem Verbot von *ribā* einer Argumentationslinie folgt, die zweierlei Dimensionen umfasst und wohl eine nachvollziehbare Begründbarkeit dieses Verbotes indiziert. Während die eine Dimension von sozial-ethischer Natur ist, bewegt sich die zweite entlang des koranischen Anliegens, Gerechtigkeit innerhalb der Gesellschaft zu fördern.

Für die sozial-ethische Dimension spricht die Tatsache, dass der Koran *ribā* beinahe ausschließlich im Zusammenhang mit dem semantisch gleichen Begriff *zakāt*, sowie im Zusammenhang mit dem Begriff *ṣadaqa*, der wiederum im Koran als Synonym zu *zakāt* steht, thematisiert. Beide Termini *ribā* und *zakāt* können lexikalisch mit „Zunehmen“ „Gedeihen“ „Wachsen“ etc. widergegeben werden. In Bezug auf ihre Anwendung im Koran sind sie allerdings als Gegensätze zu behandeln. Läuterungsgaben in Form von *zakāt* und *ṣadaqa* werden im Koran ausdrücklich gelobt und als die tatsächliche Vermehrung von Vermögen und Kapital betrachtet. *Ribā* hingegen wird strikt abgelehnt und die daraus erwirtschafteten Erträge macht Gott zunichte.²³

Den sozial-ethischen Charakter des *ribā*-Verbotes nimmt konkret seinen Höhepunkt in der koranischen Aufforderung, dass bei Fälligkeit dem zahlungsunfähigen Schuldner ein zinsloser Aufschub gewährt wird, bis er wieder zahlungsfähig ist. Auf die Rückzahlung der Schuld gänzlich oder teilweise zu verzichten, empfiehlt der Koran darüber hinaus und betrachtet dies als einen Akt der Läuterungsgabe.²⁴

Die zweite Erklärungsdimension des koranischen *ribā*-Verbotes besteht in der Eliminierung der Ungerechtigkeit und kann explizit auf die folgende Koranstelle zurückgeführt werden: „[...] Wenn ihr jedoch Reue zeigt, [indem ihr *ribā* nicht mehr treibt], steht euch euer geliehenes Kapital zu. So tut weder ihr Unrecht noch wird euch Unrecht angetan.“²⁵

Beide Dimensionen komplettieren sich und lassen mutmaßen, dass das im Koran verankerte *ribā*-Verbot eine Reaktion auf einen vorherrschenden ungerechten Umstand darstellt, dessen Fortsetzung fatale Folgen für die Gesellschaft bedeuten.²⁶ Folgen, die manchen Koranexegeten wie etwa dem ṣafi‘itischen Gelehrten Muḥammad ibn ‘Umar Faḥruddīn ar-Rāzī (gest. 606/1210) durchaus in dem Sinn kamen.

Nach ar-Rāzī verfolgt das *ribā*-Verbot die spezifische Intention, die Menschen von der Versuchung fernzuhalten, mittels auf *ribā*-Transaktionen basierende Gewinne mühelos Geld zu verdienen, was sie letztlich von Erwerbstätigkeiten, wie etwa im Bereich des redlichen Handels und des schwierigen Handwerks, abhalten würden.

22 Vgl. *ibid.*

23 Vgl. Sure 2:276, 30:39.

24 Vgl. Sure 2:280.

25 Vgl. Sure 2:279.

26 Vgl. a. Fazlur Rahman: Riba and Interest, in: *Islamic Studies* 3 (1964), S. 1ff.

Dabei bestehe das Wohlergehen des Menschen in der Ausübung solcher Tätigkeiten. Darüber hinaus verursache die im *ribā* inhärente Profitmaximierung das Verschwinden der Güte und des rechten Verhaltens unter den Menschen sowie die Ausbeutung Bedürftiger durch die Reichen – eine Praxis, die keineswegs mit der Barmherzigkeit Gottes zu vereinbaren sei.²⁷

III. *Šarika* und *Muḍāraba* nach al-Kāsānī

1. *Šarika* als Urform des Gesellschaftsrechts

Das eingangs erwähnte Anliegen dieses Beitrags besteht darin, sich mit den islam-rechtlichen Aspekten beider Gesellschaftsformen *šarika* (aktive Partnerschaft) und *muḍāraba* (stille Partnerschaft) aus Sicht des klassischen islamischen Rechts auseinanderzusetzen. Hierbei wird auf die Äußerungen des ḥanafitischen Rechtsgelehrten Ibn Mas‘ūd al-Kāsānī (gest. 587/1191) konzentriert, die er in seinem Werk „*Badā‘i‘ aṣ-ṣanā‘i‘ fī tartīb aṣ-šarā‘i‘*“ wiedergegeben hat. Zudem soll die Analyse einen Blick in die damals verfolgte Zielsetzung bei der Praktizierung beider Gesellschaftsformen werfen, welche heutzutage jeweils für den Inbegriff des Prinzips der Gewinn- und Verlustbeteiligung stehen.

Schließlich ist, so die Ausgangshypothese dieses Beitrags, davon auszugehen, dass die praktische Umsetzung der Idee der Gewinn- und Verlustbeteiligung bereits damals das Recht sowie die Wirtschaft vor erhebliche Herausforderungen gestellt hat. Herausforderungen, die sich deshalb effizient haben, weil die Gewinnerzielung und das Haftungsrisiko stets in ein Spannungsfeld geraten sind. Auf den Umgang des Rechts mit diesen Herausforderungen und auf dessen vorgeschlagene Dynamik zur Bewältigung solcher Herausforderungen einzugehen, ist ebenfalls ein Gegenstand folgender Untersuchung.

Bevor wir uns der islam-rechtlichen Auseinandersetzung mit *šarika* und *muḍāraba* widmen, ist allerdings an dieser Stelle bereits die Dichotomie innerhalb der *šarika* preiszugeben. Die islamischen Rechtsgelehrten unterscheiden zwischen Eigentumsgemeinschaft (*šarikat al-amlāk*) und Vertragsgemeinschaft (*šarikat al-‘uqūd*).²⁸

Bei der Eigentumsgemeinschaft handelt es sich nicht um eine Gesellschaft, sondern um eine Bruchteils-gemeinschaft, innerhalb deren Rahmen die Teilhaber nicht ohne die gegenseitige Zustimmung über den eigenen Anteil verfügen können. Solch ein Gemeinschaftstyp kann etwa durch Erbschaft, Schenkung oder unzertrennliche Vermischung zustande kommen.²⁹

Die Vertragsgemeinschaft bezeichnet hingegen jede Partnerschaft, die auf freiwilliger Basis vertraglich geregelt wird. Sie unterteilt sich wiederum in drei Hauptkatego-

27 Muḥammad ibn ‘Umar Faḥraddin ar-Rāzī: *At-Tafsīr al-Kabīr* 7, Beirut 1980, S. 87ff.

28 Jeweils übersetzt nach Lohlker, vgl. Rüdiger Lohlker: *Das islamische Recht im Wandel*, S. 58.

29 Ibid.; ‘Alā‘ ad-Dīn Abū Bakr Ibn Mas‘ūd al-Kāsānī: *Badā‘i‘ aṣ-ṣanā‘i‘ fī tartīb aṣ-šarā‘i‘* 7, Kairo 2004, S. 507 u. 530ff.

rien: auf Vermögen bzw. Geld basierte Partnerschaft (*šarikat al-amwāl*), Arbeitspartnerschaft (*šarikat al-a'māl*) und Ansehen- und Vertrauenspartnerschaft (*šarikat al-wuḡūh*). Die erstgenannte Hauptkategorie bildet hier neben der *muḏāraba* die beiden Komponenten des zu untersuchenden Prinzips der Gewinn- und Verlustbeteiligung. Dementsprechend assoziiert dieser Beitrag mit dem Begriff *šarika* vornehmlich diese Hauptkategorie. Die juristischen Gesichtspunkte der Eigentums-gemeinschaft werden im Folgenden völlig ausgeklammert.

Auf die Bedeutung und der juristischen Innerstruktur beider anderer Hauptkategorien der Vertragsgemeinschaft werden hingegen zum Schluss dieses Beitrags eingegangen.

Obschon der *muḏāraba*, wie sich noch zeigen wird, in Vergleich zur *šarika* weniger Unterformen und Verzweigungen inhärent sind, handelt al-Kāsānī das islam-rechtliche Konstrukt der *šarika* auf ca. 55 Seiten ab, widmet dem der *muḏāraba* hingegen mehr als 85 Seiten. Solch eine quantitative Unverhältnismäßigkeit, die sich im Übrigen auch bei dem zu derselben Zeit wirkenden ḥanafitischen Rechtsgelehrten Muḥammad ibn Aḥmad as-Saraḥsī (gest. 571/1175–76) beobachten lässt,³⁰ kann dadurch erklärt werden, dass die *muḏāraba* offensichtlich den klassischen muslimischen Rechtsgelehrten mehr Herausforderungen und Streitpotenzial bereitet haben dürften als die *šarika*.

Immerhin ist sowohl bei al-Kāsānī als auch bei as-Saraḥsī innerhalb ihrer Behandlungen dieser Gesellschaftsform jeweils ein separates Unterkapitel zu finden, welches Lösungen für diverse Streitigkeiten zwischen dem Kapitalgeber (*rab al-māl*) und dem Geschäftsführer (*muḏārib*) darbietet.³¹

Diese von al-Kāsānī in Konjunktivform artikulierten und in Anlehnung an die Gründerväter der ḥanafitischen Rechtschule gelösten Streitfälle beziehen sich auf den Zeitpunkt der Auflösung des Vertrags. Konkret handelt es sich nämlich hierbei in erster Linie um die Aufteilung erwirtschafteter Renditen sowie um die Frage nach der Haftung im Falle, dass sich der Geschäftsführer und der Kapitalgeber zurzeit der Auflösung der *muḏāraba* über die Höhe der ursprünglich zur Verfügung gestellten Kapitalsumme nicht einig sind.

Ein Indiz dafür, dass solche Streitfälle gewiss nicht die reine abstrakte Spekulation des al-Kāsānī darstellen und dass sie in keiner Weise im Konjunktiv gefangen geblieben sein dürften, sondern die reale Umsetzung der *muḏāraba* eventuell begleiteten, liefert primär das Konstrukt der *muḏāraba* selbst. Wie bereits erwähnt, stellt im Rahmen einer *muḏāraba* der Kapitalgeber dem Geschäftsführer Kapital unter der Voraussetzung, dass der Geschäftsführer dieses Kapital durch den Einsatz von Arbeit vermehren soll. Der *muḏāraba*-Vertrag schreibt zudem vor, dass der daraus

30 Bei as-Saraḥsī wird die *muḏāraba* auf mehr als 160 Seiten abgehandelt, die *šarika* jedoch auf knapp 70 Seiten.

31 Vgl. 'Alā' ad-Dīn Abū Bakr Ibn Mas'ūd al-Kāsānī: *Badā' i' aṣ-ṣanā' i' fī tartīb aš-šarā' i'* 8, Kairo 2004, S. 82–89; Muḥammad ibn Aḥmad as-Saraḥsī: *Al-Mabsūṭ* 22, Beirut 1993, S. 89–98.

entstehende Ertrag unter den Partnern gemäß dem im Voraus prozentual vereinbarten Satz aufgeteilt werden muss. Für den Verlustfall hat wiederum allein der Kapitalgeber zu haften.

Im Rahmen solch einer Konstruktion ist also damit zu rechnen, dass am Ende des *muḍāraba*-Geschäftes seitens des Geschäftsführers oder des Kapitalgebers eventuell andere Vorstellung bezüglich der Gewinnaufteilung oder der ursprünglichen Grundkapitalsumme als die zu Beginn vereinbarten behauptet werden, um sich schließlich einen Vorteil zu verschaffen bzw. einen Nachteil abzuwenden. Dies liegt zumal angesichts der Tatsache nahe, dass solche Verträge damals in mündlicher Form abgeschlossen wurden und generell – zumindest nach dem ḥanafitischen Recht – von rechtskräftiger Wirkung sind, sobald Kapital zur Verfügung gestellt wird und der Geschäftsführer Arbeit einsetzt.³² Anderenfalls wäre schwer nachzuvollziehen, weshalb sich al-Kāsānī sowie auch as-Saraḥsī bemüht haben, Lösungen für potenziell zustande gekommene Streitfälle zwischen den *muḍāraba*-Partnern aufzulisten.

Die Praktizierung von auf der *šarika* basierten Verträgen, innerhalb derer die Geschäftspartner sowohl Kapital als auch Arbeit einbringen und dementsprechend das Haftungsrisiko von allen Partnern getragen werden muss, dürfte hingegen für geringere Probleme und für kaum haftungsbedingte Streitigkeiten gesorgt haben. Weder al-Kāsānī noch as-Saraḥsī halten es offensichtlich für notwendig, eventuelle Streitfälle zwischen den *šarika*-Partnern in einem Unterkapitel gesondert abzuhandeln. Losgelöst von dem Haftungsrisiko schlägt al-Kāsānī vielmehr Auswege vor, die dem Kapitalgeber innerhalb einer *muḍāraba* ermöglichen, die alleinige Haftung zu entziehen und nahezu sichere Gewinne zu erzielen, ohne dass er sich dabei große Gedanken hinsichtlich des Verlustrisikos zu machen braucht. Einer davon zielt, wie wir noch sehen werden, darauf ab, die *muḍāraba* mithilfe eines Rechtskniffs zur *šarika* umzuwandeln.

Dass die *muḍāraba* quantitativ ausführlicher als die *šarika* abgehandelt worden ist, lässt sich kurzum primär auf das Streit- und Konfliktpotenzial, das der Natur der *muḍāraba* inne wohnt, zurückführen. Darauf basierend etwa zu spekulieren, dass die *muḍāraba* einen besonderen Stellenwert innerhalb der Rechtsgelehrsamkeit genießt, wäre sicher nicht zutreffend. Vielmehr führt die nähere Auseinandersetzung mit den islam-rechtlichen Aspekten der *šarika*, wie sie von al-Kāsānī dargestellt sind, zu dem Resultat, dass die *šarika* den Kanon des klassischen islamischen Gesellschaftsrechtes bildet. Die islam-rechtlichen Aspekte sowohl der *muḍāraba* als auch der hier nicht zu thematisierenden Gesellschaftsform *muzāraʿa* (landwirtschaftliche Gesellschaft) sind mehr oder weniger eine Abbildung derer, die für das Konstrukt der *šarika* festgelegt sind.

32 Vgl. 'Alā' ad-Dīn Abū Bakr Ibn Mas'ūd al-Kāsānī: *Badā' i' aṣ-ṣanā' i' fī tartīb aṣ-šarā' i'* 8, Kairo 2004, S. 9f., 27, 91f.

Bezüglich der landwirtschaftlichen Gesellschaft ist allerdings noch die Anmerkung zu konstatieren, dass diese Vertragsform zusätzlich Komponenten der *iğāra* (Sach- und Personenmiete) enthält.³³ Ohne Rückgriff auf die *šarika* lässt sich jedenfalls die juristische Konstruktion der *muḍāraba* kaum erschließen. So weist al-Kāsānī – sowie auch as-Sarahsī – bei der Behandlung dieses Vertragstypus häufig auf die im Rahmen der Darstellung der *šarika* bekannt gegebenen Inhalte und Konzepte. Im Grunde stellt für al-Kāsānī die *šarika* die Urform dar. Die *muḍāraba* ist hingegen als eine Abwandlung der Urform zu verstehen. Dies hebt er hervor, indem er explizit betont, dass die *šarika* von umfassenderer Natur als die *muḍāraba* ist: „*a‘amm min al-muḍāraba*“.³⁴ Ferner gibt er sich unzufrieden mit Muḥammad b. al-Ḥasan aš-Šaibānīs (gest. 189/804)³⁵ Argumentation, dass die *šarika* und die *muḍāraba* gleichgeordnet seien. Er revidiert diese Argumentationsweise und bringt dementsprechend die übergeordnete Bedeutung und Funktion der *šarika* wie folgt auf den Punkt:

Die *šarika* steht über der *muḍāraba*. Denn sie [*šarika*] effiziert die Beteiligung sowohl an dem Grundkapital (*aṣl*) als auch am Gewinn (*far‘*). Die *muḍāraba* effiziert nur die Beteiligung am Gewinn und nicht am Grundkapital [...] das Verfügungsrecht des *šarika*-Partners (*šarik*) ist stärker und umfassender als das des Geschäftsführer (*muḍārib*).³⁶

2. Juristische Allgemeinmerkmale

Aufgrund der bereits präsentierten übergeordneten Bedeutung der *šarika* verwundert es nicht, dass die *muḍāraba* juristische Ähnlichkeitsmerkmale mit der *šarika* aufweist. Auf all diese Ähnlichkeitsmerkmale einzugehen, würde sicherlich den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Der folgende Absatz wird sich daher lediglich auf die wichtigen Allgemeinmerkmale konzentrieren, welche in erster Linie für die Frage nach der Rechtmäßigkeit, der Rechtswirksamkeit und der Nichtigkeit des Vertrags sowie für das bereitgestellte Kapital und den Gewinn von Belang sind.

Das erste juristische Ähnlichkeitsmerkmal zwischen *šarika* und *muḍāraba* besteht darin, dass die beiden Gesellschaftsformen ein Relikt aus der vorislamischen Zeit (*ǧāhiliya*) darstellen. Weder die Rechtmäßigkeit von *šarika* noch die von *muḍāraba* können dem Koran explizit entnommen werden.³⁷ Vielmehr lässt sich die grundsätzliche Zulässigkeit der *šarika* und *muḍāraba* al-Kāsānī zufolge primär auf der Grundlage der sogenannten stillschweigenden Duldung des Propheten (*at-taqrīr*)

33 Ibid., 8, S. 262f.

34 Ibid., 8, S. 49.

35 Einer der Gründerväter der ḥanafitischen Rechtschule.

36 ‘Alā’ ad-Dīn Abū Bakr Ibn Mas‘ūd al-Kāsānī: *Badā’ i‘ aṣ-ṣanā’ i‘ fī tartīb aš-šarā’ i‘* 7, Kairo 2004, S. 539.

