Zeitschrift für Recht & Islam

Journal for Law & Islam

ZR&I

Jahrgang 8 (2016)

Peter Scholz: Beiträge zur Rechtsprechung

Kirsten Wiese: Religionsfreiheit im Lichte der Neutralität. Zu den Entscheidungen des BVerfG, LArbG Bln-Bbg, VG Augsburg und EuGH zu Musliminnen mit Kopftuch am Arbeitsplatz

Sabine Berghahn: Kopftuchverbote für Lehrerinnen im Rückblick

Felix Ekardt: Gerechtigkeit und gutes Leben in der Kopftuchdebatte

Rike Sinder: Zwischen Logozentrismus und Dekonstruktion. Zur Rolle des *istiḥsān* im System der *uṣūl al-fiqh*

Rüdiger Braun: Textautorität und Dekanonisierung – Zeitgenössische muslimische Zugänge zum säkularen Topos Menschenwürde im Horizont einer historisch sensibilisierten Exegese des Qurʾān

Noha Abdel-Hady: Das islamrechtliche Genre der themen-spezifischen Rechtsliteratur. Themenspezifische Rechtsliteratur als gegenwärtiges Phänomen

Serena Tolino: The Approach to Homosexuality in Contemporary *Fatāwā*: Sexual Practices or Sexual Orientation?

Elisabeth Trepesch: Die Debatte über weibliche Genitalverstümmelung in ägyptischen Fatwas des 20. Jahrhunderts

Petra Nendwich: Rechtswissenschaftliche Argumentations-strukturen und propagandistische Rhetorik in ʿAbdullāh ʿAzzāms Rechtsgutachten „Die Verteidigung der muslimischen Gebiete ist die oberste individuelle Pflicht“

Sarah Albrecht: How Islamic Is the West? – Recent Approaches to “Islamicity” and “*šarīʿa* Compliance” of Modern States

Mahmoud Jaraba: “Paralleljustiz” in Berlin’s Mḥallamī Community in View of Predominately Customary Mechanisms

Tannaz Jourabchi-Eisenhut: Legal Framework of Doing Business with Iran

Nicolas Bremer: Product Liability in the Near and Middle East. A Comparative Study of Egyptian, Qatari and Iranian Law

Nicolas Bremer: Liability of Managers and Directors under the Law of the GCC Countries: A Comparative Study of the Liability Regimes Existing in the Gulf Cooperation Council Region Illustrated at the Example of Qatar, Saudi Arabia and the United Arab Emirates

Buchbesprechungen: Peter Scholz – Matthias Hartwig – Katrin Seidel – Aouni Shahoud Almousa – Assem Hefny – Silvia Tellenbach

Tagungsberichte: Ulrike Qubaja & Yvonne Prief – Hakkı Arslan – Souheil Thabti – Debora Müller – Samet Balci – Victor Rohm

Herausgegeben von

Hatem Elliesie
Peter Scholz
Beate Backe
Kai Kreutzberger

durch die

Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht e.V.

جمعية دراسات الشريعة الإسلامية وقوانين البلاد العربية

ISSN 2566-7858

INHALTSVERZEICHNIS

Zur Rechtsprechung

KG, Beschluss vom 7. 4. 2015 – Verfahrenskostenhilfe für Antrag auf Zahlung einer Brautgabe 7
Peter Scholz

AG Baden-Baden, Beschluss vom 11. 9. 2015, in Fortführung von AG Darmstadt, Beschluss vom 15. 5. 2014 – Sittenwidrigkeit der Vereinbarung auf Zahlung einer Brautgabe für den Ehevollzug 11
Peter Scholz

Artikel

Religionsfreiheit im Lichte der Neutralität. Zu den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg, des Verwaltungsgerichts Augsburg und des Europäischen Gerichtshofes zu Musliminnen mit Kopftuch am Arbeitsplatz 15
Kirsten Wiese

Kopftuchverbote für Lehrerinnen im Rückblick 43
Sabine Berghahn

Gerechtigkeit und gutes Leben in der Kopftuchdebatte 69
Felix Ekardt

Zwischen Logozentrismus und Dekonstruktion. Zur Rolle des *istiḥsān* im System der *uṣūl al-fiqh* 85
Rike Sinder

Textautorität und Dekanonisierung — Zeitgenössische muslimische Zugänge zum säkularen Topos Menschenwürde im Horizont einer historisch sensibilisierten Exegese des *Qurʾān* 107
Rüdiger Braun

Das islamrechtliche Genre der themenspezifischen Rechtsliteratur Themenspezifische Rechtsliteratur als gegenwärtiges Phänomen 121
Noha Abdel-Hady

The Approach to Homosexuality in Contemporary *Fatāwā*: Sexual Practices or Sexual Orientation? 141
Serena Tolino

Die Debatte über weibliche Genitalverstümmelung in ägyptischen Fatwas des 20. Jahrhunderts 159
Elisabeth Trepesch

Rechtswissenschaftliche Argumentationsstrukturen und propagandistische Rhetorik in ʿAbdullāh ʿAzzāms Rechtsgutachten „Die Verteidigung der muslimischen Gebiete ist die oberste individuelle Pflicht“ 181
Petra Nendwich

How Islamic Is the West? Recent Approaches to Determining the “Islamicity” and “*šarīʿa* Compliance” of Modern States* 197
Sarah Albrecht

“Paralleljustiz” in Berlin’s Mḥallamī Community in View of Predominately Customary Mechanisms 225
Mahmoud Jaraba

Legal Framework of Doing Business with Iran 239
Tannaz Jourabchi-Eisenhut

Product Liability in the Near and Middle East. A Comparative Study of Egyptian, Qatari and Iranian Law (updated 4/2018) 251
Nicolas Bremer

Liability of Managers and Directors under the Law of the GCC Countries: A Comparative Study of the Liability Regimes Existing in the Gulf Cooperation Council Region Illustrated at the Example of Qatar, Saudi Arabia and the United Arab Emirates 275
Nicolas Bremer

Buchbesprechungen

Hans-Georg Ebert / Julia Heilen: Islamisches Recht. Ein Lehrbuch 305
Peter Scholz

Hatem Elliesie / Thilo Marauhn (eds.): Legal Transformation in Northern Africa and South Sudan 309
Matthias Hartwig

Bruno Menhofer / Dirk Otto (Hgg.): Recht nach dem Arabischen Frühling, Beiträge zum islamischen Recht IX 315
Katrin Seidel

Hans-Georg Ebert (Hg.): Beiträge zum Islamischen Recht X. Zu Ehren von Hilmar Krüger 323
Aouni Shahoud Almousa

Mahmoud Bassiouni: Menschenrechte zwischen Universalität und islamischer Legitimität 331
Assem Hefny

Ghassem Ghassemi: Criminal Policy in Iran Following the Revolution of 1979 – A Comparative Analysis of Criminal Punishment and Sentencing in Iran and Germany 335
Silvia Tellenbach

Tagungsberichte

Tagungsbericht „Interdisciplinary Approaches to Legal Pluralism in Muslim Context“ (6.–7. 10. 2016), Institut für Arabistik und Islamwissenschaft und Exzellenzcluster „Religion und Politik“, Westfälische Wilhelms-Universität Münster 339
Ulrike Qubaja & Yvonne Prief

Tagungsbericht Workshop „Islamisches Recht: Methoden und Kontexte“ (14. / 15. 4. 2016), Goethe-Universität Frankfurt 345
Hakkı Arslan

Tagungsbericht: „Zakāt in Deutschland? Ansätze, Ideen und Perspektiven“ (21.–22. 9. 2015), Institut für Islamische Theologie, Universität Osnabrück 353
Souheil Thabti

Konferenzbericht: „The Reform of Islamic Law“ (9. / 10. 10. 2015), Zentrum für Islamische Theologie, Universität Tübingen 357
Debora Müller

Konferenzbericht: „Bioethik im Islam – Theologische, kulturelle und juristische Perspektiven“ (9.–11. 5. 2016), Institut für Islamische Theologie, Universität Osnabrück 363
Samet Balci

Conference Report: 2015 Gingko Library – British Institute of Persian Studies Conference: Iran’s Constitutional Revolution of 1906 and the Narratives of the Enlightenment (14.–16. 9. 2015), British Academy, London, UK 373
Victor Rohm

Call for Papers 385

Impressum 389

EDITORIAL

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

mit dieser Ausgabe und damit im achten Jahr ihres Erscheinens erscheint die ZRI (Zeitschrift für Recht und Islam, vormals GAIR-Mitteilungen) mit ihrem neuen Namen sowie einem zeitgemäßeren Layout und Internetauftritt. Mit diesen Änderungen will die ZRI die Erfolge seit ihrem Beginn als Vereinszeitschrift der GAIR weiter ausbauen. Ihre Beiträge, die durch ihre hohe Qualität in einem wichtigen wissenschaftlichen Feld durchweg Anklang gefunden haben, sollen einer breiteren Leserschaft im neuen Layout einer Onlinezeitschrift zugänglich werden. Inhaltlich knüpft die ZRI an den Weiterentwicklungsprozess der bisherigen Ausgaben an.

Auch in diesem Jahr decken die Beiträge inhaltlich ein breites Spektrum ab. Sie beteiligen sich an aktuellen Debatten im weiten Themenbereich der ZRI. Einen der Schwerpunkte dieser Ausgabe stellt die rechtswissenschaftlich bezogene Kopftuchdebatte, der noch kürzlich infolge der Entscheidung des Verwaltungsgerichts Augsburg zum Kopftuch bei Rechtsreferendarinnen sowie der jüngsten EuGH-Rechtsprechung zum arbeitsrechtlichen Kontext wieder eine gesteigerte Aufmerksamkeit zuteilwurde. Gleiches trifft auf die aufkommende Auseinandersetzung mit der sogenannten Paralleljustiz zu.

Hinzu kommen Abhandlungen zur islamischen Rechtsquellenlehre, zur Rechtsliteratur sowie zu Rechtsgutachten. Im Hinblick auf wirtschaftliche Entwicklungen werden die rechtlichen Rahmenbedingungen für Geschäfte mit dem Iran ebenso thematisiert wie die Produkthaftung, die mittels einer vergleichenden Studie zwischen den Ländern Ägypten, Katar und Saudi-Arabien dargestellt wird, sowie die Managerhaftung, die die Staaten des Golfkooperationsrates in den Fokus rückt. Rezensionen und Tagungsberichte runden auch diese Ausgabe wieder ab.

Den Autoren danken wir an dieser Stelle für ihre Zeit, ihr Engagement und dafür, dass sie den Lesern der ZRI ihre Zeit, Mühen und ihre spezifische Expertise zur Verfügung stellen. Danken möchten wir ebenso den Fachgutachtern (*reviewern*), die die Ausführungen der Autorinnen und Autoren fachwissenschaftlich im Zuge eines Double Blind Review-Verfahrens begutachten und dadurch zur Qualitätssicherung nicht unerheblich beitragen. An der diesjährigen Ausgabe wirkten gutachterlich neben dem Herausgeberkollegium und dem Redaktionsteam folgende

Experten mit: Aus dem Kreise der Rechtsanwälte Kilian Bälz (Amereller Rechtsanwälte; Berlin, Dubai, Kairo), Achim-Rüdiger Börner (Köln), Jürgen Rieck (München), Osman Sacarcelik (Norton Rose Fulbright, Frankfurt a. M.) sowie der Richter Bruno Menhofer (Landgericht Frankfurt a. M.); aus dem universitären Bereich Çefli Ademi (Zentrum für Islamische Theologie, Westfälische Wilhelms-Universität Münster), Sarah Albrecht (Institut für Islamwissenschaft, Freie Universität Berlin), Hans-Georg Ebert (Orientalisches Institut, Universität Leipzig), Nils Fischer (Dekanat Pflegewissenschaft, Philosophisch-Theologische Hochschule Vallendar), Marie-Claire Foblets (Abteilung Recht und Ethnologie, Max-Planck-Institut für ethnologische Forschung Halle/Saale), Mouez Khalfaoui (Zentrum für Islamische Theologie, Eberhard Karls Universität Tübingen), Stephan Kokew (Institut für Orientalische Philologie und Islamwissenschaft, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg), Birgit Krawietz (Institut für Islamwissenschaft, Freie Universität Berlin), Norbert Oberauer (Institut für Arabistik und Islamwissenschaft, Westfälische Wilhelms-Universität Münster), Tina Roeder (Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel), Mathias Rohe (Institut für Deutsches und Internationales Privatrecht und Zivilverfahrensrecht / Erlanger Zentrum für Islam und Recht in Europa, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg) sowie Irene Schneider (Seminar für Arabistik/Islamwissenschaft, Georg-August-Universität Göttingen). Mit ihrer Unterstützung konnte das bewährte *Double-Blind-Review*-Verfahren und somit das vor- und nachgeschaltete redaktionelle Procedere noch einmal verbessert werden. Damit einher ging eine Verbesserung in der redaktionsinternen Betreuung und intensiven Begleitung der Beitragenden während des Bearbeitungs- und Veröffentlichungsprozesses ihrer Artikel, wovon insbesondere die Autoren profitierten.

Vor diesem Hintergrund ist es die Hoffnung der Herausgeber und der Redaktion, Ihnen auch dieses Jahr wieder eine interessante Lektüre zusammengestellt haben zu können.

„Last but not the least“ möchten die Herausgeber allen Mitwirkenden danken, die auch für die Ausgabe 2016 wieder viel Zeit und Engagement in die Zeitschrift gesteckt haben. Hier gilt der Dank vor allem der Redaktionsleiterin, Frau Sina Nikolajew. Sie stand allen an der Erarbeitung und Erstellung der Zeitschrift Beteiligten sowie den Autorinnen und Autoren mit konstruktiven Ideen und Tatkraft zur Seite. Sie trug damit in hohem Maße zum Gelingen auch der diesjährigen Ausgabe bei, in der sie über ihren eigentlichen Aufgabenbereich hinaus auch erheblich an der formalen und technischen Neugestaltung des Layouts mitgewirkt hat.

Das Herausgeberkollegium sowie das Redaktionsteam

Hatem Elliesie, Peter Scholz, Beate Backe, Kai Kreutzberger, Sina Nikolajew

ZUR RECHTSPRECHUNG

KG, Beschluss vom 7.4.2015 – Verfahrenskostenhilfe für Antrag auf Zahlung einer Brautgabe

Peter Scholz

1. Der Entscheidung (Az. 13 WF 57/15)[1] lagen folgende Sachverhalte zugrunde: Die Antragstellerin beantragte beim Amtsgericht – Familiengericht – Pankow / Weißensee Verfahrenskostenhilfe zur Geltendmachung eines Anspruchs auf Zahlung einer Brautgabe. Sie und der Antragsgegner, beide deutsche Staatsangehörige, vereinbarten 2008 schriftlich in türkischer Sprache die Zahlung einer Brautgabe nach islamischen Vorstellungen und Traditionen in Höhe von 5.000 € und schlossen 2010 die Ehe miteinander. Anlässlich der Eheschließung erhielt die Antragstellerin vom Antragsgegner als Hochzeitsgeschenk ein Goldschmuckset im Wert von mindestens 5.000 €. Weiter erhielt sie zur Hochzeit Goldreife, die die Beteiligten während der Ehezeit veräußert haben, um damit einen Urlaub zu finanzieren und Schulden zu begleichen Der Antrag wurde mit der Begründung zurückgewiesen, die Antragstellerin habe angesichts des erhaltenen Goldschmucksets ihre Bedürftigkeit nicht dargetan. Die dagegen gerichtete Beschwerde der Antragstellerin wurde vom Kammergericht zurückgewiesen.

2. Das Gericht betont in seiner Entscheidung zu Recht den Charakter der Verfahrenskostenhilfe als einer besonderen Form der Sozialhilfe, die nur bei Bedürftigkeit zu gewähren sei. Der bedürftige Beteiligte sei verpflichtet, zur beabsichtigten Rechtsverfolgung zunächst das eigene Vermögen in zumutbarem Umfang einzusetzen (§ 115 Abs. 3 S. 2 ZPO). Überzeugend weist das Gericht darauf hin, die Antragstellerin habe ihre Bedürftigkeit angesichts des erhaltenen Goldschmucksets nicht dargetan; auch sei weder ersichtlich noch vorgetragen, dass der Einsatz des Schmucksets eine besondere Härte bedeuten würde (§§ 115 Abs. 3 S. 2 ZPO, 90 Abs. 2 Nr. 6 SGB XII). Dagegen spreche, dass

[1] KG NJW-RR 2015, 904 ff.; FamRZ 2015, 1607 ff. mit Anmerkung Nadjma Yassari; NZFam 2015, 681, mit Praxishinweis Steffen Pabst; BeckRS 2015, 07127.

die Beteiligten die erhaltenen Goldreife während der Ehezeit veräußert haben, um damit einen Urlaub zu finanzieren und Schulden zu begleichen.

Weiter weist das Gericht zutreffend darauf hin, dass der Antrag bei der gebotenen summarischen Prüfung auch in der Sache keine Aussicht auf Erfolg hat. Der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs[2] folgend qualifiziert das Gericht die Brautgabe als allgemeine Wirkung der Ehe und kommt aufgrund der deutschen Staatsangehörigkeit beider Beteiligter bereits zum Zeitpunkt der Eheschließung gemäß Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB zur Anwendung deutschen Sachrechts. Es stellt klar, dass die Vereinbarung einer Brautgabe nach deutschem Recht zulässig ist und grundsätzlich auch zu einer Zahlungspflicht führt, allerdings eine entsprechende Vereinbarung zunächst anhand ihres Sinns und Zwecks auszulegen ist, da es entscheidend auf die näheren Umstände ankommt, insbesondere, welche Vorstellungen und Absichten die Beteiligten hatten. Dies erachtet das Gericht hier von besonderer Bedeutung, da die Beteiligten aus dem türkischen Kulturkreis stammen und dort unterschiedliche Vorstellungen von der Brautgabe existieren und verwandte Rechtsinstitute gebräuchlich sein sollen. Zu Recht rügt das Gericht, dass die Antragstellerin zu den näheren Umständen der Brautgabevereinbarung jeglichen Vortrag vermissen lässt, zumal aus der schriftlichen Vereinbarung in keiner Weise hervorgeht, unter welchen Voraussetzungen bzw. wann die Brautgabe fällig und zahlbar sein soll.

3. Soweit die Entscheidung dahin gehend kritisiert wird, sie enthalte einen strukturellen Denkfehler, da das Gericht Erwägungen zum Rechtsinstitut der Brautgabe in islamischen Rechtsordnungen anstelle, obwohl das türkische Recht seit den kemalistischen Reformen nicht mehr islamrechtlich ausgerichtet sei und somit auch keine Regelung der Brautgabe enthalte, und weiter kritisiert wird, das Gericht hätte folglich vielmehr darauf abstellen müssen, wie die Brautgabeabrede nach deutschem Recht zu beurteilen gewesen wäre,[3] ist dies nicht ganz überzeugend.

Das Gericht hat in zutreffender Weise ausgehend vom deutschen Sachrecht, das das Institut der Brautgabe nicht kennt, dieses als ein islamisch-rechtliches Institut verortet sowie auf dessen Regelungen in „praktisch allen islamischen Rechtsordnungen“ und Vorstellungen und Ziele im „islamischen Rechtskreis“ Bezug genommen. Diese Bezugnahmen gehen zwar nicht fehl, sind jedoch insoweit missverständlich, als das Gericht an keiner Stelle klarstellt, dass die Beteiligten aus der Türkei stammen, in dem einerseits ein säkulares Recht gilt, das keine Brautgaberegelung enthält, dieses Institut aber andererseits in der türkischen Kultur fortlebt, die insoweit in islamrechtlicher Tradition steht.

---

[2] BGHZ 183, 287 = NJW 2010, 1528.

[3] So Nadjma Yassari: Anmerkung zu KG FamRZ 2015, 1607, FamRZ 2015, 1610.

Dass das Gericht dies tatsächlich verkannt hat, lässt sich der Entscheidung aber nicht entnehmen.

Soweit sich das Gericht nicht auf eine Auslegung der Vereinbarung nach deutschem Recht beschränkt, obwohl es um eine Vereinbarung von deutschen Beteiligten in Deutschland geht, sondern eine internationalprivatrechtliche Prüfung vornimmt, indem es auf die Qualifikation der Brautgabe zu sprechen kommt und im Ergebnis Art. 14 EGBGB anwendet, erscheint dies aufgrund anderweitigen Auslandsbezugs nicht abwegig, stammen doch die Beteiligten aus der Türkei und ist die Brautgabevereinbarung in türkischer Sprache verfasst.

Entgegen der weitergehenden Kritik weist das Gericht ausdrücklich und zutreffend darauf hin, dass maßgeblich deutsches Recht ist und die Vereinbarung dementsprechend anhand ihres Sinn und Zwecks unter Berücksichtigung der Vorstellungen und Absichten der Beteiligten näher auszulegen ist. Allerdings konnte das Gericht eine solche Auslegung mangels hinreichenden Sachvortrags der insoweit darlegungspflichtigen Antragstellerin nicht vornehmen, so dass ihrem Antrag kein Erfolg beschieden sein konnte.

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.

ZRI 2016 (S. 11–14)

AG Baden-Baden, Beschluss vom 11. 9. 2015, in Fortführung von AG Darmstadt, Beschluss vom 15. 5. 2014 – Sittenwidrigkeit der Vereinbarung auf Zahlung einer Brautgabe für den Ehevollzug

Peter Scholz

1. Der Entscheidung des Familiengerichts Baden-Baden (Az. 2 F 118/13)[1] lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Antragstellerin begehrte die Zahlung von 100 Ein-Bahare-Azadi-Goldmünzen, ersatzweise 31.500,– €. Sie und der Antragsgegner, beide iranische Staatsangehörige, gingen im Jahr 2007 im Iran die Ehe ein und wurden 2013 vom Amtsgericht Baden-Baden geschieden. In der Heiratsurkunde hatte sich der Antragsgegner verpflichtet, der Antragstellerin die 100 genannten Goldmünzen zu übergeben.

2. Das Familiengericht Darmstadt (Az. 50 F 366/13 GÜ)[2] hatte über folgenden Sachverhalt zu entscheiden: Die Beteiligten schlossen im Jahre 1999 im Iran die Ehe, wobei sie zugunsten der Antragstellerin in einer notariellen Urkunde als Brautgabe einen Betrag von 100.262 Rial, einen *Qurʾān*, 1 Mio. Rial als Brautgeld, zwei Anteile eines Hauses, 650 Azadi-Goldmünzen und 100 Meshgal Gold vereinbarten. Die Zahlungsverpflichtung sollte mit der Eheschließung und unabhängig von der Bedürftigkeit entstehen. Die Parteien waren sich einig, dass Sinn und Zweck der Brautgabe sein sollte, dass sie für die Erfüllung der ehelichen Pflichten, mithin den Vollzug der Ehe und die Versorgung der Ehefrau nach der Trennung gezahlt wird. Keinen Anspruch sollte es geben, wenn die Ehe nicht vollzogen wird. Den Beteiligten war bekannt, dass der Anspruch regelmäßig im Fall der Scheidung geltend gemacht und im Iran auch regelmäßig – nicht selten durch Ersatzhaft – durchgesetzt werde. Die Ehe der Beteiligten wurde geschieden.

3. Beide Gerichte haben den jeweiligen Antrag mit der Begründung abgewiesen, dass die vertragliche Vereinbarung zur Zahlung der Brautgabe „wegen der Verpflichtung für den Vollzug der Ehe zu zahlen“ nach § 138 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) nichtig sei. Die Brautgeldabrede sei mit dem Schutzgedanken des Art. 6 Abs. 1 Grundgesetz (GG) nicht in Einklang zu bringen. Die Freiheit der Eheschließung bestehe als Freiheit in der Ehe fort und umfasse auch das Leben und Zusammenleben der Eheleute in der Ehezeit. Diese Freiheit konkurriere zwar mit der ebenfalls vom Grundgesetz geschützten Toleranz gegenüber anderen Kulturen und Sitten und sei mit ihr in Einklang und Ausgleich zu bringen. Werde sie jedoch erheblich beeinträchtigt, könne und müsse die entgegenstehende Gepflogenheit zum Erhalt der Freiheit zurückgedrängt werden. Dies sei

[1] Die Entscheidung ist zu finden unter www.juris.de. Ferner: AG Baden-Baden NJW-Spezial 2015, 742.

[2] Die Entscheidung ist zu finden unter www.juris.de. Ferner: AG Darmstadt FamRZ 2015, 408 ff. mit Anmerkung Henrich.

hier durch den in Aussicht gestellten Erhalt von Geldsummen oder auch die in Aussicht gestellte Haftung für Geldsummen bei Vollzug oder Nichtvollzug der Ehe der Fall. Weiter widerspreche die Vereinbarung auch der Freiheit der Ehescheidung. Das Recht, frei und unabhängig von äußeren Einflüssen darüber zu entscheiden, wann man sich zum Zwecke der Scheidung trennen bzw. scheiden lassen möchte, werde zwar nicht von Art. 6 GG geschützt, stelle jedoch ebenfalls ein Freiheitsrecht dar und finde einfachgesetzliche Ausprägung. Durch die Inaussichtstellung einer folgenschweren Haftung bei Scheidung werde diese Freiheit erheblich eingeschränkt.

4. Die Entscheidungen sind in zweifacher Hinsicht erörterungswürdig. Zum einen fällt auf, dass jegliche internationalprivatrechtliche Ausführungen fehlen, obwohl der jeweilige Auslandsbezug zum Iran offensichtlich ist, besonders im Fall des Amtsgerichts Darmstadt, in dem beide Beteiligte iranische Staatsangehörige sind. Nach Art. 8 Abs. 3 S. 1 des noch geltenden Niederlassungsabkommens zwischen dem Deutschen Reich und dem Kaiserreich Persien vom 17. Februar 1929, bestätigt durch das deutsch-iranische Protokoll vom 4. 11. 1954,[3] bleiben in Bezug auf das Personen-, Familien- und Erbrecht Parteien, die ein- und demselben Vertragsstaat angehören, ihrem jeweiligen heimischen Sachrecht unterworfen. Von daher hätte es Ausführungen darüber bedurft, in Anwendung welcher internationalprivatrechtlicher Kollisionsnormen[4] und mit welchen rechtlichen Erwägungen deutsches Sachrecht zur Anwendung gelangt.

5. Zum anderen ist bemerkenswert, dass die Brautgabevereinbarung für sittenwidrig erachtet wird (§ 138 BGB), obwohl das Amtsgericht Baden-Baden nur rudimentäre Feststellungen zu den Umständen der Brautgabevereinbarung und beide Gerichte die gebotene umfassende tatrichterliche Auslegung der Vereinbarung über die Brautgabevereinbarung[5] vermissen lassen. Eine solche ist insbesondere deswegen geboten[6], weil die Brautgabe islamisch-rechtlicher Prägung multifunktional ist[7] und es auf den Sinn und Zweck der Brautgabevereinbarung im konkreten Einzelfall ankommt. Lediglich in dieser Hin-

---

[3] Zu dem Abkommen siehe ausführlich Peter Finger: FuR 1999, S. 58 ff., 158 ff. und 215 ff.; zu seiner Fortgeltung über die Kriegszeiten, die Wiedervereinigung und die islamische Revolution im Iran hinweg siehe BGH NJW-RR 2005, 81(82) m. w. N. und OLG Hamm FamRZ 2013, 1481, 1482. Das Abkommen lässt auch die seit dem 21. 6. 2012 geltende Rom III Verordnung nach dessen Art. 19 unberührt.

[4] Hierzu siehe ausführlich BGH FamRZ 2010, 533, 534 ff. mit Anmerkung Dieter Henrich; weitere Anmerkungen Wolfgang Wurmnest, JZ 2010, 736 ff. und Peter Scholz, BGH (12. Zivilsenat) vom 09. 12. 2009 – zur Qualifikation der Brautgabe, in: GAIR-Mitteilungen (2010), S. 74 ff., ferner Wolfgang Wurmnest: Die Mär von der mahr – Zur Qualifikation von Ansprüchen aus Brautgabevereinbarungen, in: RabelsZ (2007), S. 527 ff.

[5] Zur Brautgabe nach iranischem Recht siehe Nadjma Yassari: Die Brautgabe nach iranischem Recht, in: StAZ (2003), S. 198 ff. Zu Brautgabevereinbarungen im deutschen Recht siehe Wolfgang Wurmnest: Die Brautgabe im Bürgerlichen Recht, in: FamRZ (2005), S. 1878 ff.

[6] BGH NJW 1999, 574, 575.

[7] Siehe die Nachweise in Fn. 4.

sicht ist der Kritik an dieser Entscheidung zuzustimmen, die Entscheidung werde dem heutigen Verständnis der Braut- oder Morgengabe nicht gerecht, nach der die vorrangige Funktion der Brautgabe nicht als Äquivalent für die körperliche Hingabe der Ehefrau oder für ihren in der Ehe geschuldeten Gehorsam gesehen, sondern im Aufbau von Vermögen für die Ehefrau, die bei Scheidung oder Tod des Mannes vielfach schutzlos dastehe[8]. Der Kritik ist allerdings entgegen zu halten, dass ausschlaggebend nicht ein heutiges Verständnis der Brautgabe ist, sondern vielmehr das Verständnis der Brautgabe, wie es die beiden Brautleute als Vertragspartner der Brautgabevereinbarung hatten (vgl. §§ 133, 157 BGB). Insofern mögen die Feststellungen des Amtsgerichts Darmstadt auch bei der gebotenen umfassenden Auslegung durchaus zutreffend sein.

Davon abgesehen hat man sich in Rechtsprechung und Lehre bisher nur vereinzelt mit der Sittenwidrigkeit von Brautgabevereinbarungen wegen Grundrechtsverstößen auseinandergesetzt.[9] In der Entscheidung, die das OLG Hamm[10] seinerzeit zu entscheiden hatte, ging es um eine Brautgabe yezidischer Tradition, die als zwingende Heiratsvoraussetzung von der Familie des Bräutigams an den Brautvater gezahlt wird. Die Parteien des Rechtsstreits, Bräutigam und Brautvater, waren syrische Staatsangehörige, die Braut hingegen deutsche Staatsangehörige, alle yezidischen Glaubens mit ständigem Aufenthalt in Deutschland, infolgedessen das Gericht als Verlöbnisstatut in analoger Anwendung von Art. 13 oder 14 EGBGB deutsches Recht berufen sah. Das Gericht hatte aufgrund der Drittwirkung der Grundrechte mittels der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB unter anderem[11] ebenfalls auf die Eheschließungsfreiheit des Art. 6 Abs. 1 GG Bezug genommen und ausgeführt, die Verpflichtung zur Zahlung eines Brautgeldes beeinträchtige die Freiheit der Entscheidung, die Ehe einzugehen, da der Bräutigam bzw. seine Familie das Brautgeld aufbringen müsse. Dies gelte jedenfalls dann, wenn das Brautgeld nicht lediglich aus einem symbolischen Betrag bestehe, wie es bei den bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen der Familie des Ehemannes der Fall gewesen sei.[12] Das OLG Hamm hatte seinerzeit unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundes-

---

8 Anmerkung Dieter Henrich, a. a. O. (Fn. 4).

9 OLG Hamm, Urteil vom 13. 1. 2011, Az. 18 U 88/10, I-18 U 88/10, zu finden in der Rechtsprechungsdatenbank von juris unter www.juris.de. Zur ordre-public-Widrigkeit wegen Grundrechtsverstößen siehe Peter Scholz, Grundfälle zum IPR: Ordre public-Vorbehalt und islamisch geprägtes Recht – Teil 2 (Besonderer Teil), in: ZJS (2010), S. 325 ff., www.zjs-online.com/dat/artikel/2010_3_324.pdf (letzter Aufruf 12. 6. 2016), S. 325 f., und id., Islamrechtliche Eheschließung und deutscher ordre-public, in: StAZ (2002), S. 321, 333 ff.

10 OLG Hamm, a. a. O. (Fn. 8), kommentiert von Peter Scholz, OLG Hamm, Urteil vom 13. 1. 2011 – zu Qualifikation, Sittenwidrigkeit und Rückzahlbarkeit eines sog. Brautgeldes yezidischer Tradition, in: GAIR-Mitteilungen (2011), S. 29 f.

11 Geprüft und bejaht wurde auch ein Verstoß gegen die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG).

12 OLG Hamm, a. a. O. (Fn. 8), Rz. 52 ff.

gerichtshofs[13] weiter ausgeführt, dieses Ergebnis stehe „nicht zum Widerspruch zur allgemeinen Akzeptanz der islamischen Morgengabe (mahr)“, bei der der zu zahlende Geldbetrag allein der Braut zugutekomme. Er diene der Absicherung der Ehefrau im Falle der Scheidung oder des Todes des Ehemanns.[14] Darauf, dass auch in diesem Fall die Freiheit der Entscheidung die Ehe einzugehen, faktisch dadurch beschränkt ist, dass der Bräutigam das Brautgeld aufbringen muss, ist das Gericht erstaunlicher Weise nicht eingegangen.

Vor diesem Hintergrund vermag die entgegenstehende Argumentation der Amtsgerichte Darmstadt und Baden-Baden, die die Brautgabevereinbarung islamischen Rechts für sittenwidrig erachtet, jedenfalls im Ansatz überzeugen. Die Eheschließungsfreiheit des Art. 6 Abs. 1 GG ist nicht nur darauf gerichtet, dass Ehen eingegangen werden können und deren Fortbestand gesichert wird, sondern auch, dass Ehen aufgelöst werden können, die ihren Zweck nicht mehr erfüllen, damit die Ehepartner die Eheschließungsfreiheit wiedererlangen.[15] Im Übrigen unterliegt die Freiheit der Ehebeendigung der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG). Zwar kennt das deutsche Eherecht gerade keine rechtliche Verpflichtung zur Vereinbarung einer Brautgabe, die die Eheschließungsfreiheit beeinträchtigen könnte. Allein dass Brautleute aufgrund ihrer kulturellen Sozialisation meinen, eine Brautgabevereinbarung abschließen zu müssen, ist rechtlich eben so wenig von Belang, wie das faktische Erschwernis einer Ehescheidung dadurch, im Falle einer Scheidung eine derartige finanzielle Verpflichtung erfüllen zu müssen, die die Brautleute aus freien Stücken eingegangen sind. Vorliegend sind jedoch die Brautgaben nicht freiwillig von den Eheleuten vereinbart worden, sondern sind die Ehen nach iranischem Recht geschlossen worden, dessen Eherecht eine Brautgabe verpflichtend vorsieht. Ist diese – wie vorliegend – von der Höhe her nicht unerheblich und bei der begehrten Scheidung noch nicht gezahlt, beeinträchtigt die Zahlungsverpflichtung die Freiheit der Ehescheidung jedenfalls dann in nicht unerheblichem Maße, wenn der Ehemann nicht über erhebliche Vermögenswerte verfügt. Insoweit lassen es allerdings die Entscheidungen an der erforderlichen Begründungstiefe fehlen.

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.

[13] BGH NJW 1999, 574.

[14] OLG Hamm, a. a. O. (Fn. 8), Rz. 65.

[15] BVerfGE 31, 58 ff. – sog. Spanier-Entscheidung.

ZRI 2016 (S. 15–41)

ARTIKEL

Religionsfreiheit im Lichte der Neutralität
Zu den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg, des Verwaltungsgerichts Augsburg und des Europäischen Gerichtshofes zu Musliminnen mit Kopftuch am Arbeitsplatz

Kirsten Wiese

A. Einleitung

Pädagoginnen und Pädagogen kann in öffentlichen Schulen in Deutschland nicht pauschal verboten werden, ein Kopftuch oder andere religiöse Symbole zu tragen – so entschied das Bundesverfassungsgericht im Januar 2015.[1] Ein solches pauschales Verbot stimme nicht mit deren Religionsfreiheit überein. In diesem Sinne sprach das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg im Februar 2017 einer ausgebildeten Grundschullehrerin, die vom Land Berlin wegen ihres Kopftuches abgelehnt worden war, Schadensersatz nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz zu.[2] Ein generelles Verbot eines muslimischen Kopftuchs ohne konkrete Gefährdung sei trotz des anders lautenden Berliner Neutralitätsgesetzes nicht zulässig. Auch eine Erzieherin in einer kommunalen Kindertagesstätte darf ein Kopftuch tragen, wie das Bundesverfassungsgericht im Oktober 2016 beschloss.[3] Dasselbe gilt für eine Rechtsreferendarin: Sie darf – so das Verwaltungsgericht (VG) Augsburg im Juni 2016 – mit Kopftuch im Gericht die Staatsanwaltschaft oder Richter*innen vertreten.[4] Für ein Verbot fehle es an einer gesetzlichen Grundlage. Anders dagegen der Europäische Gerichtshof im März 2017: Er hielt eine un-

---

[1] BVerfG, Beschluss vom 27. 1. 2015 – 1 BvR 471/10; 1 BvR 1181/10.

[2] LArbG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 9.2.2017, Az. 14 Sa 1038/16, Pressemitteilung Nr. 05/17 vom 9. 2. 2017, a. A. die Vorinstanz ArbG Berlin, Urteil vom 14. 4. 2016 – 58 Ca 13376/15. Eine schriftliche Urteilsbegründung lag zum Zeitpunkt der Fertigstellung dieses Beitrages noch nicht vor.

[3] BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 18. 10. 2016 - 1 BvR 354/11, www.bverfg.de/e/rk20161018_1bvr035411.html (letzter Aufruf 23. 3. 2017).

[4] VG Augsburg, Urteil vom 30. 6. 2016 - Az. Au 2 K 15.457, www.vgh.bayern.de/media/vgaugsburg/presse/15a00457u.pdf (letzter Aufruf 23. 3. 2017). Pressemitteilung des Gerichts, www.vgh.bayern.de/media/vgaugsburg/presse/pm_2016-06-30_kopftuchverbotunzulaessig.pdf (letzter Aufruf 23. 3. 2017).

ternehmensinterne Regel, die das sichtbare Tragen jedes politischen, philosophischen oder religiösen Zeichens verbietet, grundsätzlich für zulässig.[5] Anlass für die Entscheidungen des EuGHs waren die Kündigungen einer Rezeptionistin in Belgien und einer Softwareentwicklerin in Frankreich – jeweils durch einen privaten Arbeitgeber wegen ihres Kopftuches.

Wo die deutschen Gerichte also der individuellen Religionsfreiheit den Vorrang gaben, hielt der EuGH die unternehmerische Freiheit privater Arbeitgeber, ihren Betrieb neutral auszurichten, für maßgeblich. Die Frage nach der Zulässigkeit des Kopftuchtragens ist weiterhin brisant in Deutschland und Europa

> im gegenwärtigen politischen und gesellschaftlichen Kontext, in dem sich Europa einem wohl noch nie dagewesenen Zustrom an Migranten aus Drittstaaten gegenübersieht und allenthalben heftig über Mittel und Wege zu einer möglichst erfolgreichen Integration von Personen mit Migrationshintergrund debattiert wird[,]

wie die Generalanwältin Juliane Kokott beim EuGH in ihren Schlussanträgen betonte. „Die Rechtsprobleme rund um das islamische Kopftuch“ stehen, so Kokott weiter

> stellvertretend für die grundlegendere Frage, wie viel Anderssein und Vielfalt eine offene und pluralistische europäische Gesellschaft in ihrer Mitte dulden muss und wie viel Anpassung sie umgekehrt von bestimmten Minderheiten verlangen darf.[6]

In diesem Beitrag will ich argumentieren, dass in der offenen und pluralen bundesdeutschen Gesellschaft Religionsfreiheit neben anderen individuellen Freiheiten ein zentraler Wert ist. Der Schutz dieser Freiheit bestimmt die zulässigen Neutralitätserwartungen in öffentlichen Institutionen wie auch in privaten Arbeitsverhältnissen. Für muslimische Lehrkräfte in öffentlichen Schulen oder andere Staatsbedienstete ebenso wie private Arbeitnehmerinnen heißt das, dass es ihnen grundsätzlich erlaubt sein muss, ein Kopftuch im Dienst zu tragen. Zugleich sind aber Konflikte wegen des Kopftuches einer Lehrkraft, einer Rechtsreferendarin oder einer Arbeitnehmerin im Einzelfall denkbar, insbesondere weil das Kopftuch eine bestimmte geschlechtsspezifische Bedeutung und zum Teil auch eine politische Bedeutung hat.

Für die Lösung solcher Konflikte enthalten die Beamten-, Richter- und Schulgesetze sowie die arbeitsrechtlichen Vorschriften hin-

---

[5] EuGH, Urteil vom 14. 3. 2017, C-157/15, Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding ./. G4S Secure Solutions, curia.europa.eu/juris/document (letzter Aufruf 23. 3. 2017).

[6] EuGH, Schlussanträge vom 31.5.2016 Rechtssache C-157/15, Achbita ./. G4S Secure Solutions NV. Siehe zur politischen Aktualität islamischer Bekleidungsvorschriften in Deutschland den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesbeamtengesetz und weiterer Vorschriften – Referentenentwurf des Bundesministerium des Innern, Bearbeitungsstand: 10. 11. 2016 und die dazu ergangene Stellungnahme der Humanistischen Union e. V., humanistische-union.de/fileadmin/hu_upload/doku/2016/HU2016-11-29_Gesichtsschleier_Wiese.pdf (letzter Aufruf 23. 3. 2017).

reichend präzise Regelungen, die als *ultima ratio* die Entlassung bzw. Kündigung einer Beamtin/Arbeitnehmerin wegen ihres Kopftuches erlauben.

Die deutschen Gerichte täten mithin gut daran, wenn sie entgegen der jüngsten Urteile des EuGH zum Kopftuch am Arbeitsplatz auch in privaten Arbeitsverhältnissen eine Kündigung oder Nichteinstellung wegen eines Kopftuches nur in Ausnahmefälle für zulässig hielten.

Zunächst werde ich die Entscheidungen des BVerfG, des VG Augsburg, des LArbG Berlin sowie des EuGH in ihrer wesentlichen Argumentation nachzeichnen. Sodann will ich den grundgesetzlichen Rahmen – Religionsfreiheit und staatliche Neutralitätspflicht – aufzeigen und die Bedeutung des EuGH-Urteils für die deutsche Rechtslage illustrieren. Schließlich will ich die in Literatur und Presse geäußerte Kritik an den Entscheidungen erörtern und im Anschluss Vorschriften und Handlungsmöglichkeiten im Falle eines konkreten Konfliktes wegen des Kopftuchtragens aufzeigen.

B. Die Entscheidungen

I. Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts

Das BVerfG fasste seinen Beschluss aufgrund der Verfassungsbeschwerden von zwei angestellten Pädagoginnen aus Nordrhein-Westfalen; die eine arbeitete als Lehrerin für muttersprachlichen Unterricht und die andere als Sozialpädagogin an einer Schule. Beide trugen zunächst ein Kopftuch, die Sozialpädagogin ersetzte das Tuch jedoch durch eine Art Baskenmütze. Aufgrund des bislang in NRW geltenden Verbotes religiöser Bekundungen im Schuldienst – § 57 Abs. 4 Schulgesetz – wurde die eine gekündigt und die andere abgemahnt. Die Arbeits- und Verwaltungsgerichte hatten bislang diese Vorschrift so interpretiert, dass eine Lehrerin mit dem Tragen eines Kopftuches die religiös-weltanschauliche Neutralität des Landes und den Schulfrieden gefährde und deshalb nicht beschäftigt werden könne. Christliche oder andere Glaubensbekundungen von Lehrer*innen – zum Beispiel das Tragen eines Kreuzes oder einer Kippa – wurden hingegen nicht beanstandet.

Das BVerfG hielt nun aber diese Auslegung und Anwendung des § 57 Abs. 4 Schulgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen für nicht verfassungskonform. Lehrerinnen dürfe das Tragen eines „muslimischen“ Kopftuches nicht generell verboten werden. Zunächst setzte sich das BVerfG mit der Abwägung der Religionsfreiheit der Lehrerin einerseits und der staatlichen Pflicht zur Wahrung religiös-weltanschaulicher Neutralität und Schutz des Religionsfriedens andererseits auseinander. Eine religiöse Bekundung wie das Kopftuchtragen dürfe nur dann verboten werden, wenn sie den Schulfrieden oder die staatliche Neutralität hinreichend konkret gefährde oder störe. Die Pädagoginnen könnten sich für das Tragen des Kopftuches auf den Schutz ihrer Glaubens- und Bekenntnisfreiheit aus Art. 4 Grundgesetz (GG) berufen.

Zwar sei denkbar, dass der Schulfrieden oder die staatliche Neutralität ebenso wie die negative Glaubensfreiheit der Schüler und Schülerinnen durch die religiöse Bekundung der Lehrerin gefährdet werde; es greife aber unverhältnismäßig in die Religionsfreiheit der Pädagoginnen ein, wenn das Kopftuchtragen nur wegen dieses möglichen Gefährdungspotentials im Schuldienst verboten würde. Für die Schüler und Schülerinnen, Eltern, anderen Lehrerinnen und Lehrer bestehe „grundsätzlich kein verfassungsrechtlicher Anspruch darauf […], von der Wahrnehmung anderer religiöser oder weltanschaulicher Bekenntnisse verschont zu bleiben."

Das BVerfG ging davon aus, dass der Schulfrieden oder die staatliche Neutralität hinreichend konkret durch das Kopftuch einer Lehrerin gefährdet werden könne und zwar in einer Situation

> in der – insbesondere von älteren Schülern oder Eltern – über die Frage des richtigen religiösen Verhaltens sehr kontroverse Positionen vertreten und in einer Weise in die Schule hineingetragen würden, welche die schulischen Abläufe und die Erfüllung des staatlichen Erziehungsauftrages ernsthaft beeinträchtige.

In solchen Situationen sei es einer Pädagogin zumutbar, ihr Kopftuch abzunehmen; zunächst müsse die Dienstbehörde aber nach einer anderweitigen „pädagogischen Verwendung" suchen. In Ausnahmefällen hielt das BVerfG allerdings weiterhin für bestimmte Schulen oder Schulbezirke ein pauschales Verbot des Kopftuchtragens und anderer religiöser Bekundungen von Lehrerinnen und Lehrer für zulässig. Solche Ausnahmefälle lägen vor bei „substantiellen Konfliktlagen über das richtige religiöse Verhalten". Der Landesgesetzgeber könne für solche Fälle die Möglichkeit schaffen, örtlich und zeitlich begrenzte Verbote religiöser Bekundungen im Lehramtsdienst zu erlassen. Wann eine solche substantielle Konfliktlage anzunehmen sei, führte das BVerfG aber nicht aus.

Sodann beschäftigte sich das BVerfG mit dem Verstoß der nordrheinwestfälischen Norm gegen das verfassungsrechtliche Gleichheitsgebot: Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG verlange, dass niemand wegen seines Glaubens oder seiner religiösen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werde. Die Norm verstärke den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und die durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG geschützte Glaubensfreiheit. Die nordrheinwestfälische Regelung legte dagegen eine Ausnahme vom Bekundungsverbot für Lehrkräfte, die christliche oder jüdisch motivierte Kleidung oder Symbole tragen, fest. In dieser Ausnahme sah das BVerfG eine Ungleichbehandlung. Diese könne nicht mit dem Verweis darauf gerechtfertigt werden, dass das Kopftuch als Zeichen für die Befürwortung einer umfassenden Ungleichbehandlung von Mann und Frau zu sehen sei; eine solche pauschale Schlussfolgerung verbiete sich nämlich.

Zudem sah das BVerfG in der nordrheinwestfälischen Verbotsnorm eine faktische

Benachteiligung aufgrund des Geschlechts. Das Grundgesetz bietet durch Art. 3 Abs. 2 und 3 Schutz vor faktischen Benachteiligungen aufgrund des Geschlechts. Die Regelung sei zwar geschlechtsneutral formuliert; gegenwärtig treffe sie in Deutschland aber ganz überwiegend muslimische Frauen, die aus religiösen Gründen ein Kopftuch tragen. Männer betreffe sie dagegen nur in verschwindend geringer Zahl, zum Beispiel Turban tragende Sikhs. Eine solche faktische Benachteiligung aufgrund des Geschlechts sei ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot des Grundgesetzes.

II. Das Urteil des Verwaltungsgerichts Augsburg

Das VG Augsburg hatte über die Klage einer Rechtsreferendarin zu entscheiden, die acht Monate ihres juristischen Vorbereitungsdienstes am Amtsgericht Augsburg absolvieren musste. Während eines solchen Vorbereitungsdienstes am Gericht ist es üblich, dass Referendar*innen in der Strafrechtsstation die Staatsanwaltschaft vertreten und Anklage erheben; in der Zivilstation sitzen sie üblicherweise auf der Richter*innenbank und können Zeugen und Sachverständige vernehmen. Das Oberlandesgericht (OLG) München, in dessen Bezirk der Vorbereitungsdienst stattfand, hatte der Referendarin untersagt, mit Kopftuch diese „hoheitlichen Tätigkeiten mit Außenwirkung“ durchzuführen. Da sie das Kopftuch nicht ablegen wollte, konnte die Muslimin zwar den Vorbereitungsdienst am Gericht machen und Akten bearbeiten, aber keine Plädoyers halten oder Zeug*innen vernehmen. Stattdessen musste sie im Gerichtssaal auf der Zuschauer*innenbank sitzen. Eine gesetzliche Vorschrift, die Richter*innen das Tragen religiös oder weltanschaulicher motivierter Kleidung verbietet, existiert in Bayern allerdings nicht. Das OLG München begründete sein Kopftuchverbot laut Presseberichten vielmehr mit einer Dienstanweisung des bayerischen Justizministeriums aus dem Jahr 2008.[7] In dieser wurde wohl auf die bayerische Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristen von 2003 verwiesen.[8] Nach dieser kann einer Bewerber*in die Aufnahme in den Vorbereitungsdienst versagt werden, wenn Tatsachen vorliegen, die sie für den Vorbereitungsdienst als ungeeignet erscheinen lassen, insbesondere wenn „Tatsachen in der Person der Bewerber die Gefahr begründen, dass durch die Aufnahme der Bewerber wichtige öffentliche Belange erheblich beeinträchtigt würden“[9].

Das VG Augsburg bemängelte das Vorliegen einer entsprechenden gesetzlichen Regelung. Das Verbot greife in die Religions- und Ausbildungsfreiheit der Referendarin ein.

---

7 Siehe SZ.de (30. 6. 2016), www.sueddeutsche.de/politik/urteil-bayerische-justiz-erlaubt-kopftuch-auf-der-richterbank-1.3056815 (letzter Aufruf 30. 7. 2016).

8 Siehe SZ.de (29. 6. 2016), www.sueddeutsche.de/bayern/religion-warum-eine-juristin-mit-kopftuch-den-freistaat-bayern-verklagt-1.3053274 (letzter Aufruf 30. 7. 2016)

9 § 46 Abs. 6 Nr. 2 lit. b JAPO.

Insbesondere bei Grundrechten wie der Religionsfreiheit sei aber nach den Vorgaben des BVerfG ein formelles Parlamentsgesetz erforderlich, um einen solchen Eingriff rechtfertigen zu können. Das Verbot, bei hoheitlichen Handlungen mit Außenwirkungen ein Kopftuch zu tragen, hielt das Gericht deshalb für rechtswidrig. Es ließ jedoch die Berufung zu.

Die Referendarin hat zudem wegen der rechtswidrigen Anweisung, ihr Kopftuch bei den hoheitlichen Handlungen im Gerichtssaal abzunehmen, den Freistaat Bayern auf Schmerzensgeld in Höhe von 2.000 € verklagt.[10] In seinem Urteil erkannte das VG Augsburg ein entsprechendes Rehabilitationsinteresse an.

III. Das Urteil des Landesarbeitsgerichtes Berlin-Brandenburg

Das LArbG Berlin-Brandenburg hatte über die Klage einer Lehramtsbewerberin zu entscheiden, die wegen ihres Kopftuches nicht an einer Grundschule in Berlin beschäftigt worden war. Die Klägerin machte geltend, dass sie durch die Ablehnung unzulässig aufgrund ihres Glaubens diskriminiert worden sei. Das Gericht sprach ihr deshalb eine Entschädigung nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz in Höhe von 8.680 Euro (zwei Monatsgehältern) zu. Ein generelles Verbot des Kopftuchtragens ohne konkrete Gefährdung könne nicht auf das „Berliner Neutralitätsgesetz“[11] gestützt werden.[12]

Nach diesem Gesetz dürfen in Berlin sowohl Lehrkräfte an öffentlichen Schulen außer den Berufsschulen und Schulen des zweiten Bildungsweges als auch Beamtinnen und Beamte, die im Bereich der Rechtspflege, des Justizvollzugs oder der Polizei beschäftigt sind, keine sichtbaren religiösen oder weltanschaulichen Symbole zeigen. Das LArbG Bln-BBg legte dieses Gesetzes aber unter Berücksichtigung der jüngeren Entscheidungen des BVerfG verfassungskonform so aus, dass einer Lehrerin nur bei Vorliegen einer konkreten Gefährdung das Tragen des Kopftuches verboten werden könne. Die Richter*innen ließen die Revision zum Bundesarbeitsgericht zu.

Dagegen hielt das ArbG Berlin als Vorinstanz das Neutralitätsgesetz trotz des jüngsten Beschlusses des BVerfG zum Kopftuchtragen im Lehramtsdienst für verfassungsgemäß.[13] Das Gericht argumentierte, dass die Berliner Regelung anders als die vom BVerfG gekippte nordrhein-westfälische Regelung alle religiösen Bekundungen gleichermaßen verbiete und deshalb nicht gleichheitswidrig sei.

---

[10] Das Amtshaftungsverfahren ist beim Landgericht München I unter 15 O 10692/16 anhängig.

[11] Gesetz zu Art. 29 der Verfassung von Berlin vom 27. 1. 2005, GVBl. 2005, 92.

[12] www.berlin.de/gerichte/arbeitsgericht/presse/pressemitteilungen/2017/pressemitteilung.559809.php (letzter Aufruf 23. 3. 2017).

[13] Zur Verhandlung vor dem ArbG Berlin aus ethnologischer Sicht siehe Alik Mazukatow: Wieso ist ein neues Kopftuchurteil denn wichtig? – Oder: Von der Schwierigkeit, die Reichweite eines sozialen Geschehens zu bemessen, in: Blog des Berliner Arbeitskreises Rechtswirklichkeit (1. 3. 2017), barblog.hypotheses.org/1443 (letzter Aufruf 23. 3. 2017).

Es liege

> im verfassungsrechtlichen Gestaltungsspielraum des beklagten Landes, wenn es unter Berücksichtigung der spezifischen Situation der Großstadt Berlin das unvermeidliche Spannungsverhältnis der gegenläufigen Rechtsgüter von Verfassungsrang durch eine stärkere Gewichtung des staatlichen Erziehungsauftrags, der unter Wahrung der Pflicht zu weltanschaulich-religiöser Neutralität zu erfüllen ist, sowie den Schutz des elterlichen Erziehungsrechts und der negativen Glaubensfreiheit der Schüler auflöst.[14]

Das Arbeitsgericht stellte sehr stark auf die besondere Entwicklung in der Großstadt Berlin ab, in der Personen verschiedenster Konfessionen und Überzeugungen auf engem Raum zusammenleben und in öffentlichen Bereichen aufeinander treffen. Als ein Beispiel für dadurch entstehende Konflikte zitiert das Arbeitsgericht aus einem Urteil des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg von 2011 zum Beten eines muslimischen Schülers an einem Gymnasium.[15] An der Schule waren 2007 religiös geprägte Konflikte entstanden: Schüler*innen erhoben Vorwürfe gegenüber Mitschüler*innen, diese seien nicht den Verhaltensregeln gefolgt, die sich aus einer bestimmten Auslegung des *Qurʾān* ergäben, zum Beispiel dem Gebot, ein Kopftuch zu tragen, zu fasten, zu beten, kein Schweinefleisch zu verzehren sowie „unsittliches Verhalten“ und „unsittliche Kleidung“ sowie persönliche Kontakte zu „unreinen“ Mitschüler*innen zu vermeiden. Aus solchen Anlässen war es zu Mobbing, Beleidigungen, insbesondere mit antisemitischer Zielrichtung, Bedrohungen und sexistischen Diskriminierungen gekommen. Von Schülern mit Migrationshintergrund würden deutsche Schülerinnen und Schüler als zu weich und als solche, die man unterdrücken müsse, bezeichnet und gelegentlich mit Schimpfwörtern wie „Schweinefleischfresser“ und „Scheiß-Christen“ diskreditiert. Es war der Schulleitung gelungen, einzelne an den Konflikten beteiligte Schüler*innen zu Gesprächen zusammenzubringen, die aber fruchtlos blieben; die den Konflikt schürenden Schüler*innen hätten sich regelmäßig darauf berufen, dass der *Qurʾān* ihr Verhalten legitimiere.

IV. Die Urteile des Europäischen Gerichtshofes

Der EuGH hatte zu den Vorabentscheidungsersuchen des belgischen Kassationshofes *(Hof van Cassatie)*[16] und des französischen Kassationsgerichtshofes (*Cour de cassation*) Stellung zu beziehen.[17]

---

[14] ArbG Berlin, Urteil vom 14. 04. 2016 – 58 Ca 13376/ /15, Urteilsabschrift S. 21.

[15] OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 27.05.2010 – 3 B 29/09.

[16] Vorabentscheidungsersuchen des Hof van Cassatie (Belgien), eingereicht am 3. April 2015 – Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding ./. G4S Secure Solutions NV (Rechtssache C-157/15).

[17] Nationale Gerichte der Unions-Mitgliedsstaaten können die bei ihnen anhängigen Gerichtsverfahren aussetzen und den EuGH um die Auslegung einer bestimmten unionsrechtlichen Vorschrift bitten, wenn es darauf für das Urteil ankommt, siehe Art. 267 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

Der belgische Kassationshof wollte wissen, ob das Verbot, als Muslima am Arbeitsplatz ein Kopftuch zu tragen, eine unmittelbare Diskriminierung darstelle, wenn die beim Arbeitgeber bestehende Regel allen Arbeitnehmern verbietet, am Arbeitsplatz äußere Zeichen politischer, philosophischer und religiöser Überzeugungen zu tragen.

Vor dem Kassationshof geklagt hatte eine Muslima, die bei einem belgischen Unternehmen als Rezeptionistin beschäftigt war, das unter anderem Rezeptionsdienstleistungen für andere Unternehmen erbrachte. In dem Unternehmen galt laut schriftlicher Arbeitsordnung für alle Arbeitnehmer*innen ein Verbot, am Arbeitsplatz sichtbare Zeichen ihrer politischen, philosophischen oder religiösen Überzeugungen zu tragen oder durch einen Ritus zum Ausdruck zu bringen. Die Klägerin hatte zunächst ihr Kopftuch nur außerhalb des Dienstes getragen und wurde, als sie begann ihr Kopftuch auch am Arbeitsplatz zu tragen, gekündigt.

In dem französischen Vorlagefall ging es um eine Softwareentwicklerin, die bei der Arbeit zeitweise ein islamisches Kopftuch trug. Ein Kunde des privaten Arbeitsgebers beschwerte sich nach einem Einsatz der Softwareentwicklerin in seinen Geschäftsräumen, dass einige seiner Mitarbeiter*innen an deren Kopfbedeckung Anstoß genommen hätten und bat darum, dass die Arbeitnehmerin das Kopftuch nicht mehr trage. Auf Nachfrage des Arbeitgebers, ob die Softwareentwicklerin diesem Ansinnen entsprechen werde, verneinte diese, woraufhin ihr Arbeitsverhältnis gekündigt wurde.

Der französische Kassationshof wollte vom EuGH wissen:

> Inwieweit folgt aus dem im Unionsrecht, insbesondere nach der Richtlinie 2000/78, geltenden Verbot der Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung die Unzulässigkeit der Entlassung einer Arbeitnehmerin, die praktizierende Muslima ist, wegen ihrer Weigerung, einer Weisung ihres Arbeitgebers (eines Unternehmens des privaten Sektors) nachzukommen, im Kontakt mit Kunden des Unternehmens keinen Schleier und kein Kopftuch zu tragen?

Der EuGH hielt es grundsätzlich für zulässig, ein Kopftuchverbot am Arbeitsplatz auf eine unternehmensinterne Regel, die das sichtbare Tragen aller religiösen Zeichen verbiete, zu stützen. Eine solche Regelung sei keine unmittelbare Diskriminierung wegen der Religion oder Weltanschauung im Sinne der EU-Gleichbehandlungsrichtlinie.[18] Die Regelung könne zwar zu einer mittelbaren Diskriminierung führen.[19] Eine solche Diskriminierung sei aber ausgeschlossen, wenn sie durch ein rechtmäßiges Ziel gerechtfertigt wäre und die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich wären.[20] Legitimes Ziel und verhältnismäßige Mittel lägen bei einer alle religiösen Kleidungsstücke betreffenden unternehmerischen Regel

[18] Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.

[19] Art. 2 Abs. 2 Buchst. B Richtlinie 2000/78.

[20] Art. 2 Abs. 2 Buchst. B Ziff. i Richtlinie 2000/78.

grundsätzlich vor: Der Arbeitgeber sei in seinem Wunsch, den Kunden ein Bild der Neutralität zu vermitteln, durch seine unternehmerische Freiheit nach Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union geschützt. Allerdings müsse das Verbot für die Erreichung des Zieles „unbedingt" erforderlich sein. Das sei es nur, wenn sich das Verbot, religiöse Kleidungsstücke zu tragen nur an die Arbeitnehmer*innen richte, die mit Kund*innen in Kontakt träten.

Ein Kopftuchverbot sei aber – so der EuGH anlässlich des französischen Vorlagefalls – eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Religion, wenn das Unternehmen keine generelle Neutralitätsregelung habe. Nach Art. 2 Abs. 2 Buchst a der Gleichbehandlungsrichtlinie liegt eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Religion vor,

> wenn eine Person wegen eines der in Artikel 1 genannten Gründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

Aufgrund Art. 4 Abs. 1 der Gleichbehandlungsrichtlinie ist eine Ungleichbehandlung wegen der Religion keine unzulässige Diskriminierung,

> wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.

Der Gerichtshof wies daraufhin, dass ein mit der Religion im Zusammenhang stehendes Merkmal nur unter sehr begrenzten Bedingungen eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellen könne. Eine berufliche Anforderung sei es jedenfalls nicht, besonderen Kundenwünschen entsprechen zu müssen.

Erstaunlicherweise hatten die beiden Generalanwältinnen beim EuGH, die die Urteile vorbereitet hatten,[21] gänzlich gegensätzlich argumentiert. Während Julianne Kokott im Mai 2016 dafür plädierte, dass die belgische Firma die Rezeptionistin wegen ihres Kopftuches entlassen dürfe, sah Eleanor Sharpston im Juli 2016 die Kündigung der französischen Softwareentwicklerin als unzulässige Diskriminierung an.

In seinem Urteil zur belgischen Rezeptionistin folgte der EuGH weitgehend der Generalanwältin Kokott.[22] Diese hatte das Verbot, am Arbeitsplatz ein Kopftuch zu tragen, zwar als mittelbare Diskriminierung aufgrund der Religionszugehörigkeit im Sinne der EU-Gleichbehandlungsrichtlinie betrachtet. Diese sei aber gerechtfertigt, weil es sich bei der neutralen Kleiderordnung um eine wesentliche und angemessene berufliche Anforderung handele. Eine solche Anforderung müsse auch verhältnismäßig sein.

[21] Die Generalanwält*innen beim EuGH bereiten mit ihren Schlussanträgen die Entscheidungen des Gerichtshofes vor. Der Gerichtshof ist an die Schlussanträge zwar nicht gebunden, folgt ihnen aber in der Regel.

[22] EuGH, Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott vom 31. 5. 2016, Rechtssache C-157/15 (Achbita ./. G4S Secure Solutions NV).

Grundsätzlich gelte – so Kokott –, dass Arbeitnehmer*innen am Arbeitsplatz eine gewisse religiöse Zurückhaltung zugemutet werden können, weil sie anders als auf Geschlecht und Hautfarbe auf ihre Religionsausübung selbst Einfluss hätten. Im Einzelfall richte sich die Verhältnismäßigkeit nach der Größe und Auffälligkeit des religiösen Zeichens, der Art der Tätigkeit der Arbeitnehmerin, dem Kontext, in dem sie diese Tätigkeit auszuüben habe, sowie der nationalen Identität des jeweiligen Mitgliedstaats. Allerdings dürfe ein Verbot, am Arbeitsplatz ein Kopftuch zu tragen, nicht auf Stereotypen oder Vorurteilen gegenüber einer oder mehreren bestimmten Religionen oder gegenüber religiösen Überzeugungen im Allgemeinen beruhen.[23]

Für die Rezeptionistin erachtete die Generalanwältin das Verbot als verhältnismäßig, weil sie im Außendienst tätig sei und dem Arbeitgeber weder zuzumuten sei, sie in den Innendienst zu versetzen, noch ihr das Tragen eines Kopftuches zu ermöglichen, das farblich und stilistisch den Vorgaben des Arbeitgebers entspricht.

In seinem Urteil zur französischen Softwareentwicklerin folgte der EuGH weitgehend der Generalanwältin Sharpston. Diese war der Auffassung, dass die Softwareentwicklerin im Sinne der Gleichbehandlungsrichtlinie wegen ihrer Religion oder Weltanschauung unmittelbar diskriminiert worden sei. Eine Softwaredesignerin, die ihre religiöse Überzeugung nicht durch das Tragen einer bestimmten Bekleidung bekannt hätte, wäre nicht entlassen worden. Die Anforderung, während des Kontakts mit Kunden kein Kopftuch zu tragen, sei auch keine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ im Sinne der Richtlinie. Der Vorlageentscheidung oder den sonstigen dem Gerichtshof vorliegenden Angaben sei nämlich nicht zu entnehmen, dass die Klägerin aufgrund ihrer Kopfbedeckung in irgendeiner Weise nicht in der Lage gewesen wäre, ihre Pflichten als Softwaredesignerin zu erfüllen.

Die belgischen und französischen Gerichte müssen nun die konkreten Fälle entscheiden. Es liegt nahe, dass das Kopftuchverbot der belgischen Rezeptionistin zulässig war, weil es eine Neutralitätsregel des Unternehmens gab. Dagegen war die Kündigung der französischen Software-Designerin wohl unzulässig, weil sie nur auf einer Kundenbeschwerde beruhte.

C. Der rechtliche Rahmen

I. Religionsfreiheit und Neutralität

Für das Tragen eines Kopftuches am Arbeitsplatz macht das Grundgesetz folgende Vorgaben: Musliminnen, die ein Kopftuch tragen wollen, können sich auf ihre nach dem Grundgesetz geschützte Religionsfreiheit berufen. Das gilt für Arbeitnehmer*innen in

[23] EuGH, Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott vom 31. 5. 2016 Rechtssache C-157/15, Rn 141 (IV. Ergebnis, 1)).

privaten wie in öffentlichen Beschäftigungsverhältnissen gleichermaßen. Art. 4 Abs. 1 GG garantiert: „Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich." Zusätzlich heißt es in Abs. 2 des Art. 4 GG: „Die ungestörte Religionsausübung wird gewährleistet." Das religiös motivierte Tragen eines Kopftuches ist von dieser Religionsfreiheit geschützt.

Zwar weisen einige Autoren und Autorinnen darauf hin, dass der *Qurʾān* Frauen nicht vorschreibt, ihr Haupt zu verhüllen. Aber darauf kann es nicht ankommen. Entscheidend ist vielmehr, dass die Trägerinnen selbst ihr Kopftuch als glaubensgeleitet verstehen und dies plausibel ist. Denn der religiös neutrale Staat ist nicht befugt, eine bestimmte Interpretation des *Qurʾān* für verbindlich zu erklären. Die Glaubens-Motivation für das Tragen des Tuches ist plausibel, weil zumindest einige Muslim*innen, Theolog*innen sowie Islamwissenschaftler*innen aus dem *Qurʾān*, insbesondere Sure 24, Vers 31[24] oder Sure 33, Vers 59[25], eine entsprechende Pflicht lesen.[26]

Beamt*innen und Beschäftigte im Öffentlichen Dienst[27] können sich unmittelbar auf die Religionsfreiheit berufen, weil Grundrechte primär Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat sind. Für Beschäftigte bei privaten Arbeitgeber*innen gelten die Grundrechte dagegen nur mittelbar durch ihre Drittwirkung. Sie sind bei der Ausübung des Direktionsrechts des Arbeitgebers „nach billigem Ermessen" (§ 106 Gewerbeordnung) und bei der Überprüfung einer Arbeitsvertragspflicht auf eine mögliche unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers „entgegen den Geboten von Treu und Glauben" (§ 307 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch)

---

[24] Sure 24, Vers 1 lautet übersetzt nach Rudi Paret (2001): „Und sag den gläubigen Frauen, sie sollen (statt jemanden anzustarren, lieber) ihre Augen niederschlagen, und sie sollen darauf achten, dass ihre Scham bedeckt ist (wörtlich: sie sollen ihre Scham bewahren), den Schmuck, den sie (am Körper) tragen, nicht offen zeigen, soweit er nicht (normalerweise) sichtbar ist, ihren Schal sich über den (vom Halsausschnitt nach vorne heruntergehenden) Schlitz (des Kleides) ziehen und den Schmuck, den sie (am Körper) tragen, niemand (wörtlich: nicht) offen zeigen, außer ihrem Mann, ihrem Vater, ihrem Schwiegervater [P]". Soweit die freie Übersetzung Parets zu weit von der wörtlichen Übersetzung abrückt, ist die wörtliche Übersetzung in Klammern wiedergegeben.

[25] „Prophet! Sag deinen Gattinnen und Töchtern und den Frauen der Gläubigen, sie sollen (wenn sie austreten) sich etwas von ihrem Gewand (über den Kopf) herunterziehen. So ist es am ehesten gewährleistet, daß sie (als ehrbare Frauen) erkannt und daraufhin nicht belästigt werden."

[26] Zum Beispiel hielten 97 % der Kopftuchtuchträgerinnen, die im Rahmen einer 2006 im Auftrag der Konrad-Adenauer-Stiftung durchgeführten Studie befragt wurden, es für eine religiöse Pflicht, dass Musliminnen ein Kopftuch tragen, siehe Frank Jessen / Ulrich von Wilamowitz-Moellendorff: Das Kopftuch – Entschleierung eines Symbols?, in: Zukunftsforum Politik, Broschürenreihe 77, hrsg. von der Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., St. Augustin / Berlin 2006, S. 23.

[27] Für Beschäftigte im öffentlichen Dienst wird zum Teil „nur" eine mittelbare Geltung der Grundrechte angenommen. Das BVerfG ging in seinem jüngsten Beschluss zum Kopftuch aber wohl von einer unmittelbaren Geltung der Religionsfreiheit für die beiden angestellten Pädagoginnen aus, BVerfG, Beschluss vom 27. 1. 2015 – 1 BvR 471/10, Rn 84.

zu berücksichtigen. Für die rechtliche Regelung des Tragens eines Kopftuches am Arbeitsplatz hat diese unterschiedliche Geltung von Grundrechten im Ergebnis jedoch keine Auswirkung.

Die Religionsfreiheit der im Öffentlichen Dienst Beschäftigten kann durch ein an den Staat gerichtetes Neutralitätsgebot beschränkt werden. Das Grundgesetz sieht ein religiös-weltanschauliches Neutralitätsgebot zwar nicht ausdrücklich vor. Die Rechtsprechung geht dennoch einheitlich von der Existenz dieses Gebotes aus.[28] Vor allem das Gleichbehandlungsgebot des Grundgesetzes, Art. 3 GG[29], wie auch das Verbot einer Staatskirche nach Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 Abs. 1 WRV gebieten dem Staat, sich in religiös-weltanschaulichen Dingen neutral zu verhalten.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird das Neutralitätsgebot unterschiedlich verstanden. Für die Vertreterinnen eines „strikten" Neutralitätsverständnisses ist jede Form des Zusammenwirkens zwischen Staat und Religion verboten. Neutralität wird als radikale Trennung von Staat und Religion sowie als konsequente Verneinung alles Religiösen im staatlichen Bereich konkretisiert.[30]

Dagegen hat das BVerfG ein sehr offenes Verständnis des weltanschaulich-konfessionellen Neutralitätsgebotes des Staates. Die dem Staat gebotene religiös-weltanschauliche Neutralität sei nicht als eine distanzierende Haltung im Sinne einer strikten Trennung von Staat und Kirche zu begreifen, sondern als eine offene und übergreifende, die Glaubensfreiheit für alle Bekenntnisse gleichermaßen fördernde Haltung zu verstehen.

Der Staat dürfe lediglich keine gezielte Beeinflussung im Dienste einer bestimmten politischen, ideologischen oder weltanschaulichen Richtung betreiben oder sich durch von ihm ausgehende oder ihm zuzurechnende Maßnahmen ausdrücklich oder konkludent mit einem bestimmten Glauben oder einer bestimmten Weltanschauung identifizieren und dadurch den religiösen Frieden in der Gesellschaft von sich aus gefährden.[31]

Dieses Neutralitätsverständnis hat den Kopftuch-Beschluss des BVerfG von 2015 geprägt, während das BVerfG in seinem ersten Kopftuch-Urteil 2003 den Landesgesetzgebern eingeräumt hatte,

---

[28] Siehe u.a. BVerfG, Beschluss vom 26.6.2002 – Az. 1 BvR 670/91 = Entscheidungen des BVerfG (E) 105, 279; Urteil vom 19. 12. 2000 – Az. 2 BvR 1500/97 = E 102, 370; Beschluss vom 16. 5. 1995 – 1 BvR 1087/91 = 93,1; Urteil vom 14. 12. 1965 – 1 BvR 413, 416/60 = E 19, 206.

[29] Vgl. dazu insbesondere Stefan Huster: Die ethische Neutralität des Staates, Tübingen 2002.

[30] So insbesondere Herbert Krüger: Allgemeine Staatslehre, o. O. 1964, S. 179, 184, 282 u. ö.; diese Sichtweise ist prägend für die Ausführungen von Erwin Fischer: Volkskirche ade! Trennung von Staat und Kirche, Berlin / Aschaffenburg [4]1993, pass., insb. S. 92; mit ähnlicher Tendenz Ludwig Renck: Staatliche Religionsneutralität und Toleranz – BVerfGE 35, 366 und 52, 233, in: Juristische Schulung (1989), S. 451 ff.

[31] BVerfG, Urteil vom 24. 9. 2003 – 2 BvR 1436/02, Rn. 43 (Kopftuch); ebenso: BVerfG, Beschluss vom 16. 5. 1995 – 1 BvR 1087/91 = Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen 93, 1, 16 f. (Kruzifix).

> der staatlichen Neutralitätspflicht im schulischen Bereich eine striktere und mehr als bisher distanzierende Bedeutung beizumessen und demgemäß auch durch das äußere Erscheinungsbild einer Lehrkraft vermittelte religiöse Bezüge von den Schülern grundsätzlich fern zu halten, um Konflikte mit Schülern, Eltern oder anderen Lehrkräften von vornherein zu vermeiden.[32]

II. Ländergesetze zum Kopftuch

Nach diesem ersten Kopftuchurteil des BVerfG von 2003 hatten acht Bundesländer in ihren Schul- und Beamtengesetzen Verbote religiöser Kleidung im Lehr- bzw. Beamtendienst verankert. Nordrhein-Westfalen, dessen schulgesetzliche Regelung Gegenstand des zweiten Kopftuchbeschlusses des BVerfG war, hat mittlerweile im Schulgesetz die Vorschrift, die christliche Glaubensbekundungen privilegierte, gestrichen. Die Norm, die bislang als Ermächtigungsgrundlage für ein pauschales Verbot von Kopftüchern verstanden wurde, wurde wortgleich aus dem Paragraphen über die Aufgaben und Pflichten von Lehrer*innen in den Paragraphen „Bildungs- und Erziehungsauftrag der Schule“ versetzt. Ebenso wenig haben die anderen sieben Länder die Norm, die bislang als pauschales Verbot des Kopftuchtragens im Lehramtsdienst verstanden wurde, aufgehoben. Niedersachsen, Hessen, und Bremen haben durch Erlass verfügt, dass die entsprechende Norm nun so ausgelegt werde, dass das Kopftuchtragen nur bei „hinreichend konkreter Gefahr für Schulfrieden oder staatliche Neutralität“ verboten werden könne. Baden-Württemberg und das Saarland haben eine Änderung der entsprechenden Vorschrift in ihren Schulgesetzen zwar diskutiert aber bislang noch nicht verabschiedet. Berlin hält trotz des jüngsten Urteils des LArbG Bln-Bbg noch am Neutralitätsgesetz fest.[33] Bayern sieht keinen Änderungsbedarf, obwohl die bayrische Gesetzesformulierung auch hinsichtlich der Privilegierung ähnlich lautet wie die nordrhein-westfälische.

III. Richterinnen mit Kopftuch

In allen Bundesländern gelten gegenwärtig Richter*innen mit Kopftuch oder anderen religiösen Symbolen (noch) als Tabu. Referendarinnen mit Kopftuch wird nach Kenntnis der Verfasserin bislang ebenso in allen Bundesländern verboten, während ihrer Gerichtsstation den staatsanwaltlichen Sitzungsdienst zu übernehmen und auf der Richter*innenbank zu sitzen. In Berlin sollte 2015 eine Referendarin bei der von ihr gewünschten Sta-

---

[32] BVerfG, Urteil vom 24. 9. 2003 – 2 BvR 1436/02, Rn. 65.

[33] Zur beginnenden Debatte über eine Änderung des Neutralitätsgesetzes siehe Ulrich Zawatka-Gerlach: CDU will Kopftuchverbot gerichtlich durchsetzen, Der Tagesspiegel (16. 2. 2017), www.tagesspiegel.de/berlin/berliner-neutralitaetsgesetz-cdu-will-kopftuchverbot-gerichtlich-durchsetzen/19397830.html (letzter Aufruf 23. 3. 2017); Susanne Memarnia: Gutes Vorbild, schlechtes Vorbild, in: taz (3. 3. 2017), www.taz.de/!5385943 (letzter Aufruf 23. 3. 2017)

tion im Bezirksamt Neukölln wegen ihres Kopftuches keine hoheitlichen Aufgaben übernehmen dürfen und suchte sich deshalb eine andere Ausbildungsstelle.[34]

Allerdings regeln nur Berlin und Hessen das Tragen religiöser und weltanschaulicher Symbole von Richterinnen gesetzlich. In Berlin ergibt sich diese Regelung aus § 10 Landesrichtergesetz in Verbindung mit dem Neutralitätsgesetz. Danach dürfen

> Beamtinnen und Beamte, die im Bereich der Rechtspflege, des Justizvollzugs oder der Polizei beschäftigt sind, […] innerhalb des Dienstes keine sichtbaren religiösen oder weltanschaulichen Symbole, die für die Betrachterin oder den Betrachter eine Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft demonstrieren, und keine auffallenden religiös oder weltanschaulich geprägten Kleidungsstücke tragen. Dies gilt im Bereich der Rechtspflege nur für Beamtinnen und Beamte, die hoheitlich tätig sind.