37 So merkt in diesem Zusammenhang der Zāhirī Ibn Ḥazm (gest. 456/1064) an: „Each chapter of fiqh has a basis in the Qur’ān and sunna except *muḍāraba* for which we did not find any basis whatsoever.“ Siehe Muḥammad b. ‘Alī aš-Šaukānī: *Nail al-auṭār* 5, Kairo [o.J.], S. 257. zit. nach Abdullah Saeed: *Islamic Banking and Interest. A Study of the Prohibition of Riba and its contemporary Interpretation*, Leiden 1996, S. 52.

deduzieren.³⁸ In Bezug auf die *šarika* und *muḍāraba* bedeutet dies konkret, dass auf *šarika* und *muḍāraba* basierende Transaktionen bereits vor Muhammads Berufung zu Gottes Gesandten eine gängige Praxis waren. Textbelege, die in irgendeiner Form von der Weiterführung solcher Geschäfte abhalten oder diese gar für verwerflich erklären, seien von dem Propheten nicht überliefert worden, was letztendlich die islam-rechtliche Legitimität solcher Geschäfte bestätigt. Zudem sei das Prinzip der bestätigenden Sunna jeweils dadurch zu komplementieren, dass innerhalb der Gesellschaft Bedarf (*ḥāǧa*) an solchen Verträgen bestehe, und, dass sie durchaus von Nützlichkeit seien. Die Nützlichkeit des *šarika*-Vertrags führt al-Kāsānī darauf zurück, dass mittels solch einen Vertrags das Erlangen und die Vermehrung des Vermögens gewährt werden. Geld zu erlangen und zu vermehren bewertet al-Kāsānī als eine Notwendigkeit, die von den Gesellschaftsmitgliedern unterstrichen wird.³⁹ Der Notwendigkeit und Relevanz der *muḍāraba* für die Wirtschaft innerhalb der Gesellschaft verleiht er wiederum den folgenden Ausdruck:

Es kann sein, dass man über Kapital verfügt, jedoch kein Geschick zum Handeln besitzt; und es kann [wiederum] sein, dass man ein Geschick zum Handeln besitzen, jedoch nicht über das [nötige] Kapital verfügt. In der Vermeidung dieser beiden Notwendigkeiten besteht somit die islam-rechtliche Zulässigkeit dieses Vertrags (*fa-kān fi šar‘a ḥādā al-‘aqd daf‘ al-ḥāǧatain*). Gott, der Erhabene, hat die Verträge nur deshalb zugelassen, da sie im Interesse der Menschen sind und da sie der Vermeidung ihrer Notwendigkeiten dienen.⁴⁰

Zur Untermauerung der grundsätzlichen islam-rechtlichen Rechtsmäßigkeit der *šarika* weist al-Kāsānī darüber hinaus auf die Analogie hin, die zwischen dem Wesenscharakter der vom Recht übereinstimmend für erlaubt erklärten Stellvertreterschaft (*wakāla*) und dem der *šarika* besteht. Denn im Rahmen eines *šarika*-Vertrags findet unter den Vertragspartnern eine gegenseitige Bevollmächtigung hinsichtlich der Verwaltung und Vermehrung des auf der Basis der *šarika* bereitgestellten gemeinsamen Kapitals statt.⁴¹ Juristisch betrachtet, manifestiert sich die erwähnte Analogie bei al-Kāsānī etwa in der Darstellung der Allgemein Voraussetzungen für das rechtsgültige Zustandekommen des *šarika*-Vertrags. Diesbezüglich konstatiert er, dass die für die Stellvertreterschaft erforderliche Rechtsfähigkeit ebenfalls für den Vertrag der *šarika* Gültigkeit hat. Dementsprechend verzichtet er darauf, die Bedingungen der Rechtsfähigkeit erneut auszuführen und weist den Leser stattdessen an, auf das Kapitel über die Stellvertreterschaft zurückzugreifen.⁴² Dieselbe

38 Vgl. ‘Alā’ ad-Dīn Abū Bakr Ibn Mas‘ūd al-Kāsānī: *Badā’i ‘aṣ-ṣanā’i ‘fi tartīb aš-šarā’i* 7, Kairo 2004, S. 512 u. 8, S. 8.

39 Ibid., 7, S. 511ff.

40 Ibid., 8, S. 8f.

41 Ibid., 7, S. 512f. u. 532.

42 Lakonisch besteht die Bedingung der Rechtsfähigkeit vor allem in der Verfügung über den vollen Verstand (*al-‘aql*). Die Eigenschaften der Volljährigkeit und der Freiheit gehören nach den Ḥanafiten interessanterweise nicht dazu. Vgl. ‘Alā’ ad-Dīn Abū Bakr Ibn Mas‘ūd al-Kāsānī: *Badā’i ‘aṣ-ṣanā’i ‘fi tartīb aš-šarā’i* 7, Kairo 2004, S. 406f. Für die *šarikat al-mufāwāḍa* gelten allerdings zusätzlich die Rechtsfähigkeitsbedingungen der Bürgerschaft.

Analogie stellt zudem al-Kāsānī für die *muḍāraba* fest. Die Rechtmäßigkeit der *muḍāraba* untermauert er allerdings zusätzlich anhand einiger Beispielfälle, die sich zu Lebzeiten des Propheten und der Prophetengefährten ereignet haben sollen.⁴³

Nach einer verbalen Signalisierung des Angebotes und der Annahme (*al-`iğāb wa-l-qabūl*) tritt ein *šarika*- bzw. *muḍāraba*-Vertrag al-Kāsānī zufolge *de facto* in Kraft, sobald mit dem zur Verfügung gestellten Kapital Güter erworben werden, die wiederum zwecks der Gewinnerzielung wieder veräußert werden. Vor der Anschaffung der wieder zu veräußernden Gegenstände hat im Rahmen eines *muḍāraba*-Geschäfts der Geschäftsführer mit dem Grundkapital als ein ihm auf der Grundlage der Treuhandschaft und des Depositums zur Verfügung gestelltes Gut umzugehen.⁴⁴

Treten die *šarika* und die *muḍāraba* in Kraft, so sind sie allerdings nicht von absolut bindender Wirkung (*ğair lāzim*). In gleichberechtigter Weise garantiert das Recht vielmehr der einzelnen Partei den Anspruch, den Vertrag zu jedem beliebigen Zeitpunkt zu kündigen. Der Partnerschaftsvertrag gilt im Prinzip als beendet, sobald dies dem einen Partner in den Sinn kommt und er die andere Partei davon in Kenntnis setzt. Die Anwesenheit der letztgenannten ist hierbei nicht erforderlich. Eine rechtsgültige Aufkündigung des Partnerschaftsvertrags setzt lediglich voraus, dass der Partner in irgendeiner Weise darüber unterrichtet wird. Die Notwendigkeit dieser einzigen Aufkündigungsbedingung (*šarṭ al-faṣḥ*) besteht nach al-Kāsānī in der Vermeidung einer eventuellen Benachteiligung des Vertragspartners.⁴⁵ Mit anderen Worten, wird der Partner über die Kündigung des Vertrags nicht informiert, so ist nicht auszuschließen, dass er sich zum Erwirtschaften zusätzlicher Gewinnen weiterhin einsetzt. Gewinne, die dann außerhalb des Partnerschaftsvertrags entstanden sind und im Grunde dem nicht in Kenntnis gesetzten Partner allein zustehen.

Im Gegenteil zu den Šāfi`iten duldet das ḥanafitische Recht, so al-Kāsānī, durchaus die Einbringung einer Klausel, die die Fixierung des *muḍāraba*-Geschäfts auf ein bestimmtes Datum vorsieht.⁴⁶ Solch eine Klausel ändert allerdings nichts an der ursprünglichen Eigenschaft, dass solche Verträge nicht von absolut bindender Natur sind. Festzuhalten gilt, dass *šarika* und *muḍāraba* mit der Kündigung *de jure* nichtig werden. Für nichtig zu erklären sind sie auch, wenn ein Partner ablebt oder das Grundkapital vor dem Ankauf von Gütern – und somit vor dem faktischen Inkrafttreten der Partnerschaft – entwendet wird bzw. untergeht.⁴⁷

43 Vgl. *ibid.*, 8, S. 7f. Im Übrigen bringt al-Kāsānī für die Untermauerung der islam-rechtlichen Rechtmäßigkeit der sogenannten *šarikat al-`inān* ebenfalls ein Ḥadīṭ ein, vgl. *ibid.*, 7, S. 512.

44 Vgl. *ibid.*, 8, S. 27.

45 Vgl. *ibid.*, 7, S. 558.

46 Vgl. *ibid.*, 8, S. 57f.

47 Vgl. *ibid.*, 7, S. 559; 8, S. 89.

Nachdem die juristisch-technischen Allgemeinmerkmale, welche die Rechtmäßigkeit und -wirksamkeit sowie die Nichtigkeit des *šarika*- und *muḍāraba*-Vertrags betreffen, erleuchtet sind, bleibt nun Licht auf jene Merkmale zu werfen, welche die substantielle Komponente solcher Verträge, nämlich das Grundkapital und den Gewinn, ausmachen.

Hinsichtlich des Grundkapitals schreibt das ḥanafitische Recht generell die Bedingung vor, dass dieses zu den absoluten Zahlungsmitteln gehören soll. Damit ist gleichsam Geld gemeint, welches im islamischen klassischen Kollektivbewusstsein vor allem mit den Inbegriffen „Golddinar“ und „Silberdirham“ assoziiert wurde. Aus ḥanafitisch-rechtlicher Sicht versteht sich Geld als ein Gut, das in den synallagmatischen Verträgen nicht zu individualisieren bzw. nicht konkret zu bestimmen gilt.

Geld darf, so die ḥanafitische Rechtsauffassung, in den Kaufverträgen keinesfalls die Position des Kaufobjekts besitzen.⁴⁸ Weshalb das Grundkapital einer *šarika* oder *muḍāraba* in Form von Gold- und Silbergeld und nicht in Form von anderen Gegenständen (*urūd*) zur Verfügung gestellt werden darf, erklärt al-Kāsānī vor allem in Bezug darauf, dass der Tauschwert letztgenannter Güter nicht ohne Vorbehalt zu vermitteln sei.⁴⁹ Variationsmöglichkeiten bezüglich des Tauschwertes von nicht-geldlichen Gütern sind dementsprechend vorprogrammiert, was wiederum al-Kāsānī zufolge bedeutet, dass der exakte Wert des Grundkapitales ungewiss bleibt. Die beschriebene Ungewissheit führe konsequenterweise zur Ungewissheit bezüglich der tatsächlichen Höhe des erwirtschafteten Gewinns (*ḡahālat ar-ribḥ*). Bleibe die tatsächliche Höhe des Gewinns ungewiss, so seien letztendlich Streitigkeiten zwischen den Partnern bei der Beendigung der Partnerschaft nicht auszuschließen. Vermittels der Dinars und Dirhams seien all diese Schwierigkeiten vermeidbar.⁵⁰ Darüber, ob sich das Grundkapital aus anderen Geldformen wie etwa Kupfermünzen (*fulūs*) konstituieren darf, herrscht nach al-Kāsānī Dissens unter den Gründervätern des ḥanafitischen Rechts.⁵¹

Dass es sich sowohl bei der *šarika* als auch bei der *muḍāraba* in erster Linie um den Gewinn geht, spiegelt sich auch auf der juristischen Ebene wieder. Von essentieller Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Tatsache, dass der Gewinn – und wohlge-merkt nicht das zur Investition bereits gestellte Grundkapital – den Vertragsgegenstand (*al-ma‘qūd ‘alaihi*) verkörpert. In Bezug auf die *šarika* heißt dies bei al-Kāsānī wortwörtlich: „Der Gewinn ist das, worüber der Vertrag abgeschlossen

48 Zu der Geldkonzeption im islamischen Rechts vgl. nach wie vor Robert Brunschwig: *Conceptions monétaires chez les juristes musulmans (VIIIe–XIIIe)*, in: *Arabica* 14 (1967), S. 113–143; vgl. a. Johannes Christian Wichard: *Zwischen Markt und Moschee, wirtschaftliche Bedürfnisse und religiöse Anforderungen im frühen islamischen Vertragsrecht*, Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft 75, Paderborn 1995, S. 94–102.

49 ‘Alā’ ad-Dīn Abū Bakr Ibn Mas‘ūd al-Kāsānī: *Badā’ i‘ aṣ-ṣanā’ i‘ fī tartīb aṣ-ṣarā’ i‘* 8, Kairo 2004, S. 15f.

50 Vgl. *ibid.*, 7, S. 514; 8, S. 15f.

51 Vgl. *ibid.*, 7, S. 515; 8, S. 16f.

wird (*ar-ribḥ huwa al-ma‘qūd ‘alaihi*).⁵² Eine Formulierung, die nahezu wortgleich in al-Kāsānī Auseinandersetzung mit der *muḍāraba* Anwendung findet.⁵³

Der besondere juristische Stellenwert dieser Tatsache lässt sich jedoch in Hinblick auf das klassische islamische Kaufvertragsrecht deutlich machen. Dort wird nämlich zwischen dem Kaufpreis, *at-taman*, und dem Kaufobjekt, *al-mabī‘*, differenziert. Aus rein juristischer Sicht hat dieses, so zumindest die vertrags- und wirtschaftsrechtliche Auffassung der Ḥanafiten, stets die Position des Vertragsgegenstandes (*al-ma‘qūd ‘alaihi*) zu besetzen. Seine vorrangige Bedeutung für den Vertrag kann anhand der strengeren Bedingungen abgeleitet werden, die das Recht ihm auferlegt. So hängt beispielsweise die Gültigkeit des Kaufvertrags von der genaueren Bestimmung und der Gegenwärtigkeit⁵⁴ des Kaufobjektes zur Zeit des Vertragsabschlusses ab, so dass sich kein Raum für Ungewissheit und Spekulation über den verkauften Gegenstand ergeben kann. Wird nach Angebot und Annahme und vor der Warenübergabe etwa das Kaufobjekt entwendet oder zerstört, so ist der Kaufvertrag für nichtig (*fāsīd*) zu erklären. Das entwendete bzw. zerstörte Kaufobjekt kann *de jure* nicht ersetzt werden.⁵⁵

Die Gültigkeit des Kaufvertrags geht hingegen nicht mit der Gegenwärtigkeit und dem Bestehen des Preises einher. Selbst wenn der Käufer und Verkäufer ein bestimmtes Gut ganz konkret zum Kaufpreis ernennen und dieses anschließend untergeht, so sind das Zustandekommen und die Gültigkeit des Vertrags dennoch nicht infrage zu stellen. In solch einem Fall kann der konkret ernannte Preis ohne weiteres ersetzt werden.⁵⁶ Analog zu der juristischen Bedeutung des Kaufobjektes ist somit der konstatierte Stellenwert des Gewinns im Rahmen der *šarika* und der *muḍāraba* zu verstehen. Dementsprechend bedarf auch die Gültigkeit einer *šarika* oder einer *muḍāraba* unumstößlicher Gewissheit hinsichtlich der Gewinnaufteilung, des Vertragsgegenstandes. Bleibt die Bestimmung der Gewinnanteile ungewiss, so ist nach al-Kāsānī der *šarika*- bzw. *muḍāraba*-Vertrag für nichtig zu deklarieren.

Klarheit über die Verteilung eventuellen Gewinns im Voraus zu verschaffen, bedeutet konkret, dass die Parteien gleich zu Beginn der Partnerschaft die Aufteilung möglicher Erträge prozentual festlegen sollen. Eine in bestimmten Beträgen fixierte Gewinnaufteilung zu vereinbaren führe hingegen zur Nichtigkeit des Vertrags. Denn, wie al-Kāsānī für den Fall der *šarika* feststellt:

der Vertrag erfordert die Beteiligung am Gewinn. Die Angabe eines festen Betrags löscht die *šarika*, da es möglich ist, dass der erwirtschaftete Gewinn lediglich dem für den einen Partner

52 Ibid., 7, S. 514.

53 Vgl. *ibid.*, 8, S. 24.

54 Der Kreditkauf (*salam*) und das Veräußern von Immobilien bilden hier allerdings eine Ausnahme.

55 *Ibid.*, 7, S. 167ff.

56 Vgl. ‘Alā’ ad-Dīn Abū Bakr Ibn Mas‘ūd al-Kāsānī: *Badā’i‘ aṣ-ṣanā’i‘ fī tartīb aṣ-šarā’i‘* 7, Kairo 2004, S. 168ff.

fest vereinbarten Betrag entsprechen wird. Die Beteiligung am Gewinn kann somit nicht erfolgen.⁵⁷

Dieselbe Bedingung und die damit bezweckte Vermeidung eventueller Streitigkeiten zwischen den Partnern haben al-Kāsānī zufolge ebenfalls für die *muḍāraba* Gültigkeit. Die *muḍāraba* ist, wie bereits erwähnt, eine Abwandlung der Urform, nämlich der *šarika*. Daher ist es weniger verwunderlich, dass ihr das essentielle Gepräge der *šarika*, also die Beteiligung am Gewinn, inhärent ist.⁵⁸

3. Wege zur Gewinnerzielung und Auswege zur Minimierung des Risikos

Geld zwecks der Vermehrung zu investieren, hält al-Kāsānī für eine gewiss unumgängliche Praxis, da solch eine Praxis den Interessen der Menschen diene. Nicht grundlos verstärkt er, wie bereits konstatiert, vor allem die islam-rechtliche Zulässigkeit der *šarika* in Hinblick auf die Notwendigkeit der Geldvermehrung. Die Vergabe von verzinsten Krediten, um somit Kapital vermehren zu lassen, dürfte für das damalige Wirtschaftsleben islamischer Gesellschaften aufgrund des bereits präsentierten *ribā*-Verbots nicht die gängige Praxis gewesen sein. Präferiert werden dürften hingegen *ribā*-freie Investitionsmöglichkeiten, wie etwa die *šarika* und *muḍāraba*. Das Endziel beider Gesellschaftsformen ist al-Kāsānī's Auffassung zufolge nämlich die wirtschaftsbedingt für notwendig zu haltende Gewinnerzielung.⁵⁹ An mehreren Stellen betont er wiederum, dass das Erwirtschaften von Gewinnen nahezu ausschließlich mit dem Handel – hier im Sinne von andauerndem Kauf und Wiederverkauf – zu assoziieren sei. Solch eine Ansicht impliziert, dass dem Handel dienenden Aktivitäten für die damalige Zeit die Triebkraft der Wirtschaft zu sein schienen. Sich Gewinne abseits dieses Sektors zu erhoffen, dürfte hingegen als so gut wie eine abseitige Vorstellung betrachtet werden. Der Sinn und Zweck des *šarika*-Vertrages geht letztendlich auf das dialektische Verhältnis zwischen Handel und Gewinnerzielung zurück, wie al-Kāsānī in klarer Diktion zum Ausdruck bringt:

das von ihr Beabsichtige besteht in der Gewinnerzielung (*taḥṣīl ar-riḥ*). Dieses Ziel kann nur durch die Wiederholung des Wiederverkaufs ein ums andere Mal (*tikrār at-tiġāra marrat^{am} ba 'da uḥrā*) erfolgen.⁶⁰

Eine Feststellung, die ganz im Einklang mit dem von al-Kāsānī konstatierten Endziel der *muḍāraba* steht:

Das von dem *muḍāraba*-Vertrag Beabsichtige ist der Gewinn. Der Gewinn kann wiederum nur durch Kauf und Verkauf erzielt werden.⁶¹

Zusätzlich zu der wirtschaftlichen Relevanz und Notwendigkeit der Gewinnerzielung verfolgt al-Kāsānī eine Argumentationslinie, welche die *Raison d'Être* der Gewinnerzie-

57 Ibid., 7, S. 514.

58 Vgl. *ibid.*, 8, S. 24.

59 Vgl. u.a. *ibid.*, 8, S. 31 u. 82.

60 *Ibid.* 7, S. 508.