In Hessen trifft § 2 Landesrichtergesetz in Verbindung mit § 45 Landesbeamtengesetz eine vergleichbare Regelung. Jedoch ist dort vorgesehen, dass bei der Entscheidung über die mögliche nicht-neutrale Wirkung eines Kleidungsstückes „der christlich und humanistisch geprägten abendländischen Tradition des Landes Hessen angemessen Rechnung zu tragen“ ist.

Die übrigen Länder haben sich vermutlich bislang kaum Gedanken über die gesetzliche Verankerung eines an Richter*innen adressierten Kopftuchverbotes gemacht, weil ein solches Verbot bisher als selbstverständlich galt. Überwiegend wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur angenommen, dass Richter*innen wegen des verfassungsrechtlich hervorgehobenen Gebotes richterlicher Unabhängigkeit gemäß Art. 20 Abs. 3, 92, 97 Abs. 1 und 101 Grundgesetz (GG) das Tragen eines Kopftuches und anderer religiöser Symbole verboten werden könne. Eine Rechtsprechung unter religiösen Vorzeichen könne in den Augen der Prozessbeteiligten auf eine mangelnde Distanz der den Staat repräsentierenden Personen zu religiösen Einflüssen hindeuten, so die Annahme in der Literatur. Aus Sicht der Prozessbeteiligten erscheine eine unerwünschte religiös motivierte Einflussnahme auf die Rechtsprechung dann durchaus möglich, so dass Zweifel an einer unabhängigen und neutralen Justiz entstehen könnten.[35] Für Richter*innen wird also gemeinhin ein strengeres Neutralitätsgebot – richterliche Unabhängigkeit, verstärkt durch absolute Unparteilichkeit – angenommen. Darauf verwies auch der bayerische Justizminister Winfried Bausback, der die Berufung Bayerns gegen das Urteil ankündigte: Eine unabhängige und neutrale Justiz gehöre zu den Grundpfeilern eines freiheitlich-demokratischen Rechtsstaates.

> Egal ob im Zivilprozess, im Strafverfahren oder im Sorgerechtsstreit vor dem Familienge-

[34] FAZ (9. 7. 2015).

[35] Z. B. Silke Ruth Laskowski / Jan-Henrik Dietrich: Eine Richterin mit Kopftuch?, in: JURA (2002), S. 271 ff.

> richt – jede Partei, jeder Angeklagte und jeder sonstige Verfahrensbeteiligte, der der Dritten Gewalt im Gerichtssaal gegenüber steht, muss auf die Unabhängigkeit, die Neutralität und erkennbare Distanz der Richter und Staatsanwälte vertrauen können.[36]

Einfachgesetzlich – so eine Literaturmeinung[37] – könne ein Kopftuchverbot für Richterinnen auf deren gesetzlich verankerte Pflicht, eine Robe zu tragen,[38] gestützt werden. Auf eine solche Regelung zur „Amtstracht der Rechtspflegeorgane in Bayern" verweist der Vorsitzende des Bayerischen Richtervereins, Walter Groß: Aus dieser Regelung könne man schließen, dass Richter und Staatsanwälte zu ihren Roben keine religiös motivierte Kopfbedeckung tragen dürften. „Dies hat allerdings nur den Rang einer innerdienstlichen Anordnung und ist kein Gesetz."[39]

Das BVerfG hatte bislang noch nicht über das Kopftuch einer Richterin oder Referendarin zu entscheiden. 2006 beschloss es jedoch, dass ein Richter eine Zuschauerin nicht wegen ihres Kopftuches des Saals verweisen dürfe.[40] Schöffinnen mit Kopftuch wurden von den Gerichten zum Teil zugelassen[41], zum Teil aber auch abgelehnt.[42] Das VG Köln entschied 1998, dass eine Rechtsreferendarin keinen Anspruch darauf habe, mit Kopftuch zum Sitzungsdienst eingeteilt zu werden.[43]

Das Urteil des VG Augsburg bricht nun erstmalig diese bislang nahezu einheitliche Meinung „keine Richterin mit Kopftuch!" auf. Zwar hatte das VG „nur" über das Recht einer Referendarin zu entscheiden, im Vorbereitungsdienst mit Kopftuch die Staatsanwaltschaft vertreten sowie auf der Richter*innenbank sitzen zu dürfen. Jedoch fehlt für Richter*innen ebenso wie für Referendar*innen in Bayern und bis auf Berlin und Hessen in allen anderen Bundesländern eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage, die ein Verbot, religiöse Kleidungsstücke im Dienst zu tragen, legitimiert.[44] In der Presse ist je-

---

36 BayernKurier (30. 6. 2016), Hamburger Abendblatt (30. 6. 2016).

37 Lanzerath: Religiöse Kleidung und öffentlicher Dienst – Zur Zulässigkeit dienstrechtlicher Bekleidungsverbote in Schule, Gerichtsbarkeit und Polizei, o. O. 2003, S. 20 ff.

38 In Nordrhein-Westfalen ergibt sich diese Pflicht z. B. durch Anordnungen der zuständigen Landesminister auf der Grundlage von § 82 Landesbeamtengesetz i.V.m. § 2 Abs. 2 Landesrichter- und Staatsanwältegesetz.

39 Augsburger Allgemeine (30. 6. 2016).

40 BVerfG, Beschluss vom 27. Juni 2006, Az. 2 BvR 677/05.

41 Kammergericht (Berlin), Urteil vom 9. Oktober 2012, (3) 121 Ss 166/12 (120/12); .LG Bielefeld v. 16. Juni 2006; Az. 3221/6 EH 68;

42 LG Dortmund, Beschluss vom 7. November 2006, Az. 14 (III) Gen Str. K, 14 (VIII) Gen. Str. K; LG Dortmund, Beschluss vom 12. Februar 2007, Az. 14 Gen Str K 2/06.

43 VG Köln, Beschluss vom 25. Juni 1998, Az. 19 L 1992/98, unveröffentlicht, zitiert in Matthias Jestaedt: Grundrechtsschutz vor staatlich aufgedrängter Ansicht, in: Festschrift für Joseph Listl, hrsg. von Josef Isensee et al., o. O. 1999, S. 262.

44 In Baden-Württemberg beschloss die Regierungskoalition im Dezember 2016, Richter*innen und Staatsanwält*innen gesetzlich zu verbieten religiöse Kleidungsstücke wie Kopftücher zu tragen, www.spie

denfalls geschlussfolgert worden, dass nun nicht nur Referendarinnen, sondern ebenso Richterinnen mit Kopftuch zulässig sein müssten.[45] Allerdings ist zu berücksichtigen, dass zugunsten der Referendarin (zusätzlich zur Religionsfreiheit) deren Ausbildungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG ins Gewicht fällt. Die Station beim Gericht ist zwingender Bestandteil ihres juristischen Vorbereitungsdienstes. Aus Gründen der Ausbildungsfreiheit hatten zu Zeiten des pauschalen Kopftuchverbotes für Lehrkräfte ebenso alle Bundesländer Lehramtsreferendarinnen das Tragen eines Kopftuches gestattet.[46]

IV. Kopftuch in der Privatwirtschaft

Private Unternehmen dürfen gegenwärtig ebenso wenig wie der Staat religiöse Bekundungen ihrer Beschäftigten gänzlich unterbinden. Zwar können sich private Arbeitgeber*innen anders als der Staat gegenüber ihren Beschäftigten auf eigene Grundrechte, insbesondere ihre unternehmerische Betätigungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG und ihre Privatautonomie aus Art. 2 Abs. 1 GG berufen. Allerdings werden diese Rechte des/der Arbeitgeber*in durch die Rechte der Beschäftigten eingeschränkt. Das Bundarbeitsgericht hat bereits 1955 formuliert, dass

> der Arbeitgeber nicht bloß auf Grund seiner Treuepflicht, sondern vor allem auf Grund der jedermann aus Art. 1 und 2 G obliegenden Verpflichtung [...] alles unterlassen [müsse], was die Würde des Arbeitnehmers und die freie Entfaltung der Persönlichkeit beeinträchtigen kann.[47]

Ebenso hat es 1994 vorgegeben:

> Die Gestaltung des privaten Lebensbereiches steht außerhalb der Einflußsphäre des Arbeitgebers und wird durch arbeitsvertragliche Pflichten nur insoweit eingeschränkt, als sich das private Verhalten auf den betrieblichen Bereich auswirkt und dort zu Störungen führt. [...] Dies gilt umso mehr, als diese Umstände dem Intimbereich des Arbeitnehmers zuzuordnen sind. Der Arbeitgeber ist durch den Arbeitsvertrag nicht zum Sittenwächter über die in seinem Betrieb tätigen Arbeitnehmer berufen.[48]

Nach § 1 und § 2 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) ist Arbeitgeber*innen zudem eine Ungleichbehandlung aufgrund der Religion oder Weltanschauung im Zusammenhang mit Einstellungs- und Beschäftigungsbedingungen untersagt, sofern kein rechtlicher Grund vorliegt.

---

gel.de/karriere/baden-wuerttemberg-kopftuch-soll-fuer-richterinnen-verboten-werden-a-1125532.html (letzter Aufruf 7. 2. 2017). Zur Kritik daran u. a. Christian Rath: Kopftuchverbote an Gerichten?: Der Anschein einer Religion, in: Legal Tribune Online (15. 11. 2016), www.lto.de/persistent/a_id/21162 (letzter Aufruf 7. 2. 2017)

[45] Matthias Dobrinski: Richterinnen mit Kopftuch sind eine notwendige Zumutung, in: SZ.de (1. 7. 2016), www.sueddeutsche.de/bayern/urteil-kopftuch-auf-der-richterbank-eine-notwendige-zumutung-1.3057611 (letzter Aufruf 23. 3. 2017).

[46] Siehe aber BVerwG, Urteil vom 26. Juni 2008, 2 C 22.07 zum Kopftuch einer Lehramtsreferendarin in Bremen.

[47] BAG, Urteil vom 10. 11. 1955 – 2 AZR 591/54 – Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (BAGE) 2, 221.

[48] BAG, Urteil vom 23. 6. 1994 – 2 AZR 617/93 = BAGE 77, 128.

In Deutschland gilt deshalb bislang, dass private Arbeitgeber*innen ihren Beschäftigten nicht grundsätzlich untersagen dürfen, ein Kopftuch zu tragen. Im Fall einer Verkäuferin mit Kopftuch in Erfurt entschied das BAG 2002, dass der Arbeitgeber dieser gestatten müsse, ein Kopftuch zu tragen.[49] Das Gericht kam zu dem Ergebnis, dass die Verkäuferin ihre vertraglich geschuldete Arbeitsleistung auch dann noch erfüllen könne, wenn sie bei ihrer Tätigkeit ein Kopftuch trage. Weder werde hierdurch ein von der Klägerin zu führendes Verkaufsgespräch unmöglich gemacht, noch werde ein von ihr betreuter Verkaufsvorgang so behindert, dass nicht mehr von einer branchenüblichen Tätigkeit einer Verkäuferin oder einer den Arbeitgeber sogar schädigenden Tätigkeit gesprochen werden könne. Im Einzelfall könne aber das Kopftuch untersagt werden, wenn der Arbeitgeber nachweise, dass es dadurch zu einem Rückgang an Kunden und Kundinnen komme und demnach bedeutende wirtschaftliche Unternehmensinteressen dem Tragen des Kopftuches entgegenstehen. Die gegen dieses Urteil gerichtete Verfassungsbeschwerde des Kaufhausbetreibers nahm das BVerfG nicht zur Entscheidung an.[50]

Dagegen entschied das BAG im September 2014, dass eine Krankenschwester in einem evangelischen Krankenhaus in Bochum kein Kopftuch tragen dürfe.[51] In diesem Fall stellte das BAG maßgeblich auf den Verkündungsauftrag der evangelischen Kirche und deren Recht zur Selbstbestimmung ab.[52] Dieses Urteil ist auf nicht-kirchliche Arbeitgeber*innen jedoch nicht übertragbar, da diesen kein Verkündungsauftrag und kein auf Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 Abs. 3 WRV gestütztes Selbstbestimmungsrecht zusteht.

Hinsichtlich einer Zahnarzthelferin, die sich mit Kopftuch um eine Stelle beworben hatte, stellte das ArbG Berlin 2012 klar, dass eine religiöse Neutralitätspflicht für Mitarbeitende einer privatrechtlichen Zahnarztpraxis nicht bestehe. Ebenso wies es Behauptungen zurück, die sich darauf stützen, besondere Hygienevorschriften würden das Kopftuchtragen ausschließen oder dem Arbeitgeber ermöglichen, eine einheitliche Dienstkleidung zu fordern, mit der das islamische Kopftuch nicht vereinbar sei. Vielmehr, so das Gericht, lasse sich das Kopftuch

> mit Haube und Mundschutz ebenso leicht kombinieren wie mit einer einheitlichen Kleidung bestehend aus weißen Hosen, Hemden, T-Shirts oder Blusen.[53]

---

49 BAG, Urteil vom 10. 10. 2002, 2 AZR, 472/01.

50 BVerfG, Beschluss vom 30. Juli 2003, 1BvR 792/03 (letzter Aufruf 23. 3. 2017).

51 BAG, Urteil vom 24. 9. 2014, Az. 5 AZR 611/12.

52 Zur Kritik an dem Urteil siehe die Pressemitteilung der Humanistischen Union e. V. (30. 9. 2014: „Krankenschwestern sollen über ihre Kopfbedeckung selbst entscheiden können!“, www.humanistische-union.de/nc/aktuelles/aktuelles detail/back/aktuelles/article/krankenschwestern-sollen-ueber-ihre-kopfbedeckung-selbst-entscheiden-koennen (letzter Aufruf 4. 10. 2014).

53 ArbG Berlin, Urteil v. 28. 3. 2012, 55 Ca 2426/12.

V. Europarechtlicher Rahmen und Wirkung der EuGH-Urteile in Deutschland

Der EuGH hatte bislang noch nicht zu religiösen Symbolen am Arbeitsplatz zu entscheiden. 2008 entschied er jedoch, dass die öffentliche Äußerung eines belgischen Arbeitgebers, er werde keine Arbeitnehmer einer bestimmten ethnischen Herkunft oder Rasse einstellen, eine unmittelbare Diskriminierung bei der Einstellung im Sinne der Antirassismusrichtlinie[54] begründe, da solche Äußerungen bestimmte Bewerber ernsthaft davon abhalten können, ihre Bewerbungen einzureichen, und damit ihren Zugang zum Arbeitsmarkt behindern.[55] Der Arbeitgeber hatte seine Äußerung damit begründet, dass die Kunden Bedenken hätten, Beschäftigten fremder Herkunft für die Dauer der Arbeiten Zugang zu ihren Privatwohnungen zu gewähren.

Die in den beiden Kopftuch-Fällen relevante Gleichbehandlungsrichtlinie legte der EuGH unter Berücksichtigung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und der Europäischen Menschenrechtskonvention aus. Über die Einhaltung der Europäischen Menschenrechtskonvention wacht der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR). Dieser hat bereits mehrmals zu Beschäftigten mit Kopftüchern[56] und Kreuzen[57] in privaten und öffentlichen Arbeitsverhältnissen sowie Studentinnen[58] und Schülerinnen[59] mit Kopftuch geurteilt. In *Chaplin* erklärte der EGMR die von einem kommunalen Krankenhaus gegenüber einer christlichen Krankenschwester ausgesprochene Weisung, ihr an einer Kette getragenes Kreuz abzunehmen, für rechtmäßig. Diese diene dem berechtigten Interesse, Verletzungen der Krankenschwester zu verhindern. Dagegen sah er aber in *Eweida* die Weisung von British Airways an eine Mitarbeiterin des Bodenpersonals, ihr an der Halskette getragenes Kreuz abzunehmen, nicht als rechtmäßig an. Das Interesse von British Airways, eine Corporate Identity ohne religiöse Symbole aufrechtzuerhalten, reiche als Rechtfertigungsgrund nicht aus.

Die EuGH-Urteile können sich auf die deutsche Rechtslage auswirken. Die Urteile binden zwar unmittelbar nur die belgischen und französischen Gerichte in ihren Urteilen zur Kündigung der Rezeptionistin und der Softwareentwicklerin wegen ihres Kopftuches. Bei der Anwendung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) sind deutsche Gerichte jedoch an die Rechtsprechung

---

54 Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft.

55 EuGH, Urteil vom 10. 7. 2008, Rs. C-54/07 – Feryn.

56 EGMR, Urteil vom 15. 2. 2001, Nr. 42393/98 (Dahlab ./. Schweiz); Urteil vom 29. 6. 2004.

57 EGMR: Urteil vom 15. 1. 2013, Nr. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10 (Eweida, Chaplin and others ./. The United Kingdom).

58 Nr. 44774/98 (Şahin ./. Türkei); Urteil vom 10. 11. 2005, Nr. 44774/98 (Şahin ./. Türkei).

59 EGMR, Urteil vom 4. 12. 2008, Nr. 27058/05 (Dogru ./. Frankreich), Urteil vom 4. 12. 2008, Nr. 31645/04 (Kervanci ./. Frankreich).

des EuGH insoweit gebunden, als durch dieses Gesetz die EU-Gleichbehandlungsrichtlinien[60] umgesetzt werden. Sofern Arbeitnehmer*innen in Deutschland wegen ihrer Religionszugehörigkeit nicht eingestellt oder gekündigt werden oder im Arbeitsverhältnis bestimmten ihrer Religionszugehörigkeit widersprechenden Weisungen folgen müssen, können sie sich auf das AGG berufen.

Vorstellbar ist nun, dass die Gerichte zukünftig Klagen von Musliminnen, die wegen ihres Kopftuches nicht eingestellt oder entlassen worden sind, auf Schadensersatz nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz abweisen werden, wenn der Arbeitgeber schriftlich die in Bezug auf Religion und Weltanschauung neutrale Ausrichtung seines Unternehmens festgelegt hat. Eine solche neutrale Ausrichtung könnte dann entsprechend dem Urteil des EuGH eine „wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung" (§ 8 AGG) darstellen und jedenfalls eine mittelbare Ungleichbehandlung rechtfertigen.

Zwar haben das BAG 2002 und das ArbG Berlin 2012, die bislang zum Kopftuch am privaten Arbeitsplatz zu entscheiden hatten, die Kündigung bzw. Nichteinstellung wegen des Kopftuches in den Einzelfällen für rechtswidrig gehalten. Nur das ArbG Berlin sprach sich aber deutlich gegen eine religiöse Neutralitätspflicht für Mitarbeitende der privatrechtlichen Zahnarztpraxis aus. Dagegen ließ das BAG das an eine Verkäuferin gerichtete Kopftuchverbot zu, wenn bedeutende wirtschaftliche Unternehmensinteressen dem Tragen des Kopftuches entgegenstünden.

Ebenso ist aber denkbar, dass die Gerichte bei Anwendung des AGG der Rechtsprechung des BVerfG zur Religionsfreiheit von kopftuchtragenden Musliminnen folgen werden.[61] Diese ist ja zuletzt vom BVerfG jedenfalls in Bezug auf Arbeitsplätze im öffentlichen Dienst zugunsten des Wunsches, auch am Arbeitsplatz ein Kopftuch zu tragen, ausgelegt worden. Allerdings wird rechtlich noch zu klären sein, inwieweit die deutschen Gerichte überhaupt bei der Anwendung des AGG in „Kopftuchfällen" deutsche Grundrechte berücksichtigen dürfen. Soweit das AGG nämlich „nur" die EU-Richtlinien umsetzt, wird die Auslegung des AGG maßgeblich von der Rechtsprechung des EuGH bestimmt. Da die EU-Gleichbehandlungsrichtlinien aber nur Mindeststandards für den Schutz der von Diskriminierung Betroffenen formulieren, können die deutschen Gerichte bei der Anwendung des AGG wohl auch der Religionsfreiheit einer wegen ihres Kopftuches gekündigten Frau zu Lasten der unternehmerischen Freiheit den Vorrang geben.

Jedenfalls dürften Erwartungen oder Interessen von Kund*innen, von Mitarbeiter*in-

[60] Richtlinie 2000/43/EG (Anti-Rassismus-Richtlinie), Richtlinie 2000/78/EG (Rahmenrichtlinie Beschäftigung), Richtlinie 2006/54/EG (Gender-Richtlinie 1), Richtlinie 2004/113/EG (Gender-Richtlinie 2).

[61] So auch Christian Rath: Kopftuch bei der Arbeit kann verboten werden, in: taz (15. 3. 2017).

nen ohne Kopftuch bedient zu werden, nur in absoluten eng begrenzten Ausnahmefällen eine rechtfertigende berufliche Anforderung im Sinne des § 8 AGG sein. Denkbar ist etwa, dass die Angestellten in Beratungsstellen, die vor allem mit geflüchteten muslimischen Frauen arbeiten, die auch durch die strengen Kleiderregeln in ihren Herkunftsländern traumatisiert sind, selbst kein Kopftuch tragen dürfen.

D. Kritik an den Entscheidungen

I. Reaktionen auf die Entscheidungen und die Schlussanträge

Das BVerfG rief mit seinem Beschluss, das Kopftuchtragen im Schuldienst nun grundsätzlich zu erlauben, Kritik ebenso wie Zustimmung hervor. Kritisiert wurde einerseits von denjenigen, die den Beschluss ablehnen, die „Überforderung" der Schule, weil diese nun die konkrete Gefährdung durch ein Kopftuch nachweisen müsse.[62] Ebenso wurde die Befürchtung geäußert, dass der Beschluss des BVerfG traditionalistische Gruppen stärke, die das Tragen des Kopftuches aus religiöser oder gesellschaftlicher Intoleranz oder Frauenfeindlichkeit propagierten und Druck auf muslimische Schülerinnen erzeugten.[63] Andererseits wurde von denjenigen, die den Beschluss grundsätzlich begrüßten, moniert, dass durch den Bezug auf den Schulfrieden die Zulässigkeit des Kopftuchtragens vom Willen der Eltern abhängig gemacht werde; wenn diese hinreichend laut protestierten, müsse einer Lehrerin das Tragen des Kopftuches untersagt werden. Zudem wurde im Lager der Befürworter*innen kritisiert, dass in Folge des Erfordernisses einer konkreten Gefahr des Schulfriedens das Ideal einer weltanschaulich vielfältigen Schule zu einer dramatischen Verrechtlichung der innerschulischen Verhältnisse führen könne.[64] Zuletzt wurde in Frage gestellt, dass von dem Kopftuch eine Gefahr ausgehen könne und die Entscheidung des BVerfG deshalb als dogmatischer Irrweg angesehen.[65]

Ebenso geteilt sind die Meinungen zu den Urteilen des EuGH. Die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände begrüßte sie, weil Arbeitgeber eine Arbeitsordnung erlassen können müssten, „die politische, philosophische und religiöse Neutralität gegen-

---

62 Stellungnahme des nordrhein-westfälischen Philologen-Verbandes zum Gesetzentwurf der Fraktion der SPD, der Fraktion der CDU und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Drucksache 16/8441 „Gesetz zur Sicherung von Schullaufbahnen und zur Weiterentwicklung des Schulrechts (12. Schulrechtsänderungsgesetz)", Landtagsanhörung 13. Mai 2015, Landtag, 16/2734, S. 2.

63 Verband Bildung und Erziehung Baden-Württemberg, Pressemitteilung vom 8. 7. 2015, www.vbe.de/presse/vbe-landespresse/baden-wuerttemberg/aktuell/aktuell-detail/article/vbe-wichtiger-als-das-was-auf-dem-kopf-ist-ist-das-was-im-kopf-drin-ist.html (letzter Aufruf 5. 7. 2016).

64 Christoph Möllers: A Tale of Two Courts, in: Verfassungsblog (14. 3. 2015), verfassungsblog.de/a-tale-of-two-courts (letzter Aufruf 5. 7. 2016).

65 Ute Sacksofsky: Kopftuch als Gefahr – ein dogmatischer Irrweg, in: Deutsches Verwaltungsblatt (2015), S. 801 ff.

über den Kunden gewährleistet."[66] Dagegen könnte das Urteil nach Einschätzung von Christine Lüders, Leiterin der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, muslimischen Frauen den Zugang zum Arbeitsmarkt erschweren. „Die Arbeitgeber in Deutschland sollten sich in Zukunft gut überlegen, ob sie sich durch Kopftuchverbote in ihrer Personalwahl einschränken wollen."[67] Dadurch würden muslimische Arbeitnehmerinnen, auch wenn der Arbeitgeber eine scheinbar neutrale Regelung träfe, dennoch diskriminiert.[68] Zuvor hatte Max Steinbeis in Verfassungsblog die Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston im Verfahren Bougnaoui gefeiert, da sie zeigten, dass Grenzmarkierungen, mit denen die Mehrheitsgesellschaft „Menschen anderer Herkunft, anderer Hautfarbe, anderen Glaubens, anderen Geschlechts, anderer sexueller Orientierung u. v. a." aus dem Blickfeld ihres Sich-Normal-Fühlens heraushält – „in der Europäischen Union keinen rechtlichen Bestand" haben.[69]

Das Urteil des ArbG Berlin hat in der Presse erstaunlich wenige Reaktionen hervorgerufen. Gerügt wurde, dass religiöse Konflikte an Schulen nicht gelöst werden könnten, indem man bestimmte Mitglieder aus der Schule verbannt. Das Kopftuch könne zwar „die Flagge des politischen Islam" aber auch Ausdruck eines religiösen Selbstbewusstseins sein. „Den Mühen dieser Unterscheidung braucht man sich mit dem Neutralitätsgesetz nicht auszusetzen."[70]

Dagegen führte das Urteil des VG Augsburg zu einer lebhaften Diskussion über religiöse Kleidung im Richter*innendienst. Zum einen wird argumentiert, die strikte Neutralität der Justiz sei umso zentraler,

> je mehr sich die Gesellschaft polarisiert. Wenn sich die Positionen verhärten – politisch, religiös, sozial –, dann wird die Bedeu-

[66] Philipp Saure / Anne-Béatrice Clasmann: Urteile lösen kontroverse Debatte aus, Weser Kurier (15. 3. 2017); ebenso zu den Schlussanträgen der Generalanwältin Kokott im Verfahren Achbita ./. G4S. Simone Schmollack: Schule ist für alle da, in: taz (1. 6. 2016), www.taz.de/!5306460 (letzter Aufruf 23. 3. 2017).

[67] Saure / Clasmann: Weser Kurier (15. 3. 2017). Kritisch gegenüber den Urteilen des EuGH auch Viola Teubert: Das Kopftuchverbot im privaten Arbeitsrecht und im öffentlichen Dienst – wo stehen wir im Moment?, in: Junge Wissenschaft im Öffentlichen Recht (21. 3. 2017), www.juwiss.de/32-2017 (letzter Aufruf 23. 3. 2017).

[68] Zur umfassenden Kritik an den Schlussanträgen der Generalanwältin Kokott aus antidiskriminierungsrechtlicher Sicht siehe Sophie Arndt: Eine Frage der „Neutralität"? Diskriminierungsschutz als Recht auf öffentliche Sichtbarkeit, in: Blog des Berliner Arbeitskreises Rechtswirklichkeit (17. 1. 2017), barblog.hypotheses.org/1448 (letzter Aufruf 23. 03. 2017). Siehe zudem die Amicus Curae-Briefe von Sabine Berghahn, des Netzwerkes gegen Diskriminierung und Islamfeindlichkeit / Inssan e. V., des Aktionsbündnisses muslimischer Frauen (AmF) und Birgit Sauer: www.muslimische-frauen.de/2016/10/kopftuchverfahren-vor-dem-europaeischen-gerichtshof (letzter Aufruf 23. 3. 2017).

[69] Maximilian Steinbeis: Kopftuchverbot am Arbeitsplatz als Diskriminierung, VerfBlog (13. 7. 2016), verfassungsblog.de/bougnaoui-diskriminierung-sharpston-kopftuch-eugh (letzter Aufruf 23. 3. 2017). DOI: dx.doi.org/10.17176/20160714-093754 (letzter Aufruf 23. 3. 2017).

[70] Heide Oestreich: taz (14. 4. 2016).

> tung der Gerichte als Streitschlichter zunehmen. Deshalb ist das äußere Bild einer unvoreingenommenen Richterschaft gerade jetzt so wichtig. Das wird nur ohne Kopftuch funktionieren.[71]

Zum anderen werden kopftuchtragende Richterinnen als „notwendige Zumutung" gesehen.[72] Eine solche Zumutung verlange die Grundrechtsdogmatik. Die individuelle Glaubensfreiheit sei ein elementares wertes Verfassungsgut, das mit entgegenstehenden verfassungsimmanenten Schutzgütern im Wege der praktischen Konkordanz in schonenden Ausgleich zu bringen sei. Der derzeit stark bemühte „Anschein der Neutralität" sei kein solches verfassungsimmanentes Gut.[73]

II. Analyse der Entscheidungen

Das BVerfG hat mit seinem Beschluss für das Kopftuchtragen im Schuldienst richtig entschieden; denn nur das Recht für Lehrpersonen, sich auch im Dienst religiös kleiden zu dürfen, wird der Religionsfreiheit gerecht. Die Ausübung individueller Grundrechte muss auch im öffentlichen Dienst und in staatlichen Institutionen möglich sein.

Die an den Staat gerichtete Neutralitätspflicht verlangt von diesem nicht, religiöse Sichtbarkeit aus seinem Bereich gänzlich zu verdrängen. Vielmehr steht der Staat den Religionen in offener, freundlicher Neutralität gegenüber. Eine Neutralitätspflicht in Form einer strikten Trennung von Staat und Religion lässt sich daher aus dem Grundgesetz nicht herleiten. Ein solche strikte Neutralität würde ja konsequenterweise nicht nur Religionsunterricht an staatlichen Schulen verbieten, sondern auch Schülerinnen wie Lehrern untersagen, in einer staatlichen Schule durch Kopftuch oder Kreuz Religion sichtbar zu machen. Dem steht aber entgegen, dass Religionsfreiheit – wie alle Grundrechte – der Einzelnen grundsätzlich das Recht gewährt, in den verschiedenen Lebensbereichen zu tun und zu lassen, was ihrem Glauben entspricht. Diese Freiheit kann selbstverständlich beschränkt werden, wenn Grundrechte anderer oder Verfassungswerte verletzt werden. Sie kann aber nicht pauschal beschränkt werden.

Religionsfreiheit verlangt in Deutschland also grundsätzlich, dass Bürger*innen auch im staatlichen Raum wie dem öffentlichen Dienst religiös aktiv sein dürfen. Zudem haben Grundrechte im demokratischen Prozess die Funktion, der Herrschaft der Mehrheit Schranken zu setzen und auf diese Weise den

---

[71] Wolfgang Janisch: Robe und Kopftuch vertragen sich nicht, in: SZ.de (12. 12. 2016, 17:46 Uhr); ebenso Tatjana Hörnle: Warum Vertrauen in die Neutralität der Justiz ein schützenswertes Verfassungsgut ist, in: VerfBlog 15. 1. 2017), verfassungsblog.de/warum-vertrauen-in-die-neutralitaet-der-justiz-ein-schuetzenswertes-verfassungsgut-ist (letzter Aufruf 23. 3. 2017).

[72] Dobrinski: SZ.de (1. 7. 2016).

[73] Aqilah Sandhu: Der „Anschein der Neutralität" als schützenswertes Verfassungsgut?, in: VerfBlog (9. 1. 2017), verfassungsblog.de/der-anschein-der-neutralitaet-als-schuetzenswertes-verfassungsgut (letzter Aufruf 23. 3. 2017). Frau Sandhu hat vor dem VG Augsburg gegen die Auflage geklagt, im juristischen Vorbereitungsdienst bei hoheitlicher Tätigkeit mit Außenwirkung kein Kopftuch tragen zu dürfen.

Schutz von Minderheiten zu gewährleisten. Muslim*innen sind in Deutschland in der Minderzahl, das Ausüben ihrer glaubensgeleiteten Handlungen ist in Deutschland noch keine Gewohnheit wie viele christlich motivierte Handlungen, so dass für sie der Schutz der Religionsfreiheit gerade auch im öffentlichen Raum ganz besonders gelten muss.

Anders verhält es sich zum Beispiel in Frankreich, wo Laizität als Verfassungsprinzip festgelegt ist. Die seit 1958 geltende französische Verfassung legt in Art. 2 fest: „Frankreich ist eine unteilbare, laizistische, demokratische und soziale Republik." Laizität bezeichnet die völlige Enthaltsamkeit des Staates in Weltanschauungsfragen. Der religiöse Bereich bleibt der privaten Sphäre überlassen und der Staat gewährleistet Religions- und Kirchenfreiheit. Diese Bestimmung stellt sich der Offenheit für eine öffentliche Religions- und Bekenntnisausübung auch in staatlich getragenen Einrichtungen entgegen und sucht die Religionsfreiheit tendenziell auf den privaten, persönlichen Bereich zu begrenzen.

Zwar ist es einerseits nachvollziehbar, mögliche Konflikte wegen der Religionszugehörigkeit an Schulen zum Anlass für ein grundsätzliches Verbot religiöser Kleidung von Lehrkräften an Grund- und weiterführenden Schulen zu nehmen. Lehrerinnen mit Kopftuch könnten in Situationen, wie sie an dem Berliner Gymnasium[74] beschrieben wurden, konfliktverschärfend wirken. Von den Lehrerinnen, die bislang mit Kopftuch unterrichtet haben (zum Beispiel in Hamburg und NRW), sind aber keine Probleme berichtet worden. Die Lehrerin mit Kopftuch könnte deshalb ebenso gut bei Konflikten wegen der Religion deeskalierend wirken.

Mit dem Kopftuch einer Lehrerin kann allerdings zudem ein weiteres Problem in die Schule kommen: Das Kopftuch verweist auf eine hierarchisch organisierte Geschlechterordnung, in der sich Frauen vor Männern das Haupt verhüllen müssen, nicht umgekehrt. Sehr pointiert hat sich Iris Radisch in der Zeit dazu geäußert:

> Die Eltern dürfen nun an zwei Fronten der liberalen Gesellschaft gegen Frauenbilder kämpfen, die den weiblichen Körper maßregeln und züchtigen: gegen die körperlichen Vorbilder einer verheerenden Modellindustrie und gegen das patriarchalische Weiblichkeitsideal des Islams [...]. Denn weder das übersexualisierte und abgemagerte *Girlie* noch die verschleierte Lehrerin sind überzeugende Entwürfe einer undressierten Weiblichkeit, die man seinen Töchtern gern mit auf den Lebensweg geben möchte.[75]

Verständlich ist es deshalb, wenn die Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft und Lehrerverbände fürchtet, dass aufgrund der nun durch das Bundesverfassungsgericht vorgegebenen Akzeptanz von Lehrerinnen

[74] Siehe oben, OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 27. 05. 2010 – 3 B 29/09.

[75] Iris Radisch: Nicht mit mir, in: Die Zeit 12/2015 (19. 3. 2015). Siehe zum möglichen Druck, der auf Mädchen in muslimischen Milieus ausgeübt werden könnte, auch VG Bremen, Beschluss vom 29. 4. 2015, 4 V 358/15. In dem Beschluss wird berichtet, dass der Imam in dem mittlerweile verbotenen Islamischen Kulturzentrum e. V. gepredigt habe, Väter sollten ihren Töchtern das Kopftuch befehlen.

mit Kopftuch Schülerinnen zunehmend unter Druck geraten könnten, Kopftücher tragen zu müssen.[76]

Andererseits ist aber entscheidend, dass die Religionsfreiheit gebietet, in Kauf zu nehmen, dass in Einzelfällen möglicherweise Konflikte auftreten können. Erst wenn die Kollision unterschiedlicher religiöser Überzeugungen an der Schule zu permanenten Konflikten führt, die kaum zu lösen sind – wie an dem Berliner Gymnasium, das im Urteil des Arbeitsgerichts Berlin beschrieben wird – kann es gerechtfertigt sein, religiöse Kleidung und andere religiöse Bekundungen von Lehrkräften grundsätzlich zu untersagen. Konsequenterweise müsste dann wohl auch religiöse Kleidung von Schülern und Schülerinnen untersagt werden.

Vergleichbares muss für das Kopftuchtragen im privaten Arbeitsverhältnis gelten. Insofern kritisiere ich das Urteil des EuGH zur belgischen Rezeptionistin.[77] Die Generalanwältin Kokott sah in dem Kopftuchverbot einen Ausfluss der Politik der religiösen und weltanschaulichen Neutralität des belgischen Unternehmens G4S. Diese liege innerhalb des unternehmerischen Beurteilungsspielraums, zumal

> es sich bei G4S um ein Unternehmen handelt, das bei verschiedensten Kunden aus dem öffentlichen wie privaten Sektor u. a. Bewachungs- und Sicherheitsdienste, aber auch Rezeptionsdienstleistungen erbringt und dessen Mitarbeiter bei allen diesen Kunden flexibel einsetzbar sein müssen.[78]
>
> Wegen der besonderen Art der dabei von der Belegschaft von G4S ausgeübten Tätigkeiten, die sich durch ständigen Kontakt von Angesicht zu Angesicht mit außenstehenden Personen kennzeichnen und für das Erscheinungsbild von G4S selbst, aber vor allem auch für das jeweilige Erscheinungsbild ihrer Kunden in der Öffentlichkeit prägend sind,[79]

dränge sich eine Neutralitätspolitik geradezu auf. Es gelte

> nicht zuletzt, den Eindruck zu vermeiden, dass die von einer Arbeitnehmerin durch ihre Kleidung öffentlich zur Schau gestellte politische, philosophische oder religiöse Überzeugung von Außenstehenden mit dem Unternehmen G4S bzw. mit einem von G4S versorgten Kunden in Verbindung gebracht oder gar diesem zugerechnet werden könnte.[80]

Dass aber Kund*innen aus der sichtbaren Religiosität einer Beschäftigten auf die Religiosität des sie beschäftigten Unternehmens schließen, mag zutreffen, wenn der Unter-

---

[76] Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft Nordrhein-Westfalen, Pressemittelung „Konfliktstoff Kopftuch – Urteil des Bundesverfassungsgerichts“ vom 21. 4. 2015, www.gew-nrw.de/themen-wissen/bildung-soziales/gleichstellung/detail-gleichstellung/news/konfliktstoff-kopftuch.html (letzter Aufruf 5. 7. 2016).

[77] Zur ausführlicheren Auseinandersetzung mit den Urteilen des EuGH vom 14. 3. 2017 siehe Sabine Berghahn: Kopftuchdebatte – und kein Ende, in: vorgänge – Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik 218 (im Erscheinen).

[78] EuGH, Schlussanträge vom 31. 5. 2016 Rechtssache C-157/15, Nr. 93 – 95.

[79] EuGH, Schlussanträge vom 31. 5. 2016 Rechtssache C-157/15, Nr. 93 – 95.

[80] EuGH, Schlussanträge vom 31. 5. 2016 Rechtssache C-157/15, Nr. 93 – 95.

nehmensvorstand sich religiös kleidet, erscheint bei einer Rezeptionistin eher unwahrscheinlich. Zu vielfältig ist in der Regel das Erscheinungsbild der im Außendienst Beschäftigten, selbst wenn ein Zwang zum

Business Dress besteht, als dass Kund*innen tatsächlich von dem individuellen Erscheinungsbild auf religiöse, politische oder weltanschauliche Haltungen der Unternehmensleitung schließen würde. Anders wäre es sicherlich, wenn in der Firmenzentrale Kreuze und *Qurʾān*-Suren hängen würden. Zudem stünden dem Unternehmen durch Verkündung seiner Firmenphilosophie auf Webseite, Broschüren etc. eine zumutbare Möglichkeit zur Verfügung, um den Kund*innen zu vermitteln, dass das Unternehmen nicht religiös geprägt ist, sondern lediglich die Religiosität und sonstigen Eigenheiten seiner Beschäftigten akzeptiert. Zumutbar wäre es für das Unternehmen ebenso wie für die Rezeptionistin selbst ebenfalls gewesen, von der Rezeptionistin zur verlangen, nur ein Kopftuch passend zum *Corporate Design* des Unternehmens zu tragen. Damit wäre die unternehmerische Freiheit nach Art. 16 der Europäischen Grundrechtecharta geschützt worden.

Restlos überzeugt war die Generalanwältin Kokott möglicherweise selbst nicht von ihrer Billigung eines Kopftuchverbotes am Arbeitsplatz, weil sie den Vorbehalt hinzugefügt hat, dass das Verbot nicht auf Stereotypen oder Vorurteilen gegenüber einer oder mehreren bestimmten Religionen oder gegenüber religiösen Überzeugungen im Allgemeinen beruhen dürfe.

Nachvollziehbar ist dagegen zwar – gerade vor dem Hintergrund der gegenwärtigen Kritik an der Europäischen Union – die Berücksichtigung der „nationalen Identität" durch die Generalanwältin: „In Mitgliedstaaten wie Frankreich, in denen der Laizismus Verfassungsrang hat und damit auch für das Zusammenleben in der Gesellschaft prägend ist," darf

> das Tragen sichtbarer religiöser Zeichen stärkeren Einschränkungen unterworfen werden [...] – und zwar auch im privaten Sektor und allgemein in der Öffentlichkeit – als in anderen Mitgliedstaaten, deren Verfassungsordnung in diesem Punkt andere oder weniger deutliche Akzente setzt.

Belgien ist aber *qua* Verfassung kein laizistischer Staat. Und selbst in Frankreich wird mit Blick auf den Diskriminierungsschutz kritisiert, wenn private Unternehmen Beschäftigen wegen ihres Kopftuches kündigen, um religiös und weltanschaulich neutral zu sein.[81]

[81] Sylvia Cleff Le Divellec: Der Fall „Baby Loup" – Frankreichs jüngste Etappe auf der Suche nach einem Zusammenspiel von Laizität und Diskriminierungsschutz, Universalismus und Multikultur, in: Rechtshandbuch für Frauen- und Gleichstellungsbeauftragte (11. 6. 2014), www.dasgleichstellungswissen.de/der-fall-%22baby-loup%22-(frankreich).html?src=5 (letzter Aufruf am 14. 4. 2017).

III. Umgang mit möglichen Konflikten

Für die denkbaren Konflikte sollten Lösungen gedacht werden: Schulen halte ich für einen Ort, an dem Konflikte in der Regel gut ausgehandelt werden können, weil hier mit Elternsprecher*innen, Schulkonferenz, Schüler*innen-Vertretung, Vertrauenslehrer*innen, Projekttagen, Konfliktlotsen etc. Mechanismen für das Entwickeln von Lösungen zur Verfügung stehen. Die Geübtheit der Schulen im Umgang mit Konflikten spiegeln die Schulgesetze wider, in denen zum Beispiel Team- und Konfliktfähigkeit zur notwendigen Eigenschaft einer Schulleiterin gemacht werden. In den Vorschriften über die Mitwirkungsgremien wird betont, dass Schülerinnen und Schüler, Eltern und Lehrer in vertrauensvoller Zusammenarbeit zusammenwirken sollen. Zudem bietet die Erziehungswissenschaft mit Studien zum Schulklima, zur Demokratiepädagogik und Konfliktbearbeitung Wissen und Instrumente für die Lösung von Konflikten an Schulen an, die dort zum Teil ja auch schon erprobt werden. Wenn an einer Schule religiös-motivierte Konflikte unter Schüler*innen bestehen und die Lehrerin mit ihrem Kopftuch nachweisbar konfliktverschärfend wirkt, kann selbstverständlich einer Lehrerin das Tragen ihres Kopftuches untersagt werden. Das kann zum Beispiel der Fall sein, wenn Jungen, die Mädchen ohne Kopftuch als unsittlich bezeichnen, sich dabei ausdrücklich auf die Lehrerin beziehen und diese nicht entgegensteuert.

Die Kultusministerkonferenz der Bundesländer empfahl den Schulen 1996, nicht Religionsausübung an der Schule einzuschränken, sondern der kulturell-religiösen Vielfalt mit dem Konzept der „Interkulturellen Bildung und Erziehung in der Schule“ zu begegnen:

> In der Auseinandersetzung zwischen Fremdem und Vertrautem ist der Perspektivwechsel, der die eigene Wahrnehmung erweitert und den Blickwinkel der anderen einzunehmen versucht, ein Schlüssel zu Selbstvertrauen und reflektierter Fremdwahrnehmung. Die durch Perspektivwechsel erlangte Wahrnehmung der Differenz im Spiegel des anderen fördert die Herausbildung einer stabilen Ich-Identität und trägt zur gesellschaftlichen Integration bei. Eine auf dieser Grundlage gewonnene Toleranz akzeptiert auch lebensweltliche Orientierungen, die mit den eigenen unvereinbar erscheinen, sofern sie Menschenwürde und -rechte sowie demokratische Grundregeln achten.[82]

Diese Empfehlung halte ich weiterhin für richtig, allerdings müssen die Schulen auch mit ausreichend und vor allem hinreichend geschulten Lehrkräften versorgt werden, die den Schüler*innen die Auseinandersetzung mit dem Fremden, Toleranz sowie Achtung von Menschenrechten vermitteln können.

[82] Kultusministerkonferenz: Interkulturelle Bildung und Erziehung in der Schule (Beschluss der Kultusministerkonferenz vom 25. 10. 1996 i. d. F. vom 5.12.2013).

E. Fazit

Zur Ausgestaltung der offenen, liberalen und pluralen Gesellschaft lohnt es sich, die mit Ausübung individueller Freiheiten möglicherweise auftretenden Konflikte in Kauf zu nehmen. Ein Zurückweisen der Freiheitsausübung ins Private ist keine Lösung eines freiheitlichen Staates.

Zugleich dürfen mögliche Probleme und Konflikte aber nicht verschwiegen werden:[83] Das Kopftuch kann auch Ausdruck eines politischen zum Beispiel von Salafisten propagierten Islams sein, jedenfalls verweist das von Musliminnen getragene Kopftuch immer auf männliche Dominanz. Diese Positionen werden von einer Lehrerin mit Kopftuch, unabhängig was ihre Motive sind, mit in die Schule getragen. Wie dennoch allen Mädchen und Jungen an Schulen tatsächlich ermöglicht werden kann, sich zu entwickeln, ohne sich familiären und/oder gesellschaftlichen Erwartungen an eine bestimmte Frauen- oder Männerrolle zu beugen, darauf muss nun das Hauptaugenmerk von Pädagog*innen-Verbänden, Politiker*innen, Wissenschaftler*innen etc. liegen. Das zulässige Kopftuchtragen von Lehrerinnen kann das Ringen um eine Erziehung jenseits der typischen, klischeebeladenen Rollenbilder erschweren; die entsprechenden Anstrengungen sind aber im Sinne der Religionsfreiheit und einer liberalen Gesellschaft in Kauf zu nehmen.

Dr. Kirsten Wiese ist Juristin, gegenwärtig hauptamtlich Lehrende an der Hochschule für Öffentliche Verwaltung in Bremen und Mitglied im Berliner Arbeitskreis Rechtswirklichkeit. Sie forscht zu den Themen „Verhältnis Staat – Religion“ und „Sozialverantwortlicher und ökologischer öffentlicher Einkauf“.

Dieser Beitrag gibt ausschließlich ihre persönliche Meinung wieder.

[83] Sehr anregend dazu Stefan Huster: Schweigen hilft nicht weiter, in: taz (6. 6. 2016).

ZRI 2016 (S. 43–67)

Kopftuchverbote für Lehrerinnen im Rückblick

Sabine Berghahn

1. Einleitung: Vom „Stück Stoff“ zum Politikum

Das „islamische Kopftuch“ war lange Zeit nur ein traditionelles Stück Stoff, das typischerweise einige türkische Putzfrauen trugen. Zum Politikum wurde es erst, als einzelne Lehramtsanwärterinnen es zu tragen begannen und damit in anspruchsvollere und attraktivere Berufspositionen des öffentlichen Dienstes strebten. Skandalisiert wurde das Tragen der religiös konnotierten weiblichen Kopfbedeckung durch Politik und Medien, als Fereshta Ludin, die sich in Baden-Württemberg für eine Stelle als beamtete Lehrerin beworben hatte, wegen ihres Tuchs als „ungeeignet“ abgelehnt wurde und sich gerichtlich dagegen wehrte. Damit begann 1998 der sogenannte Kopftuchstreit in Deutschland.

Ludins Fall rief vor allem deshalb Medienresonanz und juristisches Interesse hervor, weil sie trotz der Niederlagen in allen Instanzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit hartnäckig blieb und bis zum Bundesverfassungsgericht ging.[1] Besonderen Zündstoff brachte Alice Schwarzers Zeitschrift EMMA ein, die schon früh besonders kritisch über die afghanisch-stämmige „Kopftuchlehrerin“ berichtete und ihrem Kopftuch unterstellte, ein Symbol für die Unterdrückung von Frauen und die Propaganda der Ungleichberechtigung zu sein.[2] Später legte Schwarzer höchstpersönlich nach und bezeichnete das Kopftuch u. a. als „Flagge des politischen Islamismus“.[3] So wurde Fereshta Ludin zur Galionsfigur der Stigmatisierung wegen des Kopftuchs.[4] Die Kopfbedeckung sahen und sehen die Gegner/innen nicht einfach als religiös konnotiertes Kleidungsstück und persönliches Bekenntnis zum Islam an, so wie manche Menschen ein kleines goldenes Kreuz oder einen Davidstern als Kettenanhänger tragen. Vielmehr wurde das Kopftuch zum Symbol für islamischen Fundamentalismus, für die gesellschaftliche Distanzierung von liberalen Prinzipien und von der Gleichberechtigung der Geschlechter sowie zum Banner einer muslimischen Parallelgesellschaft erklärt.

Seit der Ablehnung von Fereshta Ludin für den Schuldienst in Baden-Württemberg (BW) im Jahre 1998 sind 18 Jahre vergangen, der Kopftuchstreit hat bereits eine län-

[1] Vgl. Ludins Lebensgeschichte aus eigener Perspektive: Fereshta Ludin / Sandra Abed: Enthüllung der Fereshta Ludin. Die mit dem Kopftuch, Berlin 2015.

[2] EMMA: Die Kopftuchlüge (Januar / Februar 1999), S. 62–67.

[3] Z. B. in der Talk-Show von Sandra Maischberger, vgl. Die Welt (13. 10. 2010), www.welt.de/fernsehen/article10257942/Alice-Schwarzer-Kopftuch-Scharia-und-Machokultur.html (letzter Aufruf 8. 2. 2016).

[4] Vgl. Florian Kreutzer: Stigma „Kopftuch“. Zur rassistischen Produktion von Andersheit, Bielefeld 2015.

gere Rechtsgeschichte hinter sich gebracht: Zu verzeichnen sind weitere Fälle von gerichtlich klagenden Lehrerinnen, Lehramtsbewerberinnen oder Studienreferendarinnen, nachdem sie als Bewerberinnen abgelehnt oder als praktizierende Lehrerinnen beamtenrechtlich diszipliniert oder arbeitsrechtlich abgemahnt und gekündigt wurden. Wer abgelehnt oder entlassen wurde, erhielt faktisch ein „Berufsverbot", als Lehrerin im Staatsdienst zu arbeiten, wie es auch angebliche „Verfassungsfeinde" und „Extremisten" beiderlei Geschlechts in den 1970er und 1980er Jahren erhalten haben, wenn sie wegen „radikaler" politischer Ansichten oder Umtriebe aus dem Staatsdienst entfernt oder gar nicht erst in diesen aufgenommen wurden.[5] Die Klagen von Musliminnen mit Kopftuch, die sich vergeblich für den Schuldienst beworben hatten oder sich gegen Sanktionierung oder Entlassung wehrten, scheiterten vor den Gerichten der Verwaltungs- oder Arbeitsgerichtsbarkeit, jedenfalls in höherer Instanz.[6] Aber nicht alle gaben auf, und so gelangten zwei weitere Verfassungsbeschwerden 2010 nach Karlsruhe. Sie führten schließlich zu einer Entscheidung des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) am 27. Januar 2015, die bezüglich der Kernaussage gegensätzlich zum ersten Verfassungsgerichtsurteil des Zweiten Senats vom 24. September 2003 ausfiel.[7]

Neben den zwei Entscheidungen des BVerfG liegt Rechtsprechung von Landesverfassungsgerichtshöfen aus Hessen und Bayern[8] sowie international vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg (EGMR) vor, wobei die Beschwerden aus der Schweiz, der Türkei und Frankreich stammten.[9] Es wurden juristische Aufsätze,

---

5 Vgl. Sabine Berghahn: Berufsverbote im Wandel der Zeiten, in: Das Recht in guter Verfassung? FS für Martin Kutscha, hrsg. von Fredrik Roggan und Dörte Busch, Baden-Baden 2013, S. 265–277. Und Gabriele Boos-Niazy: Déjà vu, in: Manifest der Vielen. Deutschland erfindet sich neu, hrsg. von Hilal Sezgin, Berlin 2011, S. 175–184.

6 Z. B. in NRW VG Düsseldorf v. 05. 06. 2007, Az. 2 K 6225/06; ArbG Düsseldorf v. 29. 06. 2007, 12 Ca 175/07; ArbG Herne v. 07. 03. 2007, 4 Ca 3415/06; VG Düsseldorf v. 14. 08. 2007, 2 K 1752/07; VG Aachen v. 09. 11. 2007, 1 1466/07; LAG Düsseldorf v. 10. 04. 2008, 5 Sa 1836/07, in: BB 2008, 889; LAG Hamm v. 16. 10. 2008, 11 Sa 280/08; VG Köln v. 22. 10. 2008, 3 K 2630/07 und weitere. In BW vgl. VG Stuttgart v. 07. 07. 2006, 18 K 3562/05, NVwZ 2006, 1444 ff. Hier hatte die Kopftuch tragende Lehrerin, Doris Graber, noch Erfolg, weil das Gericht ein Vollzugsdefizit an Gleichbehandlung mit vereinzelten Nonnen im Habit feststellte, in den höheren Instanzen scheiterte die Muslima jedoch, VGH Mannheim v. 14. 03. 2008, 4 S 516/07; BVerwG v. 16. 12. 2008, 2 B 46.08.

7 Urteil des Zweiten Senats des BVerfG vom 24. 09. 2003, Az. 2 BvR 1436/02, BVerfGE 108, 282 ff; Beschluss des Ersten Senats des BVerfG vom 27. 01. 2015, Az. 1 BvR 471/10, 1 BVR 1181/10.

8 Bayerischer Verfassungsgerichtshof vom 15. 01. 2007, Vf. 11-VII-05, Popularklage, NVwZ 2008, 420 ff; Staatsgerichtshof des Landes Hessen, Normenkontrollverfahren P. St. 2016, Entscheidung vom 10. 12. 2007, NVwZ 2008, 199 ff. Zu Hessen vgl. Ute Sacksofsky: Kopftuchverbote in den Ländern – am Beispiel des Landes Hessen, in: Der Stoff, aus dem Konflikte sind. Debatten um das Kopftuch in Deutschland, Österreich und der Schweiz, hrsg. von Sabine Berghahn und Petra Rostock, Bielefeld 2009, S. 275–293.

9 Z. B. EGMR vom 5. 2. 2001, Lucia Dahlab v. Switzerland, Nr. 42393/98 (Schweizer Lehrerin); EGMR v. 10. 11. 2005, Leyla Şahin v. Turkey, Nr. 44774/98 (türkische Studentin); EGMR v. 4. 12. 2008, Dogru u. Kervanci v. Frankreich, Nr. 27058/05 (Schülerinnen);

Bücher, Gutachten, Dissertationen und Kommentierungen geschrieben, darüber hinaus beschäftigt der sog. Kopftuchstreit zahlreiche journalistisch oder sozialwissenschaftlich involvierte Professionsvertreter/innen. Die deutlichste Spur des „islamischen Kopftuchs" im Rechtsstaatsgefüge hinterließ jedoch die Gesetzgebung in acht von 16 Bundesländern, in denen nach dem ersten Kopftuchurteil des BVerfG von 2003 das Tragen religiöser, weltanschaulicher und politischer Kleidungsstücke oder Symbole für Lehrkräfte verboten wurde.[10] Im Wortlaut der novellierten Schulgesetze taucht der Begriff „Kopftuch" nicht auf und wird die intendierte Stoßrichtung allein gegen das islamische Kleidungsstück nicht deutlich, aus den Debattenbeiträgen in den Landesparlamenten und Gesetzesbegründungen geht die Absicht jedoch hervor.[11] In manchen Bundesländern, nämlich Berlin und Hessen, wurden sogar Kleidungsverbote über die Schule hinaus für andere Berufspositionen im öffentlichen Dienst gesetzlich angeordnet.[12]

Seit der zweiten verfassungsgerichtlichen Entscheidung von 2015 sind bald zwei Jahre vergangen, ohne dass der Regelungsgehalt der neuen Entscheidung vollständig und der Problematik angemessen in die Praxis umgesetzt worden wäre. Dies dient hier als Anlass, Bilanz zu ziehen und zurückzublicken auf die zwölf Jahre zwischen dem ersten Kopftuchurteil von 2003 und der zweiten Entscheidung des BVerfG von 2015. Damit verbunden ist die Frage, wie es 2003 zum ersten Kopftuchurteil kam, warum der individuelle Rechtsschutz für muslimische Pädagoginnen faktisch leerlief, warum erst die zweite Entscheidung diesen Rechtsschutz wenigstens für die Zukunft vorschreibt und vom Grundsatz her rechtsstaatliche Normalität wiederherstellt. Mit dem verfassungsgerichtlichen Beschluss[13] vom Januar 2015 wurde die Möglichkeit, durch Landesschulgesetze Lehrerinnen an staatlichen Schulen das Kopftuchtragen pauschal zu verbieten, aufgehoben. Lässt sich daraus aber auch folgern, dass die Rechtslage wieder „auf Anfang" gesetzt ist? Lässt sich die Wirkung des ersten Kopftuchurteils und der Gesetzgebung samt Praxis in den acht Bundesländern einfach „aufheben"? Diesen Fragen soll im Folgenden nachgegangen werden.

EGMR v. 1. 7. 2014, S.A.S. c. France, Nr. 43835/11, (Burkaverbot Frankreich).

[10] Vgl. Christian Henkes / Sascha Kneip: Die Plenardebatten um das Kopftuch in den deutschen Länderparlamenten, in: Der Stoff, aus dem Konflikte sind, hrsg. von Sabine Berghahn und Petra Rostock, Bielefeld: 2009, S. 249–274.

[11] Vgl. z. B. NRW LT-Drs. 14/569, S. 9 und LT-Drs. 13/4564, S. 8; BW Gesetzentwurf der Landesregierung, LT 13/2793, S. 7.

[12] Für Berlin vgl. Gesetz zu Artikel 29 der Verfassung von Berlin und zur Änderung des Kindertagesbetreuungsgesetzes vom 27. 1. 2005, sog. Neutralitätsgesetz; Hessen vgl. in Bezug auf Beamt/innen Gesetz zur Sicherung der staatlichen Neutralität vom 18. 10. 2004 sowie auf Lehrkräfte nach dem Schulgesetz. In Baden-Württemberg wurde im Kindergartengesetz 2006 eine analoge Regelung zu der im Schulgesetz getroffen.

[13] „Beschluss" ist eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung, „Urteil" heißt dagegen eine Entscheidung nach mündlicher Verhandlung.

2. Das erste Kopftuchurteil (des Zweiten Senats) von 2003: ein Kompromiss aus Gründen der Mehrheitsfindung im Senat

Auch wenn es nicht die von der Senatsmehrheit empfohlene Umgangsweise mit dem Kopftuch der Lehrerin sein sollte, eröffnete doch das Urteil des BVerfG überhaupt erst die Möglichkeit pauschaler landesgesetzlicher Verbote für den Schulbereich. Als das Urteil am 24. September 2003 verkündet wurde, war das Experten- und Laienpublikum gleichermaßen überrascht. Denn die Möglichkeit, dass Bundesländer eigene gesetzliche Grundlagen schaffen könnten, um religiöse und weltanschauliche Kleidungsstücke oder (am Körper getragene) Symbole aus der Schule zu verbannen, war bis dahin nicht in Betracht gezogen worden, hielt man doch eine überall einheitliche Reichweite der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit des Art. 4 Grundgesetz (GG) für selbstverständlich. Zwar ist das Schulwesen Ländersache, jedoch spielen trotz der Föderalismusreform von 2006 sowohl im Beamtenrecht als auch im Arbeitsrecht Bundeskompetenzen eine vereinheitlichende Rolle bei grundsätzlichen normativen Festlegungen. Das Grundgesetz muss ohnehin überall beachtet werden und kann durch Landesgesetze oder Landesverfassungen nicht außer Kraft gesetzt werden.[14] Warum dann also diese Verschiebung der Kopftuchproblematik in die Landeskompetenz?

Betrachtet man das Urteil des BVerfG von 2003 genauer, so drängt sich der Eindruck auf, dass es ein „rettender“ Kompromiss sein sollte, den die liberale Richtergruppe im Zweiten Senat mit einem weiteren Senatsmitglied eingegangen ist, um eine Mehrheit von 5 : 3 Stimmen bilden zu können und zu verhindern, dass Ludins Verfassungsbeschwerde mit einem 4 : 4-Votum abgewiesen wird. Bei Stimmengleichheit ist ein Antrag, in diesem Fall die Verfassungsbeschwerde, nämlich abgelehnt (vgl. § 15 Abs. 4 BVerfGG). Eine solche Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde wäre aus liberal-pluralistischer Sicht ein äußerst problematisches Signal gewesen, weil Schul- und andere Behörden sowie Gerichte das Kopftuchtragen als solches in jedem Einzelfall dann ohne weiteres hätten sanktionieren und u.U. als „verfassungsfeindliches“ Verhalten – ähnlich wie bei den Berufsverboten der 1970er- und 1980er-Jahre – hätten einstufen können. Bewerberinnen hätten dann generell und ohne großen argumentativen Aufwand – überall im öffentlichen Dienst – wegen „mangelnder Eignung“ abgelehnt werden können, so wie es im Fall von Fereshta Ludin geschehen war. Nach den islamistisch motivierten Terrorangriffen vom 11. September 2001 in den USA war das Klima auch in Deutschland ohnehin schon islamfeindlich geprägt, Muslime wurden teilweise unter Generalverdacht gestellt. Ein abweisendes Urteil des BVerfG wäre vermutlich als Freibrief für den religionsbedingten Ausschluss von Musliminnen

[14] Bei Divergenz gilt der Grundsatz des Art. 31 GG: „Bundesrecht bricht Landesrecht.“

mit Hijab aus dem öffentlichen Dienst oder sogar aus dem Erwerbsleben der qualifizierten Berufe verstanden worden; das hätte die gesellschaftliche Atmosphäre noch weiter vergiftet.

Das Minderheitsvotum dreier Richter des Zweiten Senats[15] verdeutlicht, welche Auffassung sich bei einer Patt-Abstimmung wohl allgemein durchgesetzt hätte. Nach Auffassung dieser Richter war nicht einmal ein explizites Gesetz erforderlich, um Lehrerinnen (und anderen Berufsgruppen im Staatsdienst) das Tragen der islamischen Kopfbedeckung pauschal zu verbieten. Sie sahen keinen schwerwiegenden Eingriff in das Grundrecht von Fereshta Ludin, weil diese als Bewerberin für eine Beamtenstelle ohnehin einen funktionell begrenzten Grundrechtsschutz besitze.[16] Zudem sei das Kopftuch ein Symbol, welches politisch höchst problematisch aufgeladen sei und somit aus sich selbst heraus bereits im Sinne einer Gegnerschaft zur Gleichberechtigung, zur religiösen Neutralität des Staates und zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung verstanden werde.[17] Ein entscheidender Unterschied zwischen der kompromisshaften Senatsmehrheit und der das Kopftuch strikt ablehnenden Minderheit bestand also darin, dass nach Ansicht der Minderheit keine (zusätzliche und explizite) gesetzliche Grundlage erforderlich gewesen wäre, um alle Hijab tragenden Lehrerinnen in Deutschland vom staatlichen Schuldienst auszuschließen. Der Kompromiss der Senatsmehrheit betonte dagegen das Prinzip, dass bei Eingriffen in Grundrechte – auch im Fall von Staatsdiener/inne/n – eine gesetzliche Grundlage vorhanden sein muss, welche die wesentlichen Voraussetzungen für den Eingriff festlegt.[18]

Die Senatsmehrheit sah zwei Möglichkeiten für den Umgang der Bundesländer mit dem Tuch: Entweder bleibt alles beim alten, wenn das Landesparlament kein Gesetz zur Verbannung religiös oder weltanschaulich konnotierter Kleidung oder Zeichen verabschiedet; dann kann weiter nur im Einzelfall eine ablehnende oder disziplinierende Entscheidung ergehen, sofern die einzelne Bewerberin oder Lehrerin dazu Veranlassung gibt, z. B. missionierend auftritt, Andersgläubige benachteiligt oder sich gegen die Gleichberechtigung von Mädchen und Frauen ausspricht. In einem solchen Fall bestünde eine konkrete Gefahr der wiederholten Verletzung der staatlichen Neutralitätspflicht, eine Bedrohung für den Schulfrieden oder die Grundrechte von Schüler/inne/n oder Eltern (in Bezug auf deren „negative“ Glaubensfreiheit). Oder aber das Bundesland nutzt die andere Möglichkeit, nämlich die des pauschalen Verbots, religiöse Kleidung oder Symbole zu tragen. Dieses dürfe aufgrund der Annahme einer „abstrakten“ Gefahr für die erwähnten Rechtsgüter gesetzlich erlassen werden. Diese neue Option sollte das Lan-

[15] Die Richter Jentsch, Di Fabio und Mellinghoff formulierten ein abweichendes Votum, das im Anschluss an die Mehrheitsentscheidung sowohl auf der Webseite des BVerfG als auch im 108. Band der gedruckten Entscheidungssammlung des Gerichts zu finden ist.

[16] Abweichende Meinung zum Urteil vom 24. 9. 2003, Rn. 76.

[17] Ibid. Rn. 102 ff., 102, 104, 115, 117, 121.

[18] Mehrheitsvotum, Rn. 57.

desparlament eröffnen können, wenn es dies für notwendig hält, um anlässlich zunehmender religiöser Pluralität in der Bevölkerung und des damit verbundenen gesellschaftlichen Wandels eine „Neubestimmung des zulässigen Ausmaßes religiöser Bezüge in der Schule“ vorzunehmen; das mache auch Beschränkungen der Bekenntnisfreiheit möglich.[19]

Einerseits wurde so die Entscheidung vom Einzelfall in die Landesgesetzgebung verschoben, andererseits nahm die Senatsmehrheit wohl an, dass gerade die südlichen und westlichen Bundesländer, in denen christliche Traditionen besonders hochgehalten werden, nicht den Weg des pauschalen Verbots religiöser Bekundung gehen würden, weil sie dann alle Religionen und Konfessionen gleich behandeln und so auch das Bekenntnis zum Christentum radikal aus der Schule verbannen müssten. Die Gleichbehandlung der Religionen war nämlich als einziges Kriterium zur Ausgestaltung der Verbotsoption im Urteil verankert worden.[20] Mit dieser Option sollte der legislativen Demokratie auf Bundesländerebene eine politische Annäherung an das laizistische Modell Frankreichs einer strikten Trennung zwischen Staat und Religion, zwischen öffentlicher und privater Sphäre angeboten werden. Es gibt in den regionalen Ausprägungen der deutschen Parteienlandschaft und Zivilgesellschaft durchaus solche strikt säkularistischen Strömungen vor allem in den nördlichen und östlichen Bundesländern. Ein laizistisches Regime zumindest für die öffentlichen Schulen wird von vielen Zeitgenoss/inn/en schon lange gewünscht und als probate Reaktion auf die zunehmende Vielfalt angesehen.

Tatsächlich wandten sich in der Folgezeit die nördlichen Bundesländer Berlin und Bremen, formal gesehen auch Niedersachsen, dem strikt säkularen Modell zu und verboten für Lehrer/innen jegliche (sichtbare religiöse oder weltanschauliche) Zeichen und Kleidungsstücke. Ihnen waren jedoch hinsichtlich der Verbote einige christlich-konservativ geprägte Bundesländer zuvorgekommen oder folgten ihnen nach.[21] So wurden in Baden-Württemberg, dem Saarland, Hessen, Bayern und Nordrhein-Westfalen landesgesetzliche Verbote geschaffen, die sich – wenn auch ohne Nennung des islamischen Kopf-

[19] So der zweite Leitsatz des Urteils vom 24. 9. 2003, Mehrheitsvotum Rn. 62 ff, 64.

[20] Mehrheitsvotum, Rn. 71.

[21] Nach der Reihenfolge der Gesetzesverabschiedung verankerten folgende Bundesländer Kleidungsverbote für Lehrkräfte: Baden-Württemberg, Änderung des Schulgesetzes vom 1. 4. 2004, GBl. 2004, S. 178, Änderung des Kindergartengesetzes vom 14. 2. 2006, GBl. 2006, S. 30; Niedersachsen: Änderung des Schulgesetzes vom 29. 4. 2004, GVBl. 2004, S. 140–142; Saarland: Änderung des Schulgesetzes vom 23. 6. 2004, Amtsblatt 2004, S. 1510; Hessen: Gesetz zur Sicherung der staatlichen Neutralität v. 18. 10. 2004, GVBl. 2004 I, S. 306 (gilt für Lehrkräfte und generell für Beamte); Bayern: Änderung des Schulgesetzes v. 23. 11. 2004, GVBl. 2004, S. 443; Berlin: „Neutralitätsgesetz“ v. 27. 1. 2005, GVBl. 2005, S. 92 (gilt für Lehrkräfte sowie Beamte in der Justiz, im Strafvollzug und in der Polizei), ebenso Änderung des Kita-Gesetzes vom 23. 6. 2005, GVBl. 2005, S. 322 (kein Verbot, aber Verbotsmöglichkeit); Bremen: Änderung des Schulgesetzes vom 28.6.2005, Brem. GBl. 2005, S. 245; Nordrhein-Westfalen: Änderung des Schulgesetzes vom 13. 6. 2006, GVBl. 2006, S. 270.

tuchs – einseitig gegen dieses richteten und für christlich-abendländische Bekundungen oder Werte und Traditionen Ausnahmen vorsahen. Intentional sollte damit das Tragen des Nonnenhabits, der jüdischen Kippa oder des Kreuzes oder Davidsterns an einer Halskette weiterhin ermöglicht werden.

In den anderen acht Bundesländern wurden keine landesrechtlichen Regelungen getroffen, so dass dort nach dem Grundgesetz die allgemeine Regel weitergalt, dass das Kopftuchtragen nur nach Einzelfallprüfung untersagt werden kann. Treten Probleme auf, so wird geprüft, ob sich durch das Verhalten der Kopftuch tragenden Person eine „konkrete Gefahr" für die relevanten Rechtsgüter oder Grundrechte anderer Menschen ergibt, dann könnte das Kopftuchtragen dieser Person verboten werden, oder eine Bewerberin für eine Stelle in der Schule oder allgemein im öffentlichen Dienst könnte abgelehnt werden. Die fünf neuen Bundesländer in Ostdeutschland verabschiedeten hingegen keine Kopftuch- bzw. religiösen Kleidungsverbote. Zum einen, weil es keine bedeckten Bewerberinnen für das Lehramt gab und auch sonst kaum Muslime dort lebten, zum anderen vermutlich auch, um nicht an die Konflikte des SED-Regimes mit den christlichen Kirchen zu erinnern oder um nicht anti-religiöse Strömungen in der weitgehend nicht-religiösen Bevölkerung zu beflügeln. Einige Bundesländer im Westen entschieden sich in den Regierungen und Parlamenten mehrheitlich gegen religiöse Kleidungsverbote oder brachten keinen entsprechenden Gesetzesentwurf ein. Bisweilen blockierten sich die großen Parteien CDU und SPD derartig, dass man das Risiko einer Abstimmungsniederlage nicht eingehen wollte. Das bedeutete aber nicht, dass Lehramtsbewerberinnen oder Bewerberinnen für andere Positionen mit Kopftuch problemlos in den öffentlichen Dienst gekommen wären, denn die anti-muslimischen Ressentiments gab und gibt es nahezu überall in Deutschland.

Zurück zur verfassungsgerichtlichen Abwägung: Die Mehrheit im Zweiten Senat hatte das Modell der legislativen Pauschalverbote religiöser Kleidung nicht empfohlen, aber möglich gemacht. Sie hatte dem Kompromisscharakter des Richterspruchs Ausdruck verliehen durch die beiden sich eigentlich widersprechenden Leitsätze, dass zwar Ludins Grundrecht der Bekenntnisfreiheit (Art. 4 GG) verletzt worden sei durch die Ablehnung wegen des Kopftuchtragens, die Bundesländer aber für die Zukunft Verbotsregelungen für die Schule hinsichtlich religiöser Kleidung schaffen dürften. Warum war der Kompromiss verfassungsrechtlich problematisch? Zunächst wurde betont, dass Art. 4 Abs. 1 und 2 GG vorbehaltlos die Glaubens- und Bekenntnisfreiheit einschließlich der freien Religionsausübung garantiert, ebenso wie auch den gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern gemäß Art. 33 Abs. 2 und 3 GG. Es ist ein anerkannter Verfassungsgrundsatz, dass vorbehaltslos garantierte Grundrechte nur eingeschränkt werden dürfen, wenn Grundrechte anderer Personen oder herausragend wichtige Gemeinschaftsgüter in der konkreten Konstellation höherrangig zu bewerten sind. Aus diesem Grund

kam es zur mehrheitlichen Feststellung, dass Fereshta Ludins Recht verletzt worden sei, ihre Zugehörigkeit zum Islam durch Tragen des Kopftuchs auszudrücken und der subjektiv bindend empfundenen Pflicht zur Bedeckung nachzukommen. Zwar tragen keineswegs alle Musliminnen eine solche Kopfbedeckung. Jedoch erkennt die deutsche Verfassungs- und verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung an, dass Menschen den für sie verbindlich erachteten Glaubens- und Bekenntnisregeln folgen dürfen, sofern dies nicht nach Verfassungsrang Rechte anderer oder Pflichten der Person verletzt. Wird nun aber ein Verbotsgesetz im Hinblick auf religiös konnotierte Kleidung bei Lehrkräften erlassen, so schränkt dies die vorbehaltlos garantierte Bekenntnisfreiheit von Musliminnen ein, die sich zur Bedeckung verpflichtet fühlen, ohne dass eine hinreichend konkrete Gefahr für Grundrechte anderer Menschen oder herausragend wichtige Rechtsgüter vorliegt. Problematisch ist also die Pauschalität des Verbots, die mit dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit (Maßstäbe: Geeignetheit des Eingriffs, Erforderlichkeit, Angemessenheit) nicht in Einklang zu bringen ist. Bereits die Rechtfertigung für den Eingriff in die vorbehaltlos garantierte Bekenntnisfreiheit ist zweifelhaft, denn es bleibt unklar, warum eine „abstrakte“ Gefahr so bedrohlich für den Schulfrieden, die staatliche Neutralität oder Grundrechte anderer Personen sein soll, dass man ihr nicht mit milderen Mitteln begegnen kann, obwohl sie doch keine „konkrete“ Gefahr ist. Eine solche konkrete Gefahr ist in den anderen Bereichen des öffentlichen Rechts erforderlich, damit eine Maßnahme gegen eine Person, etwa einen „Störer“ im Polizeirecht, ergriffen werden und ihr Grundrecht eingeschränkt werden darf. Worin aber besteht die Gefahr beim Tragen eines Kopftuchs, wenn die Lehrerin sich in Reden und Handeln tadellos verhält? Besonders fragwürdig ist also der fehlende Bezug des generellen Verbots zum individuellen Verhalten der Person, denn Grundrechte sind in erster Linie individuelle Rechte. Die Grundrechtsbetätigung der einzelnen Person muss in die Abwägung einbezogen werden; das kann nicht ohne Einzelfallbetrachtung geschehen.

Zudem trifft das Kleidungsverbot Musliminnen einseitig; theoretisch könnten jüdische Männer mit Kippa oder Angehörige der Sikh-Religion, die einen Turban tragen möchten, als Lehrkräfte betroffen sein, aber derartige Konfliktfälle sind im deutschen Schuldienst nicht bekannt geworden. Christliche Nonnen, die in Ordenstracht allgemeinbildenden Unterricht erteilen, existieren allenfalls noch in extrem geringer Zahl (2–3 Personen); diese Statusform ist praktisch ausgelaufen. Andere Religionen oder Konfessionen, insbesondere die zahlenstarken christlichen Gemeinschaften, propagieren für ihre Mitglieder in Deutschland heutzutage keine vergleichbaren Bedeckungsregeln im Alltag. An die islamische Bedeckungsobliegenheit fühlen sich zwar nicht alle Musliminnen gebunden, jedoch eine durchaus beachtliche Anzahl. Auch muslimische Männer sollen

sich nach den Regeln des Islam bedecken, jedoch betrifft es nicht wie bei Frauen ihr Haar, den Nacken und die Ohren. Ohnehin verlangen nicht alle Rechtsschulen im Islam eine derartige Verhüllung von Frauen, was Kopftuchgegner/innen oftmals als Argument gegen den Schutz des Sich-Bedeckens durch die garantierte Bekenntnisfreiheit gemäß Art. 4 GG verwenden. Die Einwendung ist jedoch nicht überzeugend, da es gemäß deutscher Verfassungsdogmatik ausreicht, dass eine solche Bekleidungspraxis von anerkannten geistlichen Interpreten im Islam als religiöse Obliegenheit[22] angesehen wird. Somit erfüllt ein Kopftuchverbot – generalisiert als Verbot des Tragens religiös konnotierter Kleidung oder Symbole – den Tatbestand der (unmittelbaren) Diskriminierung wegen der Religion und (der mittelbaren Diskriminierung) wegen des Geschlechts, weil aus der Religion die Bedeckungsregel hervorgeht, aber die Religion ihrerseits zwischen Frauen und Männern unterscheidet. Zwar betonte die Senatsmehrheit 2003, dass alle Religionen und Konfessionen gleich behandelt werden müssten,[23] jedoch ergibt sich die Ungleichbehandlung aus den ungleichen Geboten der Religionen selbst, die beim Bekenntnis zur jeweiligen Religion in unterschiedlichem Ausmaß auf äußerlich erkennbare Zeichen oder bestimmte Bedeckungs- oder Bekleidungsregeln rekurrieren. Die Bekenntnisfreiheit und die freie Religionsausübung erfordern daher folglich eine Rücksichtnahme des Staates und ggf. auch privater Arbeitgeber auf solche spezifischen Bedeckungs- und Bekleidungsgebote.