61 *Ibid.*, 8, S. 29; vgl. auch 8, S. 54.

lung und -aufteilung juristisch ergründet. Aus ḥanafitisch-rechtlicher Sicht würden dreierlei Wege zum Gewinn führen. Der eine Weg sei offensichtlich und nicht von der Hand zu weisen. Man habe insofern Anspruch auf einen Gewinnanteil, als man selbst das Eigentumsrecht an dem vermehrten Grundkapital besitze. Darauf gestützt kann somit vor allem erklärt werden, weshalb in einer *muḍāraba* dem Kapitalgeber ein Gewinnanteil überhaupt zusteht. Die erwirtschafteten Gewinne stellen nämlich nichts anderes als die Vermehrung seines Kapitals dar. Nicht die Bereitschaft des Kapitalgebers, für eventuelles und nicht fahrlässiges Schreiben von Verlusten mit seinem Kapital zu haften, legitimiert seinen Gewinnanteil, sondern die eigentumsrechtliche Motivation. Juristisch gesehen, ist die Risikobereitschaft bei der Legitimation des Anspruches auf einen Gewinnanteil somit irrelevant.⁶²

Für den zweiten Weg steht der Faktor Arbeit (*al-ʿamal*). Arbeit ist ein konstituierter Bestandteil beider Gesellschaftsformen *šarika* und *muḍāraba*. Dass einem ursprünglich mittellosen Geschäftsführer (*muḍārib*) das Recht zusteht, am Gewinn beteiligt zu sein, verdankt er aus juristischer Perspektive schließlich seiner Arbeitskraft, die nicht mehr und minder dem andauernden Kauf und Wiederverkauf gleicht. Die Wichtigkeit des Faktors Arbeit kann innerhalb der Hauptkategorien der Vertragsgemeinschaft (*šarikat al-ʿuqūd*) unterschiedlich bewertet werden.

Das Zustandekommen der noch darzustellenden so genannten *šarikat al-aʿmāl* hängt gänzlich davon ab, dass alle Partner ihre Arbeitsfähigkeit in Einsatz bringen, um mit vereinigten Kräften etwa ein Produkt herzustellen, das letztendlich gewinnbringend veräußert wird. Arbeit ist hier das Grundkapital, das den Gewinn juristisch für zulässig erklärt. Die auf den Einsatz von Geld basierte *šarikat al-amwāl*, die in diesem Beitrag den Inbegriff der *šarika* verkörpert, weist wiederum eine Mischform aus den beiden Legitimationswegen auf. Solch eine Partnerschaft sieht nämlich vor, dass die Partner jeweils Kapital einbringen sollen und dass zur Vermehrung dieses bereit gestellten Kapitals Arbeitseinsätze seitens aller Partner gebündelt werden können.⁶³

Der dritte Weg zur Legitimation der Gewinnanteile greift das Problem der Haftung (*aḍ-ḍamān*) auf.⁶⁴ Er erweist sich als etwas komplexer und lässt sich primär im Rahmen der *muḍāraba* besser illustrieren. Von Signifikanz ist dieser Weg, da er ferner Argumente für die eingangs präsentierte These liefert. Von einer strikt blinden Verfolgung des Prinzips der Gewinn- und Verlustbeteiligung seitens altvorderer Muslime kann mit der Existenz dieses Weges nicht gezeugt werden. Vielmehr dürfte er der Aufhebung des Sinninhalts dieses Prinzips gedient haben. Denn er bietet dem Kapitalgeber die Möglichkeit, sich von der Haftungspflicht zu entziehen, und dem Geschäftsführer wiederum die Chance, über den alleinigen Anspruch auf den gesamten Gewinn zu verfügen.

62 Vgl. *ibid.* 7, S. 522.

63 Vgl. u.a. *ibid.*

64 Vgl. *ibid.*

In einer *muḍāraba* darf der Kapitalgeber kraft des Gesetzes zur Minimierung des Verlustrisikos bestimmte Arrangements treffen. Werden diese Arrangements seitens des Geschäftsführers verletzt, wird die Haftungspflicht, die in der Regel dem Kapitalgeber obliegt, auf den Geschäftsführer übertragen. Analog zu der Usurpation (*jaṣb*) und im Falle, dass der Geschäftsführer dennoch Gewinne erwirtschaftet, steht ihm aufgrund der Übernahme der Haftungspflicht allerdings der gesamte Gewinn grundsätzlich zu. In diesem Fall geht der Kapitalgeber leer aus. Lediglich den Anspruch auf die Rückzahlung des Grundkapitals kann er geltend machen. Im Verlustfall steht der Geschäftsführer wiederum als alleiniger Verlierer da. Verlierer ist er nicht nur, weil er *de facto* seine Arbeitskraft unentgeltlich eingesetzt hat, sondern auch weil er für die Rückzahlung des bereit gestellten Grundkapitals zu haften hat. Zur Konkretisierung dieser Maxime führt al-Kāsānī zahlreiche Fallbeispiele auf. Stelle etwa einer jemandm Tausend Dirham auf der Basis der *muḍāraba* zur Verfügung und setze er beispielsweise dabei voraus, dass der Geschäftsführer mit dem Geld lediglich in Kufa Handelsgeschäfte zu treiben habe, so habe der Geschäftsführer entlang dieser Bedingung zu handeln. Diese Bedingung hat, so al-Kāsānī, deshalb Gültigkeit, da sich die Ortschaften hinsichtlich der Warenpreise unterscheiden und da die Reise mit dem zur Verfügung gestellten Grundkapital ein zu geltendes Risiko in sich birgt. Handelt der Geschäftsführer abseits dieser vorausgesetzten Bedingung, so habe er für die Rückzahlung des gesamten Grundkapitals zu haften. Davon abzusehen sei, ob er durch seinen nicht vereinbarungsgemäßen Handel Gewinne oder Verluste erwirtschaftet habe. Eventuelle Gewinne stehen jedoch ihm allein ohne weiteres zu, so zumindest die von al-Kāsānī rezipierte Auffassung von Abū Yūsuf.

Dieselbe Rechtsauffassung vertritt al-Kāsānī hinsichtlich der Bedingung, dass der Geschäftsführer lediglich Handelsgeschäft mit einer bestimmten Person zu tätigen hat. Dabei widerspricht er vehement der Meinung der Šāfiʿiten, die solch eine Bedingung als einen ausreichenden Grund zur Nichtigkeitserklärung eines *muḍāraba*-Vertrags klassifizieren. Seine Begründung für das legitime Aufrechterhalten solch einer Bedingung ist von praxis- sowie gewinnorientierter Natur. al-Kāsānī hebt in diesem Zusammenhang nämlich die Bemerkung hervor, dass die Menschen einen unterschiedlichen Grad an Vertrauen und Glaubwürdigkeit aufweisen. Mit manchen Händlern Geschäfte abzuwickeln, sei dementsprechend leichter und gewinnbringender als mit anderen Handelstreibenden. Zudem könne solch eine Einschränkung der Sicherheit des Grundkapitals dienen und dementsprechend von Belang sein.

Das Problem der Haftung scheint generell ein Anliegen, das nicht von einer reibungslosen Implementierung der *muḍāraba* in der Praxis zeugen kann und mit dem sich dementsprechend das ḥanafitische Recht ausführlich beschäftigt hat. Nicht nur das Kanalisieren der Haftungspflicht durch die Vereinbarung bestimmter sinngebender Klausel wurden rechtlich geduldet. Vielmehr nimmt al-Kāsānī die Sorge der Kapitalgeber auf und schlägt mittels der sogenannten *ḥiyal* (Umgehungsgeschäf-

te)⁶⁵ Auswege vor, die ihnen dazu verhelfen sollen, die Haftungspflicht nahezu vollständig zu annullieren und sie dem Geschäftsführer zu übertragen. Diese Auswege gehen auf der Grundlage des Darlehnsgeschäfts (*qarḍ*) zurück und dürften für die Kapitalgeber von gewisser Attraktivität gewesen sein, da sie gewährleisten, dass sie nicht einmal auf einen eventuellen Gewinnanteil verzichten müssen.

Der eine Ausweg sieht eine auf der Basis des Darlehens legitimierte Transformation einer *muḍāraba* zur *šarika* vor. Das kann, so al-Kāsānī, dadurch erfolgen, dass der Kapitalgeber die gesamte Grundkapitalsumme, einen Dirham davon ausgenommen, dem Geschäftsführer zunächst in Form eines Darlehns gewährt und die Gültigkeit solch einen Darlehensvertrags durch Zeuge festigt. Anschließend treten die beiden Partner einer sogenannten noch zu erklärenden *šarikat al-‘inān* bei, deren Grundkapital der Summe des ursprünglich gewollten *muḍāraba*-Geschäfts entspricht. Der Darlehnsgeber bzw. der ursprünglichen Kapitalgeber bringt den einzigen Dirham, der von dem Vorwand halber vereinbarten Darlehensvertrag ausgeschlossen wurde, in die *šarika* ein, während der Darlehensnehmer, der eigentliche Geschäftsführer, die Restsumme des Grundkapitals, über die er mittels des Darlehensvertrags nun verfügt. Dieselbe Gewinnaufteilung, die in der ursprünglichen *muḍāraba* bezweckt wurde, wird auch im Rahmen der *šarika* vorab festgestellt. Zur Vermehrung des Grundkapitals wird der Faktor Arbeit hauptsächlich seitens jenes Partners, der ursprünglich als Geschäftsführer fungieren wollte, eingesetzt. Erwirtschaftet die *šarika* Gewinne, so sind diese, wie im Voraus vereinbart, aufzuteilen. Werden hingegen Verluste geschrieben, die womöglich das Grundkapital dahinschwenden lassen, so hat der Darlehensnehmer bzw. der Geschäftsführer zu haften.⁶⁶ Der in der eigentlichen *muḍāraba* integrierte Mechanismus des Darlehensgeschäfts kann im Grunde eingeschaltet werden, sobald es darum geht, die Rückzahlung des Grundkapitals zu garantieren und das Haftungsrisiko allein auf den Geschäftsführer zu übertragen.

4. Funktionale Unterschiede

Es wurde konstatiert, dass dieser Beitrag mit dem Begriff *šarika* die erste Hauptkategorie der Vertragsgemeinschaft (*šarikat al-‘uqūd*), nämlich die auf Geld und Vermögen basierte Partnerschaft (*šarikat al-amwāl*), generell assoziiert. Diese Kategorie weist nach al-Kāsānī jedoch zwei funktional unterschiedliche Unterformen auf, die nun näher beleuchtet werden.

Šarikat al-mufāwāḍa und *šarikat al-‘inān*: Die sogenannte *šarikat al-mufāwāḍa* steht für eine auf nahezu absoluter Gleichwertigkeit basierende Partnerschaft. Sie setzt nämlich sowohl eine gleichwertige beidseitige Kapitalbeteiligung als auch eine gleichwertige Gewinnaufteilung voraus. Zudem garantiere die *šarikat al-mufāwāḍa* jedem

65 Zu der Bedeutung der *ḥiyal* für das ḥanafitische Rech vgl. u.a. Johannes Christian Wichard: *Zwischen Markt und Moschee*, S. 81ff.

66 Vgl. ‘Alā’ ad-Dīn Abū Bakr Ibn Mas‘ūd al-Kāsānī: *Badā’i ‘aṣ-ṣanā’i fī tartīb aṣ-šarā’i* 8, Kairo 2004, S. 68.

Partner das Recht, das Grundkapital durch die Abwicklung von allen rechtmäßigen Handelsgeschäften zu vermehren. Die Bestimmung spezieller Handelsaktivitäten widerspreche dem spezifischen Sinne der *šarikat al-mufāwaḍa*.

Gestützt auf die Bedingung der Unbeschränktheit des Handels in einer *šarikat al-mufāwaḍa* lässt sich erklären, weshalb der Gründervater der ḥanafitischen Rechtschule Abū Ḥanīfa (gest. 150/767) die *šarikat al-mufāwaḍa* zwischen einem Muslim und einem Schutzbefohlenen nicht akzeptierte. Im Gegensatz zu einem Muslim sei einem Schutzbefohlenen erlaubt, mit Dingen, die islam-rechtlich verboten sind, zu handeln. Eine Verletzung der Gebote der Gleichwertigkeit und der Unbeschränktheit des Handels sei in solch einer *šarika* somit unentrinnbar.⁶⁷ Die *šarikat al-‘inān* erlegt hingegen den Partnern weder eine ebenbürtige Kapitalbeteiligung noch gleichwertige Gewinnanteile auf. Vielmehr können die Partner unbeschränkt den Kapitaleinsatz und die prozentuale Aufteilung eventueller Gewinne bestimmen. Das *šarika*-Geschäft auf bestimmte Handelsaktivitäten einzuschränken, sei ihnen zudem gestattet.⁶⁸ Ein juristisch prägendes wichtiges Unterscheidungsmerkmal zwischen *šarikat al-‘inān* und *šarikat al-mufāwaḍa* besteht ferner darin, dass die Wirksamkeit der letztgenannten *šarika* zusätzlich die Rechtsfähigkeitsbedingungen verlangt, die im Rahmen des Bürgerschaftsvertrags (*al-kafāla*) erforderlich sind.⁶⁹

Vertragsgemeinschaften (*šarikat al-‘uqūd*) können nach dem ḥanafitischen Recht auch ohne die Verfügung über jegliches Geldkapital zustande kommen. Innerhalb des Gesellschaftsvertrags sind, wie bereits erwähnt, zwei weitere Hauptkategorien zu unterscheiden:

Auf Arbeit basierte Partnerschaft (*šarikat al-a‘māl*): Lakonisch ist darunter zu verstehen, dass die beiden Partner einen Gegenstand gemeinsam herstellen oder eine Dienstleistung zusammen durchführen. Die daraus erwirtschafteten Erträge müssen *šarika*-bedingt anteilmäßig aufgeteilt werden. Die *šarikat al-a‘māl* kann sowohl in Form einer *mufāwaḍa* wie auch in Form einer *šarikat al-‘inān* abgewickelt werden. Dementsprechend haben die für die beiden Unterformen geltenden Bedingungen auch hier berücksichtigt zu werden.⁷⁰

Auf Vertrauen und Glaubwürdigkeit basierte Partnerschaft (*šarikat al-wuḡūh*): Das Faszinierende an *šarikat al-wuḡūh* besteht darin, dass die Partner weder über Geldkapital verfügen, noch eine handwerkliche oder dienstleistende Fähigkeit beherrschen müssen. Ihr Grundkapital ist ihre Reputation und ihr guter Ruf. Vertrauen und Glaubwürdigkeit ermöglichen den Partnern ein gemeinsames Geschäft zu gründen, indem sie Waren auf Kredit kaufen und damit Handel treiben. Der gute Name

67 Vgl. *ibid.*, 7, S. 519f.

68 Vgl. *ibid.*, 7, S. 522.

69 Vgl. *ibid.*, 7, S. 518ff. Zu diesen Bedingungen vgl. Jochen Gentz: Die Bürgschaft im islamischen Recht nach al-Kāsānī, in: *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, einschließlich der ethnologischen Rechtsforschung* 62 (Stuttgart 1960), S. 106ff.

70 Vgl. ‘Alā’ ad-Dīn Abū Bakr Ibn Mas‘ūd al-Kāsānī: *Badā’i ‘aṣ-ṣanā’i fī tartīb aṣ-šarā’i* 7, Kairo 2004, S. 509, 525ff.

verschafft somit Zugang zum Kredit. Wichtiges Merkmal dieser *šarika* besteht darin, dass sich die Gewinnaufteilung entlang des Haftungsgrades bewegt. Schließlich ist der Gewinn hier, so die juristische Auffassung der Ḥanafiten, auf dem Weg der Haftung zu legitimieren.⁷¹

Die Rechtmäßigkeit beider Hauptkategorien *šarikat al-a‘māl* und *šarikat al-wuḡūh* ist unter den Rechtsschulen umstritten. Al-Kāsānī setzt sich mit den Einwänden der Šāfi‘iten gegen die islam-rechtliche Legitimation solcher Verträge. Ihm zufolge lehnen die Šāfi‘iten die beiden *šarika*-Arten vor allem ab, weil sie nicht auf der Grundlage der Bereitstellung eines materiellen Grundkapitals fußen. Die islam-rechtliche Rechtmäßigkeit der *šarika* gehe doch mit dem Ziel der Kapitalvermehrung einher. Beim Fehlen eines solchen Kapitalbestands verfehle die *šarika* konsequent ihren spezifischen Sinn, auf welchem ihre Rechtmäßigkeit überhaupt beruhe. Al-Kāsānī leugnet nicht, dass die *šarika* zur Vermehrung des Kapitals für erlaubt erklärt wurde. Gleichzeitig verteidigt er die Auffassung der Ḥanafiten durch die Konstatierung der Tatsache, dass Kapital, welches vermehrt werden soll, zunächst erschafft werden soll. *šarikat al-a‘māl* und *šarikat al-wuḡūh* dienen diesem Zweck. Zu Geld überhaupt zu gelangen sei wichtiger und notwendiger als Geld zu vermehren.⁷²

Innerhalb der *muḍāraba* lassen sich lediglich zweierlei Vertragstypen differenzieren. In einer beschränkten stillen Partnerschaft, *al-muḍāraba al-muqayyada*, legt der Kapitalgeber dem Geschäftsführer bestimmte Bedingungen auf, die etwa risikominierend wirken sollen. Die Verletzung solcher Bedingungen seitens des Geschäftsführers stellt, wie gesehen, die Haftungspflicht infrage.⁷³ Die unbeschränkte stille Partnerschaft, *al-muḍāraba al-muṭlaqa*, kommt hingegen zustande, wenn der Kapitalgeber Kapital bereitstellt und dem Geschäftsführer die bedingungslose Möglichkeit bietet, allein nach seinem Gutdünken und Know-How zu handeln.⁷⁴

IV. Schlussfolgerungen

Der vorliegende Beitrag setzte sich die Auseinandersetzung mit dem Prinzip der Gewinn- und Verlustbeteiligung zum Ziel. Es wurden die islam-rechtlichen Aspekte der beiden wichtigsten Komponenten dieses Prinzips, nämlich der Gesellschaftsformen *šarika* (der aktiven Partnerschaft) und *muḍāraba* (der stillen Partnerschaft), anhand der Meinungen des im 12. Jahrhundert wirkenden ḥanafitischen Rechtsgelehrten al-Kāsānī eruiert. Die Motivation dieser Zielsetzung wurde ferner aus der vehementen Kritik generiert, die die islamischen Banken aufgrund ihrer „inkorrekten“ und dem Geist des islamischen Rechts „inadäquaten“ Implementierung dieses Prinzips in ihrer Praxis ernten und die eingangs durch die Worte von Willem Buitter und Ebrahim Rahbari exemplarisch präsentiert wurde.

71 Vgl. *ibid.*, 7, S. 509f., 529f.

72 *Ibid.*, 7, S. 511f.

73 *Ibid.*, 8, S. 28ff.

74 *Ibid.*

Darauf Bezug nehmend wurde für die These argumentiert, dass die praktische Umsetzung des Prinzips der Gewinn- und Verlustbeteiligung – bzw. seiner beiden wichtigen Erscheinungsformen *šarika* und *muḍāraba* – bereits dem klassischen islamischen Recht große Herausforderungen bereitete; Herausforderungen, die sich auf das Problem des Haftungsrisikos konzentrieren und deren Bewältigung seitens der klassischen Rechtsgelehrten von einer Intervention zugunsten einer möglichst sicheren Gewinnerzielung zeugt. Geld zu erlangen und zu vermehren klassifizierten die klassischen Rechtsgelehrten schließlich als eine gesellschaftliche Notwendigkeit; und in solch einer Notwendigkeit fanden sie den spezifischen Sinn und Zweck der *šarika* und der *muḍāraba* überhaupt begründet.

In der *šarika* und *muḍāraba* erkannten die klassischen Rechtsgelehrten ein potenziell konfliktträchtiges Spannungsfeld zwischen der Gewinnerzielung und dem Haftungsrisiko. Um solch ein Spannungsfeld zu vermeiden, erarbeiteten sie Auswege, die das Haftungsrisiko umgehen und gleichsam zu einer sicheren Gewinnerzielung führen.

Dem islamischen Recht genuin zu attestieren, dass sich dieses Recht für eine absolut starre rücksichtslose Praktizierung des Prinzips der Gewinn- und Verlustbeteiligung positioniere, kann, zumindest anhand der von al-Kāsānī rezipierten ḥanafitischen Rechtsauffassung, kaum aufrechterhalten werden und würde der diesem Recht inhärenten Dynamik keineswegs gerecht werden. Diesem Faktum entsprechend können konstruktive Lösungsvorschläge für die von Willem Buiters und Ebrahim Rahbari beklagte Problematik, dass die von islamischen Bankeinrichtungen angebotenen Produkte nicht dem „authentischen“ Sinne des Prinzips der Gewinn- und Verlustbeteiligung entsprechen würden und sich vielmehr von den konventionellen Finanzinstrumenten lediglich *per definitionem* unterscheiden, nicht konzipiert werden, indem man sich auf eine selbst konstituierte Vorstellung von der Tradition zurücklehnt. Derlei Zurücklehnen verrät Unkenntnis über die Tradition, was letztlich zu einer pauschalen Utopisierung der Tradition beiträgt und sicherlich für die Herausforderungen der heutigen Zeit wenig hilfreich ist.

Innovative Lösungen für jene Probleme, denen das System Islamic Banking ausgesetzt ist, sollten im Zeichen des aktuellen Zeitgeistes bedacht werden und keineswegs utopisierten Vorstellungen von der Tradition überlassen werden.

Inhaltlich können ferner folgende Ergebnisse festgestellt werden:

1. Sowohl die auf den *ribā* basierten Transaktionen als auch die Partnerschaftsformen *šarika* und *muḍāraba* waren ein Bestandteil der Wirtschaftspraxis jener vorislamischer Zeit. *Ribā* wurde durch den Koran für kategorisch verboten erklärt. *Šarika* und *muḍāraba* haben hingegen ihren Weg in das klassische Recht gefunden. Das Recht beschränkte sich nicht nur auf die Adaption und das Konstruieren gesetzlicher Rahmenbedingungen für diese Finanzierungsinstrumente, sondern die Entwicklung weiterer Kategorien wurde geduldet.

2. Inhaltlich weisen *šarika* und *muḍāraba* Differenzen auf. Bei genauer Betrachtung von al-Kāsānīs Auffassungen kann dennoch festgestellt werden, dass die sogenannte *šarikat al-amwāl* die Urform des klassischen islamischen Gesellschaftsrechtes darstellt. Sowohl die *muḍāraba* als auch die zwei weiteren Hauptkategorien der Vertragsgemeinschaft (*šarikat al-‘uqūd*), also die *šarikat al-a‘māl* und die *šarikat al-wuḡūh* können als eine Abwandlung dieser Urform betrachtet werden.
3. Das strukturell hierarchische Verhältnis zwischen *šarika* und *muḍāraba* kann dadurch hervorgehoben werden, dass die beiden Gesellschaftsformen juristisch identische Allgemeinmerkmale aufweisen. Diese beziehen sich vornehmlich auf die Frage nach der Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit des Vertrags sowie nach dem zur Verfügung gestellte Kapital und dem erhofften Gewinn.

Abdelaali El-Maghraoui ist derzeit Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Zentrum für Islamische Theologie der Universität Tübingen und promoviert im Rahmen des von der Stiftung Mercator geförderten Graduiertenkollegs Islamische Theologie zum Thema „Islamrechtliche Konzeptionen des Geldes“.

Dispute Resolution in the United Arab Emirates

Sarra Alsamarrai & Dounia Aghdoube

I. Introduction

In light of the United Arab Emirates (UAE) booming as a centre for international commerce and along with its continually growing construction and trade activity, legal disputes have been increasing throughout the UAE.

Due to the disadvantages in referring disputes to the UAE courts, mostly being that proceedings are held in Arabic, UAE court judges lack business expertise, and the time taken to render judgments, international investors have become hesitant to refer complex litigation matters to the UAE courts, and are instead opting to refer the disputes to arbitration.

Consequently, arbitration in the UAE has become increasingly popular among foreign companies and foreign investors. By creating various arbitration institutions in accordance with internationally recognised standards, the UAE has shown its ability to meet the requirements of companies operating both within the UAE and throughout the region. A crucial step forward in this regard can be seen in the accession to the New York Convention in 2006.¹ For its member states, this convention represents a multi-national agreement governing the recognition of arbitration awards.²

Nevertheless, companies and foreign investors operating in the UAE must be aware of the requirements of arbitration, including the effectiveness of arbitration clauses. This can only be assessed by a thorough analysis of the particular agreement, the business relationship and a proper understanding of how the various jurisdictions and judicial authorities in the UAE inter-relate.

This article will introduce the litigation system in the UAE and provide a brief overview of the litigation procedures. Furthermore, we will also examine the main features of arbitration, including the proceedings, various arbitration centers, the validity and enforceability of arbitration clauses, as well as enforcement of arbitration awards within the UAE.

1 Ratification of the “New York Convention” (Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards) on 21st August 2006, effective since 19th November 2006.

2 As of July 2014 150 states have signed the New York Convention, which came into effect in 1959.

II. Litigation in the UAE

1. Court System

The UAE, formed in 1971, is a federation of seven emirates comprising of Dubai, Abu Dhabi, Ajman, Fujairah, Ras Al Khaimah, Sharjah and Umm Al Quwain.

The Constitution of the UAE³ (UAE Constitution) permits each emirate to have its own judicial authority.⁴ Dubai, Abu Dhabi and Ras Al Khaimah have retained their own independent courts, which are not part of the UAE federal judicial authority. The other emirates have brought their judicial systems into the UAE federal judicial authority. Abu Dhabi is unique in that it has both local and federal courts, although the federal courts are used in limited circumstances. The courts of Dubai, Abu Dhabi and Ras Al Khaimah will apply federal laws as well as the laws and decrees enacted by the Ruler of the respective emirate where federal law is absent or silent.

Since 2004, a fundamental feature of the courts of Dubai has been that they operate two distinct branches: the ordinary Dubai courts (“Dubai Courts”)⁵ and the Dubai International Financial Centre courts (“DIFC Courts”)⁶. While the Dubai Courts adopt the civil law system, the DIFC Courts follow the common law system. The DIFC Courts have jurisdiction over all matters that do not involve criminal law or family law.

The Dubai Courts comprise of a Court of First Instance, a Court of Appeal and a Court of Cassation. Each of these courts has a civil division, a criminal division and a *šarī‘a* division. The *šarī‘a* division hears civil matters, most of which relate to family matters such as divorce and inheritance. Dubai also has a Labour Court, which deals exclusively with disputes between employers and employees, and a Property Court which deals exclusively with real estate disputes.

The UAE has a codified system of law. The core codes, which deal with most international trade and commercial disputes, are the Commercial Code,⁷ the Civil Code,⁸ the Civil

3 The Constitution of the UAE (Arabic: دستور دولة الإمارات العربية المتحدة – *dustūr daulat al-imārāt al-‘arabīya al-muttaḥida*) provides a legal and political framework for the operation of the UAE as a federation of seven emirates. The Constitution came into effect on 2 December 1971 and was permanently accepted in May 1996.

4 See Artt. 104, 122 of the UAE Constitution (“The local judicial authorities in each Emirate have jurisdiction in all judicial matters not assigned to the UAE federal courts under the Constitution.”). Also, see Art. 26 of the Federal Law No. 11 of 1992.

5 The Dubai Courts have been established pursuant to Dubai Law No. 3 of 1992.

6 The DIFC Courts have been established under the amended Dubai Law No. 12 of 2004; for more information to the DIFC Courts see below section III. 1.2; for more details about the DIFC.

7 Commercial Transaction Law, Federal Law No. 18 of 1993, as amended (“Commercial Code”).

8 Civil Transactions and Procedures Law, Federal Law No. 5 of 1985, as amended (“Civil Code”).

Procedure Code,⁹ the Law of Evidence¹⁰ and the Criminal Code.¹¹ Litigation procedure in the UAE is governed by the Civil Procedure Code and the Law of Evidence.

Section 3 of the Civil Procedure Code defines the jurisdiction of the local UAE courts.¹² The main provision for commercial disputes is Article 31(3) of the Civil Procedure Code which sets out four circumstances in which a court may have jurisdiction. Therefore, in commercial matters jurisdiction shall be vested in either the court in whose area the defendant has his domicile or in the court in whose area the agreement was made or was performed in whole or in part or in the court in whose area the contract should have been performed. However, Article 31(1) of the Civil Procedure Code states that the local court at the place where the defendant has his domicile will always have jurisdiction for any proceedings.

2. Litigation

a) Litigation Procedure

The Civil Procedure Code governs the procedural aspect of initiating and litigating disputes before UAE Courts.¹³ The claim has to be filed at the competent court and according to Article 4 of the Civil Procedure Code, all of the documents must be in Arabic (otherwise the documents need to be translated into Arabic by an official translator). The court bailiff's office will then serve the claim to the defendant and the first hearing date will be set. At the first hearing the legal representatives of the parties' will need to provide their powers of attorney in order to confirm that they are authorized to act on behalf of their clients.¹⁴ Afterwards the court will set another hearing date to allow the defendant to respond to the claimant's claim.

Hearings at the UAE courts are very short and administrative in nature. Each hearing is set usually 2 to 3 weeks apart and there can be as many hearings as a judge believes necessary for each party to have adequately stated its position.¹⁵ This is unlike the position in civil-law jurisdictions such as in Germany where oral hearings are only conducted after several months of preparation during which all the points are raised following detailed procedure rules.

9 Civil Procedures Code, Federal Law No. 11 of 1992, as amended ("Civil Procedure Code").

10 Law on Evidence in Civil and Commercial Transactions, Federal Law No. 10 of 1992, as amended ("Law of Evidence").

11 Penal Code, Federal Law No. 3 of 1987, as amended ("Criminal Code").

12 See Artt. 31–41 of the Civil Procedure Code.

13 According to Art. 42 of the Civil Procedure Code, the claimant shall file with the competent court a written statement stating the facts of the claim. Such statement of claim must also enclose a list of documents evidencing the facts stated by the claimant.

14 See Artt. 55–59 of the Civil Procedure Code.

15 See Artt. 70–83 of the Civil Procedure Code; Jennifer Page, An Overview of the UAE Court Procedure, December 2013, in: www.tamimi.com/en/magazine/law-update/section-8/december-january-1/an-over-view-of-uae-court-procedure.html (last access 4.4.2015).

Furthermore, it is very common for expert witnesses to be appointed by the UAE courts. If the court believes the case involves any area of expertise, the judge may appoint a court expert to review the documents, meet with the parties to discuss the case and provide a report to the court.¹⁶

The judge will set a date for the final verdict after he has concluded that he has been provided with all the sufficient information. The verdict is provided orally in Arabic and afterwards as a written statement.

b) Appeal of Judgments

A Court of First Instance decision may be appealed within 30 days of the date of the judgment to the competent Court of Appeal. The appeals can either be in relation to an issue of fact or an issue of law.¹⁷

Appeals against a Court of Appeal decision can be addressed to the competent Court of Cassation within 30 days of the date of the judgment. However, the appeal may only be an issue of law.¹⁸

c) Duration of the Proceedings and Fees

Court cases where an expert has not been appointed may last between 9 and 18 months at the Court of First Instance. However if an expert has been appointed, proceedings may last up to two years before the judge gives the final verdict.¹⁹

Court fees may vary depending on the emirate and are based on the amount in dispute. Most emirates have listed a cap for court fees.²⁰ For example, the court fees for substantive proceedings in Dubai are 7.5 % of the amount of the claim (for the first AED 200,000) with a fee cap of AED 30,000.²¹

With regards to the court fees, the court will usually make an order for costs in favour of the winning party.²² However, the amounts awarded are generally limited cover-

16 Jennifer Page: An Overview of the UAE Court Procedure, December 2013, in: www.tamimi.com/en/magazine/law-update/section-8/december-january-1/an-overview-of-uae-court-procedure.html (last access 4.4.2015).

17 See Artt. 27, 158, 159 of the Civil Procedure Code.

18 See Artt. 173, 176 of the Civil Procedure Code.

19 Jennifer Page: An Overview, in: www.tamimi.com/en/magazine/law-update/section-8/december-january-1/an-overview-of-uae-court-procedure.html (last access 4.4.2015).

20 With Law No. 6 of 2013 Concerning the Judicial Fees in the Emirate of Abu Dhabi, the cap of AED 20,000 for disputes in civil and commercial matters has been removed and the court fees have been reduced from 5 % to 3 % of the amount in dispute. The cap on appeals against judgments of the Courts of First Instance has been retained and the court fees have been reduced from 4 % to 3 % of the amount in dispute.

21 Under Art. 19 of Law No. 1 of 1994 for the Emirate of Dubai, as amended, the court fees applicable are calculated on tranches basis as follows: i) 7.5 % on the 1st and 2nd AED 100,000, ii) 6 % on the 3rd AED 100,000 and iii) 5 % on any amount over AED 300,000.

22 See Art. 133–136 of the Civil Procedure Code.

ing only court fees and experts' fees. Lawyers' fees are not recoverable. This differs from the German jurisdictions where a successful claimant is generally awarded a substantial amount for its legal costs.

3. Enforcement of Foreign Judgments

One of the obvious advantages of issuing proceedings outside the UAE (e.g. in the claimants' country) is the familiarity with the legal system and recoverability of costs (including the lawyers' fees) incurred in a successful action. The pursuit of proceedings outside the UAE, however, may not achieve the desired result since there may be no reciprocal agreement with the UAE for the execution of judgments obtained in the foreign country.

To date, the UAE and Germany have not concluded any bilateral agreement on the mutual recognition and enforcement of judgments. Therefore, the UAE courts will only recognize a judgment of a court in Germany (or any foreign Court of a country without a bilateral agreement) if the criteria set out in Articles 235 to 238 of the Civil Procedure Code are met. Article 235 of the Civil Procedure Code states that executing a foreign judgment will only be conducted after verifying the following:

- the UAE courts did not have jurisdiction over the dispute which the judgment was passed;
- Judgment or order was passed by the competent court in the law of the country it was passed
- Adversaries in the lawsuit were summoned and duly represented at the foreign court;
- the judgment is final under the law of the court issuing the same; and
- the judgment does not conflict with any judgment or order previously issued by an UAE court and is not contrary to the public morals or order of the UAE.

Therefore, according to Article 235 of the Civil Procedure Code, the Dubai Courts will not enforce a foreign judgment where they would have had original jurisdiction to hear the dispute.²³ The UAE courts have a very wide definition of their jurisdiction and will exercise jurisdiction over a defendant with an address or place of residence in the UAE or with relevant assets in the respective emirate.²⁴ A foreign judgment relating to such a defendant would therefore not be enforceable in the UAE even where the underlying contract contains an exclusive jurisdiction clause.

²³ See Art. 235(2) (a) of the Civil Procedure Code.

²⁴ In summary, the UAE courts will always assume jurisdiction when one of the parties is domiciled in the UAE; the claim concerns an asset which is located in the UAE, the claim concerns a contract under which the contractual obligation should have been or was performed, concluded, executed, completed or relevant payments were made in the UAE, the claim is in respect of insolvency, which has been declared in the UAE, the claim is against a UAE national or expatriate who is domiciled in the UAE or when the claim concerns a party who is employed in the UAE (see Art. 21 of the Civil Procedure Code).