Selbstverständlich kannte die Senatsmehrheit 2003 die gefestigte liberal-rechtsstaatliche Dogmatik zur Bekenntnisfreiheit. Somit muss den Beteiligten auch bewusst gewesen sein, dass es problematisch ist, wenn eine von manchen Zeitgenossen befürchtete abstrakte Gefährdung der staatlichen Neutralität oder des Schulfriedens in einem Bundesland bereits genügen soll, um ein als sehr wichtig empfundenes individuelles Grundrecht für Angehörige bestimmter Religionen, die gleichberechtigten Zugang zu einem qualifizierten Staatsberuf anstreben, außer Kraft zu setzen. Der Kompromiss der Senatsmehrheit diente als Verlegenheitslösung in einer Pattsituation, die angesichts der konkreten personellen Besetzung des Senats zu dem damaligen Zeitpunkt offenbar nicht auf andere Weise aufzulösen war (s. o.). Angesichts der inhaltlichen Widersprüchlichkeit war schon 2003 absehbar, dass dieses Urteil langfristig wahrscheinlich keinen Bestand haben würde. Insofern spielte es dem Rechtsschicksal der Kopftuchthematik in die Hände, dass weitere Verfassungsbeschwerden Angestellte betrafen und daher in den Zuständigkeitsbereich des Ersten Senats (Arbeitsrecht) fielen, der mehrheitlich in der Regel liberaler als der Zweite Senat orientiert ist.[24]

---

[22] Obliegenheit im rechtlichen Sinne ist eine Pflicht minderen Ranges, die im eigenen Interesse befolgt werden soll, aber nicht einklagbar ist. Eine echte Rechtspflicht besteht dagegen gegenüber anderen Personen und kann in der Regel eingeklagt werden. Ein Kopftuch zu tragen wird meist als Obliegenheit eingestuft.

[23] BVerfG v. 24. 09. 2003, Mehrheitsvotum, Rn. 71.

[24] Erstaunlich ist, dass nicht das Plenum beider Senate angerufen wurde, was bei beabsichtigtem Abweichen von tragenden Elementen einer Entscheidung des

3. Im Januar 2015: Der Erste Senat stellt die Verfassungsdogmatik vom Kopf auf die Füße!

Mit dem Beschluss vom 27. Januar 2015 hat der Erste Senat des BVerfG die liberal-rechtsstaatliche Normalität im Grundsatz wiederhergestellt, indem er ein pauschales Kleidungsverbot ohne Bezug zum individuellen Verhalten und zu einer „hinreichend konkreten" Gefährdung von staatlicher Neutralität, Schulfrieden oder Grundrechten von Schüler/inne/n oder Eltern für verfassungswidrig erklärte und die „verfassungskonforme" Auslegung und Anwendung des Schulgesetzes in NRW verordnete. Verfassungskonforme Auslegung der Verbotskriterien bedeutet, dass der Lehrkraft konkret ein individueller Verstoß gegen entsprechende Pflichten nachgewiesen werden muss. Das pauschale Kleidungsverbot sei nicht nur unverhältnismäßig, sondern verstoße außer gegen Art. 4 GG auch gegen die Gleichberechtigung der Geschlechter.[25]

In Ausnahmesituationen, wenn in einer Schule oder einem Schulbezirk „die Schwelle zu einer hinreichend konkreten Gefährdung oder Störung des Schulfriedens oder der staatlichen Neutralität in einer beachtlichen Zahl von Fällen erreicht" wird, könne ein Verbot des Kopftuchtragens allerdings bei „substantiellen Konfliktlagen"[26] auch ohne persönliches Fehlverhalten einzelner Lehrkräfte angeordnet werden, jedoch nur vorübergehend und als letztes Mittel.[27] Zuvor müsse versucht werden, den Konflikt auf andere Weise zu befrieden, z. B. durch Einsatz der Lehrkraft in anderen Klassen.[28] Die sog. Ausnahmeklausel, die in NRW und vier anderen Bundesländern existiert(e), erklärte das Verfassungsgericht für nichtig, weil sie das Gleichbehandlungsgebot aller Religionen verletze.[29] Auch diese Entscheidung erging nicht einstimmig, sondern mit 6 : 2 Stimmen.[30] Eine Richterin und ein Richter verfassten auch hier eine abweichende Meinung, mit der sie die Gesetzgebung in NRW und die verfassungsgerichtlichen Grundsätze von 2003 verteidigten.[31] Das Erfordernis einer konkreten Gefahr stelle eine Überbewertung des individuellen Grundrechts und eine Unterbewertung der entgegenstehenden Grundrechte und Rechtsgüter dar und sei ein unzulässiger Eingriff in Kompetenzen von Schulbehörden und Landesgesetzgebung.

Nordrhein-Westfalen hatte die Formulierungen seiner Verbotsklauseln größtenteils wörtlich von Baden-Württemberg übernom-

jeweils anderen Senats vorgeschrieben ist. Offenbar gab es nicht einmal Protest vom Zweiten Senat gegen die Nicht-Anrufung des Plenums durch den Ersten Senat, jedenfalls ist davon nichts an die Öffentlichkeit gedrungen. Das spricht dafür, dass die „Bereinigung" der inkonsistenten Entscheidung des Zweiten Senats von den ihm aktuell 2015 angehörenden Mitgliedern nicht blockiert werden sollte.

[25] BVerfG v. 27. 1. 2015, 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10, Rn. 144.

[26] 2. Leitsatz der BVerfG-Entscheidung v. 27. 1. 2015.

[27] Dazu könne vorbeugend eine Verordnungsermächtigung und eine ausführende Verordnung geschaffen werden, BVerfG v. 27. 1. 2015, 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10, Rn. 114.

[28] Ibid., Rn. 114.

[29] Ibid., Rn. 138.

[30] Ibid., Rn. 159.

[31] BVerfG v. 27. 01. 2015, 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10, im Anschluss an die Mehrheitsentscheidung.

men. Die Verbotspassagen im NRW-Schulgesetz fanden erst 2006 eine Mehrheit, nachdem sich die Mehrheitsverhältnisse bei der Landtagswahl 2005 von Rot-Grün zu Schwarz-Gelb verändert hatten. Unter der vorherigen Regierung aus SPD und Grünen war ausdrücklich kein religiöses Kleidungsverbot eingeführt worden, obwohl die Opposition es vehement gefordert hatte. Als CDU und FDP dann 2005 über eine Mehrheit im Landtag verfügten, war es nur noch eine Frage der Zeit, bis das analoge Gesetz zu dem von Baden-Württemberg in Kraft trat (am 14. 6. 2006) und für die mit Kopftuch tätigen Lehrerinnen zum ernsten Problem wurde. Auch wegen der zunächst toleranten Linie unterrichteten in NRW bei Einführung des Verbots relativ viele muslimische Pädagoginnen mit Kopftuch.[32]

Mittlerweile haben sich die Mehrheitsverhältnisse in NRW und auch in anderen Bundesländern mit Verbotsgesetzen verändert. Somit wäre es legislativ schon vor der zweiten Kopftuchentscheidung in Karlsruhe bereits möglich gewesen, die Verbote in den Schulgesetzen (und darüber hinaus) aufgrund neuer Einsichten wieder aufzuheben. Dies geschah aber nicht; auch unter den jüngeren rot-grünen Regierungen in NRW und Niedersachsen sowie unter der grün-roten Regierung in Baden-Württemberg wagten sich die führenden Kräfte in den Regierungen und Parlamenten nicht aus der Deckung. Geht man davon aus, dass das wesentliche Motiv für die Verbannung religiöser Kleidung allein auf das Kopftuch abzielte und dass die Verbote zur Profilierung einer populistischen Politik der Abgrenzung vom Islam und von den eingewanderten Muslimen dienen sollten, so erscheint es nicht weiter verwunderlich, dass selbst ihre Nachfolger an der Regierung die Geister, die ihre Vorgänger gerufen hatten, nun nicht mehr loswurden. Sie trauten sich daher auch nicht, bewusst und explizit richtigzustellen, dass pauschale Kopftuchverbote Musliminnen diskriminieren, deren berufliche Gleichberechtigung behindern und von den Voraussetzungen her schlicht verfassungswidrig sind. Politisch trifft der Vorwurf anti-muslimischer Stimmungsmache und institutionalisierter Diskriminierung vornehmlich die Parteien und Fraktionen der CDU/CSU und partiell der FDP, deren Regierungsmehrheiten die Verbote ursprünglich gesetzlich verankert haben. In manchen Ländern wurden diese Gesetze aber von der SPD unterstützt, etwa in Baden-Württemberg, wo im Landtag nur die Grünen – wie überall – dagegen stimmten.[33] In den nördlichen Bundesländern Berlin und

[32] Es dürften nach Schätzungen von Expert/inn/en etwa 20–25 gewesen sein.

[33] In Baden-Württemberg gab es 2004 eine ganz große Koalition zugunsten des Kopftuchverbotsgesetzes, die persönlich angeführt wurde von Annette Schavan, der damaligen Kultusministerin des Landes. Sie hatte bereits die Ablehnung der Bewerbung von Fereshta Ludin befürwortet und öffentlich verteidigt. Außer den Grünen stimmten im Landtag alle Fraktionen, also CDU, SPD und FDP für ein Verbot im Schulgesetz. Bei keiner Partei – außer den Grünen – gab es in Bezug auf alle Bundesländer eine durchgängige Befürwortung oder Ablehnung von Verbotsgesetzen in den Parlamenten, die darüber debattierten, nicht einmal bei der CDU. Sie nahm in Hamburg davon Abstand, ein solches Gesetz einzubringen, obwohl sie die Regierung führte, vgl.

Bremen waren es sogar SPD-geführte Koalitionen, die solche Verbotsgesetze eingeführt hatten.[34] Diese teilweise populistisch antimuslimischen Stimmungslagen, teilweise generell laizistischen Intentionen und die problematische Vermengung der Kopftuchfrage mit anderen Phänomenen und Problemen der Einwanderungsgesellschaft, namentlich Unterdrückung von und Gewalt gegen Frauen und Mädchen, ließen es naheliegend erscheinen, dass die Landesregierungen auch später nichts unternahmen, um Rechtsstaatlichkeit und Rechtsschutz für diskriminierte Lehrerinnen legislativ wiederherzustellen. Sie wollten vielmehr auf die neue Entscheidung des BVerfG warten, die sich aber seit 2010 von Jahr zu Jahr hinausschob.

4. Zwischen 2003 und 2015: Individueller Rechtsschutz für Betroffene blieb (lange) ohne Erfolg

Der individuelle Rechtsschutz für kopftuchtragende Lehrerinnen und Bewerberinnen für solche und ähnliche Berufspositionen blieb lange erfolglos. Die Fachgerichte (Verwaltungs- und Arbeitsgerichte in drei Instanzen) verfolgten in den Bundesländern mit Verbotsgesetzen größtenteils die Linie des pauschalen Kopftuchverbots ohne Berücksichtigung individueller Motiv- oder Verhaltensaspekte. Auch die reale Gefahrenlage für den Schulfrieden oder für die staatliche Neutralität in religiösen Dingen wurde nicht betrachtet. Folglich wurde auch nicht gewürdigt, dass Abmahnungen, Kündigungen und Entfernungen aus dem Dienst fast ausnahmslos[35] ohne Rücksicht auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausgesprochen worden waren. Positiven Rechtsschutz gab es ansatzweise für Studien-Referendarinnen; ihnen wurde analog zum Berufsverbotsurteil des BVerfG von 1975[36] die Teilnahme an der Referendarausbildung im Rahmen von Ausnahmeregelungen gestattet. Die Ausnahmen haben ihren Rechtsgrund in dem Anspruch auf Teilnahme an der staatlich organisierten Monopolausbildung für den Lehrer/innen- oder Volljurist/inn/enberuf, garantiert in Art. 12 Abs. 1 GG. So hatte es auch in höchster Instanz das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) 2008 verlangt.[37] Schon 2004 hatte das BVerwG im Übrigen die jeweils ähnlich formulierten sog. Ausnahmeklauseln zugunsten christlich-abendländischer Traditionen und Werte verfassungskonform uminterpretiert: Mit einer solchen Klausel[38] werde nicht der Nonnenhabit oder die jüdische Kippa vom religiösen Kleidungsverbot ausgenommen, vielmehr gehe es bei diesen „christlich-abendländi-

Henkes / Kneip: Die Plenardebatten um das Kopftuch in den deutschen Landesparlamenten, S. 249–274, 255.

[34] Ibid., S. 249–274, 255.

[35] Ausnahme: VG Stuttgart v. 7. 7. 2006, 18 K 3562/05 (in Sachen Doris Graber).

[36] BVerfG v. 22. 5. 1975, 2 BvL 13/73, BVerfGE 39, 334 ff.

[37] BVerwG v. 26. 6. 2008, 2 C 22/07, NJW 2008, 3654.

[38] § 38 Abs. 2 Satz 3 SchulG BW von 2004 lautet: „Die Wahrnehmung des Erziehungsauftrags nach Artikel 12 Abs. 1, Artikel 15 Abs. 1 und Artikel 16 Abs. 1 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg und die entsprechende Darstellung christlicher und abendländischer Bildungs- und Kulturwerte oder Traditionen widerspricht nicht dem Verhaltensgebot nach Satz 1.“

schen“ Vorbehaltsklauseln um die inhaltliche Darstellung der Bildungsinhalte, insbesondere der europäischen Geschichte, Kultur und Werteordnung, keinesfalls jedoch um die Kleidung oder den Schmuck von Lehrkräften.[39]

Dem Prinzip der Gleichbehandlung aller Religionen war dadurch offenbar Genüge getan worden, mehr hielt man in der Justiz nicht für nötig. Der effektive individuelle Rechtsschutz für Kopftuch tragende Lehrerinnen und Bewerberinnen stand nicht auf der Agenda. Im Gegenteil, es wurden die in sich widersprüchlichen Sätze aus dem ersten Kopftuchurteil zitiert, dass der „objektive Empfängerhorizont“ darüber entscheide, welche Bedeutung dem Kopftuch der Lehrerin zugeschrieben werden könne, um ein pauschales Verbot zu rechtfertigen.[40] Obwohl auch die Senatsmehrheit betont hatte, dass das Stück Stoff nicht auf die problematischen, z. B. auf gleichberechtigungswidrige Bedeutungen reduziert werden dürfe, weil die Motive, es zu tragen, vielfältig seien, hatte dieselbe Senatsmehrheit dennoch auf den sog. Empfängerhorizont abgestellt, der auch die Distanzierung von der Mehrheitsgesellschaft und andere als problematisch empfundene Motive heranziehe. Im Klartext wurde damit den üblichen Vorurteilen gegen Kopftuch tragende Frauen freier Lauf gelassen und eine juristische Rechtfertigungskonstruktion geliefert.

Besonders bemerkenswert sind Randnotizen von Zuschauerinnen aus Gerichtsverhandlungen, in denen Richter oder Richterinnen Stellung nahmen zur Frage, welche Bedeckung eine Muslima statt des klar erkennbaren Kopftuchs anlegen dürfe, um ihrer subjektiv für verpflichtend gehaltenen Bedeckungsobliegenheit zu genügen. In einem Fall wurde die kurze Echthaarperücke als einzig mögliche Umgehungsform empfohlen, kurz, damit Ohren und Hals nicht auch bedeckt sind, wie es beim Kopftuch nach islamischer Bindungsart sein soll, und Echthaar, damit das Gegenüber nicht erkennt, dass hier eine Muslima sich regelgerecht bedeckt.[41] Dementsprechend konnte auch eine Schulsozialarbeiterin in NRW kein

[39] BVerwG 24. 06. 2004, 2 C 45/03, BVerwGE 121, 140 ff. Mit diesem Urteil wurde auch höchstrichterlich bestätigt, dass die erneute Ablehnung Fereshta Ludins nach Inkrafttretens des Verbotsgesetzes in Baden-Württemberg rechtmäßig gewesen sei.

[40] BVerfG v. 24. 09. 2003, Rn. 53: „Für die Beurteilung der Frage, ob die Absicht einer Lehrerin, in Schule und Unterricht ein Kopftuch zu tragen, einen Eignungsmangel begründet, kommt es darauf an, wie ein Kopftuch auf einen Betrachter wirken kann (objektiver Empfängerhorizont); deshalb sind alle denkbaren Möglichkeiten, wie das Tragen eines Kopftuchs verstanden werden kann, bei der Beurteilung zu berücksichtigen. Dies ändert aber nichts daran, dass die Beschwerdeführerin, die für ihre Entscheidung, in der Öffentlichkeit stets ein Kopftuch zu tragen, in plausibler Weise religiös motivierte Gründe angegeben hat, sich für dieses Verhalten auf den Schutz des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG berufen kann, der in enger Beziehung zum obersten Verfassungswert der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) steht (vgl. BVerfGE 52, 223 <247>).“

[41] Isgg (Initiative für Selbstbestimmung in Glaube und Gesellschaft): Das Kopftuchverbot in NRW – Problemdarstellung und Verlauf, 2009. (Ursprünglich verfasst von Brigitte Maryam Weiß), abrufbar unter: www.isgg.de (letzter Aufruf 28. 7. 2015). Vgl. auch BVerfG v. 27. 01. 2015, Rn. 66.

Recht bei Gericht bekommen, als sie, nachdem 2006 in NRW doch noch das Verbotsgesetz durchgesetzt worden war, statt des Kopftuchs eine rosa Wollmütze aufsetzte. Als ihre Klage sogar beim Bundesarbeitsgericht (BAG) scheiterte, erhob sie Verfassungsbeschwerde und war damit eine der beiden – nach Fereshta Ludins Vorbild – standhaften Musliminnen, deren Verfassungsklagen 2015 erfolgreich zur Revision der pauschalen Verbotsmöglichkeit führten. Wären diese beiden Verfassungsbeschwerden nicht gewesen, würde der inkonsistente Kompromiss der Senatsmehrheit von 2003 wahrscheinlich noch heute gelten.

Bemerkenswert ist auch, dass es keine Richtervorlage zum BVerfG gemäß Art. 100 Abs. 1 GG gegeben hat, mit der ein Gericht die Verfassungskonformität der Verbotsklausel im jeweiligen Schulgesetz hätte verfassungsgerichtlich überprüfen lassen können. Während bei Verfassungsbeschwerden – wegen ihrer großen Zahl – die Gefahr besteht, dass sie nicht zur Entscheidung angenommen werden, müssen schlüssige Richtervorlagen vom jeweils zuständigen Senat pflichtgemäß behandelt werden. Somit bieten sie eine bessere Chance für einen effektiven Rechtsschutz, auch wenn es sich um ein „heißes Eisen“ handelt.[42] Aber offenbar hatte keines der im Instanzenzug befassten Gerichte Zweifel an der Grundrechtskonformität der landesrechtlichen Verbotsgesetze. Ähnliches gilt für die Vorlage beim Europäischen Gerichtshof in Luxemburg (EuGH), zumal seit August 2006 in Deutschland das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) gilt, das Diskriminierung u. a. aufgrund der Religion – insbesondere im Arbeitsleben – verbietet (vgl. §§ 1, 3 und 7 AGG). Dieses Gesetz musste in Deutschland zur Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien erlassen werden, die seit 2000 nicht mehr nur im Hinblick auf die Kategorie Geschlecht gelten[43], sondern auch in Bezug auf Religion und Weltanschauung, „Rasse“ und ethnische Herkunft, Alter, Behinderung und sexuelle Identität / Orientierung. Jedes nationale Gericht, das Zweifel an der europarechtlichen Konformität nationaler Gesetze hat, kann gemäß Art. 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) eine Vorabanfrage beim EuGH stellen; höchste Gerichte sind sogar dazu verpflichtet, wenn nur leiseste Zweifel bestehen. Aber anscheinend bestanden selbst beim BVerwG und beim BAG keinerlei Zweifel. Oder war es vielleicht doch eher der Korpsgeist deutscher Gerichte, die meinten sich nicht gegen den scheinbar salomonischen Kompromiss des Zweiten Senats von 2003 und danach erlassene populistische Landesgesetze wenden zu dürfen?

[42] Sinnvoll wäre dies aber nur bei einem der arbeitsrechtlichen Fälle gewesen, weil bei einem Beamtinnenfall wiederum der Zweite Senat zuständig gewesen wäre und hier die personelle richterliche Konstellation vermutlich noch unverändert ungünstig gewesen wäre.

[43] In Bezug auf das Geschlecht gilt das Diskriminierungsverbot im Arbeitsrecht schon seit 1980, vgl. §§ 611a und b sowie § 612 Abs. 3 BGB a. F. (auf der Grundlage der Richtlinien 75/117/EWG, 76/207/EWG).

Erst mit einer Entscheidung des VG Düsseldorf vom 8. November 2013[44] zeigte sich eine gewisse Trendumkehr zugunsten einer Kopftuchträgerin im öffentlichen Dienst. Allerdings war hier das schulische Kopftuchverbot in NRW juristisch gar nicht einschlägig, denn es ging um die Laufbahn der Verwaltungsinspektorin. Da in der Öffentlichkeit das gesetzliche Kopftuchverbot für Lehrerinnen in manchen Bundesländern nicht selten fälschlicherweise als Kopftuchverbot für den gesamten öffentlichen Dienst (und bisweilen darüber hinaus) interpretiert wurde, machte diese Entscheidung darauf aufmerksam, dass das Kopftuchverbot nicht so allumfassend gilt und es bisweilen doch Rückendeckung und Rechtsschutz für Kopftuchträgerinnen durch Gerichte gibt.

5. Jenseits des Staatsdienstes wenig Bewusstsein von Diskriminierung!

Außerhalb des öffentlichen Dienstes ist die justizielle Bilanz gemischt, d. h. nur in wenigen Fällen wurden Kopftuchverbote bzw. Sanktionen vor Gericht gebracht und als verbotene Diskriminierung eingestuft, so etwa bei einer Verkäuferin in einem Kaufhaus[45] oder einer Bewerberin für eine Ausbildung zur Zahnarzthelferin[46]. Aber schon einer muslimischen Krankenschwester, die mit Kopftuch in einem Evangelischen Krankenhaus arbeitete, wurde die besondere Tendenzschutzklausel des AGG für Religionsgemeinschaften (§ 9 AGG), die sog. Kirchenklausel, zum Verhängnis.[47] Selbst im zivilrechtlichen Wirtschaftsleben außerhalb des Arbeitsrechts existieren offenbar häufig antimuslimische Vorbehalte. So wurde einer Muslima mit Kopftuch die Mitgliedschaft in einem Fitness-Center vorenthalten. Das angerufene Bremer Amtsgericht akzeptierte die Begründung des Fitnessclubs, ihr Tuch könne sich in Trainingsgeräten verfangen; das Landgericht Bremen bestätigte die Klageabweisung.[48]

Bisweilen werden in arbeitsrechtlichen Verfahren von den Arbeitgebern dieselben Begründungen für Ablehnungen und Kopftuchverbote gegeben wie bei Lehrerinnen im öffentlichen Dienst, z. B. ein Kopftuch widerspreche einem „neutralen“ Auftreten,[49] obwohl es eine solche Neutralitätspflicht in Bezug auf Religion in der Privatwirtschaft gar nicht gibt. Dennoch werden dort Kopftuchverbote analog zu Schulen und zum öffentlichen Dienst faktisch praktiziert, selbst wenn es dafür keinerlei gesetzliche Grundlage gibt.

---

44 VG Düsseldorf vom 8. 11. 2013, 26 K 5907/12.

45 BAG vom 10. 10. 2002, 2 AZR 472/01.

46 ArbG Berlin Urt. v. 28. 03. 2012, Az. 55 Ca 2426/12, vgl. Interview mit Bernhard Franke von der ADS, abrufbar unter: www.lto.de/recht/hintergruende/h/entschaedigung-kopftuch-diskriminierung-agg-arbeitsgericht-berlin, (letzter Aufruf 12. 2. 2016).

47 BAG vom 24. 09. 2014, 5 AZR 611/12.

48 LG Bremen v. 21. 06. 2013, Az. 4 S 89/12, vgl. Kirsten Wiese: Kein Training mit Kopftuch im Fitness-Studio, abrufbar unter: www.dasgleichstellungswissen.de/kein-training-mit-kopftuch-im-fitnessstudio%3A-zum-urteil-des-landgerichts-bremen-am-21.%C2%A0juni-2013.html?src=4 (letzter Aufruf 12. 2. 2016).

49 Z. B. ArbG Berlin Urt. v. 28. 03. 2012, Az. 55 Ca 2426/12; vgl. auch die nachfolgend dargestellten Verfahren am EuGH.

Das AGG spricht dagegen ein Diskriminierungsverbot aus, es konstatiert im arbeitsrechtlichen Teil, dass eine Ungleichbehandlung u. a. wegen der Religion nur dann zulässig ist, „wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist“ (§ 8 Abs. 1 AGG). D. h. es müssen zwingende Gründe, die mit der konkreten beruflichen Tätigkeit zusammenhängen, dafür sprechen, dass ausnahmsweise eine bestimmte Religionszugehörigkeit oder Nicht-Zugehörigkeit gefordert wird. Das Kopftuchtragen als solches dürfte jedoch keine Rolle spielen: Wenn die Gleichbehandlung im Hinblick auf Religion keine Ausnahme zulässt, dann auch nicht in Bezug auf das Kopftuchtragen. Arbeitsschutz- oder Hygieneaspekte lassen sich im Allgemeinen pragmatisch regeln.[50]

Aussagekräftig ist eine von einer früheren Integrationsbeauftragten des Landes Berlin herausgegebene Broschüre mit dem Titel „Mit Kopftuch außen vor“.[51] Darin berichteten bedeckte Musliminnen über ihre erfolglosen Bewerbungen in Tätigkeitsbereichen und Ausbildungsberufen, in denen keinerlei Kopftuchverbote galten, in denen das AGG sogar eine diskriminierungsfreie Behandlung fordert. Auch in anderen Studien über Diskriminierung werden solche Negativerfahrungen immer wieder bestätigt.[52]

Mit der Problematik des Kopftuchtragens in der Privatwirtschaft muss sich aktuell nun auch der EuGH befassen, da im Jahre 2015 zwei Vorabanfragen gemäß Art. 267 AEUV aus Belgien und Frankreich an ihn gerichtet wurden. Gerade die europäischen Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG wird bislang als starke Stütze der Bekenntnisfreiheit und des Rechts, Kopftuch zu tragen, aufgefasst. Die deutsche Generalanwältin im belgischen Vorlageverfahren führte allerdings in ihren Schlussanträgen vom 31. 5. 2016 zum Fall der Rezeptionistin Samira Achbita (Rs. C-157/15), die wegen ihres Kopftuchs von einer privaten Sicherheitsfirma entlassen worden war, ein grundlegendes Recht des Unternehmers zur Reglementierung des äußeren Erscheinungsbildes der Beschäftigten ins Feld. Das könne ein Kopftuchverbot umfassen. Der Unternehmer dürfe eine explizite „Neutralitätspolitik“ bei seinen Beschäftigten durchzusetzen, mit der alle sichtbaren Zeichen oder Kleidungsstücke religiöser, weltanschaulicher oder politischer Art ver-

[50] Vgl. auch Berghahn / Klapp / Tischbirek: Evaluation des AGG, erstellt im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes vom Büro für Recht und Wissenschaft GbR mit wissenschaftlicher Begleitung von Prof. Dr. Christiane Brors, Berlin / Baden-Baden Oktober 2016, Punkt 2.3.2.1, S. 87 ff.

[51] Integrationsbeauftragte des Landes Berlin (Hg.): Mit Kopftuch außen vor, Berlin 2008, abrufbar unter www.igmg.org/uploads/media/Mit_Kopftuch_aussen_vor.pdf (letzter Aufruf 15. 2. 2016).

[52] Z. B. ADS (Hg.), Dorothee Frings: Diskriminierung aufgrund der islamischen Religionszugehörigkeit im Kontext Arbeitsleben – Erkenntnisse, Fragen und Handlungsempfehlungen. Diskriminierung von Musliminnen und Muslimen im Arbeitsleben und das AGG, Berlin 2010; sowie Mario Peucker: Diskriminierung aufgrund der Religionszugehörigkeit im Kontext Arbeitsleben – Erkenntnisse, Fragen und Handlungsempfehlungen. Erkenntnisse der sozialwissenschaftlichen Forschung, Berlin 2010.

boten werden.[53] Bei ihrer Prüfung des Falls und der Vorlagefragen kommt die deutsche Generalanwältin zu dem Ergebnis, dass ein betriebliches Kopftuchverbot dieser Art lediglich eine mittelbare Diskriminierung wegen der Religion sei und eine explizite „Neutralitätspolitik", die äußerlich sichtbare Zeichen einer Religion verbietet, als gerechtfertigt und damit vereinbar mit europäischem Antidiskriminierungsrecht eingestuft werden könne.[54] Die britische Generalanwältin am EuGH, die für das französische Vorlageverfahren in einem ähnlich gelagerten Kopftuchfall (Rs. C-188/15, Asma Bougnaoui) zuständig ist, plädierte allerdings genau entgegengesetzt.[55] Eine Entscheidung des EuGH liegt noch nicht vor.[56]

Für die Dienste der Kirchen und Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften in Deutschland sowie für ihre Einrichtungen (z. B. Caritas und Diakonisches Werk) gilt, dass diese die Zugehörigkeit zur eigenen Religion oder Konfession zur Voraussetzung der Einstellung oder Beförderung machen dürfen (§ 9 Abs. 1 AGG); von einer gleichwohl eingestellten Muslima wird aber je nach konkretem kirchlichen Arbeitgeber so viel „Zurückhaltung" erwartet, dass sie ihre Religionszugehörigkeit u.U. nicht sichtbar machen dürfe. Da es nach der bestätigenden Entscheidung des BAG zum Kopftuchverbot für die Krankenschwester in einem evangelischen Krankenhaus (s. o.) zu Protesten des Zentralrats der Muslime, der SPD und der Linkspartei kam, betonte das Diakonische Werk, dass es kein allgemeines Kopftuchverbot in der Diakonie und in der Evangelischen Kirche gebe.[57] Für kirchliche Arbeitgeber gelten gleichwohl die erwähnten Ausnahmen gemäß § 9 AGG, die Musliminnen mit Kopftuch, aber auch andere Beschäftigte u. U. zur Verleugnung ihrer Überzeugungen und Bekenntnisse veranlassen. Grundsätzlich lässt sich hier einwenden, dass niemand gezwungen wird, in einem kirchlichen Betrieb oder einer zugeordneten Einrichtung zu arbeiten. Allerdings gibt es gerade für Berufstätige im gesundheitlichen und sozialkaritativen Bereich in manchen Regionen Deutschlands kaum säkulare Alternativen; die beiden großen christlichen Kirchen stellen vor allem mit ihren zugeordneten Einrichtungen circa 1,4 Millionen Beschäftigte und sind damit bundesweit der zweitgrößte Arbeitgeber

[53] Schlussanträge der Generalanwältin am EuGH, Juliane Kokott, zum Verfahren C-157/15 (Samira Achbita) vom 31. 05. 2016, ECLI:EU:C:2016:382.

[54] Kritisch dazu vgl. Sabine Berghahn: Stellungnahme zu den Schlussanträgen der Generalanwältin am EuGH vom 31. 05. 2016, abrufbar unter www.bug-ev.org/fileadmin/user_upload/Berghahn-Statement-26-09-16_01.pdf (letzter Aufruf 14. 12. 2016); dieser Text und die Stellungnahmen des Aktionsbündnisses muslimischer Frauen (AmF e. V.) und des Netzwerks gegen Diskriminierung und Islamfeindlichkeit (Inssan e. V.) sind (auch) abzurufen unter www.muslimische-frauen.de/2016/10/kopftuchverfahren-vor-dem-europaeischen-gerichtshof (letzter Aufruf 14. 12. 2016).

[55] Schlussanträge der Generalanwältin am EuGH, Eleanor Sharpston, zum Verfahren 188/15 (Asma Bougnaoui) vom 13. 07. 2016, ECLI:EU:C:2016:553.

[56] Stand 16. 1. 2016.

[57] Vgl. www.evangelisch.de/inhalte/109834/25-09-2014/diakonie-kein-kopftuchverbot-der-evangelischen-kirche (letzter Aufruf 15. 2. 2016).

nach dem Staat.[58] Der finanzpolitische Trend zur Privatisierung von Krankenhäusern, Alten- oder Pflegeheimen der Städte und Landkreise und zur Übertragung von sozialpädagogischen Aufgaben auf Freie Träger verschärft die Situation für Beschäftigte oder Bewerber/innen in bestimmten Gebieten, wo es keine anderen Arbeitgeber gibt. Probleme können ohne eigenes Zutun dann Personen bekommen, die nicht der Religion/ Konfession des Trägers angehören und/oder mit bestimmten Loyalitätsregeln (vgl. § 9 Abs. 2 AGG) aus weltanschaulicher Überzeugung, anderweitiger religiöser Bindung oder sexueller Orientierung nicht übereinstimmen (können). Das widerfährt in katholischen Einrichtungen z. B. Partnern oder Partnerinnen, die eine eingetragene Lebenspartnerschaft schließen. Es kann aber auch, wie der o. g. Fall der Krankenschwester in einem Evangelischen Krankenhaus zeigt, eine Muslima mit Kopftuch treffen.[59]

Auch wenn zivilrechtliche Verträge im allgemeinen Zivilrechtsverkehr geschlossen werden, gilt das Diskriminierungsverbot des AGG (§ 19 AGG), hinsichtlich der Kategorie Religion allerdings nur für zivilrechtliche Massengeschäfte und Versicherungsverträge (§ 19 Abs. 1 AGG), worunter aber auch Mietwohnungen fallen (können).Die Rechtfertigungsmöglichkeiten sind im Zivilrecht großzügiger formuliert. Immerhin muss für eine Ungleichbehandlung ein „sachlicher Grund“ vorliegen (§ 20 Abs. 1 S. 1 AGG). Dennoch gibt es sowohl im Arbeits- als auch im Zivilrecht nur wenige Klagen und Gerichtsentscheidungen, vermutlich aus Resignation der Betroffenen.

Während der allgemeine Gedanke des Diskriminierungsschutzes durch Beratungsstellen, Antidiskriminierungsbüros und durch die Arbeit der Antidiskriminierungsstelle des Bundes zunehmend Verbreitung findet, scheint diese Tendenz in der Kopftuchfrage noch nicht sehr erfolgreich zu sein. Dass ein hoher Prozentsatz der Deutschen keine Toleranz gegenüber dem Kopftuch aufbringt, wird immer wieder bestätigt. So auch von einer Studie mit dem Titel „Deutschland postmigrantisch“ aus dem Jahr 2014. Die Forschenden unter der Leitung von Naika Foroutan stellten fest, dass nationale Identitätsbezüge von den Befragten als ambivalent empfunden würden: „Einerseits positiv und offen, andererseits eine Abwehr gegen sichtbare Minderheiten“. Einerseits sei die abstrakte Anerkennung für Muslime hoch, andererseits fanden 49 Prozent, dass Lehrerinnen das Tragen des Kopftuchs nicht erlaubt sein sollte.[60] Ein Grund dafür dürfte gerade in dem 12-jährigen Bestand des BVerfG-Urteils von 2003 mit seiner Legitimierung von pau-

[58] Von 1,2 Mio. geht das Sekretariat der deutschen Bischofskonferenz (Hg.): Katholische Kirche in Zahlen und Fakten 2013/14, S. 11 aus, von 1,4 Mio. dagegen Gerhard Czermak: Weltanschauung in Grundgesetz und Verfassungswirklichkeit, Aschaffenburg 2015, S. 54 ff.

[59] Zur europarechtlichen Problematik der sog. Kirchenklausel im AGG vgl. Berghahn / Klapp / Tischbirek, Punkt 2.3.2.2, S. 91 ff.

[60] Input von Dr. Naika Foroutan in der Bundespressekonferenz v. 5. 1. 2015: Erkenntnisse aus der Studie „Deutschland postmigratisch“ (unterstützt von BIM (Ber-

schalen Kopftuchverboten und in der Vorbildfunktion des öffentlichen Dienstes zu sehen sein. So wurde denn auch die neuerliche Karlsruher Entscheidung vom Januar 2015 nicht von allen Kommentatoren und politisch Verantwortlichen begrüßt, sondern z. T. als gravierender Rückschritt gegeißelt. Das Urteil von Alice Schwarzer erstaunt wenig: „Ein lebensfernes, fatales Urteil", so überschrieb sie in der EMMA ihren Kommentar.[61] Sie berief sich auf Lehrerverbände, die entsetzt seien. Der ideologische Krieg um das Kopftuch werde nun in jede einzelne Schule getragen. Unter der Überschrift „Pegida wird jubeln" beschrieb die Taz-Journalistin Heide Oestreich die Ambivalenz selbst dieser liberal-toleranten Entscheidung, die Rücksicht nehmen muss auf die in der Causa Kopftuch aufgeheizten politisch-gesellschaftlichen Stimmung: „Das Bundesverfassungsgericht hat mit seinem Urteil endlich einen unhaltbaren Zustand beendet – und zugleich einen neuen erzeugt." Auch sie wies auf den politischen „Kulturkampf" und die möglicherweise bevorstehenden praktischen Schulkonflikte hin, die nach der neuerlichen Entscheidung im Extrem zu der paradoxen Konsequenz führen könnten, dass nach rassistischen Angriffen auf eine Kopftuch-Lehrerin diese ihr Kopftuch ablegen muss.[62]

6. Zögerliche Umsetzung der neuen Verfassungsgerichtsentscheidung

Fast zwei Jahre nach der Entscheidung des Ersten Senats vom 27. 1. 2015 hat sich die mediale Erregung zwar wieder gelegt, es ist jedoch auch nur wenig Sichtbares zur Umsetzung des Beschlusses geschehen. NRW hat immerhin den § 57 Abs. 4 aus dem Schulgesetz gestrichen, der 2006 eingeführt worden war. Jedoch wurden die Anforderungen an ein Kleidungsverbot, die bislang in § 57 Abs. 4 Satz 1 und 2 SchulG-NRW niedergelegt waren, in § 2 des Schulgesetzes überführt. Statt zur Feststellung einer abstrakten Gefahr sollen diese Anforderungen[63] weiterhin in § 2 Abs. 8 als Maßstab für die Beurteilung einer nunmehr „konkreten Gefahr" im Einzelfall herangezogen werden. Der Satz 3 des vormaligen Absatzes 4 des § 57 SchulG, die sogenannte Ausnahmeklausel zugunsten christlich-abendländischer Symbole, wurde nicht übertragen, sondern entfiel, da diese Klausel

liner Institut für empirische Integrations- und Migrationsforschung), RfM (Rat für Migration), vgl. www.rat-fuer-migration.de/pdfs/Handout_Foroutan_BIM_.pdf (letzter Aufruf 20. 2. 2016).

[61] Alice Schwarzer: Ein lebensfernes, fatales Urteil, in: EMMA (18. 3. 2015).

[62] Heide Oestreich: Pegida wird jubeln. Kommentar in: Tageszeitung (12. 3. 2015).

[63] § 2 Abs. 8 SchulG NRW lautet jetzt: (Satz 1: Pflicht der Lehrer/innen zur Unparteilichkeit) Satz 2: „Sie dürfen in der Schule keine politischen, religiösen, weltanschaulichen oder ähnlichen Bekundungen abgeben, die die Neutralität des Landes gegenüber Schülerinnen und Schülern sowie Eltern oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Schulfrieden gefährden oder stören. Insbesondere ist ein Verhalten unzulässig, welches bei Schülerinnen und Schülern oder den Eltern den Eindruck hervorruft, dass eine Schulleiterin oder ein Schulleiter, eine Lehrerin oder ein Lehrer oder eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter gemäß § 58 gegen die Menschenwürde, die Gleichberechtigung nach Artikel 3 des Grundgesetzes, die Freiheitsgrundrechte oder die freiheitlich-demokratische Grundordnung auftritt. […]."

vom Ersten Senat für verfassungswidrig und nichtig erklärt worden war.[64]

Das Deutsche Institut für Menschenrechte hat nach dem verfassungsgerichtlichen Beschluss vom Januar 2015 allen acht Bundesländern, die entsprechende Verbotsnormen verankert hatten, empfohlen, ihre Schulgesetze umfassend zu überprüfen und entsprechend den neuen verfassungsrechtlichen Grundsätzen zu verändern: Klargestellt werden sollte, dass es den Lehrenden grundsätzlich erlaubt ist, solche äußerlich sichtbaren Kleidungsstücke und Zeichen zu tragen. Auch sollten die in Bayern, Hessen und dem Saarland noch enthaltenen Privilegierungen für christliche und jüdische Symbole gesetzlich aufgehoben werden.[65] In Baden-Württemberg, wo in § 38 Abs. 2 SchulG-BW sehr ähnliche Formulierungen wie bislang in § 57 Abs. 4 des Schulgesetzes von NRW zu finden sind, sollten nach eigener Planung der grün-roten Landesregierung kleine anpassende Änderungen in § 38 SchulG vorgenommen werden.[66] Das geschah jedoch bis zur Landtagswahl im März 2016 nicht. Nach der Landtagswahl im März 2016 regiert eine grün-schwarze Koalition; mit den geplanten Veränderungen wird nicht mehr gerechnet; d. h. der Wortlaut des § 38 Abs. 2 SchulG ist unverändert, tatsächlich sind Lehramtsbewerberinnen mit Kopftuch aber inzwischen eingestellt worden. In Bremen und Niedersachsen wurde durch Rundbrief und Runderlass bekannt gegeben, dass muslimische Lehrerinnen fortan Kopftuch tragen dürfen; das Gesetz selbst wurde jedoch nicht geändert. In Hessen wurde ebenfalls durch Erlass angeordnet, dass das Schulgesetz nunmehr verfassungskonform zu interpretieren sei; das Beamtengesetz wurde nicht geändert.[67] Aus Bayern verlautete Widersprüchliches: Einerseits ließ die Staatsregierung kurz nach Bekanntgabe des Beschlusses des BVerfG vom 27. Januar 2015 mitteilen, dass sie das Kopftuchverbot für Lehrerinnen beibehalten werde,[68] andererseits gestand sie zu, man werde dem verfassungsgerichtlichen Beschluss Rechnung tragen und im Einzelfall die Gefahren

[64] BVerfG v. 27. 01. 2015, 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10, Rn. 21 ff.

[65] Pressemitteilung des Menschenrechtsinstituts: Bundesländer sollen Regelungen zum Kopftuchverbot in Schulen aufheben (26. 11. 2015).

[66] Pressemitteilung vom 26. 11. 2015 des Deutschen Instituts für Menschenrechte: Bundesländer sollen Regelungen zum Kopftuchverbot in Schulen aufheben www.institut-fuer-menschenrechte.de/aktuell/news/meldung/article/pressemitteilung-bundeslaender-sollen-regelungen-zum-kopftuchverbot-in-schulen-aufheben (letzter Aufruf 20. 2. 2016). Außerdem Petra Follmar-Otto: Schule als Ort religiöser und weltanschaulicher Freiheit und Vielfalt, in: aktuell (7/2015), hrsg. vom Deutschen Institut für Menschenrechte, S. 3.

[67] Allerdings wird in Hessen vorab im Einzelfall geprüft, ob eine Gefahr droht, d. h. die Auslegung des Ersten Senats des BVerfG, dass eine Muslima grundsätzlich mit Kopftuch unterrichten darf, wird unterlaufen, Regel und Ausnahme sind vertauscht. Vgl. Gabriele Boos-Niazy: Die Situation kopftuchtragender Frauen nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts von 2015, in: Rechtshandbuch für Frauen- und Gleichstellungsbeauftragte, hrsg. von Sabine Berghahn und Schultz, 60. Lieferung (Nov. 2016), Hamburg 2016, Punkt 4.5, S. 6.

[68] Bericht in: Süddeutsche Zeitung (17. 3. 2015), www.sueddeutsche.de/bayern/kabinettsbeschluss-bayern-haelt-an-kopftuch-praxis-fest-1.2397239 (letzter Aufruf 14. 12. 2016).

abwägen, falls sich bedeckte Bewerberinnen melden sollten.[69] Das Saarland positionierte sich ähnlich.[70] In Berlin ließ die Senatsinnenverwaltung das sog. Neutralitätsgesetz überprüfen, welches nicht nur Lehrkräften, sondern auch Richter/inne/n, Justiz- und Strafvollzugsbeamt/inn/en sowie beamtetem Polizeipersonal das Tragen sichtbarer religiöser und weltanschaulicher Kleidungsstücke oder Symbole verbietet. Als Ergebnis wurde vom Senat beschlossen, das Gesetz unverändert weiter bestehen zu lassen.[71] Ein Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Abgeordnetenhauses kam zwar zu dem Ergebnis, dass das Gesetz verfassungswidrig sei,[72] dennoch blieb der Senat bislang bei seiner Absicht nichts zu ändern. Eine wegen ihres Kopftuchs abgelehnte Lehramtsbewerberin für eine Grundschule klagte bereits vor dem Verwaltungsgericht Berlin.[73] Sie unterlag zunächst in erster Instanz beim Arbeitsgericht.[74] Der Prozess geht vermutlich in höherer Instanz weiter, möglicherweise erneut zum BVerfG.

Juristische Uneinigkeit besteht vor allem für Berufspositionen im öffentlichen Dienst außerhalb des Schulbereichs. Hier ist unklar, ob die normative Bindungswirkung der neuerlichen Verfassungsentscheidung diese Berufsbereiche überhaupt erfasst. Tatsächlich betrifft der BVerfG-Beschluss nur das NRW-Schulgesetz, also lediglich Lehrer/innen und anderes pädagogisches Schulpersonal. Allerdings lassen sich die Grundsätze auch auf die Schulgesetze anderer Bundesländer übertragen, ebenso auf Kita-Gesetze, weil es sich ebenfalls um einen pädagogischen Beruf und Tätigkeitsbereich handelt. Bezüglich der Justiz- und Polizeitätigkeiten wird die Übertragbarkeit kontrovers beurteilt.[75] Mittlerweile hat eine Rechtsreferendarin mit Kopftuch in Bayern sogar eine für sie positive Entscheidung in Erster Instanz beim VG Augsburg erstritten, mit dem klargestellt wurde, dass sie zu Ausbildungszwecken auch bei Verhandlungen am Richtertisch mit Kopftuch Platz nehmen darf, denn für ein Kopftuchverbot

---

69 Boos-Niazy, S. 9.

70 Ministerpräsidentin Kramp-Karrenbauer ließ im Mai 2015 in der katholischen Kirchenzeitung „Paulinus“ verlauten, das Land wolle das gesetzliche Kopftuchverbot beibehalten: vgl. „Paulinus“ (Kirchenzeitung des Bistums Trier) vom 6. 5. 2015: www.paulinus.de/paulinus/Integrale?SID=0112649356B27712C6E605FD6AFF0E4B&MODULE=Frontend&ACTION=ViewPageView&PageView.PK=1&Document.PK=3467 (letzter Aufruf 14. 12. 2016). Andererseits berichtete Die Welt, im Saarland wolle man das beibehaltene Gesetz verfassungskonform auslegen, vgl. Die Welt / N24 (12. 7. 2015), www.welt.de/politik/ deutschland/article143876665/Bei-Kopftuch-an-Schulen-droht-der-grosse-Streit.html (letzter Aufruf 14. 12. 2016).

71 Bericht in: Der Tagesspiegel (28. 11. 2015).

72 Follmar-Otto, S. 4. Mittlerweile unter www.rbb-online.de/politik/beitrag/2015/12/berlin-kopftuch-schule-wpd-gutachten-Neutralitaetsgesetz.file.html/WPD-Gutachten%20zu%20Berliner%20Neutralit%E4tsgesetz.pdf abrufbar (letzter Aufruf 20. 2. 2016).

73 Vgl. Bericht „Auf Tuchfühlung“ in: Der Tagesspiegel (26. 11. 2015).

74 Urteil Arbeitsgericht Berlin vom 14. 04. 2016, 58 Ca 13376/15.

75 Wiese, S. 6 f.; ebenso Kirsten Wiese: Richterinnen mit Kopftuch, in: Mitteilungen 121, S. 18–22, abrufbar unter: www.humanistische-union.de/nc/themen/srw/symbole/kopftuch_detail/back/religioese-symbole/article/richterinnen-mit-kopftuch (letzter Aufruf 15. 2. 2016).

fehle die Rechtsgrundlage.[76] Klar ist, dass sich die gesetzgebenden Organe und eventuell befasste Gerichte, insbesondere in Berlin und Hessen, ernsthaft mit dem Beschluss des Ersten Senats auseinander setzen und entsprechende Konsequenzen ziehen müssen.

Während der Erste Senat in seiner Entscheidung von 2015 – wie beide Senate schon häufig – betont hat, dass der Staat die staatliche Neutralität in religiöser Hinsicht als eine „offene und übergreifende, die Glaubensfreiheit für alle Bekenntnisse gleichermaßen fördernde Haltung“[77] aufzufassen habe, so dass grundsätzlich auch Staatsbedienstete ihre persönliche Zugehörigkeit zu einem Bekenntnis in gebotener Neutralität und Mäßigung zum Ausdruck bringen dürfen, wird für die strikt hoheitlichen Berufsbereiche des Staatswesens, die das staatliche Gewaltmonopol ausführen, in der Literatur zum Teil eine strengere Ausprägung von Neutralität für richtig gehalten. Namentlich für die Richterschaft und die Justiz insgesamt wird wegen der Unabhängigkeit der Richter/innen gemäß Art. 97 GG von manchen juristischen Stimmen ein Verbot des Tragens religiös konnotierter Kleidung verlangt, da anderenfalls das Vertrauen in die Unabhängigkeit der Richterschaft verloren ginge.[78] Andere Autor/inn/en sehen eine derartige Gefahr im Normalfall nicht, da Unabhängigkeit durch innere Distanz hergestellt und Reden und Verhalten gezeigt werde, nicht allein oder vorrangig durch äußerliche Kleidung oder schmückende Symbole. In besonderen Einzelfällen könne allerdings etwas anderes gelten, z. B. wenn eine durch islamistische Drangsalierung traumatisierte Iranerin in Deutschland um politisches Asyl nachsucht und ihre Verfolgungsgeschichte ausgerechnet vor einer Richterin mit Kopftuch ausbreiten müsste.[79]

Zur Beantwortung der Frage, ob das „Kopftuch der Richterin“ einer gesetzlichen Regelung bedarf, sollte man berücksichtigen, dass zwar entsprechend den Grundsätzen der zweiten Kopftuchentscheidung im Einzelfall angemessen entschieden werden kann oder könnte, falls der Fall überhaupt eintritt, dass aber in der parteipolitischen Konfrontation die Gefahr von populistischer Symbolpolitik naheliegt. Ein Gesetz ist also gar nicht nötig, wer aber eine anti-muslimische Linie in der öffentlichen Debatte über „Pluralität versus Leitkultur“ durchsetzen möchte, wird für ein Kopftuchverbotsgesetz für Richterinnen kämpfen. Dies hat selbstverständlich mit der Vorgeschichte, nämlich dem Streit um das „Kopftuch der Lehrerin“, zu tun. Es zeigt sich also, dass es wohl keine Rückkehr zur Anfangssituation vor dem ersten Kopftuchurteil des BVerfG geben wird. Aber zu bedenken ist auch, dass erst die Kopftuchproblematik bei Lehrerinnen, d. h. das Auftreten von ganz we-

[76] VG Augsburg v. 30. 06. 2016, Au 2 K 15.457, Pressemitteilung des BUG e. V. vgl. www.bug-ev.org/fileadmin/user_upload/P_R_E_S_S_E_M_E_L_D_U_N_G_VG_Augsburg_final.pdf (letzter Aufruf 15. 12. 2016).

[77] BVerfG v. 27. 01. 2015, 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10, Rn 110.

[78] Vgl. Wiese: Richterinnen mit Kopftuch, mit weiteren Nachweisen.

[79] Wiese (Richterinnen mit Kopftuch) benutzt dieses fiktive Beispiel unter Berufung auf Stefan Huster: Die ethische Neutralität des Staates: eine liberale Interpretation der Verfassung, Tübingen 2002, S. 148.

nigen Musliminnen als Bewerberinnen für qualifizierte Staatsberufe, bereits ein populistisch-politisches Bedürfnis nach einem Verbot äußerlich erkennbarer religiöser Zugehörigkeit (für Lehrerinnen) hervorgerufen hat. Das erste Kopftuchurteil hat nur für diese Berufsgruppe im öffentlichen Dienst Verbotsmöglichkeiten eingeführt, dennoch ist die Gesetzgebung in manchen Bundesländern schon darüber hinausgegangen (Hessen, Berlin). Und all dies geschah, ohne dass Fälle bekannt geworden waren, in denen Lehrerinnen mit Kopftuch Fehlverhalten gezeigt oder den Schulfrieden gestört hätten; bis heute sind keine solchen Fälle aufgetreten. Auch bei anderen Berufsgruppen wurden keine spezifischen Gefahren für die neutrale Ausführung des staatlichen Gewaltmonopols durch Muslime oder andere Angehörige einer Minderheitsreligion aufgedeckt. Tatsächlich dürfte die Zahl amtierender muslimischer Richter und Richterinnen gegen Null tendieren, noch geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass sich in absehbarer Zeit eine muslimische Pionierin als besonders gläubige Angehörige des Islams outet und mit Hijab bekleidet ihr Amt ausüben möchte. Auch die Zahl muslimischer Polizeibeamt/inn/en ist sicherlich überschaubar, immerhin ist sie größer als die entsprechender Richter/innen, jedenfalls liegt sie wohl deutlich unter dem muslimischen Bevölkerungsanteil. Von Kopftuch tragenden Polizistinnen im deutschen Polizeidienst oder in der Ausbildung ist bislang nichts berichtet worden, dagegen gibt sie durchaus in Großbritannien oder Schweden.

7. Hat man dazugelernt?

In Berlin spielte sich kurz nach Veröffentlichung der zweiten Verfassungsgerichtsentscheidung zum Kopftuch ein Konflikt um eine muslimische Rechtsreferendarin ab, der bezeichnend ist für den Übereifer staatlicher Institutionen, wenn es um Verbote geht, selbst wenn sie keine Rechtsgrundlage haben. Betül Ulusoy wollte 2015 ihre Verwaltungsstation in der Referendarausbildung im Neuköllner Bezirksamt mit Kopftuch antreten und durfte dies zunächst nicht, weil man in Überschreitung der Verbotsbefugnisse des Berliner „Neutralitätsgesetzes“ keiner beschäftigten Person im Neuköllner Bezirksamt erlauben wollte mit Kopftuch zu arbeiten.[80] Der Fall zeigt, dass es oft um Prinzipienreiterei und viel Symbolpolitik geht. Als Ulusoy mit Klage drohte, gab das Bezirksamt nach und gestand zu, dass die Referendarin mit Bedeckung zwar arbeiten aber nicht hoheitlich auftreten dürfe. Allerdings kommt dies im Verwaltungsalltag der Ausbildung ohnehin fast nicht vor. Als die Referendarin den erkämpften Ausbildungsplatz dann nicht antrat, war die Empörung im Bezirksamt groß; man fühlte sich provoziert und vorgeführt, obwohl es doch das Bezirksamt gewesen war, das sich einen Rechtsverstoß geleistet

[80] Bericht von Andrea Dernbach / Sydney Gennies / Jost Müller-Neuhof: Kopftuchstreit in Neukölln wird zum Politikum. Der Fall Betül Ulusoy in: Der Tagesspiegel (5. 6. 2015). Betül Ulusoy ist selbst Bloggerin und hat eine Webseite: betuelulusoy.com (letzter Aufruf 20. 2. 2016).

hatte, als es von einem pauschalen Kopftuchverbot für jegliche Tätigkeit im Bezirksamt ausgegangen war.

Wie sehen also die Perspektiven einer Rückkehr zu liberalen Grundsätzen und Aussichten auf eine Entdramatisierung und Pragmatisierung des Kopftuchkonflikts aus? Relativ klar ist, dass zwölf Jahre Kopftuchverbot für Lehrerinnen – wenn auch nur in der Hälfte der deutschen Bundesländer – ihre Wirkung entfaltet haben, nicht nur im Schulwesen und in anderen Bereichen des öffentlichen Dienstes, sondern auch in der Privatwirtschaft und in der Gesellschaft.

Offenbar ist noch viel Aufklärung über die Rechtslage und die Diskriminierungsverbote des AGG erforderlich. Tatsächlich ist gerade das Kopftuchproblem eine der am leichtesten zu vermeidenden multikulturellen Konfrontationen, denn schon einfache Kontakte und Gespräche mit Hijab tragenden Bewerberinnen, Berufstätigen und Kolleginnen können in aller Regel zur Überwindung solcher islambezogenen Vorurteile und Ressentiments führen. Das gilt insbesondere, wenn man die Kopftuchproblematik mit den anderen, viel schwerer lösbaren praktischen und ideologischen Problemen der Einwanderungsgesellschaft, die für die Deutschen noch immer ungewohnt ist, vergleicht.

Das Kopftuch ist – ganz anders als z. B. das verbotene Hakenkreuz – ein harmloses Stück Stoff, das als solches keine eindeutige Aussage hat und niemandem Schaden zufügt, wenn es von erwachsenen Frauen freiwillig getragen wird und nicht mit abwertenden Bekundungen gegenüber nicht bedeckten Musliminnen oder Frauen allgemein verbunden wird. Solange das Gesicht der Person von Bedeckung frei bleibt, wird die unmittelbare Kommunikation zwischen Menschen nicht eingeschränkt und auch sonst wird nichts verhindert oder ermöglicht, was nicht auch ohne Kopftuch möglich oder ausgeschlossen wäre. Kopftuchgegner/innen sollten lernen zwischen der Symbolik des Kopftuchs in ihrer Vorstellung und dem realen Gegenüber, d. h. der Person mit Kopftuch, zu unterscheiden. Recht dient dazu, dem Individuum eine gleiche und gerechte Teilhabe an der Gesellschaft zu sichern und auch in einer Minderheitsposition respektvoll behandelt zu werden. Gesetze dienen nicht dazu, kollektiv-identitäre Einstellungen oder Vorurteile gegen Bevölkerungsgruppen verbindlich zu machen und eine Hierarchie von Bevölkerungsgruppen symbolisch festzuschreiben. Es mag weibliche Islamisten mit Kopftuch in Deutschland geben, deutlich häufiger sind aber wohl männliche Exemplare dieser Geisteshaltung, und gefährlicher sind sie vermutlich auch, aber sie sind – ebenso wie unterdrückte und zum Kopftuchtragen gezwungene Musliminnen – eine Minderheit. Eine Gefahr für den öffentlichen Dienst sind sie nicht. Viel realistischer sind andere Probleme des Zusammenlebens, nicht zuletzt Gewaltphänomene in sozialen Brennpunkten, die häufig multikulturell oder multireligiös konnotiert sind, und problematische Geschlechterverhältnisse, die wiederum nicht auf muslimische bzw. eingewanderte Bevölkerungskreise beschränkt sind. Viele Probleme sind im Kern soziale und Bildungsprob-

leme und sollten daher auch mit den einschlägigen Politikinstrumenten bearbeitet werden, sofern sie nicht als Gewaltakte und andere Straftaten polizeilich und mit den Mitteln des Strafrechts, ggf. auch des Ausländerrechts, gelöst werden müssen. Ausgerechnet Kopftuch tragende, qualifiziert ausgebildete und berufstätige Frauen, die zudem ein *role model* für muslimische Mädchen und Jungen darstellen könnten, auszugrenzen, ist befremdlich und widerspricht allen „westlichen Werten" von Selbstbestimmung und Pluralismus.

Angesichts des Flüchtlingszustroms seit 2015 müsste der mehrheitsdeutschen Bevölkerung, die zumindest im Fernsehen Musliminnen als Moderatorinnen, Expertinnen oder Diskussionsteilnehmerinnen mal mit, mal ohne Kopftuch und dabei auch in sehr kompetenten Rollen gesehen hat, klargeworden sein, dass weder von dem Tuch, noch von den allermeisten Frauen, die es tragen, eine Gefahr ausgeht. Das Problem entsteht in aller Regel im Kopf des Betrachters oder der Betrachterin. So ist die häufig anzutreffende pauschale Ablehnung des Kopftuchs samt des Menschen darunter nur ein Spiegelbild der mühsamen Entwicklung Deutschlands zur Einwanderungsgesellschaft. Lernprozesse brauchen ihre Zeit und Integration ist immer zweiseitig!

Dr. Sabine Berghahn ist Volljuristin und Politikwissenschaftlerin; sie arbeitet als Rechtsanwältin und freie Wissenschaftlerin in Berlin; an der Freien Universität Berlin lehrt sie als Privatdozentin im Fach Politikwissenschaft.

ZRI 2016 (S. 69–83)

Gerechtigkeit und gutes Leben in der Kopftuchdebatte

Felix Ekardt

Dieser Beitrag beschäftigt sich mit der für liberal-demokratische Verfassungsordnungen zentralen Unterscheidung von Gerechtigkeit und gutem Leben, besonders im Zuge der Migrations- und gerade der Kopftuchdebatte, die dabei – so jedenfalls die Intention – vom Kopf auf die Füße gestellt wird. Dabei wird der in der Rechts- und anderen Sozialwissenschaften im Vordringen befindliche Kulturrelativismus ebenso kritisch gesehen wie der Paternalismus der Idee einer Leitkultur.

1. Die religiöse Vorgeschichte liberaler Demokratien

Der ‚Kopftuchstreit' zieht weiter seine Kreise.[1] Einige in den letzten Jahren[2] ergangene Landesschulgesetze streben, nachdem der Streit zwischenzeitlich besonders hochgekocht war, eine generelle Verbannung religiöser Symbole aus der Schule an; viele Gesetze machen dabei freilich weit gehende Ausnahmen für christliche Symbole. Dieser Beitrag will unter anderem zeigen, dass beides unhaltbar ist. Dabei geht es auch um etwas Allgemeineres: um eine klare, bisher nicht gelungene, für die ‚Kopftuchdebatte' aber zentrale Grenzziehung zwischen ‚Gerechtigkeit' und ‚gutem Leben' – die für liberale Demokratien grundlegend ist und die angibt, welcher Bereich den Staat etwas angeht und welcher nicht (womit zugleich eine *begründete* Basis einer Staatsaufgabentheorie entsteht). Es geht also um die gerechtigkeitstheoretischen Grundlagen des ‚Kopftuchstreits' sowie um die Interpretation der für ihn grundlegenden relevanten Prinzipien liberaler Demokratien. Zugleich wird damit das Kopftuchthema zu verwandten Problemen pluralistischer, multikultureller Gesellschaften in Beziehung gesetzt. ‚Gerechtigkeitstheorie' meint bei alledem definitorisch die Lehre von der richtigen Ordnung des sozialen Zusammenlebens; was inhaltlich für *gerecht* gehalten werden darf – eine von der allgemeinen Definition des Wortes ‚Gerech-

[1] Zur folgenden Konzeption von ‚Gerechtigkeit' und ‚Freiheit' einschließlich des Umgangs mit kulturellen Konfliktlagen siehe ausführlicher Felix Ekardt: Theorie der Nachhaltigkeit. Rechtliche, ethische und politische Zugänge, Baden-Baden [3]2016. Bei Letzterem sowie bei id.: Weder Leitkultur noch multikultureller Relativismus. Gerechtigkeit und gutes Leben in der Migrationsgesellschaft, in: Kritische Justiz 3 (2005), S. 248–261; – wenngleich die dortige inhaltliche Argumentation inzwischen teilweise von mir revidiert wurde – finden sich auch detaillierte Nachweise zu den verschiedenen Sichtweisen im ‚Kopftuchstreit' sowie zur (vorliegend allerdings eher kritisierten) deutschen, europäischen, aber z. B. auch türkischen Rechtsprechung. Zur klassischen Gegenposition bei Udo Di Fabio: Die Kultur der Freiheit, München 2005, allgemein auch Rainer Forst: Toleranz im Konflikt, Frankfurt a. M. 2003.

[2] Zur Debatte in Deutschland detailliert und unverändert hilfreich Kirsten Wiese: Lehrerinnen mit Kopftuch. Zur Zulässigkeit eines religiösen und geschlechtsspezifischen Symbols im Staatsdienst, Berlin 2008.

tigkeit' strikt zu scheidende Frage! –, kommt dabei noch zur Sprache.

Viele Konservative treibt im Kopftuch-Kontext wohl die Befürchtung um: Ist die Zukunft liberaler Demokratien nicht zunehmend prekär, so dass die liberale, pluralistische Demokratie angesichts (vermeintlich?) schwächelnder kollektivistischer Entitäten wie Familie, Nation und Religion am Ende doch nicht bestehen kann? So lautet etwa Udo Di Fabios Vorstellung[3], zu der vorliegend letztlich eine linksliberale Gegenposition formuliert wird. Um darauf weiter einzugehen, ist zunächst eine kurze historische Reminiszenz hilfreich. Der klassische Liberalismus, den nicht nur der Verfasser schon des Öfteren unter dem Gesichtspunkt unzureichender universaler, globaler und intergenerationeller sowie nicht-besitzindividualistischer Gerechtigkeit kritisiert hat[4], der aber für die liberale Demokratie prägend gewesen ist, hat seine Grundgedanken nicht alleine erfunden. Vieles verdankt er dem meist calvinistischen Protestantismus. Das gilt nicht nur für Theoretiker wie Thomas Hobbes, John Locke, Immanuel Kant, Francis Bacon, Johannes Althusius und frühneuzeitliche Naturwissenschaftler und Politiker. In noch stärkerem Maß gilt die calvinistische Vorprägung für die breite Bevölkerung oder wenigstens die Bildungselite in den Ländern Westeuropas und Nordamerikas, in denen sich klassisch-liberale Ideen in Philosophie, Wirtschaft und Recht während der Aufklärung zunächst durchsetzten. Dies ist entscheidend, weil damit der für das Abendland charakteristische Prozess markiert wird: Religiöse Moral- und Politikkonzepte werden nach und nach säkularisiert, und die Religion wird selbst zum Katalysator eines liberalen, pluralistischen Staates.

Ein Merkmal des klassischen Liberalismus war nicht nur seine relativ starke Orientierung in Richtung auf Arbeit, Fortschritt und eine rigide Anthropozentrik, die als protestantisch fundiert angesprochen werden kann (wenngleich dies auch mittelalterliche Vorläufer etwa im Mönchtum hat und theoretisch in ihrem Rationalitäts- und Individualitätsbezug fundiert ist, z. B. bei Wilhelm von Ockham). Vielmehr gibt es auch eine individualistische und autoritätskritische Stoßrichtung des calvinistischen Protestantismus: Überkommene Traditionen sollen von jedem Individuum als Interpret bzw. Interpretin der göttlichen Botschaft (ohne Vermittlung durch eine Kaste von Berufsreligiösen) hinterfragt werden und jeder/jede sollte die Bibel lesen und die Welt durch konkretes Handeln auf allen Ebenen immer besser machen können. Einen weiteren wichtigen Schritt auf dem Weg zu Autoritätenschwund und Pluralismus markiert die später von Hobbes übernommene Handlungstheorie vom eigen-

[3] Vgl. Di Fabio (2005); zu den historischen Darlegungen des vorliegenden Abschnitts auch Felix Ekardt / Cornelia Richter: Ockham, Hobbes und die Geburt der säkularen Normativität. Zur Genese von Säkularität, Individualität und Rationalität in Recht und Moral, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1 (2006), S. 552–570; und Ekardt (2016).

[4] Vgl. hier wieder die Nachweise ibid., auch zum Folgenden.

nützig-bösen, aber dadurch zugleich sehr produktiven Menschen (zunächst hieß dies ‚Erbsündenlehre'). Daraus entstand unter anderem eine Skepsis auch gegenüber der moralischen Qualifikation der Herrschenden, was später ein geistig pluralistisches, allerdings auch wirtschaftsliberales Freiheitsideal begünstigte. Die Reformation hat – als Ursache und zugleich als Folge der sozialen Emanzipation des Bürgertums, des Aufstiegs des Kapitalismus und der entstehenden Pluralität von Lebensentwürfen in Europa – die entscheidende Weiche (wenngleich teils unbeabsichtigt) in Richtung einer pluralistischen Gesellschaft gestellt, in der die Herrschaftsgewalt das Individuum in einer (weiten) persönlichen Sphäre in Ruhe lässt. Auch die neuzeitliche Demokratieidee, die nicht zuletzt in calvinistischen Gemeindekonzepten wurzelt, sowie der calvinistische Widerstandskampf gegen religiöse Unterdrückung spielten eine Rolle.

Die daraus erwachsene liberale westliche Demokratie ist in vielen Punkten eine Ansammlung protestantischer Säkularisate. Doch sie ist nicht mehr die Religion selbst, sondern Religion als kombinierte Instanz für Sinnstiftung, Moral, sozialen Zusammenhalt und psychologische Deutung des Menschen: Dieses historische Normalphänomen fast aller menschlicher Gesellschaften ist in Mitteleuropa mehr und mehr Vergangenheit. Ungeachtet dessen hat letztlich wohl jeder Mensch auch in säkularisierten Zeiten eine ‚religio', also etwas, worauf wir beruhen und was uns Orientierung gibt, erscheint es doch als plausible Hypothese, dass die von der Religion befriedigten menschlichen Bedürfnisse fortexistieren. Jedes Popkonzert und jedes Fußballspiel – um insoweit eine gewisse Evidenz anzubieten – erfüllen die Formalmerkmale einer großen religiösen Feier: Verehrung von Helden und Vorbildern, Singen, Tanzen, ritualisierte Abläufe und optisches Schauspiel. Dass ‚religiöse Feier' eigentlich dies meint, das vergisst man als Europäer/in vor lauter eher bedingt unterhaltsamen Konfirmations- und Hochzeitsgottesdiensten vielleicht gar. Dass demgegenüber in Europa die *reguläre* Religion – trotz der Säkularisate und trotz der eben beschriebenen Substitute (was nicht das gleiche ist) – nur noch wenig in Erscheinung tritt, ist im Weltmaßstab freilich auch heute noch ein Sonderfall. Weltweit, auch in westlichen Ländern wie den USA, ist die Religion keinesfalls auf dem Rückzug. Für Europa ist es gleichwohl charakteristisch geworden, dass der politische Raum einer ist, in dem Religion offiziell gar nicht vorkommt – oder in dem Religionsvertreter/innen jedenfalls nicht anders als andere Menschen auftreten, wenn über politische Fragen etc. diskutiert wird.

2. Warum die liberal-demokratische Verfassung dennoch neutral gegenüber Weltanschauungen und anderen Glückskonzepten sein muss

Vor dem so beschriebenen Hintergrund lässt sich sagen: Der ‚Kopftuchstreit' ist zwar einerseits ein Konflikt zwischen unterschiedlichen weltanschaulichen (oder ihrer eigenen Wahrnehmung zufolge *nicht* weltanschauli-

chen) Lebenseinstellungen. Er ist andererseits aber auch ein Konflikt zwischen offen religiösen und religiös-säkularisierten Weltsichten. Wie man noch sehen wird, könnte letztgenannte Einsicht für die Füllung des Konzepts der Neutralität als einer zentralen Kategorie liberal-demokratischer Grundordnungen wesentlich sein. Um die so bezeichnete Problemlage im Einzelnen normativ abzuarbeiten, muss man die Problematik des Zusammenlebens in pluralistischen Gesellschaften freilich insgesamt präziser analysieren, als es der bisherigen emotionalisierten Debatte gelungen ist.

Liberal-demokratische Grundordnungen bzw. Verfassungen zentrieren sich um die Prinzipien ‚Menschenwürde' (Respekt vor der Autonomie aller Individuen) und ‚Unparteilichkeit' (Unabhängigkeit von Sonderperspektiven). Diese Prinzipien – und die aus beiden gemeinsam abgeleiteten Ideen maximale gleiche Freiheit der Individuen' und ‚gewaltenteilige Demokratie als Konfliktlösungsverfahren bei Freiheitskonflikten' – verkörpern das, was in der liberalen Welt mit ‚Gerechtigkeit' (Art. 1 Abs. 2 GG) gemeint ist.[5] *Warum überhaupt Würde?* – Diese Frage beantworten liberale Verfassungen nicht mehr. Ohne jene Begründung weiß man freilich auch nicht, was ‚Würde' als Basisverfassungsnorm, die die Auslegung aller weiteren Normen anleitet, überhaupt bedeuten soll (Respekt vor der Autonomie?). Nun kann die modern-liberale Philosophie – die kritische und auch stark revidierende Fortschreibung Kantscher, Lockescher usw. Ideen, die den liberalen Staat theoretisch generiert haben – ‚Würde' und ‚Unparteilichkeit' mittlerweile auf eine Weise fundieren, die die universale Richtigkeit jener Basisprinzipien und genau jenen Inhalt nachweist. Dies gelingt (unter Auflösung m.E. substanzieller Fehlgriffe bei den liberalen Klassikern), indem man zeigt, dass (1) diese beiden (und zwar *nur* diese beiden) Prinzipien für den Menschen als Menschen bei Strafe des Selbstwiderspruchs logisch unhintergehbar sind, sobald wir überhaupt je – und sei es auch nur gelegentlich – *mit Gründen* über normative Fragen streiten (also *normativ rational* sind) und dass (2) der zumindest gelegentliche (!) Vernunftgebrauch in normativen Fragen vom Menschen als Menschen ebenfalls nicht vermieden werden kann. Wie gelingt dies? Dies muss hier in aller Kürze dargelegt werden, weil nur so das Interpretationsfundament für die konkreten Grundrechtsfragen von multikulturellen Konflikten gewonnen wird (und insbesondere der Grad des zulässigen oder gerade unzulässigen Relativismus aufgezeigt werden kann):

Zunächst bestreiten viele schlicht die Möglichkeit rationaler normativer Aussagen. ‚Würde' und ‚Unparteilichkeit' seien schlichte Setzungen und damit bestenfalls als relativistische Konzepte zu begreifen. Richtig seien allein die Norm und Ordnung einer Gesellschaft, die den rein faktischen Präferenzen der Menschen (wobei dies meinen kann:

[5] Viel ausführlicher dargelegt m. w. N. bei Ekardt (2016) und klassischerweise kritisch betrachtet von Michael Sandel: Liberalism and the Limits of Justice, Frankfurt a. M. 1982; und Alasdair MacIntyre: Whose Justice?, Frankfurt a. M. 1998.

Konsens oder Durchschnitts- bzw. Mehrheitspräferenzen) oder den im jeweiligen sozialen Kontext gepflegten Traditionen entsprächen. Dass wir rein faktisch diese oder jene Präferenzen oder Traditionen in puncto Multikulturalität haben mögen, kann man empirisch sicherlich messen – aber sind unsere Präferenzen (im Sinne einer solchen präferenztheoretischen oder kontextualistischen Position) schlicht wegen ihrer faktischen Existenz auch *richtig* so?[6] Dagegen sprechen mehrere schlagende Einwände, die in der Regel unbemerkt bleiben:

1) Nicht nur die Unfähigkeit, unserem rein faktischen Wollen einen Prüfstein anzubieten, spricht gegen einen solchen Präferenzansatz.

2) Der Präferenzansatz schließt auch einen ‚Sein-Sollen-Fehlschluss' ein: Warum sollten denn die faktischen Präferenzen der Bürger/innen (Sein) *per se* als richtig gelten (Sollen)?

3) Sollen weiterhin nach diesen Maßstäben dann z. B. auch mehrheitlich gewollte Diktaturen als gerecht gelten?

4) Wessen Präferenzen sind überhaupt gemeint? Dürfen 50,1 Prozent einer Gesellschaft beliebige Entscheidungen treffen, oder 73,4 Prozent oder 84,5 Prozent? Und wenn ein bestimmtes Mehrheitsquorum, warum dann gerade dieses Quorum? Nochmal: Ich frage hier nicht, was irgendeine Mehrheit rein faktisch *tut* – ich frage, ob sie tun *darf*, was sie möchte (z. B. auch den ‚Führerstaat' wieder einführen, wenn 80 Prozent der Bürger/innen das wollen). Plädiert man gar für einen echten Konsens der faktischen Präferenzen, so plädiert man letztlich für die Anarchie, denn wirklich einigen werden sich alle in pluralistischen Gesellschaften auf kaum etwas können.

5) Entscheidend ist aber folgender Punkt: Die Präferenztheorie der Gerechtigkeit enthält einen Selbstwiderspruch. Denn wer sagt, es gebe keine allgemeinen normativen Sätze und deshalb müsse allgemein auf Präferenzen rekurriert werden, der stellt selbst einen allgemeinen normativen Satz auf. Die Aussage*, dass in Bezug auf Normen alles relativ sei,* widerlegt sich also selbst.

Ich möchte daher anders ansetzen und mit der folgenden kleinen Überlegung zeigen, dass es rationale Normen bzw. Ordnungen (und zwar sogar in einem universalen Sinne, also für alle menschlichen Gesellschaften) gibt, auch wenn schon wir Deutschen dies beispielsweise in den 1930er Jahren rein faktisch nicht einsehen wollten. Dabei geht es mir zunächst nicht darum, dass es in privaten Fragen über das ‚gute Leben' und den Geschmack in der Tat verschiedene Ansichten geben kann. Es geht auch nicht darum, dass bestimmte Spielräume zwischen kollidierenden Prinzipien (etwa verschiedene Freiheitssphären der Bürger/innen) in verschiedenen Kulturen auch unterschiedlich genutzt werden dürfen (wobei wir auf beide Fragen zurückkommen werden). Es lässt sich

[6] Zum gesamten philosophischen bzw. gerechtigkeitstheoretischen Grundansatz als Rekonstruktion der hinter liberal-demokratischen Verfassungen stehenden normativen Grundlagentheorie, wie sie im Folgenden (sehr knapp) dargelegt wird, siehe ausführlich m. w. N. Ekardt (2016).

vielmehr (hier sehr komprimiert dargestellt) Folgendes sagen:

In einer pluralistischen Welt streiten die Menschen über normative Fragen. Selbst fundamentalistisch und autokratisch gesinnte Menschen tun dies und bedienen sich dabei der menschlichen Sprache. Wer aber *mit Gründen* (also rational, d. h. mit Worten wie *weil, da, deshalb*) streitet, also bei normativen Themen Sätze wie *X ist richtig, weil Y* formuliert, setzt logisch zweierlei voraus (ob man dies nun rein faktisch will oder nicht): 1) Normative Fragen können überhaupt *mit Gründen* und ergo objektiv und nicht nur subjektiv präferenzgesteuert entschieden werden. 2) Die möglichen Diskurspartner verdienen gleiche unparteiische Achtung.