The Dubai Court of Cassation e.g. has ruled, as a matter of public policy, that jurisdiction clauses are void where Dubai Courts have jurisdiction over a matter.²⁵

III. Dispute Resolution in the UAE

Due to the above mentioned disadvantages in referring disputes to the UAE courts, arbitration has become increasingly popular among foreign companies and foreign investors when it comes to complex litigation matters.

Unfortunately, there is no uniform arbitration law in the UAE. There have been various proposed drafts of arbitration law by the Ministry of Economy, the most recent one being in 2013. Generally speaking, contractual disputes fall under the jurisdiction of the UAE courts. However, the Civil Procedure Code provides an alternative to this by virtue of Article 203 to 243. Article 203 states:

It shall be permissible for contracting parties generally to stipulate in the original contract or in a subsequent agreement to refer any dispute between them concerning the implementation of a specified contract to one or more arbitrators and it shall likewise be permissible to agree by special conditions to arbitration in a particular dispute.

The Civil Procedure Code arbitration provisions are not based on the United Nations Commission on International Trade Law Model Law (UNCITRAL), which is recognized worldwide as the accepted international legislative standard for modern arbitration law and covers all stages of the arbitral process. Articles 203 to 218 of the Civil Procedure Code regulate the framework for arbitrations, Articles 235 to 238 regulates the execution of foreign judgments, while Articles 239 to 243 regulate the execution procedures.

Parties to a contract may refer a dispute arising between them either through a clause in the main contract, or through a separate arbitration agreement. The Civil Procedure Code arbitration proceedings under Articles 203 to 243 generally apply when there is a court administered arbitration proceeding. Court administered arbitration proceedings are usually conducted when the parties have agreed to arbitration but have not agreed to the relevant arbitration centre or have not set out any other contract in this regard. Nevertheless, since all arbitral awards must go through the UAE courts for enforcement, the parties to an arbitration and the tribunal must familiarize itself with the enforcement provisions of the Civil Procedure Code. The Civil Procedure Code does not prescribe special wording that must be included in the arbitration agreements, however, the wording of the arbitration clause should be considered carefully.

Arbitration centers across the UAE have provided detailed rules for arbitral proceedings which include details of how to submit claims, counter-claims, rules of evidence, witnesses, and the confidentiality of the proceedings. A major advantage in choosing to arbitrate includes the parties' freedom to choose the applicable law, the ar-

25 Dubai Court of Cassation Decision No. 325/2004.

bitrator(s), the language of the proceedings as well as the seat of arbitration. The tribunal will mostly interfere in the event the parties fail to agree on certain terms. In contrast with litigation in the UAE courts, arbitration proceedings are conducted in a relatively timely manner, and may be expedited in certain circumstances.

1. Arbitration Centers

There is a number of arbitration centers across the UAE which include the Dubai International Arbitration Centre (DIAC), the Dubai International Financial Centre-London Court of International Arbitration (DIFC-LCIA) and the Abu Dhabi Commercial Conciliation & Arbitration Centre (ADCCAC). We will examine some of the most popular centers in in the UAE below.

a) DIAC²⁶

DIAC was originally set up in 1994 as the Dubai Chamber of Commerce & Industry Commercial Conciliation & Arbitration Centre. DIAC's new arbitration rules came into force in May 2007. Under the DIAC rules, the parties are free to choose the law applicable to the dispute. In the event the parties fail to choose the applicable law, the tribunal will apply the law it considers most appropriate. The parties are allowed to appoint an arbitrator of their choice. The appointment of arbitrators is then formalized by DIAC who will determine their suitability to act. The parties may request a hearing to present witnesses to testify. The tribunal will decide on its own discretion whether to allow such oral evidence or whether to continue proceedings on written documentation alone. DIAC rules place a strict time frame on arbitral proceedings; generally an award is to be made within 6 months of the arbitrators receiving instruction to decide the case but this may be extended. In terms of costs, there is a fixed registration fee for arbitration cases referred to DIAC. Administration fees and remuneration of the arbitrators are determined as a percentage of the amount of the dispute with a maximum and minimum limit depending on the complexity of the case.²⁷

b) DIFC and DIFC-LCIA²⁸

The Dubai International Financial Centre (DIFC) was first established with the intent of being a capital market with its own onshore jurisdiction and common law-based civil and commercial laws. The DIFC is now a free-zone commercial hub and attracts major international corporations, firms and businesses due to its 100 % for-

26 Dubai International Arbitration Centre. Arbitration in the UAE, www.diac.ae/idiar/rules/uae/ (last access 16.4.2015).

27 Norton Rose Fullbright: Arbitration Reference, in: www.nortonrosefulbright.com/files/arbitration-reference-26054.pdf (last access 16.4.2015).

28 Dubai International Financial Centre: DIFC-LCIA Arbitration, www.difcarbitration.com/ (last access 16.4.2015).

eign ownership allowance. The DIFC has set up its own courts which include a Court of First Instance, Court of Appeal, as well as a Small Claims Court for disputes over smaller amounts. Laws based on the common law jurisdiction have made the DIFC a popular choice amongst many foreign companies. In February 2008, the DIFC and the London Court of International Arbitration (LCIA) launched a new regional international arbitration centre: the DIFC-LCIA Arbitration Centre. Following the recent changes to the DIFC arbitration legislation (Arbitration Law No. 1 of 2008), the DIFC-LCIA arbitration centre now offers dispute resolution services to parties internationally, rather than solely within the DIFC and is mostly based on the LCIA rules and know-how. The new law is based on the UNCITRAL Model Law. The DIFC-LCIA has its own list of arbitrators. The parties are free to opt for a sole arbitrator or a three-member tribunal of their choice. The costs are computed on an hourly basis which is separate from the registration fees. Awards under the DIFC-LCIA are final and binding and the parties waive any right to appeal.²⁹

An alternative forum for arbitration is by way of an arbitration seat in the DIFC. DIFC Law No. 1 of 2008 stipulates that parties to DIFC arbitration are free to opt for the number of arbitrators and the rules that shall govern the arbitration. DIFC Law No. 1 of 2008 contains provisions with regards to the form of the arbitration agreement, composition of the arbitral tribunal, the conduct of proceedings as well as the enforcement and recognition of awards.

c) ADCCAC³⁰

The ADCCAC was established in February 1993 by the Abu Dhabi Chamber of Commerce & Industry, and is one of the first arbitration centers established in the UAE. ADCCAC keeps a register of members who may be shortlisted as arbitrators to conduct the tribunal proceedings. There is a registration fee along with a 15 % charge on the arbitrator's fees.³¹ The proceedings are conducted in Arabic and seated in Abu Dhabi, unless otherwise agreed by the parties. Furthermore, there are no possibilities for the appeal of an award in the ADCCAC.

2. Arbitration Clauses & Validity of Agreements

Contracting parties should include extensive arbitration clauses which shall specify the relevant law to govern the agreement which the parties wish to enforce, the num-

29 Norton Rose Fullbright: Arbitration Reference, in: www.nortonrosefulbright.com/files/arbitration-reference-26054.pdf (last access 16.4.2015).

30 Abu Dhabi Commercial Conciliation & Arbitration Centre, www.abudhabichamber.ae/English/AboutUs/Sectors/CCAC/Pages/Default.aspx (last access 16.4.2015).

31 Norton Rose Fullbright: Arbitration Reference, in: www.nortonrosefulbright.com/files/arbitration-reference-26054.pdf (last access 16.4.2015).

ber of arbitrators, the language and the arbitration seat, so there will be no disputes on such procedures where the competent tribunal will have to interfere.

The UAE case law has been consistent in its view that arbitration agreements are viewed as special agreements which deprive the parties of their right to refer disputes to the competent UAE court and must therefore be very clear and concise.³² Article 203(5) of the Civil Procedure Code clearly states that parties agreeing to arbitration may not commence proceedings before the competent UAE court, yet if proceedings had commenced before the competent UAE court and neither party objects to the jurisdiction of the UAE courts, then the parties will have deemed to waive their rights to arbitration. Therefore, it is essential that any objection to the court's jurisdiction must be made at the very first hearing before the courts. The "first hearing" before a court has been interpreted as meaning the very first appearance of a lawyer before the courts regardless of the purpose of the attendance.³³ The Cassation Court has confirmed in its ruling³⁴ that the party wishing to enforce arbitration must object at the first hearing upon filing the claim made before the national court by their opponent.

Another major component of arbitration agreements to consider is the wording of the arbitration agreement or arbitration clause itself. If an agreement refers to another agreement which contains the arbitration clause, then the arbitration clause will be deemed to have been incorporated under the main agreement if the reference is made clearly. Agreeing to an arbitration clause by including a reference to a separate agreement may create additional difficulties since it may be adduced that the parties have not been fully aware of the existence of the arbitration clause. If the referral is vague, then it may be subjected to the UAE courts for interpretation in order to decide on its validity which may be time-consuming and not in the interests of either party.³⁵ In a construction case, the cassation courts have stipulated the following:

It is sufficient in a construction contract to make a referral, so that in case a dispute arises between the client and the contractor in respect of the construction contract, it becomes resolved through the general conditions of construction (FIDIC). This means that the parties agreed to arbitration in respect of all the disputes arising out of the obligations stated in said contract without the need to refer to the details of such condition, where the referral to it is sufficient (...).³⁶

32 Jitheesh Thilak: Extension of Jurisdiction of DIFC Courts and its Impact on Arbitration in the Middle-East 2012 in: *Asian International Arbitration Journal* 8, pp. 161–177.

33 Omar Khodeir: So You Think You Can Arbitrate? January 2013, in: www.tamimi.com/en/magazine/law-update/section-5/january-2/so-you-think-you-can-arbitrate-1.html (last access 16.4.2015).

34 *Dubai Court of Cassation* Petition No. 72 of 2007.

35 Omar Khodeir / Ghoneim Ahmad: Know Your Three Types of Arbitration Agreements in a Nutshell, June 2013, in: www.tamimi.com/en/magazine/law-update/section-5/june-issue/know-your-type-three-types-of-arbitration-agreements-in-a-nutshell.html#sthash.NK8yNcwG.dpuf (last access 16.4.2015).

36 *Abu Dhabi Court of Cassation* Petition No. 462 of 2002, Hearing of 2/3/2003.

Furthermore, in another court case, the court of cassation ruled that a reference stipulated in a main agreement to an arbitration clause shall be valid only if such a reference is incorporated explicitly in the main agreement.³⁷ In addition, if such a clause is included in the appendices of an agreement, the pages of the appendices or schedules which refer to the arbitration must also be signed.³⁸ Jurisprudence on the validity of agreements and the necessities of having valid arbitration clauses, signed by the parties is vast, and therefore underlies the prerequisites of arbitration agreements.

Jurisdiction of the tribunal may also be questioned in some instances. The doctrine of competence-competence and separability are recognized under UAE laws. Therefore, arbitral bodies in the UAE have the powers to rule and to determine its own jurisdiction, and to decide challenges to the arbitration agreements upon which their own jurisdiction is based (the competence-competence doctrine).³⁹ Article 23.1 of the DIFC-LCIA Arbitration Centre Rules as well as Articles 6.1 and 6.2 of the DIAC rules stipulate both these doctrines and states that arbitration agreements that form part of another agreement shall not be regarded as invalid or non-existence due to the non-validity or non-existence of the other agreement (also known as the separability doctrine).⁴⁰ Challenges to jurisdiction may be commenced either at the arbitration tribunal itself, or at the UAE courts. Generally speaking, if a decision on jurisdiction is reached at the preliminary stages of a tribunal proceeding, it may be challenged by a UAE court by one of the parties.

It has become evident that an essential element of arbitration is that both parties have agreed to arbitration and signed an arbitration agreement. The parties may agree to arbitration either before having a dispute or soon after a dispute arises. The drafting of an arbitration clause in an agreement must be as clear and precise as possible in order to avoid any disputes on the jurisdiction or validity of the arbitration clauses. All references to an arbitration clause if any must be very clear; any ambiguity may be very time-consuming as the validity of such arbitration clauses could be referred to the UAE courts which would be contrary to the intention of the parties.

37 Dubai Court of Cassation Petition No. 153 of 2011.

38 Mohammed Almuhtaseb / Marwa ElMahdy: When Can an Arbitration Clause be Incorporated by Reference in the UAE, July 2014, in: www.tamimi.com/en/magazine/law-update/section-8/july-august-3/when-can-an-arbitration-clause-be-incorporated-by-reference-in-the-uae.html#sthash.ApOVDUcO.dpuf (last access 16.4.2015).

39 Claire Clutterham: Doctrines in Support of Jurisdiction: An Overview, November 2012, in: www.tamimi.com/en/magazine/law-update/section-6/november-3/doctrines-in-support-of-jurisdiction-an-overview.html (last access 16.4.2015).

40 Ibid.

3. Enforcement of Awards

The enforcement of arbitration awards is one of the most complex issues when considering arbitration in the UAE. Since there is no governing legislation in the UAE for arbitration and arbitral awards, the Civil Procedure Code will generally govern the enforcement of awards. A differentiation must be made between the enforcement of domestic awards and the enforcement of foreign awards. Domestic awards are those that are issued when the UAE (including the DIFC) has been chosen as the seat of arbitration. Foreign awards are those that have been issued when the seat of arbitration chosen is outside of the UAE. Enforcement of a DIFC award within the UAE however is implemented through a separate mechanism which will be explored in detail below.

a) Domestic Awards

Under Article 215 of the Civil Procedure Code, a domestic award can be enforced in the UAE only after it has been ratified by the UAE courts. Thus, enforcing an award will require the winning party to file a claim in the Court of First Instance, the losing party may petition to annul the award. A right of appeal is automatic, and there is a final right of appeal at the Cassation court. It is not possible to contract out of the legal right to challenge the award, regardless of the parties' agreements either in contract or during the arbitral process.⁴¹ The Civil Procedure Code provides mandatory provisions for arbitration agreements to become enforceable. Some of the requirements are as follows:

- The arbitration agreement must be in writing.
- The subject matter of the dispute must be specified in the arbitration agreement.
- The appointment of the arbitrator is to be made in writing.
- The judges assessing the award have limited rights to annul the award. Article 216 of the Civil Procedure Code stipulates that the judges may annul arbitration awards only under the following circumstances:
 - The award was issued without, or based on invalid terms of reference, or has exceeded his limits under the terms of reference,
 - If the award was issued by arbitrators who were not appointed in accordance with the law,
 - If the award was issued by arbitrators who were not authorized to issue the award in the absence of other arbitrators,
 - If the award was based on the terms of reference in which the dispute was not specified,
 - If the award was issued by a person who is not competent to act as an arbitrator or by an arbitrator who does not satisfy the legal requirements,

⁴¹ See Art. 216 of the Civil Procedure Code.

- If the award of the arbitrators or the arbitration proceedings become void by other procedural irregularities.

Therefore, in assessing whether or not to ratify the award, the courts may not consider the merits of the tribunal's decision, but may only assess the process by which the tribunal's decision was reached. Enforcing and executing awards under the UAE courts may be very time-consuming as the parties must initiate a claim as though it were filing a civil claim at the court of First Instance.⁴²

b) Foreign Awards

The principle of enforcing foreign awards in the UAE is enshrined under Articles 235 to 238 of the Civil Procedure Code.⁴³

Article 238 of the Civil Procedure Code further states the rules falling under the “execution of foreign judgments” shall not prejudice any rules or regulations provided for in conventions signed between the UAE and other countries. As mentioned above, the UAE has become a contracting state of the New York Convention. The purpose of the New York Convention is to ensure that an arbitral award obtained in any of the signatory countries can be enforced in other signatory countries to the New York Convention.

Although the purpose of the New York Convention is to ease the enforceability of foreign judgments, foreign arbitral awards must still be ratified by the UAE courts and there has been some criticism of the UAE courts in applying the New York Convention.⁴⁴ Furthermore, since the ratification of the New York Convention by the UAE, it is not entirely clear whether or not the courts will apply the provisions of the Civil Procedure Code, and if so, how strict their interpretation will be.⁴⁵ Article 238 of the Civil Procedure Code seems to suggest that the Civil Procedure Code provisions must be read in line with the New York Convention, or any other treaty which the UAE is a part of; the meaning of “shall not prejudice any rules or regulations” implies that the Civil Procedure Code is to be taken into consideration only in the event there is no treaty which conflicts with the Civil Procedure Code. However, the jurisprudence on this issue seems to be divided.

In contrast to the provisions of the Civil Procedure Code, Article V(1) of the New York Convention states that the party seeking to annul the arbitration award must prove the following:

42 Jitheesh Thilak: Extension of Jurisdiction of DIFC Courts and its Impact on Arbitration in the Middle-East, 2012, in: *Asian International Arbitration Journal* 8, pp. 161–177.

43 For more details see above section II.3.

44 Khadija S. Ali / Andrew Massey: United Arab Emirates, in: *World Arbitration Reporter*, 22013, www.afridi-angell.com/items/limg/WAR_UAE-K.-S.-Ali-A.-Massey.pdf (last access 16.4.2015).

45 Stuart Paterson / Mike McClure: Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Dubai: A Set-back, October 2013, in: www.lexology.com/library/detail.aspx?g=115cb435-adee-4ddc-a928-33d3fb2a3bff (last access 16.4.2015).

- The parties to the agreement were incapacitated, or the agreement is invalid under the law.
- The parties were not provided proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present the case.
- The award deals with a difference not contemplated by arbitration or not falling within the terms of arbitration clause, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration provided that if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced.
- The composition of the arbitral authority/body was not in accordance with the agreement of the parties or not in accordance with the law of the country where the arbitration took place.
- The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside, or suspended by a competent authority.

Furthermore, Article V(2)(b) of the New York Convention provides that the recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where enforcement is sought finds that the “recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.” It is interesting to note that the New York Convention does not stipulate that the enforcement of an award may be refused if the courts have jurisdiction to deal with the dispute, in contrast with the Civil Procedure Code. Freedom to arbitrate disputes which parties agree to within any jurisdiction they choose forms part of the spirit of the New York Convention.

c) Landmark Decisions in the UAE

i) International Bechtel Co. Ltd v. Department of Civil Aviation of the Government of Dubai⁴⁶

In the well-known case of *International Bechtel Co. Ltd v. Department of Civil Aviation of the Government of Dubai*, the Dubai Court of Cassation ruled that the award in favour of the claimant shall not be enforced on the basis that the arbitrator had failed to swear in a witness in the manner prescribed by the UAE law for court hearings and in accordance with Article 41 of the Civil Procedure Code. Although this has been a very strict interpretation of the Civil Procedure Code, there has been a general positive move towards enforcement of awards in the UAE.

⁴⁶ International Bechtel Co. Ltd v. Department of Civil Aviation of the Government of Dubai, Dubai Court of Cassation Petition No. 503/2003.

ii) Airmech Dubai LLC v Macsteel International LLC⁴⁷

In the more recent case of *Airmech Dubai LLC v Macsteel International LLC*, the Court of Cassation upheld that the Civil Procedure Code shall only apply to arbitral awards rendered in the UAE, and reiterated Article 238 of the Civil Procedure Code which verifies that the Civil Procedure Code provisions shall not prejudice the rules and regulations provided for in conventions signed between the UAE and other countries. This decision has been endorsed by the international community citing it as a positive reinforcement of the principles of the New York Convention.

iii) Construction Company International (CCI) v. Ministry of Irrigation of the Government of Sudan (MOI)⁴⁸

Nevertheless, in the 2013 case of *Construction Company International (CCI) v. Ministry of Irrigation of the Government of Sudan (MOI)*, the Dubai Court of Cassation refused to enforce a foreign arbitral award on the grounds that parties to the arbitration must be domiciled in the UAE pursuant to Article 21 of the Civil Procedure Code. It is interesting to note however that Article 22 of the Civil Procedure Code further provides that UAE courts are exempt from applying Article 21 where it conflicts with the terms of an international convention. The Dubai Court of Cassation further relied on Article 3 of the New York Convention which provides that signatory states shall enforce awards within the procedural rules of the territory which it relied upon.⁴⁹

This decision directly conflicts with the decision of *Airmech* where the court concluded that the Civil Procedure Code shall not be applicable in New York Convention awards. Various literature seems to suggest that the courts may have been reluctant to enforce the foreign award in *CCI v. MOI* due to several other reasons, such as CCI's failure to enforce the award in several other jurisdictions, and that this case be distinguished from *Airmech*.⁵⁰

47 *Airmech Dubai LLC vs. Macsteel International LLC*; Dubai Court of Cassation Petition No. 132/2012.

48 *Construction Company International (CCI) vs. Ministry of Irrigation of the Government of Sudan*; Dubai Court of Cassation Petition No. 156/2013.

49 Stuart Paterson / Mike McClure: *Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Dubai: A Set-back*, October 2013, in: www.lexology.com/library/detail.aspx?g=115cb435-adee-4ddc-a928-33d3fb2a3bff (last access 16.4.2015).

50 Khadija S. Ali / Andrew Massey: *United Arab Emirates in: World Arbitration Reporter*, 2nd edition, 2013, www.afриди-angell.com/items/limg/WAR_UAE-K.-S.-Ali-A.-Massey.pdf (last access 16.4.2015); Stuart Paterson / Mike McClure: *Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Dubai: A Set-back*, October 2013, in: www.lexology.com/library/detail.aspx?g=115cb435-adee-4ddc-a928-33d3fb2a3bff (last access 16.4.2015).

iv) *Al Reyami Group LLC v. BTI Befestigungstechnik GmbH & Co. KG*⁵¹

In a more recent development, the Dubai Court of Cassation has made an applaudable decision in its 2014 pro New York Convention enforcement case, *Al Reyami Group LLC v. BTI Befestigungstechnik GmbH & Co. KG*. This case deals with the ratification and enforcement of an ICC award⁵² rendered by a sole arbitrator in Stuttgart, Germany which awarded the principal in a distribution agreement for the exclusive distribution of products in the UAE (BTI Befestigungstechnik GmbH & Co. KG, a German company specialized in the production and distribution of roofing systems and power tools) an amount of EUR 300,000 in compensation for violations by the agent of the respective distribution agreement (Al Reyami Group LLC, a UAE incorporated limited liability company).⁵³

The Dubai Court of Cassation relied on Article 238 of the Civil Procedure Code and Article 125 of the UAE Constitution which stipulate that international conventions binding on the UAE must be respected.

The most noteworthy and interesting part of the case is the agent's argument, that the Civil Procedure Code expressly excludes certain types of disputes as being non-arbitral, in matters where "no conciliation may be reached".⁵⁴ In the UAE disputes may be deemed non-arbitrable either by existing legislation or as a matter of public policy by the courts. Matters that have been deemed non-arbitrable in the past include disputes arising out of commercial agency, distributorship, labour agreements, bankruptcy and issues such as forgery and criminal activity.

In its ruling however, the Court of Cassation rejected the argument that distribution agreements are non-arbitral and that this may have been a matter of public policy. The Court of Cassation then confirmed that challenging the award is restricted based on Article V of the New York Convention, and that the articles of the New York Convention oblige the UAE in recognizing and enforcing foreign arbitral awards as a contracting state.⁵⁵

This decision signifies the UAE judges' initial stance of honoring international conventions, and the pro-enforcement of the New York Convention. However, due to the lack of precedence in the UAE the scope of its public policy application in the future remains unpredictable.

51 Dubai Court of Cassation Case No. 434/2014, 23.11.2014 "Al Reyami Group LLC vs. BTI Befestigungstechnik GmbH & Co KG" (confirming ruling of the Dubai Court of Appeal Case No. 1/2013, 9 July 2013 and ruling of Dubai Court of First Instance Case No. 681/2012).

52 ICC Case No. 15977/JHN.

53 Blanke, Gordon: Dubai Court of Cassation further consolidates pro-NYC enforcement practice, April 2015, in: kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/04/14/dubai-court-of-cassation-further-consolidates-pro-nyc-enforcement-practice/ (last access 24.05.2015).

54 Arab, Hassan; Al Houti, Dalal, Dubai Issues Judgment in Support of International Arbitration, April 2015, in: www.tamimi.com/en/magazine/law-update/section-11/april-8/dubai-issues-judgment-in-support-of-international-arbitration.html (last access: 24.05.2015).

55 Ibid.

d) DIFC Awards

There are two aspects to consider with the enforcement of DIFC awards: 1) Enforcement of arbitral awards within the DIFC, and 2) Enforcement of DIFC awards outside of the DIFC. With regards to enforcement within the DIFC, Arbitration Law No. 1 of 2008 (“DIFC Arbitration Law”) stipulates the relevant provisions for enforcing awards within the DIFC. Article 44 of the DIFC Arbitration Law stipulates the conditions where an arbitral award may not be recognized or enforced within the DIFC. Interestingly, these conditions are very similar to the conditions stipulated in the New York Convention for refusing to enforce or recognize an award. In addition to those conditions, the DIFC Arbitration Law further states that foreign arbitral awards will not be recognized or enforced if the enforcement of the award would be contrary to the public policy of the UAE. Article 42 of the DIFC Arbitration Law also stipulates that where the UAE has entered into an applicable treaty for the mutual enforcement of judgments, orders or awards, the DIFC courts shall also comply with the terms of the treaty. Therefore, the DIFC is bound by the principles of the New York Convention.

With regards to the enforcement of DIFC awards outside of the DIFC, Dubai Law No. 12 of 2004 stipulates that arbitral awards rendered by an arbitral tribunal seated at the DIFC may be enforced outside of the DIFC and throughout the UAE as long as the DIFC award is recognized and ratified by the DIFC Courts. Article 7 of Law No. 16 of 2011 stipulates that DIFC court judgments or orders including ratified arbitral awards may be enforced through the Dubai Courts as long as the following conditions are met:

- They must be final and executory.
- They must be legally translated into Arabic.
- They must be certified by the DIFC courts for execution and have a formula of execution affixed by the courts.

Law No. 16 of 2011 further stipulates that the Dubai courts have no authority to review the merits of DIFC awards. With regards to enforcing DIFC arbitration awards ratified by the DIFC courts outside of Dubai, Article 7(2) of Law No. 16 of 2011 stipulates that such awards shall be executed by the competent entities having jurisdiction outside the DIFC in accordance with the “procedure and rules adopted by such entities”. The most secure way to enforce a DIFC award is to convert it to a Dubai court judgment first and thereafter sent to the Emirate where the award is to be enforced. Dubai is a signatory under the GCC Convention for the Execution of Judgments, Delegations and Judicial Notifications, which means any Dubai court judgment can be enforced anywhere within the GCC.⁵⁶

56 Jitheesh Thilak: Extension of Jurisdiction of DIFC Courts and its Impact on Arbitration in the Middle-East, 2012 in: *Asian International Arbitration Journal* 8, pp. 161–177.

IV. Conclusion

This article has been intended to provide both an overview of the arbitration alternative and to develop a better understanding of the litigation and dispute mechanisms available within the UAE.

Arbitration has been widely used throughout the UAE despite the obvious shortcomings mentioned herein due to many other advantages as it provides a better alternative than litigation through the courts for many foreign companies. Parties to a contract often opt for arbitration since they have the freedom to choose the applicable law, the language, the jurisdiction, the seat of arbitration, and the arbitrators, which may better suit their commercial interests all in all. More importantly, there is no right of appeal in arbitration proceedings which evidently means a faster outcome to the dispute in question.

Enforcement of foreign arbitration awards remains a complex issue within the UAE and for this reason, it is important to take into consideration and become fully aware of the litigation system and court proceedings within the UAE. The parties must carefully assess the nature of their work, the applicable laws, the best forum for dispute resolution, and the enforceability obstacle, prior to deciding on the arbitration proceedings.

As the UAE continues to develop, it is possible that a uniform arbitration law, such as the proposed 2013 draft arbitration law, will come into place which will pave the way towards a more clear and concise arbitration route and which conforms to international best practices.

The proposed draft of the arbitration law by the Ministry of Economy in 2013 sheds some light into the enforcement of foreign awards and attempts to eliminate some of the uncertainty. Article 52 of the proposed draft law incorporates Article V of the New York Convention, stipulating that it is to be applied to both foreign and domestic awards in the state.⁵⁷ Although the draft arbitration law seeks to conform to international practices, it has yet to be seen whether or not the draft law will address all the concerns of arbitration parties wishing to enforce an award within the UAE.

Sarra Alsamarrai and Dounia Aghdoube are Lawyers and Legal Consultants at Schlüter Graf Rechtsanwälte in Dubai, United Arab Emirates.

57 Jessika Stadwick: The Birth of a New UAE Federal Arbitration Law: A Long and Difficult Labour, August 2014, in: kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/08/22/the-birth-of-a-new-uae-federal-arbitration-law-a-long-and-difficult-labour (last access 21.04.2015).

Liquidated Damages under the Law of the United Arab Emirates and its Interpretation by UAE Courts

Nicolas Bremer

Abstract

A common challenge when claiming damages under a commercial contract, and in particular in complex transactions or projects and in respect to specific types of damages such as damages for delay, is the quantification of the damages suffered. These difficulties are frequently addressed by including a liquidated damage clause. Liquidated damage clauses provide that in case of a specific breach of contract a pre-defined amount of compensation shall be paid to the damaged party. Thereby, these clauses serve to simplify damage claims. Liquidated damage clauses, first developed in common law jurisdictions, are frequently used today in the Middle East. Still, Middle Eastern jurisdictions such as the UAE have chosen a more reserved approach to liquidated damage clause.

Article 390 UAE Civil Code governs the validity of agreements on liquidated damages under UAE Law. This clause affords the courts considerable discretion to amend the amount owed under a liquidated damage clause. This appears to challenge the very purpose of a liquidated damage clause. However, Article 390 UAE Civil Code can only be understood when considering the origin and principle sources of the UAE legal system.

Still, the practice of UAE courts in respect to the interpretation of Article 390 UAE Civil Code is ambiguous in some aspects. In particular different UAE courts have taken conflicting positions in respect to the burden of proof regarding the fact of whether the party invoking a liquidated damage clause in fact sustained losses and under which circumstances the compensation agreed upon in a liquidated damage clause is to be adjusted with regard to the actual loss incurred by the party invoking the clause.

This article will outline UAE Law governing agreements on liquidated damages and its interpretation by UAE courts. It seeks to offer a better understanding of the approach to liquidated damages taken not only by the UAE but many Middle Eastern jurisdictions. Furthermore, it will provide an overview of the application of UAE Law governing agreements on liquidated damages by UAE courts.

I. Introduction

While they are a typical instrument in western and common law jurisdictions, the introduction of liquidated damage clauses in Middle Eastern jurisdictions – such as the United Arab Emirates (UAE) – provides some challenges.

Liquidated damages are monetary compensation for loss, detriment or injury to a person or a person's rights or property whose amount the parties designate during the formation of a contract, which shall be paid to the injured party as compensation upon a specific breach (e.g., late performance).¹ Thus, the injured party does not have to quantify the loss it suffered or even prove that it suffered any loss due to the specific breach. The mere fact that the specific breach occurred entitles the injured party to the designated compensation. In principle a liquidated damages clause will be enforced where the amount of liquidated damages is reasonable compensation and not disproportionate to the anticipated damage. Where the liquidated damages are disproportionate, they can, however, be declared a penalty. Such clauses are considered void under most jurisdictions.²

UAE Law imposes restrictions on liquidated damage clauses that go beyond those imposed in other jurisdictions. These restrictions are based in Islamic Law. Pursuant to Article 7 Constitution of the UAE (دستور دولة الإمارات العربية المتحدة) of 1971³ the *shari'a* is the "principle source of legislation in the [UAE]"⁴. However, due to the role of the UAE and Dubai in particular as a commercial centre and the presence of many international law firms with common law background, many contracts drafted in the UAE are influenced by common law principles. This poses two principle challenges: (1) the UAE legal system – and the Civil Code in particular – are heavily influenced by Egyptian law,⁵ which itself has its roots in the continental European Law tradition, and (2) common law principles may conflict with principles of Islamic Law.

Under Islamic Law compensation for damages will only be awarded where (1) such damages can be quantified and (2) substantiated and (3) only in the amount suffered.⁶ A provision that would possibly oblige one party of a contract to compensate the respective other party for damages in an amount that would exceed that of the actual damages suffered, would be considered an uncertainty and thus infringe the principle of *gharar* (الغرر).⁷

1 Hamish Lal: Liquidated Damages, in: *Construction Law Journal* 25 (8/2009), pp. 571–572; Robert Bernhardt: Liquidated Damages or Alternative Performance, in: *Real Property Law Report* 37 (10/2014), p. 47.

2 Cesare Dosi / Michele Moretto: Procurement with Unenforceable Contract Time and the Law of Liquidated Damages, in: *J Law Econ Organ* 31/1 (2015), pp. 160ff.

3 Original Arabic text available at: www.elaws.gov.ae/EnLegislations.aspx (last access 11.04.2015).

4 Translated from the Arabic original by the author.

5 See Raeesa Rawal: Damage Control: Reconciling Deducted Delay Damages and Actual Damages, in: *Construction Law International* 7 (3/2012), p. 42.

6 Herbert J. Liebesny: *The Law of the Near & Middle East, Readings, Cases & Materials*, Albany 1975, p. 221; Alexander Nerz: *Das saudi-arabische Rechtssystem*, Bremen 2014, p. 48.

7 See Wael B. Hallaq: *Shari'a, Theory, Practice, Transformations*, Cambridge 2009, pp. 243–244; Alexander Nerz: *Das saudi-arabische Rechtssystem*, p. 48.

Article 390 United Arab Emirates Civil Code, (قانون المدني، القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 1985) (Civil Code), Federal Law No. 5 of 1985⁸ addresses this discrepancy and tries to incorporate agreements on liquidated damages in the UAE as a legal system rooted in the Islamic Law tradition.

As such liquidated damage clauses serve four principle purposes:

- they save time and costs by allowing the injured party to claim damages without having to prove loss;
- by defining the amount to be paid as compensation for a specific breach they make damage claims foreseeable;
- they provide an incentive to comply with the provision of the agreement; and
- by providing certainty in regard to compensation owed they serve to prevent disputes.

Thus, liquidated damage clauses are a useful instrument especially in complex transaction or projects and there is demand in the market to use liquidated damage clauses in the UAE. This demand is addressed by Article 390 Civil Code, which, in principle, allows for agreements on liquidated damages. However, its paragraph two affords the courts the authority to – upon the application of a party to the agreement concerned – in an individual case adjust the amount of compensation owed under a liquidated damage clause to align it with the loss actually sustained by the party invoking the liquidated damage clause.

As will be demonstrated, practice of UAE courts is not consistent as to when judicial intervention to adjust damages sought under a liquidated damage clause is permissible under Article 390(2) Civil Code. There are some decisions that suggest an adjustment is to be made where the damages claimed are exaggerated or excessive in respect to the loss actually sustained. Still, in other cases UAE courts have found that it is sufficient that the damages sought were not equal to the actual losses suffered.

Furthermore, there is some ambiguity as to which party bears the burden of proof required for substantiating the constitutive elements of a claim for compensation under a liquidated damage clause. In particular UAE courts have taken conflicting positions when assigning the burden of proof for substantiating whether the party invoking a liquidated damage clause has in fact sustained loss due to a breach of contract of the party against which the clause is invoked.

II. Article 390 UAE Civil Code

The Civil Code has its roots both in the continental European law tradition and Islamic law. Based on the Egyptian Civil Code, Law No. 131 of 1948 (Egyptian Civil Code) (القانون المدني، القانون رقم (131) لسنة 1948), which itself was profoundly influenced by

8 Original Arabic text available at: www.elaws.gov.ae/EnLegislations.aspx (last access 11.04.2015).

French Law and the French Code Civil in particular,⁹ it was adapted and modified by the UAE to serve as the principle piece of legislation governing civil and commercial matters under UAE Law.¹⁰ However, not in small part due to the strong presence of British and Anglo-American law firms as well as foreign investors commercial law principles that originated in foreign jurisdictions – such as the concept of liquidated damages – have been introduced into the UAE market. An example of how these principles are incorporated in the predominant legal tradition of the UAE is Article 390 Civil Code, which addresses the designation of the amount of compensation owed by agreement. It reads:

1) The contracting parties may define the amount of compensation in advance by making a provision therefor in the contract or in a subsequent agreement, subject to the provisions of the law.

2) The judge may in all cases, upon the application of either of the parties, adjust such agreement so that the compensation shall be equal to the loss actually suffered. Any agreement to the contrary shall be void.¹¹

Article 390(1) Civil Code recognizing the right of the parties to a contract to define the amount of damages owed. This includes the right of the parties to agree on a specific amount of compensation for a specific breach of contract.¹² Hence, Article 390(1) Civil Code – in principle – recognizes the validity of liquidated damage clauses.