Denn Gründe sind egalitär und das Gegenteil von Gewalt und Herabsetzung; und sie richten sich an Individuen mit geistiger Autonomie, denn ohne Autonomie kann man keine Gründe prüfen. Somit sind universale Gerechtigkeitsprinzipien möglich: ‚die Achtung vor der Autonomie der Individuen' (Menschenwürde) und ‚eine gewisse Unabhängigkeit von Sonderperspektiven' (Unparteilichkeit). Dass man 1) zumindest gelegentlich im hier gemeinten Sinne *mit Gründen*[7] entscheidet und sich damit logisch in der hier gezeigten Argumentation verfängt, genügt dabei. Zum gleichen Ergebnis führt der Gesichtspunkt, dass 2) die These, dass normative Fragen nicht *mit Gründen* entschieden werden könnten, auch auf Grund des oben bei den Präferenztheoretikern aufgezeigten Selbstwiderspruchs unhaltbar erscheint.[8]

Indem sich freilich nur die zwei letztgenannten Prinzipien zwingend universal für alle Ordnungen des Zusammenlebens herleiten lassen, kommt man zu für den ‚Kopftuchstreit' wesentlichen Konsequenzen. Es sind dies solche Konsequenzen, die jede liberaldemokratische Verfassung – bei richtiger Interpretation – eigentlich heute immer aussagen sollte. Zunächst einmal geht es um die Konsequenz, dass eine *gerechte* Grundordnung auf maximaler gleicher Freiheit der Individuen beruhen muss. Deshalb brauchen wir demokratische und gewaltenteilige Institutionen, da sie einen wirksamen Freiheitsschutz versprechen. Allerdings können diese nach dem Gesagten nur zuständig sein für Konflikte zwischen verschiedenen Freiheiten und den (bei der Freiheit logisch mitgedachten) sehr zahlreichen Freiheitsvoraussetzungen wie Sozialstaatlichkeit, Bildung usw.

Somit ist einerseits die ‚Möglichkeit universaler, nicht-relativistischer Gerechtigkeitsaussagen' (also die Möglichkeit objektiver Aussagen über das richtige Zusammenleben in allen Gesellschaften sprechender und da-

---

[8] Noch einmal: Dies ist eine logische Schlussfolgerung und keine empirische Aussage darüber, ob Menschen rein faktisch im hier beschriebenen Sinne rational entscheiden möchten. ‚Rational' heißt hier, wie gesehen, nicht wie zumeist bei Ökonomen ‚ein (tendenziell eigennütziges) Ziel mit möglichst effektiven Mitteln umsetzend' (dies wäre schlicht die ‚instrumentelle Rationalität'). ‚Rationalität' meint hier vielmehr, dass jemand normative Fragen *mit Gründen* entscheidet. Ein Grund ist dabei alles, was die besagte *weil-/da-/deshalb*-Struktur hat und außerdem im Prinzip von jedem und jeder eingesehen werden kann.

mit in die gezeigte Herleitungslogik geratender Menschen) und andererseits ein bestimmter grundlegender ‚Inhalt universaler Gerechtigkeit' in die menschliche Kommunikationspraxis zwingend eingeschrieben. Dass eine Reihe scheinbar denkbarer Einwände gegen diesen Ansatz nicht greift, wurde wiederum andernorts vertieft.[9] Beispielsweise ist dies keine von außen auferlegte oder gar religiöse Beschränkung der Menschen. Vielmehr geht es um eine (säkulare) Rekonstruktion dessen, was der Mensch logisch voraussetzt, wenn er lebt – und dabei zumindest gelegentlich *in Gründen* spricht. Da hier nichts von außen auferlegt wird und zudem (erhebliche) Abwägungsspielräume insbesondere zwischen kollidierenden Freiheitssphären verbleiben, braucht niemand – auch keine Vertreterin und kein Vertreter z. B. einer islamisch geprägten Weltanschauung – eine solche Sichtweise als kulturimperialistisch zu empfinden. Dass man auf all dies auch nicht mit einem Hinweis darauf antworten kann, dass *rein faktisch viele Menschen aber andere Ansichten haben*, wurde bei der Kritik der Präferenztheorie bereits deutlich.

Vor diesem Hintergrund ergibt sich (a) philosophisch und als neu ausgerichteter Inhalt der universalen Gerechtigkeit und damit zugleich (b) als Begründung und Vorgabe für die Interpretation grundlegender liberal-demokratischer Verfassungsprinzipien: Der Bereich der ‚Gerechtigkeit' ist der der Freiheiten und (weit zu verstehenden) Freiheitsvoraussetzungen. Alles andere mag als Bereich des ‚guten Lebens' bezeichnet werden. Eine gerechte Politik muss via Freiheit die Möglichkeit (!) individuellen Glücks garantieren, doch niemals darf sie das ‚gute Leben' selbst regeln – also persönliche Glückskonzepte, Weltanschauungen oder Anstandsvorstellungen etc. Indem der klassische Liberalismus den Schutz von Freiheit und Gemeinwohl als Staatsaufgabe ansah, war aber (dank des inhaltlich völlig beliebigen und daher besser zu vermeidenden Gemeinwohlbegriffs) nie wirklich klar, was die ‚Gerechtigkeit' und was das ‚gute Leben' ist. Die hier entwickelte Konzeption zeigt dagegen, dass nur die Freiheit und ihre vielen Voraussetzungen bzw. förderlichen Bedingungen – und alles daraus ableitbare – begründbare (und sogar universale) Belange sind. Sie machen also den Bereich der ‚Gerechtigkeit' aus – alles andere gehört zum ‚guten Leben' und geht die Politik folglich nichts an. Damit ergeben sich zuallererst zwei klare gerechtigkeitstheoretische Argumente für die Scheidung von ‚Gerechtigkeit' und ‚gutem Leben', mit der Folge, dass das ‚gute Leben' wie das Gemeinwohl und der Schutz gegen sich selbst keine zulässige Freiheitsschranke bildet: Erstens wären Beschränkungen hierin (etwa durch ein beliebiges Bestimmungsrecht der demokratischen Mehrheit, neue Aufgaben aufzugreifen und dem einzelnen Vorgaben zu machen) ein Angriff auf die Freiheit zu Gunsten letztlich im Ausgangspunkt dogmatischer, nicht allgemein begründbarer Belange. Und zweitens fehlen einfach normativ rationale Maßstäbe dafür, was ein ‚gutes Leben' ist; privat gibt es allenfalls das instrumentell Ra-

[9] Vgl. Ekardt (2016).

tionale. Das erste Argument interpretiert die (Handlungs- und Gewissens-)Freiheit und ist daher ersichtlich auch ein Argument der konkreten Interpretation liberal-demokratischer Verfassungen, deren Grundrechtsgarantien sämtlich auf dem Freiheitsbegriff aufbauen.

Darum – so lässt sich für multikulturelle Konflikte schlussfolgern – passt eine ‚Leitkultur', die eine bestimmte Variante eines ‚guten Lebens' für alle vorgibt, genauso wenig zum liberalen Staat wie der postmoderne Relativismus. Es ist damit nicht alles Privatsache, was man in klassisch-liberaler Tradition dafür hält – man darf aber auch nicht alles regeln. Um ein Beispiel jenseits der multikulturellen Konflikte zu geben: Man darf also fragen, *ob der klimaschädliche Urlaubsflug gerecht ist*, aber nicht, *ob mir Fliegen Spaß macht* bzw. *ob es mir dabei gut geht* und *ob ich innerlich für Fortschritt bin*. Auf diese letzteren Fragen muss sich jeder Mensch im Rahmen seines persönlichen Konzepts von einem ‚guten Leben' (‚Tugendethik') selbst die Antwort geben. Kurz gesagt: Unrecht hat eine Globalisierungskritik, die sagen möchte, dass reiche Menschen endlich lernen sollen, dass sie mit weniger Geld innerlich viel glücklicher wären. Dies hat vielmehr jeder selbst zu entscheiden. Umgekehrt wiederum darf eine wirtschaftsfreundliche Lebensperspektive der globalisierungskritischen Lebensperspektive nicht verbieten, wochenlang im Park zu entspannen und sich durch Gelegenheitsarbeit über Wasser zu halten; denn niemand ist in einer liberalen Demokratie auf das oben erwähnte protestantische Leistungsideal verpflichtet.

All dies gilt auch für Kulturkonflikte mit Migrationshintergrund. Eine Verpflichtung aller Bürger/innen auf eine ‚Leitkultur' mit Ordnung, Pünktlichkeit und Anstand wäre hier unhaltbar. Aber ebenso falsch ist ein indifferenter multikultureller Relativismus, wenn Migrierende ihre Töchter zwangsweise in die Türkei verheiraten, Mädchen gegen deren Willen vom Schulsport befreien oder wenn Brüder ihre Schwestern physisch bedrohen, weil sie Freundschaften mit Männern pflegen. Denn die Politik muss Freiheit auch vor den Mitmenschen garantieren. Daran ändert auch das ‚Elternrecht' eines Vaters nichts, der z. B. seine Tochter gegen ihren Willen vom Sportunterricht befreien möchte: Denn Erziehungsrechte der Eltern sind nur eine Krücke der Freiheit, solange der/die Einzelne die eigenen Entscheidungen noch nicht voll überschauen kann. Sie sind keine Berechtigung, anderen nach Belieben den eigenen Willen aufzuzwingen. Dagegen darf eine Frau selbstredend *freiwillig* ein Kopftuch tragen. Sofern eine autonome Entscheidung vorliegt, verdient dies Anerkennung. Nur jene Spielräume erlauben es den Menschen in unterschiedlichen Kulturen, sich ohne Unterdrückung, Demütigung und Ausgrenzung gegenseitig als Gleiche zu sehen. Allein wenn ein Konzept eines ‚guten Lebens' die Freiheit der anderen stört, wird dies zu einer politischen Frage.

Gerade eine kontextualistische Position, wie sie insbesondere asiatischen Kulturen

häufig zugeschrieben wird, dürfte dennoch nicht einverstanden sein. Sie könnte sagen, die Freiheit führe zum Zusammenbruch tradierter, wertvoller Lebensformen wie z. B. der eingespielten familiären Rollenverteilung oder des Lebens in einer kommunitären Sekte. Der Liberalismus bevorteile also doch bestimmte Lebensformen und mische sich daher sehr wohl ins ‚gute Leben' ein. Und in der Tat: Muslimischen Kindern, die von ihrem Vater streng reglementiert werden, könnte früher oder später die Lust auf das enge Korsett religiös-traditionell fundierter Regeln vergehen, wenn sie nur lange genug via Fernsehen andere Lebensoptionen mitbekommen. Doch was soll dies besagen? Jede/jeder hat ja die Freiheit, z. B. einen bestimmten Glauben streng zu praktizieren. So kann jeder Traditionalist in einer liberalen Gesellschaft mit seiner Frau – wenn sie dem zustimmt – ungehindert ein klassisches Rollenmodell leben. Und bestimmte Lebensstile mögen sich zwar faktisch mit der liberalen Globalisierung verbreiten; doch gleichzeitig schafft die Globalisierung die Wahlmöglichkeiten, sich aus einer Fülle von Optionen auch andere auszusuchen.

Umgekehrt endeten schon kleinste Infragestellungen der überlieferten Strukturen in traditionellen Gesellschaften früherer Jahrhunderte nicht selten auf dem Scheiterhaufen – und noch heute bedrohen religiöse Extremisten bzw. Extremistinnen freie Geister in Iran und andernorts mit dem Tod. Es spricht nicht für eine Lehre und es spricht auch nicht für gewisse Regierungen, dass sie offenbar solche gewalttätigen Argumente benötigen.

Man könnte allerdings insistieren und verlangen, dass die ‚Gerechtigkeit' von vornherein stärker religiös gedacht werden müsste, besonders (a) vor dem o. g. historischen Hintergrund Europas und (b) vor dem Hintergrund der anhaltenden Präsenz religionssubstituierender sowie säkularisierter Gehalte, auch in Europa. Selbst im heutigen Mitteleuropa sieht man oft noch zuerst die Kirchen in der Expertenrolle für Fragen nach grundlegenden Werten; ob es nun um Gentechnik, globale Gerechtigkeit, Nachhaltigkeit oder Sterbehilfe geht. Doch mag Religion rein faktisch noch so präsent wirken: Sie kann in einer pluralistischen Welt nicht mehr der gesellschaftlich-gerechtigkeitsbezogene (also nicht private!) Kompass für Richtig und Falsch sein. Religiöse Moral beruht auf Annahmen, die man glauben, aber nicht wissen kann: die Existenz Gottes und die Erkennbarkeit seiner Regeln für den Menschen. Die hinter dem modernen Recht stehende universalistische Moralphilosophie (Immanuel Kant, John Rawls, Jürgen Habermas) ist zwar in Teilen Erbin der Religion. Sie verzichtet aber auf unbelegbare metaphysische Hintergrundannahmen.[10] Und sie kann universale moralische Grundprinzipien

[10] Philosophie wie Religion mögen in der Geschichte schon oft bloß die Mächtigen scheinlegitimiert haben – sie stellen Recht und Gesellschaft aber auch einen kritischen Kompass gegenüber. Das können rein naturwissenschaftliche Weltbilder nicht: Aus naturwissenschaftlichen Messungen folgen keine Antworten auf die Wertungsfragen danach, welchen Regeln Menschen folgen sollten; zu jener erkenntnistheoretischen Grundproblematik wiederum Ekardt (2016).

wie ‚Freiheit' und ‚Demokratie' besser begründen als ein religiöses System. Und Prinzipien, die anders als religiöse Regeln allgemein verbindlich und nicht kulturspezifisch gerechtfertigt sind, sind für das Zusammenleben in einer pluralistischen und globalisierten Welt dringend nötig.

3. Weder ‚Leitkultur' noch multikultureller Relativismus: Kopftücher, aber auch antireligiöse Karikaturen und (keine) Einbürgerungstests

Dennoch werden Kulturkonflikte mit Migrationshintergrund gerade in letzter Zeit hochkontrovers diskutiert. Auf der einen Seite protestierten Gläubige gegen Mohammed-Karikaturen und islamkritische Papst-Äußerungen, auf der anderen Seite wurde in Deutschland über Gesinnungstests zur Einbürgerung von Muslimen und Musliminnen oder über Lehrerinnen mit Kopftüchern debattiert.[11] In Frankreich hat man auch Schülern und Schülerinnen das Tragen religiöser Symbole vollständig untersagt. Die Zuflucht zu irgendeiner Art von ‚Leitkultur' des ‚guten Lebens' wäre gleichwohl nach dem Gesagten unzulässig, da das ‚gute Leben' kein möglicher Gegenstand einer gerechten Politik ist. Jedoch wäre eine laizistische Totalverbannung aller weltanschaulichen Symbole aus dem öffentlichen Raum ähnlich zweifelhaft. Weil die Freiheit eben die Richtschnur für die Lösung sozialer Konflikte ist, dürfen verschiedene Arten des ‚guten Lebens' nebeneinander existieren, sofern sie sich nicht ernstlich gegenseitig behindern. Ein Laizismus wie in Frankreich ist erstens eine unnötige Freiheitseinschränkung; er unterscheidet zwar richtigerweise zwischen ‚Gerechtigkeit' und ‚gutem Leben', doch ist er gegenüber der ‚offenen Neutralität' der nebeneinander existierenden Symbole die einschränkendere Variante. Zweitens haben und zeigen wir letztlich alle irgendeine Weltanschauung (und dies führt zur eingangs formulierten Einsicht in den säkularisiert-religiösen Charakter westlicher Lebensweisen zurück): Auch das Tragen von freizügiger Kleidung oder Jogginganzügen beim Bäcker drückt letztlich ein persönliches Glücksideal aus. Können nicht sogar lange Haare als Ausdruck einer bestimmten Weltanschauung getragen werden (vielleicht ja einer ‚linken')? Und expliziert nicht umgekehrt jemand, der stets dunkle und dezente Maßanzüge trägt, damit ebenfalls eine bestimmte Weltanschauung (diesmal eine eher ‚konservative')? Oder wie steht es um einen Lehrer, der in den Trikots bekannter Fußballer zum Unterricht erscheint und sich auch sonst als deren fanatischer Anhänger zu erkennen gibt? In den privaten Raum verbannen kann man solche Symbole folglich gar nicht. Darum muss die Politik Konzepte des ‚guten Lebens' nicht etwa unsichtbar machen, sondern nebeneinander bestehen lassen, sofern nicht die Freiheit der Mitmenschen eindeutig betroffen ist, z. B. wenn eine Lehrerin die Schülerinnen zum Tragen eines Kopftuchs drängt. Dann darf der nicht-relativistische liberale Staat die Lehrerin genau daran hindern – ebenso wie

[11] Ausführlich wiederum Wiese (2008).

daran, zum ‚Heiligen Krieg' aufzurufen. Nicht hindern darf man sie dagegen am Tragen ihres Kopftuchs, denn das bloße Sehen eines Kopftuchs ist für die Schüler/innen kein Freiheitseingriff. Auch die Mehrheit hat, wie wir sahen, kein weiter gehendes Bestimmungsrecht.

Man sage jetzt nicht, ein Kopftuch wirke intensiver als ein anderes Kleidungsstück: So dürften z. B. Sportabzeichen oder kurze Röcke – die aus der Sicht mancher Muslime/Musliminnen auch eine Weltanschauung verraten, nämlich eine *emanzipierte* – die Schüler/innen eher stärker als Kopftücher beschäftigen. Im Übrigen wird man meist auf höchst unterschiedliche Lehrer/innen treffen, die auch optisch den unvermeidlichen, begrüßenswerten Pluralismus liberaler Gesellschaften verkörpern. Und auch wer jetzt einen vermeintlich ‚autoritären Charakter' des Kopftuchs anführt, sagt nicht nur etwas Zweifelhaftes, sondern wird zudem in den Streit der Weltanschauungen hineingezogen, aus dem sich eine liberal-neutrale Verfassung gerade herauszuhalten hat. So könnte man einwenden, dass das Christentum als Religion der Kreuzzüge usw. doch viel autoritärer und gewalttätiger sei (erst recht träfe in unseren Tagen der Gewaltvorwurf immer wieder auf Fußballfans zu). Sagt man jetzt, dies sei nicht das *wahre* Christentum, hilft dies nichts. Denn ein liberaler Staat hat nicht über die *wahre* Interpretation einer Religion zu befinden; dies ist eine Frage des ‚guten Lebens', nicht der Politik. Deshalb sind verschiedene Religionen auch gleich zu behandeln.

Speziell das Sport- bzw. Trikotbeispiel sollte man nicht einfach abtun. Ganz allgemein kann man sagen, dass in modernen Gesellschaften die Popkultur und der Sport gewissermaßen die Rolle übernommen haben, die früher die Religion spielte. Und hat nicht ein Fußballspiel in aufgeheizter Atmosphäre oder auch ein Rock-Pop-Konzert heute wesentlich mehr mit einer religiösen Feier gemein, als der übliche, recht ruhige protestantische Sonntagsgottesdienst? Wenn Religion und Weltanschauung damit aber als ein weit reichendes und letztlich diffuses Phänomen erkannt sind, müssen sich Vertreter/innen einer laizistischen Neutralität fragen lassen, ob auch pop- oder sportzentrierte Weltanschauungen künftig aus der Schule ferngehalten werden sollen. Hiermit soll nicht der kommunitaristische Vorwurf erhoben werden, die liberale Grundordnung sei selbst eine Weltanschauung und damit nicht neutral.[12] Dies wäre falsch, da die liberale Ordnung nur ein Konzept der ‚Gerechtigkeit', aber kein Konzept des gelungenen bzw. ‚guten Lebens' darstellt (da sie Letzteres jedem Menschen selbst überlässt). Ich meine lediglich: Es ist einerseits der Sinn des Liberalismus und andererseits auch einfach unvermeidbar, dass jeder Mensch per se eine Weltanschauung (ein Konzept des gelungenen Lebens) hat und dass diese Anschauung *unausweichlich* immer irgendwie sichtbar ist. Damit ist eine Pluralität der Kleidung unter den Bürgern/innen unausweichlich.

[12] Vgl. Sandel (1982); MacIntyre (1998).

Und selbst wenn der Staat vereinzelt einmal eine bestimmte Kleidung untersagen könnte, weil sie in ihrer Intensität als freiheitsbeeinträchtigend anzusehen ist (so würde eine nackt erscheinende Lehrerin voraussichtlich zum Zusammenbruch des Schulunterrichts, also einer Freiheitsvoraussetzung, führen), dann muss er dies jedenfalls gleichberechtigt für alle Weltanschauungen tun; andernfalls ist er nicht mehr weltanschaulich neutral. Ungeachtet all dessen darf jede Art von Religion in der Schule (im Sinne einer historisch-soziologischen Beschreibung) deskriptiv erwähnt werden. Unzulässig wäre es dagegen nach dem Gesagten, den Kindern im normativ-auffordernden Sinne christliche Werte zu vermitteln: Der liberale Staat hat keine religiösen Werte des ‚guten Lebens' zu vermitteln, sondern lediglich liberale Gerechtigkeitsprinzipien. Ob sich diese Prinzipien faktisch mit christlichen Prinzipien decken (was nur z. T. stimmt), ist dafür völlig unerheblich. Ausnahmen von der damit strikt gebotenen ‚offenen Neutralität' gelten freilich, wenn eine weltanschauliche Kleidung derart aggressiv eingesetzt wird, dass das freiheitlich-friedliche Nebeneinander verschiedener Weltanschauungen gerade zerstört wird. Doch reicht es dafür nicht, wenn bloß (und zudem nur durch ein Kleidungsstück) der Eindruck entstehen kann, der/die jeweilige Lehrer/in sei freiheitsfeindlich. Dies muss vielmehr hinreichend substantiiert werden; andernfalls wird die Tatsachenbasis staatlicher Entscheidungen beliebig und die Freiheit gerät zur Farce.

Nun sind Lehrer/innen natürlich nicht nur Bürger/innen, sondern zugleich auch Staatsbedienstete. Aber auch für sie gilt, dass sie ihre Weltanschauung schlecht völlig verbergen können und dass die Freiheitlichkeit der Grundordnung auch sie schützt. Natürlich kann man von ihnen erwarten, dass sie die freiheitliche Ordnung unterstützen und in deren Sinne unterrichten. Ob sie dies tun werden, kann und muss man bei ihrer Einstellung auch prüfen. Nur ist ein bloßer Kleidungstest vor dem eben beschriebenen Hintergrund ein denkbar ungeeigneter Prüfungsweg. Zudem: Symbolverbote schaffen bestenfalls Märtyrer. Zwingt man die ‚Verdächtigen' dagegen, in einem Diskurs Rede und Antwort zu stehen und sich reflexiv zu seinen Überzeugungen zu verhalten, sich also dem zwanglosen Zwang des besseren Arguments zu beugen, dann kann womöglich wirklich eine Haltung entstehen, die die Vorzüge einer liberal-diskursiven offenen Gesellschaft schätzen lernt. Und nur so wird man die zahlreichen Schwankenden überzeugen, dass die liberale Ordnung auch ihre Heimat sein kann.

Die Regelungsversuche vieler deutscher Landesgesetzgeber sind vor all diesen Hintergründen nicht haltbar. Dies wird vollends deutlich in Artt. 12, 15 und 16 der baden-württembergischen Landesverfassung, die ausdrücklich fordern, Kinder zu »christlicher Nächstenliebe« usw. »zu erziehen«. Die Kinder sollen also keinesfalls bloß informiert, sondern vielmehr beeinflusst werden. Und hier tritt eben die Kollision ein: Der liberale

Staat hat keine *religiösen Werte* des ‚guten Lebens' zu vermitteln (sondern nur *liberale Gerechtigkeitsprinzipien*). Und dies ändert auch keine Landesverfassung, die ja dem Grundgesetz des Bundes stets untersteht (Art. 31 GG). Folgerichtig hat nunmehr auch das BVerfG mit Beschluss vom 27. 1. 2015 (1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10) pauschale Kopftuchverbote für verfassungswidrig erklärt.

4. Warum die liberale Demokratie nicht an Kulturkonflikten zerbrechen muss

Man kann sich bei alledem fragen, warum der Streit über das Kopftuch derart heftig – mehr oder weniger von allen Beteiligten – geführt wird. Doch letztlich ist dies nicht verwunderlich. Religion und ihre säkularen Nachfolger stehen funktional betrachtet für eine Orientierung im Leben, für Sinn und eine gewisse Sicherheit. Dementsprechend werden hier Kontroversen besonders heftig ausgetragen. Zudem wird das Kopftuch als Symbol für die gesamte Kontroverse um die richtige Zuordnung von ‚Gerechtigkeit' und ‚gutem Leben' haftbar gemacht. Dies ist letztlich natürlich überzogen; die konkrete Argumentation bleibt dabei nicht selten auf der Strecke.

Das hier dargelegte Freiheitskonzept ist das Modell einer autonomen und freien Selbstentfaltung, das es jedem Menschen – aber eben auch global und generationenübergreifend – ermöglichen möchte, auf seine Weise glücklich zu werden. Liberale Gesellschaften und somit auch die europäische Verfassungsordnung haben indes nicht nur eine normative Begründung. Sie haben, und dies ist das eigentliche Thema beispielsweise Di Fabios[13], auch so etwas wie faktische Entstehungs- und Bestandsvoraussetzungen. Diese begründen die liberale Demokratie nicht, weil Fakten logisch keine Normen begründen[14], und doch sind sie normativ relevant. Denn die ‚Gerechtigkeit' soll nicht nur auf dem Papier stehen, sondern real werden, da die gerechten Normen sonst keine Konflikte lösen können. Daraus ergibt sich, dass die liberalen Basisprinzipien ihre eigene Erhaltung fordern. Was aber sind die faktischen Voraussetzungen autonomiezentrierter Gesellschaftsformen, sozusagen als besondere Freiheitsvoraussetzungen? Man kann sich diese Frage beantworten, indem man daran denkt, unter welchen Bedingungen liberale Gesellschaften faktisch entstanden sind: Man könnte dann eine Mischung vor allem aus bestimmten ökonomischen Interessen und kulturellen Hintergrundorientierungen als faktische Basis entstehender Freiheitlichkeit identifizieren. Diese Bedingungen gelten ersichtlich auch für den Fortbestand liberaler Gesellschaften. Das bedeutet z. B.: Wenn immer mehr Menschen gewissermaßen postmodern alles Normative nur noch ironisch wahrnehmen und allein die egozentrische Selbstverwirklichung ins Zentrum stellen, ist dies nicht nur normativ kritikwürdig (da es eben sehr wohl universalistische Prinzipien der ‚Gerechtigkeit' gibt). Es ist auch für den Fortbestand der Liberalität gefährlich in einer Zeit, in der unter dem Druck des (realen

[13] Vgl. Di Fabio (2005).

[14] Auch dazu ausführlich Ekardt (2016).

oder auch nur befürchteten) globalisierten Terrors die Freiheit schleichend immer weitere Einschränkungen erfährt.[15]

Die freiheitsgefährdende Indifferenz kann freilich auch aus der Multikulturalität moderner westlicher Gesellschaften erwachsen, sollten hohe Zahlen von Migrierenden eine indifferente bis ablehnende Position zu liberalen Gerechtigkeitsprinzipien einnehmen. Doch ist einerseits zweifelhaft, ob dem wirklich so ist und andererseits bleibt eine liberale Ordnung – bei Strafe ihrer Selbstzerstörung – der äußeren Handlungs- und Konfliktregulierung mit einer Normierung innerer Einstellungen bekanntlich unvereinbar. Es ist auch gerade der Witz einer liberalen Ordnung, dass sie auf Grund ihrer Freiräume, ihrer Kontrollmechanismen und zugleich ihrer schieren Eigennützigkeit für die meisten Menschen auch ohne gewissermaßen rein altruistische Menschen möglich ist. Zwar ist es, da innere Einstellungen oft irgendwann in ein äußeres Verhalten übergehen, dem Staat durchaus erlaubt, z. B. im Wege schulischer Erziehung für Bildungsinhalte zu sorgen, die gegenüber dem liberalen Staat gleichgültige künftige Bürger/innen unwahrscheinlicher machen. Doch kann man keine Pflicht zu mehr Gemeinsinn oder auch mehr Patriotismus normieren. Dies geht real nicht und es würde auch nicht unbedingt helfen, sondern an der nötigen globalen Perspektive vorbeigehen. Zudem darf dies eine nicht kollektivistische sowie im Bereich des ‚guten Lebens' abstinente Politik auch nicht. Auch im Strafrecht ist der Tätervorsatz als ‚innere Einstellung' nur insoweit relevant, als er weitere Straftaten einfach wahrscheinlicher macht. Die Integrationspolitik in pluralistischen Gesellschaften muss darum der skizzierten liberalen Linie folgen, was z. B. bedeuten würde: sprachliche Freiheitsvoraussetzungen, die Fähigkeit zu denken und selbständig dazuzulernen dürfen und müssen vermittelt werden, ebenso wie die Gründe für die Freiheit. Aber eine *innere Neigung* zu einer freiheitlichen Ordnung, die unterschiedliche Glückswege toleriert, kann man nicht mit Gewissheit planen und dies wäre auch wie eine ‚Leitkultur' ein Übergriff ins ‚gute Leben', abgesehen vom darin implizierten latenten Kollektivismus.

Liberale Ordnungen und eine freiheitliche Weltgesellschaft, die nicht mehr zur ethnischen und kulturellen Homogenität zurück kann, sind – so eine plausible Hypothese –

[15] Man denke an die ‚doppelte Freiheitsgefährdung': Einerseits kann eine extrem verstandene Freiheitlichkeit liberaler Gesellschaften ebenjene Gesellschaften zur Zielscheibe skrupelloser Gegner/innen machen – andererseits droht die Freiheit aber auch durch ein Übermaß an Sicherheitsvorkehrungen gegen etwaige Terroranschläge ad absurdum geführt zu werden. An Letzterem wäre besonders tragisch, dass etwa islamistische Terroristen damit ihr Ziel, die Freiheit zu zerstören, erreichen würden. Di Fabio (2005) z. B. übersieht hier, dass das ökonomistische Denken des klassischen Liberalismus (‚mehr Leistung') in seinem Relativismus und in seinem einseitigen Freiheitsideal mit dem postmodernen Selbstentfaltungshype durchaus verwandt ist, ja sogar im Kontext der Globalisierung die Logik der Sachzwänge das Resignieren des Einzelnen mit hervorbringt und deshalb auch nicht die richtige Antwort auf ein postmodernes Untergraben des Liberalismus sein kann. Der richtige Weg ist vielmehr eine positive Freiheitsvision. Näher dazu Ekardt (2016).

nur möglich, wenn eine große Zahl von Menschen bereit ist, diese Pluralität auszuhalten und eine innere Bejahung der Autonomie zu entwickeln. Doch erzwingen kann der freiheitliche Staat diese Toleranz als innere Einstellung allenfalls mit Mitteln, die genau das zerstören würden, was ihn ausmacht: seine Freiheitlichkeit. Die Möglichkeit einer – für die langfristige Erhaltung auch des Sozialstaats und der natürlichen Lebensgrundlagen unabdingbaren – handlungsfähigen und dabei pluralistischen Weltgesellschaft wird deshalb auch davon abhängen, ob alle Menschen und Kulturen dieser Welt das nötige Maß an Verfassungspatriotismus und Toleranz freiwillig aufzubringen in der Lage sind. Doch sollte man nicht zu pessimistisch sein. Eine gute Verfassung konstituiert und integriert die Gesellschaft, sie legitimiert und begrenzt die Politik. Nur wer sich selbst akzeptiert, wird auch von anderen akzeptiert werden, auch interkulturell, im Sinne der Bergpredigt im 5. Kapitel des Matthäus-Evangeliums: *Liebe Deinen Nächsten wie Dich selbst.*

Momentan dominiert dagegen ein postmodernes Freiheitsverständnis, welches die Freiheit im Verein mit dem Wirtschaftsliberalismus zur ‚Wildwestfreiheit' degeneriert – und damit neben Ungerechtigkeit auch Unglück stiftet, indem ein allgemeines Sinnlosigkeitsempfinden begünstigt wird. Doch die wohlfeile Forderung, der Jugend wieder kulturelle Werte zu vermitteln, wird hiergegen nicht helfen, sondern verkörpert einfach nur die andere Seite der ‚doppelten Freiheitsgefährdung' (wirtschaftsliberal / postmoderne Freiheitshypostasierung versus paternalistische Freiheitsbeschränkung): Kontextualistische Ansätze sind letztlich untaugliche Versuche, in einer beunruhigend unsicheren globalisierten Welt künstliche Anker durch Dogmatisierung umfassender Annahmen zu werfen. Und dem gleichen Dogmatismus huldigt kurioser Weise auch ein skeptizistisch orientierter Mensch, nur in umgekehrter Form. Der Skeptizismus – ob nun der postmoderne oder der wirtschaftsliberale – ist eben auch eine Flucht vor eigenständiger Entscheidung und der Komplexität der Welt indem er alles *ganz einfach* erscheinen lässt. Mithin lässt sich die Ideologiekritik der Skeptiker/innen, die den Rationalist/innen gerne eine Flucht vor der Sinnlosigkeit des Seins vorwerfen, umdrehen: Nicht der Rationalismus gaukelt sich Sicherheiten vor, sondern der Skeptizismus. Liberale Gesellschaften haben in Jahrhunderten erbitterter Kämpfe gelernt, dass die *Liebe zur Freiheit* nicht erzwungen werden kann. Doch genau dadurch macht die liberale Gerechtigkeit sie möglich.

Prof. Dr. Felix Ekardt, LL. M., M. A. ist Jurist, Soziologe und Philosoph, leitet die Forschungsstelle Nachhaltigkeit und Klimapolitik in Leipzig / Berlin und lehrt Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Universität Rostock.

ZRI 2016 (S. 85–105)

Zwischen Logozentrismus und Dekonstruktion. Zur Rolle des *istiḥsān* im System der *uṣūl al-fiqh*

Rike Sinder

Postmoderne Betrachtungen des islamischen Rechts sind eher selten anzutreffen. Sie rangieren in Popularität und Bekanntheit weit hinter liberalen (d. h. individual-rechtlich orientierten und auf die Positivierung negativer Freiheit fokussierten) Kritiken sowie menschenrechtlich inspirierten Interventionen. Mit einer namhaften Ausnahme: Mohammed Arkoun, Reformtheoretiker und Querdenker, hat unter Rückgriff auf Jacques Derrida eine postmoderne (d. h. Metanarrativen infrage stellende)[1] Kritik der *uṣūl al-fiqh* vorgelegt. Diese gipfelt in der These, in der islamischen Rechtstheorie manifestiere sich eine logozentrische Schließung,[2] die es durch Dekonstruktion zu überwinden gelte. Logozentrismus und Dekonstruktion – zwei derridasche Neologismen – bilden mithin die beiden Pole einer Analyse der *uṣūl al-fiqh*, die jedoch – so möchte ich argumentieren – die Rolle des *istiḥsān* (sowie seines Bruders, des *istiṣlāḥ*) innerhalb dieses Systems nahezu unbeachtet lässt. Wie problematisch diese Lücke ist, wird deutlich, wenn man sich Funktion und Bedeutung dieses Rechtsinstitutes vergegenwärtigt, stellt es doch gewissermaßen die systemimmanente Dekonstruktion der *uṣūl al-fiqh* dar. Eine Dekonstruktion überdies, die nach ihrer zunehmenden Theoretisierung seit dem 3. / 9. Jahrhundert von (fast) allen Rechtsschulen auf die eine oder andere Art und Weise anerkannt und genutzt wurde.[3]

---

1 Die Bezeichnung eines Autors als „postmodern“ wirft immer wieder Fragen auf und kann auch hier nicht abschließend geklärt werden. Mohammed Arkoun wurde jedoch durch zahlreiche Autoren inspiriert, die unstreitig der französischen Postmoderne zuzuordnen sind und diese sogar maßgeblich prägten. So rekurriert er neben Derrida gerne auf Bourdieu und Braudel, Ricœur und Foucault. Dennoch ist er methodisch schwer zu verorten, greift er doch immer wieder Themen, Konzepte und Methoden verschiedenster geistes- und gesellschaftswissenschaftlicher Schulen auf, siehe Ursula Günther: Mohammed Arkoun: Ein moderner Kritiker der islamischen Vernunft, Würzburg 2004, S. 16. Hiermit verknüpft er freilich selbst eine wissenschaftliche Vision, dient sein Projekt doch dem Ziel, auf die „nicht-Kontinuität und Abwesenheit von Einheit“ in der Perspektive aufmerksam zu machen, siehe Constant Hames: Mohammed Arkoun et la pensée islamique: pour un sursaut, in: Archives des sciences sociales des religions 60 (1/1985), S. 187–193 (191). Siehe zu Arkouns eigener Position zum Terminus „postmodern“ unten, Anm. 48.

2 Bisweilen spricht Arkoun auch von einer „dogmatischen Schließung“, die mit dem Logozentrismus weitgehend identisch ist. Die Dogmatik als Feld des Juridischen wird so zum Ort des Logozentrismus, siehe z. B. Mohammed Arkoun, in: Mohammed Arkoun / Joseph Maïla: De Manhattan à Bagdad. Au-delà du Bien et du Mal, Paris 2003, S. 27.

3 Wael B. Hallaq: A History of Islamic Legal Theories. An introduction to Sunnī uṣūl al-fiqh, Cambridge et al. 1997, S. 108.

Um meine These zu verdeutlichen, werde ich zunächst auf die Logozentrismuskritik Arkouns eingehen (I.). Sodann werde ich die Rechtsphilosophie Derridas näher beleuchten und hierbei darlegen, dass für Derrida Billigkeit und Gnade (zwei der Töchter der aristotelischen *epieikeia*, mit welcher auch der *istiḥsān* eng verwandt ist) als Annäherungen an die Dekonstruktion des Rechts erscheinen (II.). In einem letzten Teil möchte ich sodann auf die Rolle des *istiḥsān* im System der *uṣūl al-fiqh* eingehen, um seine Nähe zur derridaschen Dekonstruktion einerseits und zur aristotelischen *epieikeia* andererseits aufzuzeigen (III.).

I. Das verhängnisvolle Erbe aš-Šāfiʿīs. Zum Ursprung eines islamischen Logozentrismus' in den *uṣūl al-fiqh*

1. Die Allianz von Schrift und Vernunft

Mohammed Arkoun war kein Rechtstheoretiker. Er war in allererster Linie Historiker: Er widmete sein Lebenswerk einer reflexiven Ideengeschichte des Mittelmeerraums, im Rahmen derer er versuchte, in Anlehnung an und unter Rückgriff auf Michel Foucault vorherrschende Episteme aufzudecken, zu überschreiten, zu dekonstruieren. Und doch sollten die *uṣūl al-fiqh* zu einem seiner maßgeblichen Referenzgebiete avancieren. Die Kritik am islamischen Recht als logozentrische Ordnung ist hierbei jedoch keinesfalls akzidentiell. Vielmehr sind die *uṣūl*-Wissenschaften *uṣūl al-fiqh* (dt. Wurzeln / Quellen des Rechts) und *uṣūl ad-dīn* (dt. Wurzeln / Quellen der Religion) *sedes materiae* des Logozentrismus schlechthin. Der Logozentrismus dieser beiden Wissenschaften manifestiert sich bereits in ihrem Namen: *Uṣūl* ist der Plural von *aṣl*. *Aṣl* wiederum bedeutet Quelle, Wurzel, Grundlage. Der Begriff bezeichnet von vornherein „die inaugurierende *Differenz*, auf die man stets zurückkommen muss, um die Legitimität jeder menschlichen Initiative und des Diskurses, den sie ausdrückt, zu überprüfen".[4] Der Logozentrismus reicht für Arkoun dennoch über seinen Ursprung hinaus und erobert die gesamte mittelalterliche Welt, deren Bereich der Intelligibilität er abschließend definiert.[5] Er avanciert zum herrschenden Epistem der Epoche innerhalb des gesamten Mittelmeerraumes.

Eine erste Schließung des (juridischen) Diskurses beobachtet Arkoun bereits im 2. / 8. Jahrhundert mit der beginnenden Gründung von Rechtsschulen. Diese stellt für ihn einen epistemologischen Bruch dar, da Juristen zuvor weitgehend frei von Autorität gearbeitet hätten.[6] Mit der Etablierung von Rechtsschulen sei so eine Orthodoxie entstanden, die zudem in erheblichem Maße zur Entstehung des geschlossenen offiziellen Kor-

[4] Mohammed Arkoun: Logocentrisme et vérité religieuse dans la pensée islamique. D'après al-Iʿlām bi-manāqib al-Islām, in: Studia Islamica 35 (1/1972), S. 5–51 (10). (Hervorhebungen im Original). Sämtliche Übersetzungen stammen von mir selbst, es sei denn, diese sind anderweitig gekennzeichnet.

[5] Arkoun: Logocentrisme et vérité religieuse, S. 33.

[6] Mohammed Arkoun: La construction humaine de l'Islam. Entretiens avec Rachid Benzine et Jean-Louis Schlegel, Paris 2012, S. 69.

pus[7] als Grundlage jeder Rechtsfindung beigetragen habe.[8] Referenzen auf den *Qurʾān* hätten in der Folge ab-, Verweise auf den jeweiligen Namensgeber der Schule hingegen zugenommen; ein neues Epistem sei so auf den Plan getreten,[9] im Rahmen dessen die Schulgründer zu vermittelnden Autoritäten zwischen *Qurʾān* und Gläubigen geworden seien.

Ihren Zenit findet die logozentrische Schließung des islamischen Rechts dennoch erst im 3. / 9. Jahrhundert. Denn Arkoun sieht den Bereich der *uṣūl al-fiqh* in der Person aš-Šāfiʿīs (gest. 204/820) am vollkommensten verkörpert.[10] Aš-Šāfiʿī habe eine Methodologie – eine „gefährliche Methodologie" (*méthodologie dangereuse*)[11] – eingeführt, die letztlich zum Joch (*carcan*) geworden sei.[12] Denn zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung und Begrenzung der richterlichen Freiheit systematisierte und rationalisierte aš-Šāfiʿī die juristische Methodik. Eine „pensée fondationnelle" – ein grundlegendes Denken also – bricht Bahn. Eine Grundlegung freilich, die in einem engen Verhältnis zur Vernunft steht und so erst durch den Logos überhaupt ermöglicht wird.[13] Die *uṣūl*-Wissenschaften werden zum Ort der Konvergenz von Logik, Linguistik und Theologie.[14] Sie sind der wissenschaftliche Beweis für die Richtigkeit einer Rechtsnorm und ermöglichen eine direkte Rückbindung an Gott. Sie erschaffen, mit anderen Worten, ein *imaginaire* der Rationalität „mit der Versicherung,

---

7 Arkouns Konzept des „geschlossenen offiziellen Korpus" ist Dreh- und Angelpunkt der islamischen Wirklichkeit. Der Korpus lässt Buchreligionen überhaupt erst zu Buchgesellschaften werden. Der geschlossene offizielle Korpus des Islam umfasst den *Qurʾān*, die *sunna* des Propheten und die Gesetzessammlungen der Schulgründer und geht somit durch den Einschluss der letzteren etwas über den Begriff des *muṣḥaf* hinaus. Durch den geschlossenen offiziellen Korpus wird der ursprünglich orale Diskurs *Text*. Der heilige Charakter des Textes wird zugleich auf das Buch ausgedehnt. Das Buch wird so zum Inbegriff der Herrschaft der Schriftkultur über die orale Tradition, was wiederum die Entwicklung einer professionellen Orthodoxie befördert, siehe Mohammed Arkoun: ABC de l'Islam. Pour sortir des clôtures dogmatiques, Paris 2007, S. 80–82; Mohammed Arkoun: The Notion of Revelation. From Ahl al-Kitāb to the Societies of the Book, in: Die Welt des Islams 28 (1/1988), S. 62–89 (74 f.)

8 Mohammed Arkoun: La question éthique et juridique dans la pensée islamique, Paris 2010, S. 110 f.

9 Arkoun: La construction humaine de l'Islam, S. 70.

10 Arkoun führt aš-Šāfiʿīs „Risāla" als Grundlage der islamischen Vernunft an, Mohammed Arkoun: Le concept de raison islamique, in: Annuaire de l'Afrique du Nord 18, hrsg. vom Centre de recherches et d'études sur les sociétés méditerrannéenes (CRESM), Paris 1980, S. 305–339 (307). Mit dieser Annahme steht Arkoun im Übrigen in der Tradition Schachts, der in aš-Šāfiʿī ebenfalls den nie übertroffenen Höhepunkt islamischer Rechtstheorie erblickt, siehe Joseph Schacht: The Origins of Muhammadan Jurisprudence, Oxford 1950, insb. S. 287. Die Rolle aš-Šāfiʿīs relativierend Wael B. Hallaq: The Origins and Evolutions of Islamic Law, Cambridge et al. 2005, insb. S. 117, sowie ead.: Was al-Shafiʿi the Master Architect of Islamic Jurisprudence?, in: International Journal of Middle East Studies 25 (4/1993), S. 587–605.

11 Arkoun: La construction humaine de l'Islam, S. 106.

12 Ibid., S. 75.

13 Ibid., S. 76. Zu der Unterscheidung von „founding" und „fundamentalist" vgl. auch Mohammed Arkoun: Thinking the Mediterranean Arena Today, in: Diogenes 52 (2/2005), S. 99–121 (110 f.).

14 Arkoun: Logocentrisme et vérité religieuse, S. 12.

dass es sich um eine sehr kohärente, logische und wissenschaftliche Vernunft“ handelt.[15]

Die „islamische Vernunft“ wird hierbei zur Trägerin einer logozentrischen Ordnung. Es ist dies eine Vernunft, die in einer zutiefst aristotelischen Tradition steht;[16] sie ist Manifestation des griechischen Logos. Erst im Triumph des griechischen Logos tritt der professionelle Diskurs an die Stelle der Prophetie. Erst der Glaube an das Primat der griechischen philosophischen Vernunft und ihre methodologische Überlegenheit hat den Logozentrismus ermöglicht.[17]

Arkoun versteht unter dem Logos eine *Verbe-Raison*, also eine Verbindung aus Wort und Vernunft. Im Arabischen werde diese Verbindung hervorragend zum Ausdruck gebracht durch den Terminus *nuṭq*, der die gesprochene und zugleich intelligible Sprache bezeichnet. Diese Verbindung von Sprache und Vernunft findet ihre Krönung in dem Wort *manṭiq*, das zugleich „Logik“ bedeutet.[18] Dieses Zusammenspiel von Sprache und Vernunft manifestiert sich im Verhältnis Schrift – Text – Lesen. Der Begriff der logozentrischen Schließung bezeichnet „die Unmöglichkeit für die Vernunft, sich selbst einem anderen ohne die Mediatisierung durch eine Sprache zu manifestieren“.[19] Die zutreffende Anwendung logischer Regeln in der Sprache führt so unweigerlich zu Wahrheit. Die Vernunft tritt in den Dienst des Glaubens.[20]

Im Recht manifestiert sich der Logozentrismus als spezifischer Modus der Auseinandersetzung mit der Offenbarung: Aus dieser sind mittels rationaler Verfahren Normen zu gewinnen. Göttliches Recht ist durch und durch „rationalisiertes Recht“. Erst die Anwendung einer aristotelisch inspirierten Vernunft ermöglicht es dem Juristen, „wahres Wissen“ zu erlangen.[21] Der Logos lebt hierbei vom Dualismus: Er braucht die Unterscheidung von richtig und falsch, gut und schlecht, schön und hässlich.[22] Diese „absolute Wahrheit“ wird von der Orthodoxie vertreten und gehütet, Grenzüberschreitungen werden „in den Bereich des Undenkbaren verbannt“.[23] Die islamische Vernunft ist streng begrenzt: „Sie entwickelt sich im Rahmen eines abge- und verschlossenen Korpus (dem *Qurʾān* und der *sunna*); sie ist auf das Erreichen absoluter Autorität ausgerichtet“.[24] Zum Undenkbaren der islamischen Vernunft werden für Arkoun mit der logozentrischen Schließung des islamischen Rechts (wohl auch aufgrund der persönlichen Abneigung aš-Šāfiʿīs gegen diese beiden Rechtsinstitute) persönliches Urteilen durch *raʾy* (dt. Meinung) sowie der *istiḥsān*

---

15 Id.: The Notion of Revelation, S. 78.

16 Mohammed Arkoun: Rethinking Islam Today, in: The Annals of the American Academy of Political and Social Science (4/2003), S. 18–39 (31); id.: Logocentrisme et vérité religieuse, S. 26 f.

17 Arkoun: Logocentrisme et vérité religieuse, S. 50.

18 Ibid., S. 6.

19 Ibid., S. 9 (Hervorhebungen im Original nicht übernommen).

20 Ibid., S. 22.

21 Arkoun: Rethinking Islam Today, S. 31.

22 Id.: La question éthique et juridique dans la pensée islamique, S. 126.

23 Günther: Mohammed Arkoun, S. 75.

24 Arkoun: Le concept de raison islamique, S. 309.

(dt. Für-gut-Halten),[25] die mit der Reifung der *uṣūl al-fiqh* als Wissenschaft von den Rechtsquellen konsequent in den Bereich des Undenkbaren verdrängt worden seien.

Bei den *uṣūl al-fiqh* handelt es sich für Arkoun um eine Suche nach einer Grundlage, die von vornherein versagen muss.[26] Denn der arkounsche Logos bedarf stets seines verbannten Bruders, des Mythos,[27] der in der Prophetie fortwirkt, weil die Offenbarung durch ihre metaphorische Organisation auf ihn ausgerichtet ist.[28] Durch die Suche nach Wurzeln im Text entferne man sich zugleich immer weiter vom Geiste der Offenbarung.[29] Die Bemühungen, die Wahrheit zu kennen, führten so unweigerlich zu einer „absoluten Unterordnung unter die Autorität des *qurʾānischen* Textes, dessen linguistische Immanenz notwendigerweise mit der Transzendenz des Willens Gottes verwechselt" werde.[30]

2. Der Ruf nach Dekonstruktion

Arkoun verbindet mit seiner Analyse des islamischen Rechts als logozentrisch freilich auch eine normative Forderung, den Ruf nach Dekonstruktion. Denn sein eigentliches Interesse gilt weniger den „traditionellen" Formen des Islam oder dem, was er als Orthodoxie[31] bezeichnet, als vielmehr dem „pluralistischen und dynamischen Islam", dem „Anderen" des Islam, dem Mythos wie dem Humanismus.[32] Er versucht hierbei, das Undenkbare denkbar zu machen, das Ungedachte zu denken. Das Undenkbare und das Ungedachte legen mit dem Bereich des Denkbaren auch das „orthodox[e] Konzept

---

25 Ibid., S. 313.

26 Arkoun: La construction humaine de l'Islam, S. 109.

27 Die arkounsche Begeisterung für den Mythos stellt einen der augenfälligsten Unterschiede zu Derrida dar. Dieser setzt sich mit dem Dualismus von Logos und Mythos ebenfalls auseinander, jedoch in dem Kontext der platonischen *chōra* (dt. Ort, Platz). Der Begriff der *chōra* bezeichnet in Platons Timaios so etwas wie die Logik die Binarität; eine Logik, die etwas anderes ist, als die Logik des Logos. *Chōra* ist hierbei weder sensibel noch intelligibel – sie ist einer dritten Art zuzuordnen (*triton genos*, 48e–49a, 52a–d). Der Diskurs über die *chōra* geht freilich nicht nach den Regeln des Logos vonstatten, er unterliegt nicht dem Satz vom ausgeschlossenen Widerspruch, sondern ist vielmehr „wie ein Traum" (52b–c). Da die *chōra* einem „dritten Genus" entspricht, kann man sie für Derrida kaum erreichen, vertraut man weiter dem Dualismus von Logos und Mythos. Die *chōra* als drittes Genus wird für ihn so zum Inbegriff des Jenseits der Kategorien, sie befindet sich jenseits jeder dualistischen Kategorisierung (Jacques Derrida: Khôra, Paris 1993, S. 17). Das Jenseits des Logos, das Derrida hier zu denken versucht, ist freilich kein Jenseits des Logos im Mythos, wie es Arkoun bisweilen zu suchen scheint – es befindet sich jenseits des Dualismus von Logos und Mythos, es ist Dekonstruktion; es ist letztlich die Überwindung einer jeden dualistischen Struktur (ibid., S. 46). Arkoun nicht ganz unähnlich ist insofern jedoch, dass auch Derrida bisweilen eine gewisse Analogie zwischen Logos und Schrift einerseits und Mythos und oraler Kultur andererseits zeichnet (ibid., S. 70 f.).

28 Arkoun: La question éthique et juridique dans la pensée islamique, S. 51 f.

29 Arkoun: Logocentrisme et vérité religieuse, S. 10 f.

30 Ibid., S. 11.

31 Die Entstehung der islamischen Orthodoxie verortet Arkoun im 4. und 5./10. und 11. Jahrhundert, siehe Günther: Mohammed Arkoun, S. 217.

32 Ibid., S. 18.

der Wahrheit“ fest. Das Denkbare entspricht „den Inhalten der dogmatischen Geschlossenheit“.[33] Die Untersuchung von Epistemen stellt im eigentlichen Sinne eine Untersuchung des Bereichs des Undenkbaren und des Ungedachten dar.[34] Ungedacht und undenkbar ist für Arkoun dasjenige, was er als soziales *imaginaire* bezeichnet: das Mythische, das Metaphorische, das Symbolische. Dieses sei mit dem Triumph von Schriftkultur über orale Kultur,[35] von Logos über Mythos, von *ẓāhir* über *bāṭin*,[36] systematisch aus dem Diskurs verbannt worden.

Dekonstruktion dient dem Sichtbar-Machen impliziter Postulate eines Diskurses.[37] Die arkounsche Dekonstruktion ist freilich – ebenso wie die derridasche – nicht Destruktion, sondern vielmehr das Umkehren der Konstruktion: einer Konstruktion der Repräsentation der Welt und des Menschen.[38] Sie hinterfragt die impliziten Postulate dieser Repräsentation.[39] Letztes Ziel der Dekonstruktion der logozentrischen Schließung ist so, „den Geist von diesen Rhetoriken zu befreien, nicht, um ihn in irgendwelche neuen Schließungen einzusperren, sondern um ihn zu nutzen um die Anforderungen der Differenz als notwendigen Ausgangspunkt jeder Suche nach Wahrheit zu restaurieren“. Sie beinhaltet eine Verweigerung gegenüber der Wiederholung derjenigen Werte und Prozeduren, die aus dieser kulturellen Tradition heraus geboren sind und durch sie perpetuiert wurden;[40] ein Vorgehen, das für Arkoun allein bei vollständiger Verwerfung der *uṣūl*-Wissenschaften denkbar erscheint. Nur die völlige Aufgabe des epistemologischen Systems vermag Arkouns Anforderungen an Dekonstruktion zu genügen,[41] beinhaltet diese doch das Überwinden, das Verschieben und das Transzendieren aller Definitionen, Konzeptionen und diskursiven Praktiken, die in der islamischen Tradition vererbt wurden.[42]

Seine Bemühungen schreiben sich so ein in dasjenige, was er *raison émergente* nennt: Ein Denken, das sich dem Partikularen widmet, dem Einzigartigen der menschlichen Existenz. Ein Denken, das die Rede von der Universalität meidet, ebenso wie die Rede von der Wahrheit, dem Guten oder dem

---

33 Ibid., S. 97.

34 Ibid., S. 99.

35 Dieser Dualismus zweier konkurrierender Paradigma ist für Arkoun prägend. Die Schriftkultur erscheint hierbei als Inbegriff der Orthodoxie, ist doch das geschriebene Wort zu ihrer Grundlage geworden, siehe hierzu Arkoun: Rethinking Islam Today, S. 21, 32; Mohammed Arkoun: Humanisme et islam. Combats et proposition, Paris ²2006, S. 93.

36 Siehe zu der Rolle dieses letzten Begriffspaares Arkoun: Rethinking Islam Today, S. 24 f.

37 Arkoun: La question éthique et juridique dans la pensée islamique, S. 46.

38 Arkoun: La construction humaine de l'Islam, S. 163.

39 Vgl. Arkoun: La question éthique et juridique dans la pensée islamique, S. 47.

40 Arkoun: Logocentrisme et vérité religieuse, S. 10.

41 Vgl. Arkoun: Rethinking Islam Today, S. 25; id.: The Notion of Revelation, S. 79.

42 Mohammed Arkoun: Transgresser, Deplacer, Depasser, in: Arabica 43 (1/1996), S. 28–70 (65).

Recht.[43] Es ist dies eine „kritische" Vernunft,[44] die an die benjamische göttliche Gewalt erinnert, die wiederum Mutter der derridaschen Dekonstruktion des Rechts werden sollte. Die *raison émergente* artikuliert weder einen Anspruch auf Wahrheit noch ist sie einem Bewertungssystem verpflichtet. Sie ist eine Vernunft, die überschreitet, verschiebt, transzendiert.[45] Sie ist „reason in crisis", eine Vernunft, die uns Stimmen hören lässt, die zum Schweigen verdammt wurden, „heterodoxe Stimmen, Stimmen von Minderheiten, die Stimmen der Besiegten und der Marginalisierten".[46] Sie subvertiert den Gebrauch der Vernunft selbst ebenso wie alle Formen der Rationalität.[47] Sie ist postmodern.[48]

II. Derridas Gerechtigkeit

Logozentrismus und Dekonstruktion, die beiden zentralen Konzepte der arkounschen Analyse der *uṣūl al-fiqh*, sind dem Werk Jacques Derridas entlehnt; sie sind die zentralen Attribute des Begriffspaares Recht – Gerechtigkeit. Das Recht erscheint als logozentrisch (II.1.), die Gerechtigkeit als Dekonstruktion (II.2.). Anders als bei Arkoun verhält sich Derrida jedoch auch zu Konzepten verrechtlichter Kontingenz: Billigkeit und Gnade (II.3.). Sie sind beide gleichermaßen Töchter der aristotelischen *epieikeia*, die auch mit dem *istiḥsān* verwandt ist. Die derridaschen Manifestationen aristotelischer *epieikeia* weisen jedoch eine ganz beachtliche Nähe zur Dekonstruktion auf: Sie sind die einzige Dekonstruktion, die innerhalb des logozentrischen Rechts stattzufinden vermag. Sie sind positiv-rechtliche Annäherungen an Gerechtigkeit, die Sollbruchstellen des Rechts.[49]

1. Logozentrisches Recht

Das Recht erscheint bei Derrida als logozentrische Ordnung *par excellence*. Es ist die mythische Gewalt Walter Benjamins.[50] Der derridasche Logozentrismus meint die Tendenz,

[43] Arkoun: Humanisme et islam, S. 11.

[44] Diese Bezeichnung stammt von Günther: Mohammed Arkoun, S. 78.

[45] Mohammed Arkoun: From Inter-Religious Dialogue to the Recognition of the Religious Phenomenon (übersetzt von John Fletcher), in: Diogenes 46 (2/1998), S. 123–151 (150). Siehe hierzu auch id.: La question éthique et juridique dans la pensée islamique, S. 180.

[46] Mohammed Arkoun: Islam. To Reform or to Subvert?, London 2006, S. 33.

[47] Ibid., S. 35.

[48] Vgl. hierzu auch Arkoun: Le concept de raison islamique, S. 306, ohne freilich den Terminus „postmodern" zu gebrauchen. Kritisch gegenüber diesem Begriff äußert sich Arkoun selbst in id.: Islam: To Reform or to Subvert?, S. 40.

[49] Siehe hierzu bereits Rike Sinder: Verhältnismäßigkeit, Dekonstruktion, Gerechtigkeit. Zugleich eine Erwiderung auf Martti Koskenniemis postmoderne Kritik in From Apology to Utopia, in: Verhältnismäßigkeit im Völkerrecht, hrsg. von Björnstjern Baade, Sebastian Ehricht, Matthäus Fink, Robert Frau, Mirka Möldner, Isabella Risini und Torsten Stirner, Tübingen 2016, S. 107–125.

[50] Die maßgeblichen Betrachtungen Derridas zum Recht finden sich in einem Text, in dem er sich mit Walter Benjamins Essay „Zur Kritik der Gewalt" befasst, siehe Jacques Derrida: Force de loi. Le „Fondement mystique de l'autorité", Paris 1994. Siehe zur Rezeption Benjamins bei Derrida ausführlich Sinder: Verhältnismäßigkeit, Dekonstruktion, Gerechtigkeit, S. 114–118.

den gesamten Diskurs dem Logos im Sinne einer idealen (logischen) Bedeutungsstruktur unterzuordnen;[51] letztlich also die Tendenz, die gesamte Diskursstruktur einem „transzendentalen Signifikat“ zu unterwerfen, in dem der Logos die letzte Bedeutung ist, die sich auf nichts außer sich selbst bezieht und so das ewig-zugängliche Zentrum der diskursiven Referenzkette darstellt. Der Logozentrismus ist letztlich das Streben danach, die Infrastruktur zu transzendieren und absolute Bedeutung zu erlangen.[52] Er ist die Sammlung des Diskurses um ein Zentrum, das Differenzen und Antagonismen aussöhnt. Der Logozentrismus als Grunddimension des philosophischen Diskurses manifestiert sich in der hierarchischen dualistischen Struktur, die Derrida mit dem metaphysischen Denken identifiziert.[53] Seine Dekonstruktion ist das Ende der Suche nach vereinheitlichenden Zentren diskursiver Bedeutung – die freilich auch in der derridaschen Ethik eine bedeutende Funktion einnehmen soll, beinhalten doch die *politiques de l'amitié* ebenso wie die *démocratie à venir* die Anerkennung absoluter Singularität;[54] es ist dies der Verweis auf das Andere als die unleugbare Alterität des Anderen, des Heterogenen, des Einzigartigen,[55] das den Logos des Rechts übersteigt, wenn es sich der „unberechenbaren Singularität des Anderen“ öffnet.[56]

Der Logos wird für Derrida zum Ausdruck metaphysischer Wahrheit überhaupt, die notwendig an eine bestimmte – von ihm selbst abstammende – Vernunft rückgebunden ist.[57] „Alle metaphysischen Bestimmungen der Wahrheit [...] sind mehr oder weniger untrennbar von der Instanz des Logos oder einer Vernunft, die in der Abstammung vom Logos gedacht wird, wie immer man ihn auch verstehen mag“,[58] heißt es bei Derrida ausdrücklich. Die Vernunft ist Tochter des Logos, sie stammt von ihm ab und erschafft mit ihm Wahrheit. Dieser Logos als Verbindung von Vernunft und Wort manifestiert sich freilich auch in der Analogie, die für den weiteren Verlauf dieses Textes noch zentrale Fragen aufwerfen soll. Denn der Prozess der Analogiebildung ist stets auf den Logos hin ausgerichtet. Ursprung, Verlauf und Ziel der Analogie ist der Logos. Denn unter den Termini, die im Verlaufe der Analogie in eine Beziehung treten, findet stets eine gewisse Hierarchisierung statt – eine Hierarchisie-

[51] So beschreibt er den Logos an einer Stelle als das im Diskurs vorgeschlagene Argument, das das gesprochene Zusammentreffen strukturiert, Jacques Derrida: La Dissémination, Paris 1972, S. 96.

[52] Jussi Backman: Logocentrism and the Gathering Λόγος: Heidegger, Derrida, and the Contextual Centers of Meaning, Research in Phenomenology 42 (2012), S 67–91 (69 f.).

[53] Siehe hierzu auch Richard Rorty: Essays on Heidegger and others. Philosophical Papers 2, Cambridge et al. 1991, S. 109.

[54] Backman: Logocentrism and the Gathering Λόγος, S. 80.

[55] Jacques Derrida: Voyous. Deux essais sur la raison, Paris 2003, S. 63.

[56] Derrida: Voyous, S. 207.

[57] Joachim Valentin: Atheismus in der Spur Gottes. Theologie nach Jacques Derrida, Mainz 1996, S. 31.

[58] Jacques Derrida: De la grammatologie, Paris 1967, S. 21.

rung, deren Autorität darauf basiert, dass ein Terminus innerhalb der Beziehung diese selbst bestimmen kann.[59]

Recht ist für Derrida notwendig dekonstruierbar. Dies ergibt sich bereits aus der Struktur des Rechts: Entweder, weil es begründet, also durch einen interpretierbaren und veränderlichen Text begründet ist, oder weil seine endgültige Begründung *per definitionem* nicht begründet ist.[60] Das Recht setzt sich in seiner Gründung selbst und schließt so alles aus, was ihm nicht entspricht; die Gründung des Gesetzes ist performativ. Sie bringt diejenigen Konventionen hervor, die seine Gültigkeit erst garantieren.[61]

2. Dekonstruktion als Gerechtigkeit

Dekonstruktion ist für Derrida ebenso wie für Arkoun Mittel der Überwindung logozentrischer Strukturen: Sie dezentriert Episteme und überwindet epistemologische Schließungen.[62] Sie entspricht der benjaminischen göttlichen Gewalt, sie ist nichts als kritisch. Für Derrida erscheint die Dekonstruktion so auch als mit der Gerechtigkeit synonym: „La déconstruction est la justice".[63] Dekonstruktion und Gerechtigkeit sind zwei nämliche Bezeichnungen für dieselbe Sache: „die Ankunft des Anderen als immer andere Singularität".[64] Dekonstruktion ist Bejahung. Sie ist „in sich selbst eine positive Antwort auf eine Andersheit":[65] Die Dekonstruktion beinhaltet daher stets einen Verweis auf das Zukünftige. Sie ist dasjenige, „was kommt – es ist ‚wer kommt', die Ankunft des Ereignisses und die Ankunft des Ankommenden."[66]

Die Dekonstruktion findet nicht im Recht statt, sondern gerade in demjenigen Intervall, das die Undekonstruierbarkeit der Gerechtigkeit von der Dekonstruierbarkeit des Rechts scheidet; die Dekonstruktion ist so die Bewegung zwischen Recht und Gerechtigkeit, die Überbrückung der Distanz zwischen Universalität und Singularität.[67] Die Möglichkeit der Gerechtigkeit manifestiert

---

59 Rodolphe Gasché: The Tain of the Mirror. Derrida and the Philosophy of Reflection, Cambridge/London 1986, S. 304 f.

60 Force de loi, S. 34 f. (Hervorhebung im Original nicht übernommen). Ebenso Sinder: Verhältnismäßigkeit, Dekonstruktion, Gerechtigkeit, S. 117. Das Recht ist insofern logozentrisch, Günter Frankenberg: Partisanen der Rechtskritik: Critical Legal Studies etc., in: Sonja Buckel / Ralph Christensen / Andreas Fischer-Lescano: Neue Theorien des Rechts, Stuttgart ²2009, S. 93–111 (103).

61 Sascha Bischof: Gerechtigkeit – Verantwortung – Gastfreundschaft. Ethik-Ansätze nach Jacques Derrida, Freiburg/Wien 2004, S. 164.

62 Derrida: De la grammatologie, S. 134.

63 Dies schließt zugleich die Dekonstruktion der Gerechtigkeit aus, Derrida: Force de loi, S. 35.

64 Ibid., S. 55.

65 Jaques Derrida: Deconstruction and the Other, in: Dialogues with Contemporary Continental Thinkers. The Phenomenological Heritage, hrsg. von Richard Kearney, Manchester 1984, S. 105–126 (118). So bereits Sinder: Verhältnismäßigkeit, Dekonstruktion, Gerechtigkeit, S. 119.

66 Jacques Derrida: Fidélité à plus d'un. Mériter d'héritage où la généalogie fait défaut, in: Cahiers Intersignes 13 (1998), S. 221–265 (261).

67 Mario Dufour: De l'indéconstructible justice, in: Dialogue 35 (4/1996), S. 677–701 (685).

sich gerade in diesem Spannungsverhältnis zwischen Recht und Gerechtigkeit.[68]

Und so ist auch eine Verrechtlichung der Dekonstruktion konstitutiv unmöglich. Bereits bei Benjamin heißt es: „Das Recht das nicht mehr praktiziert und nur noch studiert wird, das ist die Pforte der Gerechtigkeit."[69] Die derridasche Gerechtigkeit bedarf einer Unbedingtheit, die sich gegen jede Normierung verwehren muss. Sie ist nur in der privaten Welt denkbar, wo die „Kultur des Herzens" regiert;[70] Diese Form der Gerechtigkeit, wie sie sich in der Freundschaft, aber auch der Gabe findet, ist freilich niemals staatlich, niemals politisch, niemals rechtlich.[71] Auch das Vergeben „existiert nur, wenn es sich selbst vom Gesetz der Möglichkeit befreit, indem es sich verunmöglicht".[72] Denn Gerechtigkeit verkörpert letztlich das Unmögliche. Sie ist messianisch.[73] Sie ist das Versprechen einer aus den Fugen geratenen Zeit, die der „unendlichen Asymmetrie der Beziehung zum Anderen Rechnung trägt"[74] und in keiner linearen Zeitlichkeit denkbar ist.[75]

Trotz der konstitutiven Unmöglichkeit einer Verrechtlichung absoluter Gerechtigkeit war Derrida kein Anarchist (wie auch Benjamin keiner war)[76]; es geht weniger um die Entsetzung des Rechts, denn um das Spiel mit dem Recht. Recht und Gerechtigkeit stehen bei Derrida dann auch – insofern Benjamin nicht unähnlich – in einem aporetischen Verhältnis: Man muss am Recht festhalten, um unendliche Gerechtigkeit denken zu können.[77] Das Recht ist immer zugleich Grenze und Bedingung der Gerechtigkeit. Derrida vollzieht in der Gerechtigkeit eine Bewegung

---

68 John P. McCormick: Schmittian Positions on Law and Politics?: CLS and Derrida, in: Cardozo Law Review 21 (6/2000), S. 1693–1722 (1710).

69 Walter Benjamin: Franz Kafka. Zur zehnten Wiederkehr seines Todestages, in: Walter Benjamin. Gesammelte Schriften 2.2., hrsg. von Rolf Tiedemann und Hermann Schweppenhäuser, Frankfurt a. M. 1977, S. 409–438 (437).

70 Derrida: Force de loi, S. 116.

71 Heinz Kimmerle: Jacques Derrida interkulturell gelesen, Nordhausen 2005, S. 60.

72 Jacques Derrida, Pardonner. L'impardonnable et l'imprescriptible, Paris 2012, S. 68.

73 Siehe hierzu Willy Maley: Beyond the Law? The Justice of Deconstruction, in: Law and Critique 10 (1/1999), S. 49–69 (52). Dieser betrachtet das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit so auch als vergleichbar mit der Distanz „between a calculation and a call, between a verdict and a vision, between a sentence and a summons", ibid., S. 54.

74 Bischof: Gerechtigkeit – Verantwortung – Gastfreundschaft, S. 210; Dufour: De l'indéconstructible justice, S. 679 f. Siehe zu dem Shakespeare-Zitat der aus-den-Fugen-geratenen Zeit ausführlich Jacques Derrida: Spectres de Marx. L'État de la dette, le travail du deuil et la nouvelle Internationale, Paris 1993.

75 Björn Thorsteinsson: La Question de la Justice chez Jacques Derrida, Paris 2007, S. 423 f.

76 Rike Sinder: Postmoderne Freiheit. Zur Rezeption von Walter Benjamins *Zur Kritik der Gewalt* bei Judith Butler, in: Feministische Kritiken und Menschenrechte. Reflexionen auf ein produktives Spannungsverhältnis, hrsg. von Imke Leicht, Christine Löw, Nadja Meisterhans und Katharina Volk, Opladen 2016, S. 39–58 (45–47).

77 Bischof: Gerechtigkeit – Verantwortung – Gastfreundschaft, S. 200.

der Negation wie der Affirmation des Rechts;[78] Gerechtigkeit ist nachutopisch. Sie hat ihren politischen Ort „in demjenigen Vollzug des Rechts, indem es sich zugleich immer auch überschreitet."[79]

Dennoch schlägt Derrida einige Konzepte vor, die verschiedenen Facetten seiner Gerechtigkeit Rechnung tragen und zugleich positiv-rechtliche Geschwister vorweisen können: Gabe und Vergeben, Freundschaft und Gastfreundschaft. Gerechtigkeit manifestiert sich für Derrida so in der unbedingten Gabe, die außerhalb der Ökonomie des Gebens und Nehmens steht. Es ist dies zum Beispiel die Gabe des Todes, wie sie von Sokrates, Abraham (durch Isaak) und Jesus gegeben wurde und die notwendig ohne Gegengabe verbleibt.[80] Im Tod-Geben schlägt sich für Derrida die „Erfahrung der Einzigartigkeit" nieder, weil es sich der Logik des Tausches ganz und gar entzieht: Das Sterben kann weder verliehen noch übergeben oder versprochen werden. Es kann auch nicht genommen werden.[81] Die Gabe durchbricht daher auch den Logos, ist selbst *alogos*. Sie trägt keiner Vernunft Rechnung, da sie den geschlossenen Kreislauf der Austauschrationalität durchbricht.[82] Ebenfalls Gabe ist das Vergeben, das selbst Schwester der positiv-rechtlichen Gnade ist.

Ähnlich der Gabe ist auch Freundschaft für Derrida Gerechtigkeit.[83] Die Freundschaft ist Inbegriff der derridaschen Ethik: Sie beschreibt den asymmetrischen und heteronomen Raum zwischen Menschen. Sie ist nicht reziprok und stets einzigartig.[84] Durch ihre heteronome Struktur vermag die Freundschaft allein, die anfängliche Beziehung zum Anderen zu bewahren.[85] Auch die Freundschaft verfügt mit der Gastfreundschaft freilich über eine Konkretisierung, die im Asylrecht eine verrechtlichte Schwester vorweisen kann. Die reine Gastfreundschaft ist Gabe – eine Gabe, die außerhalb eines jeden Austauschverhältnisses steht. Sie bricht das Recht und fordert zugleich dessen fortwährende Perfektionierung.[86] Die Gastfreundschaft gebietet die unbedingte Empfängnis

---

78 Cornelia Vismann: Derrida, Philosopher of Law, German Law Journal 6 (1/2005), S. 5–13 (7). Ebenso Petra Gehring: Force and „Mythical Foundation" of Law: How Jacques Derrida Addresses Legal Discourse, in: German Law Journal 6 (1/2005), S. 151–169 (153).

79 Christoph Menke: Für eine Politik der Dekonstruktion. Jacques Derrida über Recht und Gerechtigkeit, in: Gewalt und Gerechtigkeit. Derrida – Benjamin, hrsg. von Anselm Haverkamp, Frankfurt a. M. 1994, S. 279–287 (283 f.).

80 Jacques Derrida: Donner la mort, Paris 1999, S. 26.

81 Ibid., S. 68.

82 Jacques Derrida: Donner le temps 1: La fausse monnaie, Paris 1991, S. 67.

83 Jacques Derrida: Politiques de l'amitié. Suivi de L'oreille de Heidegger, Paris 1994.

84 Siehe hierzu Martin C. Srajek: In the Margins of Deconstruction. Jewish Conceptions of Ethics in Emmanuel Levinas and Jacques Derrida, Dodrecht/Boston/London 1998, S. 252.

85 Srajek: In the Margins of Deconstruction, S. 255.

86 Bischof: Gerechtigkeit – Verantwortung – Gastfreundschaft, S. 445.

des Anderen, des Fremden.[87] Unbedingte Gastfreundschaft ist Gastfreundschaft ohne Souveränität.[88]

3. Billigkeit und Gnade

Wenn Gerechtigkeit Dekonstruktion ist, diese sich jedoch einer Verrechtlichung entzieht und das Recht dennoch erforderlich ist – wo finden wir dann das Gerechte im Recht? Wie kann die Spannung zwischen Recht und Gerechtigkeit für Derrida überbrückt werden, wo die Gerechtigkeit in das Recht einbrechen? Diese Bewegung, so möchte ich argumentieren, findet bei Derrida in gerade denjenigen Rechtsinstituten statt, die der aristotelischen *epieikeia* entspringen: Billigkeit und Gnade.[89]

Die Gerechtigkeit der Dekonstruktion ist die Gerechtigkeit des Einzelfalles. Sie kann in einem Rechtssystem, das auf allgemeine Geltung ausgerichtet ist, schon *prima facie* keine Verwirklichung finden. Doch am nächsten kommt ihr innerhalb dieses Systems die Billigkeit. So betrachtet Derrida die Entscheidung des Gerechten als einen „Akt der Billigkeit“ (*acte d'équité*).[90] Um gerecht zu sein bedarf eine Entscheidung dessen, was Stanley Fish als „fresh judgment“ bezeichnet:[91] Sie muss von neuem erfinden (*réinventer*), erneut rechtfertigen (*re-justifier*). Jede neue Entscheidung erfordere so aufgrund der Andersartigkeit eines jeden Falles eine „absolut einzigartige Interpretation“.[92]

Hinweise auf die einzig mögliche Verrechtlichung derridascher Ethik lassen sich auch den vier oben angeführten Grundkonzepten der Ethik entnehmen. Denn Gabe und Vergeben, Freundschaft und Gastfreundschaft sind nicht Recht; sie können nicht verrechtlicht werden. Doch sie haben positivrechtliche Geschwister. Geschwister, die eine Annäherung an Gerechtigkeit innerhalb des Rechts ermöglichen können und derer sie bedürfen. So bedarf die Gastfreundschaft für Derrida notwendig des Asylrechts: Denn die unbedingte Gastfreundschaft könnte sonst niemals effektiv, konkret und bestimmt werden; sie wäre für immer dazu verdammt, im Bereich des Abstrakten, Utopischen, Illusorischen auszuharren und so in ihr Gegenteil verkehrt zu werden.[93]

Auch die Gnade, der sich Derrida in seiner Auseinandersetzung mit der Todesstrafe zuwendet, erscheint in einem der Billigkeit nicht unähnlichen Gewand. Die Todesstrafe

---

87 Siehe zu den Wurzeln der Gastfreundschaftsethik im Werk Levinas' ausführlich Stephen Minister: Derrida's Inhospitable Desert of the Messianic. Religion within the Limits of Justice Alone, in: The Heythrop Journal 48 (2/2007), S. 227–242 (insbes. 230 f.).

88 Dieses Merkmal unterscheidet sie freilich am erheblichsten von ihrer verrechtlichten Schwester, siehe hierzu Vincent B. Leitch: Late Derrida. The Politics of Sovereignty, in: Critical Inquiry 33 (2/2007), S. 229–247 (236 f.).