Its second paragraph, however, introduces a corrective element by providing for the possibility of the compensation agreed upon in a liquidated damage clause to be aligned with the loss actually incurred by the party invoking the liquidated damage clause. This corrective element is foreign to the concept of liquidated damages as understood in western and in particular common law jurisdictions. Foreign investors frequently understand it as an undue incursion on their freedom to contract. Still, it appears that the intention of the legislator was not to limit the freedom to contract but rather incorporate the concept of liquidated damages into the UAE legal system and align it with principles of Islamic Law.

Hence, Article 390(2) Civil Code should be understood as regulating the validity of liquidated damage clause with respect to their amount. Such a regulation of liquidated damage clauses in respect to the amount of damages afforded is not entirely foreign to western and common law jurisdiction. Here liquidated damage clauses will be considered penalties where the compensation agreed upon in the clause is disproportionate to the anticipated damage. Such penalties are generally considered

9 Gamal Moursi Badr: *New Egyptian Civil Code and the Unification of the Laws of Arab Countries*, in: *Tulane Law Review* 30, pp. 299f.

10 William M. Ballantyne: *The New Civil Code of the United Arab Emirates: A Further Reassertion of the Shari'a*, in: *Arab Law Quarterly* 1 (3/1986), p. 245.

11 Translated from the Arabic original by the author.

12 Gregor Nikolas Rutow: *Rechtsvergleich über die Zulässigkeit von Haftungsausschlüssen Haftungsbeschränkungen und pauschalitem Schadensersatz in einzelnen arabischen Rechtsordnungen*, Frankfurt am Main 2014, p. 177.

to be invalid and thus unenforceable.¹³ However, the approach taken by UAE Law is, nonetheless, unique. Unlike the approach of western jurisdictions, which declare liquidated damage clauses to be invalid, where the compensation defined therein is excessive, the Article 390(2) Civil Code does not allow for a review and adjustment of the compensation owed under a liquidation clause by the courts with respect to the actual damages suffered. Thus rather than declaring excessive liquidated damage clauses to be invalid, UAE Law provides a corrective mechanism.

1. Validity of Liquidated Damage Clauses

Liquidated damage clauses are valid under UAE Law. Article 390(1) Civil Code does not explicitly address liquidated clauses, but rather limitations of damages in respect to their amount generally. Article 390(1) Civil Code, nonetheless, applies to liquidated damages. Article 390(1) Civil Code generally allows the parties to a contract to agree upon the amount of damages owed. Article 390(1) Civil Code, however, does not demand that such agreement has to be made for each individual case. Hence, the wording of Article 390(1) Civil Code allows for the definition of the amount of compensation owed for a specific breach – thus liquidated damages. Jurisprudence and commentators also support this interpretation.¹⁴

Liquidated damage clauses may, however, conflict with the Islamic Law principle of *ġarar*, which prohibits agreements that contain the risk of a person profiting or sustaining loss due to circumstances that are unknown at the time the agreement is made. This conflict is addressed by Article 390(2) Civil Code.

2. Adjustment of Compensation Owed under Liquidated Damage Clauses

Article 390(2) Civil Code affords the courts the authority to, upon application of a party to the relevant dispute, adjust the compensation pre-agreed by the parties based on the actual loss sustained by the party claiming compensation. Since Article 390(2) Civil Code is a mandatory provision, it may not be disposed of by agreement.

This authority of the courts to adjust the compensation previously agreed between the parties in a liquidated damage clause may appear to contradict with the purpose of such liquidated clauses. Liquidated damage clauses serve to simplify damage claims by allowing the party invoking the clause to claim compensation in a pre-defined amount for a specific breach without having to quantify the actual losses sustained. Article 390(2) Civil Code introduces some ambiguity into liquidated damages clauses, since it challenges the definition of the amount of compensation owed. Such an approach to liquidated damages constitutes an incursion on the

13 Cesare Dosi / Michele Moretto: Procurement with Unenforceable Contract Time and the Law of Liquidated Damages, pp. 160ff.

14 See i.e. Gregor Nikolas Rutow: *Rechtsvergleich*, p. 177; Commentary to the UAE Civil Code Issued by the UAE Ministry of Justice, Abu Dhabi 1987, Section §2-0577.

freedom to contract provided for in Article 126 Civil Code. However, Article 390(2) Civil Code has to be considered with regard for the fact that Islamic Law is the principle source of UAE Law.¹⁵

The Islamic Law principle of *ġarar* – frequently translated as ‘uncertainty’ or ‘deceptive uncertainty’ – prohibits the conclusion of agreements that comprise the risk of one party benefiting or sustains losses due to circumstances unknown at the time of conclusion of the agreement.¹⁶ This principle commonly associated with the prohibition of gambling and speculation has implications for liquidated damage clauses.

In a liquidated damage clause the parties commit to a pre-defined amount of compensation due for a future breach of contract. Thus, the amount of compensation is determined before the loss sustained due to such breach being quantifiable. Liquidated damage clauses, therefore, bear the risk that the compensation agreed upon by the parties’ deviates from the loss actually sustained due to the actual breach of contract. Hence, the pre-defined amount may exceed or fall short of the losses actually incurred by the party invoking the liquidated damage clause. Consequently liquidated clauses conflict with the principle of *ġarar*. Pursuant to the principle of *ġarar* an agreement that comprises the risk of one party benefiting or sustaining loss due to unknown circumstances is not permissible.

As the damage caused by a specific breach of contract can usually not be accurately determined when drafting the liquidated damage clause addressing it, the amount of compensation owed under the clause may deviate from the actual loss sustained by a breach of contract. Thus, a party invoking a liquidated damage clause may be entitled to a compensation that exceeds or falls short of the actual loss sustained. Furthermore, the loss actually sustained by a specific breach of contract is unknown at the time the liquidated damage clause is agreed. Hence, the party invoking a liquidated damage clause may benefit or sustain loss from the breach of contract – a circumstance unknown at the time the liquidated damages clause is agreed upon. This constitutes an infringement of the Islamic Law principle of *ġarar*.

Article 390(2) Civil Code addresses this issue. By providing for the possibility to adjust the compensation owed under a liquidated damage clause Article 390(2) Civil Code seeks to unify the concept of liquidated damages as developed in common law with the Islamic Law principles that are the principle source of UAE Law. The principle of *ġarar* prohibits agreements that comprise the risk of a party profiting or sustaining losses due to circumstance unknown at the time the agreement is reached. Therefore, relying on the distinction between liquidated damage and penalty clauses as a corrective element in respect to the amount of compensation

15 See Article 7 Constitution of the UAE of 1971.

16 Mohammad Hashim Kamali: *Islamic Commercial Law: An Analysis of Futures and Options*, Cambridge 2000, p. 151; Wael B. Hallaq: *Shari`a, Theory, Practice, Transformations*, Cambridge 2009, pp. 243f.

owed under a liquidated damage clause is not sufficient to align the concept of liquidated damage clauses with UAE law. The principle of *jarar* demands greater flexibility in respect to the amount of compensation owed under a liquidation clause. Such flexibility is provided by the approach of Article 390(2) Civil Code, which affords the courts the authority to – upon application of a party to the relevant agreement – adjust the compensation owed under a liquidated damage clause to reflect the actual loss sustained.

Provisions similar to Article 390(2) Civil Code are common in Middle Eastern jurisdictions.¹⁷ They can be found, for example, in the civil codes of Egypt,¹⁸ Jordan¹⁹ and Qatar.²⁰ Yet, in contrast to Article 390(2) Civil Code²¹ the relevant provisions of the Egyptian and Qatari civil code do not allow for an adjustment but only a reduction of the compensation agreed by the parties in a liquidated damage clause.²²

3. No Compensation where no Actual Damages Were Incurred

As per the Commentary to the UAE Civil Code issued by the UAE Ministry of Justice (Commentary on the Civil Code) an agreement on liquidated damages may only oblige the party in breach to pay the pre-agreed compensation where loss was in fact incurred.²³ Hence, while a party seeking compensation under a liquidated damage clause does not have to substantiate the actual amount of loss it incurred – unless either of the parties requests the court to adjust the compensation owed pursuant to Article 390(2) Civil Code – the fact that loss was in fact sustained by the party invoking the liquidated damage clause has to be proven.

4. No Retroactive Agreements on Liquidated Damages

Furthermore, the Commentary on the Civil Code provides that Article 390(1) Civil Code does not allow for an agreement regarding compensation for past breaches.²⁴

17 See e.g. Said Hanafi: Contractors Liability under the Civil Codes of Algeria, Egypt, Qatar & the UAE, in: *The International Construction Law Review* 25 (2008), p. 229.

18 See Article 224(2) Egyptian Civil Code.

19 See Article 364(2) Jordanian Civil Code, Law No. 45 of 1976 (القانون المدني، القانون رقم (45) لسنة 1976).

20 See Article 266 Qatari Civil Code, Law No. 22 of 2004 (القانون المدني، القانون رقم (22) لسنة 2004).

21 As well as Article 364(2) Jordanian Civil Code.

22 See Articles 224(2), 225 Egyptian Civil Code and Article 266 Qatari Civil Code.

23 Commentary to the UAE Civil Code issued by the UAE Ministry of Justice, Abu Dhabi 1987, Section §2-0577.

An English translation of the Commentary on the Civil Code is available in: James Whelan: *UAE Civil Code and Ministry of Justice Commentary - 2010*, London 2010. The Commentary on the Civil Code, while not binding for the courts in their interpretation of the Civil Code is held to be “so profuse in its guidance, and held in such respect by the courts of the United Arab Emirates, that it can be said that it is an essential tool for the correct interpretation of the statutory provisions of the [Civil] Code, and that it is often unsafe to rely on the words of the Code alone in determining their meaning and effect.”; quoted as translated in: James Whelan: *UAE Civil Code*, p. 3.

24 See Commentary to the UAE Civil Code issued by the UAE Ministry of Justice, Abu Dhabi 1987, Section §2-0350.

Hence liquidated damages for specific breach may only be agreed on prior to such breach occurring and not retroactively.

III. Liquidated Damage Clauses in the Practice of UAE Courts

1. Validity of Liquidated Damage Clauses

A review of judicial practice of UAE courts shows that UAE courts generally recognize the validity of liquidated damage clauses provided that 1) the party who agreed to pay the liquidated damages is legally responsible for committing a specific breach of contract, 2) the party invoking the liquidated damage clause actually sustained losses and 3) a causative link exists between the specific breach and the damage suffered.²⁵

a) Specific Breach

Liquidated damages may be awarded where the party agreeing to the liquidated damage clause is legally responsible for the specific breach defined in the clause. Specific breach can be any active infringement of or default in performance of the obligations under the relevant contract. A common event of default that triggers compensation under a liquidated damage clause is delay in performance.²⁶ For the party invoking the liquidated damage clause to be entitled to compensation, the party in breach has to be legally responsible for such breach.²⁷ Unless the liability of the party in breach is limited, it will be regarded legally responsible for the specific breach where it, its employees, representatives or agents caused such specific breach intentionally or negligently (Article 282 Civil Code).²⁸

b) Loss Sustained

Compensation under a liquidated damage clause will only be awarded where the party invoking the clause actually sustained losses due to the breach of contract. The UAE Union Supreme Court (المحكمة الاتحادية العليا) (Supreme Court) for instance dismissed a claim brought by the main-contractor against its sub-contractor based on the liquidated damage clause of the sub-contracting agreement whereby the main-contractor sought compensation for delay in completion of the sub-contracted works, because in the opinion of the court the main-contractor did not suffer any losses due to the late performance of the sub-contractor. The client – despite the late performance of the contracted works – did not claim damages from the main-contractor. Therefore, the court found that, since the client did not invoke the liq-

25 See Supreme Court, Case No. 103 of Judicial Year 24, Judgement rendered 21 March 2004; Supreme Court, Case No. 782 of Judicial Year 22, Judgement rendered 7 April 2002. Decisions of UAE courts can be accessed in their Arabic original text under: www.mohamoon-uae.com (last access 11.04.2015).

26 See Supreme Court, Case No. 103 of Judicial Year 24, Judgement rendered 21 March 2004.

27 See Supreme Court, Petition No. 26 of Judicial Year 24, Judgement rendered 1 June 2004.

28 Commentary to the UAE Civil Code issued by the UAE Ministry of Justice, Abu Dhabi 1987, Section §2-0577.

liquidated damage clause under the main-contracting agreement or seek compensation due to late performance from the main-contractor in any other way, the main-contractor had suffered no loss. Accordingly the court refused to award compensation under the liquidated damage clause of the sub-contracting agreement to the main-contractor. The court stated that:

establishing fault on the part of the respondent [the sub-contractor] is not by itself sufficient for awarding liquidated damages. The claimant [the main-contractor] has to actually have sustained loss as a result of this fault.²⁹

c) Causative Link

Damages may only be awarded where the underlying act of the obligated party is causal for the loss suffered by the injured party; thus, a causative link must exist between the two.³⁰ In respect to liquidated damages this means that a causative link has to exist between the specific breach by the party against which the liquidated damage clause is invoked and the losses sustained by the party invoking the clause.

d) Burden of Proof in Respect to the Fact that Loss Occurred

Unless where a party to the relevant dispute makes an application to the court to adjust the compensation provided under the liquidation clause, the actual amount of loss incurred does not have to be substantiated. Still, as shown above compensation under a liquidated damage clause will only be awarded where the party invoking the clause actually sustained loss due to the specific breach. As a general rule under UAE Law, pursuant to Article 1(1) Law of Evidence in Civil and Commercial Transactions, Federal Law No. 10 of 1992 (Evidence Law) (قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية، قانون اتحادي رقم 10 لسنة 1992),³¹ the burden of proof in respect to a specific fact lies with the party asserting it.

According to the Supreme Court this general principle also applies in respect to proving the elements of a damage claim under a liquidated damage clause. For instance, in a dispute relating to work performed in a construction project the Supreme Court dismissed the sub-contractor's counterclaim brought based on the liquidated damage clause of the sub-contracting agreement against a claim of the main-contractor for compensation for late performance by the sub-contractor due to the fact that the sub-contractor relied only on the fact that the sub-contracting agreement comprised a liquidated damage clause, but failed to establish that it actually suffered any loss due to the specific breach.³²

29 See Supreme Court, Petition No. 26 of Judicial Year 24, Judgement rendered 1 June 2004.

30 Article 283 CC; Commentary to the UAE Civil Code issued by the UAE Ministry of Justice, Abu Dhabi 1987, Section §2-0348 and §2-0352.

31 Original Arabic text available at: www.elaws.gov.ae/EnLegislations.aspx (last access 11.04.2015).

32 Supreme Court, Case No. 103 of Judicial Year 24, Judgement rendered 21 March 2004. The Supreme Court reaffirmed this position in Case No. 412 of 2009, Judgement rendered 27 January 2010.

2. Adjustment of Compensation Owed under Liquidated Damage Clauses

As a matter of practice, UAE courts do exercise the competence to intervene and adjust the amount of compensation agreed upon in a liquidated damage clause afforded to them by Article 390(2) Civil Code where they are requested to do so by a party to the relevant dispute. However, the Abu Dhabi Court of Cassation (محكمة النقض أبو ظبي) and the Dubai Court of Cassation (محكمة النقض دبي) appear to have taken different positions as to when they are authorized to exercise this authority.

a) Discrepancy between Compensation Owed under the Liquidated Damage Clause and Actual Damages Incurred

According to Article 390(2) Civil Code the courts may, upon application of a party to the relevant dispute to do so, adjust the compensation owed under a liquidation clause in an individual case to ensure that such compensation is equal to the actual loss sustained. However, there is some ambiguity as to whether the compensation owed under a liquidated damage clause is to be adjusted wherever there is a discrepancy between the amount specified in the liquidated damage clause and the actual losses sustained or only where the compensation provided for by the liquidated damage clause is excessive compared to the actual losses suffered.

The Dubai Court of Cassation appears to hold that the compensation owed under a liquidated damages clause may be adjusted wherever there is a discrepancy between the compensation agreed upon in the liquidated damage clause and the losses actually suffered by the party invoking it. For instance in a dispute between a main-contractor and its sub-contractor the court found that the amount agreed upon in the liquidated damage clause of the sub-contracting agreement was to be adjusted, because it exceeded the amount the client could claim under the liquidated damage clause of the main-contracting agreement. The court, therefore, ruled that the sub-contractor was obligated to pay to the main-contractor liquidated damages in the amount agreed upon in the main-contracting agreement and not the higher amount agreed upon in the sub-contracting agreement.³³

However, the Abu Dhabi Court of Cassation has taken a different position. The court found that where the parties to a contract agreed on compensation in a liquidated damage clause

[t]here is an assumption that the assessment of compensation agreed corresponds with the loss sustained by the party invoking the liquidated damage clause. The judge has to abide by the agreement of the parties and give effect to it unless the party against which the clause is invoked proves that the agreed compensation is excessive.³⁴

This inconsistency in court practice creates considerable ambiguity for the application of liquidated damage clauses. Arguments can be made for both positions. The inter-

33 Dubai Court of Cassation, Appeal No. 222 of 2005, Judgment rendered 19 June 2006.

34 Abu Dhabi Court of Cassation, Appeal No. 941 of 2009. Translated from the Arabic original by the author.

pretation of Article 390(2) Civil Code offered by the Dubai Court of Cassation appears to adhere more strictly to the wording of the article. Article 390(2) Civil Code provides for an adjustment of the compensation agreed in a liquidated damage clause “so that the compensation shall be equal to the loss actually suffered”.³⁵ The formulation that the compensation shall be equal to the loss actually suffered suggests that an adjustment shall be made wherever there is a discrepancy between the compensation provided for in the liquidated damage clause and the actual loss incurred by the party invoking the clause regardless of how significant this discrepancy is. Furthermore, the position of the Dubai Court of Cassation reflects a stricter interpretation of Islamic Law and the principle of *ġarar* in particular.³⁶

The position of the Abu Dhabi Court of Cassation on the other hand puts a stronger emphasis on the agreement of the parties and their freedom to contract as provided for in Article 126 Civil Code.³⁷

Still, the Commentary on the Civil Code supports both positions. It provides that “compensation must be equivalent to the damage in fact suffered”.³⁸ Since the Dubai Court of Cassation and the Abu Dhabi Court of Cassation are the highest court authorities in their respective emirates, it is to be expected that the lower courts will follow the position taken by their respective Court of Cassation. This would create an imbalance in interpretation of Article 390(2) Civil Code and the application of liquidated damage clause between the two emirates. Furthermore, it remains to be seen which position the courts of the other emirates will follow. The existing ambiguity may be resolved by a decision of the Supreme Court. However, a decision of the Supreme Court on this issue is still outstanding.

b) Burden of Proof in Respect to the Discrepancy between Compensation Owed under the Liquidated Damage Clause and Actual Damages Incurred

Where a party invokes a liquidated damage clause, the party does not have to prove that it suffered loss in the amount of the liquidated damages agreed upon in that clause. The fact that the parties agreed that compensation in a specific amount shall be owed in case of a specific breach constitutes the assumption that the loss actually incurred corresponds with the loss actually suffered by the party invoking the liquidated damage clause. The burden of proof for substantiating that the loss actually sustained deviated from the pre-agreed compensation lies with the party challenging the amount agreed upon in the liquidated damage clause.³⁹

35 Translated from the Arabic original by the author. Emphasis added by the author.

36 See above at II.1.

37 Commentary to the UAE Civil Code issued by the UAE Ministry of Justice, Abu Dhabi 1987, Section §2-0006.

38 Commentary to the UAE Civil Code issued by the UAE Ministry of Justice, Abu Dhabi 1987, Section §2-0577.

39 Supreme Court, Petition No. 370 of Judicial Year 20; Abu Dhabi Court of Cassation, Appeal No. 941 of 2009.

The aforementioned position suggests that the party challenging the compensation determined in the liquidated damage clause is required only to substantiate that the pre-agreed amount is excessive or deviates from the losses actually suffered, rather than proving the actual amount of damages suffered. The reason being that a liquidated damages clause is based on the rebuttable assumption that the amount of the compensation agreed upon reflects the actual loss sustained. It follows that if the party challenging the compensation owed under the liquidated damage clause is able to rebut the presumption, then the court would have to exercise its authority to adjust the compensation to reflect the loss actually sustained by the party invoking the clause. This interpretation is further supported by Article 48(1) Evidence Law, which stipulates that “an assumption specified by law relieves the person whose interest they affirm of any other method of proof. Notwithstanding, these assumptions may be refuted by evidence to the contrary”.⁴⁰ Article 48(1) Evidence Law may be interpreted as providing that refuting an assumption specified by law only requires evidence contradicting the assumption but not evidence proving the specific circumstances of the case at hand.