89 Ausführungen zu der dritten Tochter der aristotelischen *epieikeia*, der Verhältnismäßigkeit, lassen sich bei Derrida hingegen nicht finden.

90 Derrida: Force de loi, S. 40.

91 Stanley Fish: Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies, Durham / London 1989, S. 503–524.

92 Derrida: Force de loi, S. 51.

93 Jacques Derrida, in: Jacques und Anne Dufourmantelle, De l'hospitalité, Paris 1997, S. 73, 75.

vollzieht sich (anders als der Mord) innerhalb des Rechts. Der Verurteilte ist in ihrem Vollzug Rechtssubjekt. Der Zugang zur Todesstrafe ist – so argumentiert Derrida mit Kant – der Zugang zur Menschenwürde. Die Todesstrafe ist, mit anderen Worten, der Weg zum menschlichen Logos; sie ist Zeugin der Rationalität des Gesetzes.[94] Der Logos des Gesetzes kann innerhalb des Rechts allein durch die Gnade überwunden – dekonstruiert – werden. Die Gnade ist jedoch nicht Dekonstruktion: Sie ist selbst Logos, weil sie Ausdruck der Souveränität ist. Sie ist die Ausnahme im schmittschen Sinne.[95] Gnade ist die Inkarnation eines souveränen und daher bedingten Vergebens.[96] Und doch ist die Gnade die positiv-rechtliche Schwester des Vergebens, welches für Derrida eine Facette der Gerechtigkeit, eine Form der Gabe, darstellt. Sie ist das einzig mögliche Vergeben, ist das Vergeben als Gerechtigkeit durch seine Unbedingtheit doch konstitutiv unmöglich.

Billigkeit und Gnade mögen so niemals Gerechtigkeit sein. Doch vielleicht sind sie die einzig *möglichen* Annäherungen an Gerechtigkeit; die konkreten Verrechtlichungen von Gerechtigkeit, derer sie bedarf, um manifest zu werden, mit denen sie aber immer wieder die Auseinandersetzung suchen, ja spielen muss.

III. Kontingenz in den *uṣūl al-fiqh*. Der *istiḥsān* als Dekonstruktion einer logozentrischen Ordnung?

Doch kennt das islamische Recht ebenfalls ein der Billigkeit vergleichbares Institut? Wie wird in den *uṣūl al-fiqh* dem Einzelfall Rechnung getragen, wie die Rechtsnorm dekonstruiert? Ich möchte im Folgenden argumentieren, dass der *istiḥsān* als systemimmanente Dekonstruktion des islamischen Rechts betrachtet werden kann. Er ist das islamische Pendant zur aristotelischen *epieikeia*, zur derridaschen Billigkeit (III.1.). Arkoun, so möchte ich argumentieren, verliert den *istiḥsān* (sowie seinen jüngeren Bruder, den *istiṣlāḥ*)[97] aus dem Blick, weil er seine Kritik der *uṣūl al-fiqh* maßgeblich auf aš-Šāfiʿī stützt – den neben Ibn Ḥazm (gest. 456 / 1064) wohl vehementesten Gegner dieses Rechtsinstitutes (III.2.). Und doch ist Arkouns Kritik nicht ganz unbegründet; denn auch der *istiḥsān* hat im Laufe seiner Entwicklung eine immer stärkere Theoretisierung erfahren, die letztlich in die Konzeptualisierung als Analogie gipfeln sollte – eine Konzeptualisierung, die

[94] Jacques Derrida: Séminaire. La peine de mort I (1999–2000), Paris 2012, S. 32, 37 f.

[95] Derrida: Séminaire. La peine de mort, S. 50.

[96] Derrida: Pardonner, S. 34.

[97] Der *istiṣlāḥ* soll im Folgenden jedoch unberücksichtigt bleiben, da er dem *istiḥsān* zeitlich nachgelagert ist und in dem von Arkoun betrachteten Zeitraum noch keine weitergehende Theoretisierung erfahren hatte; umstritten ist jedoch, wann genau der *istiṣlāḥ* in das System der *uṣūl al-fiqh* aufgenommen wurde. Paret geht davon aus, dass dies nicht vor dem 5. / 11. Jahrhundert der Fall war, vgl. Rudi Paret: Istiḥsān and Istiṣlāḥ, in: EI² 4, S. 255–259, hier 257; Hallaq hingegen verortet erste Zeugnisse bereits im 3. / 9. Jahrhundert, siehe Hallaq: A History of Islamic Legal Theories, S. 132.

die Verknüpfung von Wort und Vernunft auch in der Billigkeit sicherzustellen bestrebt ist (III.3.).

1. Islamischer *istiḥsān* und aristotelische *epieikeia*

Der *istiḥsān*, so fragt Chafik Chehata, „ist er nicht nur die Billigkeit (*aequitas*) oder die *epieikeia* der Griechen?“ Im *istiḥsān* manifestiere sich die „aristotelische und thomistische Konzeption der Billigkeit“; sie sei etwas „jeder geschriebenen oder traditionellen Formel Überlegenes“.[98] Schon auf der folgenden Seite revidiert er diese These jedoch, da es im islamischen Recht keine „Konformität oder nicht-Konformität des positiven Gesetzes mit der Konzeption der Gerechtigkeit oder mit den Prinzipien des Naturrechts gebe“.[99] Chehata versucht so wohl in heimischere Gefilde zurückzukehren, ist er doch davon überzeugt, dass das islamische Recht ein positives Recht *par excellence* darstelle;[100] eine Annahme, mit der die Konzeptualisierung des *istiḥsān* als *epieikeia* schwerlich vereinbar scheint.[101]

Und doch spricht Chehata ein Gefühl an, das sich in der Auseinandersetzung mit dem *istiḥsān* nahezu unweigerlich einstellt: dass es sich hierbei der Rolle und Funktion nach um ein der aristotelischen *epieikeia* ungemein nahestehendes Rechtsinstitut handelt. Aristoteles führt in der *Rhetorik* so auch einen Beispielsfall der *epieikeia* an, der eine außerordentliche Nähe zu einer der bekanntesten Fallgruppen des *istiḥsān* aufweist: Bestimmt das Gesetz, dass strenger bestraft wird, wer eine Körperverletzung mittels eines Gegenstandes begeht, so gilt diese Strafschärfung aus Gründen der *epieikeia* nicht für denjenigen, der einen Anderen schlägt, während er einen Ring am Finger trägt. Dieser wäre „zwar nach dem geschriebenen Gesetz schuldig“, begeht „in Wahrheit aber kein [über die bloße Körperverletzung hinausgehendes] Unrecht“ (Rhet. 1374 a 32–b 1).[102] Dieses Beispiel gleicht in seiner Struktur dem, was wir als teleologische Reduktion bezeichnen würden: Ihrem Zweck nach ist die Norm, die die Verletzung mittels eines Gegenstandes unter Strafe stellt, schlicht nicht darauf ausgelegt, auch Verletzungen mit sehr

---

98 Chafik Chehata: Études de philosophie musulmane du droit II: L’„Équité“ en tant que source du droit hanafite, in: Studia Islamica 25 (2/1966), S. 123–138 (136).

99 Chehata: L’„Équité“ en tant que source du droit hanafite, S. 137.

100 Chafik Chehata: Études de droit musulman, Paris 1971, S. 42.

101 Zudem finden sich in den *uṣūl*-Werken (anders als in philosophischen Texten) keine Verweise auf Aristoteles. Dies mag jedoch auch in der Wissenschaftsstruktur der islamischen Welt in der fraglichen Zeit begründet liegen, die eine strenge Trennung von islamischen Wissenschaften einerseits und griechischen Wissenschaften andererseits vorsah, wobei die *uṣūl al-fiqh* trotz der erheblichen Nähe zu den griechischen Wissenschaften stets den islamischen zugeordnet wurden, siehe hierzu ausführlich Gerhard Endress: Die wissenschaftliche Literatur, in: Grundriß der Arabischen Philologie 2: Literaturwissenschaft, hrsg. von Helmut Gätje, Wiesbaden 1987, S. 400–506 (insbes. 400–417). Dies ändert jedoch nichts daran, dass auch die islamischen Wissenschaften „in die Welt des vorderasiatischen Hellenismus hineingeboren“ wurden, ibid., S. 407.

102 Übersetzung der *Rhetorik* nach Rapp.

kleinen Gegenständen zu erfassen, weil es auf die erhöhte Verletzungsgefahr ankommt, die jedoch in diesem Fall gerade nicht gegeben ist.

Ganz ähnlich verläuft nun die Argumentation beim *istiḥsān qiyāsī*, bei demjenigen *istiḥsān* also, der später selbst als eine Form des *qiyās*[103] (und nicht mehr als eine Abweichung von diesem) konzeptualisiert werden sollte. Diese Fallgruppe des *istiḥsān* liegt beispielsweise in der Frage vor, ob es erlaubt ist, das Aas eines Tieres zu essen, welches von einem Raubvogel gerissen wurde. Da Raubtiere unrein sind, darf das Aas eines Tieres, welches von einem Raubtier gerissen wurde, nicht von Muslimen verzehrt werden.[104] Dem *istiḥsān* zufolge ist der Verzehr von Fleisch, das von Raubvögeln gerissen wurde, dennoch zulässig, weil der Rechtsgrund (*ʿilla*) des Verbotes der Speichel des Tieres ist, der das Aas unrein werden lässt, vom Vogel aber gar nicht produziert wird[105] – ein Fall, der in Aufbau und Struktur demjenigen des aristotelischen Ringträgers erstaunlich nahekommt, später jedoch eine sehr viel elaboriertere Theoretisierung erfahren sollte (III.3.).

Diese Nähe von *istiḥsān* und *epieikeia* wirft freilich zahlreiche Fragen auf, steht doch die *epieikeia* in einem ambivalenten Verhältnis zum Gesetzestext, dessen Status in der islamischen Tradition noch zentraler werden soll, handelt es sich dort doch um nichts Geringeres, als das Wort Gottes. Es ist so auch gerade dieser Status, welcher – im Zusammenspiel mit der aristotelischen Vernunft – letztlich die logozentrische Schließung des islamischen Rechts bewirkt haben soll. Und doch geht ebenjener Aristoteles, der von Arkoun zum Vater des islamisch-rechtlichen Logozentrismus erhoben wird, davon aus, dass sich das Gerechte gerade im Billigen manifestiert. Denn das Billige ist, „indem es besser (*beltion*) ist als eine bestimmte Art des Gerechten, selber ein Gerechtes“ (NE 1137 b 8 f.).[106] Das Billige und das Gerechte sind daher zwar identisch, das Billige steht jedoch „im Rang höher (*kreitton*)“ (NE 1137 b 10 f.). Dieses ist nämlich kein Gerechtes „im Sinne der durch das Gesetz gewährleisteten Gerechtigkeit (*ou to kata nomon*), sondern es ist eine Berichtigung (*epanorthōma*) der Gesetzes-Gerechtigkeit (*nominou dikaiou*)“ (NE 1137b 11–13). Diese Überlegenheit liegt wiederum in der Allgemeinheit (*dia to katholou*) des Gesetzes begründet, dessen Gerechtigkeit am Einzelfall bisweilen scheitert – ein Scheitern, das freilich nicht im Gesetz seinen Ursprung nimmt, sondern „in der Natur der Sache, denn so ist nun einmal die Fülle dessen, was das Leben bringt“ (NE 1137b 13–19). Die *epieikeia* ist die Gerechtigkeit des Einzelfalles, die der Singularität Rechnung

[103] Im Folgenden werden die Begriffe *qiyās* und Analogie (im Sinne einer besseren Lesbarkeit) synonym verwandt. Dies ist bei genauerer Betrachtung freilich nicht ganz zutreffend, siehe Wael B. Hallaq: Non-Analogical Arguments in Sunni Juridical *Qiyās*, in: Arabica 36 (3/1989), S. 286–306.

[104] Vgl. *Qurʾān* 5:3.

[105] Das Beispiel findet sich auch bei ʿAbd al-Wahhāb Ḫallāf: ʿIlm uṣūl al-fiqh, Kairo 1423/2003, S. 71. Hallaq: A History of Islamic Legal Theories, S. 109 f.

[106] Übersetzung der „Nikomachischen Ethik“ nach Dirlmeier.

trägt. Sie ist die derridasche Dekonstruktion der Rechtsnorm, die Gerechtigkeit, die mit der Alterität des Anderen in das Recht einbricht. Doch kann der *istiḥsān* ähnliche Funktionen übernehmen? Wie wandelt sich der Status der Offenbarung in der Auseinandersetzung mit einer Konzeption der Billigkeit? Und handelt es sich hierbei möglicherweise um eine Annäherung an die von Arkoun geforderte Dekonstruktion der Offenbarung, ein Aufbrechen des Logozentrismus?

2. Der Logozentrismus aš-Šāfiʿīs

Arkoun führt als bekanntesten Vertreter des islamischen Logozentrismus aš-Šāfiʿī an; einen Theoretiker, der einerseits als Vater und zugleich Zenit der Disziplin der *uṣūl al-fiqh* verehrt wird,[107] der jedoch andererseits als einer der vehementesten Kritik der *istiḥsān* gelten kann. Aš-Šāfiʿī sah im *istiḥsān* nicht weniger als eine menschliche Anmaßung göttlicher Rechtsetzungsprivilegien: „Wer nach bestem Dafürhalten entscheidet, setzt göttliches Recht“ (*man istaḥsana faqad šaraʿa*) lautet einer seiner berühmtesten Aussprüche.[108] Der *istiḥsān* sei unkontrollierbar (*lā ḍābiṭ lahū*) und „ohne Maßstab“ (*wa-lā miqyās*). Er bedeutet für aš-Šāfiʿī nachgerade chaotische Zustände, denn es sei nicht möglich, Richtiges (*ḥaqq*) und Nichtiges (*bāṭil*) voneinander zu unterscheiden.[109] Daher nennt er das Kapitel in seinem monumentalen *Kitāb al-Umm*, das sich dem *istiḥsān* widmet, auch *Kitāb Ibṭāl al-istiḥsān* (dt. Buch der Vernichtung des *istiḥsān*).[110]

Der Schwerpunkt von aš-Šāfiʿīs Kritik des *istiḥsān* (jedenfalls in den Ausführungen des „Kitāb al-Umm“) liegt so auch auf dem Status der Offenbarung, den es vor menschlicher Willkür zu bewahren gälte. Aš-Šāfiʿīs Kritik nimmt ihren Ausgangspunkt in der Abgrenzung von den anerkannten Methoden der Rechtsfindung, denn diese seien die „notwendige Überlieferung“ (*ḫabar lāzim*), worunter wiederum *Qurʾān* und *sunna* fielen, sowie dasjenige, worüber „die Rechtsgelehrten nicht uneinig sind“ und das Ergebnis eines *qiyās*. Der *istiḥsān* hingegen sei in keiner dieser Rechtsfindungsmethoden enthalten.[111]

---

[107] Schacht: The Origins of Muhammadan Jurisprudence, S. 287. Ähnlich auch G. Bergsträßer: Anfänge und Charakter des juristischen Denkens im Islam. Vorläufige Betrachtungen, in: Der Islam 14 (1/1925), S. 76–81 (76). Ebenso Coulson, der aš-Šāfiʿī als den „Koloss“ islamischer Rechtstheorie betrachtet und ihn mit Aristoteles vergleicht, Coulson: A History of Islamic Law, Edinburgh 1964, S. 55, 61 f. Ähnlich auch Albert Hourani: A History of the Arab Peoples, Cambridge, MA 1991, S. 67.

[108] Das Zitat findet sich in keinem der von aš-Šāfiʿī überlieferten Texte zum *istiḥsān*, wird jedoch bald aš-Šāfiʿī zugeschrieben, siehe z. B. ʿAbd al-ʿal-A b. Aḥmad al-Buḫārī: Kašf al-asrār ʿan Uṣūl Faḫr al-Islām al-Bazdawī 4, Beirut 1317 / 1998, S. 4.

[109] So wird die Kritik von Imām zusammengefasst, Muḥammad Kamāl ad-Dīn Imām: Uṣūl al-fiqh al-islāmī, Beirut 1416 / 1996, S. 215. Übersetzung hier nach Birgit Krawietz: Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam, Berlin 2002, S. 319.

[110] Muḥammad b. Idrīs aš-Šāfiʿī: Kitāb al-Umm 7, hrsg. von Ismāʾīl b. Yaḥyā al-Muzanī, Kairo 1321 / 1903, S. 267–288.

[111] Ibid., S. 271.

Denn Gott habe den Menschen einen Stellvertreter auf Erden geschickt, der unter den Menschen nach der Wahrheit der Offenbarung herrschen solle; nicht jedoch nach dem Willen eines Einzelnen. Diese Wahrheit ergebe sich jedoch ausschließlich aus dem Text (*naṣṣ*) oder eben einem Hinweis Gottes (*dalāla min Allāh*).[112]

Der *istiḥsān* erscheint hier als Rechtsfindungsmethode, der keinerlei Hinweis (*dalīl*) zugrunde liegt. Dieses Bild des *istiḥsān* zeichnet aš-Šāfiʿī sodann fort; denn „wer sagt ‚ich entscheide nach bestem Dafürhalten", der entscheidet „weder nach dem Befehl Gottes noch nach dem Befehl seines Propheten", „weder nach dem, was Gott zugelassen hat, noch nach demjenigen, was sein Prophet zugelassen hat", der „sucht weder nach dem Gesetz Gottes (*ḥukm*), noch nach dem Gesetz seines Propheten".[113] Denn Gott setzt Recht allein im Wege des Offensichtlichen (*bi-ẓ-ẓāhir*) oder aber durch Hinweise (*bi-d-dalāʾil*).[114]

In der „Risāla" hingegen scheint aš-Šāfiʿīs größte Sorge diejenige um das Subjekt des *iǧtihād* im Falle einer Anerkennung des *istiḥsān* als Rechtsquelle zu sein. Denn der *istiḥsān* sei jedem vernunftbegabten Menschen (*ahl al-ʿuqūl*) gleichermaßen möglich, wohingegen der *iǧtihād* religiöses Wissen voraussetze und daher allein denjenigen obliege, die über ein solches verfügten (*ahl al-ʿilm*).[115] Weiter führt er daher auch aus, allein derjenige, der religiöses Wissen besitze (*ʿālim*) dürfe sich auf der Grundlage gerade dieses Wissens äußern; und dieses Wissen bedeute nichts anderes, als die Kenntnis von der (oben bereits angeführten) „notwendigen Überlieferung". Die einzig legitime Form der Rechtsfindung sei folglich, Überlieferungen zu folgen oder aber eine Analogie zu ebendiesen Überlieferungen zu bilden.[116]

Implizit vorausgesetzt wird in den Ausführungen zum *istiḥsān* durch aš-Šāfiʿī damit, dass der *istiḥsān* niemals *qiyās* zu sein vermag. So lautet bereits die Frage, die die oben zuerst genannten Ausführungen einleitet: „Würdest Du also vertreten, dass man sagen kann: ‚Ich entscheide nach bestem Dafürhalten (*astaḥsin*), nicht nach den Regeln der Analogie (*bi-ġair qiyās*)?"[117] Schließlich konstatiert er dann auch gewissermaßen als Zwi-

---

112 Ibid.

113 Ibid., S. 272.

114 Ibid., S. 277. In die erste Kategorie fallen hierbei die ausdrücklich in *Qurʾān* und *sunna* kodifizierten Normen. Sie gelten – sofern keine epistemischen Zweifel mit Blick auf die Auslegung vorliegen – als offensichtlich. Im Gegensatz dazu gelten all diejenigen Normen, die im Wege der Analogie gewonnen werden, als unsicher (*ẓannī*), weil sie, ebenso wie die ihnen beigeordneten Normen mit erhöhter Auslegungsbedürftigkeit, stets einer epistemischen Vagheit unterliegen. Diejenigen Normen, die allein *ẓannī* sind, werden aufgrund eines Hinweises (Sg. *dalīl*, Pl. *dalāʾil*) gewonnen, der entweder textlicher Indikator oder eben Analogie sein kann, und fallen daher in die zweite von aš-Šāfiʿī angeführte Kategorie.

115 Al-Imām b. Idrīs aš-Šāfiʿī: Ar-Risāla (herausgegeben und mit einer Einleitung versehen von ʿAbdu l-Laṭīf al-Humaim / Māhir Yāsīn al-Faḥl), Beirut ²2009, S. 427 ff. (1457–1459).

116 Ibid., S. 429 (1465 f.).

117 Ibid., S. 427 (1456).

schenfazit: „Denn der *istiḥsān* ist nichts als Annehmlichkeit (*wa inna-mā l-istiḥsān ta-laḏḏuḏ*)“.[118]

3. Der Siegeszug des *istiḥsān*. Oder die Rationalisierung eines einst willkürlichen Rechtsinstituts

Der von aš-Šāfiʿī kritisierte *istiḥsān* ist mithin einer, der im Gegensatz zum *qiyās* steht, der diesen überwindet, der jeder Rückbindung an die Offenbarung entbehrt und daher in einer Ordnung, die auf die Erlangung sicheren (*qaṭʿī*) Wissens durch die weitestgehende Eliminierung vagen (*ẓannī*) Wissens ausgerichtet ist, keinen Platz zu finden vermag.

Und doch soll der *istiḥsān* in der Folge zu einem der Strukturprinzipien des islamischen Rechts avancieren. Tatsächlich überdauerte die Kritik am *istiḥsān* allein in der Šāfiʿīya; Die übrigen drei Rechtsschulen erkannten ihn allesamt als Rechtsfindungsmethode an. Dieser Triumph einer systemimmanenten Dekonstruktion innerhalb eines logozentrischen Rechts gelang jedoch nur um einen gewissen Preis: Um den Preis der Rationalisierung eines irrationalen Rechtsinstitutes, der Rückkopplung einer willkürlich anmutenden Billigkeit an den Logos.

Wurde der frühe *istiḥsān* Abū Ḥanīfas (gest. 150 / 767) noch mit der freien Meinung (*raʾy*) gleichgesetzt,[119] so erfolgten in den auf aš-Šāfiʿī folgenden Generationen zahlreiche Systematisierungsversuche, die in die Konzeptualisierung des *istiḥsān* als *qiyās* selbst, als Analogie, mündeten, und so die Vorherrschaft des Logos aufrecht erhielten, indem der Gegensatz zwischen beiden Konzepten aufgegeben wurde. Dies führte freilich kaum dazu, dass Fälle anders entschieden worden wären – die Anwendungsfälle des *istiḥsān* blieben weitgehend gleich. Doch erfolgten sehr viel elaboriertere Begründungen für den Rekurs auf den *istiḥsān*, die *Qurʾān*-Verse ebenso wie *ḥadīṯe* und Analogien beinhalteten und sich so im Bereich der „sprechbaren“ Rechtsquellen bewegten.

Schon Mitte des 5. / 11. Jahrhunderts setzten die ersten Systematisierungs- und Rationalisierungsversuche des *istiḥsān* ein. Bereits die erste überlieferte Definition des *istiḥsān* von al-Karḫī (gest. 340 / 952) nimmt auf die Konkurrenz *zweier* Rechtsnormen Bezug, bei denen eine überwiege; denn al-Karḫī sieht den *istiḥsān* dann verwirklicht, wenn „der Mensch von einer Rechtsnorm (*ḥukm*) bei einer Frage ablässt, bezüglich derer eine parallele Rechtsnorm vorliegt, und das Gegenteil dessen [tut], weil es die größere Gerechtigkeit gegenüber dem Ersten erfordert“.[120] Al-

[118] Ibid., S. 429 (1464).

[119] Diese Auffassung findet sich bei Joseph Schacht: G. Bergsträssers Grundzüge des islamischen Rechts, Berlin und Leipzig 1935, S. 126; Bernard G. Weiss: The Spirit of Islamic Law, Athen / London 1998, S. 86 f.; Khan: The Hanafi School of Islamic Jurisprudence – A Torchbearer in the Development of Legal Thought in Islam, in: Bulletin of Christian Institutes of Islamic Studies 8 (2/1985), S. 1–15 (6). Sie ist auch insofern naheliegend, als ein solch vager *istiḥsān* die Vehemenz der Kritik aš-Šāfiʿīs rechtfertigte.

[120] Die Definition findet sich jedoch u. a. bei al-Buḫārī: Kašf al-asrār, S. 4. Siehe hierzu auch Mohammed Hashim Kamali: Principles of Islamic Jurisprudence,

Ǧaṣṣāṣ (gest. 370 / 980) setzt diese Linie in der ersten überlieferten Auseinandersetzung mit dem *istiḥsān* fort und fordert konsequent gerade denjenigen Beweis (*dalīl*) für die Richtigkeit des *istiḥsān* ein, den aš-Šāfiʿī noch schmerzlich vermisst hat. Der *istiḥsān* verweist bei al-Ǧaṣṣāṣ mithin auf dasjenige, was Gott als das Gute (*ḥusn*) darlegt, „für dessen Richtigkeit es einen Hinweis gibt". Es sei daher unbedingt erforderlich, dass sich ein Beleg aus dem Text Offenbarung (*naṣṣ*), aus dem Konsens, dem *qiyās* oder der Gesamtheit der Überlieferungen des Propheten ergebe.[121] Der *istiḥsān qiyāsī* erscheint so schon bei al-Ǧaṣṣāṣ als die Aufgabe eines *qiyās* auf der Grundlage einer angemesseneren Norm (*turk al-qiyās ilā mā huwa aulā minhū*).[122] Paradigmatisch hierfür ist wiederum derjenige Fall, in dem ein Zweig (*farʿ*) gegeben ist, „der von zwei Wurzeln (*aṣlān*) angezogen wird, von denen er mit jeder einzelnen eine Gemeinsamkeit/Ähnlichkeit (*šabah*) hat, wobei eine Anbindung an eine von ihnen ohne die andere erforderlich ist".[123] In diesem Fall liege der *istiḥsān* gerade darin, dass man das Denken (*al-fikr*) und die Reflexion (*ar-rawīya*) nutze, um eine der beiden Wurzeln über die andere überwiegen zu lassen, ohne auf die letztere zu rekurrieren.[124] Diese Konzeptualisierung des *istiḥsān* nicht als Gegenteil des *qiyās*, sondern als Verwirklichung eines (anderen) *qiyās* prägt nahezu sämtliche folgenden Auseinandersetzungen mit dem Rechtsinstitut.

So findet sich schon bei ad-Dabūsī (gest. 430 / 1039) eine Rationalisierung des *istiḥsān*, die bald darauf herrschend werden sollte: Er konzeptualisiert den *istiḥsān* als eine Konkurrenz zweier Analogien, eines offensichtlichen *qiyās* (*qiyās ǧalī*) und eines verborgenen *qiyās* (*qiyās ḫafī*). Auf das obige Beispiel des Raubvogels angewandt bedeutet dies: Zwar deutet eine offensichtliche Analogie auf eine Ausweitung des Verbotes des Verzehrs von Aas auch auf von Raubvögeln gerissene Tiere hin; doch weist eine andere, versteckte Analogie gerade in die gegenteilige Richtung. Denn der Grund des Verbotes des Verzehrs eines von einem Raubtier gerissenen Tieres ist der Speichel desselben, der die Unreinheit herbeiführt. Da der Raubvogel jedoch keinen Speichel produziert, ist auf dieser Grundlage eine zweite Analogie möglich. Der versteckten Analogie wird sodann im Wege des *istiḥsān* der Vorzug gegeben, weil ihre Beweiskraft (*quwwat ad-dalīl*) stärker ist.[125] Ad-Dabūsī nimmt so letztlich eine Abwägung (*tarǧīḥ*) zwischen zwei gleichermaßen *šarīʿa*-rechtlich sanktionierten Belegen vor, wobei beide über eine gleichwertige

Cambridge ³2003, S. 562, sowie Mohammed Hashim Kamali: Equity and Fairness in Islam, Cambridge 2005, S. 11.

121 Abū Bakr Aḥmad b. ʿAlī al-Ǧaṣṣāṣ ar-Rāzī: Uṣūl al-Ǧaṣṣāṣ al-musammā l-fuṣūl fi-l-uṣūl 2, hrsg. von Muḥammad Muḥammad Tāmir, Beirut 2000, S. 340.

122 Ibid., S. 344.

123 Ibid.

124 Ibid.

125 Abū Zaid ʿUbaidallāh b. ʿUmar b. ʿĪsā ad-Dabūsī al-Ḥanafī: Taqwīm al-adilla fī uṣūl al-fiqh, hrsg. von Ḫalīl Muḥyī ad-Dīn al-Mais, Beirut 1321 / 2001, S. 404.

Rückbindung an die Offenbarung verfügen und in der Folge nach Maßgabe der Stärke der jeweiligen Belege zu entscheiden ist.[126] Der Logos hat den *istiḥsān* erobert. Diese Verbindung wird in den darauffolgenden Auseinandersetzungen weiter zementiert: So führt der Mālikit al-Bāǧī (gest. 474 / 1081) die Stärke des zweiten, im *istiḥsān* überwiegenden Beleges, darauf zurück, dass er eine stärkere Verbindung mit demjenigen aufweist, worauf die Offenbarung hindeutet (*aqwāhumā taʿliqan bi-l-madlūl ʿalaihī*).[127] Und der Ḥanbalit Abū Yaʿlā (gest. 422 / 1066) grenzt den *istiḥsān* von einer willkürlichen Entscheidung dadurch ab, dass der erstere durch den Gebrauch der Vernunft (*ʿaql*) gekennzeichnet sei und durch den *iǧtihād* auf die Normen der *šarīʿa* verweise.[128] Letztlich handele es sich bei dem *istiḥsān* um die angemessenere zweier Analogien (*aulā min qiyāsain*).[129] Ihren vorläufigen Zenit erreicht diese Rationalisierung des *istiḥsān* sodann bei as-Saraḫsī (gest. ca. 500 / 1106), der in dem Rechtsinstitut nichts anderes sieht, als den *qiyās* selbst.[130]

IV. Fazit

Arkouns These von der logozentrischen Schließung des islamischen Rechts scheint vor diesem Hintergrund auf den ersten Blick alles andere als abwegig: Sogar der *istiḥsān* – selbst Sohn der aristotelischen Billigkeit, die ihrerseits Grundlage auch der positiv-rechtlichen Annäherung an die derridasche Dekonstruktion werden sollte – hat bereits in den ersten Jahrhunderten nach aš-Šāfiʿī eine umfassende Rationalisierung erfahren, die seine Integration in ein logisches, auf das Wort des *Qurʾān* ausgerichtetes Rechtssystem ermöglichte und so die Herleitung von Wahrheit mittels logischer Schlussverfahren als herrschendes Epistem verfestigte. Und doch verstellt der Fokus auf diese Entwicklung ein Faktum, dem auch Arkoun sich weitgehend versperrt hat: Denn die Einbettung des *istiḥsān* in das System der *uṣūl al-fiqh* ermöglichte den Siegeszug eines in seinem Ursprung ganz und gar irrationalen Rechtsinstitutes, welches – ebenso wie die aristotelische Billigkeit – allein auf den Einzelfall, die Singularität, die Alterität ausgerichtet ist und so auch das logischste Rechtssystem zu dekonstruieren vermag. Mit der griechischen Vernunft eroberte auch die ehedem griechische Billigkeit das islamische Recht und war aus diesem kaum noch fortzudenken. Sieht Arkoun den Logozentrismus des islamischen Recht im Triumph des Offensichtlichen (*ẓāhir*) über das Verborgene (*bāṭin*) so zeichnet sich der *istiḥsān* gerade durch die Umkehrung dieses Prinzips aus, in-

[126] Ibid.

[127] Abū a-Walīd Sulaimān b. Ḫalaf al-Bāǧī al-Andalusī: Kitāb al-Ḥudūd fi-l-uṣūl, hrsg. von Nazīh Ḥammād, Kairo 1421 / 2000, S. 65.

[128] Al-Qāḍī Abū Yaʿlā Muḥammad b. al-Ḥusain al-Farrāʾ al-Baġdādī al-Ḥanbalī: al-ʿUdda fī uṣūl al-fiqh, hrsg. von Aḥmad b. ʿAlī Saiyid al-Mubārakī 5, Riad 1410 / 1990, S. 1609.

[129] Ibid., S. 1607.

[130] Šams ad-Dīn b. as-Saraḫsī: Kitāb al-Mabsūṭ 9, Beirut 1993, S. 145.

dem das Verborgene (*ḫafī*) im Rahmen eines rationalisierten Verfahrens dem Offensichtlichen (*ǧalī/ẓāhir*) vorgezogen, die Skala der manifest-Werdung des Rechts mithin verkehrt wird.[131]

Rike Sinder, M. A., ist derzeit Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie, Abteilung 3: Rechtstheorie, der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Sie erforscht insbesondere islamisch-rechtliche Strukturen der Billigkeit.

[131] Wenn *ẓāhir* mit *bāṭin* kontrastiert wird, bedeuten beide Begriffe so viel wie „außen" und „innen". Die beiden Termini tauchen viermal zusammen im *Qurʾān* auf, wobei sie jeweils die Gegensätze von innen und außen einer Sache bezeichnen. In der Mystik wird bisweilen davon ausgegangen, dass jeder *Qurʾān*-Vers vier Bedeutungen hat, wobei zwei davon durch die Kategorien *ẓāhir* und *bāṭin* gekennzeichnet sind, siehe hierzu I. Poonawala: al-Ẓāhir wa ʻl-Bāṭin, in: EI² 11, S. 389 f.

Dieser Dualismus ist für Weiss freilich mit demjenigen von *ẓāhir* und *ḫafī* verwandt, wenn auch nicht identisch. Denn der Begriff *bāṭin* bezeichne diejenige Bedeutung des *lafẓ*, der verborgen ist und durch philologische Untersuchung möglicherweise niemals manifest wird. Was also als *bāṭin* kategorisiert wird, ist grundsätzlich für immer aus dem Bereich des *ẓāhir* ausgeschlossen. *Ẓāhir* bezeichnet, sofern es mit *bāṭin* kontrastiert wird, all diejenigen Bedeutungen, die durch philologische Untersuchung *manifest werden können*. *Ẓāhir* as Gegenstück zu *ḫafī* hingegen bezeichnet nur diejenige Bedeutung, die *tatsächlich manifest ist*. Denn *ḫafī* bezeichnet diejenige Bedeutung des Wortlautes, die *derzeit* verborgen ist, aber durch philologische Untersuchung manifest, also *ẓāhir* werden kann. *Ẓāhir* und *ḫafī* lassen so auch jeweils Abstufungen zu, siehe Bernard Weiss: Exotericism and Objectivity in Islamic Jurisprudence, in: Islamic Law and Jurisprudence, hrsg. von Nicholas Heer, Seattle / London 1990, S. 53–71 (62). Während der erste Dualismus vor allem in der Philosophie und der Theologie von Bedeutung ist, kann der zweite in den *uṣūl al-fiqh* verortet werden. *Ẓāhir* meint in diesem Kontext stets die offensichtliche Bedeutung eines Wortes, einer Sprache oder einer Handlung. In Abgrenzung zu dem Begriff *naṣṣ* ist *ẓāhir* jedoch nur durch epistemologischer Wahrscheinlichkeit gekennzeichnet. *Ḫafī* als Gegenstück zu *ẓāhir* setzt sodann hermeneutische Bemühungen voraus, siehe hierzu Wael B. Hallaq: Ẓāhir, in: EI² 11, S. 388 f.

[131] Weiss: Exotericism and Objectivity in Islamic Jurisprudence, S. 63.

ZRI 2016 (S. 107–119)

Textautorität und Dekanonisierung — Zeitgenössische muslimische Zugänge zum säkularen Topos Menschenwürde im Horizont einer historisch sensibilisierten Exegese des *Qurʾān*

Rüdiger Braun

A. Vorbemerkungen

I. Jenseits der Religion — Herausforderung säkulare Menschenwürde

Man wird es bedauern, aber nur schwer bestreiten können, dass das Bewusstsein für das gemeinsame Menschsein geschichtlich betrachtet keine Gewähr dafür bot, dass sich Menschen auch gegenseitig als solche behandelten. Wo sie es taten, dürfte dies angesichts der religionsgeschichtlich durchweg aufweisbaren Einschränkung menschlicher Würdigung auf die Mitglieder der eigenen Stammes-, Kult- oder Volksgemeinschaft nicht als Normal-, sondern eher als Sonderfall[1] gelten. Insofern ist der moderne Topos der „Unantastbarkeit der Menschen- würde“ tatsächlich im besten Sinne *säkular*: er rekurriert nicht auf eine besondere (religiöse) Fassung von der „Natur“ des Menschen, sondern setzt schlicht *positives Recht*. Der Topos ist, wie Eva Kalny formuliert, „nicht logisches Ergebnis einer geradlinigen Entwicklung“, sondern vielmehr das „fragile Produkt eines besonders tragischen und gleichzeitig glücklichen Moments“[2] der (jüngsten) Menschheitsgeschichte. Ebenso wenig aber lässt sich bestreiten, dass die verfassungsrechtliche Fixierung des Zusammenhangs von Menschenwürde und Menschenrechten (GG Art. 1) nur dann eine praktisch-politische Relevanz wird entfalten können, wenn sie sich – zumindest *indirekt* – mit weltanschaulichen und religiösen Symbolisierungsleistungen verbinden lässt. Die inhaltliche Unbestimmtheit der Menschenwürde als letztem Prinzip einer politisch-rechtlichen Ordnung schließt eine solche Verbindung zumindest nicht *a priori* aus.

II. Jenseits der Tradition — Die Performativität des Diskurses

Obwohl ein unvoreingenommener muslimischer Zugang zum säkularen Menschenrechtsdiskurs aufgrund einer diesen Diskurs fortwährend konterkarierenden politischen (Un-)Rechtspraxis erheblich erschwert worden ist, haben muslimische Gelehrte die säkulare Rede von der Würde des Menschen und dessen Rechten immer wieder mit dem

[1] Vgl. dazu Andreas Feldtkeller: Grundtypen der Begründung von menschlicher Würde in der Religionsgeschichte, in: Menschenwürde. Marburger Jahrbuch Theologie XVII, Marburg 2005, S. 25–48 (35 f.).

[2] Eva Kalny: Der ‚Westen‘ und die Menschenrechte. Abschied vom Ursprungsmythos einer Idee, in: Peripherie 109/110 (2008), S. 196–223 (218).

eigenen (islamischen) Konzept vom Menschen und dessen Bestimmung ins Verhältnis zu setzen versucht. Dabei waren und sind sie sich über die prinzipielle Spannung, in die eine jegliche, sich als *universal* verstehende Religion notwendigerweise zur *individuellen* Menschenwürde treten muss, ebenso im Klaren wie über den Umstand, dass ein sich zwischen dem 7. und 10. Jh. AD etablierender religiöser Kanon für eine direkte *Begründung* der zeitgenössischen Rede vom Menschen und dessen Würde nur schwer in Betracht kommt. Zugleich aber sind sie davon überzeugt, dass eine religiöse *Legitimierung* säkularer Topoi aus islamischer Perspektive nur dann wird erfolgreich sein können, wenn die damit verbundenen hermeneutischen Versuche zugleich anschlussfähig bleiben an Zentralgedanken des Islam bzw. eine gewisse „kanonische Bindung“[3] erkennen lassen. Die Herausforderung, die religiöse Legitimierung säkularer Topoi auch *exegetisch* zu fundieren, führte in der zeitgenössischen islamischen Theologie zu einer Vielzahl neuer hermeneutischer Zugänge zum koranischen Diskurs, die noch eingehender Forschung bedürfen und im Rahmen eines einzelnen Beitrages nicht einmal annähernd beschrieben werden können. Dem vorliegenden Beitrag ist daher auch nicht an einer Typisierung hermeneutischer Strategien im Kontext eines umfassenderen Interpretationsrahmens gelegen, sondern daran, ausschnitthaft einige Dynamiken in den Blick zu nehmen, die sich in zeitgenössischen sunnitischen Zugängen zum Koran im Horizont rechtstheoretischer Fragen zum Status der Menschenwürde beobachten lassen. Dabei erklärt es sich von selbst, dass im Rahmen des vorliegenden Beitrages ein umfassendes Bild dieser Dynamiken weder beabsichtigt ist noch mit Blick auf die Vielgestaltigkeit und Komplexität des hermeneutischen Diskurses geleistet werden kann.

Die hier exemplarisch in den Blick genommenen Zugänge stehen in ausdrücklicher Distanz zu einer ‚Hermeneutik der Distanzierung‘[4], die glaubt, die Aneignung moderner Säkularität nur über einen vollständigen Bruch mit der klassischen Tradition des Islam bewerkstelligen zu können. Protagonisten einer solchen Hermeneutik bezweifeln nicht nur die Möglichkeit einer Inbeziehungsetzung säkularer Topoi zur Offenbarungsurkunde des Koran, sondern auch die einer Annäherung an die ursprüngliche Semantik seiner Bedeutungssyndrome.[5] Der Koran sage demzufolge nicht mehr als das, was ihn der Leser sagen lässt.

Im Fokus des vorliegenden Beitrages stehen vielmehr hermeneutische Zugänge und Strategien, welche die Religion des Islam

---

[3] Vgl. dazu Ridwān al-Sayyid: Contemporary Muslim Thought and Human Rights: in: Islamochristiana 21 (1995), S. 27–41.

[4] Ausführlicher zur ‚hermeneutics of distanciation‘ vgl. Muhammad Arkoun: The vicissitudes of ethics in Islamic thought, in: Humanism and Muslim culture. Historical Heritage and Contemporary Challenges, hrsg. von Stefan Reichmuth et al., Göttingen 2012, S. 61–86.

[5] Vgl. exemplarisch hierzu Abdul Hamid El-Zein: Beyond Ideology and Theology: The Search for the Anthropology of Islam, in: Annual Review of Anthropology 6 (1977), S. 227–254; Ṣādiq J. Al-ʿAzm: Unbehagen in der Moderne. Aufklärung im Islam, Frankfurt a. M. 1993.

und mit ihr die islamische Rechtsphilosophie auf ihren ‚eigentlichen' *Kern* bzw. grundlegenden Zweck (*maqṣad*) zurückzuführen suchen und sich unter dem Oberbegriff des *Intentionalismus* subsumieren lassen. Zwischen ‚holistischen' (‚close readings') und ‚induktiven' Lesarten oszillierend, suchen ihre Vertreter eine transformative Neuinterpretation eben derselben Tradition auf den Weg zu bringen, und dies vornehmlich über eine Reform des epistemologischen Prozesses selbst. Gemeinsam ist ihnen dabei ein ausdrücklich kritischer Zugang zur traditionellen atomistisch-linearen, primär dem Wortlaut des Koran verpflichteten Koran- und Rechtshermeneutik, kurzum zu dem, was Shahab Ahmed eine „totalising 'legal-supremacist' conceptualisation of Islam as law" nennt, eine Konzeptualisierung, deren „insistence on locating *fiqh* as the centre of Islam has the analytical effect of radically diminishing the very qualities of plurality, complexity and flexibility".[6]

Sie suchen stattdessen den historischen Kanonisierungsprozess, in dessen Rahmen sich die zweite Quelle des Rechts, die Tradition der prophetischen *Sunna*, zunehmend stärker als Ersatzinstitution prophetischer Rechtleitung sowie als primäre Auslegungsinstanz des Koran profilierte, umzudrehen und wieder neu ins Blickfeld zu rücken, was mit der nachkanonischen Entwurzelung der geschichtlichen Verkündigung Muḥammads gleichsam verloren ging: die *Intentionalität* des *performativen* Diskurses des Koran selbst. Unter Zuhilfenahme des koranischen *Adam-Iblīs*-Narrativs als komparative Textreferenz schreitet die Darstellung dieser Zugänge von einem (a) eher *reaktiv positivistischen*, referentiell die menschliche *ratio* in den Mittelpunkt rückenden Zugang zu einem stärker auf die *ethische* Dimension des koranischen Diskurses abhebenden, hier als *‚kontextuell ethico-zentrisch'* bezeichneten Zugang fort. Im Anschluss an die kursorische Vorstellung eines dritten Zugangs, der nun nochmals stärker als die beiden ersten Zugänge (c) die *soziorhetorisch-intertextuelle* Dimension des koranischen Diskurses in den Fokus rückt, folgt eine kurze, den Beitrag abschließende Reflexion zu den hermeneutischen Implikationen der hier vorgestellten Zugänge. Dabei wird sich herausstellen, dass in der zeitgenössischen, sich mit der Authentifizierung von Menschenwürde befassenden Hermeneutik des Koran nicht nur unterschiedliche Zugänge zu dessen Anthropologie(n) begegnen, sondern auch unterschiedliche Bestimmungen der Autorität des koranischen Textes selbst.

B. Intentionalität und Methode — Lesarten des konkreten Universalen

I. Reaktiv-positivistische *intentio auctoris* und das Potential der Vernunft

Die frühmedinensische Bezeichnung Adams als ‚(Gottes) Statthalter (*ḫalīfa*) auf Erden'

[6] Shahab Ahmed: What Is Islam? The Importance of Being Islamic, Princeton 2016, S. 120; mit Referenz auf David R. Vishanoff (How Sunni Legal Theorists Imagined a Revealed Law, New Haven 2011) sieht Ahmed „the entire project of Islamic hermeneutics [...] identified with legal theory" (ibid. S. 123).

wird üblicherweise als koranisches Gegenstück oder Analogon zum biblischen Begriff der *imago dei* interpretiert und somit als eine „Basis zur Verständigung über Menschenrechte und Menschenwürde“[7] angesehen. Zeitgenössische Gelehrte verstehen den Terminus *ḫalīfa* als grundlegende Referenz auf die besondere Würde des Menschen als eines Geschöpfes, das sich, mit freien Willen und Verstand begabt, von der übrigen Schöpfung unterscheidet und, in der Aktualisierung dieser Gaben, zur Erfüllung seiner ihm übertragenen Verantwortung (*amāna* Q 33:72) als ‚Stellvertreter‘ oder ‚Statthalter‘ (*ḫalīfa*) auf Erden befähigt ist. Die klassische Koranexegese war in ihrer Interpretation des *ḫalīfa*-Begriffs verhaltener. Im Gefolge von Al-Ṭabarī (gest. 923) haben die meisten klassischen Kommentatoren die Zuschreibung der ‚Statthalterschaft‘ an die Menschheit als ganze entweder ausdrücklich zurückgewiesen[8] oder, wie Al-Bayḍāwī (gest. 1290), den Titel ‚Stellvertreter Gottes‘ (*ḫalīfat allāh fī arḍihī*) auf die *Propheten* als Vermittler zwischen Gott und den gewöhnlichen Menschen beschränkt.[9]

Zeitgenössische Versuche einer Neuinterpretation des *ḫalīfa*-Begriffs lassen sich als Weiterführung der Tradition des muslimischen Reformismus verstehen, die – klassisch ausformuliert bei Muḥammad ʿAbduh (gest. 1905) – den ersten wesentlichen Schritt einer in der Moderne sukzessive fortschreitenden Dekanonisierung des traditionellen Kanon vollzog. Ausgehend von einem Verständnis des Islam als Religion, die zum Abschluss einer evolutionär verstandenen Religionsgeschichte primär die *Vernunft* des Menschen anspricht, suchte ʿAbduh die *eigentliche* Botschaft des unter der Decke des Traditionalismus verborgenen Koran wiederzuentdecken. Sein eigener, primär *praktischer* Zugang zu dessen Verkündigung ersetzte die theologische Prämisse des hermeneutischen Systems durch den, der von dieser Verkündigung auch primär angesprochen wird: erste Auslegungsinstanz ist der Mensch selbst, nicht mehr länger der Buchstabe der Heiligen Schrift! ʿAbduh legitimierte dies überraschenderweise mit Bezug auf den medinensischen Adam (Q 2:30) und dessen grenzenlose Potentialität und Erkenntnis, in der „Gottes Weisheit“ selbst „sichtbar wird“.[10]

Den *ḫalīfa*-Begriff bezieht ʿAbduh in seinem *tafsīr al-manār* auf das, „was Gott in die Natur (*fiṭra*) der Gattung Mensch gelegt hat, die er zu seinem *ḫalīfa* macht –, die Kapazität absoluten Willens und umfassender Wahlfreiheit in all seinen Taten“, die Bedeutung von Adams ‚Stellvertreterschaft‘ (*ḫilāfa*) wiederum weitet er universal aus auf die Menschheit als ganze, und dies aufgrund der

---

7 Vgl. Rotraud Wielandt: Die Würde des Stellvertreters Gottes, in: In Würde leben, hrsg. von Rainer Bucher, Luzern 1998, S. 170–187 (173).

8 Vgl. Muḥammad b. Ǧarīr al-Ṭabarī: Tafsīr al-Ṭabarī: Ǧāmiʿ al-bayān ʿan taʾwīl al-qurʾān I, hrsg. von Maḥmūd Šākir und ʿAlī ʿĀšūr, Beirut 2011, S. 229–449; vgl. zu den einzelnen Positionen detaillierter Han H. Liew: The Caliphate of Adam: Theological Politics of the Qurʾānic Term Ḫalīfa, in: Arabica 63 (2016), S. 1–29.

9 Vgl. ʿAbd Allāh ibn ʿUmar ibn Muḥammad Al-Bayḍāwī: Anwār al-tanzil wa asrār al-taʾwīl I, Kairo 1955, S. 20.

10 Muḥammad ʿAbduh / Muḥammad Rašīd Riḍā: Tafsīr al-manār I, Kairo ²1947, S. 255 f., 264 f.

Qualitäten, „durch die Gott die Menschheit von der übrigen Kreatur geschieden hat“.[11]

Es ist insbesondere die von ʿAbduh wiederholt herausgestellte Gottesgabe der menschlichen Vernunft (*al-ʿaql*), durch die sich zeitgenössische reformistische Gelehrte im Gefolge ʿAbduhs dazu bewogen fühlen, *ḫalīfa* als ‚Stellvertreter‘ bzw. ‚Statthalter‘ Gottes[12] zu übersetzen und säkularen Topoi wie ‚Menschenwürde‘ und ‚Menschenrechten‘ eine genuin koranische Begründung zu geben. Weil allerdings ʿAbduhs Zugang zum koranischen Diskurs auch in der Weiterentwicklung durch seinen Schüler Rašīd Riḍa (gest. 1935) keine nennenswerte hermeneutische Systematisierung erfuhr, blieb er für viele texthermeneutische Optionen offen, u. a. auch für fundamentalistisch-ideologische Lesarten. Einer jener Gelehrten, die im 20. Jahrhundert die auch epistemologisch notwendige Transformation koranischer Hermeneutik – und mit ihr zugleich die Neulektüre der *ratio legis* islamischer Normen – in besonderem Maße vorantrieben, ist zweifellos der 1988 verstorbene Gelehrte Fazlūr Raḥmān. Dessen systematische, einen stärker historisch-‚kritischen‘ Zugang produktiv mit einer bekenntnisorientierten Theoriebildung verbindende Methodologie konkretisiert sich exegetisch in einer Doppelbewegung (*double movement*), die (a: historisch-‚kritisch‘) aus dem historischen Text ethische Prinzipien zu *abstrahieren* und diese dann (b: systematisch-theologisch) in die Gegenwart zu *übertragen* sucht.[13] Raḥmāns insbesondere in der türkischen Theologie verbreiteter Interpretationsansatz erweist sich allerdings angesichts der erkenntnistheoretisch fragwürdigen Prämisse, sprachliches Zeichen (*signifiant*) und bezeichnete Wirklichkeit (*signifié*) ließen sich unmittelbar aufeinander beziehen, als ausgesprochen positivistisch. Es ist die Korrespondenz zwischen reiner menschlicher Vernunft und rational analysierter Offenbarung, die es dem Leser des Koran erlaubt, die Lücken des Offenbarungstextes zu füllen und die *originale* Intention bzw. *intentio auctoris* seiner Aussagen zu verstehen: Wie der frühmedinensische Adam besitzt auch der Mensch als ‚Stellvertreter‘ (*ḫalīfa*) Gottes (Q 2:30) sowohl in seiner ontischen (*fiṭra*) als auch in seiner epistemischen Struktur (*hidāya*) all jene „gottähnlichen“ Qualitäten, derer er bedarf, um die ewigen Ziele des Menschseins zu erfassen und – mit Gottes Hilfe – auch zu erreichen.[14]

Die von Raḥmān in einem umfassenden Sinne vorgenommene Distinktion zwischen *generellen* Prinzipien einerseits und *partikularen* Normsetzungen andererseits blieb jedoch hinsichtlich der Frage, wie sich die *generellen*, partikulare Regelungen übertrumpfen-

[11] Ibid., S. 255, 258 f.

[12] Vgl. Mustafa Erdem: Hazreti Adem, Ilk Insan, Ankara 1994, S. 127 f., 144: *„akıl yürütme ile herşeyi anlamak, kavramak, hakim olmak“*.

[13] Vgl. Fazlūr Raḥmān: Islam, London 1966, S. 78, 141, 201; vgl. id.: Islam and Modernity, Chicago / London 1982, S. 132 ff.

[14] Vgl. dazu u. a. die Arbeiten von Şaban Düzgün, z. B. id.: Die Möglichkeit einer theologischen Grundlegung der menschlichen Vollkommenheit, in: Insan Onuru. Islam ve Hıristiyanlik'taki Temelleri, hrsg. von Mualla Selçuk et al., Ankara 2006, S. 215–235.

den Prinzipien konkret aus dem Text abstrahieren lassen, methodologisch nur unzureichend reflektiert. Im Horizont der angenommenen Korrespondenz der *ratio* menschlicher Vernunft zur koranischen Offenbarung, von Burhanettin Tatar kritisch als „meta-narrative of the sub-narrative of the qurʾanic text“[15] beschrieben, verliert der Koran gleichsam seine privilegierte textuelle Stellung und wird, wie Ahmed formuliert, „constructed and read subject to the demands of a total truth-matrix elaborated by reason“.[16]

II. Kontextuell ethico-zentrische *intentio lectoris* und die Rechtsmaximen

In Abgrenzung zu Raḥmāns Positivismus sowie in Weiterführung seines hierarchischen Textverständnisses rückt ein weiteres Spektrum von Gelehrten gegenüber der exegetisch nur schwer zu fassenden *intentio auctoris* des koranischen Textes die Rolle des Interpreten bzw. die *intentio lectoris* ins hermeneutische Bewusstsein. Rezeptionshermeneutische Überlegungen im Gefolge Gadamers werden dabei mit einer vor allem auf das ‚humanistische‘ Potential des koranischen Diskurses abhebenden rechtstheoretischen Perspektive verbunden, die Recht (*šarīʿa*) und Jurisprudenz (*fiqh*) weniger von genuin religiösen Vorgaben als vielmehr teleologisch von *ethischen* Erwägungen und Zielen bestimmt sieht. Um einen solchen Zugang auch mit Bezug auf klassische Vorbilder legitimieren zu können, wird dabei weniger auf ʿAbduh oder Raḥmān als vielmehr auf die andalusischen Rechtstheoretiker al-Ṭūfī (gest. 1318) und al-Šāṭibī (gest. 1388) rekurriert, die bereits im Mittelalter den Versuch wagten, den über ein nahezu halbes Jahrtausend angewachsenen Korpus an islamischen Rechtstraditionen auf ihre wesentlichen ‚Zwecke‘ (*maqāṣid*) hin zu systematisieren. Al-Ṭūfīs Ansatz gilt gemeinhin als der radikalere, insofern er dem ‚öffentlichen Interesse‘ (*maṣlaḥa*) als universale Intention des muslimischen Rechts die Präferenz über die klare Bedeutung eines Textes zuzuschreiben und somit tatsächlich eine substantiale Rationalität[17] zu vertreten scheint, hat aber in der muslimischen Jurisprudenz keine nennenswerte Wirkungsgeschichte entfalten können. Anders stehen die Dinge bei Šāṭibī, der die schon bei Al-Ġazālī (gest. 1111) formulierte Kritik an den Formalismen der muslimischen Jurisprudenz systematisch aufnimmt und die durch diesen Formalismus ausgeblendete *ethische* Dimension des islamischen Rechts wieder ins Blickfeld rückt.

Šāṭibīs kaum zu überschätzende Leistung ist es, das mit den *bewertungsfreien*, nicht durch autoritative Texte gestützten Interessen (*maṣāliḥ mursala*) verbundene Konzept der *meta*-rechtlichen Intentionen (*maqāṣid*

[15] Burhanettin Tatar: The Problem of the Relevance of Time and Space to the Qur’anic Text, in: Herausforderungen an die Islamische Theologie in Europa, hrsg. von Mouhanad Khorchide und Klaus von Stosch, Freiburg e. g. 2012, S. 50–58 (53, 64).

[16] Ahmed: Islam, S. 97.

[17] Vgl. Felicitas Opwis: Islamic Law and Legal Change: The Concept of Maṣlaḥa in Classical and Contemporary Islamic Legal Theory, in: Shari’a. Islamic Law in the Contemporary Context, hrsg. von Abbas Amanat und Frank Griffel, Stanford 2007, S. 62–82 (80).

al-šarīʿa) als das oberste Prinzip muslimischer Rechtstheorie zu etablieren und so den Rechtsprobabilismus bzw. „Präsumptionsgrad (*ẓannīya*)“[18] schariarechtlicher Beurteilungen zu reduzieren. Die dafür notwendigen „Gewissheiten“ (*qaṭʿīyāt*) erwachsen aus rechtlichen Verallgemeinerungen bzw. rationalen Universalien (*kullīyāt al-šarīʿa*) und kongruieren nicht nur mit den schon bei al-Ġazālī begegnenden fünf „notwendigen Rechtsgütern“ (*ḍarūrīyāt*) – Religion, Leben, geistige Gesundheit, Nachkommen und Eigentum –, sondern mit der ursprünglichen ‚Intention des koranischen Diskurses‘ (*qaṣd al-ḫiṭāb*) selbst.[19] Zu deren Erschließung bedürfe es allerdings einer umfassenden *induktiven* Lektüre des Textes (*istiqrāʾ*), die im Gegenüber zum lexikalischen Inhalt (*al-maʿnā al-ifrādī*) dessen ‚kontextuelle Bedeutung‘ (*al-maʿnā at-tarkībī*) bzw. „eigentlichen Sinn“[20] zu eruieren sucht. Wesentliches Hilfsmittel zu dessen Entschlüsselung ist – ein weiterer Schritt in der Dekanonisierung des traditionellen Kanon – die Unterscheidung zwischen mekkanischen und medinensischen Suren. Erstere enthalten *universale* Prinzipien und bilden die Basis für die zeitgebundenen *detailspezifischen* Regelungen der medinensischen Suren, die aus der historischen Situation zu erklären und daher nur von partikularer Relevanz sind. Die auf diesem Wege erschlossene *originäre* Intention bildet schließlich den rechtstheoretischen Möglichkeitsgrund dafür, das *positive* Recht in den Korpus der islamischen Jurisprudenz zu absorbieren bzw. systematisch kongruent in Relation zu den meta-rechtlichen Anforderungen der *šarīʿa* zu bringen.[21]

Was in zeitgenössischen Adaptionen von Šāṭibīs Systematik zurücktritt, ist deren epistemologische, ihrer voluntaristischen Grundstruktur geschuldete Grundierung, die der Absorption positiven Rechts in das Islamische Recht gewisse Grenzen setzt. Für Šāṭibī liegt die Möglichkeit des Verstehens zwischenmenschlicher Handlungsmaximen nicht in der Vernunft selbst, sondern im sogenannten *tauqīf* begründet: über eine direkte göttliche Instruktion (*tauqīf*) wird Adam als Ahnvater des menschlichen Geschlechtes über ‚alle Namen‘ (*al-asmāʾ kullahā*, Q 2:31) und somit über die Grundsätze der göttlichen Ordnung belehrt und mit ihm der Mensch dazu verpflichtet, diese stets gefährdete Ord-

---

18 Jameleddine Ben Abdeljelil: Die Maximen der islamischen Jurisprudenz – Überlegungen zu einer modernen islamischen Rechtsphilosophie, in: Maqāṣid aš-šarīʿa. Die Maximen des islamischen Rechts, hrsg. von dems. und Serdar Kurnaz, Berlin 2014, S. 11–84 (82).

19 Abū Isḥāq al-Šāṭibī: al-Muwāfaqāt I, ed. von Allāh Darrāz, Beirut o. J., S. 139 ff.; vgl. Aziz Al-Azmeh: Islamic Legal Theory and the Appropriation of Reality, in: Islamic Law. Social and Historical Contexts, hrsg. von dems., London / New York 1988, S. 250–265.

20 Mohammed Nekroumi: Koraninterpretation im Kontext intentionalistischer Rechtstheorien, in: Modern Controversies in Qurʾānic Studies, hrsg. von dems. und Jan Meise, Hamburg-Schenefeld 2009, S. 153–194 (173, 181): zu *al-Muwāfaqāt*, siehe Bd. II, Beirut s. d., S. 60.

21 Vgl. dazu Aziz Al-Azmeh: Chronophagous Discourse: A Study of Clerico-legal Appropriation of the World in an Islamic Tradition, in: Religion and Practical Reason. New Essays in the Comparative Philosophy of Religions, hrsg. von Frank E. Teynolds und David Tracy, Albany 1994, S. 163–211 (187); vgl. dazu auch id.: Islamic Legal theory, S. 251 f.

nung in seinem Handeln abzubilden.[22] Die Autorität menschlicher Vernunft (*al-ʿaql*) ist somit keine eigenständige, sondern vielmehr ein Derivat der Autorität der kanonischen Quellen selbst: sie ist ‚als solche kein legislativer Akteur' (*al-ʿaql laysa bi šāriʿ*).[23]

Der göttliche Gesetzgeber (*al-šāriʿ*) beabsichtigte die ‚Aufrichtung diesseitiger und jenseitiger Güter' (*iqāma al-maṣāliḥ al-aḫrawīya wa-ʾl-dunyawīya*), jedoch tat er dies „in einer Weise, die den ultimativen Zweck der *šarīʿa*, uns zum jenseitigen Heil zu führen, berücksichtigt". Šāṭibī zufolge müsse „das diesseitige Leben um des jenseitigen Lebens willen geführt" werden, „nicht um [menschlicher] Sehnsüchte und alltäglicher Interessen (*ahwāʾ al-nufūs*) willen".[24]

Zeitgenössische, sich an Šāṭibī orientierende Gelehrte rekurrieren daher auch weniger auf die Kategorie der Ordnung als vielmehr auf die ebenfalls von Šāṭibī bemühte frühmedinensische Anthropologie. Diese beschreibt den Menschen nicht nur als Gottes ureigenstes „Handwerk", sondern als Inhaber eines „außerordentlich würdevollen Status", dessen „spirituelle Überlegenheit über die Engel" sich insbesondere in dessen „Ernennung zu Gottes Statthalter (*ḫalīfa*)" (Q 2:30) und zum „Träger seines anvertrauten Treuguts (*amāna*)"[25] manifestiert. Adams Widersacher Iblīs hingegen stehe im Koran „exemplarisch für jeden, der *nicht* an den Menschen als freies, mit einer unveräußerlichen Würde versehenes und vernünftiges Wesen glaubt", wobei zu dieser Würde insbesondere auch das „Bewußtsein der eigenen Freiheit" gehört, das den Menschen erst in die Lage versetzt, autonom „seinen Auftrag als Kalif, als Medium der Verwirklichung von Gottes Intention, verantwortungsvoll in Freiheit zu erfüllen".[26] Insofern sich, wie Muhammad Kamali betont, angesichts dieser koranischen „Manifestation der würdevollen Stellung des Menschen" die Menschenwürde als „eines der höheren Ziele und Zwecke der Scharia"[27] erweist, sind – in Anlehnung an Šāṭibī – auch westliche, ursprünglich nichtmuslimische Rechtsnormen solange mit diesen kompatibel, solange das Gemeinwohl als eigentliche Intention des Gesetzgebers gewahrt bleibt.

Bisweilen wird bei der Ableitung von Rechtsmaximen[28] der von manchen noch als notwendig erachtete Bezug auf die Offenbarung selbst mit der Begründung in Frage gestellt, es sei nicht die Aufgabe der Offenba-

---

22 Vgl. al-Šāṭibī: al-Muwāfaqāt, hrsg. von Muḥammad Munir, Kairo 1341 / 1922, Bd. II, S. 27 f., 255 f.; Bd. III, S. 7 f.

23 Al-Šāṭibī: al-Muwāfaqāt 1, 24; zitiert in Anver M. Emon: Islamic Natural Law Theories, Oxford 2010, S. 167.

24 Al-Šāṭibī: al-Muwāfaqāt 2, 28–32; zitiert in Emon: Islamic Natural Law Theories, S. 172.

25 Alle Referenzen Muhammad Hashim Kamali: Die Würde des Menschen. Eine islamische Perspektive, in: Menschenrechte aus zwei islamtheologischen Perspektiven, hrsg. von dems. und Saffet Köse: Frankfurt 2013, S. 13–103 (28 ff.).

26 So Mouhanad Khorchide: Gott glaubt an den Menschen. Mit dem Islam zu einem neuen Humanismus, Freiburg et al. 2015, S. 23 f.

27 Kamali: Würde, S. 30; alle den Schutz der Würde fördernden Maßnahmen sind „a priori von der Scharia verbürgt" (ibid., S. 96 f.).

28 Vgl. Ǧamāl ad-Dīn ʿAtiyya: Naḥw tafʿīl maqāṣid al-šarīʿa, Damaskus 2001, S. 101 f.: aufgeführt werden insgesamt 24 Maximen!

rung, einzelne Interessen, die die Gesellschaftsordnung betreffen, zu definieren. Diese seien vielmehr das „Produkt eines demokratischen Aushandlungsprozesses".[29] Als einer der schärfsten Kritiker eines muslimischen ‚Textfundamentalismus' fordert Ebrahim Moosa eine neue, auf menschlichen Erfahrungen und wissenschaftlicher Ethik (*ʿilm al-aḫlāq*) basierende Jurisprudenz, die der Heteronomie muslimischen Rechtsdenkens die Autonomie des moralisch denkenden Subjekts entgegensetzt. Moosa legitimiert diesen Zugang überraschenderweise nicht mit Rekurs auf Šāṭibī, sondern auf Al-Ġazālī, dessen Ethik den Menschen und seine Würde im Zentrum der Muslimischen Tradition und des moralischen Gesetzes des Koran sieht.[30] Dem von Moosa in diesem Zusammenhang angeführten Gelehrten Tāha ʿAbd ar-Raḥmān zufolge ist das, „was den Menschen zum Menschen macht" (*ma bihi yakūn al-insān insānan*), zuallererst „*nicht* seine Vernunft, sondern vielmehr seine Moral (*al-aḫlāqīya*)". In seiner einschlägigen Studie zur ‚Frage der Ethik' (*suʾāl al-aḫlāq*)[31] sucht ar-Raḥmān, ausgehend von einer ethischen Lektüre der koranischen Offenbarung und in ausdrücklicher Distanzierung zur rationalistischen Tradition Ibn Rushd's, der Tugendlehre (*ʿilm al-aḫlāq*) ihre koranische Priorität zurückzugeben und sie als Angelpunkt aller jurisprudentiellen Methodologie zu verstehen.

Mit dem Verweis darauf, dass die islamische Scharia als „comprehensive framework" erst eine späte Entwicklung der islamischen Geschichte darstellt, mahnt Abdou Filali-Ansary die Muslime zu größerem Respekt gegenüber den Errungenschaften auch nichtmuslimischer Zivilisationen, in denen der islamische Traum von ethischen Prinzipien, Gerechtigkeit und Gleichheit schon längst seine Erfüllung gefunden habe: „The law of the modern state", so Filali-Ansary, „is much nearer to the Islamic dream than the Islamic sharia itself".[32] Mashood Baderin schließlich versteht die *maṣlaḥa* „as a veritable Islamic legal doctrine for the realisation of international human rights within the dispensation of Islamic law".[33]

Die *maqāṣid al-šarīʿa* lösen sich somit von den klassischen *uṣūl al-fiqh* und verselbständigen sich bis hin zu Konzeptionen, die den

---

[29] Mouhanad Khorchide: Auf dem Weg zu einer humanistischen Qur'anhermeneutik, in: Moderne Zugänge zum Islam. Plädoyer für eine dialogische Theologie, hrsg. von Hamideh Mohagheghi und Klaus von Stosch, Paderborn 2010, S. 31–58 (55 f.).

[30] Vgl. Ebrahim Moosa: „Imagining Islamic Law as Ethics", unveröffentl. Vortrag, Int. Konferenz „Reform of Islamic Law" des ZIT Tübingen 9.–10. 10. 2015; vgl. dazu insb. id.: The Debts and Burdens of Critical Islam, in: Progressive Muslims on Justice, Gender and Pluralism, hrsg. von Safi Omid, Oxford 2003, S. 111–127 (125 f.); ähnlich auch Abdullāhi an-Naʿim (Islam and Human Rights: Introductory Remarks and Reflections, in: Islam und Menschenrechte, hrsg. von Hatem Elliesie, Frankfurt 2010, S. 41–47) und dessen ‚anthropologischer Zugang' (ibid., S. 46) zum koranischen Diskurs.

[31] Tāha ʿAbd ar-Raḥmān: Suʾāl al-aḫlāq. Musāhama fī'l-naqd al-aḫlāqī li'l-ḥadāṯa al-ġarbīya, Casablanca 2013, S. 14; cf. also S. 47, 201.

[32] Abdou Filali-Ansary: „Reform or Subvert?", unveröffentl. Vortrag, vgl. Fußnote 18; ausführlicher dazu id., Réformer l'islam? Une introduction aux débats contemporains, Paris 2003, S. 23–27, 77–79.

[33] Mashood Baderin: International Human Rights and Islamic Law, Oxford 2003, S. 40 f.

„Respekt vor dem Mitmenschen“ als das „*maʿrūf* von heute“ bzw. als die „überall bekannte und anerkannte Ethik“[34] definieren.

III. Sozio-rhetorische *intentio operis* und die Kunst der Narration

Herausgefordert nicht nur von der Frage, wie sich diesen allgemeinen, rational als notwendig deduzierten Prinzipien auch koranhermeneutisch eine Priorität gegenüber dem textlich deduzierten Recht zuschreiben lässt, sondern auch von der Schwierigkeit, allgemeine Normen wie Gerechtigkeit und Gleichheit in wirklich praktikable Handlungsanweisungen zu überführen, haben sich muslimische Exegeten in jüngster Zeit verstärkt dazu veranlasst gesehen, die intentionalistische Lektüre des koranischen Diskurses methodologisch nochmals auszudifferenzieren und stärker dessen pragmatische und inhaltliche Bezüge in den Blick zu nehmen. Über die grundlegende Differenzierung zwischen ‚Diskurs‘ und ‚Botschaft‘ hinaus verweisen sie z. B. auf eine spezifische *demythologisierende* Dynamik des koranischen Diskurses, die im Unterschied zur biblischen Tendenz einer „Historisierung von Mythologie“[35] über aller Zeit und Geschichte stehe und das koranische Adam-Iblīs-Narrativ im Sinne einer „prozessualen Dynamik des Verlusts sowie der Wiedergewinnung von Würde“[36] verstehen lässt. Adam ist ein Mensch ‚*im Werden*‘, der sich einem unvermeidlichen, aber doch überwindbaren Bösen gegenüber sieht und zugleich sein moralisches Potential realisiert. Dem türkischen Exegeten Mustafa Öztürk zufolge unterscheidet diese demythologisierende, das mythische *imaginaire* dekonstruierende bzw. dessen ursprüngliche Intentionalität herausstellende Dynamik den koranischen Diskurs ausdrücklich von der biblischen Tradition. Leider wurde diese Dynamik, wie der von Öztürk wiederholt angeführte pakistanische Gelehrte Muhammad Iqbal beklagt, von muslimischen wie auch nicht-muslimischen Studierenden des Islam „nahezu durchgängig übersehen […]: die koranische Methode der vollständigen oder teilweisen Veränderung von Legenden, um sie mit neuen Ideen zu beseelen und sie so dem fortschreitenden Geist der Zeit anzupassen. […] Das Ziel des Koran im Umgang mit diesen Legenden ist selten historischer Natur; fast immer zielt er vielmehr darauf ab, ihnen eine universale moralische oder philosophische Bedeutung zu geben“.[37]

Die zunehmende Wahrnehmung des Koran als eines diskursiven bzw. exegetischen Textes führt diese Gelehrten zugleich zu einem neuen Bewusstsein für das komplexe Programm der Neuaneignung, Revision und Reinterpretation, mit dem der Koran die biblische Tradition neu perspektiviert. Wie sich ein solches hermeneutisches Bewusstsein exegetisch umsetzen lässt, sei hier am Bei-

[34] Soheib Bencheikh: Marianne et le Prophète, Paris 1998, S. 188 f. (Kapitel „La théologie de la minorité“).

[35] Mustafa Öztürk: Demitolojizasyon ve Kur’an, in: id.: Kıssaların Dili, Ankara 2013, S. 79–102 (74, 95, 100).

[36] Mustafa Öztürk: Adem, Cennet ve Düşüş, in: Milel ve Nihal 1.2 (6/2004), S. 151–186 (182).

[37] Muhammad Iqbal: Die Wiederbelebung des religiösen Denkens im Islam, aus dem Englischen von Axel Monte und Thomas Stemmer, Berlin 2003, S. 108 f.

spiel des marokkanischen Gelehrten Muhammad ʿĀbid al-Ǧābirī (gest. 2010) demonstriert, der in seiner Interpretation der Adam-Narrative die Aufmerksamkeit primär auf die *chronologische* Zeitlinie des koranischen Diskurses richtet und über die meta-historische und spirituelle Dimension dieses Diskurses hinaus insbesondere dessen *sozio-politische*, sich in den Reaktionen der unterschiedlichen Hörer(gruppen) auf die Verkündigung manifestierende Dimension in den Fokus rückt. Die sich im 9. Jahrhundert herausbildende Rede von der „Unnachahmlichkeit" (*iʾǧāz*) des Koran verortet Ǧābirī primär in einer „narrativen Überzeugungskunst"[38], die spätantike Mythen in einer wiederholenden Form aufgreift und in diesem Prozess narrativer Re-Interpretation (nicht nur) anthropologische Aussagen kontinuierlich und signifikant vertieft. „Programm und Strategie der koranischen Narration (*al-barnāmiǧ wa-ʾl-stratejī al-qurʾānī*)"[39] sind in ihrer Affinität mit und Divergenz von den früheren Traditionen des Judentums und des Christentums von eben diesen Traditionen, so Ǧābirī, nicht zu trennen. Dass die Genealogie der koranischen Botschaft ohne diese Traditionen nur schwer zu verstehen ist, sei im Folgenden exemplarisch an Ǧābirīs Kommentierung der vier wesentlichen koranischen Versionen des Adam-Iblīs-Narrativs (mekkanisch: Q 15, Q 20, Q 7; medinensisch: Q 2) veranschaulicht.[40]

Die anfänglich fast dichotomisch-binäre Darstellung des Menschseins in Q 15 und 20 wird durch die Berücksichtigung der historischen Realität der jungen monotheistischen Gemeinde und die daraus resultierenden Erweiterungen der ursprünglichen Perikope durch den biblischen Fall (Q 20:115) und die selbstreflexive Buße Adams (Q 7:23 f) korrigiert und schließlich in Sure Q 2:30 f. durch eine Reflexion über die Potentiale des Menschen transzendiert: ‚Gottes Stellvertreter' (*ḫalīfa*) ist nicht anders denkbar als mit einem zweifachen Potential zum Tun des Guten und des Bösen, zugleich aber mit der Möglichkeit gewürdigt, Gott näher zu kommen als die Engel selbst. Im Kontrast zur psychologischen Interpretation des ‚Falles' in der Genesis bezieht sich der koranische Diskurs auf das Ereignis im Garten in einer eher *reduktiven* Form, welche die Struktur des biblischen Narrativs aufbricht und dieses Narrativ auf dessen wesentliche strukturale Elemente bzw., in Ǧābirīs Worten, auf dessen „eigentliches Konzentrat" (*iqtiṣār fī-ʾl-tarkīz*) reduziert.[41]

Das Motiv der gottgegebenen Kenntnis der „Namen aller Dinge", das den in Q 2 neu hinzugefügten Dialog zwischen Gott und den Engeln abschließt, liest Ǧābirī als ein Symbol

[38] Muḥammad ʿĀbid Al-Ǧābirī: Madḫal ila ʿl-qurʾān al-karīm, Beirut 2013, S. 368–377, 425: „*al-fann al-qisasī fī ʿl-iqnāʿ*"; vgl. Muhammed Coşkun: Muhammed Abid el-Cābirī ve tefsir anlayışı, Istanbul 2014, S. 153–159. Zur „literarischen Vollkommenheit" vgl. Madḫal, S. 423 f.

[39] Ǧābirī: Madḫal, S. 289 f.

[40] Detaillierter dazu vgl. Rüdiger Braun: Reasoning Humanity. Toward a Contextual Reading of the Qurʾānic Anthropology, in: New Approaches to Human Dignity in the Context of Qurʾānic Anthropology. The Quest for Humanity, hrsg. von dems. und Hüseyin I. Çiçek, Cambridge 2017, S. 179–220.

[41] Ǧābirī: Fahm al-qurʾān I, S. 245 f.

für die „Macht des Denkens und des Bewusstseins“, die es Adam erlaubt, „sich von seinen Sünden abzukehren und seinem Auftrag als Stellvertreter [Gottes?] auf Erden zu entsprechen“. Die spezielle Methodik dieses in späteren Suren repetitiv erzählten Narrativs liegt darin, dass es sowohl „‚eine Klärung früher erwähnter Aspekte‘ (*tafṣīl li-baʿḍ al-ǧawānib al-maḏkūra*)“ als auch „‚eine neue, den Erfordernissen von Zeit und Ort entsprechende (Erzähl-)Form‘ (*ṣiyāġa ǧadīda ḥasab mā yaqtaḍīhi al-maqām*)“ ermöglicht, diese jedoch frei hält von der „‚Last mysteriöser Mythen‘ (*ḫalūw min ṯuql al-asrār al-mystères*), welche die religiöse Erkenntnis als ‚etwas Irrationales‘ (*ḫāriǧ tanāwul al-ʿaql*) erscheinen lassen“.[42]

Die Leistung des hier kommentierten Narrativs ist es nun, den „‚Standpunkt der Quraysh‘ (*tarbuṭ mawqif qurayš*) mit dem des Iblīs gegenüber Adam“ zu verbinden: anstatt jedoch die Erzählung einfach nur zu wiederholen, wird ihre „‚Struktur in einer nochmals detaillierteren Form‘ (*ṣiyāġatahu bi-šaklin akṯar tanẓīman wa tafṣīlan*)“[43] arrangiert, die über die anthropologischen Implikationen hinaus auch, so Ǧābirī, eine sozio-politische Dimension offenbart: Sie veranschaulicht über die Figuren Iblīs und Adam *typologisch* die Möglichkeiten und Konsequenzen des Verhaltens gegenüber Muḥammads Verkündigung. *Anthropologisch* geprägte Narrative stehen somit zugleich im Kontext *sozio-politischer* Reflexionen zur Bestimmung des Verhältnisses zwischen der Gemeinde Muhammads und deren Gegenüber. War es in den mekkanischen Versionen des Narrativs das Verhalten der Quraysh, das typologisch in eine Analogie zum Verhalten des Iblīs gesetzt wurde, ist es nun in Q 2 das Verhalten der medinensischen Juden. Insofern allerdings, wie Ǧābirī herausstellt, das „‚Tor zur Buße‘ (*bāb al-tawba*) jedermann jederzeit offensteht“[44], erweist sich diese koranische Typologie – konträr zur „unveränderlichen Natur des Menschen“, die Ǧābirī als Kern der insbesondere christlichen (aber auch jüdischen) Anthropologie versteht – zugleich als offen und flexibel. So wie der Fehler Adams – im Gegensatz zur jüdischen und insbesondere christlichen Anthropologie – „nicht auf seine Nachkommen überging“, so müssen auch die Qurayš und die Juden „nicht schicksalhaft Gegner des Propheten und seiner Gemeinde bleiben“![45] Marginales Material biblischer Erzählungen bildet somit die Basis für tiefe anthropologische und sozio-politische Reflexionen und wird zugleich unter Zuhilfenahme offener, flexibler Typologien re-interpretiert: dies nicht nur, wie Ǧābirī betont, zur Tröstung oder Unterstützung des Propheten in seinen Bemühungen um den Aufbau einer Gemeinde, sondern auch, um die dynamische Relation zum Anderen immer wieder neu zu rejustieren und zu verhandeln. Im koranischen Horizont erweist sich somit der

[42] Ǧābirī: Madḫal, S. 433.

[43] Ibid., S. 292.

[44] Ǧābirī: Madḫal, S. 393; id.: Fahm al-qurʾān al-karīm III, Beirut 2013, S. 89.

[45] Id.: Madḫal, S. 89: wa lam taʿud talāḥuq ḏurrīyatihi.

Topos der ‚Menschenwürde' nicht als ahistorische statische Größe, sondern als *relational* und *perspektivisch*.

C. Schlussbemerkungen — Intention und Relationalität

Intentionalistische Interpretationsansätze gehören zweifelsohne zu den bedenkenswertesten Ansätzen einer die traditionell juridische Perspektive des islamischen Rechts überwindenden Hermeneutik, bedürfen aber für eine Überführung in konkrete ethische Handlungsanweisungen noch weiterer methodologischer Präzisierungen. Die sich am Ende dieses ausschnitthaften Durchgangs stellende Frage ist dann, in welcher Form insbesondere die *rhetorische* Analyse für die Eruierung grundlegender Intentionen des Diskurses präzisere Kriterien bereitzustellen vermag als die ausgeprägte Hierarchisierung und Historisierung koranischer Suren, wie sie in der Gestalt der in B.I und B.II vorgestellten Zugänge begegnet. Die Analyse des re-interpretatorischen Fortschritts des geschichtlichen Offenbarungsdiskurses sowie der kompositorischen Konstruktion der Suren stellt möglicherweise Kriterien bereit, die nochmals eine präzisere Verhältnisbestimmung zwischen allgemeingültigen und historisch-situativen Anweisungen erlauben als vornehmlich kontextuelle und ethico-zentrische Zugänge. In diesem Sinne würde eine literaturwissenschaftlich und historisch sensibilisierte Koranhermeneutik der islamischen Theologie und dem islamischen Recht nicht nur die Möglichkeit eröffnen, *universale* Prinzipien und *historisch-relative* Anweisungen in ein (ggf. komplementäres) Verhältnis zu setzen, sondern auch die spezifisch *sozial-ethische* Dimension des koranischen Diskurses bzw. dessen ganz eigene Stimme wieder neu in den Fokus zu rücken. Ermöglicht würde damit zugleich die Wiederentdeckung einer diesseits von Vernunft und Intention vernachlässigten *Autorität* des Koran: der Autorität seiner Erzählkunst, die in kritisch-konstruktiver Hermeneutik die Reflexion über die menschliche Existenz zu vertiefen sucht.

Dr. Rüdiger Braun, FAU Erlangen-Nürnberg, Mitarbeiter am Lehrstuhl für Religions- und Missionswissenschaft.

ZRI 2016 (S. 121–140)

Das islamrechtliche Genre der themenspezifischen Rechtsliteratur. Themenspezifische Rechtsliteratur als gegenwärtiges Phänomen

Noha Abdel-Hady

A. Einführung

Der Versuch der islamischen Rechtsprechung (*iftāʾ*) seit Anfang des 20. Jahrhunderts, Antworten auf neue Rechtsfragen zu formulieren, wurde besonders von einem rechtsliterarischen und populärwissenschaftlichen Charakter begleitet.[1] Die populärwissenschaftliche Rechtsliteratur fungiert dabei als Vermittlungsangebot für eine Art „praktische Religion". Denn durch die einfach und schnell zugänglichen Medien und Übertragungsformen sind themenspezifische Rechtsbereiche anhand dieses exemplarischen Trends für alle Schichten der Gesellschaft zugänglich geworden. Rechtliche Sachverhalte mit gemeinsamen thematischen Inhalten werden in ein literarisches Format assimiliert, indem neue Rechtsfragen mit klassischen Rechtsmethoden in verschiedene generische Strukturen von Rechtsliteratur eingebettet werden.[2] Zudem vermitteln religiöse Zeitschriften, Medien und Fernsehkanäle religiöses Wissen in einer neuen und pragmatischen Art und Weise. Die religiöse Botschaft wird nicht mehr ausschließlich durch das Gelehrtenwissen verbreitet, sondern durch eine leicht verständliche populärwissenschaftliche Form an die Rezipienten gebracht. Religiös geprägte Texte mit Verknüpfungen zur Religions- und Lebenspraxis der Menschen der jeweiligen Zeit lösen die Traditionsgelehrsamkeit ab, die in Form einer „religiöse Subjektivität" die Rechtstraditionen neu definierte, anstatt sie intakt zu halten.[3] Dabei findet keine vollständige Ablösung von religiösen Traditionen statt, sondern es etablieren sich Ausdrucksformen, die eine neue Form religiöser Legitimation als Alternative zu gewöhnlichen traditionellen Seiten einführen.[4] So sind die Inhalte der meisten dieser Werke journalistischer, populärwissenschaftlicher Natur, für den Leser leicht rezipierbar, in einer leichten Sprache verfasst und für jedermann zugänglich.

Hinter dieser „Unbeschwertheit" steckt allerdings eine Problematik ihrer Funktion. In den größten Teil themenspezifischer Rechtsliteratur sind diese in außerstaatliche Rechtssysteme eingebettet und agieren außerhalb

---

1 Vgl. Nabil Echckaibi: Hyper-Islamism? Mediation Islam from the halal Website to the Islamic Talkshow, in: Journal of Arab and Muslim Media Research 1.3 (2008), S. 199–214 (205).

2 Anat Rosenberg: The History of Genres: Reaching for Reality in Law and Literature, in: Law & Social Inquiry 39.4 (2014), S. 1057–1079 (1060), online abrufbar unter onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/lsi.2014.39.issue-4/issuetoc (letzter Aufruf 14. 12. 2016).

3 Vgl. Echckaibi: Hyper-Islamism?, S. 205.

4 Vgl. Yasmin Moll: Storytelling, Sincerity, and Islamic Televangelism in Egypt, in: Global and Local Televangelism, hrsg. von Pradip Ninan Thomas und Philip Lee, London 2012, S. 21–44 (34).

des institutionellen Rahmens staatlicher Rechtssysteme. Die Problematik, die damit einhergeht, ist zumal die unkontrollierbare und unübersichtliche Menge an religiösen Rechtsgutachten zu bestimmten Rechtsthemen, die dadurch zustande kommt. Es erscheint auch das Phänomen der Popularisierung der islamischen Jurisprudenz, die durch das aufkommende Bedürfnis von praktizierenden Muslimen, praktische und erlebbare Religion und Pietät zu erleben, hervorgebracht wird und oftmals nicht mehr ausschließlich von Rechtsgelehrten (*fuqahāʾ*, Sg. *faqīh*), sondern auch von nichtjuristischen Fachleuten und Laienpredigern produziert wird.

Bei der Vermarktung der themenspezifischen Rechtsliteratur werden thematische Genre-Etiketten und kreative Werktitel verwendet, um dem nichtjuristischen Leser einen einfachen Zugang zu den Werken zu verschaffen und erste inhaltliche Konnotationen zu wecken, die dem Leser bei der Rezeption themenspezifischer Rechtswerke im Vorfeld einen thematischen Eindruck geben sollen. Der Gebrauch bestimmter Schlagwörter im Titel beinhaltet eine veranschaulichende, erläuternde und beschreibende Funktion. Zuschreibungen wie *fiqh al-aqallīyāt* (Minderheitenrecht), *fiqh an-nikāḥ* (Eherecht), *fiqh an-nisāʾ* (frauenspezifische Jurisprudenz), *fiqh aṭ-ṭahāra* (Reinheitsrecht) oder *fiqh al-wuḍūʾ* (rituelles Reinheitsrecht) sind nur einige Beispiele dieser themenspezifischen Ausdrucksform, die dem Leser ein bestimmtes Thema vermitteln.

Auch wenn die themenspezifische Rechtsliteratur als ein neues Genre aus der zunehmend popularisierten islamischen Jurisprudenz an dieser orientiert war und bleibt, gibt es kein rein aus der Popularisierung der islamischen Jurisprudenz entsprungenes Genre der themenspezifischen Rechtsliteratur, sondern dies setzt sich aus verschiedenen rechtssystematischen und gattungstypologischen Entwicklungen der einzelnen Themen zusammen, die dann zu einem Genre zusammengefasst werden. Diese Sichtweise erleichtert auch das damit einhergehende Verständnis der Symbiose von Genres und islamischer Jurisprudenz.

B. Islamische Jurisprudenz und das Genre-Konzept

Die Einteilung von Texten in Genres ist ein System, das ursprünglich aus der Literaturwissenschaft kommt.[5] In der Philologie ist dies ein Konzept für die Systematisierung inhaltlicher Wissenskategorien.[6] Jeder Text ist also nicht nur einfach ein Text, der kontextlos für sich steht, sondern, indem er textspezifische Kriterien erfüllt, damit zugleich auch einer bestimmten Textsorte und einem Gen-

[5] Vgl. Klaus Müller-Dyes: Gattungsfragen, in: Grundzüge der Literaturwissenschaft, hrsg. von Heinz Ludwig Arnold, München 1996, S. 326 f.; sowie Dieter Burdorf: Lyrisch, in: Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft 2, hrsg. von H. Fricke, K. Grubmüller und J. D. Müller, Berlin / New York 2007, S. 508.

[6] Vgl. Klaus W. Hempfer: Gattungstheorie. Information und Synthese, München 1973, S. 221.

re zuzuordnen.[7] Genres sind situative und historische Herausbildungen, die Wissen in einem situativen Zusammenhang hervorbringen. Ein solches Verfahrenswissen hat primär die Aufgabe, Texte zu selektieren, zu strukturieren und zusammenzufassen. Als „epistemologisches Korsett“[8] formt die Genre-Zugehörigkeit Konturen und Strukturen von zusammengefügten Themen.[9] Dieses Konzept kann auch innerhalb der Kategorien von Bereichen der islamrechtlichen Texttypologie dienlich sein, denn in Bezug auf das Genre der themenspezifischen Rechtsliteratur kommt dieser Effekt besonders durch die Strategie der thematischen Zusammenfügung von tradierten Rechtsthemen zustande. Vorherrschende thematische Konventionen werden mit historischen und sozialen Normen und Traditionen der außertextuellen historischen Lebenswelt gemischt. Diese bilden zwar weiterhin den historischen Horizont themenspezifischer Rechtsliteratur, werden aber neu angeordnet und kombiniert. Sie treten entpragmatisiert, von ihrem historischen Funktionskontext getrennt, auf, sind daher fähig, neue lebensweltliche Rechtsthemen mit aufzunehmen und lassen sich dadurch an die religiöse und rechtspraktische Erfahrungswirklichkeit von Rezipienten verschiedener Epochen anknüpfen. Dieser Prozess wird innerhalb der gegenwärtigen islamischen Rechtsliteratur besonders durch Genre-Etikettierung und Genre-Zuschreibungen hervorgerufen, die im islamrechtlichen Kontext als Werkzeuge zur Zusammenstellung und Systematisierung bestimmter thematischer Textbereiche dienen und eine Überschaubarkeit islamrechtlicher Sachverhalte ermöglichen.[10] Ein islamrechtlicher Text wird in diesem Sinne als ein mehrdimensionaler Text gelesen, der in seinem Inhalt und seiner Funktion sowohl rechtliche als auch literarische Qualitäten aufweist, die inhaltlich und sprachlich dekonstruiert werden müssen. Diese Mehrdimensionalität entspringt nicht zuletzt auch der Konfiguration der Themen mit den fünf islamrechtlichen Literatur-Genres der Rechtsmaximen-Literatur (*maqāṣid al-fiqh*), der Rechtsmethodologie (*uṣūl al-fiqh*), den normativen Rechtsbestimmungen (*furūʿ al-fiqh*), der rechtlichen Grundlagen-Literatur (*qawāʿid al-fiqh*) als auch der Meinungsstreit-Literatur (*iḫtilāf al-fiqh*). Trotz der Anwesenheit von islamrechtlichen Genres drängt sich die Frage auf, wie die Genre-Begrifflichkeit innerhalb der islamrechtlichen Betrachtungsweise rechtsrhetorisch umschrieben wird.

---

7 Vgl. Klaus Brinker: Linguistische Textanalyse, Berlin 2014, S. 132.

8 Gunhild Berg: Literarische Gattungen als Wissenstexturen. Zur Einleitung und zur Konzeption des Bandes, in: Wissenstexturen. Literarische Gattungen als Organisationsformen von Wissen, hrsg. von ders., Frankfurt a. M. / Berlin / Bern 2014, S. 1–19 (3).

9 Vgl. Joseph Vogl: Einleitung, in: Poetologie des Wissens um 1800, hrsg. von dems., München 1999, S. 7–16, hier S. 15. Siehe auch Berg, Gunhild: Literarische Gattungen, S. 3.

10 Mohammad Hashim Kamali: Shariʿah Law: An Introduction, Oxford 2008, S. 142.

Das Wort Genre wird in der arabischen Sprache mit den Begriffen „Bedeutung“ (*al-madlūl*), als „Konzeption“ (*mafhūm*) oder als „literarisches Genre“ (*al-ǧins al-adabī*) umschrieben.[11] Das arabische Wort *al-ǧins* hat seinen Ursprung in dem lateinischen Begriff *genus* und dem französischen *genres*, was im Englischen *genre* bedeutet.[12] Weitere Namen für Genre im Arabischen sind bei Ibn Manẓūr (gest. 1311) *an-nauʿ*,[13] übersetzt als „Gattung“ oder „Sorte“.[14]

Was die Begriffsdefinition des Ausdrucks *muṣṭalaḥ* betrifft, so war al-Ǧāḥiẓ (gest. 869) der erste Linguist, der diesen Begriff verwendet hat.[15] Die ersten Rechtsgelehrten, die ihn innerhalb der rechtlichen Diskussion gebrauchten, waren der ḥanafitische Rechtsgelehrte an-Nasfī (gest. 1142) in seinem Werk *Ṭālibat aṭ-ṭāliba fi-l-iṣṭilaḥāt al-fiqhīya*[16] und der ḥanafitische Rechtsgelehrte an-Nāṭifī (gest. 1054) in seinem Werk *Al-aǧnās fi-l-furūq*.[17]

Innerhalb der islamischen Rechtstradition hat sich ein abstraktes Ordnungskonzept von Genres entwickelt, das zur Strukturierung von Form und Stil der literarischen Darstellung von Rechtswerken verwendet wird. Die Rechtswerke werden im rechtswissenschaftlichen Kontext nach dem Rechtsgelehrten und Mufti al-Bāhilī (gest. 1192) als Gattungen und Textsorten (*aǧnās*) von Rechtsbestimmungen definiert, die in unterschiedliche Kategorien (*anwāʿ*) unterteilt werden können.[18] Weiter beschreibt der ḥanafitische Rechtsgelehrte al-Qūnawī (gest. 1570) in seinem Werk *Anīs al-fuqahāʾ fī taʿrīfat al-alfāẓ al-mutadāwila baina al-fuqahāʾ* Genres als separate Angelegenheiten, die unterschiedliche Bereiche umfassten.[19]

Weitere Namen, die in zeitgenössischen Abhandlungen eingeführt wurden, sind die Begriffe „Sorte“ *(ṣanf)* und „Gruppe“ (*fiʾa*).[20] Der ägyptische Literaturkritiker Muḥammad Mandūr (gest. 1965) sagt, dass obwohl die

---

11 Yūsuf Ḫāyāṭ: Muʿǧam al-muṣṭalaḥāt al-ʿilmīya wa-l-fannīya, Beirut 1950, S. 133.

12 Abd al-Wāḥid Luʾluʾaʿ: Aurāq al-ḫarīf. Dirāsāt wa-mutarǧamāt naqdīya, Dubai 2007, S. 96. Sowie in englischsprachiger Literatur siehe Leo Spitzer: Linguistics and Literary History, Princeton, N. J., 1948, S. 1–39; Michael Haliday: Descriptive Linguistics in Literary Studies, in: Essays on the Language of Literature, hrsg. von S. B. Chatman und S. R. Levin, Boston 1967, S. 217–223.

13 Luʾluʾaʿ: Aurāq al-ḫarīf, S. 97.

14 Hans Wehr: Arabisches Wörterbuch für die Schriftsprache der Gegenwart. Arabisch-Deutsch, Wiesbaden [5]2011, S. 1329.

15 ʿAmr b. Baḥr Al-Ǧāḥiẓ: Al-bayān wa-t-tabyīn 1, Kairo 1998, S. 139.

16 Naǧm ad-Dīn ʿUmar An-Nasfī: Ṭālibat aṭ-ṭāliba fi-l-iṣṭilaḥāt al-fiqhīya ʿalā alfāẓ kutub al-ḥanafīya, Bagdad 1984. Dabei handelt es sich um das erste sprachlich-rechtswissenschaftliche Buch, in dem islamrechtliche Begriffe innerhalb der ḥanafitischen Rechtsschule gesammelt sind.

17 Vgl. Ḫair ad-Dīn az-Zarqāl: Al-iʿlām, 8 Bde., Beirut 2002, hier Bd. 1, S. 213.

18 ʿAbdallah b. Muḥammad Al-Bāhilī: Al-maṭlaʿ ʿalā abwāb al-maqnaʿ, überarbeitet von Ẓuhair aš-Šāwīš, Beirut 1988, S. 5.

19 Qāsim Qūnawī: Anīs al-fuqahāʾ fī taʿrīfat al-alfāẓ al-mutadāwilh baina al-fuqahāʾ, Jiddah 1986, S. 45.

20 Vgl. Muḥammad Mandūr: Al-adab wa-funūnuhū, Kairo 2006, S. 11.

Genrekonzepte aus Theorien der Naturwissenschaft, der Tierkunde und der Biologie entnommen seien, nichts dagegen spreche, diese in die „moralische Welt" (*ʿālam al-maʿnāwīyāt*) zu übertragen.[21] Dabei gibt Mandūr an, dass in diesem Falle der Begriff (*fann,* Pl. *funūn*), verstanden als Fachgebiet, geeignet sei, um den ästhetisch-künstlerischen Gehalt der Literatur (*adab*, Pl. *ādāb*) besser zur Geltung zu bringen.[22] In der jüngeren arabischen Sprachforschung finden sich einige Wissenschaftler, die den arabischen Begriff für „Gattung" (*ǧins*, Pl. *aǧnās*) dem Begriff der „Sorte" (*nauʿ*, Pl. *anwāʿ*) vorziehen – entgegen der Tendenz der klassischen Lexikografen, darunter der algerische Sprachforscher ʿAbd al-Mālik Murṭaḍa (geb. 1937).[23] Dieser betrachtet den Begriff *ǧins* als den Ursprung, von dem aus sich die Inhalte des Begriffes *nauʿ* entwickelt haben.[24] So führt er aus:

Was die Auswahl dieser beiden [Begriffe, Anm. N. A.-H.] zusammen betrifft (*ǧins* und *nauʿ*), so ist die Unterscheidung zwischen diesen beiden unterschiedlichen Begriffen von Nöten. So hat schon Ibn Manẓūr festgelegt, dass der *ǧins* umfassender ist als der *nauʿ*. Diese Ausführung hat uns dazu geführt zu betrachten, dass der *ǧins* der Ursprung ist, aus dem sich der *nauʿ* entfaltet. Wie der Vergleich mit der Poesie, die an sich den *ǧins* (Ursprung) darstellt, allerdings durch ihre stetige Weiterentwicklung und der thematischen Entfaltung, und der unterschiedlichen Ausdrucksformen, alle diese [neuen Erscheinungsformen, Anm. N. A.-H.] als *anwāʿ* bezeichnet werden müssen.[25]

Anders als diese pragmatische Sicht von Murṭaḍa betrachtet der Literaturkritiker Saʿid ʿAloūš (geb. 1946) den Begriff *nauʿ* aus soziologischer Sicht und kommt zu dem Schluss, dass es sich bei *nauʿ* um eine Kommunikationsebene handle, die durch gesellschaftliche und sprachliche Eigenschaften zum Ausdruck komme.[26] So sei *nauʿ* an erster Stelle eine gesellschaftliche Referenz (*marǧiʿīya iǧtimāʿīya*) und an zweiter Stelle eine sprachliche Referenz (*marǧiʿīya luġāwīya*); diese zwei Komponenten machten das Genre aus.[27] Weiter führt ʿAloūš aus, dass *nauʿ* und *ǧins* Organisationsstrukturen (Sg. *tanẓīm ʿadwi*) seien und keine literarischen Formen darstellten. So sei eine Unterscheidung zwischen übergeordneten Sorten (*anwāʿ kubrā*) und untergeordneten Sorten (*anwāʿ ṣuġrā*) wichtig, um eine theoretische Struktur innerhalb der Literatur (*naẓarīyat al-anwāʿ al-adabīya*) zu erzielen. Diese umfasse zwei Ebenen: Einerseits die klassische Betrachtungsweise (*mafhūm*), welche auf einer nicht wissenschaftlichen Begriffsdefinition in Bezug auf Form und Inhalt basiere, sowie die analytische Betrachtungsweise des Ursprungs, die unterschiedliche Merkmale ver-

[21] Mandūr: Al-adab, S. 11.

[22] Ibid., S. 11 f.

[23] ʿAbd al-Mālik Murṭaḍa: Fī naẓarīya ar-rūwāya. Baḥṯ fī tqnīyāt as-sard, Kuwait 1998, S. 21.

[24] Ibid., S. 21 f.

[25] Vgl. Mandūr: Al-adab, S. 12.

[26] ʿAloūš legt diese Eigenschaften allerdings nicht genau fest. Saʿīd ʿAloūš: Muʿǧam al-muṣṭalaḥāṭ al-adabīya al-muʿāṣira, Beirut 1985, S. 22 f.

[27] Ibid., S. 23.

deutliche und die narrative Anordnung (*at-tasalsul as-sirdī*) aufführe. Nach ʿAloūš müsse eine Differenzierung der Termini sowohl in übergeordneten Sorten (*anwāʿ kubrā*), die die Gattungen (*aǧnās*) darstellen, als auch in untergeordneten Sorten, Sub-Genres (*anwāʿ ṣuġrā*), welche die Sorten (*anwāʿ*) darstellen, stattfinden.[28]

Auch wenn regelmäßige Belege für die Begriffe *nauʿ* oder *ǧins fiqhī* im Sinne eines islamrechtlichen „Typus" oder islamrechtlichen „Genres" erst in zeitgenössischen Abhandlungen des 20. Jahrhunderts zu finden sind, so zeigt die frühe Verwendung des Terminus, dass das Konzept des Rechts-Genres schon älteren Datums ist. Auf rechtssprachlicher Ebene sind seit dem 11. Jahrhundert die Begriffe *ǧins* und *muṣṭalaḥ fiqhī* in rechtstheoretischen Schriften regelmäßig als Ausdruck für rechtsliterarische Gattungen und Rechtstextsortenbegriffe zu finden. Wie viele andere Fachtermini der traditionell islamischen Rechtstheorie entsprechen sie hier nicht komplett der westlichen Begriffsbedeutung von „Genre", sondern korrespondieren mit Teilbereichen unterschiedlicher terminologischer Konzepte der europäischen literaturwissenschaftlichen Traditionen von Genres. Der Ausdruck „islamrechtliches Genre" (*nauʿ fiqhī*) in seiner Grundbedeutung kann als Ausdruck im rechtsliterarischen Kontext für vier verschiedene Ansätze stehen: 1) für ein islamrechtliches Genre, 2) für einen normativen Stil, 3) für ein Sub-Genre und 4) für einen Teilbereich einer islamrechtlichen Textsorte. Dieses sowohl normative als auch strukturierende Ordnungsprinzip von Genres spiegelt sich besonders in der Etablierung eines islamrechtlichen Modells einer thematischen Kapitelanordnung (*at-tabwīb al-fiqhī*) wider.

C. Die islamrechtliche Kapiteleinteilung (*at-tabwīb al-fiqhī*)

Die Zuordnung verschiedener Themen mit inhaltlichen Gemeinsamkeiten zu speziellen Genres wirkte sich auf die weitere Unterteilung der Rechtsbereiche aus, die sich in der Rechtswissenschaft als die „Wissenschaft zur islamrechtlichen Kapitelunterteilung" (*ʿilm at-tabwīb al-fiqhī*) etabliert hat. Die rechtswissenschaftliche Anordnung von Rechtsthemen anhand inhaltlicher und formeller Kriterien ist ein Explizieren, welches thematischen Rechtsbereichen eine sprachliche Präsenz verschafft und innerhalb der islamrechtlichen Rhetorik als „Systematik der thematischen Kapitelunterteilung" (*tabwīb al-fiqhī*) bezeichnet wird.[29] Dabei werden Rechtsthemen in mehreren Büchern (*kutub*, Sg. *kitāb*) in thematische Zusammenhänge und Bedeutungsgehalte eingeteilt und in eine Kategorienbildung zusammengefasst, die relevante, inhaltsthematische Merkmale

[28] Vgl. ʿAloūš: Muʿǧam al-muṣṭalaḥāṭ, S. 25–32.

[29] Vgl. Hans-Thomas Tillschneider: Die Entstehung der juristischen Hermeneutik im frühen Islam, Würzburg 2006, S. 60.

verdeutlicht.[30] Das Wort „Buch“ (*kitāb*) fungiert als Sammelbegriff für Inhalte mit verwandten Themen. Jedes Buch enthält erstens unterschiedliche Unterkapitel (*abwāb*, Sg. *bāb*; (wörtlich: „Türen“), die wiederum in Unterkapitel (*fuṣūl*, Sg. *faṣl*) unterteilt werden. Weiter beinhaltet ein Kapitel mehrere unterschiedliche Sachverhalte. Diese Mehrdimensionalität wird auch in der Überschrift deutlich. Ferner werden komplexe Themen durch Kürzung (*al-iḫtiṣār*) der Inhalte auf die Hauptmerkmale reduziert. Zweck einer solchen Systematik ist eine durchdachte Übersicht über die darin geordneten Rechtsthemen. Dies ist aus drei Gründen effektiv: Erstens bildet die Zusammenstellung der Themen eine Übersicht von praktischen Rechtsfragen, die in einem gemeinsamen Kapitel zusammengefasst sind. Zweitens lassen sich durch das Zusammenfügen ähnlicher Rechtsthemen die Bereiche der ratio legis (*ʿilla šarʿīya*), die Rechtsprinzipien (*qawāʿid*) und auch die Rechtsmaximen (*maqāṣid*) besser einordnen. Drittens erreicht man eine erleichternde Übersicht über die Themen und deren Struktur.[31] Nach dem *ḥadīṯ*-Gelehrten aṣ-Ṣanʿānī (gest. 826) bezeichnet man diesen Prozess der thematischen Kollektion als wissenschaftliche Tat, die eine spirituelle Auswirkung auf die Religiosität des Einzelnen habe, und dadurch dem Streben nach Lernen angepasst werden solle.[32] Die Kapitel (*abwāb,* Sg. *bāb*) sind aus einer gleichen Gattung (*ǧins*), einer gleichen Art (*nauʿ*) entstanden und umfassen alles, worin sich die Unterkapitel (*fuṣūl*, Sg. *faṣl*) thematisch ähneln.[33] Diese Kapitel fungieren als eine Trennung zwischen den Sorten und Arten der verschiedenen Themen (*ḥağz baina ağnās al-masāʾil wa-anwāʿhā*).[34] Diese bilden Themenbereiche, die sich innerhalb eines Rechtsgebiets durch ihre Bedingungen (*šurūṭ*, Sg. *šarṭ*) und ihre Detaillierung (*tafṣīl*) nach gesonderten Rechtsbestimmungen (*ifrād al-masāʾil*) kategorisieren lassen. Dieser Prozess wird nach aṣ-Ṣanʿānī als „Übersetzung des Kapitels“ (*tarǧamat al-bāb*) bezeichnet, indem das Kapitel inhaltlich in die unterschiedlichen Themen unterteilt wird.[35]

Die Aufteilung der Zusammenhänge der Rechtskapitel (*munāsabat al-abwāb al-fiqhīya*) stützt ihre Legitimation auf unterschiedliche Schwerpunkte. Nach dem Rechtsgelehrten as-Sarḫasī (gest. 1090) kommen einige Themen in verschiedenen Unterkapiteln vor, um anderen Themen eine Kausalität zu

[30] Vgl. Muḥammad Nāṣir ad-Dīn al-Albānī: Tabwīb wa-tartīb aḥādīṯ ṣaḥīḥ al-ǧāmiʿ aṣ-ṣaġīġ wa-ẓiyādatuhū, Beirut 1986.

[31] ʿAbd al-ʿAzīz Aḍ-Ḍuwaiḥī: At-tabwīb wa-fiqh al-munāsaba fī kitāb aṭ-ṭahāra fī muʾallafāt al-ḥanābila, in: Mağalla ǧāmiʿa al-mālik saʿūd 20 (2008), S. 113–171, hier S. 115 f.

[32] Vgl. Muḥammad b. Ismāʿīl aṣ-Ṣanʿānī : Tauḍīḥ al-afkār li-maʿānī Tanqīḥ al-anẓār, wa-huwa šarḥ li-kitāb Tanqīḥ al-anẓār fī tanqīd aḥādīṯ al-abrār 1, Beirut 2012, S. 22.

[33] Vgl. aṣ-Ṣanʿānī: Tauḍīḥ 1, S. 31 f.

[34] Vgl. al-Bāhilī: Al-maṭlaʿ, S. 7.

[35] Vgl. aṣ-Ṣanʿānī: Tauḍīḥ 1, S. 40.

verschaffen (*taʿlīl*).[36] Dieses Vorgehen, bekannt als die „Wissenschaft der Zusammenhänge" (*fiqh al-munāsaba*), stellt eine Methode dar, die unterschiedliche Begriffe, Inhalte und Themenbereiche unter einem gemeinsamen Sinngehalt zusammenfasst.[37] Dieser Prozess der Kompensierung islam-rechtlicher Themen führt entweder zur Spezifizierung (*taḫṣīṣ*) oder zur Erweiterung (*tausīʿ*) der Aufteilung der Kategorien.[38] So haben einige Rechtsgelehrte, wie der mālikitische Gelehrte Ibn Ǧuzai (gest. 1340), versucht, die praktischen Rechtsnormen (*furūʿ*) zu ordnen und sie in Hauptkategorien systematisiert. Nach Ibn Ǧuzai lassen sich diese Spezifizierungen von Begriffen auf vier Ebenen realisieren:[39] (i) die Zusammenfügung aller Dinge zu ihrem Gleichen, (ii) die Zusammenführung jedes Zweiges (*farʿ*) zu seinem Ursprung, (iii) die Zusammenfassung der Inhalte zu einem Titel und (iiii) die Entstehung neuer Kapitel und Unterkapitel, die bestimmte Themenbereiche zusammenfügen und eine Kategorie daraus machen. Diese Systematisierung wird unter bestimmten rechtsphilosophischen und rechtstheoretischen Vorstellungen der Gelehrten vorgenommen.[40]

Die Segmentierung in Oberbegriffe und Textabschnitte hat in der Aufteilung der Rechtsbestimmungen auch Einfluss auf die inhaltliche Einordnung und Übersicht der Rechtsthemen. Die Überschriften der einzelnen Kapitel bilden allgemeine, normübergreifende Rechtsaussagen und drücken einen bestimmten thematischen Zusammenhang aus. Zugleich werden Begründungszusammenhänge der Kapitelüberschriften durch die Kausalität zu einem Rechtsgebiet zusammengefasst und bilden eine inhaltliche Erweiterung der Hauptüberschriften der Kapitel. Die genauen inhaltlichen Grenzen dieser Abschnitte sind allerdings nicht explizit formuliert, sodass sie nicht immer deutlich voneinander zu trennen sind. Die Unterteilung basiert zumeist auf Rechtspraxis und Rechtsphilosophie der Rechtsgelehrten.[41]

Grob betrachtet markiert innerhalb der Gottesdienste die rituelle Reinheit den Anfang jedes Rechtswerkes.[42] Die rituelle Reinheit (*aṭ-ṭahāra*) ist die Grundvoraussetzung für die Durchführung vieler gottesdienstlicher Handlungen im Islam. Dadurch werden die rituellen Funktionen und gottesdienstlichen Kategorien kategorisch in direkten Be-

---

36 Badr ad-Dīn As-Sarāḫsī: al-Burhān fī ʿulūm al-qurʾān 1, Kairo 1978, S. 35.

37 Aḍ-Ḍuwaiḥī: At-tabwīb, S. 117–125.

38 Ibid., S. 121 f.

39 Vgl. Muḥammad b. Aḥmad Ibn Ǧuzai: Al-qawānīn al-fiqhīya fī talḫīṣ maḏhab al-mālikīya wa-at-tanbīh ʿala maḏhab aš-šāfiʿīya wa-al-ḥanafīya wa-al-ḥanbalīya 1, Beirut 2013, S. 7.

40 Vgl. ibid.

41 Vgl. ʿAbd al-Wahhāb Abū Sulaimān: Tartīb al-mauḍūʿāt al-fiqhīya wa-munāsabāt fi-l-maḏāhib al-arbaʿa, Mekka 1988, S. 9.

42 Somit ersetzt sie das Glaubensbekenntnis, das in den Bereich der *ʿaqīda* fällt (*kitāb al-imān*) und nicht in den *fiqh*-Bereich.

zug zueinander gesetzt.[43] Die gottesdienstlichen Handlungen (*ʿibādāt*, Sg. *ʿibāda*)[44] bilden nach den Kategorien der Reinheitsvorschriften innerhalb der klassischen Rechtssammlungen den zweiten thematischen Bereich der themenübergreifenden Rechtskompendien.[45]

Der Traditions- und Rechtsgelehrte Ibn Nuǧaym (gest. 1563) verdeutlicht, dass auf rechtstheoretischer Ebene der Grundsatz gelte, dass die Bedingungen dem Bedingten vorangestellt werden (*aš-šarṭ muqaddam ʿalā al-mašrūṭ*), die gottesdienstlichen Handlungen bei der Anordnung folglich den zwischenmenschlichen Handlungen (*muʿāmalāt*) vorgezogen werden.[46] Darin stehen Alltagsfragen und zwischenmenschliche Belange, die der Mensch braucht, um seine Gottesdienste zu erfüllen.[47] Gefolgt werden diese von familien- und eherechtlichen Bestimmungen (*aḥkām al-usra wa-n-nikāḥ*), die das Leben der Menschen in Bezug auf Familie und Fortpflanzung regeln.[48] So begründen die Ḥanbaliten bspw. die Voraussetzung, um eine Familie zu gründen, damit, dass der Mensch in der Lage sein müsse, sein Verlangen nach Nahrung und Versorgung zu befriedigen.[49] Dieser Bereich umfasst die wirtschafts- und verfügungsrechtlichen Bestimmungen (*aḥkām al-mālīya*). Ein weiterer Bereich umfasst das Strafrecht (*aḥkām al-ḥudūd*), welches aus der Leere (*farāġ*) des Magens (*baṭn*) und der Begierde (*šāhwa*) resultiere,[50] gefolgt von Gerichtsbarkeit (*aḥkām al-qaḍāʾ*), da die Menschen diese Schlichtung brauchten, um Streitigkeiten und Konflikte, die in den davor genannten Bereichen entstanden sind, lösen zu können.[51] Ebenso ist der Bereich der Gerichtsbarkeit wichtig, um die davor liegenden Rechtsbereiche zu ordnen und aus ihnen entstandene Uneinigkeit und Diskrepanz zu schlichten.[52] So umschließt dieser Bereich die weltliche Rechenschaft, die die Gläubigen auf das Jenseits vorbereiten soll.[53] Diese Einteilung folgt den verschiedenen Lebensepochen des menschlichen Daseins in seiner chronologischen Abfolge. Die Logik dieser Anordnung spiegelt

[43] Die Unterscheidung zwischen den gottesdienstlichen (*ʿibādāt*) und den zwischenmenschlichen (*muʾāmalāt*) Handlungen sind nicht immer klar. Der zeitgenössische islamische Denker Khaled Abou El Fadl (geb. 1963) sagt dazu: „Beyond this clear categorical division, negotiating the extent to which a particular human act or form of conduct, whether it be public or private, primarily involved ibadat or mu'amalat, was not a simple or unequivocal issue." Khaled Abou El Fadl: The Islamic Legal Tradition, Cambridge 2012, S. 295–312 (S. 306).

[44] Georges-Henri Bousquet: ʿIbādāt, in: The Encyclopaedia of Islam. New Edition 3: H–Iram, hrsg. von B. Lewis et al., Leiden 1971, S. 647 f.

[45] Zu Beginn stehen die gottesdienstlichen Handlungen (*ʿibādāt*) in einer festen Reihenfolge. Lediglich die Mālikiten hatten bis zum 11. Jahrhundert eine eigene Methode, haben sich der allgemeinen Anordnung später jedoch angeschlossen.

[46] Vgl. Zain ad-Dīn Ibn Nuǧaym: al-Baḥr ar-rāʾiq šarḥ ad-daqāʾiq wa-minḥā al-ḫalq 1, Kairo o. J., S. 8.

[47] Ibn Nuǧaym: Al-baḥr, S. 10.

[48] Vgl. ibid.

[49] Vgl. Abū Sulaimān: Tartīb, S. 77.

[50] Burhān ad-Dīn Ibrāhīm Ibn Mufliḥ: al-Mubdaʿšarḥ al-muqanʿ 1, Beirut 1997, S. 29.

[51] Vgl. Abū Sulaimān: Tartīb, S. 83 f.

[52] Vgl. ibid.

[53] Vgl. ibid.

der ḥanbalitische Rechtsgelehrte Ibn Taimīya (gest. 1328) wider:

> Es ist bekannt, dass das Wohl (*maṣlāḥa*) des Körpers dem Wohl des Vermögens (*māl*) vorgestellt ist. Und das Wohl des Herzens (*qalb*), dem Wohl des Körpers (*badan*) vorgestellt ist und die Unantastbarkeit des Vermögens auferlegt, da diese die Essenzen des Körpers darstellt. (*innamā ḥurmat al-māl laʾinnahā māddat al-badan*). Aus diesem Grund haben die Rechtsgelehrten in ihren Büchern das Viertel der Gottesdienste (*rubʿ al-ʿibadāt*) dem Viertel der zwischenmenschlichen Beziehungen (*rubʿ al-muʿāmalāt*) vorgezogen. Denn durch diese beiden werde das Gemeinwohl des Herzens und des Körpers realisiert. Anschließend erwähnten sie [die Rechtsgelehrten, Anm. N. A.-H.] das Viertel der Ehe (*rubʿ al-munkaḥāt*), da das ein persönliches Wohl darstelle, das durch die Eheschließung realisiert werde (*allaḏī yabqī bi-l-nikāḥ*). Mit der Erwähnung des Gemeinwohls folgt die Nennung dessen, was Schäden abwehrt (*mā yadfaʿ al-mafāsid*), das den vierten Bereich des Strafrechts (*rubʿ al-ǧināyāt*) umfasst.[54]

Trotz dieser dargestellten Systematik der Anordnung können nach Ibn Taimīya Abweichungen innerhalb der Unterteilung der Themenbereiche in den unterschiedlichen Rechtswerken vorkommen, die wiederum zu unterschiedlicher thematischer Gewichtung führten.[55]

Ein weiterer Rechtsgelehrten, der sich im 13. Jahrhundert zur rechtsthematischen Anordnung geäußert hat, war der mālikitische Rechtsgelehrte al-Qarāfī (gest. 1285) in seinem Werk *Aḏ-ḏaḫīra*, in dem er schrieb, dass die ästhetische Anordnung der Rechtsthemen den gläubigen Menschen helfe, die Angelegenheiten seiner Religion besser zu verstehen und Begeisterung dafür finde.[56] Im 14. Jahrhundert geht der Rechtsgelehrte az-Zarkašī (gest. 1392) in seinem Werk *Ḫabāyā aẓ-ẓawāya* auf die Anordnung der Themen der Unterkapitel ein und vergleicht sie miteinander.[57] Trotz dieser Systematik gab es innerhalb der traditionellen Kapitelaufteilung der klassischen Rechtswerke keine spezielle thematische Genre-Bildung, sondern Teilbereiche wie Buch der Ehe (*kitāb an-nikāḥ*), Buch des Gebets (*kitāb aṣ-ṣalāt*) oder Buch der Reinheit (*kitāb aṭ-ṭahāra*), die in Form von Kapiteln (*kitāb*, Pl. *kutub*) und Unterkapiteln (*bāb*, Pl. *abwāb*) dargestellt wurden.[58]

Das Genre der themenspezifischen Rechtsliteratur ist ein Produkt der zeitgenössischen rechtsliterarischen und religionspraktischen Ausdrucksformen islamischer Jurisprudenz, das sich aus religiöser Praxis, Fatāwā (Rechts-

---

[54] Taqī ad-Dīn Aḥmad b Taimīya: Maǧmūʿ al-fatāwā 32, Kairo 2008, S. 231.

[55] Abū Sulaimān: Tartīb, S. 7 f.

[56] Vgl. Šihāb ad-Dīn al-Qarāfī: Aḏ-ḏaḫīra 1, Beirut 1994, S. 34. Ebenso id.: Šarḥ Tanqīḥ al-fuṣūl fī iḫtiṣār al-maḥṣūl fi-l-uṣūl, Beirut 2007.

[57] Muḥammad Zarkašī: Ḫabāyā az-zawāyā, Beirut 1996.

[58] Nach Nabhān ist die Etablierung des Phänomens der Spezialisierung innerhalb der islamischen Jurisprudenz eine neuartige Erscheinung, wogegen in der traditionellen Darstellung die komplette Bandbreite islamrechtlicher Themenbereiche der normativen Rechtsbestimmungen (*furūʿ al-fiqh*) beleuchtet worden sei. Vgl. an-Nabhān, Muḥammad Fārūq: Al-madḫal li-t-tašrīʿ al-islāmī: našʾatuhū, adwāruhū at-tārīḫīya, mustaqbaluhū, Kuwait 1977, S. 371 f.

gutachten), islamischer Jurisprudenz und dem Korpus der Rechtsliteratur zusammensetzt. Dieses rechtsliterarische System weist Unterschiede zwischen klassischen und gegenwärtigen Darstellungsformen auf, die im Folgenden kurz gegenübergestellt werden.

D. Themenspezifische Rechtsliteratur zwischen klassischen und gegenwärtigen Ansätzen

Themenspezifische Rechtswerke lassen sich als jeweils typische Verbindungen von a) kontextuell-funktionalen und b) inhaltlichen Merkmalen in einem situativen Kontext beschreiben. Treten gesellschaftliche Veränderungen ein, verschieben sich die normativen Anforderungen von Rechtstexten. Hier wird nach dem Kontext gefragt, in dem themenspezifische Rechtswerke produziert und rezipiert werden. Diese kontextuellen Faktoren haben einen großen Einfluss auf die Ausprägung der Textstruktur und auf den Inhalt der Werke.

I. Kontextuell-funktionale Merkmale

Die kontextuell-funktionalen Merkmale klassischer Rechtswerke sind durch ihre fachwissenschaftlichen Darstellungsformen gekennzeichnet. Diese sind an ein „professionelles“ und fachkundiges Publikum gerichtet und setzen eine gewisse Kenntnis islamrechtlicher Fachwissenschaften, Methoden und Rechtsterminologie voraus. Dagegen weisen die gegenwärtige Formung und Systematisierung themenspezifischer Rechtsbestimmungen in eine spezielle Textsorte in populärwissenschaftlichen Werken einen „Remake-Status“ auf, eine Art Neuauflage einer schon immer dagewesenen Thematik. Die Funktion thematischer populärwissenschaftlicher Rechtstexte könnte als die Vermittlung von rechtswissenschaftlichem Wissen an ein Laienpublikum definiert werden. Bei dieser Popularisierung von islamischer Rechtswissenschaft handelt es sich auch um eine spezifische Art der Rechtsliteratur, bei der komplexe rechtswissenschaftliche Sachverhalte aus klassischen Rechtswerken so umschrieben werden, dass sie für Interessengruppen außerhalb der Rechtswissenschaft verständlich sind.[59] Diese Form steht im Spannungsfeld

[59] Wissenschaftliche Texte bilden die Grundlage der Popularisierung, auch wenn nicht jedes populärwissenschaftliche Werk direkt auf einem wissenschaftlichen Text beruht. Zur Auseinandersetzung mit der Popularisierung von Wissenschaft ist es deshalb sinnvoll, populärwissenschaftliche Texte nicht für sich allein zu untersuchen, sondern sie inmitten der Texte und Kontexte der fachinternen Kommunikation zu betrachten. Vgl. Jürg Niederhauser: Das Schreiben populärwissenschaftlicher Texte als Transfer wissenschaftlicher Texte, in: Schreiben in den Wissenschaften, hrsg. von Eva-Maria Jakobs und Dagmar Knorr, Frankfurt 1997, S. 107–122 (109). Mehr zu diesem Thema siehe id.: Darstellungsformen von Wissenschaften als Thema der Fachsprachenforschung, in: Fachliche Textsorten. Komponenten – Relationen – Strategien, Forum für Fachsprachen-Forschung 25, hrsg. von Klaus-Dieter Baumann und Hartwig Kalverkämper, Tübingen 1996, S. 37–64.

zwischen wissenschaftlicher Korrektheit und populärwissenschaftlichem Schreibstil, zwischen Inhaltsbezogenheit und Adressatenorientierung.[60] In diesem Zusammenhang richten sich diese Werke an ein breites, heterogenes und öffentliches Publikum, das die entsprechenden Rechtswerke aus reinem Interesse liest. Die Inhalte sind dabei punktuell und greifen einzelne Rechtshemen heraus, die, nach der Sicht des verfassenden Rechtsgelehrten, die Alltagswelt der Rezipienten betreffen und daher für den Leser attraktiv sein könnten. Dabei ist die Funktion dieser Literatursorte in erster Linie durch ihre Adressatenausrichtung geprägt. Ist es das Hauptziel der klassischen Rechtswerke, besonders ein fachinternes Publikum zu informieren, so ist es dagegen die Aufgabe der Populärwissenschaft, ein fachfremdes Publikum zu informieren und zu interessieren.

Die Hauptfunktionen der gegenwärtigen themenspezifischen Rechtsliteratur, nach denen die Autoren populärwissenschaftlicher Rechtswerke bei ihrer Arbeit streben, sind demnach Vermittlung, Verständlichkeit und Attraktivität. Daraus lassen sich einige allgemeine, situationsbedingte Anforderungen an populärwissenschaftliche Rechtsliteratur ableiten, die auf Beratung, Unterhaltung, Allgemeinverständlichkeit, Einfachheit und Anschaulichkeit basieren. Nicht rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung, sondern Lebensnähe, Nachvollziehbarkeit bestimmter Situationen und Identifikationsmöglichkeiten sind Zielpunkte dieses Genres. So ist besonders die populärwissenschaftliche Rechtsliteratur durch eine Polyfunktionalität gekennzeichnet, die sich aus den verschiedenen Dimensionen der islamrechtlichen Rechtsauskunft zum einen und dem gesellschaftlichen Kontext zum anderen ableiten lässt. Die nicht verbindliche Rechtsauskunft stellt innerhalb der populärwissenschaftlichen Rechtsliteratur in erster Linie eine Mischung aus rechtsthematischer Information und normativem Appell dar. Trotz dieser nicht statischen Verbindlichkeit wird versucht, den Leser über islamrechtliche Argumentationen, normativen Zuspruch, rechtspraktische Beispiele und Lösungsvorschläge von der Richtigkeit und somit der Ausführung dieses Rechtsgutachtens zu überzeugen. Dieses Handlungswissen wird dementsprechend eher in appellativer Form vermittelt als in deskriptiver Sachbeschreibung, da die Leser selbst entscheiden können, ob sie die Werke als religiöse Informationsquelle oder als normative Handlungsanweisung nutzen.

Der Autor, dem es darum geht, eine Bindung zum Publikum aufzubauen, benutzt als wichtigste Kommunikationsebene deshalb die direkte Kontaktaufnahme. Diese kommunikative Kontaktfunktion zum Zielpublikum der Frauen wird in Form der direkten Anrede, mit Personalpronomen wie „ich“ und Possessivpronomen wie „dein“ realisiert,

[60] Vgl. Lothar Hoffmann: Fachsprachen und Gemeinsprache, in: Fachsprachen. Ein internationales Handbuch zur Fachsprachenforschung und Terminologiewissenschaft, hrsg. von L. Hoffmann et al., Berlin/New York 1998, S. 157–168 (165).

kommt aber auch bei Satzanfängen wie „Meine lieben Geschwister [...]“, „Ich möchte nicht von den Menschen verlangen wollen, dass sie ihren Bezug zum Koran abbrechen.“,[61] zum Tragen. Darüber hinaus finden eine Reihe umgangssprachlicher, positiv konnotierter Begriffe in den Texten Verwendung, die dem Leser ein gutes Gefühl von Zuversicht vermitteln sollen: „Wenn du dazu imstande bist, dann gut (*fa-ḥasan*)“[62] Diese Form baut eine direkte Beziehung zwischen Autor und Leser auf und erscheint besonders in den Einleitungsworten der Autoren, mit denen die Inhalte eingeleitet werden.

II. Inhaltliche Struktur

Die inhaltliche Struktur der einzelnen Werke wird dem Leser in erster Linie durch die optische Darstellung der Überschriften artikuliert. Die mehrbändigen klassischen Rechtswerke sind systematisch aufgebaut und thematisch nach verschiedenen Rechtskapiteln (Sg. *bāb*) gegliedert. Der mehrbändige Charakter klassischer Rechtssammlungen erlaubt eine Einteilung nach den vorhandenen Rechtsgebieten bzw. Kapiteln. Die formale Anordnung ist dabei thematisch in den inhaltlichen Zusammenhang gebracht. Die Kapitel zu einem bestimmten Thema sind nicht nur unter der Themenüberschrift, sondern auch in anderen Abschnitten zu finden. Dabei weisen die meisten klassischen Themenwerke, abhängig von Rechtsschule und Verfasser, unterschiedliche inhaltliche Schwerpunkte auf, die sich auch auf die Struktur auswirken.

Im Ganzen gesehen lässt sich bei der Themenaufteilung klassischer Rechtswerke eine gewisse strukturelle Konstanz nachweisen. Die Themen sind in komplex zusammenhängenden Texten beschrieben und dem inhaltlichen Gesamtkonzept des jeweiligen Rechtswerkes angepasst. Dabei werden die Kapitelthemen in einzelne Aspekte zerlegt, die nacheinander in Unterkapiteln (*abwāb*) und Abschnitten (*fuṣūl*) besprochen werden. Diese Struktur bewirkt, dass bei der Recherche innerhalb der einzelnen komplexen Bände bestimmte Themen einfacher aufgefunden werden können. In vielen Texten äußert sich dies in der strukturellen Textgestaltung, indem nur selten einzelne Abschnitte optisch voneinander getrennt werden. Dies gilt als typische Struktur von themenübergreifenden klassischen Rechtswerken.

Die Inhaltsstruktur dieser Werke wird in zwei Hauptteile gegliedert: in den objektiven Sachverhalt (*masʿala fiqhīya*), also den Rechtsfall, und in die subjektive Rechtsbestimmung dazu. Die strukturelle Gestaltung dieser Themen erfolgt durch die Überschriften. Die meisten Rechtsgelehrten benutzen eine komprimierte Zusammenfassung des Themas als Überschrift, wie bspw. der Titel „Das Gebet in der Moschee“ oder „Die Wartezeit der geschiedenen Frau“. Durch diese Betitelung weiß der Leser auf Anhieb, wel-

[61] ʿAlī Ǧumʿa: Fatāwā an-nisāʾ. Fatāwā wa-aḥkām li-l-marʾa al-muslima, Kairo 2014, S. 147.

[62] Muḥammad Mitwālī aš-Šaʿrāwī: Fiqh as-sunna l-an-nisāʾ, Kairo, o. J., S. 293 f.

cher rechtsthematische Inhalt innerhalb der großen Themenmenge erwartet wird. Unteraspekte des Hauptthemas werden durch Untertitel ergänzt und durch Abschnitte vermittelt, die weitere Informationen über den Textinhalt bekanntgeben. Die Überschrift der Kapitel ist durch eine andere Schriftart und Formatierung vom Rest des Textes abgehoben. Sie kann gelegentlich auch zweigeteilt sein, v. a. dann, wenn der Sachverhalt und die Lösung schon in Kurzform in der Überschrift integriert sind, wie in denjenigen Überschriften, die Ausdrücke wie *taḥrīm* (Verbot) oder *ibāḥa* (Erlaubnis) enthalten. Anders ist es innerhalb der populärwissenschaftlichen Rechtsliteratur: Die Kapitelüberschriften sind in unterschiedlichen Formatierungen und Farben in Textrahmen platziert, die der starken optischen Hervorhebung vom Fließtext dienen und der Struktur eine Einheit geben, was wiederum das Lesen und rasche Wiederauffinden bestimmter Themen erleichtert. Auch innerhalb des Fließtextes kann eine besondere Struktur der optischen Zerlegung des Textganzen in Teile aufgezeigt werden. Der Inhalt wird in der Regel in kleinere Teiltexte mit bestimmten Überschriften untergliedert, die sich vom Rest des Textes durch Farb- und Fettdruck abheben. Die thematischen Teiltexte sind oft mit durchnummerierten Paragrafenzeichen gekennzeichnet und gliedern sich weiter in einzelne kurze thematische Abschnitte, die entweder nummeriert sind oder mit Aufzählungszeichen als neuer Absatz begingen. Während in klassischen Werken Texte als komplexe, zusammenhängende Einheiten geschrieben sind, ist ein Großteil der zeitgenössischen Themendarstellung in kurzen Abschnitten gestaltet. Im Gegensatz zu den klassischen Rechtswerken bezieht sich der Text bei der populärwissenschaftliche Aufführung von Themen zudem nur auf einen einzelnen, speziellen Punkt, nicht auf ein umfassendes Rechtsthema.

Innerhalb der gegenwärtigen Form themenspezifischer Darstellung werden Rechtsmeinungen der klassischen Gelehrten auf zeitgenössische Situationen adaptiert, ohne sie auf ihren rechtsmethodischen Entstehungsprozess hin zu hinterfragen. Die von den zeitgenössischen Predigern ausgeführte methodische Füllung dieser Normen passiert vorwiegend durch Rückgriff auf Rechtsmeinungen der klassischen Rechtsgelehrten sowie auf rechtspraktische Werte, den *Qurʾān*, die *Sunna* und das Gewohnheitsrecht (*ʿurf*). Daran wird besonders deutlich, dass der methodische Prozess in der Vermittlung islamrechtlichen Wissens mit neu-alten Problemstellungen und neu-alter Didaktik liegt, nicht aber in einer inhaltlichen und methodischen Weiterentwicklung. Methodisch ordnen sich die zeitgenössischen Rechtsgelehrten in die Reihen der Traditionalisten ein, ohne einen eigenen rechtsmethodischen Rahmen zu entwickeln. Diese Tatsache wird besonders in Rechtsfragen deutlich, in denen die Rechtspraxis von der Theorie abweicht; hier zeigt sich, dass ihr rechtsmethodischer Rahmen nicht flexibel genug ist, um in ihrem Kontext eine islamrechtliche Begründung für die Entscheidung neuer Rechtsbestimmungen zu produzieren. Durch diesen Wegfall der theo-

retischen und methodischen Grundlage entfällt auch die didaktische Möglichkeit einer Weiterentwicklung der Themen und des Umgangs mit ihnen. In einem solchen populärwissenschaftlichen Kontext kann eine themenspezifische Fatwā als Industrie-Produktion (*ṣināʿa*) betrachtet werden, die sich reproduziert, aber nicht neu produziert.[63] Eine Fatwā entsteht als Produkt eines Prozesses, der die Zusammenfügung unterschiedlicher textueller Belege (Sg. *naṣṣ*), normativer Beweismittel (Sg. *dalīl*) und religionspraktischer Konfigurationen darstellt, ohne sie selbst neu zu definieren oder zu reflektieren. Obwohl diese Kategorien thematische Systematik schaffen, stoßen sie in ihrer Funktion sowohl auf Möglichkeiten als auch auf spezifische Grenzen.

E. Möglichkeiten und Grenzen von themenspezifischer Kategorisierung

Die Bewertung solcher Genre-Konzepte richtet sich nach unterschiedlichen gattungstypologischen und rechtssystematischen Gesichtspunkten. Ihr besonderer Reiz liegt darin, dass solche vorgefertigten rechtsthematischen Kategorisierungen durch inhaltliche Grundannahmen präjudiziert sind. Diese stehen für eine spezifische Kombination von rechtsthematischen und textsortenspezifischen Gebieten in einem islamrechtlichen und rechtsliterarischen System.

Auf inhaltlicher Ebene hat die Untersuchung gezeigt, in welchem Spannungsfeld die themenspezifische Rechtsliteratur steht: Sie bewegt sich zwischen tradierter islamischer Jurisprudenz, neu aufkommenden gesellschaftlichen Problemstellungen und alten, ungelösten islamrechtlichen Sachverhalten und balanciert zwischen interpretativer Innovationskraft und geltendem religiösen Recht. Auf der einen Seite ist eine gewisse islamrechtliche Professionalität zu beobachten, die Rechtsbestimmungen auf methodisch und juristisch fundierter Basis auslegt. Andererseits ist eine Art Laienbewegung zu bemerken, die islamrechtliche Themen in einer leichten, zugänglichen und pragmatischen Art vermittelt. Besonders anschaulich ist die Präsenz von Gattungsmustern bei der Produktion und Rezeption thematischer Rechtsliteratur. Gerade für den individuellen Lektüreprozess sind Gattungsmuster ein wichtiger Wegweiser, der die Aufmerksamkeit des Lesers gewohnheitsmäßig durch die typischen Merkmale der Rechtsthemen lenkt, sodass unwillkürlich bestimmte Erwartungen an den Verlauf des Lesens dieser thematischen Rechtswerke produziert werden und dabei möglicherweise vieles andere überlesen werden kann. Die thematische Spezifizierung von bestimmten Rechtsthemen ermöglicht den Lesern zu allererst auch die Möglichkeit, die Raster der eigenen thematischen Wahrnehmung zu einem bestimmten Thema zu re-

[63] Vgl. Abū al-Walīd Muḥammad Ibn Rušd: Aḍ-ḍarūra fī usūl al-fiqh, hrsg. von Ǧamāl ad-Dīn al-ʿAlāwī, Beirut 1994, S. 35ff; 140 f.

flektieren und bewusst in die Auseinandersetzung mit dem rechtsthematischen Werken einzubeziehen.

I. Möglichkeiten von themenspezifischer Rechtsliteratur

Zukünftige Möglichkeiten von themenspezifischer Rechtsliteratur und das Verdienst rechtsthematischer Klassifikationen liegen in folgenden Punkten:

1) Die zeitgenössische Auslegung der islamischen Jurisprudenz ist durch die Indexe und den Enzyklopädie-Charakter (*at-tanẓīr al-fiqhī*) geprägt, der in Form einer Abstraktion eine Sammlung verwandter, aber verstreuter Themen aus verschiedenen Rechtswerken zusammenfügt und in einer thematischen Monografie zusammenbaut.

2) Indem Rechtsthemen zusammen berücksichtigt werden, können neue Denkmuster, lebenspraktische Erfahrungen und Lebenswelten eröffnet werden und einer *reductio ad unum* des juristischen Gegenstandes entgegen wirken. Um eine Effektivität zu erzielen, müssen Fatwā und Jurisprudenz in der Religionspraxis verortet sein und so das Leben der Gläubigen gestalten.

3) Themenspezifische Rechtsgenre-Literatur kann wichtige Anregungen für die Entwicklung einer systematischen Rechtstypologie und einer eigenen Rechtsgenre-Theorie der praktischen Rechtsnormen im zeitgenössischen Rechtsdiskurs liefern. Dieser Ansatz könnte die islamische Rechtsforschung zur Ausbreitung und Vertiefung der praktischen Rechtsnormen führen und die Bildung neuer Rechtstheorien ermöglichen, mit der die zeitgenössische Jurisprudenz einen zeitgemäßen theoretischen Rahmen erhalten könnte.

4) Themenspezifische Rechtsliteratur kann als Plattform betrachtet werden, welche die Jurisprudenz kontextualisiert und eine Bindung zwischen Rechtsthematik und Rechtskontext ermöglicht, die der Dynamik der islamischen Jurisprudenz gerecht wird. So werden die klassische Rechtsystematik und moderne Rechtsentwicklungen in Einklang und Symbiose gebracht.

Diese Möglichkeiten können helfen, das Verhältnis von gelebter Religion, gesellschaftlichem Wandel und Jurisprudenz im juristischen Diskurs präziser zu bestimmen, und sie könnten weiterhin dazu dienen, sowohl die fehlende Systematik islamrechtlicher Themen und Rechtsgenres überschaubarer zu machen als auch eine fehlende Differenzierung zwischen diesen beiden Sphären in vormodernen Gesellschaften kritisch zu hinterfragen.

Indem Überschriften bzw. Werktitel islamrechtliche Themen selektieren, Rezeptionserwartungen steuern und inner- wie außerrechtliches Wissen auf einzelne rechtsliterarische Texte anwendbar werden lassen, reguliert die thematische Kategorisierung die Produktion und Rezeption themenspezifischer Sachverhalte innerhalb der islamischen Jurisprudenz. Die Überschriften wecken Schemata der Informationsverarbeitung, aktivieren vorhandenes Wissen zu einem bestimmten Rechtsbereich und modifizieren religiöses Regelwissen. Positiv gesprochen, reduzieren sie die Rechtskomplexität,

erleichtern damit den Rezeptionsprozess von Rechtsliteratur und schaffen Möglichkeiten für den Leser, komplexe islamrechtliche Inhalte zu verstehen.

II. Grenzen

So übersichtlich und hilfreich rechtsthematische Darstellungen zur Orientierung auch sein mögen, stoßen diese Konzepte aber auch auf gewisse Grenzen:

1) Themenspezifische Rechtsliteratur ist kaum imstande, die Frage zu beantworten, inwiefern die Themenselektion Aufschluss über die zugrunde liegende rechtshistorische und rechtssystematische Ausformung dieser spezifischen Rechtsthemen liefert.

2) Pessimistisch betrachtet legt eine thematische Kategorisierung islamrechtlicher Themen eine bestimmte inhaltliche Auffassungsweise fest und grenzt alternative Auffassungsmöglichkeiten des Themas aus.

3) In diesem Zusammenhang führt themenspezifische Kategorisierung in ihrer praktischen Umsetzung zur Problematik der Genre-Einteilung (*at-taǧnīs*) in Anbetracht der Vermischung verschiedener rechtswissenschaftlicher und rechtsliterarischer Textsorten (*tadaḫul al-anwāʿ dāḫil al-ǧins al-wāḥid*).[64]

Demnach ist themenspezifische Rechtsliteratur angesichts der Komplexität und historischen Wandelbarkeit der Rechtsthemen nicht auf einzelne inhaltliche, terminologische, funktionale und formale Aspekte hin zu bestimmen, sondern konstituiert sich durch die gleichzeitige Betrachtung all dieser Kriterien zusammen. Diese Vielfalt von themenspezifischer Rechtsliteratur verdeutlicht, dass es nicht reicht, Rechts-Genres durch terminologische und thematische Gemeinsamkeiten zu bestimmen, sondern es einer Ermittlung verschiedener rechtstypologischer und rechtssystematischer Ausformungen der einzelnen Rechtsthemen bedarf, die zu einem Genre zusammengefasst werden. So ist das Aufkommen themenspezifischer Rechtsliteratur stets mit den Bedürfnissen der Gesellschaft bzw. des Umfeldes verbunden, in dem die Konturen eines Rechtsthemas entstehen, sowie mit der sozialen und rechtshistorischen Sicht, die dieses Genre formt. Rechtsliteratur ist eine islamrechtliche und religionspraktische Reflexion der Konfiguration der islamischen Jurisprudenz mit gesellschaftlichem Wandel und Erwartungen der Leser. Das lässt themenspezifische Rechtsliteratur als Reflexion gesellschaftlicher Repräsentationsformen und islamrechtlichen Pragmatismus erscheinen und bildet eine interdisziplinäre Schnittstelle dieser beiden Ebenen.

Diese zeitgenössische Praxis illustriert, dass individuelle Rechtswerke kaum sinnvoll interpretiert oder rechtsystematisch eingeordnet werden können, ohne zumindest implizit an ein übergeordnetes terminologisch festgelegtes Gattungskonzept anzuknüpfen. Eine Bestandsaufnahme von themenspezifischer Rechtsliteratur innerhalb des Rechtssystems gibt demnach Zugang zu ihrer ge-

[64] Vgl. ʿAloūš: Muʿǧam al-muṣṭalaḥāṭ, S. 40 f.

sellschaftlichen und normativen Struktur, die sowohl nach bestimmten pragmatisch-kommunikativen Rechts-Genres verlangt als auch durch diese erzeugt wird. Dieser Zusammenhang von Literatur und islamischer Jurisprudenz wird innerhalb der Literaturwissenschaft als „kommunikativer Haushalt" definiert.[65] Er umfasst alle kommunikativen Genres einer Gesellschaft, die einen Orientierungsrahmen im sich stets verändernden Fluss der Kommunikation bilden, da sie „untereinander in einem synchronischen und diachronischen Zusammenhang stehen".[66] Auf islamrechtlicher Ebene kann gesagt werden, dass, je differenzierter der kommunikative Haushalt ist, also je heterogener das Angebot innerhalb des Rechtsliteraturmarkts ist, umso mehr hat dies Auswirkungen auf die thematische Kategorisierung. Durch diesen paradigmatischen Darstellungsmodus erhalten themenspezifische Darstellungsformen eine zusätzliche bedeutungsgebende Dimension, die von den religiös, kulturell und biografisch bedingten Assoziationen sowohl der Rechtsgelehrten als auch des laienhaften Lesers geprägt werden. Die Kontextualisierung islamrechtlicher Themen geschieht, indem Texte nicht linear, sondern punktuell gelesen werden. Aufgrund der steigenden Informationsmengen bewegt sich der kommunikative Haushalt des Lesers ständig an der Grenze zu thematischem Kontext, eigener Lebenswirklichkeit und Rechtsmeinungsheterogenität.

Die Liste der thematischen Genre-Beschreibungen von Rechtsthemen, die allein in den letzten Jahren für vermeintliche Erscheinungsformen themenspezifischer Jurisprudenz geprägt worden sind, deuten eher auf terminologische Kreativität hin als auf Sinn für islamrechtliche Systematik und Wissenschaftlichkeit. Eine Vielzahl thematischer Etiketten verleihen der Erscheinung zwar eine gewisse eigene Vielfalt und eine individuellen Charakter, vermag aber nicht darüber hinwegzutäuschen, dass dabei von einer rechtswissenschaftlichen Genre- und Rechtssystematik keine Rede sein kann, sondern es mehr ein konstruktives Ordnungssystem von Rechtsthemen darstellt.

F. Schlussreflexion

Für die Diskussion um themenspezifische Rechtsliteratur kann zusammenfassend festgehalten werden, dass die Fachgeschichte islamrechtlicher Kategorisierungen als Geschichte der Kategorisierung der Rechtsthemen rekonstruiert werden kann, die von der rechtssystematischen – und einzelfallgebundenen Rechtstradition zum verfestigten Typ

[65] Vgl. Thomas Luckmann: Grundformen der gesellschaftlichen Vermittlung des Wissens: Kommunikative Gattungen, in: Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Sonderheft 27 (1986), S. 191–211 (206). Ebenda findet sich die ausführliche Definition des Begriffs „kommunikative Gattungen": „Kommunikative Gattungen sind historische und kulturspezifische, gesellschaftlich verfestigte und formalisierte Lösungen kommunikativer Probleme […], deren – von Gattung zu Gattung unterschiedlich ausgeprägte – Funktion in der Bewältigung, Vermittlung und Tradierung intersubjektiver Erfahrungen der Lebenswelt besteht."

[66] Vgl. ibid.

von Rechtsliteratur mit entsprechender Genre-Beschreibung und Kategorienbildung transformiert wurde. Bei themenspezifischer Rechtsliteratur geht es um Jurisprudenz und Rhetorik als Inhalt, Rechtspraxis und Zeitgeist als Rezeptionsprozess, um islamrechtliche Darstellung und um die rechtsliterarische Form der Vermittlung dieser themenbezogenen Inhalte. Alle diese Elemente zusammen konstruieren das Genre-Konzept von themenspezifischer Rechtsliteratur. Aufgrund der beständigen intertextuellen Bezugnahme von Rechtstexten verfestigen sich spezifische Textstrukturen, Inhalte und Topoi zu mehr oder weniger etablierten Gattungsmustern, um sich als rechtsliterarischer Ausdruck herauszubilden. Dabei sind rechtsthematische Typologien nicht nur der grundlegende Referenzrahmen populärwissenschaftlicher Rechtsliteratur, sondern haben gegenwärtig unzählige rechtsliterarische Texte inspiriert, die einen ganzen rechtsliterarischen populärwissenschaftlichen Rechtsthemendiskurs begründet haben. Trotzdem kann diese Art von populärwissenschaftlicher Rechtsliteratur nur dann zu dem übergeordneten Genre der rechtswissenschaftlichen Literatur zählen und als etabliertes Genre beschrieben werden, wenn sie rechtsmethodische, systematische und rechtstypologische Kriterien erfüllen, die eine Einordung in das Genre der wissenschaftlichen Rechtsliteratur ermöglicht. Es bleibt zu diskutieren, ob themenbezogene Rechtsliteratur thematische Sachverhalte in der Gesellschaft beeinflusst oder ob diese pragmatische Darstellung umgekehrt ihr Spiegelbild ist.

Obwohl sich die zeitgenössische themenzentrierte Rechtsliteratur an den klassischen Rechtsbestimmungen orientiert, bezieht sie auch neue Dimensionen aktueller Themen mit ein. Sie konstruiert, beeinflusst und festigt die gesellschaftliche Wahrnehmung neuer Rechtsthemen. Themenbezogene Rechtsliteratur erfüllt zweifellos eine Anzeigefunktion religiös- und rechtspraktischer Angelegenheiten, die auf einem pragmatischen Rechtsverständnis fußen. Dabei stehen rechtsthematische Kategorien niemals isoliert dar, sondern befinden sich stets im Dialog mit anderen Gattungen einer Gesellschaft und des Rechtssystems. Die Betrachtung von islamrechtlichen Textsorten und ihr Verhältnis zueinander können Auskunft darüber geben, was in einer Gesellschaft religionspraktisch wichtig und brisant ist. Themenspezifische Rechtsliteratur kann demnach nur in der Betrachtung der Rechtshistorie und Rechtsentwicklung in den muslimischen Ländern stehen.

Affirmieren sich die oben genannten hypothetischen Einschätzungen der rechtsthematischen Literatur, dann vollzog sich mit ihrer Entstehung eine Ausdifferenzierung rechtsthematischer Reflexion in unterschiedliche Diskurse, die sich – in einem relativen Sinne – als juristisch-wissenschaftlich und juristisch-populärwissenschaftlich voneinander abgrenzen lassen. Diese Erkenntnis würde helfen, das Verhältnis von islamischer Jurisprudenz und thematischen Teilgebieten im entwicklungshistorischen Rechtsprozess präziser zu bestimmen. Sie könnte mithin dazu dienen, die gängige Vorstellung von einer

fehlenden Differenzierung zwischen diesen beiden Sphären in vormodernen Gesellschaften kritisch zu hinterfragen, Schnittmengen dieser beiden Ebenen herauszufinden, rechtstypologische Merkmale zu erarbeiten und Möglichkeiten der Konstruktion einer islamrechtlichen Genre-Bildung aufzeigen.

Es bleibt festzuhalten, dass es eine epochen- und kulturübergreifende, allgemeingültige Antwort auf die Frage, was das Genre der themenspezifischen Rechtsliteratur genau ist, also eine einheitliche, allgemeingültige lexikalische Begriffsdefinition des Genres der themenspezifischen Rechtsliteratur im heutigen Sprachgebrauch, nicht gibt. Das Konzept und seine wesentlichen Kennzeichen haben transitorischen Charakter; sie unterliegen dem entwicklungshistorischen und rechtssystematischen Wandel der Rechtsthemen, verändern sich im Laufe der Zeit und sind durch gesellschaftliche und rechtsliterarische Entwicklungen und Ausdrucksformen bedingt. All das macht themenspezifische Rechtsliteratur zu einem schillernden, komplexen Konzept, zu einem sozialen, kulturellen und rechtsliterarischen Konstrukt, das in den unterschiedlichen Rechts- und Erfahrungskontexten muslimischer Gesellschaften je eine spezifische Genre-Gestalt erhält.

Noha Abdel-Hady, M. A., promovierte islamische Theologin, Akademie der Weltreligionen der Universität Hamburg.

ZRI 2016 (S. 141–158)

The Approach to Homosexuality in Contemporary *Fatāwā*: Sexual Practices or Sexual Orientation?

Serena Tolino

Introduction

In recent years the interrelation between sexuality, culture and power has been widely explored by both gender and sexuality studies, and over the last two decades, the field has been enriched by studies, which specifically focused on homosexuality and queer identities in the Middle East.[1] In this field, it is possible to identify several lines of research: some scholars focused on the possibilities to reconcile Islam and homosexuality;[2] others focused on same-sex practices in literary studies, the emergence of LGBTQI (Lesbians, Gays, Bisexuals, Transsexuals, Queer and Intersexuals) identities in the contemporary Middle East or European homosexual Muslims,[3] while still others looked at the LGBTQI community in the virtual sphere.[4]

---

[1] I would like to thank Ashraf Hassan, the editorial team of the Zeitschrift für Recht & Islam and the two anonymous reviewers for their attentive reading and their comments and suggestions on earlier drafts of this article.

For historical and literary works see for example Everett K. Rowson's contributions, and particularly his The Traffic in Boys: Slavery and Homoerotic Liaisons in Elite ʿAbbāsids Society, in: Middle Eastern Literatures 11 (2/2008), pp. 193–204; id.: The Effeminates of Early Medina, in: Journal of the American Oriental Society 111 (1/1991), pp. 671–693; J. W. Wright Jr. / Everett K. Rowson (eds.): Homoeroticism in Classical Arabic Literature, New York 1997; Samar Habib: Female Homosexuality in the Middle East: Histories and Representations, London 2007; id. (ed.): Islam and Homosexuality, Santa Barbara 2009; Kathryn Babayan / Afsaneh Najmabadi (eds.): Islamicate Sexualities: Translations across Temporal Geographies of Desire, Cambridge 2008; Khaled El-Rouayheb: Before homosexuality in the Arab-Islamic world, 1500–1800, Chicago 2005; Stephen O. Murray / Will Roscoe (eds.): Islamic Homosexualities: Culture, History and Literature, New York 1997. For the history of ideas see Joseph Massad: Desiring Arabs, Chicago 2008. For religious aspects see for example Scott Siraj al-Haqq Kugle: Homosexuality in Islam: Islamic Reflections on Gay, Lesbian, and Transgender Muslims, Oxford 2010. For a general introduction in Italian see Jolanda Guardi / Anna Vanzan: Che genere di Islam. Omosessuali, queer e transessuali tra shariʿa e nuove interpretazioni, Roma 2012.

[2] See especially Scott Kugle's volume Homosexuality in Islam, but also his Sexual diversity and ethics in the agenda of progressive Muslims, in: Progressive Muslims: on Justice, Gender, and Pluralism, ed. by Omid Safi, Oxford 2003, pp. 190–234.

[3] See for example Andrew Kam-Tuck Yip: The quest for intimate/sexual citizenship: lived experiences of lesbian and bisexual Muslim women, in: Contemporary Islam (2/2008), pp. 99–117 or Omar Nahas: Yoesuf, in: Journal of Gay & Lesbian Social Services 16 (1/2003), pp. 53–64. On the debate on Islam and homosexuality in the Netherlands, see also Gert Hekma: Imams and Homosexuality: A Post-gay Debate in the Netherlands, in: Sexualities 5 (2/2002), pp. 237–248.