Following this interpretation of Article 48(1) Evidence Law, it would appear that where a party has successfully rebutted the presumption that the compensation agreed upon in the liquidated damage clause does not correspond with the losses actually incurred by the party invoking the clause, the court would have to investigate the actual damage suffered.

This interpretation is supported by a decision of the Dubai Court of Cassation in which the court overturned a decision of the Dubai Court of Appeal (محكمة الاستئناف دبي). In this case, the respondent alleged that the loss actually suffered by the claimant was considerably lower than the compensation stipulated by the liquidated damage clause. The respondent, therefore, requested the court refer the matter to an expert to identify the losses actually incurred by the claimant. The Dubai Court of Appeal, however, rejected this request and awarded the claimant the compensation provided for in the liquidated damage clause. The Dubai Court of Cassation, however, held that while an agreement on liquidated damages transferred the burden of proof that the losses actually sustained by the party invoking the liquidated damage clause to the party challenging the amount of the compensation provided therein, the court still remained obligated to establish all elements of the damages awarded. The court failing to do so constituted an error of law. Therefore, the Dubai Court of Cassation held that the matter should have been referred to an expert to identify the losses actually incurred by the claimant.⁴¹

40 Translated from the Arabic original by the author.

41 Dubai Court of Cassation, Petitions No. 63 and 99 of 2005, Judgement rendered 26 July 2005.

c) Determination of the Adjustment

The UAE courts are free to exercise their discretion when adjusting the compensation stipulated by a liquidated damage clause in an individual case pursuant to Article 390(2) Civil Code. In Case No. 36 of Judicial year 21 the Supreme Court held, that

[t]he assessment of damage and the evaluation of the underlying circumstances when assessing the compensation due are matters of fact within the sole discretion of the trial court.⁴²

While in its decision the Supreme Court did not specifically address the adjustment of compensation owed under liquidation clauses pursuant to Article 390(2) Civil Code, the courts findings are nonetheless relevant in this respect as they generally address the assessment of damages by the competent courts under UAE Law.

IV. Conclusion

Liquidated damage clauses are a frequently used instrument in contracts under UAE Law today. UAE Law in principle recognizes such provisions as valid. However, as the concept of liquidated damages derives from a foreign legal system, UAE Law governing them had to be adjusted to incorporate liquidated damages in the UAE legal system, specifically, liquidated damages as treated in common law jurisdictions conflict with the Islamic Law principle of *gárar*. Since Islamic Law is the principle source of UAE Law, this conflict had to be addressed. The Civil Code does so by affording the courts the authority to – upon the application of a party to the relevant dispute – adjust the compensation stipulated by a liquidated damage clause in order to align the compensation awarded with the losses actually sustained by the party invoking the liquidated damage clause. This was necessary to make the concept of liquidated damages compliant with Islamic Law. However, this approach to liquidated damages jeopardizes some of the advantages provided by liquidated damage clause; in particular, where the losses actually sustained are difficult to quantify.

Furthermore, the application of UAE Law governing liquidated damage clauses is somewhat ambiguous. Most relevant is the inconsistency between the positions taken by the Dubai Court of Cassation and the Abu Dhabi Court of Cassation in respect to how significant the discrepancy between compensation agreed upon in a liquidated damage clause and actual loss sustained by the party invoking it has to be to warrant adjustment. This inconsistency causes considerable uncertainty in respect to the application of liquidated damage clauses in the UAE and, in particular, between Dubai and Abu Dhabi. Since a decision of the Supreme Court on this issue is outstanding, it is to be expected that the courts of Dubai and Abu Dhabi will follow

42 Translated from the Arabic original by the author. The Supreme Court affirmed this position in Case No. 128 of Judicial Year 25.

their respective Court of Cassation. Furthermore, it remains to be seen which position the courts of the other emirates will take.

Nicolas Bremer (member of the GAIR) is currently working as Lawyer and Partner of the law firm Alexander & Partner in Berlin and Dubai.

VERANSTALTUNGSHINWEISE

(Aktuellste Hinweise sind immer unter www.gair.de abrufbar.)

Programm der Jahrestagung der Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht e.V. am 23. und 24. Oktober 2015 in Göttingen

Tagungsort

Kulturwissenschaftliches Zentrum der Georg-August-Universität Göttingen
Heinrich-Düker-Weg 14,
Erdgeschoss, Raum KWZ 0.607
37073 Göttingen

Freitag, 23.10.2015

- 13:45 Uhr Begrüßung
- 14:00 Uhr Recht und Geschlecht. Grundfragen der juristischen Geschlechterforschung
PD Dr. Friederike Wapler, Göttingen
- 14:45 Uhr Gender-Ungleichheit zwischen Sharia und säkularem Recht
Prof. Dr. Mouez Khalfaoui, Tübingen
- 15:30 Uhr Kaffeepause
- 16:15 Uhr Personenstand und Islam
RA Jürgen Rieck, München
- 17:00 Uhr Ende der Vorträge am ersten Tag
- 17:15 Uhr Mitgliederversammlung der GAIR
- 19:00 Uhr Gemeinsames Abendessen

Samstag, 24.10.2015

- 9:30 Uhr Geschlechterrollen in Ehe und Familie im Wandel der Zeit und des Rechts
Prof. Dr. Christine Langenfeld, Göttingen
- 10:15 Uhr Recht und Geschlecht: Die islamwissenschaftliche Geschlechterforschung
Prof. Dr. Irene Schneider, Göttingen
- 11:00 Uhr Kaffeepause
- 11:30 Uhr Gender, Islam and Family Law in Europe:
Human Rights and their Darker Side
Prof. Dr. Marie-Claire Foblets, Halle
- 12:15 Uhr Ende der Tagung

**International Conference: “Democracy and Islam”,
Österreichische Forschungsgemeinschaft, Vienna, 5–6 November 2015**

This interdisciplinary conference aims at discussing the relationship between ‘democracy’ and ‘Islam’. The choice of participants reflects this multidisciplinary nature and thus welcomes participants from all social sciences and the field of legal studies. The goal of the conference is to draw comparative conclusions and develop a general understanding of the matters at hand.

For further information see www.academia.edu/Democracy_and_Islam

**2nd International Conference on Masjid, Zakat, and Waqf 2015 (IMAF 2015):
Contemporary Challenges and Solution from 1st to 2nd December 2015
in Kuala Lumpur, Malaysia**

Sub-themes on *Masjid*

1. *Masjid* and Individual Development
2. *Masjid* and Social Development
3. *Masjid* and State Development
4. *Masjid* and Ummah Development
5. Formal and Informal Education in *Masjid*
6. *Masjid* and Intellectual Growth
7. *Masjid* and its Management: Issues and Challenges
8. *Masjid* and Leadership: Issues and Challenges
9. *Masjid* and *Da'wa*: Issues and Challenges
10. *Masjid* and Information Technology Application
11. *Masjid* and Management on ‘*Khairat Kematian*’
12. *Masjid* and *Imāra*

Sub-themes on *Zakat*

1. *Zakāt* and Individual Development
2. *Zakaā* and Social Development
3. *Zakāt* and State Development
4. *Zakāt* and *Umma* Development
5. *Zakāt*'s Collection: Issues & Challenges
6. *Zakāt*'s Distribution: Issues & Challenges
7. *Asnāf Zakāt*: Issues & Challenges
8. *Zakāt* and Poverty Alleviation

9. *Zakāt* and Education
10. *Zakāt* and Economy Development
11. *Zakāt* and Information Technology Application
12. Role of *Amīl* in *Zakāt*'s Institution

Sub-themes on *Waqf*

1. *Waqf* and Individual Development
2. *Waqf* and Social Development
3. *Waqf* and State Development
4. *Waqf* and *Umma* Development
5. *Waqf* Fund and Management
6. *Waqf* Financing
7. *Waqf* and Economic Development
8. *Waqf* and Laws
9. *Šarī'a*, Legal & Regulatory
10. Institution of *Waqf* and its Role
11. *Waqf* and Information Technology Application
12. *Waqf* and Financial Institution
13. Management of *Waqf* Property

For further information see conference.kuis.edu.my/i-maf/themes.html

AUFRUF ZUM EINREICHEN VON BEITRÄGEN FÜR DIE ZEITSCHRIFT FÜR RECHT UND ISLAM 2016

Die Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht e. V. (GAIR) ist ein seit 1997 bestehender gemeinnütziger Verein, der sich die Förderung des gegenseitigen Verständnisses im Hinblick auf die Rechtssysteme und die Rechtspraxis in den europäischen sowie in den arabischen und sonstigen islamischen Staaten zur Aufgabe gemacht hat. Die Fachzeitschrift *Zeitschrift für Recht und Islam* (ZRI, vormals: *GAIR-Mitteilungen*) trägt diesem Anliegen Rechnung. In jährlich erscheinenden Ausgaben werden die einschlägigen rechtlichen Entwicklungen, die ihren Ausdruck in theoretisch besprochenem und praktisch umgesetztem säkularem und islamischen Recht finden, aus unterschiedlichen Perspektiven und im zeitlichen Verlauf thematisiert. Dabei gilt es, auch das Zusammenspiel von säkularem und islamischem Recht in unterschiedlichen Kontexten zu berücksichtigen. Betrachtung und Auseinandersetzung erfahren dabei nicht nur die allgemeinen Grundsätze und Grundzüge der jeweiligen Rechtsordnungen, sondern auch deren angestrebte sowie tatsächliche Entwicklung. Darüber hinaus werden die Schlüsselphänomene untersucht, die den wissenschaftlichen Diskurs, die Rechtssetzung und die Rechtspraxis in den betreffenden Staaten beeinflussen oder sogar prägen. Der Blick soll dabei jedoch nicht auf Themen von besonderem oder allgemeinem regionalen Interesse beschränkt bleiben, sondern auch die Einflüsse globaler Entwicklungen und Tendenzen im Hinblick auf die beschriebenen Rechtsbereiche bzw. die rechtlichen Beziehungen zwischen den Staaten nicht vernachlässigen.

In diesem Rahmen laden wir bereits anerkannte sowie Nachwuchs-Wissenschaftler und (Nachwuchs-)Praktiker dazu ein, durch das Einreichen veröffentlichungswürdiger Manuskripte zum gegenseitigen Verständnis und zum Austausch beizutragen. Mit dem Ziel, das der Gesellschaft zugrunde liegende Bestreben umfassend und breit gefächert umzusetzen, heißen wir sowohl disziplinäre als auch interdisziplinäre Beiträge willkommen, die sich mit den angesprochenen Aspekten befassen.

Wir begrüßen hierfür unveröffentlichte und nicht an anderer Stelle zur Veröffentlichung eingereichte eigene Aufsätze, Berichte, Kommentare, Rezensionen sowie darüber hinaus Urteile.

Beiträge können auf Deutsch oder Englisch eingereicht werden. Bitte senden Sie Ihren Beitrag

bis zum 31.01.2016

an zri@gair.de

und fügen Sie diesem auch eine Kurzbeschreibung (keinen ausführlichen Lebenslauf) zu Ihrer Person bei. Beim Verfassen Ihres Beitrages bitten wie Sie, die folgenden Richtlinien zu berücksichtigen:

- Schriftgröße: 11 pt
- Zeilenabstand: einfach
- Font: Times New Roman, Times Umschrift Unicode, Times Beyrut Roman, Arial Unicode MS
- Länge: maximal 15 Seiten
- Quellenverweis: Fußnoten, kein separates Literaturverzeichnis

Sollte der Beitrag Zitate bspw. aus dem Arabischen enthalten, deren Umfang über Fachbegriffe oder kurze Wortgruppen hinausgeht, so ist es wünschenswert, neben dem arabischen Originaltext stets sowohl eine wissenschaftliche Umschrift als auch eine Übersetzung mitzuliefern.

Jeder Beitrag wird in einem *Double-Peer-Review*-Verfahren von zwei unabhängigen anonymen Fachkolleg(inn)en begutachtet. Nach Eingang der Gutachten erfolgt die Rückmeldung an die Autor(inn)en bezüglich der Annahme, Ablehnung oder Notwendigkeit einer Überarbeitung des Beitrages. Den diesen Prozess begleitenden Herausgeber(inne)n obliegt die letzte Entscheidung zur Veröffentlichung. Alle Autor(inn)en erhalten den redaktionell bearbeiteten Text vor Drucklegung zum Korrekturlesen noch einmal zugesandt.

Für Rückfragen stehen Ihnen

die Redaktionsleitung Sina Nikolajew (mitteilungen@gair.de) sowie

die Herausgeber Beate Backe (beate.backe@googlemail.com),

Hatem Elliesie (hatem.elliesie@gmail.com),

Kai Kreutzberger (kai.kreutzberger@gmail.com) und

Prof. Dr. Dr. Peter Scholz (peter.scholz@fu-berlin.de)

jederzeit zur Verfügung.

IMPRESSUM

Herausgeber der GAIR-Mitteilungen

Hatem Elliesie (Berlin) / Peter Scholz (Berlin) / Beate Backe (Leipzig) / Kai Kreutzberger (London) durch die Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht e. V. (GAIR)

جمعية دراسات الشريعة الإسلامية وقوانين البلاد العربية

c/o Prof. Dr. Hans-Georg Ebert

Orientalisches Institut Leipzig

Universität Leipzig

Schillerstraße 6

04109 Leipzig

Tel.: +49 341 97-37200

Fax: +49 341 97-37219

E-Mail: zri@gair.de / hgebert@rz.uni-leipzig.de

Website: www.gair.de

Redaktionssekretariat der GAIR-Mitteilungen

Sina Nikolajew

Hasselwerderstraße 37

12439 Berlin

E-Mail: zri@gair.de, sina.nikolajew@gmail.com

Redaktionsmitglieder

Beate Backe

Löbauer Str. 26

04347 Leipzig

E-Mail: zri@gair.de / beate.backe@googlemail.de

Christopher Halas

Ehrensteinstraße 3

04105 Leipzig

E-Mail: zri@gair.de / christohalas@googlemail.com

Silvan Eppinger

E-Mail: zri@gair.de / eppinger@stud.uni-heidelberg.de

Fachgutachter der GAIR-Mitteilungen 2015

Kilian Bälz (Amereller Rechtsanwälte; Berlin, Dubai, Kairo)

Achim-Rüdiger Börner (Köln)

Andreas Börner (Norton Rose Fulbright, München)

Hans-Georg Ebert (Orientalisches Institut, Universität Leipzig)

Sabine Grapentin (Siemens LLC, Healthcare, Dubai)

Assem Hefny (Centrum für Nah- und Mittelost-Studien, Philipps-Universität Marburg)
Stephan Kokew (Institut für Orientalische Philologie und Islamwissenschaft, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg)
Birgit Krawietz (Institut für Islamwissenschaft, Freie Universität Berlin)
Katharina Lack (Auswärtiges Amt, Berlin)
Bruno Menhofer (Landgericht Frankfurt am Main)
Osman Sacarcelik (Norton Rose Fulbright, Frankfurt am Main)
İbrahim Salama (Institut für islamische Theologie, Universität Osnabrück)

Erscheinungsweise

Die GAIR-Mitteilungen erscheinen jährlich in elektronischer Form.

Inhaltliche Verantwortung

Jeder Autor ist für den Inhalt seines Beitrags selbst verantwortlich. Meinungsäußerungen sind solche der Autoren und spiegeln im Zweifel nicht die Ansicht der GAIR, der Redaktion oder der Herausgeber wider.

Manuskripteinreichung

Beiträge können jederzeit den Herausgebern unter zri@gair.de zugesendet werden. Manuskripteingendungen gelten grundsätzlich als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen der Herausgeber. Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt schriftlich oder in Textform. Nicht sinnentstellende redaktionelle Bearbeitung bleibt vorbehalten.

Transkription

Die Transkription innerhalb der GAIR-Mitteilungen orientiert sich grundsätzlich am Standard der Deutschen Morgenländischen Gesellschaft.

Zitiervorschlag

Autor: Titel des Beitrags, in: *GAIR-Mitteilungen* 7 (2015), S. XX–XXX.