[4] See for example Grant Walsh-Haines: The Egyptian Blogosphere. Policing Gender and Sexuality and the consequences for Queer Emancipation, in: Journal of Middle East Women's Studies 8 (3/2012), pp. 41–62; Roxanne D. Marcotte: Gender and sexuality online on

If we restrict our attention to the legal aspects, Vanja Hamzić recently analyzed sexual orientation in International human rights law and in Muslim legal contexts.[5] For what regards Islamic Law specifically, in 2002 Arno Schmitt looked at the discussion on *liwāṭ* in *fiqh*,[6] while in 2003 Camilla Adang focused on the *ẓāhirī* approach to homosexuality.[7] In 2008, Mohammad Mezziane looked at sodomy and masculinity according to Muslim jurists from the ninth to the eleventh centuries, trying to collocate the discussion on *liwāṭ* within the wider framework of the coeval patriarchal vision of the sexes.[8] In the same year, Amr A. Shalakany used *liwāṭ* as a case study to discuss "scriptural", "anti-orientalist" and "new" approaches to the study of Islamic law,[9] while Scott Kugle looked at LGBQTI-friendly interpretations of Islamic law.[10] Sara Omar and I looked at both *liwāṭ* (sodomy) and *siḥāq* (tribadism) in *fiqh*,[11] and I also looked at the contemporary judicial practice on same-sex practices in Egypt and Lebanon, and at the emerging LGBTQI movement in the middle East.[12] In 2010, Mohammad Samy looked at the representation of

Australian Muslim Forums, in: Contemporary Islam (4/2010), pp. 117–138; Lenie Brouwer: Dutch-Muslim on the internet: a new discussion platform, in: Journal of Muslim Minority Affairs 24 (1/2004), pp. 47–55; Rodney Collins: Effeminés, Gigolos and Msms in the cyber-networks, coffeehouses and "secret gardens" of contemporary Tunis, in: Journal of Middle East Women's Studies 8 (3/2012), pp. 89–112; Serkan Gorkemli: "Coming Out of the Internet": Lesbian and Gay Activism and the Internet as a "Digital Closet" in Turkey, in: Journal of Middle East Women's Studies 8 (3/2012), pp. 63–88.

5 Vanja Hamzić: The Case of 'Queer Muslims': Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law and Muslim Legal and Social Ethos, in: Human Rights Law Review 11 (2/2011), pp. 237–274 and id.: Sexual and Gender Diversity in the Muslim World: History, Law and Vernacular Knowledge, London 2015.

6 Arno Schmitt: Liwāṭ im fiqh: Männliche Homosexualität?, in: Journal of Arabic and Islamic Studies (4/2001–2002), pp. 49–110.

7 Camilla Adang: Ibn Ḥazm on homosexuality. A case study of Ẓāhiri legal methodology, in: Al-Qanṭara 24 (1/2003), pp. 5–31.

8 Mohammed Mezziane: Sodomie et masculinité chez les jurists musulmans du IXe au XIe siècle, in: Arabica (55/2008), pp. 276–306.

9 Amr A. Shalakany: Islamic Legal Histories, in: Berkeley Journal of Middle Eastern & Islamic Law (1/2008), pp. 1–82.

10 Here I refer particularly to Kugle's interpretative effort in his abovementioned "Homosexuality in Islam", but I also have in mind the entire network of individuals or associations which strives to offer an interpretation of the sources of Islamic Law, which would make homosexuality compatible with Islam. Scott Kugle gave voices to this network of people in his Living out Islam: Voices of Gay, Lesbian and Transgender Muslims, New York 2014.

11 Sara Omar: From Semantics to Normative Law: Perceptions of Liwāṭ (Sodomy) and Siḥāq (Tribadism) in Islamic Jurisprudence (8th–15th Century CE), in: Islamic Law and Society (19/2012), pp. 222–256; Serena Tolino: Homosexual acts in Islamic Law: siḥāq and liwāṭ in the legal debate, in: GAIR-Mitteilungen 6 (2014), pp. 187–205.

12 Serena Tolino: Omosessualità e atti omosessuali tra diritto islamico e diritto positivo: il caso egiziano con alcuni riferimenti all'esperienza libanese, Naples 2013. For a focus on judicial contemporary practices ead.: Identità omosessuale in tribunale nell'Egitto e nel Libano contemporanei, in: Genesis. Rivista delle Storiche Italiane 11 (1–2/2012), pp. 115–140, while for the emergence of counter-discourses on homosexuality in the Middle East see ead.: Homosexuality in the Middle

homosexuality in a number of Islamic websites.[13]

Building on all these contributions, in this article I look at contemporary *fatāwā*. My main point is to show that there are two different approaches to homosexuality which co-exist in the contemporary Arab-Islamic world: a more "traditional" one, according to which homosexuality is represented as an "act" (and namely a sinful act), which is committed by a free-willing person, and another one that approaches homosexuality as an issue of sexual identity, as the growing LGBTQI movement in the Middle East demonstrates. In the article, I will investigate what happens when these two approaches meet, as we can see when a person asks a *fatwā* on homosexuality and the *muftī* comes back to him/her discussing instead sexual acts, namely *liwāṭ* and *siḥāq*.

This article is divided into three main parts: in the first part, I discuss the theoretical challenges of using "homosexuality" as a category of analysis when studying Islamic Law. In the second part, I present my sources and my methodology. In the third and last part of the article, I focus on the actual contents of the discussion on homosexuality in contemporary *fatāwā*.

Homosexuality in Islamicate Societies: Strengths and Risks of a Concept

The scholars working on homosexuality in Islamicate societies used different approaches, scrutinized different sources, applied different methodologies, worked with different languages, and came from different fields of research (Islamic studies, anthropology, history, sociology, literary studies etc.). Nevertheless, on the theoretical level, they all had to deal with the issue of defining their analytical categories, either in an explicit or in an inexplicit way.

The identification of proper analytical categories is always a challenge for the researcher, but this becomes even more complicated when "established" categories, like gender and sexuality, have to be applied beyond the fields of research from which they originated,[14] and when these categories do not only define "objects of research", but also "subjects," which have and use their own voices to define and shape their own subjectivity and their own "categories".

In looking for analytical approaches to the study of sexuality, the first challenge one faces is the essentialist/constructivist debate. The scientific *querelle* between essen-

East: An Analysis of Dominant and Competitive Discourses, in: DEP. Deportate, Esule, Profughe 25 (2014), pp. 72–91.

[13] Mohammed Samy: Homosexualité, Islam et Internet, in: COMMposite 13 (2/2010), pp. 181–197.

[14] On the usefulness of gender as a category of analysis, see Joan W. Scott: Gender: A Useful Category of Historical Analysis, in: The American Historical Review 91 (5/1986), pp. 1053–1075. On the use of the category of gender and sexuality beyond "The West", see instead Afsaneh Najmabadi: Beyond the Americas: Are Gender and Sexuality Useful Categories of Analysis?, in: Journal of Women's History 18 (1/2006), pp. 11–21.

tialists and constructivists studying sexuality was particularly relevant in the 80s and the 90s and has been properly discussed elsewhere.[15] For this reason, here I will only briefly summarize (and maybe even simplify) the main aspects of these two approaches, without aiming at being exhaustive.

According to essentialism, certain phenomena "are natural, inevitable and biologically determined."[16] There are three main aspects which an essentialist approach would include: "(a) a belief in underlying true forms or essences; (b) a discontinuity between different forms rather than continuous variation, and (c) constancy, that is the absence of change over time",[17] where "time" refers both to "historical time" and to the "the life of the individual."[18] Sexual orientation is one of these phenomena: an essentialist would consider that homosexuals always existed, in the past as in the present (and they will also exist in the future), in "the West" as elsewhere. Moreover, an essentialist would assume that a homosexual always remains as such, sexual orientation being a consequence of biological determinism.

On the opposite, social constructionism assumes that reality is "socially" constructed, and gives high relevance to discourse and language in its construction. In addition, sexuality is considered a social construction: there is no such thing as a "universal" sexual identity or as a universal sexual orientation. As such, homosexuality did not always exist, sexuality being subject to many variables, like the social, cultural, economic, geographical and historical contexts. Probably in many of these contexts, there are people, which have sexual relations with people of their sex, but this does not mean that all of them would define themselves as "homosexuals".

Indeed, using the categories of homosexuality and heterosexuality involves their conceptualization as "sexual orientation," which includes not only sexual behaviours, but also affectional and romantic aspects, and a sense of personal and social identity based on the attraction for/to people of the same sex. This understanding of homosexuality is inextricably linked to the context it originated from, namely the Western world between the end of the 18th century and the beginning of the 19th century, during what Michel Foucault has described as the "psychiatrization of perverse pleasure".[19]

---

[15] As an example of an essentialist approach to sexuality and homosexuality, see the controversial book by John Boswell: Christianity, Social Tolerance, and Homosexuality, Chicago 1980, while for a constructivist approach to homosexuality, see David Halperin: One Hundred Years of Homosexuality, New York 1990. For a good overview on both approaches, see John D. Delamater / Kanet Shibley Hyde: Essentialism vs. Social Constructivism in the Study of Human Sexuality, in: The Journal of Sex Research 35 (1/1998), pp. 10–18.

[16] Delamater / Hyde: Essentialism vs. Social Constructivism, p. 10.

[17] Ibid., p. 11.

[18] Ibid., p. 15.

[19] Michel Foucault: The History of Sexuality 1, transl. by Robert Hurley, New York 1978, p. 105 (original edition La Volonté de savoir, 1976).

If one applies a constructivist approach, and if homosexuality is not a universal phenomenon, for the purposes of this paper it becomes relevant whether it would be possible to apply this category to the Middle East or not. This issue has been widely debated in the field of Middle Eastern and Islamic studies. Indeed, as pointed out by Afsaneh Najmabadi,

> some scholars have emphasized the utility of the concept of homosexuality. Others have argued that we would be better in tune with the 'Islamicate cultures' own sensibilities if we focused on sexual practices.[20]

A historical approach to sexuality in Islamicate societies reveals that in the pre-modern Islamic world the homosexuality/heterosexuality binary was not relevant at all. Instead, the main criteria of distinction was the type of role each person was supposed to play in a sexual relation, with the main alternatives being the active role, the only "honorable" choice for men, and the passive role, the normative choice for women, either wives or concubines (this constituted a "licit" intercourse), or for young boys (an "illicit" intercourse). These binary distinctions (active / passive; licit / illicit) pertained only to the sexual act and did not refer to the sexual identity of the subject, what we would call today "sexual orientation".

If we stick to the field of Islamic Law, which is the field of interest of this paper, we can say that pre-modern jurists never dealt with cases of "homosexuality", but only with cases of men penetrating other men (*liwāṭ*) or women having sex with other women (*siḥāq*).

Therefore, also the terms, which were used for these sexual, acts, *liwāṭ* and *siḥāq*, should not be translated, linguistically and conceptually, as homosexuality,[21] but instead as "sodomy" and "tribadism". In this sense, I agree with Khaled el-Rouayheb, who states that homosexuality, when used in reference to the Medieval Islamic world is, "anachronistic and unhelpful".[22]

However, also when following this argument the question still arises when looking at the modern Middle East: can we speak of homosexuality and LGBTQI people in the Middle East today?

Some authors, like Samar Habib and Scott Kugle, talk about homosexuality in the Middle East or homosexuality in Islam,[23] and use this category when looking both at pre-modern and the modern period, "essentialising" the concept of homosexuality, while others,

---

[20] Afsaneh Najmabadi: Types, Acts or What? Regulation of Sexuality in Nineteenth-Century Iran, in: Islamicate Sexualities: Translations across Temporal Geographies of Desire, ed. by Kathryn Babayan and Afsaneh Najmabadi, Cambridge 2008, pp. 275–296 (276).

[21] For a philological analysis of the formation of the term *liwāṭ* in Arabic see Pierre Larcher: Liwāṭ: "agir comme le people de Loth […]". Formation et interpretation lexicales en arabe classique, in: Journal of Arabic and Islamic Studies (14/2014), pp. 213–227.

[22] El-Rouayheb: Before homosexuality, p. 3. See also Schmitt: Liwāṭ im fiqh.

[23] Habib: Female homosexuality in the Middle East; Kugle: Homosexuality in Islam.

like Khaled el-Rouayheb,[24] Arno Schmitt,[25] or Bruce Dunne[26] take a constructivist approach to homosexuality and are more careful in the use of this category as a trans-historical and trans-local one. Others do not "essentialise" homosexuality, but they still take an essentialist approach to the issue. This is the case of the Palestinian-US historian Joseph Massad, who in his book "Desiring Arabs" claims that what he calls the "Gay International" (a group of Western male white-dominated gay activists) produces, through discourses, homosexuals in the Middle East, where there were instead only same-sex practices:

> It is the very discourse of the Gay International, which both produces homosexuals, as well as gays and lesbians, where they do not exist, and represses same-sex desires and practices that refuse to be assimilated into its sexual epistemology.[27]

Even though the so-called "Gay international" would have had an impact in the reshaping of sexual identity, Massad's approach is "essentialist," at least in two ways: (a) He does not allow for the possibility of "change" to sexual identities, and (b) He reifies the distinction between the "West" and the "East," without taking into account the impact that globalization and the transnational movements of people, concepts and ideas have on identities (including sexual identities).[28]

If we look at the Middle East and North Africa not only as an object of study, and instead we focus on the local actors, we see that several facts confirm the emergence, today, of homosexual communities in the region: in Egypt in 2000 a website for homosexuals was created (www.GayEgypt.com), and a movement, which is active in Egypt and Sudan was established (Bedaaya) in 2010.[29] More recently, in 2012, a magazine entitled *Iḥnā. Maǧallat ṣawt al-miṯliyya fī Miṣr* (We, the magazine of the voice of homosexuality in Egypt) was published (but then

[24] El-Rouayheb: Before homosexuality.

[25] Schmitt: Liwāṭ im fiqh.

[26] Bruce Dunne: Homosexuality in the Middle East: an agenda for historical research, in: Arab Studies Quarterly 12 (1990), pp. 55–83.

[27] Massad: Desiring Arabs, pp. 162 f. For a reaction to this approach from one of the founders of the Lebanese organization *Ḥelem*, see www.resetdoc.org/story/00000001542 (last access 16. 8. 2016), while for a reaction from a member of the Lebanese lesbian organization *MEEM*, see Sarah Hamdan: Re-Orienting Desire from With/In Queer Arab Shame: Conceptualizing Queer Arab Subjectivities through Sexual Difference Theory in a Reading of Bareed Mista3jil, in: Kohl: a Journal for Body and Gender Research 1 (1/2015), pp. 55–69.

[28] There is extensive scholarships on the impact of globalization on sexual identities, which does not only mean that there is a one-way movement or influence, but a continuous tension between the global and the local. See for example Inderpal Grewal / Caren Kaplan: Global Identities: Theorizing Transnational Studies of Sexuality, in: GLQ, A Journal of Lesbian and Gay Studies 7 (4/2001), pp. 663–679; Carla Makhlouf Obermeyer: Sexuality in Morocco: Changing Context and Contested Domain, in: Culture, Health & Sexuality 2 (3/2000), pp. 239–254; Dennis Altman: Sexuality and Globalization, in: Agend (62/2004), pp. 22–28.

[29] See www.freewebs.com/bedayaa (last access 16. 8. 2016).

closed down for "security reasons").[30] One could also mention *Aṣwāt*,[31] an organization of Palestinian lesbians based in Haifa, *al-Qaws*,[32] a group of LGBTQI Palestinian activists, *Abū Nuwās*[33] in Algeria, the group *Kifkif*[34] in Morocco, or *Ḥelem*[35] and *MEEM*,[36] both based in Lebanon.[37]

If on the one hand the emergence of this LGBTQI movement represents an element of innovation which makes it possible to speak of "homosexuality" in the contemporary Middle East and North Africa, on the other hand also the "traditional" categorization of homosexuality as an issue of sexual acts did not disappear, as we will see in contemporary *fatāwā*.

Sources and Methods

A *fatwā* (pl. *fatāwā*) is a juridical opinion on a topic given by an expert in Islamic law (the *muftī*) on request of someone who is technically called the *mustaftī* (the person that ask a *fatwā*).

Fatāwā are a good source for observing the transformations of Islamic jurisprudence. Indeed, instead of dealing with "theoretical" questions, as in a manual of *fiqh*, a *muftī* has to deal with questions that are posed by people. The questions which are asked are not always the same: they change over time and over geographical contexts. Therefore, an analysis of *fatāwā* can shed a light on what is relevant for people in a given historical moment and in a given context, and can become a useful source for social and cultural history.

It is interesting to note that neither books of *fatāwā* published before the end of the 90s, nor the impressive collection of *fatāwā* published by al-Azhar, the most important religious institution in the Sunni world, be-

---

30 Eman el-Shenawi: The curious case of Egypt's first gay magazine, in: al-Arabiya News. See english.alarabiya.net/articles/2012/08/24/233994.html (last access 16. 8. 2016).

31 See the website of the association at www.aswat-group.org/en (last access 16. 8. 2016).

32 See the website of the association at www.alqaws.org (last access 16. 8. 2016).

33 See the website of the association at abunawas-algerie.e-monsite.com (last access 16. 8. 2016).

34 See the website of the association at www.kifkif.lgbt (last access 16. 8. 2016).

35 See the website of the association at www.helem.net (last access 16. 8. 2016). For an introduction to the history of the group, see Ghassan Makarem: The story of Helem, in: Journal of Middle East Women's Studies 7 (3/2011), pp. 98–112; and Lara Dabaghi / Alena Mack / Doris Jaalouk: A Case Study of the First Legal, Above-Ground LGBT Organization in the MENA Region, Beirut 2008.

36 See the website of the association at www.meemgroup.org (last access 16. 8. 2016). See also Sarah Hamdan: Becoming-Queer-Arab-Activist: The Case of Meem, in: Kohl: a Journal for Body and Gender Research 1 (2/2015), pp. 66–82.

37 For a comprehensive overview of Queer life in the Beirut, see Sofian Merabet: Queer Beirut, Austin 2014; and id.: Disavowed Homosexualities in Beirut, in: MERIP (230/2016), special issue Sexuality, Suppression and the State. See www.merip.org/mer/mer230/disavowed-homosexualities-beirut (last access 16. 8. 2016).

tween 1980 and 1998, mention homosexuality.[38] While the argument of sodomy, of *liwāṭ*, was debated in manuals of *fiqh* by *fuqahāʾ* as a matter of penal law, *muftīs* do not seem to have answered many questions regarding this topic in the past. My assumption is that this was a consequence of neither *liwāṭ* nor *siḥāq* being a matter on which to ask for a *fatwā*, and of homosexuality as a sexual identity having not yet entered the public discourse.

In this paper I focus mostly on *fatāwā*, and especially on online *fatāwā*, because it is especially on the internet that, around the end of the 90s, an Islamic discourse on homosexuality flourished.

The use of online *fatāwā* poses a number of methodological problems. For example, as Gary Bunt put it, a question is whether

> an online opinion is binding or not, and the moral implications on the person making the petition or asking the question. Should an opinion solicited by e-mail be followed?[39]

Clearly, this is more of an issue for the *mustaftī* (the person requesting a *fatwā*) than for the researcher. Moreover, considering that nowadays even an institution like al-Azhar offers the possibility to ask for a *fatwā* by email, I would say that this is not a controversial issue anymore. Working with the virtual sphere also poses other challenges: for example, it can become difficult to trace the sources, once a website goes offline. It is difficult to assess the qualifications of the *muftī* (is the writer really an expert in Islamic Law or not?), but also the "reality" and the correct identity of the *mustaftī* (is the *mustaftī* a real believer or not? Is he/she a researcher? Is he/she only a provocative troll? Does he/she even exist or has the *fatwā* been published only of the *muftī*'s own accord?).

Nevertheless, even if these aspects are important, I believe that the advantages of studying online *fatāwā* are still greater than the disadvantages: irrespective of the identity of who asked for a *fatwā*, and whether he/she is going to follow it or not, still the *fatwā* will continue to exist. Moreover, thanks to the internet, this *fatwā* can circulate much more easily than a "traditional" *fatwā*, which often remains a private issue between *muftī* and *mustaftī*.

This is particularly relevant here, because I argue that there is a "dominant homophobic discourse" on homosexuality in contemporary *fatāwā*. With this expression I build on the Foucauldian understanding of discourses not only as linguistic tools or signs, but

> as practices that systematically form the objects of which they speak. Of course, discourses are composed of signs; but what they

[38] See for example Maḥmūd Šaltūt: al-Fatāwā, Cairo [18]2004; Muḥammad Mutawallī al-Šaʿrāwī: al-Fatāwā, Cairo [2]1998; Muḥammad Sayyid aṭ-Ṭanṭāwī: Fatāwā šarʿīya, Cairo 1989; Dār al-Iftāʾ: al-Fatāwā al-Islāmīya, 20 vols., Cairo 1980–1998.

[39] Gary Bunt: Islam in the Digital Age. E-Jihad, Online Fatwas and Cyber Islamic Environments, London 2003, p. 136.

> do is more than use these signs to designate things.[40]

This homophobic discourse is dominant because it has been created by religious actors that are influential and that use their (religious) authority as a tool to silent alternative approaches to sexuality. Moreover, this discourse spreads also to other less "religious" sources, like newspapers, books, TV broadcasts and even legal verdicts,[41] confirming that discourses do not only have theoretical and linguistic consequences, but also non-linguistic consequences (as it happens for example when homosexuals are imprisoned).

For this article I basically analyze *fatāwā* published in Arabic and English on the websites *IslamOnline* and *IslamQA* (*Islam Question & Answer*) in the time-span between 1997, year of the foundation of the two websites, and 2016.[42] Moreover, I also consulted *fatāwā* and articles that appeared over the same period on the *Maǧallat al-Azhar*, the magazine of the University of al-Azhar, and a number of books that approach homosexuality (and/or homosexual intercourse) from a religious perspective.[43]

I decided to focus on the two websites *IslamOnline* and *IslamQA* for several reasons: (a) they are both particularly popular; (b) on both websites the flux of information remains mostly "vertical", moving from one expert (or from a group of experts) to many readers, which are basically passive. This constitute what Cristopher Holland defines as a "religion-online" website, created "to present religion based upon a vertical conception of control, status and authority".[44]

---

40 Michel Foucault: The Archeology of Knowledge, transl. by A. M. Sheridan Smith, New York 1971, p. 49 (original edition L'Archéologie du Savoir, Paris 1969).

41 I am referring here to a number of cases, and especially to the Queen Boat case, a famous case in 2001 in which 52 alleged homosexuals were arrested and prosecuted in Egypt. For more details on the case, see Tolino: Omosessualità e atti omosessuali fra diritto islamico e diritto positivo, pp. 218–233.

42 Part of these sources have been collected during the research for my Ph.D. thesis, defended in 2012. Moreover, I also collected *fatāwā* that appeared after that date. Some of these sources have also been analysed in Serena Tolino: Omosessualità e atti omosessuali tra diritto islamico e diritto positivo and/or in ead.: Homosexuality in the Middle East: An Analysis of Dominant and Competitive Discourses. Whenever available, I use the English translations of the *fatāwā* by *IslamOnline* and *IslamQA*, even though I always refer to the Arabic version when this seems relevant to me. I did not change the transliteration of the Arabic terms when these where already transliterated in the English text. When not otherwise explicitly stated, all other translations from Arabic are mine.

43 ʿAbd ar-Raḥmān al-Quḍā: Qaum Lūṭ fī ṯaub ǧadīd, Amman 2007, composed by a medical doctor and bacteriologist who decided to wrote this book "due to the appearance of homosexuality in our country, the increase of itsd danges, and the big ignorance on its harmful consequences from a medical, social and familiar perspective" (ibid., p. 8); Muntaṣir Maẓhar: al-Mutʿa al-muḥarrama. Al-liwāṭ wa-s-siḥāq fi-t-taʾrīḫ al-ʿarabī, al-Ǧīza 2006, written by an Egyptian author with Islamist tendencies; Al-Ḫāṭib al-ʿAdnānī: az-Zinā wa-š-šuḏūḏ fi-t-taʾrīḫ al-ʿarabī, Beirut 1999, whose author, born in 1919 and dead in 2007, was a Baḥrain Šīʿī scholar with a strong educational profile in classical Islamic sciences, and particularly in Islamic law.

44 Christopher Helland: Surfing for Salvation, in: Religion (32/2002), pp. 293–302 (294).

These kinds of websites are different from "online-religion websites", where

> the web traveller is allowed to network with the website in a variety of active and interactive ways, including online prayer, worship and even meditation. Through links, chat rooms and bulletin boards, the setting allows for the contribution of personal beliefs and can offer personal feedback.[45]

Without dismissing the importance of online-religion websites, I preferred to focus here on religion-online websites because (c) counselling and offering *fatāwā*, the main focus of this article, is much more relevant. Finally (d), both websites aim at an Arab but also an international audience.

The foundation of *IslamOnline* in 1997 has been strongly supported by the famous media-*muftī* Yūsuf al-Qaraḍāwī.[46] As Bettina Gräf wrote:

> A key difference between IslamOnline and its competitors is that IslamOnline invites not only sharia experts to give advice, but also academics from fields including sociology, political science, psychology, medicine and economy, and sometimes even from literature or the arts. This is due to a belief among IslamOnline founders that muftis cannot often give answers to questions which require special knowledge outside the framework of Islamic jurisprudence and theology.[47]

The headquarters of the website are based in Doha, but most of the contents were produced in Cairo, at least until 2009, when, due to a conservative change in the board of the holding company of the website, *al-Balāġ Cultural Society*, many of the staff in Cairo went on strike and decided to found an independent website, *OnIslam*. This was due to their belief that the new board was not supporting the pluralistic approach that had been a characteristic of *IslamOnline* till then. At the time of the division, all the *fatāwā* published on *IslamOnline* were transferred to the website OnIslam. However, at the time of writing (August 2016) *OnIslam* is not accessible anymore, while *IslamOnline* is back, with a completely new layout and format, but with the possibility to have access to the old *fatāwā*, including those on homosexuality, using its archive.

While *IslamOnline* remains a "collective" website, *IslamQA*, also founded in 1997, is

---

45 Ibid.

46 Al-Qaraḍāwī is a theologian born in Egypt in 1926. He studied at the University of al-Azhar, from which he also obtained a doctorate. After that, he moved to Qatar. He is very active on different kinds of media, and conducts the famous broadcast on *Al-Ǧazīra*, *aš-Šarīʿa wa-l-ḥayāt*. He published several books and he is also the president of the European Council for Fatwa and Research. For more information on him see Bettina Gräf: Medien-Fatwas@Yusuf al-Qaradawi. Die Popularisierung des islamischen Rechts, Berlin 2010; and Bettina Gräf / Jacob Skovgaard-Petersen (eds.): Global mufti: The Phenomenon of Yusuf al-Qaradawi, London 2009. For his approach to homosexuality see Scott Kugle / Stephen Hunt: Masculinity, Homosexuality and the Defence of Islam: A Case Study of Yusuf al-Qaradawi's Media Fatwa, in: Religion and Gender 2 (2/2012), pp. 254–279.

47 Bettina Gräf: IslamOnline.net: Independent, Interactive, Popular, in: Arab Media & Society, 2008, p. 2, see www.arabmediasociety.com/articles/downloads/20080115032719_AMS4_Bettina_Graf.pdf (last access 17. 8. 2016).

more a personal website. All the *fatāwā* are supervised by the Saudi Ḥanbalī scholar Muḥammad Ṣāliḥ al-Munaǧǧid, a pupil of Ibn Bāz, the Grand Muftī of Saudi Arabia until his death in 1999. *IslamQA*

> aims to provide intelligent, authoritative responses to anyone's question about Islam, whether it be from a Muslim or a non-Muslim, and to help solve general and personal social problems.[48]

The website offers *fatāwā* in Arabic, English, Farsi, French, Chinese, Japanese, Russian, Uygur, Urdu, Indonesian, Turkish, German, Portuguese and Bangla, aiming at spreading its message to a transnational Muslim community.

Muftīs Dealing with Homosexuality: Sexual Orientation or Sexual Practices?

The *fatāwā* on homosexuality I could trace on both websites focus on different aspects, but they all seem to share a basic idea, which is that homosexuality is incompatible with Islam and is first of all, a serious sin, which will be punished in this world and in the Hereafter. This seems to be similar to the traditional prohibition of same-sex acts that we also find in pre-modern Islamic law. However, as we will see in this paragraph, there are also differences, which depend on the mutated historical and social context in which modern jurists act.

Pre-modern jurists were basically interested in how same-sex acts should have been punished according to Islamic Law: the debate was on *liwāṭ* (sodomy), a juridical terms which refers to the penetration of the anus[49] and *siḥāq*, which could be translated as "tribadism" and refers to the sexual act in which a woman rubs her vulva against her partner's body for sexual stimulation. The great majority of jurists believed that *siḥāq* should have been punished with a *taʿzīr* punishment, while the debate regarding *liwāṭ* revolved around whether to consider it a form of *zinā* or not, and whether to apply or not the *ḥadd*.[50]

The idea of a *ḥadd* is that a punishment should be applied by humans for not respecting a right of God, for trespassing a divine "limit" (which is the first meaning of *ḥadd*), in order to purify the culprit from this sin. Nowadays, jurists do not focus so much on this argument. Sometimes the punishment is still mentioned, especially in those *fatāwā* where the *mustaftī* specifically asks how *liwāṭ* and *siḥāq* should be punished for Islamic law.[51] Nevertheless, in most cases, if the issue of the "punishment" is mentioned, the main point of the discussion is not whether

[48] See islamqa.info/en/ref/islamqapages/2 (last access 18. 8. 2016).

[49] Some jurists distinguished between the "major *liwāṭ*," referring to the penetration of a male's anus, and the "minor *liwāṭ*" referring to the penetration of a woman's anus.

[50] See Omar: From Semantics to Normative Law and Tolino: Homosexual acts in Islamic Law.

[51] See for example IslamOnline: What Islam Says on Lesbianism, 64.91.225.208/webfiles/fatwa/lesbianism.pdf (last access 16. 8. 2016) and IslamOnline:

to apply the *ḥadd* or not. Probably also as a consequence of Islamic Law being not applied in most of the countries with a Muslim majority, the discourse switched from a mostly theoretical debate on whether or not to apply the *ḥadd* for *liwāṭ*, to a discussion on how, according to many *muftīs*, God himself practically punishes homosexuals: with sexually transmitted diseases.

Indeed, as Ersilia Francesca noted:

> AIDS has been mentioned in Muslim ethical literature since about 1985 as an illness pertaining to the western homosexual world […]. Muslim ethical literature considers homosexual and extramarital relations as primary reasons for the spread of AIDS as well as contaminated syringes used by drug addicts.[52]

Sexually transmitted diseases, and especially AIDS/HIV, are frequently mentioned as the divine punishment for non-Islamic sexual behaviours. According to one author, for example, AIDS is not even a disease, but a punishment, (*laisa maraḍ*^{an}*, wa-lākinnahu ʿiqāb*^{un}),[53] the "divine punishment for homosexuality" (*ʿiqāb al-ilāhi*),[54] "God's answer to the violation of divine law".[55]

Moreover, homosexuality itself is depicted as an illness. According to one author, the desire to be penetrated is due to the presence of bacteria in the anal conduct, which at some point will also infect the active partner. However, no pity should be shown towards those afflicted by this illness, as it is easily avoidable by not practicing these unlawful sexual acts.[56] Various "remedies" on how to "recover" from this "illness" are suggested: praying, reading the *Qurʾān*, thinking about the punishment of the people of Lot, avoiding people who do not live according to Islam, marrying when this does not harm anyone etc.[57] Even if homosexuality is represented as an illness, still the human being has the possibility to avoid it, by not practicing the sinful acts which would infect him/her.

Here we see that what these scholars are describing is not homosexuality as a sexual orientation, but as an issue of practicing same-sex sexual acts. The co-existence of these two different approaches to homosexuality becomes particularly evident when we look at a *fatwā* by Ibn al-Munağğid.

A person who defines himself as "*šāḏḏ ğinsīyan*"[58] informs the *muftī* that he will marry in three months, but he feels confused because he is more "inclined" to men than women, and is not sure whether he should

---

Death Fall as Punishment for Homosexuality, 2010, archive.islamonline.net/?p=659 (last access 16. 8. 2016).

52 Ersilia Francesca: AIDS in contemporary Islamic Ethical Literature, in: Medicine and Law 21 (2/2002), pp. 381–394 (383).

53 Maẓhar: al-Mutʿa al-muḥarrama, p. 186.

54 Ibid., p. 191.

55 Ibid., p. 190.

56 Ibid., p. 126.

57 IslamOnline: How to give up homosexuality, 2010, at archive.islamonline.net/?p=897 (last access 16. 8. 2016).

58 This is one of the terms, which are used in Arabic for "homosexual". The Arabic root *šḏḏ* refers primarily to "singleness", but also to perversion, and for that reason the term is often negatively perceived by LGBTQI groups.

inform the woman or not. Moreover, he does not want her to suffer, as "She is a very good girl and deserves someone who is much better than me". After this introduction, the *mustaftī* asks Ibn al-Munaǧǧid:

> We homosexuals are disgraced in Islam and have very limited options, we cannot marry like normal people, what is our fault? And what should we do? What is the wisdom behind us being created homosexuals? If you care about our matter and suffering tell us what shall we do?[59]

The idea that homosexuals have been "created" as such by God, and therefore cannot do anything against their sexual orientation, is completely rejected by Ibn al-Munaǧǧid, who replies:

> What we are really shocked by is what you say after that: 'Is it our fault that we are like that? What is the wisdom behind a man being created like this?' Yes, O slave of Allaah, the blame and consequences, the threat and punishment, all befall the one who *commits* the sin; he deserves it because of the *evil acts* that *he has done* and what his hands have earned.[60] [Italics mine].

Ibn al-Munaǧǧid refuses the *mustaftī*'s resignation:

> One of the gravest mistakes is to think that there is no remedy for this disease, and that the homosexual can never become straight. If that were the case, then Allaah would not have told the people of Loot to repent, and the Prophet of Allaah Loot (peace be upon him) would not have called them to give up their perversion.[61]

It is clear that here we see these two different approaches coming into contact. On the one hand, we see the *mustaftī*, who is asking about homosexuality as a sexual identity: he believes he has been created as such, and he is asking what should he *do* about the way he *is*. On the other, we see the *muftī,* who is speaking of *liwāṭ*, of a sexual act, of a "sin", that a person can *do* or not, and is conflating sodomy and homosexuality.

Ibn al-Munaǧǧid also refers here to the story of the Prophet Lot, a story that is common to the Jewish, the Christian and the Islamic tradition. According to this story, God sent Lot to the people of Sodom to warn them about committing illicit acts, especially sodomy, but they did not obey to him and therefore were destroyed.[62]

In the classical Islamic exegesis of the *Qurʾānic* verses, it is believed that the people of Lot committed several illicit acts, including sodomy of course, but also aggression to travellers, which was a much more serious crime.[63] Nowadays, pro LGBTQI-scholars stress exactly these arguments:

---

[59] Arabic version of the *fatwā*, Yuʿānī min aš-šuḏūḏ wa-yaḫša an yatazawwaǧa, at islamqa.info/ar/101169; English version, He is homosexual and is afraid to get married, at islamqa.info/en/101169 (last access 16. 8. 2016).

[60] Ibid.

[61] Ibid.

[62] For the *Qurʾānic* version, see especially 11:74–83; 15:61–71; 7:80–84. For the Biblical version, see Genesis, XI–XIV and XIX.

[63] See for example Abū ʿAbd Allāh al-Qurṭubī: Al-Ǧāmīʿ li-Aḥkām al-Qurʾān, Beirut 2006, 14, p. 232; or Muḥammad b. ʿAlī aš-Šaukānī: Fatḥ al-Qadīr, Beirut 2007, p. 941. For more details on the interpretation of

> Gay and lesbian Muslim activists counter this conventional interpretation by arguing that the people of Sodom and Gomorra were not destroyed due to homosexuality or same-sex acts. Rather they were destroyed because of their infidelity, just like all other ancient peoples destroyed by miraculous disasters cited by Torah and Qur'an.[64]

In contrast, in contemporary *fatāwā* the story of Lot is used to confirm the religious prohibition of homosexuality, and sodomy is mentioned as the only reason why the people of Lot were destroyed. For example, a *muftī* writes that the people of Lot were condemned

> for their homosexual behavior; as they were addicted to this shameless depravity (sodomy), abandoning natural, pure, and lawful relations with women in the pursuit of this unnatural, foul and illicit practice.[65]

This position is also confirmed by Yūsuf al-Qaraḍāwī, who maintained that "the people of Lot committed the worse of moral perversions, homosexuality (*aš-šuḏūḏ al-ǧinsī*)",[66] and that "Prophet Lut's people were addicted to this shameless depravity, abandoning natural, pure, lawful relations with women in the pursuit of this unnatural, foul and illicit practice".[67] Two elements are striking: the treatment of homosexuality as something to be "practiced", to be "done", and not as an identity, and the disappearance of any of the other sins committed by the people of Lot.[68]

Muftīs also refer to *ḥadīṯs* to strengthen their point: Even though it had been established in the Middle Ages already by experts of *ḥadīṯs* that all the sayings attributed to Prophet Muḥammad on *liwāṭ* and *siḥāq* cannot be deemed authentic,[69] in contemporary *fatāwā* they are still reported as historical truths. In a *fatwā* we read for example that

> In Hadith, the Prophet, peace and blessings be upon him, clarifies the gravity of this abomination by saying: 'Allah curses the one who does the actions (homosexual practices) of the people of Lut' repeating it three times; and he said in another Hadith: 'If a man

---

the story of Lot see Jamel Amreen: The Story of Lut and the Qurʾan Perception of the Morality of Same-Sex Sexuality, in: Journal of Homosexuality 41 (1/2001), pp. 1–88.

64 Kugle / Hunt: Masculinity, Homosexuality and the Defence of Islam, p. 271.

65 IslamOnline: What Islam Says on Lesbianism. See 64.91.225.208/webfiles/fatwa/lesbianism.pdf (last access 16. 8. 2016)

66 Yūsuf al-Qaraḍāwī: Fasād al-muǧtamaʿ. See online www.maghress.com/almassae/28415 (last access 16. 8. 2016).

67 Yūsuf al-Qaraḍāwī: al-Ḥalāl wa-l-ḥarām fi-l-Islām. There are several editions on this book, both in Arabic and in the English translation. The edition I am quoting here is the English translation The Lawful and the Prohibited in Islam, Cairo 1997, p. 165.

68 Moreover, the reference to the story of Lot does not only appear in a purely religious discourse: for example, during the very famous Queen Boat case in Egypt, several newspapers referred to the defendants as "the people of Lot", and even the verdict itself makes mention of the story of the Prophet Lot. See for example Qaḍīyat ʿabadat aš-šayṭān, in: Aḫbār al-ḥawādiṯ (15th May 2001), and the verdict itself of the case, Maḥkamat ǧunaḥ amn ad-daula ṭawāriʾ Qaṣr an-Nīl, Verdict n. 600/2001, Cairo 2001, p. 55, on file with the author.

69 For more details on this, see Kugle: Homosexuality in Islam, pp. 80 ff. and Tolino: Omosessualità e atti omosessuali fra diritto islamico e diritto positivo, pp. 72–84; 111–144.

> comes upon a man then they are both adulterers'.[70]

The same *fatwā* also speaks about *siḥāq*, conflating once again same-sex practices and sexual orientation, and mentioning that "the Prophet, peace and blessings be upon him, said about them: 'If a woman comes upon a woman, they are both Adulteresses,'" which means that they both committed "*zinā*".

The complete version of this *ḥadīṯ* also mentions *liwāṭ*, describing the person who commits it as a *zānī* (a person that committed *zinā*). Therefore, even though the same *ḥadīṯ* (which is not authentic anyway) equates both *liwāṭ* and *siḥāq* to *zinā*, I could not find any jurist who proposed to apply also to *siḥāq* the *ḥadd* for *zinā*, while many jurists did so for *liwāṭ*. This confirms once again that the presumed authenticity of a *ḥadīṯ* is not really the main point according to which Muslim jurists decide whether it can be used as a source for Islamic law or not.

Another argument, which is used in contemporary fatāwā, is the description of this act as an act against the *fiṭra*. The concept of *fiṭra* is mentioned in the *Qurʾān* and refers to the nature God created the man according to. For example, in verse 30:30 we find:

> So direct your face toward the religion, inclining to truth. [Adhere to] the *fiṭra* of Allah upon which He has created [all] people. No change should there be in the creation of Allah. That is the correct religion, but most of the people do not know.

While this verse has been interpreted as a natural disposition to believe in God, as Kugle and Hunt noted, Muslim traditional scholars dealing with homosexuality or same-sex practices equate it with an "innate heterosexual orientation, making homosexuality a form of *kufr* or infidelity".[71] According to traditionalist *muftīs*, because of the *fiṭra* men should be attracted by women and *vice versa*. Homosexuality is depicted as a "deviation from one's natural disposition and a departure from the natural order",[72] a "dirty act against natural order."[73] A person that practices homosexual acts is described as "an animal responding only to his sexual desires",[74] and is therefore implicitly accused of renouncing to the divine gift of intellect, which should be used to restrain animal instincts. In addition, al-Qaraḍāwī, in his broadcast *Aš-šarīʿa wa-l-ḥayāt,* stated: "the man tends toward the woman and the

---

[70] IslamOnline: Death Fall as Punishment for Homosexuality, 2010. See archive.islamonline.net/?p=659 (last access 16. 8. 2016).

[71] Kugle / Hunt: Masculinity, Homosexuality and the Defence of Islam, p. 269.

[72] IslamOnline: Death Fall as Punishment for Homosexuality, 2010. See archive.islamonline.net/?p=659 (last access 16. 8. 2016).

[73] IslamOnline: Homosexuality and Lesbianism: Sexual Perversions, 2004. See prophetmuhammadforall.com/media/fatawa/HomosexualityNLesbianis.pdf (last access 16. 8. 2016).

[74] ʿAbd ar-Raḥmān al-Quḍā: Qaum Lūṭ fī ṯaub ǧadīd, p. 71. See also IslamQA: Limāḏā ḥarrama al-Islām as-siḥāq wa-l-liwāṭ, see www.islamqa.com/ar/ref/10050. For the English version see Why does Islam forbid lesbianism and homosexuality?, www.islamqa.com/en/ref/10050 (last access 16. 8. 2016).

woman towards the man. It is a natural fact,"[75] and in his book *Al-ḥalāl wa-l-ḥarām fi-l-Islām*, wrote that homosexuality is a "subversion of the natural order."[76]

This "against nature" rhetoric is quite recent, and is not found for example in classical *fatāwā* on *liwāṭ* and *siḥāq*, neither in premodern manuals of *fiqh*. On the contrary, one of the reasons why many pre-modern scholars equated *liwāṭ* with *zinā* is that

> There is no difference between vagina and anus, because both are sexual organs that for the *šarīʿa* should be protected, and they are both naturally (*ṭabaʿan*) desired.[77]

The alleged unnaturalness of homosexuality is considered to be confirmed by its sterility, an attack to one of the five *maqāṣid aš-šarīʿa*, the purposes of the *šarīʿa*, which require the protection of five elements: *ad-dīn*, *an-nafs*, *an-nasl*, *al-māl* and *al-ʿaql* (religion, soul, progeny, ownership and intellect). The third point, *an-nasl*, would be threatened by homosexuality. Although Islam does not conceive of the sexual act as exclusively tied to reproduction, according to *muftīs* it is a duty of the human being "to populate and cultivate the earth", while homosexuality prevents the achievement of this goal, "adversely affecting the birth rate".[78]

Consequently, same-sex marriages are also strongly opposed and are considered only a way to "suit the unnatural and immoral desire of defiant and lost people".[79] They are also rejected because "marriage in Islam, as in all divine religions, does not only mean sexual enjoyment but also the establishment of a family on hygienic and safe foundations".[80]

Another argument, which is pervasive in contemporary fatāwā, is the idea that the devil has corrupted homosexuals in order to make them practice sinful acts. In a *fatwā* requested by a 16-years old boy who says he is "*šaḏḏ ǧinsīyan*" and asks for help to "get rid of this nasty desire," Ibn al-Munaǧǧid answers him that

> You should note that if you think little of this evil, this gives the Shaytaan an opportunity to make other actions that lie beyond that seem attractive to you, which is obvious. But he will do that because you gave in to him, even if that only happened once.

---

[75] A transcription of the broadcast can be found at www.aljazeera.net/channel/archive-/archive?ArchiveId=336983#L2 (last access 16. 8. 2016). The broadcast has been analysed also by Kugle/Hunt: *Masculinity, Homosexuality and the Defence of Islam*.

[76] Al-Qaraḍāwī: The Lawful and the Prohibited in Islam, p. 164.

[77] Abū Bakr as-Saraḫsī: Kitāb al-Mabsūṭ, 31 vols., Beirut 1985, vol. 9, p. 77.

[78] IslamQA: Mawqif al-Muslimīn min fāḥiša al-liwāṭ, see islamqa.info/ar/2104, English version, Muslim attitude towards the sin of homosexuality, see islamqa.info/en/ref/2104 (last access 16. 8. 2016).

[79] IslamOnline: Can Muslims Endorse Gay Marriages? 2008. See archive.islamonline.net/?p=6734 (last access 16. 8. 2016).

[80] IslamOnline: Gay Marriage: Islamic View, 2004. See web.archive.org/web/20070814072435/, www.islamonline.net/servlet/Satellite?pagename=IslamOnline-English-Ask_Scholar/FatwaE/FatwaE&cid=1119503548496 (last access 16. 8. 2016).

Moreover, he invites the *mustaftī* to:

> Remember when the idea of sin come to you, or the Shaytaan whispers to you to commit a sin, that the parts of your body will bear witness against you on the Day of Resurrection for this sin.[81]

One of the consequences of associating Satan with homosexuality is that of charging it with a moral value: this, once again, confirms that homosexuality is not seen as a "sexual orientation", but as a sexual sin that for Islamic law should not be committed.

If homosexuality is seen as a sin, then it does not surprise that it is perceived as extraneous to the *umma*. Indeed, in contemporary *fatāwā* homosexuality is represented as coming mostly from the Western world, which is depicted as "immoral", compared to the Islamic world, whose purity is assumed. When looking at the past, either the Graeco-roman world or the Persian world have been considered responsible for the "spread" of homoerotic relations in the Arab-Islamic world,[82] while nowadays the United States and Western Europe are considered to be the cause for its diffusion. We find this "import-theory" for example in an article on the "Mağallat al-Azhar", whose author claims that "after many centuries the heirs of the people of Lot have appeared, and they heavily influence American politics" and that "homosexuals represent an electoral force in the American society".[83] Another *muftī* states that homosexuality

> Finds a great resort and refuge in Western countries where it is accepted and legalized by the laws of these countries that put man in a position even worse than animals under the pretext of protecting human rights.[84]

To summarize, we can say that in the religious Islamic discourse homosexuality is approached as a behavioural issue, which is depicted as being contrary to Islamic principles. Different arguments are used to stress this point: the reference to the *Qurʾānic* story of Lot, the use of (unauthentic) *ḥadīṯs*, the representation of homosexuality as external to the Islamic community and as imported, the association between homosexuality and Satan, the definition of homosexuality as "unnatural". All these arguments contribute to a definition of homosexuality as an issue of sexual acts and not sexual orientation. Moreover, the use of these arguments contributes to a representation of homosexuality as incompatible with Islam.

---

81 IslamQA: Šāḏḏ ǧinsīyan wa-yurīdu al-ʿilāǧ, see islamqa.info/ar/20068 (last access 16. 8. 2016). For the English version see IslamQA: He is homosexual and wants a remedy, islamqa.info/en/20068 (last access 16. 8. 2016).

82 Al-Ḫāṭib al-ʿAdnānī: az-Zinā wa-š-šuḏūḏ, p. 108.

83 As-Sayyid Taqī ad-Dīn: Waraṯat Qaum Lūṭ, in: Mağallat al-Azhar 77 (7/2004), pp. 1167–1169, here at 1167.

84 IslamOnline: Homosexuality and Lesbianism: Sexual Perversions, 2004. See prophetmuhammadforall.com/media/fatawa/HomosexualityNLesbianis.pdf (last access 16. 8. 2016).

Conclusion

In conclusion, two different approaches to homosexuality are currently coexisting in the sources I analyzed: a more "traditional" one, which considers homosexuality as an issue of sexual acts only, and a second one, which sees homosexuality as a sexual identity, which also includes emotional and affective elements.

This is clear not only when looking at the local LGBTQI movement, but also when looking at a single individual which asks a *fatwā* on his sexual identity, as it happens in the *fatwā* of al-Munağğid we discussed here. While the *mustaftī* asked a question about his sexual identity, al-Munağğid answered him about *liwāṭ*, a strategy that is common also to other jurists.

Nevertheless, as scholarship on Islamic Law demonstrated over the last decade, one should not assume that Islamic Law, because of its being a "traditional" science, is also static. Even the simple fact that a *mustaftī* is asking a *fatwā* about homosexuality changed the terms of the discussion: the *mustaftī* forced al-Munağğid to reply to him and to face the argument of homosexuality as a sexual identity. To do so, al-Munağğid had to revise his interpretation of the *Qurʾān*, the Sayings of the Prophet Muḥammad, books of former Muslims jurists that only deal with homosexual acts, in order to adapt them somehow to the concept of homosexuality. He clearly did not do that in a revolutionary or LGBTQI-friendly way, but still he had to do that.

Moreover, even though in this paper I focused on the "traditional" anti-homosexuality discourse, there are already alternative visions of homosexuality on the field. The LGBTQI community is looking for means of resistance also on the religious level, rejecting the assumption that one cannot be a "proper" Muslim and a homosexual. There are already pro-LGBTQI scholars who are trying to reinterpret the sources of Islamic Law with a non-homophobic approach, fighting what could be defined as a "queer-ğihād",[85] which certainly deserves to be the object of another study.

Serena Tolino is Junior Professor for Islamic Studies at the Asien-Afrika-Institut of the University of Hamburg.

[85] This expression on the one hand recalls Amina Wudud's book Inside the Gender Jihad: Women's Reform in Islam, London 2006 and on the other Parvez Sharma's film *A Jihad for Love*, a 2007 documentary on the coexistence of Islam and homosexuality.

ZRI 2016 (S. 159–180)

Die Debatte über weibliche Genitalverstümmelung in ägyptischen Fatwas des 20. Jahrhunderts

Elisabeth Trepesch

In einem Gerichtsurteil vom 28. Dezember 1997 urteilte der ägyptische Verwaltungsgerichtshof, ein Erlass des Gesundheitsministeriums zum Verbot der weiblichen Genitalverstümmelung sei mit der *šarīʿa* sowie mit der ägyptischen Verfassung vereinbar. Das Gericht begründete die Entscheidung zugunsten des Erlasses unter anderem damit, dass es

> keine allgemeine Meinung unter den islamischen Juristen und keine Übereinstimmung unter denen, die die Quellen des Rechts auslegen, hinsichtlich der Pflicht der Beschneidung an Frauen gibt. […] Viele [der islamischen Juristen] wenden sich entschieden gegen diese Handlung […].[1]

Das Gericht führte weiter aus, dass die körperliche Unversehrtheit sowohl durch Menschenrechtsstandards als auch durch das islamische Recht geschützt sei und die Beschneidung an Frauen daher eine Misshandlung darstelle, die ohne medizinische Indikation verboten sei.[2]

Wie das Urteil verdeutlicht, sind gegenwärtige Positionen zu weiblicher Genitalverstümmelung – gleich ob von Juristen, Politikern oder Menschenrechtsaktivisten vertreten – von islamrechtlichen Überlegungen zur Legitimität der Praktik geprägt. Sicherlich wäre es zu kurz gedacht, weibliche Genitalverstümmelung als rein muslimisches Phänomen zu bewerten: Formen der Genitalbeschneidung bei Frauen werden in Gemeinschaften unterschiedlicher religiöser Zugehörigkeit praktiziert, so beispielsweise auch bei koptischen Christen in Ägypten, äthiopischen Juden und Anhängern von Naturreligionen im subsaharischen Afrika. Während Länder mit einer muslimischen Bevölkerungsmehrheit wie Ägypten oder der Sudan zu den Gebieten mit der höchsten Rate an beschnittenen Frauen weltweit gehören, ist die Praktik beispielsweise im Maghreb oder in Saudi-Arabien nahezu unbekannt.[3] Doch wie das zitierte Gerichtsurteil zeigt, spielt die islamrechtlich-normative Ebene eine zentrale Rolle in Aushandlungsprozessen um

---

[1] Ägyptischer Verwaltungsgerichtshof, Kairo, Urteil vom 28.12.1997 in der Berufungssache Nr. 5257 des Gerichtsjahres 43, zitiert nach der Übersetzung von Kilian Bälz: Verbot der Geschlechtsverstümmelung an Frauen (Excision) bestätigt, in: EuGRZ 25/1 (1998), S. 24–27 (24).

[2] Ibid., S. 26 f.

[3] Die vorhandenen Daten zur Verbreitung weiblicher Genitalverstümmelung müssen allerdings mit Vorsicht betrachtet werden, vgl. Thomas von der Osten-Sacken / Thomas Uwer: Is Female Genital Mutilation an Islamic Problem?, in: Middle East Quarterly 14/1 (2007), S. 29–36.

die Legitimität weiblicher Genitalverstümmelung bzw. deren Verbot. Islamische Gelehrte (*ʿulamāʾ*) sind wichtige Akteure in der Frage, wer die moralische Autorität innehat, die Praktik zu legitimieren oder aber zu verurteilen. Während konservative Gelehrte Frauenbeschneidung häufig als Jahrhunderte alten islamischen Brauch verteidigen, versuchen Kampagnen gegen weibliche Genitalverstümmelung diese mithilfe der Unterstützung religiöser Autoritäten als unislamisch zu deklarieren. Beide Seiten müssen sich dabei gegenüber der langen Debatte um die Beurteilung von Frauenbeschneidung in der islamischen Rechtstradition positionieren.

Obgleich die Erörterung der weiblichen Beschneidung in historischen Rechtswerken im Vergleich zu anderen Themen wenig Raum einnimmt, geht die Beschäftigung damit bis in die ersten Jahrhunderte des Islams zurück, so dass bis heute ein nicht unbeträchtlicher Korpus an Gelehrtenmeinungen zum Thema existiert. Zwar wurde die Zulässigkeit der Beschneidung bei Frauen in historischen Rechtstexten nie infrage gestellt, doch gab es seit jeher eine weite Bandbreite an Meinungen, welche der islamrechtlichen Beurteilungskategorien auf die weibliche Beschneidung zutreffe. In den vergangenen Jahrzehnten wurde diese Meinungsvielfalt um Urteile erweitert, die ein Verbot der Praktik unterstützen.

Der vorliegende Beitrag gibt anhand des ägyptischen Beispiels einen Überblick über die Positionen islamischer Rechtsgelehrter zu weiblicher Genitalverstümmelung bzw. Frauenbeschneidung seit Mitte des 20. Jahrhunderts. Dem zugrunde liegen *fatāwā* und *fatwā*-ähnliche Texte, die in religiös ausgerichteten Zeitschriften sowie in den *fatwā*-Sammlungen prominenter Gelehrter und des *Dār al-Iftāʾ al-Miṣriyya* (der ägyptischen *fatwā*-Behörde) veröffentlicht wurden. Als Auskünfte zu Rechtsangelegenheiten werden *fatāwā* dem Fragesteller (*mustaftī*) auf Anfrage hin erteilt. Der antwortende Gelehrte (*muftī*) steht dabei in der Tradition der islamischen Rechtsauslegung und muss bestimmte Regeln bei der Ergebnisfindung befolgen sowie gegebenenfalls Urteile früherer Rechtsgelehrter berücksichtigen.[4] Die Urteilsfindung in *fatāwā* wird aber auch von der Position des *muftī*, seinen persönlichen Einstellungen, gesellschaftlichen Debatten und – insbesondere bei staatlichen *muftīs* – der jeweiligen Regierungspolitik beeinflusst.[5]

Fatāwā wurden in der Forschung als das dynamischste Element des islamischen Rechts bezeichnet.[6] Sie gelten als wichtiges Instrument, um Wandel in rechtlichen und ethischen Doktrinen der *šarīʿa* zu ermögli-

[4] Vgl. Birgit Krawietz: Die Ḥurma. Schariatrechtlicher Schutz vor Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit nach arabischen Fatwas des 20. Jahrhunderts, Berlin 1991, S. 29, 70.

[5] Vgl. Jakob Skovgaard-Petersen: Defining Islam for the Egyptian State. Muftis and Fatwas of the Dār al-Iftā, Leiden et al. 1997, S. 18.

[6] Ibid., S. 5.

chen.[7] Eine gewisse Meinungsvielfalt und die Möglichkeit zur Veränderung von Urteilen ist in der kasuistischen Natur von *fatāwā* bereits angelegt – in neuerer Zeit mitunter als das sprichwörtliche „*fatwā*-Chaos" beklagt.[8] Es kann im Folgenden also nicht um die Frage gehen, ob Frauenbeschneidung als solche „islamisch" sei oder nicht. Einerseits ist es ein Fakt, dass Frauenbeschneidung seit Jahrhunderten in einem islamischen Kontext legitimiert wurde und bis heute wird. Die Festlegung auf ein Urteil aber würde andererseits ein statisches Bild des Islams im Allgemeinen und des islamischen Rechts im Besonderen voraussetzen und die lange Tradition der Meinungspluralität im islamischen Recht ignorieren.[9] Um diese Pluralität exemplarisch aufzuzeigen, wird untersucht, welche Urteile ägyptische *ʿulamāʾ* vertreten, auf welchen Argumenten die Urteile fußen und inwieweit dies im 20. Jahrhundert einem Wandel unterliegt. Dem vorausgestellt wird eine Bestandsaufnahme ägyptischer *fatāwā* zu Frauenbeschneidung in Verbindung mit einem Überblick über die breitere gesellschaftliche Diskussion des Themas.

Religiöse Akteure in den Debatten um Frauenbeschneidung in Ägypten. Ein Überblick

Weibliche Genitalverstümmelung ist in Ägypten ein weit verbreitetes Phänomen: Laut des Egyptian Demographic and Health Survey 2014 (EDHS) sind 92 % der befragten Frauen im Alter zwischen 15 und 49 Jahren betroffen; knapp 60 % sind dabei der Meinung, dass die Praktik auch in Zukunft weitergeführt werden solle.[10] Ungeachtet dieser fortwährenden gesellschaftlichen Zustimmung reichen die Debatten um die Notwendigkeit und Legitimität der Praktik in Ägypten mindestens bis in die ersten Dekaden des 20. Jahrhunderts zurück.

Bereits in den 1920er Jahren soll die *Egyptian Medical Association* Frauenbeschneidung verurteilt haben. Während die *World Health Organization* (WHO) noch 1958 befand, dass es sich nicht um eine medizinische, sondern eine kulturelle Angelegenheit handele, die außerhalb ihrer Zuständigkeit liege,[11] forderten ägyptische Ärzte bereits in den 1940er und 1950er Jahren ein Verbot

[7] Vgl. Krawietz: Ḥurma, S. 29; Baber Johansen: Contingency in a Sacred Law. Legal and Ethical Norms in the Muslim Fiqh, Leiden et al. 1999, S. 447 f.

[8] Vgl. Bettina Gräf: Medien-Fatwas@Yusuf al-Qaradawi. Die Popularisierung des islamischen Rechts, Berlin 2010, S. 14 f.

[9] Vgl. auch Jonathan P. Berkey: Circumcision Circumscribed: Female Excision and Cultural Accomodation in the Medieval Near East, in: IJMES 28 (1996), S. 19–3 (20).

[10] Ministry of Health and Population / El-Zanaty and Associates / ICF International: Egyptian Demographic and Health Survey 2014, Cairo / Rockville 2015, S. 185, 192 ff.

[11] Vgl. Elizabeth Heger Boyle: Female Genital Cutting. Cultural Conflict in the Global Community, Baltimore / London 2002, S. 41.

der Praktik. Dies gründete vor allem auf den gesundheitlichen Komplikationen, es spielten aber auch religiöse Argumente eine Rolle.[12] Als Reaktion darauf setzten sich ägyptische *ʿulamāʾ* kritisch mit der Auffassung auseinander, die weibliche Beschneidung sei keine islamisch vorgeschriebene Praktik. Die Zeitschrift *Liwāʾ al-Islām* veröffentlichte 1951 eine Sammlung von Stellungnahmen bedeutender Gelehrter, die die medizinischen Untersuchungen aus religiöser Sicht ergänzen sollten.[13]

Die Meinungen der befragten *ʿulamāʾ* divergierten dabei: Während ʿAllām Naṣṣār, der von 1950 bis 1952 das Amt des ägyptischen Groß-*muftīs* innehatte, die Beschneidung von Frauen als empfohlene Handlung beschrieb, hielt Maḥmūd Šaltūt, 1958 bis 1963 Groß-*šaiḫ* der Azhar, unter bestimmten Umständen gar ein Verbot für gerechtfertigt. Auch die Zeitschriften *Maǧallat al-Azhar* und *ar-Risāla* griffen die Frage nach der islamrechtlichen Beurteilung der Beschneidung auf.[14] Die für diesen Zeitraum vergleichsweise zahlreichen *fatāwā* sind damit Teil einer öffentlichen Debatte und zielten nicht nur darauf, einem individuellen Fragesteller eine spezifische Rechtsauskunft zu geben, sondern versuchten die Angelegenheit in allgemeingültiger Weise zu klären.

Die Kontroverse zwischen Ärzten und Religionsgelehrten bewirkte gegen Ende der 1950er Jahre das Eingreifen der Regierung: Eine vom Gesundheitsministerium eingesetzte Kommission arbeitete 1959 eine Resolution aus, die die Beschneidung von Frauen zwar nicht vollständig verurteilte, jedoch ihre Durchführung stark einzuschränken empfahl.[15] Da aber keine nachhaltigen Schritte zur Umsetzung der Resolution ergriffen wurden, ist davon auszugehen, dass ihre tatsächliche Wirkung verschwindend gering war. Gesellschaftspolitisch flaute die Debatte um weibliche Genitalverstümmelung in Ägypten in der Folgezeit zunächst ab.

Ärzte und zunehmend auch Ärztinnen befassten sich jedoch weiterhin mit dem Thema – prominent darunter vor allem der Gynäkologe Maḥmūd Karīm[16] und die Gynäkologin und Feministin Nawāl as-Saʿdāwī.[17] Im Laufe der 1970er Jahre schließlich kam erneut eine gesellschaftliche Diskussion auf: Zum einen entstand eine über das Engagement von einzelnen Ärzten hinausgehende Bewegung gegen Frauenbeschneidung in Ägypten, für die insbesondere die Cairo Fa-

[12] So z. B. bei ʿA. Usāma: Ḫitān al-banāt fī miṣr, in: ar-Risāla 11/544 (1943), S. 976 f.

[13] Vgl. Ḫitān al-banāt, in: Liwāʾ al-Islām 5/1 (Juni 1951), S. 48–59.

[14] Vgl. u. a. ʿAbd al-Mutʿāl aṣ-Ṣaʿīdī: Baina d-dīn wa-l-ʿilm fī ḫitān al-unṯā, in: ar-Risāla 11/547 (1943), S. 1037; Muḥammad ʿArafa: al-Ḫitān, in: Maǧallat al-Azhar 24/10 (Juni 1953), S. 1242–1244.

[15] Vgl. Marie Bassili Assaad: Female Circumcision in Egypt: Current Research and Social Implications, Cairo 1979, S. 11.

[16] Vgl. u. a. Mahmoud Karim / Roshdi Ammar: Female Circumcision and Sexual Desire, Kairo 1965.

[17] Vgl. Nawāl as-Saʿdāwī: al-Marʾa wa-ṣ-ṣirāʿ an-nafsī, Bairūt 1977 und ead.: The Hidden Face of Eve. Women in the Arab World, London 1980.

mily Planning Association stand.[18] Kritik an dem Fortbestehen weiblicher Genitalverstümmelung wurde nun nicht mehr nur in einem medizinischen Kontext geäußert, sondern mehr und mehr auch von Frauenrechtsorganisationen und unabhängigen Aktivistinnen und Aktivisten. Zum anderen gelangte das Thema im Zuge der zweiten Welle der Frauenbewegung sowie der UN-Dekade für Frauen (1975–1985) auf die internationale Agenda. Amerikanische Feministinnen trugen wesentlich dazu bei, dass weltweit ein Bewusstsein für die gesundheitlichen Risiken der Praktik entstand, die nun unter der Bezeichnung „weibliche Genitalverstümmelung" verurteilt wurde.[19]

Die teils aggressive Rhetorik und essentialistische Darstellung des Themas durch westliche Aktivistinnen sorgten in den betroffenen Ländern allerdings für Irritationen und polarisierten die Diskussion.[20] Dies wirkte auch auf Ägypten zurück, wo sich *ʿulamāʾ* seit Ende der 1970er Jahre wieder verstärkt zu Frauenbeschneidung äußerten. Neben kürzeren *fatāwā* in Zeitschriften wie *Maǧallat al-Azhar* und *Minbar al-Islām* ist hier insbesondere das 1981 publizierte, ausführliche Rechtsgutachten Ǧād al-Ḥaqqs, der zwischen 1978 und 1982 das Amt des ägyptischen Groß-*muftīs* und von 1982 bis zu seinem Tod im Jahr 1996 das des Groß-*šaiḫ* der *Azhar* innehatte, zu nennen, das die Beschneidung von Frauen als einen bedeutenden islamischen Ritus darstellte.[21]

Durch die Vorbereitungen zur *International Conference for Population and Development* (ICPD), die 1994 in Kairo stattfand, wurde Ägypten direkter Schauplatz der internationalen Debatten. Eine Dokumentation von CNN, die die Beschneidung eines zehnjährigen Mädchens vor laufender Kamera zeigte und während der ICPD ausgestrahlt wurde, rückte die weite Verbreitung von weiblicher Genitalverstümmelung in Ägypten in den Fokus der globalen Aufmerksamkeit. Auf internationale Forderungen hin, weibliche Genitalverstümmelung zu verbieten, erließ das Gesundheitsministerium in den folgenden Jahren mehrere Dekrete, die die Zulässigkeit von Frauenbeschneidung einschränkten.[22] Die im Anschluss an die ICPD gegründete *Task Force against Female Genital Mutilation*

---

[18] Vgl. Aziza Hussein: The Road to Success in Egypt, in: Mahmoud Karim: Female Genital Mutilation (Circumcision): Historical, Social, Religious, Sexual, and Legal Aspects, Kairo 1998.

[19] Vgl. An van Raemdonck: Egyptian Activism against Female Genital Cutting as Catachrestic Claiming, in: Religion & Gender 3/2 (2013), S. 222–239 (225 f.).

[20] Für einen Überblick zur dieser Problematik vgl. Obioma Nnaemeka (Hg.): Female Circumcision and the Politics of Knowledge. African Women in Imperialist Discourses, West Port, Connecticut/London 2005.

[21] Ǧād al-Ḥaqq ʿAlī Ǧād al-Ḥaqq: Ḫitān al-banāt, *fatwā* vom 29.01.1981, in: al-Fatāwā al-Islāmīya min Dār al-Ifṭāʾ al-Miṣrīya 9 (1983), S. 3119–3125; weitere *fatāwā* in diesem Zeitraum u. a. ʿAbd al-Ḥamīd as-Sayyid Šāhīn [*fatwā* zu Frauenbeschneidung], in: Maǧallat al-Azhar 54/2 (Nov. 1981), S. 315; id.: Ḫitān al-banāt, in: Maǧallat al-Azhar 56/5 (Feb. 1984), S. 830; ʿAṭīya Ṣaqr [*fatwā* zu Frauenbeschneidung], in: Minbar al-Islām 40/7 (Mai 1982), S. 118 f.

[22] Vgl. hierzu Dariusch Atighetchi: Islamic Bioethics. Problems and Perspectives, Dordrecht 2007, S. 316 ff.

war Zeichen eines lebhaften zivilgesellschaftlichen Engagements gegen die Praktik.[23] Derweil musste die ägyptische Regierung den zunehmenden Druck konservativer religiöser und islamistischer Kräfte beschwichtigen, die Frauenbeschneidung als islamische Praktik verteidigten und die Regierung beschuldigten, westliche Intervention in Angelegenheiten von Kultur und Religion zuzulassen.[24]

Vor diesem Hintergrund veränderten sich auch die Rahmenbedingungen für die Religionsgelehrten entscheidend: Zum einen ist für die 1990er Jahre ein Anstieg von kurzen *fatāwā* zu verzeichnen, die konkrete Fragen von Lesern zur islamrechtlichen Beurteilung von Frauenbeschneidung, den ärztlichen Positionen dazu und der Zulässigkeit, die Praktik zu unterlassen, beantworteten.[25] Die Fragen zeugen von einer Verunsicherung der Fragesteller, die sich angesichts der öffentlichen Diskussion um gesundheitliche Schäden und den Rufen nach einem Verbot weiblicher Genitalverstümmelung auf internationaler und nationaler Ebene die Meinung einer religiösen Autoritätsperson einholen wollten. Der antwortende *muftī* sah jedoch nicht immer einen ähnlich akuten Klärungsbedarf: ʿAṭīya Ṣaqr, der in den 1980er und 1990er Jahren die *fatāwā* in Minbar al-Islām erstellte, verwies regelmäßig nur auf vorhergehende Ausgaben der Zeitschrift, in denen er das Thema bereits behandelt hatte.[26]

Zum anderen wirkten die Politisierung und Polemisierung der Diskussion auch auf die Rechtsgelehrten zurück. Insbesondere *ʿulamāʾ* in bedeutenden Positionen wie der bereits genannte Ǧād al-Ḥaqq und Muḥammad Sayyid Ṭanṭāwī, 1986 bis 1996 ägyptischer Groß-*muftī* und anschließend Groß-*šaiḫ* der Azhar, beteiligten sich durch ihre *fatāwā* an einer gesellschaftlichen Debatte, die über die islamrechtliche Beurteilung von Frauenbeschneidung hinaus weitergehende Fragen nach der eigenen, als islamisch konstruierten Identität gegenüber westlichem Einfluss berührte. Diese ausführlichen Rechtsgutachten sind gleichzeitig als politische Statements für oder gegen die Politik der Regierung zu sehen. Ǧād al-Ḥaqq verteidigte 1994 in einer erweiterten Version seiner *fatwā* von 1981 Frauenbeschneidung als legitimen islamischen Ritus.[27] Dagegen unterstützte Ṭanṭāwī in einem Rechtsgutachten, das im Oktober 1994 in der Zeitung *al-Aḫbār* publiziert wurde, die offizielle Position der Regierung gegen Frauenbeschnei-

[23] Zur Task Force siehe van Raemdonck: Egyptian Activism, S. 230 ff.

[24] Zur öffentlichen Debatte im Kontext der ICPD vgl. Mordechai Kedar: Islam and "Female Circumcision". The Debate over FGM in the Egyptian Press, September 1994", in: Medicine and Law 21/2 (2002), S. 403–418.

[25] Vgl. insbesondere ʿAṭīya Ṣaqr: Ḫitān al-banīn wa-l-banāt, in: Minbar al-Islām 49/10 (April 1991), S. 142 f.; id.: Ḫitān al-banāt, in: Minbar al-Islām 51/5 (Okt./Nov. 1992), S. 98; id.: Tanẓīm al-usra wa-l-ḫitān, in: Minbar al-Islām 52/3 (Juli/Aug. 1994), S. 108; id.: Fi-l-ḫitān, in: Minbar al-Islām 56/5 (Sept. 1997), S. 137; id.: Ḥukm al-ḫitān, in: Minbar al-Islām 57/3 (Juli 1998), S. 138.

[26] Ṣaqr: Ḫitān al-banāt, S. 98; id.: Tanẓīm, S. 108; id.: Fi-l-ḫitān, S. 137.

[27] Ǧād al-Ḥaqq: al-Ḫitān, Beilage zu Maǧallat al-Azhar 67/5 (Okt. 1994).

dung.[28] Damit wich er deutlich von seiner früheren Haltung ab: In einer *fatwā* von 1987, die gerade 1994 in der *fatwā*-Sammlung des *Dār al-Iftāʾ* veröffentlicht wurde, hatte er in weiten Teilen die Argumentation Ǧād al-Ḥaqqs übernommen.[29]

In den Jahren nach 1997 nahm die Bekämpfung weiblicher Genitalverstümmelung in Ägypten eine weitere Wendung: Die Task Force wurde im Jahr 2000 aufgelöst und ihre Aktivitäten durch staatlich gesteuerte Programme ersetzt. Die Kooptierung der Kampagnen gegen weibliche Genitalverstümmelung durch die Regierung ermöglichte es, staatliche *muftī*s enger in die Bekämpfung der Praktik einzubinden.[30] Einen vorläufigen Höhepunkt erreichte die Beteiligung islamischer Gelehrter im Jahr 2006 mit der Konferenz „Verbot des Missbrauchs des weiblichen Körpers", die von der deutschen NGO *Target* von Rüdiger Nehberg initiiert worden war. Ziel der Konferenz war es, hochrangige *ʿulamāʾ* zu klaren Aussagen gegen weibliche Genitalverstümmelung zu bewegen. An der Konferenz nahmen neben dem damals amtierenden Groß-*muftī* ʿAlī Ǧumʿa und dem Groß-*šaiḫ* der Azhar Muḥammad Sayyid Ṭanṭāwī auch der in Qatar lebende prominente ägyptische „Medien-*muftī*" Yūsuf al-Qaraḍāwī sowie Gelehrte aus Mali, Tschad und Äthiopien teil.[31] Anders als in der Medienberichterstattung und von Target dargestellt, handelt es sich bei den Empfehlungen der Konferenz, die Frauenbeschneidung als unislamischen Brauch verurteilen, formal nicht um eine Fatwa, der Stempel des *Dār al-Iftāʾ* und die Unterschrift ʿAlī Ǧumʿas verleihen dem Dokument jedoch eine gewisse Autorität.[32]

Den durchaus deutlichen Aussagen islamischer Gelehrter gegen weibliche Genitalverstümmelung im Rahmen der *Target*-Konferenz stehen jedoch neue oder wiederveröffentlichte *fatāwā* gegenüber, die die Praktik nach wie vor unterstützen. Die *fatwā*-Sammlung ʿAlī Ǧumʿas *al-Kalim aṭ-ṭayyib* enthält in der Ausgabe von 2005 mehrere Rechtsgutachten, die Frauenbeschneidung als zulässig

[28] In überarbeiteter Form wurde die *fatwā* 1996 in *Maǧallat al-Azhar* veröffentlicht, vgl. Muḥammad Sayyid Ṭanṭāwī: Fatwā fī ḫitān al-banāt, in: Maǧallat al-Azhar 69/5 (Sept./Okt. 1996), S. 686 f.

[29] Muḥammad Sayyid Ṭanṭāwī: Ḫitān al-banāt, *fatwā* vom 28. Dezember 1987, in: al-Fatāwā al-Islāmīya min Dār al-Ifṭāʾ al-Miṣrīya 21 (1994), S. 7864 f.

[30] Vgl. van Raemdonck: Egyptian Activism, S. 232.

[31] Vgl. Targets Durchbruch. Islam ächtet Mädchenverstümmelung, www.target-human-rights.com/HP-02_target/u1-2_alAzha_kairo/index.php?p=gelehrtenkonferenz (letzter Aufruf 27. 1. 2016).

[32] Die Empfehlungen der Konferenz sind einsehbar unter Tauṣiyāt al-muʾtamar, www.target-human-rights.com/HP-08_fatwa/index.php?p=arabisch (letzter Aufruf 27. 2. 2016); vgl. dazu auch Dörthe Engels: Die islamrechtliche Beurteilung der Mädchenbeschneidung. Eine kritische Analyse des Beschlusstextes der Gelehrtenkonferenz ‚Verbot des Missbrauchs des weiblichen Körpers' vom 22. bis 23. November 2006 an der *Azhar*-Universität in Kairo im Kontext moderner Entwicklungen in der islamischen Rechtsfindungspraxis, Berlin 2008, edocs.fu-berlin.de/docs/receive/FUDOCS_document_000000006419 (letzter Aufruf 28. 2. 2016), S. 91 f.

ansehen.[33] In der neuen Auflage von 2009 fehlen diese zwar, sie enthält aber auch keine revidierten *fatāwā*. Ähnlich sind weiterhin *fatāwā* Yūsuf al-Qaraḍāwīs im Umlauf, die die Beschneidung befürworten.[34] Die parallele Zirkulation von Rechtsgutachten ein und desselben Gelehrten mit widersprüchlichen Aussagen zu Frauenbeschneidung wird durch die leichte Weiterverbreitung einmal veröffentlichter *fatāwā* im Internet oder durch unveränderte Neuauflagen älterer *fatwā*-Sammlungen begünstigt. Dadurch können sich sowohl Gegner als auch Befürworter der Praktik auf prominente Gelehrte wie beispielsweise Yūsuf al-Qaraḍāwī oder ʿAlī Ǧumʿa berufen.

Die ägyptische Regierung verstärkte seit 2007 die rechtliche Strafbarkeit weiblicher Genitalverstümmelung. In einem Erlass des Gesundheitsministers wurde die Durchführung der Praktik allgemein verboten. Das ägyptische Parlament folgte 2008 mit einer Ergänzung zum ägyptischen Strafrecht, das in Paragraph 242 auch die Beschneidung von Frauen strafbar macht.[35] Damit stehen insbesondere *muftīs*, die als Staatsangestellte arbeiten, unter größerem Druck, ihre Stellungnahmen zum Thema in Einklang mit der offiziellen Regierungsposition zu bringen. So veröffentlichten Ǧumʿa und Ṭanṭāwī seither keine *fatāwā* mehr, die Frauenbeschneidung als erlaubt ansehen. Auch die vom *Auqāf*-Ministerium (Ministerium für religiöse Stiftungen) herausgegebene Zeitschrift Minbar al-Islām, die regelmäßig *fatāwā* publiziert hatte, die Frauenbeschneidung für zulässig erklärten, folgt der offiziellen Linie: Während *fatāwā* zum Thema seit den späten 1990er Jahren nahezu verschwinden, berichtete die Zeitschrift ausführlich über die von Target initiierte Konferenz und die Verabschiedung des neuen Kinderrechts, in dessen Rahmen auch die Kriminalisierung von Frauenbeschneidung beschlossen wurde.[36] In anderen Kontexten ist dieser Meinungswandel freilich weniger deutlich. Insbesondere bei Rechtsgelehrten der älteren Generation oder aus dem Umfeld der Muslimbruderschaft dominieren nach wie vor die überkommenen Argumentationen.[37]

---

33 ʿAlī Ǧumʿa: al-Kalim aṭ-ṭayyib. Fatāwā ʿaṣrīya, al-Qāhira 2005, S. 201–214.

34 Yūsuf al-Qaraḍāwī: Ḫitān al-banāt, in: id.: Fatāwā muʿāṣira min hudā al-Islām 1, al-Kuwait / al-Qāhira 2009, S. 443; s. a. Jens Kutscher: Towards a Solution Concerning Female Genital Mutilation? An Approach from Within According to Islamic Legal Opinions, in: Scripta Instituti Donneriani Aboensis 23 (2011), S. 216–236 (220).

35 Vgl. hierzu Björn Bentlage: Der aktuelle Abtreibungsdiskurs bei Muslimen, in: Reproduktionsmedizin bei Muslimen: Säkulare und religiöse Ethiken im Widerstreit?, hrsg. von Thomas Eich, Tübingen 2009, S. 26–47 (32 ff.).

36 Vgl. insbesondere Muḥammad Kāmil Šāhīn: Muʾtamar al-ʿulamāʾ al-ʿālamī naḥwa ḥaẓr intihāk ǧasad al-marʾa, in: Minbar al-Islām 65/12 (Jan. 2007), S. 78–85.

37 Vgl. auch Bentlage: Abtreibungsdiskurs, S. 35.

Ašimmī wa-lā tunhikī – Die Beschreibung und Beurteilung der weiblichen Beschneidung

Im islamrechtlichen Kontext wird die Beschneidung von Frauen mit dem arabischen Wort *ḫitān*, mitunter konkretisiert als *ḫitān al-ināṯ*, *ḫitān al-unṯā* oder *ḫitān al-banāt* wiedergegeben. Wenn auch gelegentlich darauf hingewiesen wird, dass *ḫitān* im eigentlichen Sinne nur die Beschneidung von Männern bedeute, während die Praktik bei Frauen besser als *ḫifāḍ* bzw. *ḫafḍ* bezeichnet werde,[38] ist die tatsächliche Verwendung dieser Alternativen selten. Die Differenzierung zwischen Männer- und Frauenbeschneidung verschwimmt dadurch, zumal in *fatāwā*, die beide Formen thematisieren. Eine ausdrückliche Bestätigung, dass sich die beschriebenen Vorschriften auch auf Mädchen bzw. Frauen beziehen, erfolgt dabei nicht; ob dies implizit gemeint ist, muss offen bleiben.[39]

In jüngerer Zeit fanden auch die seit den 1970er Jahren auf internationaler Ebene verwendeten Bezeichnungen *female genital mutilation* bzw. *female genital cutting* Eingang in die Texte islamischer Rechtsgelehrter. Arabische Übersetzungen wie *qatʿ al-aʿdāʾ at-tanāsulīya li-l-unṯā* und *tašwīh al-ǧihāz at-tanāsulī li-l-marʾa* werden jedoch nach wie vor kaum verwendet und stellen weniger einen Ersatz für die bisher üblichen Begriffe dar als eine Ergänzung: Sie beziehen sich entweder konkret auf den Sprachgebrauch internationaler Konferenzen oder Gesetze gegen weibliche Genitalverstümmelung[40] oder dienen – bei Autoren, die der Praktik ablehnend gegenüberstehen – der Spezifizierung von Frauenbeschneidung als Körperverletzung.[41]

Eine Darstellung, welcher konkrete Eingriff sich hinter dem Begriff *ḫitān* verbirgt, ist in der Klärung des islamrechtlichen Status von Frauenbeschneidung nicht automatisch impliziert. Nur ausführlichere Abhandlungen enthalten eine Beschreibung, die meist an Māwardī (gest. 1058) angelehnt ist. Ihm zufolge handelt es sich bei der weiblichen Beschneidung um das Abschneiden der Haut am oberen Teil der Vulva, die die Form eines Dattelkerns oder Hahnenkamms habe. Die herabhängende Haut solle beschnitten werden, ohne die Klitoris vollständig zu entfernen (*dūna istiʾṣālihi*).[42] Grundlage dessen ist ein *ḥadīṯ*, in dem der Prophet einer Frau bei der Beschneidung die Anweisung gibt „Schnei-

[38] So bspw. bei Maḥmūd ʿArnūs: Ḫitān al-banāt, in: Liwāʾ al-Islām 5/1 (1951), S. 57–59 (57); Ǧād al-Ḥaqq: Ḫiṭan al-banāt, S. 3121.

[39] Anders Ǧād al-Ḥaqq: Ḫitān al-banāt, der Mädchen explizit einschließt, vgl. ibid., S. 3124; zur Terminologie in mittelalterlichen Rechtstexten s. a. Berkey: Circumcision Circumscribed, S. 20.

[40] So z. B. bei ʿAlī Ǧumʿa: Awwal qānūn ḍidda l-intihāk at-tanāsulīya, in: id.: al-Kalim aṭ-ṭayyib, S. 206–208 (206 f.).

[41] Vgl. Saʿd ad-Dīn Musʿad Hilālī: Ḫitān al-unṯā, in: aṯ-Ṯalāṯūnāt fi-l-qaḍāyā al-fiqhīya al-muʿāṣira: Dirāsa muqārana li-ahamm al-masāʾil aṭ-ṭibbīya wa-l-mālīya wa-l-iǧtimāʿīya baina š-šarīʿa wa-l-qānūn, al-Qāhira 2010, S. 359–362 (359).

[42] Überliefert bei Aḥmad b. ʿAlī b. Ḥaǧar al-ʿAsqalānī: Fatḥ al-bārī šarḥ ṣaḥīḥ Buḫārī 10, Dimašq 2000, S. 418.

de nur ein wenig und verletze nicht (*ašimmī wa-lā tunhikī*), denn dies ist schöner für das Gesicht und angenehmer für den Ehemann".[43]

Einigkeit herrscht darüber, dass das genannte *ḥadīṯ* eine Unmäßigkeit bei der Durchführung der Beschneidung explizit verbiete.[44] Der vage arabische Text lässt jedoch unterschiedliche Deutungen zu, wie weit die als akzeptabel betrachteten Formen der Beschneidung reichen. So vertreten viele *ʿulamāʾ* die Meinung, dass der herausstehende Teil der Klitoris entfernt werden solle; die Bezeichnung *ḫafḍ* oder *ḫifāḍ* (wörtl. Senkung, Verringerung) für die weibliche Beschneidung leite sich hiervon ab.[45] Dagegen versuchen Gelehrte, die sich zwar der internationalen Norm der Ablehnung jeglicher Form der Genitalbeschneidung bei Frauen anpassen, die lange Tradition der islamrechtlichen Befürwortung der Praktik aber nicht diskreditieren möchten, den Umfang dessen, was bei der Beschneidung entfernt werden solle, mit Berufung auf das *ḥadīṯ* zu minimieren: Demnach habe der Islam unter den verschiedenen Typen der Beschneidung seit jeher nur die schwächste Form als eine Art Schönheitsoperation gebilligt, bei der die Klitoris unverletzt bleibe.[46]

Die Frage, in welche rechtliche Kategorie Frauenbeschneidung einzuordnen sei, beantworteten islamische Rechtsgelehrte nie einheitlich, doch ist bis in die 1990er Jahre eine Übereinstimmung über ihre prinzipielle Rechtmäßigkeit bzw. Zulässigkeit festzustellen. Mit Hinweis auf die Meinungsvielfalt der vorangegangenen *ʿulamāʾ*, deren Urteil zwischen *wāǧib* (verpflichtend), *sunna* (der Handlungsweise des Propheten Muḥammad folgend) und *makruma* (edle Tat) schwankte, werden die unterschiedlichen Positionen der vier Rechtsschulen oftmals nebeneinander gestellt, ohne eine bestimmte zu favorisieren.[47] Die Haltung der šafiʿītischen Rechtsschule, in der die Beschneidung von Mädchen wie die von Jungen als verpflichtend gilt, wird dabei selten ausdrücklich vertreten. Die Mehrheit der Gelehrten tritt entsprechend der anderen drei Rechtsschulen für ein gemäßigteres Urteil im Sinne der Einstufung als *makruma* ein. Damit liegt das Urteil außerhalb der klassischen fünf Beurteilungskategorien des islamischen Rechts, bewegt sich allerdings in der Nähe des Empfohlen-Seins (*mandūb*).[48] Dies impliziert auch, dass das Unterlassen der Beschneidung bei Frau-

---

43 Zu diesem *ḥadīṯ* s. a. unten S. 16.

44 Vgl. u. a. Ǧād al-Ḥaqq: Ḫitān al-banāt, S. 3121; ʿAlī Ǧumʿa: Ḥukm izālat al-baẓr, in: id.: al-Kalim aṭ-ṭayyib, S. 212–214 (212 f.).

45 So bspw. Muḥammad Ibrāhīm Sālim: Ḫitān al-banāt, in: Liwāʾ al-Islām 5/1 (1951), S. 51 f. (52); Labbān: Ḫitan al-banāt, in: ibid., S. 52–54 (54); Ǧād al-Ḥaqq: Ḫitān al-banāt, S. 3121 f.

46 Vgl. ʿAlī Ǧumʿa: Ḫitān al-ināṯ, in: id.: Qaḍāya al-marʾa fi-l-fiqh al-islāmī, al-Ǧīza et al. 2008, S. 52–64 (63); Dār al-Iftāʾ al-Miṣrīya: Bayān ḥaula ḫitān al-ināṯ, in: Wizārat al-Auqāf, Ḫitān al-ināṯ, S. 26–31 (29 f.); s. a. Kecia Ali: Sexual Ethics in Islam. Feminist Reflection on Qur'an, Hadith and Jurisprudence, London 2006, S. 108.

47 So Ḥusain Muḥammad Maḫlūf: Ḥukm al-ḫitān, *fatwā* vom 29.05.1949, in: al-Fatāwā al-Islāmīya min Dār al-Iftāʾ al-Miṣrīya 2 (1981), S. 449; Labbān: Ḫitān al-banāt; Maḥmūd: Fi-l-ḫitān; Šāhīn: *Fatwā* u.v.m.

48 Vgl. Sālim: Ḫitān al-banāt, S. 52.

en keine Sünde darstelle.[49] In *fatāwā* der 1950er Jahre wird die Beurteilung als *makruma* vor allem als edle Tat dem Ehemann, nicht etwa Gott gegenüber aufgefasst: Die Entfernung des hervorstehendes Teils der Klitoris vergrößere den Genuss der Männer beim Geschlechtsverkehr, welche diesen Anblick nicht gewohnt seien.[50] Die Frage, ob dies einen derartigen Eingriff in den weiblichen Körper rechtfertigt, wird indes nicht gestellt, was nicht nur ein Hinweis auf die Priorisierung des männlichen sexuellen Empfindens ist, sondern auch auf das eingeschränkte Wissen über potentielle gesundheitliche Folgen der Beschneidung für die betroffenen Frauen hindeutet.

Die Möglichkeit eines Verbots der Praktik wird dennoch bereits in den 1950er Jahren thematisiert und von einer Minderheit der *ʿulamāʾ* ernsthaft in Betracht gezogen, sollten die gesundheitlichen Schäden, die Frauen durch die Beschneidung erleiden, durch wissenschaftliche Studien belegt werden.[51] Eine Tendenz hin zur klaren Ablehnung des Eingriffs gibt es in der ägyptischen Religionsgelehrsamkeit jedoch erst seit den 1990er Jahren. Dabei ist auffällig, dass Frauenbeschneidung nicht etwa als islamrechtlich verboten (*ḥarām*) eingestuft, sondern ihr gar keine islamrechtliche Beurteilungskategorie zugeschrieben wird. Es handele sich, so die spätere Meinung ʿAlī Ǧumʿas oder Muḥammad Sayyid Ṭanṭāwīs, in schriftlichen Rechtsgutachten äußerst selten um eine religiöse Praktik, sondern um einen überkommenen Brauch (*ʿāda*), der aufgrund von medizinischen Erwägungen verboten werden könne.[52] Erst eine in Folge der von *Target* initiierten Konferenz erschienene Veröffentlichung des *Auqāf*-Ministeriums bezeichnet Frauenbeschneidung deutlich als Zuwiderhandlung gegen die *šarīʿa*.[53]

Die islamische Rechtstradition zu Frauenbeschneidung in zeitgenössischen *fatāwā*

Auf welchen Grundlagen basieren nun diese unterschiedlichen Bewertungen? Aus den Primärquellen des islamischen Rechts, dem *Qurʾān* und der *sunna*, lässt sich ein Urteil über den islamrechtlichen Status von männlicher und weiblicher Beschneidung nur eingeschränkt ableiten.[54] Der *Qurʾān* erwähnt

[49] Vgl. Maḫlūf: Ḥukm al-ḫitān, S. 449; Zakarīya al-Birrī, [*fatwā* zu Frauenbeschneidung], in: Liwāʾ al-Islām 27/7 (Mai 1973), S. 51–53 (53); Ṣaqr: Fi-l-ḫitān, S. 137.

[50] Vgl. ʿAbd al-Wahhāb Ḫilāf: Ḫitān al-banāt, in: Liwāʾ al-Islām 5/1 (Juni 1951), S. 49; Ibrāhīm Ḥamrūš: Ḫitān al-banāt, in: ibid., S. 49; ähnlich auch Šaltūt: Ḫitān al-banāt, in: ibid., S. 55–57 (56), und id.: Ḫitān al-unṯā, in: id.: al-Fatāwā. Dirāsa li-muškilāt al-muslim al-muʿāṣir fī ḥayātihī al-yaumīya al-ʿāmma, al-Qāhira 1988, S. 330–334 (334).

[51] Vgl. Ḥamrūš: Ḫitān al-banāt; Ḫilāf: Ḫitān al-banāt; Šaltūt: Ḫitnān al-banāt; ʿArafa: al-Ḫitān; s. a. unten S. 20.

[52] Ǧumʿa: Ḫitān al-ināṯ, S. 52; Ṭanṭāwī: Ḫitān al-banāt, S. 687.

[53] Sālim ʿAbd al-Ǧalīl: al-Ḫitān laisa min šaʿāʾir al-islām, in: Wizārat al-Auqāf, Ḫitān al-ināṯ laisa min šaʿāʾir al-islām, al-Qāhira 2010, S. 14–23 (20).

[54] Vgl. zum Folgenden auch Kutscher: Towards a Solution, S. 223 ff. und Roswitha Badry: Zur „Mädchenbeschneidung“ in islamischen Ländern: religiös-rechtliche Aspekte und feministische Kritik, in: Freiburger

weder die Beschneidung von Männern noch die von Frauen explizit. Die *Qurʾān*-Stellen 4:125 und 16:123, die zur Nachfolge der Religion Abrahams (*millat Ibrāhīm*) auffordern, werden jedoch als Beleg für die Notwendigkeit der Beschneidung angeführt. In Verbindung mit einem als authentisch geltenden *ḥadīṯ*, das von der Beschneidung Abrahams berichtet, wird auf die Verpflichtung der Handlung insbesondere für Männer geschlossen.[55] Ob das *ḥadīṯ* auch auf Frauen angewandt werden kann, wird meist offen gelassen und von Rechtsgelehrten, die weiblicher Genitalverstümmelung ablehnend oder zumindest kritisch gegenüberstehen, explizit verneint.[56] Zudem wird nicht einmütig akzeptiert, dass es sich bei der Beschneidung um einen wesentlichen Bestandteil des Bekenntnisses Abrahams handelt: Yūsuf al-Qaraḍāwī möchte in seinen neueren *fatāwā* den *Qurʾān*-Vers nur auf allgemeine religiöse Vorstellungen bezogen wissen, nicht auf detaillierte Bestimmungen der Alltagspraxis, die im *Qurʾān* keine Erwähnung finden.[57]

Eine wichtige Rolle bei der Legitimierung der Beschneidung spielt darüber hinaus ihre Einordnung als Brauch der *fiṭra*, d. h. der von Gott anerschaffenen menschlichen Natur. Ein entsprechendes *ḥadīṯ* nennt die Beschneidung unter anderem neben dem Schneiden der Fingernägel, dem Stutzen des Barts und dem Rasieren der Schamhaare. Es handle sich dabei um die Entfernung von überflüssigen Körperteilen, die sonst Schaden verursachen könnten, und diene der Reinigung und Verschönerung.[58] Die Subsumierung der Beschneidung unter die Bräuche der *fiṭra* sagt allein nichts über ihren konkreten Verbindlichkeitsgrad aus, gelten diese doch wahlweise als verpflichtend oder nur empfohlen; die meisten Rechtsgelehrten favorisieren in diesem Kontext jedoch die Einstufung als eine *sunna*. Ohne zu berücksichtigen, dass andere der erwähnten Praktiken nur Männer betreffen, wird die Beschneidung für beide Geschlechter gleichermaßen als vorgeschrieben angesehen.[59] Erst in jüngster Vergangenheit wird die Ableitung der Frauenbeschneidung aus dem vorliegenden *ḥadīṯ* infrage gestellt: ʿAlī Ǧumʿa argumentiert in einem 2005 in seiner *fatwā*-Sammlung veröffentlichten Rechtsgutachten, dass die Beschneidung nur für Männer als Bestandteil der *fiṭra* gelten könne, da die hygienischen Vorteile nur auf sie zuträfen.[60]

FrauenStudien 2 (1999), S. 211–232 (216 ff.).

55 Vgl. Vardit Rispler-Chaim: Islamic Medical Ethics in the Twentieth Century, Leiden 1993, S. 84; Krawietz: Ḥurma, S. 225.

56 Vgl. Yūsuf al-Qaraḍāwī: al-Ḥukm aš-šarʿī fī ḫitān al-ināṯ, in: id.: Fatāwā muʿāṣira min hudā al-Islām 4, al-Kuwait / al-Qāhira 2009, S. 507–523 (510).

57 Ibid., S. 510.

58 Vgl. u. a. Šaltūt: Ḫitān al-banāt, S. 55; al-Birrī: Fatwā, S. 51; Ḥasan Maʾmūn, [*fatwā* zu Frauenbeschneidung], in: Minbar al-Islām 55/1 (Mai/Juni 1996), S. 211 f. (211).

59 Vgl. u. a. Naṣṣār: Ḫitān al-banāt, S. 50; Šaltūt: Ḫitān al-banāt, S. 55; Ǧād al-Ḥaqq: Ḫitān al-banāt, S. 3122; siehe auch Krawietz: Ḥurma, S. 226 f.; Badry: Mädchenbeschneidung, S. 216.

60 ʿAlī Ǧumʿa: Ḥukm al-ḫitān, S. 203; zu den angenommenen Vorteilen vgl. unten S. 19 f.

Zwar leitet Ǧumʿa daraus (noch) keine Ablehnung der Praktik bei Frauen ab, doch eröffnet die Unklarheit, ob die beiden erwähnten *aḥādīṯ* (Sg. *ḥadīṯ*) auch auf Frauen zu beziehen seien, einen Argumentationsspielraum, die tradierten Überlieferungen prinzipiell als authentisch anzuerkennen und weibliche Genitalverstümmelung dennoch als solche zu verurteilen. Darüber, dass Männerbeschneidung zu den kultischen Bräuchen des Islams gehöre, herrscht unter den *ʿulamāʾ* Einigkeit. Die Unterscheidung von Männer- und Frauenbeschneidung als zwei grundlegend verschiedenartige Praktiken, die jeweils einen unterschiedlichen religionsrechtlichen Status innehaben, ist damit Voraussetzung dafür, Frauenbeschneidung als Körperverletzung zurückzuweisen.[61]

Des Weiteren enthalten die kanonischen *ḥadīṯ*-Sammlungen auch Überlieferungen, die sich konkret mit der Beschneidung von Frauen befassen, insbesondere das bereits erwähnte *ḥadīṯ*, in dem der Prophet einer Frau in Medina Anweisungen zur angemessenen Durchführung gibt. Vereinzelt wird diese Überlieferung wird vereinzelt nur als Anleitung für den hypothetischen Fall, dass der Eingriff vorgenommen wird, gewertet, nicht aber als Aufforderung oder gar Verpflichtung, dies tatsächlich und in jedem Falle zu tun.[62] Darüber hinaus herrscht selbst bei Gelehrten, die die weibliche Beschneidung grundsätzlich befürworten, Konsens, dass das *ḥadīṯ* als unsicher zu gelten habe.[63] Ähnlich enthält der Prophetenausspruch „Die Beschneidung ist eine *sunna* für Männer und eine edle Tat (*makruma*) für Frauen“ zwar eine klare Einordnung der Praktik, seine Echtheit wird aber angezweifelt. Sofern Rechtsgelehrte, die die Beschneidung von Frauen generell als erlaubt ansehen, das *ḥadīṯ* anführen, setzen sie sich nicht genauer mit seiner Authentizität auseinander. Im Gegensatz dazu betonen Gegner der Praktik, *ḥadīṯ*-Gelehrte hätten die Überliefererkette stets als fehlerhaft eingestuft.[64]

Das *ḥadīṯ* „Wenn die beiden beschnittenen Stellen sich berührt haben (d. h. nach dem Geschlechtsverkehr), ist eine Waschung nötig“ wird dagegen im Allgemeinen als authentisch anerkannt. Uneinigkeit herrscht darüber, ob davon auf eine Empfehlung oder Verpflichtung zur Durchführung der Praktik geschlossen werden könne, ob also das *ḥadīṯ* normativ zu verstehen sei oder nur eine Beschreibung eines zur Zeit des Propheten üblichen Zustandes darstelle. Nicht selten wird der Einwand vorgebracht, es ziele auf die Regelung von Waschungen, nicht der Beschneidung. Zwar wird eingeräumt, dass demnach

[61] Die Differenzierung zwischen Männerbeschneidung und weiblicher Genitalverstümmelung ist auch auf internationaler Ebene weitgehend Konsens. Zur Kritik daran vgl. George C. Denniston et al. (Hgg.): Male and Female Circumcision. Medical, Legal, and Ethical Considerations in Pediatric Practice, New York et al. 1999.

[62] Vgl. Qaraḍāwī: al-Ḥukm aš-šarʿī, S. 513.

[63] Vgl. u. a. Bannā: Ḫitān al-banāt, S. 51; Ṣaqr: *Fatwā*, S. 119.

[64] So beispielsweise Šaltūt: Ḫitān al-banāt, S. 55; Ǧumʿa: Ḫitān al-ināṯ, S. 56; Mohamed Selim Al-Awa: FGM in the Context of Islam, hrsg. vom National Council of Childhood and Motherhood, o. O., o. J., S. 5 f.

die Beschneidung auch von Frauen zu Zeiten des Propheten existierte, eine Vorschrift wird daraus aber nicht mehr abgeleitet.[65] Ferner wird darauf hingewiesen, dass der Dual *ḫitānān* – als grammatikalische Eigenart des klassischen Arabisch – die beschnittene Stelle des Mannes sowie das entsprechende Körperteil der Frau bezeichnen könne, ohne zu implizieren, dass jenes auch beschnitten sei.[66]

Bis in die jüngere Vergangenheit diente allein die Existenz dieser *aḥādīṯ* als sich gewissermaßen selbst bestätigender Beweis für die prinzipielle Rechtmäßigkeit der Beschneidung, ohne dass der Überlieferungsstatus der *aḥādīṯ* im Einzelnen untersucht wurde. Gleichzeitig wurde eine schwache Überliefererkette nicht mit einer Infragestellung der Praktik als solcher gleichgesetzt.[67] Demgegenüber lehnen Gelehrte, die die Beschneidung von Frauen für einen unislamischen Brauch halten, als schwach eingestufte *aḥādīṯ* als Argumentationsbasis generell ab. Da die wichtigsten *aḥādīṯ*, die konkret die Beschneidung von Frauen behandeln, von klassischen *ḥadīṯ*-Gelehrten nicht als authentisch angesehen wurden, ermöglicht dies eine Zurückweisung der Praktik auch vor dem Hintergrund der überlieferten Traditionen – in der *šarīʿa* gebe es, so beispielsweise Ṭanṭāwī, keinen korrekt überlieferten, deutlichen Text zum Thema.[68]

Über die Belege aus den Primärquellen des islamischen Rechts hinaus existiert weiteres Material aus der islamischen Rechtstradition, das zeitgenössische *ʿulamāʾ* in unterschiedlichem Maße für ihre Argumentationen heranziehen, ohne dabei die Urteilsfindung der Rechtsschulen im Einzelnen nachzuvollziehen. Die – notwendigerweise selektive – Zitation vorangegangener Gelehrter dient vor allem der Bestätigung der eigenen Meinung, weniger als Hinweis auf die Vielfalt der tradierten Rechtsmeinungen. Ǧād al-Ḥaqq schlussfolgert nach einer ausführlichen Darstellung der überlieferten Rechtstradition, dass alle Rechtsgelehrten in der Beurteilung der weiblichen Beschneidung als rechtmäßig übereinstimmten und ein Verbot damit der *šarīʿa* widerspreche.[69] Ṭanṭāwī und Ǧumʿa hingegen führen in ihren *fatāwā* gegen weibliche Genitalbeschneidung mehrere *ʿulamāʾ* an, die bereits vor ihnen ein Verbot der Praktik als legitim angesehen bzw. empfohlen hätten. Eine Diskreditierung der Vorgänger liegt ihnen allerdings fern, nimmt Ǧumʿa doch die – zum Zeitpunkt des Erscheinens seines Buches bereits verstorbenen – Gelehrten Ǧād al-Ḥaqq und ʿAṭīya Ṣaqr in Schutz: Wären die gesundheitlichen Schäden für die betroffenen Frauen zu ihrer Zeit bereits bekannt gewesen, hätten auch sie sich sicherlich gegen die Praktik gewandt.[70]

In diesem Zusammenhang werden Ge-

---

65 Vgl. Qaraḍāwī: al-Ḥukm aš-šarʿī, S. 512; Al-Awa: FGM, S. 6.

66 Vgl. ibid., S. 5 f.; ʿAbd al-Ǧalīl: al-Ḫitān, S. 18.

67 Vgl. Maʾmūn: *Fatwā*, S. 212.

68 Ṭanṭāwī: Fatwā, S. 686.

69 Ǧād al-Ḥaqq: al-Ḫitān, S. 9 ff., 16.

70 Ǧumʿa: Ḫitān al-ināṯ, S. 57 ff., 63 f.; Ṭanṭāwī: Fatwā, S. 687.

lehrtenmeinungen häufig unvollständig und ohne ihren ursprünglichen Kontext wiedergegeben. Beispielhaft hierfür steht das Zitat des *ḥadīṯ*-Gelehrten Ibn al-Munḏirs „Es existiert [hinsichtlich der Beschneidung] keine Nachricht, auf die man sich beziehen kann, noch eine *sunna*, der nachgefolgt werden kann". Beurteilt nach einem ausführlicheren Auszug von Ibn al-Munḏirs Werk im *ḥadīṯ*-Kommentar des šafiʿītischen Gelehrten an-Nawawī (gest. 1277) bezog sich die Äußerung nur auf den Zeitpunkt, zu dem die Beschneidung durchgeführt werden solle.[71] Dennoch wurde sie schon im frühen 19. Jahrhundert in einem allgemeinen Sinn verstanden, als aš-Šaukānī seinen *ḥadīṯ*-Kommentar verfasste – eine in zeitgenössischen *fatāwā* zu Frauenbeschneidung vielfach verwendete Referenz.[72] ʿAṭīya Ṣaqr verwendet das Zitat in einer *fatwā* von 1991 im gleichen Kontext wie an-Nawawī, während er in einem älteren Rechtsgutachten damit belegte, dass es in den heiligen Texten keinen Hinweis darauf gebe, die Beschneidung sei für Frauen verpflichtend – ohne jedoch ihre Zulässigkeit anzuzweifeln.[73] Von Gelehrten wiederum, die ein Verbot der Praktik für islamrechtlich legitim halten, wird Ibn al-Munḏirs Äußerung auf die Beschneidung von Frauen insgesamt bezogen, nicht aber auf die von Männern.[74] Entscheidend ist in diesem Kontext weniger die tatsächliche Meinung Ibn al-Munḏirs als die flexible Verwendung des unklar überlieferten Zitates zur Unterstützung der jeweils vertretenen Position. Obwohl die weibliche Beschneidung in der rechtlichen Tradition im Allgemeinen befürwortet wurde,[75] können zeitgenössische Gelehrte so mithilfe der Autorität tradierter Rechtswerke für ihr Verbot argumentieren.

Lā ḍarar wa-lā ḍirār – Das Abwägen von Nutzen und Schaden

Die Beurteilung von Frauenbeschneidung in zeitgenössischen *fatāwā* erfolgt jedoch nicht ausschließlich auf Basis überlieferter *aḥādīṯ* und älterer Rechtsmeinungen. Spätestens mit dem Auftauchen ärztlicher Stimmen gegen weibliche Genitalverstümmelung müssen sich Rechtsgelehrte auch mit Fragen nach den gesundheitlichen Folgen auseinandersetzen. Welche Rolle die medizinischen Forschungen bei der Beurteilung von Frauenbeschneidung insgesamt spielen sollten, wurde dabei von den *ʿulamāʾ* stets unterschiedlich beantwortet.

Auf der einen Seite betonten ägyptische *muftīs* wie ʿAllām Naṣṣār oder Ǧād al-Ḥaqq, dass die Medizin als Wissenschaft wandelbare Theorien und Erkenntnisse hervorbringe. Da die Beschneidung im Religionsgesetz geregelt sei, dürfe das sich ändernde medizinische Wissen keinen Einfluss auf ihre

[71] Yaḥyā ad-Dīn b. Šaraf an-Nawawī: al-Maǧmūʿ šarḥ al-muhaḏḏab, al-Ǧuzʾ al-awwal, al-Qāhira o. J., S. 359.

[72] Muḥammad b. ʿAlī b. Muḥammad aš-Šaukānī: Nail al-Auṭār min asrār muntaqā l-aḫbār, al-Muǧallad al-awwal, Bairūt 2000, S. 183.

[73] Ṣaqr: Ḫitān al-banīn, S. 143; id.: Fatwa, S. 119; ähnlich auch ʿArafa: al-Ḫitān, S. 1243 f.

[74] Vgl. z. B. Ṭanṭāwī: Fatwā, S. 686; Šāhīn: Fatwā, S. 315; Al-Awa: FGM, S. 5.

[75] Vgl. Berkey: Circumcision Circumscribed, S. 26.

Beurteilung nehmen.[76] Die Meinungsverschiedenheiten innerhalb der ägyptischen Ärzteschaft – die angesichts der Tatsache, dass gegenwärtig mehrheitlich Ärzte den Eingriff vornehmen, bis heute existieren dürften – war für die betreffenden Religionsgelehrten Zeichen für mangelnde Wissenschaftlichkeit der Forschungsergebnisse. Überdies ging man gemäß der Auffassung, jede von Gott auferlegte Angelegenheit diene dem Wohl des Menschen (*maṣlaḥa*), von einer gesundheitlichen Notwendigkeit der Beschneidung aus: Parallel zur männlichen Beschneidung wurden vorgebliche Vorzüge vor allem mit hygienischen Aspekten sowie dem Schutz vor Krebs und vor Entzündungen im Genitalbereich erklärt.[77] Ferner galt die Beschneidung als Korrektur pathologischer Irregularitäten des Körpers, insbesondere bei übergroßen äußeren Geschlechtsorganen.[78] Komplikationen, deren Vorkommen durchaus eingestanden wurde, wurden dabei der unsachgemäßen Durchführung der Operation durch medizinisch unausgebildete Hebammen zugeschrieben.[79] In neueren *fatāwā* wird die angenommene medizinische Indikation nicht mehr genauer erläutert, doch hält sich die Auffassung, der Eingriff könne in bestimmten Fällen nach ärztlicher Diagnose notwendig sein, selbst bei Rechtsgelehrten, die der Praktik prinzipiell kritisch gegenüberstehen.[80]

Auf der anderen Seite bestanden neben der Ansicht, die Beschneidung sei in *Qurʾān* oder *sunna* klar geregelt, wie dargestellt schon immer weniger deutliche Einstufungen. Gilt die weiblichen Beschneidung als zwar prinzipiell erlaubt (*ǧāʾiz*, *mubāḥ*), aber nicht verpflichtend, kann der angenommene Nutzen der Beschneidung auf Grundlage medizinischer Kriterien gegen die Verletzung durch den Eingriff abgewogen werden. Während das Vorhandensein eines *maṣlaḥa* in *fatāwā*, die die Beurteilung der Beschneidung vorwiegend aus *Qurʾān* oder *sunna* ableiten, a priori als gegeben angesehen wurde, fußt das Urteil in anderen Fällen auf dem Prinzip *lā ḍarar wa-lā ḍirār*, d. h. weder Schaden zu verursachen noch selbst zu erleiden. Bereits in den 1950er Jahren hielten Šaltūt und weitere Gelehrte auf dieser Grundlage ein Verbot der weiblichen Beschneidung für möglich, sollten breit angelegte medizinische Studien die gesundheitlichen Schäden bestätigen. Übergeordnete Vorteile (*maṣāliḥ*), die das Verursachen von Schmerz rechtfertigten, galten hier – anders als bei der männlichen Beschneidung – nicht als gesichert.[81] Diese Überlegungen blieben lange Zeit hypothetisch: Zwar gestanden Ṭanṭāwī,

---

76 Naṣṣār: Ḫitān al-banāt, S. 50; Ǧād al-Ḥaqq: Ḫitān al-banāt, S. 3123; id.: al-Ḫitān, S. 16 ff.

77 Vgl. Sālim: Ḫitān al-banāṭ, S. 52; Labbān: Ḫitān al-banāt, S. 54.

78 Vgl. Sālim: Ḫitān al-banāṭ, S. 52; Bannā: Ḫitān al-banāt, S. 51; Husain Muḥammad Maḫlūf: Ḫafḍ al-banāt mašrūʿ, in: id.: Fatāwā šarʿīya wa-buḥūṯ islāmīya, al-Ǧuzʾ al-ūlā, o. O. 1965, S. 145 f. (146); Ǧād al-Ḥaqq: Ḫitān al-banāt, S. 3123.

79 So bspw. Naṣṣār: Ḫitān al-banāt, S. 50; Šaltūt: Ḫitān al-banāṭ, S. 57.

80 Ǧumʿa: Ḥukm al-ḫitān, S. 201 f.; id.: Ḫitān al-ināṭ, S. 53, 55; Qaraḍāwī: al-Ḥukm aš-šarʿī, S. 519.

81 Vgl. Ḥamrūš: Ḫitān al-banāt, S. 49; Ḫilāf: Ḫitān al-

Ǧumʿa oder Qaraḍāwī bereits in ihren älteren *fatāwā* Ärzten die notwendige Fachkompetenz zu, gemäß derer die Beschneidung von Frauen bewertet werden solle; sie hielten aber dennoch an der Vorstellung einer unter bestimmten Bedingungen gesundheitlich ungefährlichen Operation fest.[82] Erst seit der Jahrtausendwende gelten Studien zu den schwerwiegenden Folgen von Frauenbeschneidung als neutral und ihre Ergebnisse als wissenschaftlich fundiert. Der bewiesene körperliche, psychische und gesellschaftliche Schaden, den die weibliche Beschneidung hervorrufe, stellt demnach einen Widerspruch zum Prinzip *lā ḍarar wa-lā ḍirār* dar. Dass sich medizinisches Wissen verändert, führen die betreffenden Gelehrten nun gerade als Rechtfertigung dafür an, dass auch das Urteil zu Frauenbeschneidung dem Wandel unterliegt.[83]

Das Abwägen von Nutzen und Schaden auf Grundlage von *maṣlaḥa* wird auch hinsichtlich der Auswirkungen der Beschneidung auf das weibliche Sexualempfinden aufgegriffen. Die Auffassung, dass der hervorstehende Teil der Klitoris entfernt werden solle, um die weibliche sexuelle Lust zu mäßigen, wurde bereits von mittelalterlichen Gelehrten vertreten und wird bis in die Gegenwart von zahlreichen *ʿulamāʾ* als Begründung für die Notwendigkeit von Frauenbeschneidung angeführt. Durch eine „gemäßigte“ Form der Beschneidung solle einerseits das Recht der Frau auf sexuelle Erfüllung in der Ehe gewährleistet, gleichzeitig aber der als übermäßig wahrgenommene weibliche Sexualtrieb eingeschränkt werden, um unerlaubten Geschlechtsverkehr zu verhindern. Durch den operativen Eingriff könne die für die gesellschaftliche Ordnung potentiell gefährliche weibliche Sexualität kontrolliert werden, was sowohl dem Wohl der einzelnen Frau als auch der Gesellschaft insgesamt diene.[84] Da die weibliche Sexualmoral hier nicht als individuelles, sondern als gesellschaftliches Problem gedeutet wird, wird auch die Frage nach der Legitimität von Frauenbeschneidung zu einer gesamtgesellschaftlichen Angelegenheit.[85]

An dem postulierten Zusammenhang zwischen der Beschneidung von Frauen und der Bewahrung ihrer Keuschheit wurde und wird jedoch auch von religiöser Seite Kritik geübt: Ob eine Frau ihren Sexualtrieb kontrollieren könne, hänge vielmehr von körperlichen Veranlagungen, ihrem Charakter, ihrer Erziehung und anderen Faktoren ab. Die Beschneidung von Frauen verursache dagegen sexuelle Frigidität und damit auch Probleme in der Ehe. Wird die Frau ihrer sexuellen Genussfähigkeit beraubt, stellt dies für *muftī*s wie Qaraḍāwī ein unzulässiges Verursachen

banāt, S. 49; Bannā: Ḫitān al-banāt, S. 51; Šaltūt: Ḫitān al-banāt, S. 56.; id.: Ḫitān al-unṯā, S. 330–334 (333).

82 Ṭanṭāwī: Fatwā, S. 687; Ǧumʿa: Ḥukm al-ḫitān, S. 201 f.; Qaraḍāwī: al-Ḥukm aš-šarʿī, S. 518 ff.

83 Ǧumʿa: Ḫitān al-ināṯ, S. 59 ff.; Qaraḍāwī: al-Ḥukm aš-šarʿī, S. 514, 518; Hilālī: Ḫitān al-unṯā, S. 360.

84 Vgl. z. B. Naṣṣār: Ḫitān al-banāṭ, S. 50; Sālim: Ḫitān al-banāt, S. 52; ʿArnūs: Ḫitān al-banāt, S. 58 f.; Maʾmūn: Fatwa, S. 212; Ǧād al-Ḥaqq: Ḫitān al-banāt, S. 3122 ff.; Qaraḍāwī: al-Ḥukm aš-šarʿī, S. 518 f.

85 Vgl. hierzu auch Bentlage: Abtreibungsdiskurs, S. 30.

von Schaden dar.[86] In den 1950er Jahren wurde außerdem der verbreitete übermäßige Drogenkonsum ursächlich mit der Beschneidung in Verbindung gebracht: Da beschnittene Frauen schwer zu befriedigen seien, griffen ägyptische Männer vermehrt zu Drogen, um ihre sexuelle Leistungsfähigkeit zu steigern.[87]

Während die Befürworter der Beschneidung ihre Auswirkungen auf das weibliche Lustempfinden als vernachlässigbar ansehen und dem Ziel der Bewahrung der gesellschaftlichen Moral unterordnen, sehen Gegner in dem Eingriff keinen Garant für weibliche Tugendhaftigkeit. Vielmehr verursacht die Beschneidung ihrer Meinung nach, gerade weil sie das weibliche Sexualempfinden stört, größere gesellschaftliche Probleme. Die Werte vorehelicher Enthaltsamkeit und weiblicher Keuschheit sowie die Vorstellung, dass legitimer Geschlechtsverkehr nur innerhalb der Ehe stattfinden könne, werden indes von keiner Seite aufgegeben: An die Stelle der äußeren Kontrolle tritt bei den Gegnern der Beschneidung die individuelle Verantwortung von Frauen, sich gemäß der vorherrschenden Moralvorstellungen zu verhalten.[88]

Die Bedeutung medizinischer und gesellschaftlicher Argumente gegen – oder auch für – Frauenbeschneidung wurde also umso größer, je mehr sich die Ansicht durchsetzte, dass es sich bei Frauenbeschneidung um eine „edle Tat“ bzw. einen Brauch, nicht aber um eine islamrechtlich verpflichtende oder empfohlene Handlung handle. Lange Zeit deuteten die *ʿulamāʾ* die Beschneidung zuerst als religiöse und nur an zweiter Stelle als medizinische Angelegenheit. Gesundheitliche Argumente wurden vorwiegend deshalb angeführt, um die Kompatibilität zwischen religiösem Gesetz und Wissenschaft zu belegen. Erst die Einordnung in eine Beurteilungskategorie, die das Unterlassen der Praktik nicht als Sünde einstuft, machte es möglich, andere Aspekte in die Beurteilung einzubeziehen und somit gegebenenfalls zu einem Verbot zu gelangen.[89] Die Auseinandersetzung mit dem medizinischen Wissen über den Eingriff sowie die betroffenen Organe und ihre Funktionen wurde damit zur Pflicht für den *muftī*.[90] Während lange Konsens darüber bestand, dass die bisherigen wissenschaftlichen Erkenntnisse zu den Schäden von Frauenbeschneidung Einzelmeinungen oder Übertreibungen seien, wurden die negativen gesund-

---

86 Qaraḍāwī: al-Ḥukm aš-šarʿī, S. 520; ähnlich Šaltūt: Ḫitān al-banāt, S. 56; Ḥamrūš: Ḫitān al-banāt, S. 49; al-Birrī: Fatwa, S. 52; al-Awa: FGM, S. 13.

87 ʿArafa: Ḫitān al-banāt, S. 1244.

88 Vgl. auch Margot Badran: Body Politic(s): Women, Power, and Sexuality in Egypt, in: ead.: Feminism in Islam. Secular and Religious Convergences, Oxford 2009, S. 168–191 (177).

89 Vgl. auch Thomas Eich / Björn Bentlage: Negotiating Islamic Identity in Egypt through Bioethics. Contesting „the West“ and Saudi Arabia, in: Bioethics around the Globe, hrsg. von Catherine Myser, Oxford 2011, S. 216–241 (227).

90 Vgl. Al-Awa: FGM, S. 8.

heitlichen Folgen gegen Ende des 20. Jahrhunderts mehr und mehr als gesichert angesehen. Gleichzeitig wurde auch die Ansicht, dass eine Beschneidung der Klitoris keine Auswirkungen auf die Sexualmoral der betroffenen Frauen habe, als gegeben akzeptiert. Vor diesem Hintergrund ermöglichte es die Berufung auf allgemeine Prinzipien des islamischen Rechts den *ʿulamāʾ*, ihr Urteil über die Zulässigkeit von Frauenbeschneidung zu revidieren.

Fazit

Fatāwā zeichnen sich dadurch aus, dass sie eine konkrete Rechtsauskunft zu einem spezifischen Problem geben. Dass die jeweiligen *muftī*s selbst bei ähnlich gelagerten Fällen nicht immer zu gleichen Schlüssen kommen, sondern eine gewisse Pluralität an Meinungen herrscht, ist damit in der Sache bereits angelegt. Daher ist es wenig verwunderlich, dass auch die Positionen ägyptischer Rechtsgelehrter zu Frauenbeschneidung im Laufe des 20. Jahrhunderts nie einheitlich ausfielen. Wie in dem vorangegangenen Überblick deutlich geworden ist, unterscheidet sich nicht nur das Urteil von einem *muftī* zum nächsten; auch ein und derselbe Gelehrte ändert gegebenenfalls seine Meinung oder – zurückhaltender formuliert – kommt unter bestimmten Umständen zu einem anderen Schluss als zuvor.

Im Unterschied zu jüngeren Diskussionen blieb die Bandbreite möglicher Meinungen in den 1950er Jahren allerdings begrenzt: Ein tatsächliches Verbot äußerte noch niemand der Gelehrten; einzig Maḥmūd Šaltūt stand einer allgemeinen Ablehnung in seinen Ausführungen sehr nahe. Meinungsvielfalt unter den Gelehrten bedeutete also lange Zeit die Anerkennung der prinzipiellen Rechtmäßigkeit von Beschneidung. Dies änderte sich erst in den 1990er Jahren, als sowohl internationale Kampagnen als auch lokale Initiativen gegen weibliche Genitalverstümmelung in Ägypten an Bedeutung gewannen. Die Anstöße für eine Neubewertung der Beschneidung von Frauen im islamischen Recht kamen damit stets von außen, doch der diskursive Rahmen, innerhalb dessen diese Neubewertung stattfand, änderte sich nur geringfügig. Primäres Bezugssystem blieb die überlieferte Tradition, in der die Diskussion darüber, welcher islamrechtliche Status der weiblichen Beschneidung zugeschrieben wird, eine lange Geschichte hatte.

In zeitgenössischen *fatāwā* bildet die Entscheidung für eine Beurteilungskategorie mit geringem Verbindlichkeitsgrad, die auch historisch dominierte, die Voraussetzung für eine Verurteilung der Praktik. Gerade weil die weibliche Beschneidung in den Primärtexten des islamischen Rechts nur sporadisch behandelt wird, eröffnet sich damit ein Spielraum, die nun als medizinisch bewiesen angesehene Schädlichkeit als Argument anzuführen. Mit Berufung auf das Konzept *lā ḍarar wa-lā ḍirār* wird die Vorstellung von Frauenbeschneidung als ein ungerechtfertigter Eingriff in den weiblichen Körper islamrechtlich legitimiert. Der Fokus auf körperli-

che und psychische Folgeschäden korreliert mit in Ägypten bereits seit dem frühen 20. Jahrhundert bestehenden medizinischen Debatten über die gesundheitlichen Risiken der Praktik und steht auch in Einklang mit dem bis in die 1990er Jahre dominierenden internationalen Ansatz, bei der Bekämpfung weiblicher Genitalverstümmelung die gesundheitlichen Auswirkungen zu betonen. Dieser medizinische Diskurs wird seit Ende des 20. Jahrhunderts – anders als noch in den 1950er Jahren – auch von den Religionsgelehrten als neutral wahrgenommen und kann damit in die Urteilsbegründung einfließen.[91] Welche Autorität medizinischen Argumenten zugemessen wird, spiegelt sich auch in der Tatsache wider, dass manche *muftī*s nun für die mögliche Beibehaltung der Praktik – die sie aus religiöser Perspektive nicht uneingeschränkt als unerlaubt ansehen können oder wollen – gleichermaßen gesundheitliche Gründe anführen.

Den Wandel hin zu einer Formulierung des Phänomens als Menschenrechtsverletzung auf internationaler Ebene[92] rezipierten ägyptische Rechtsgelehrte hingegen kaum. Konzepte wie sexuelle und reproduktive Rechte werden als westliche Versuche abgelehnt, die muslimische Sexualmoral zu untergraben und damit die gesellschaftliche Ordnung zu stören.[93] Dies macht einmal mehr deutlich, dass die Ablehnung von Frauenbeschneidung in der islamischen Religionsgelehrsamkeit nicht mit einer Neubewertung von Annahmen über Sexualmoral und Geschlechterverhältnisse einhergeht. Wenn auch das Recht der Frau auf sexuelle Befriedigung als in der islamischen Rechtstradition fest verankertes Prinzip anerkannt wird, bleibt die Vorstellung eines zu kontrollierenden weiblichen Sexualtriebs weitgehend erhalten.

Seit die ägyptische Regierung die internationale Norm der Ablehnung weiblicher Genitalverstümmelung übernommen hat, stehen insbesondere Rechtsgelehrte, die als Staatsangestellte arbeiten, unter größerem Druck, ihre Meinungen an die offizielle Regierungsposition anzupassen. In welchem Maße dies allerdings geschieht, ist stark von der Persönlichkeit und Unabhängigkeit des jeweiligen *muftī*s abhängig: Während Ṭanṭāwī und Ǧumʿa vollständig von ihrer früheren Befürwortung von Frauenbeschneidung abrückten, veröffentlichten Ǧād al-Ḥaqq und Ṣaqr zeit ihres Lebens weiterhin *fatāwā*, die die Praktik aus islamrechtlicher Perspektive als zulässig bewerten. In diesem Kontext sind Rechtsgutachten auch als Aushandlungen der Definitionsmacht, was als islamische Praktik gilt, zu sehen.

Gleichzeitig äußern sich die untersuchten Rechtsgelehrten in einem gesellschaftlichen Kontext, in dem die weibliche Beschneidung

[91] Vgl. auch Boyle: Female Genital Cutting, S. 8.

[92] Vgl. Ylva Hernlund / Bettina Shell-Duncan: Transcultural Positions. Negotiating Rights and Culture, in: Transcultural Bodies. Female Genital Cutting in Global Context, hrsg. von Ylva Hernlund und Bettina Shell-Duncan, New Brunswick et al. 2007, S. 1–45 (12 ff., 20).

[93] Vgl. z. B. Ǧumʿa: Ḥukm al-ḫitān, S. 205.

hohe Akzeptanz genießt. Es überrascht daher wenig, dass gerade kleinere *fatāwā*, die eher als spezifische Antwort auf den konkreten Fall des Fragestellers denn als ein parteiisches politisches Statement gelten können, selten eine eindeutige Ablehnung der Praktik beinhalten. Häufig bleibt es dem Fragesteller überlassen, aus den verschiedenen möglichen Positionen die favorisierte auszuwählen. Damit vermitteln die Gelehrten zwischen sozialen Realitäten, politischen Notwendigkeiten und islamrechtlichen Traditionen. Trotz der zunehmenden Akzeptanz des staatlichen Verbots bleibt die Haltung der überwiegenden Mehrheit der Rechtsgelehrten zur weiblichen Beschneidung also ambivalent.[94]

Durch diese Ambivalenz und die Pluralität der islamrechtlichen Positionen sind Stellungnahmen religiöser Gelehrter alleine ebenso wenig dazu geeignet, einen nachhaltigen Wandel hin zur Beendigung weiblicher Genitalverstümmelung herbeizuführen, wie andere eindimensionale Interventionen. Sicherlich können *fatāwā* bedeutender und anerkannter *muftīs*, die Frauenbeschneidung verurteilen, in den Kampagnen eingesetzt werden.[95] Welche Auswirkungen die normativen islamrechtlichen Debatten jedoch auf die tatsächliche Verbreitung der Praktik haben bzw. haben können, muss hier offen bleiben. Zudem werden befürwortende Stimmen innerhalb der Religionsgelehrsamkeit zunächst fortbestehen und durch die Verbreitung im Internet und in anderen Medien weiterhin verfügbar sein.[96] Da *fatāwā* eben nicht als bindendes Recht gelten und eine gewisse Freiheit besteht, an die Meinung welches *muftīs* man sich hält, kann die Betonung religiöser Vorschriften in Kampagnen gegen Genitalbeschneidung nur in Verbindung mit einem Wandel des öffentlichen Diskurses in den betroffenen Ländern effektiv sein. Wie Kecia Ali prägnant zusammenfasst:

> The insistence that Islam forbids FGC is not so much false as meaningless: it depends entirely on what one intends by the term "Islam." The texts, as is frequently noted, do *not* speak for themselves, though I do think it is possible to read them in ways that yield a determination that any form of female genital cutting is reprehensible at best and that extreme forms such as infibulation must be forbidden.[97]

Wie das eingangs zitierte Gerichtsurteil zeigt, versucht der ägyptische Staat die Frage nach der islamrechtlichen Zulässigkeit der Beschneidung von Frauen im Sinne eines Verbots zu regeln. Ein Gerichtsurteil des Obersten Verfassungsgerichts von 2013, das eine Klage gegen das Gesetz zur Kriminalisierung weiblicher Genitalverstümmelung zurückwies, hat diese Position erneut bestätigt. In der islamischen Religionsgelehrsam-

[94] Vgl. auch Kutscher: Towards a Solution, S. 230.

[95] Vgl. auch Ellen Gruenbaum: The Female Circumcision Controversy. An Anthropological Perspective, Philadelphia 2001, S. 65 f.

[96] Siehe hierzu auch Ali: Sexual Ethics, S. 110 f.

[97] Ibid., S. 111; Hervorhebung im Original.

keit aber existierte seit jeher eine viel größere Meinungsvielfalt, als es die Urteile der staatlichen Gerichte vermuten lassen – mit allen damit verbundenen positiven und negativen Implikationen.

Elisabeth Trepesch ist wissenschaftliche Mitarbeiterin in dem von der Fritz Thyssen-Stiftung geförderten Projekt „Islamrechtliche Diskussionen medizinethischer Fragen im Wandel: Das Beispiel der Frauenbeschneidung in Ägypten im 20. Jahrhundert“ und Doktorandin im Fach Islamwissenschaft an der Universität Hamburg.

ZRI 2016 (S. 181–196)

Rechtswissenschaftliche Argumentationsstrukturen und propagandistische Rhetorik in ʿAbdullāh ʿAzzāms Rechtsgutachten „Die Verteidigung der muslimischen Gebiete ist die oberste individuelle Pflicht“

Petra Nendwich

> Wenn auch nur eine Handspanne muslimisches Gebiet angegriffen wird, wird der Ǧihād zur Pflicht für die Bewohner jenes Ortes und für jene in ihrer Nähe. Und wenn diese die Angreifer nicht bezwingen können, wird der Ǧihād zu einer individuellen Pflicht für die am nächsten Befindlichen und die Übernächsten, bis die ganze Welt vom Osten bis zum Westen zum Ǧihād verpflichtet ist.*

Fünf Jahre nach Beginn des Afghanistankriegs durch die sowjetischen Invasion im Dezember 1979 verfasste ʿAbdullāh ʿAzzām (1941–1989)[1] das Rechtsgutachten *Die Verteidigung der muslimischen Gebiete ist die oberste individuelle Pflicht*[2], das den *Ǧihād* zur Pflicht für jeden gläubigen Muslim deklariert und von den Muslimen weltweit Unterstützung für die *muǧahidūn* in Afghanistan fordert.

ʿAzzām arbeitete zu diesem Zeitpunkt mit Osama bin Laden (Usāma b. Lādin) zusammen, mit dem er ein Rekrutierungsbüro (*maktab ḫadamāt al-muǧāhidīn*) für neue *Ǧihād*-Kämpfer an der afghanisch-pakistanischen Grenze in Peshāwar leitete. Während er die Ankunft neuer *Ǧihād*-Kämpfer organisierte, kümmerte er sich auch um finanzielle Unterstützung und warb international für den afghanischen *Ǧihād*.[3] Erst Ende 1984 strömten jedoch zunehmend freiwillige Kämpfer nach Afghanistan.[4] In diesem Zusammenhang ist ʿAzzāms *Fatwā* als Mobilisierungsversuch zu werten und die Veröffentlichung seiner Schrift

* ʿAbdullāh ʿAzzām: Ad-difāʿ ʿan arāḍī al-muslimīn ahamm furūḍ al-āʿyān (Die Verteidigung der muslimischen Gebiete ist die oberste individuelle Pflicht), S. 16; siehe web.archive.org/web/20150108092228, www.tawhed.ws/r?i=x483iubf (letzter Aufruf am 2. 3. 2016).

1 Insgesamt gibt es recht wenig biografisches Material über ʿAzzām. Neben den im weiteren Verlauf genannten Quellen zu ʿAzzāms Biografie ist die Biografie von ʿAzzām auf der Homepage tawhed.ws (in Arabisch) von Interesse: web.archive.org/web/20140701070640, tawhed.ws/a?a=a82qriko (letzter Aufruf 28. 9. 2016).

2 ʿAzzām: Ad-difāʿ ʿan arāḍī al-muslimīn ahamm furūḍ al-āʿyān, S. 16.

3 Die Zusammenarbeit zwischen ʿAzzām und bin Laden währte nicht lange. Bereits 1986 gründete ʿAzzām ein eigenes Trainingslager an der afghanischen Grenze. Vgl. Bernard Rougier: ʿAzzām, ʿAbdallāh, in: Encyclopaedia of Islam 3; Thomas Hegghammer: Abdullah Azzam, der Imam des Dschihads, in: Al-Qaida. Texte des Terrors, hrsg. von Gilles Kepel, München 2006, S. 145–270 (158); Bruce Lawrence / James Howarth: Messages to the World. The Statements of Osama Bin Laden, London 2005, S. 2; Mark Juergensmeyer: Die Globalisierung religiöser Gewalt. Von christlichen Milizen bis Al-Qaida, Bonn 2009, S. 316.

4 Kepel nennt Schätzungen zwischen 8.000 und 20 000 Personen, die sich freiwillig in Ausbildungs-

kann dem Mangel an *Ǧihād*-Kämpfern zugeschrieben werden.[5]

Das Rechtsgutachten besteht aus drei Teilen, wobei der erste Würdigungen von anderen sunnitischen Gelehrten enthält,[6] während der dritte Teil als eine Art Appendix verschiedene Aspekte des *Ǧihād* in Afghanistan aufgreift und mit „Viele Fragen und wichtige Fragen" betitelt ist.[7] Der Hauptteil, der den gleichen Titel wie das Rechtsgutachten trägt, beinhaltet die eigentliche Argumentation ʿAzzāms für den *Ǧihād* in Afghanistan. Da ʿAzzāms Argumentation im Mittelpunkt des Forschungsinteresses steht, beschränkt sich die vorliegende Studie auf den Hauptteil der Schrift und analysiert diesen hinsichtlich zwei Aspekten, die ihn charakteristisch für *ǧihādistisch*-salafistische „Mobilisierungsliteratur" machen: Zum einen werden die wichtigsten rechtswissenschaftlichen Argumente ʿAzzāms dargestellt und erklärt, zum anderen wird anhand einzelner rhetorischer Stilmittel gezeigt, wie ʿAzzām seine Leser mit Hilfe propagandistischer Rhetorik zu beeinflussen sucht.

A. Rechtswissenschaftliche Argumentationsstrukturen

1. Die zwei Arten des *Ǧihād*

ʿAzzām unterscheidet zwei Arten des *Ǧihād*: den offensiven *Ǧihād* (*ǧihād aṭ-ṭalab*) und den defensiven *Ǧihād* (*ǧihād ad-dafʿ*). Um einen offensiven *Ǧihād* handelt es sich, für ʿAzzām, wenn die Ungläubigen in ihren eigenen Ländern angegriffen werden, noch bevor sie ihre Truppen gegen die Muslime mobilisieren. Für den Herrscher (*imām*) ist es eine Pflicht diesen *Ǧihād* ein- bis zweimal im Jahr zu führen, ebenso wie es eine kollektive Pflicht (*farḍ al-kifāya*) für die Gläubigen ist, ihn mit einer ausreichend großen Anzahl an Kämpfern zu unterstützen. Unter Berufung auf den malikītischen Gelehrten Ibn al-Qāsim[8] deklariert ʿAzzām das Einziehen der Kopfsteuer (*ǧizya*) von Nicht-Muslimen als eines der Ziele des offensiven *Ǧihād*.[9]

Im Gegensatz dazu handelt es sich für ʿAzzām um einen defensiven *Ǧihād*, wenn die Muslime ihre eigenen Länder vor den Ungläubigen verteidigen müssen. In diesem Fall

lagern auf den *Ǧihād* gegen die Sowjetunion vorbereiteten. Gilles Kepel: Das Schwarzbuch des Dschihad. Aufstieg und Niedergang des Islamismus, München/Zürich 2002, S. 184.

5 Ibid., S. 176 und 184; Mariella Ourghi: Muslimische Positionen zur Berechtigung von Gewalt. Einzelstimmen, Revisionen, Kontroversen, Würzburg 2010, S. 89–97.

6 ʿAbdullāh ʿAzzām: Ad-difāʿ ʿan arāḍī, S. 1–6. In der Buchausgabe von 1988 sind die Faksimiles von ʿUmar Saif, Saʿīd Ḥawa, ʿAbdullāh Nāṣiḥ ʿAlwān und Muḥammad Naǧīb al-Muṭīʿī abgedruckt und ʿAzzām beruft sich des Weiteren auf ʿAbd al-ʿAzīz b. Bāz, Ḥusain Ḥāmid Ḥasān, Muḥammad b. Sāliḥ b. ʿUṯaimīn, ʿAbd ar-Razzāq ʿAfīfī, Ḥasan Ayūb und Aḥmad al-ʿAssāl. ʿAbdullāh ʿAzzām: Ad-difāʿ ʿan arāḍī al-muslimīn ahamm furūḍ al-āʿyān, Alexandria 1988; Vgl. Hegghammer: Abdullah Azzam, S. 185.

7 ʿAbdullāh ʿAzzām: Ad-difāʿ ʿan arāḍī, S. 26–37.

8 Gest. 806; Schüler des Gelehrten Mālik b. Anas. Joseph Schacht: Ibn al-Ḳāsim, in: Encyclopaedia of Islam 2.

9 ʿAbdullāh ʿAzzām: Ad-difāʿ ʿan arāḍī, S. 9.

wird der *Ǧihād* laut ʿAzzām zu einer individuellen Pflicht (*farḍ al-ʿain*) für alle Muslime, so dass sich jeder Einzelne an der Verteidigung beteiligen muss. Für ʿAzzām ist dieser *Ǧihād* sogar die wichtigste Pflicht (*ahamm furūḍ al-āʿyān*) eines Gläubigen und sie tritt in vier Fällen ein:

1. Wenn die Ungläubigen ein muslimisches Land angreifen.
2. Wenn sich zwei Heere in der Schlacht begegnen.
3. Wenn ein Imam eine Person oder ein Volk zum Krieg aufruft.
4. Wenn die Ungläubigen eine Gruppe Muslime gefangen nehmen.[10]

2. Die individuelle Pflicht zum *Ǧihād* im Verteidigungsfall

Mit dem ersten der vier Punkte nennt ʿAzzām den für seine Argumentation wichtigen Verteidigungsfall, der in seinen Augen eine individuelle Pflicht zum Kampf bedingt. ʿAzzām betont, dass über diese Rechtsfrage ein Konsens (*iǧmāʿ*) unter den klassischen Rechtsgelehrten ebenso wie den Altvorderen (*as-salaf*) und ihren Nachfolgern (*al-ḫalaf*) besteht. Aus der individuellen Pflicht resultiert rechtlich für ʿAzzām zum einen, dass der Ausübende keiner speziellen Erlaubnis für seine Kampfhandlungen bedarf und zum anderen überträgt sich die Pflicht, wenn die Bewohner des angegriffenen Gebietes sie zum Beispiel aus Unfähigkeit oder Faulheit versäumen.[11] In diesem Fall wird sie jeweils auf die räumlich am nächsten liegenden Gebiete (*dawāʾir al-aqrab*) übertragen und sollten auch deren Bewohner die Pflicht vernachlässigen, breitet sie sich auf alle Gebiete aus (*ḥatta yaʿumm farḍ al-ʿain al-arḍ kullahā*).[12] ʿAzzām untermauert seine Aussage mit einem Zitat des ḥanbalitischen Rechtsgelehrten Ibn Taimīya.[13]

> Es herrscht Einigkeit darüber, dass der defensive Ǧihād eine anstrengende Aufgabe ist, denn er bedeutet die Abwehr der Angreifer für den Schutz der Religion und des Heiligen. Die Abwehr der Feinde, die alles Religiöse und Weltliche zugrunde richten, ist nach dem Glauben die oberste Pflicht (*lā šaiʾ auǧaba baʿda l-īmān min dafʿihi*).[14]

Um den Konsens der Rechtsgelehrten in dieser rechtlichen Frage zu belegen, gibt ʿAzzām beispielhaft die Meinungen der einzelnen Rechtsschulen wieder. Als Vertreter der ḥanafitischen Rechtsschule nennt er den osmanischen Gelehrten Muḥammad b. ʿĀbidīn,[15] für den der *Ǧihād* dann zur individuellen Pflicht wird, wenn Feinde die Grenzen des islamischen Territoriums (*ṯaġr min al-*

---

10 Ibid., S. 9.

11 Ibid., S. 10.

12 Ibid., S. 10.

13 Ibn Taimīya (gest. 1328) wird von zeitgenössischen salafistischen Autoren zumeist auf Grund seiner Polemiken gegen Christen und Schiiten zitiert. Für einen differenzierten Überblick über Ibn Taimīyas Ansichten und Werke vgl. M. Ben Cheneb: Ibn Taimīya, in: Encyclopaedia of Islam 1; Yossef Rapoport (Hg.): Ibn Taymiyya and his Times, Karachi 2010.

14 ʿAbdullāh ʿAzzām: Ad-difāʿ ʿan arāḍī, S. 10.

15 Muḥammad Amīr b. ʿUmar b. ʿAbd al-ʿAzīz ʿĀbidīn al-Dimašqī (gest. 1842). Vgl. P. Bosworth /

ṯuġūr al-islām) angreifen. Von der Pflicht sind in erster Linie die Angegriffenen betroffen und solange sie die Grenzen verteidigen können, ist der *Ǧihād* für die übrigen Muslime lediglich eine kollektive Pflicht. Dies ändert sich, wenn die Betroffenen dem Feind nicht standhalten können oder aus Faulheit das Territorium nicht ausreichend verteidigen; in diesem Fall wird die Verteidigung zur individuellen Pflicht für alle, so wie das Beten und Fasten eine individuelle Pflicht ist, bis „allmählich die Gesamtheit der islamischen Umma (*ǧamīʿ ahl al-islām*) von Ost bis West in der Pflicht steht."[16]

Die Meinung der malikītischen Rechtsschule zeigt ein Zitat von ad-Dusūqī,[17] für den der *Ǧihād* zur individuellen Pflicht wird, wenn der Feind überraschend angreift (*faǧʾ al-ʿadūw*). Dann ist es für jeden, auch für Frauen, Sklaven und Kinder, obligatorisch in den *Ǧihād* zu ziehen und niemand kann ihnen das verbieten.[18]

Als Vertreter der šafiʿītischen Rechtsschule wird der Gelehrte Ramli[19] zitiert, der ebenfalls im Falle eines Angriffs der muslimischen Länder durch Feinde (*daḫalū balada lanā*) den *Ǧihād* als individuelle Pflicht definiert und zwar auch für solche Personenkreise wie Mittellose, Kinder, Sklaven, Schuldner oder Frauen, die unter normalen Umständen vom *Ǧihād* befreit sind.[20]

Die Sichtweise der ḥanbalitischen Rechtsschule erläutert ʿAzzām mithilfe eines Zitats von Ibn Qudāma.[21] Er nennt den *Ǧihād* als individuelle Pflicht in drei Situationen: Erstens, wenn sich feindliche Armeen gegenüberstehen. Zweitens, wenn Ungläubige ein muslimisches Land überfallen und drittens, wenn ein Imam ein Volk zum *Ǧihād* aufruft. Auch für den Gelehrten Ibn Taimīya ist die Verteidigung obligatorisch:

> Wenn der Feind ein muslimisches Land angreift, gibt es keinen Zweifel daran, dass seine Verteidigung für die Bewohner in der Nähe und auch die weiter entfernten verpflichtend ist, denn die islamischen Länder sind eins […].[22]

C. E. Bearman: Ibn ʿĀbidīn, in: Encyclopaedia of Islam 2; Norman Calder: The Limits of Islamic Orthodoxy, in: Farhad Daftary: Intellectual Traditions in Islam, New York 2001, S. 82.

16 Ibn ʿĀbidīn zitiert in: ʿAbdullāh ʿAzzām: Ad-difāʿ ʿan arāḍī, S. 11. ʿAzzām verweist als weitere Vertreter der ḥanafitischen Rechtsschule auf ʿAlāʾ ad-Dīn al-Kāsānī (gest. 1189), Zain ad-Dīn an-Nuǧaim (gest. 1563) und al-Kamāl b. al-Hammām (gest. 1457), ibid.

17 Muʿammad b. Aḥmad b. ʿArafa ad-Dusūqī (gest. 1815).

18 Ibid., S. 11.

19 Šams ad-Dīn ar-Ramlī (gest. 1595). ʿAzzām zitiert sein Werk Nihāyat al-Muḥtāǧ ilā Šarḥ al-Minhāǧ. Vgl. A. Zysow: al-Ramlī, in: Encyclopaedia of Islam 2.

20 ʿAbdullāh ʿAzzām: Ad-difāʿ ʿan arāḍī, S. 11.

21 Ibn Qudāma al-Maqdīsī (gest. 1223) ist ḥanbalitischer Rechtsgelehrter und Theologe. Er wanderte mit seiner Familie aus dem Kreuzfahrerstaat ‚Königreich von Jerusalem' aus und verbringt seine Lehrjahre in Damaskus. Später nimmt er unter Saladin (Ṣalāḥ ad-Dīn) am Eroberungsfeldzug von Jerusalem teil. Seine berühmtesten Werke sind *al-Muġnī*, *al-ʿUmda* und *Rauḍat an-nāẓir*. G. Makdisi: Ibn Ḳudāma al-Maḳdīsī, in: Encyclopaedia of Islam 2.

22 ʿAbdullāh ʿAzzām: Ad-difāʿ ʿan arāḍī, S. 12.

Diese Verpflichtung aller Muslime zur Verteidigung eines angegriffenen Landes nennt ʿAzzām „*an-nafīr al-ʿām*“, was als „allgemeines Aufgebot“ oder „genereller Kriegsaufruf“ übersetzt werden kann.[23] ʿAzzām geht in seinem nächsten Kapitel mit der Überschrift „Belege und Legitimierung des generellen Kriegsaufrufs“ näher auf sein Verständnis des Begriffs ein.

3. Belege und Legitimierung des generellen Kriegsaufrufs

ʿAzzām formuliert insgesamt acht Gründe für seinen Kriegsaufruf. Als ersten Beleg nennt ʿAzzām *Qurʾān*-Vers 9:41.

> Rückt aus, leicht oder schwer, und setzt euch ein mit Gut und Blut auf Allahs Weg (*wa-ǧāhidū bi-amwālikum wa-anfusikum fī-sabīl Allāh*). Dies ist besser für euch, wenn ihr es nur begreifen würdet.[24]

In diesem *Qurʾān*-Vers findet ʿAzzām ein grundsätzliches Gebot den *Ǧihād* zu führen.[25] In seinen Augen wurde dieses Gebot bereits Muḥammad auferlegt, als die Byzantiner die Grenzen der arabischen Halbinsel und damit des muslimischen Territoriums bedrohten. Er beruft sich in dieser Ansicht auf eine Aussage Ibn Kaṯīrs.[26]

> Allah hat den generellen Kriegsaufruf mit dem Propheten nach Tabūk zu ziehen befohlen, um die Feinde Allahs, die zu den Buchbesitzern gehörenden, ungläubigen Byzantiner (*ar-rūm al-kafara min ahl al-kitāb*) zu bekämpfen […].[27]

ʿAzzām bezieht somit bereits das generelle Gebot für den *Ǧihād* beispielhaft auf einen Verteidigungsfall gegen Ungläubige.

Im Mittelpunkt seines zweiten Belegs für den *Ǧihād* stehen ebenfalls die Ungläubigen (*mušrikūn*), die es für ʿAzzām auf Grund einer Aufforderung im *Qurʾān* zu bekämpfen gilt:

> Bekämpft die Götzendiener allesamt, so wie sie euch allesamt bekämpfen. Und wisset, dass Allah mit den Gottesfürchtigen ist.[28]

Den dritten Beleg findet ʿAzzām im *qurʾānischen* Aufruf die *fitna*[29] zu bekämpfen, die ʿAzzām dem Unglauben (*širk*) gleichsetzt.

> Und kämpfe wider sie, bis es keinen Unglauben (*fitna*) mehr gibt und nur noch Allah verehrt wird.[30]

---

23 Ibid.

24 *Qurʾān* 9:41:
انفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا وَجَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّـهِ ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ.

25 Die Unterlassung des *Ǧihād* wird laut ʿAzzām bereits im *Qurʾān* bestraft: „Wenn ihr nicht ausrückt, wird er euch mit schmerzlicher Strafe strafen und ein anderen Volk an eure Stelle setzen. Und ihr schadet ihm keineswegs, denn Allah hat Macht über alle Dinge.“ *Qurʾān* 9:39, ibid.:
إِلَّا تَنفِرُوا يُعَذِّبْكُمْ عَذَابًا أَلِيمًا وَيَسْتَبْدِلْ قَوْمًا غَيْرَكُمْ وَلَا تَضُرُّوهُ شَيْئًا وَاللَّـهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ.

26 Ibn Kaṯīr (gest. 1373) ist *Qurʾān*-Kommentator, šafiʿītischer Rechtsgelehrter und ein Schüler Ibn Taimīyas. H. Laoust: Ibn Kathir, in: Encyclopaedia of Islam 2.

27 ʿAbdullāh ʿAzzām: Ad-difāʿ ʿan arāḍī, S. 12.

28 *Qurʾān* 9:36:
وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً كَمَا يُقَاتِلُونَكُمْ كَافَّةً وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّـهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ.

29 Allgemein als „Prüfung durch Gott“ zu übersetzen. Historisch bezeichnet der Begriff in erster Linie die Kämpfe zwischen ʿAlī und Muʿāwiya um das Kalifat. L. Gardet: Fitna, in: Encyclopaedia of Islam 2.

30 *Qurʾān* 8:39:

Als vierten und fünften Beleg, wenn es zu einem generellen Kriegsaufruf kommt, nennt ʿAzzām den Aufruf des Anführers der muslimischen Gemeinschaft (*istinfār al-imām*) und die Situation, dass bestimmte zu schützende Werte wie die Religion (*ad-dīn*), das Leben (*an-nafs*), die Ehre (*al-ʿirḍ*), der Verstand (*al-ʿaql*) und der Besitz (*al-māl*) in Gefahr sind.[31]

In seinem sechsten Punkt spricht ʿAzzām die Bekämpfung der Ungläubigen an und vor allem die Problematik, wenn sich muslimische Kriegsgefangene in ihren Reihen befinden und dadurch die Gefahr besteht, unschuldige Muslime zu töten. Auch in diesem Fall hält ʿAzzām den Verteidigungskampf für eine Pflicht und beruft sich dabei auf Ibn Taimīya, der ebenfalls die Bekämpfung der Ungläubigen über das Leben der in ihren Reihen befindlichen Muslimen stellt.[32]

Eine ähnliche Argumentationsstruktur verfolgt ʿAzzām bei seinem siebten Punkt, der Bekämpfung rebellierender (muslimischer) Gruppen (*qitāl al-fiʾa al-bāġīya*), die aus seiner Sicht ebenfalls bekämpft werden müssen, da im *Qurʾān* offenbart wird:

> Wenn nun zwei Parteien der Gläubigen miteinander streiten, dann stiftet unter ihnen Frieden. Wenn aber die eine sich gegen die andere vergeht, dann kämpft gegen die, welche sich vergeht, bis sie unter Allahs Befehl zurückkehrt. Falls sie aber zurückkehrt, stiftet unter ihnen Frieden nach Recht und Billigkeit; und seid gerecht. Allah liebt fürwahr die gerecht Handelnden.[33]

Schließlich sind laut ʿAzzām auch jene Muslime zu bekämpfen, die ihrerseits gegen andere Mitglieder der muslimischen Gemeinschaft vorgehen, wie zum Beispiel Banditen oder Wegelagerer.[34] In dieser Aussage beruft sich ʿAzzām auf das historische Beispiel Muḥammads und auf einen weiteren *Qurʾān*-Vers:

> Wahrlich, der gerechte Lohn derer, welche Allah und seinen Gesandten bekämpfen und auf Erden Verderben stiften, ist es, daß viele von ihnen getötet oder gekreuzigt oder daß ihnen Hände und Füße wechselseitig abgeschlagen oder daß sie aus dem Land verbannt werden. Das ist der Lohn im Diesseits, und im Jenseits wird ihnen schmerzliche Strafe zu teil.[35]

Diese acht Aspekte stellen für ʿAzzām die Legitimationsgrundlage für einen generellen Kriegsaufruf dar, den er auf den folgenden Seiten seines Rechtsgutachtens auf die politische Lage in Afghanistan überträgt. Zunächst sollen jedoch Teile von ʿAzzāms rechtswissenschaftlichen Ausführungen genauer beleuchtet werden.

وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ كُلُّهُ لِلَّـهِ.

31 ʿAbdullāh ʿAzzām: Ad-difāʿ ʿan arāḍī, S. 13 f.

32 Ibid., S. 14 f.

33 *Qurʾān* 49:9:
وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّـهِ فَإِن فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّـهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ.

34 ʿAzzām umschreibt sie als „*al-muḥāribūn min al-muslimīn*“, ibid., S. 15.

35 *Qurʾān* 5:33:
إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّـهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَافٍ أَوْ يُنفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَٰلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ.

4. Parallelen und Unterschiede zur klassischen sunnitischen Rechtswissenschaft

ʿAzzāms anfängliche Unterscheidung zwischen der individuellen Pflicht (*farḍ al-ʿain*) und kollektiven Pflicht (*farḍ al-kifāya*) bezieht sich auf Begrifflichkeiten, wie sie bereits die klassischen Gelehrten verwendeten. So ist es in der sunnitischen Rechtswissenschaft üblich, den *Ǧihād* als Pflicht (*farḍ*) zu definieren und ihn damit der obersten Stufe der fünf Beurteilungskategorien (*aḥkām al-ḫamsa)*[36] zuzurechnen.[37] Die Kategorie „*farḍ*" umfasst dabei all jene verpflichtenden Vorschriften, deren Unterlassung laut den Quellen bestraft und deren Ausführung belohnt wird.[38] Besonders in jenen Textquellen, die zeitlich zu Muḥammads Lebzeiten gehören, ist eine Tendenz, den *Ǧihād* zu den religiösen (individuellen) Pflichten (Glaubensbekenntnis, Gebet, Fasten, Armensteuer, Pilgerfahrt) zu zählen, erkennbar. Dies belegen verschiedene *Qurʾān*-Verse, die den *Ǧihād* loben und „himmlischen Lohn" für ihn versprechen.[39] Jedoch hat sich in der Rechtswissenschaft die Definition des *Ǧihād* als kollektive Pflicht durchgesetzt.[40] Zwar impliziert auch die kollektive Pflicht eine stetig andauernde Fortführung des *Ǧihād*, allerdings ist die Pflicht erfüllt, wenn eine ausreichend große Gruppe an Kämpfern sich zur Verfügung stellt.[41] Bonner schreibt die Einführung des Begriffs aš-Šāfiʿī[42] zu, der ein Zeitgenossen des von ʿAzzām zitierten Ibn al-Qāsim und ebenfalls Schüler von Mālik b. Anas war.[43] Bonner zitiert die zwei Ziele des *Ǧihād*, die aš-Šāfiʿī in seinem Werk *Kitāb al-umm* formulierte:

> 1) to prevent the enemy from entering Muslim territory, and only then 2) to send enough Muslims on campaign as will succeed in converting the idolaters to Islam, or in imposing *jizya* on the People of the Book.[44]

Die Pflicht des *Ǧihād* liege dabei auf der gesamten muslimischen Gemeinschaft, die jedoch ihre Pflicht erfüllt, sobald die Anzahl der Kämpfer ausreichend für die Durchsetzung der beiden Ziele ist („*an yaqūma bihi*

---

36 Joseph Schacht: Aḥkām, in: Encyclopaedia of Islam 2.

37 E. Tyan: D̲jihād, in: Encyclopaedia of Islam 2; vgl. Theodoor Willem Juynboll: Farḍ, ibid.; Schacht: Aḥkām, ibid.

38 Die Termini *farḍ*, *wāǧib* und *farīḍa* werden von den Rechtsgelehrten mit Ausnahme der Ḥanafiten synonym verwendet. Juynboll: Farḍ, ibid.

39 Noth nennt die Suren 9:39, 47:4, 3:166 und 9:82, in denen der *Ǧihād* als „Glaubensbeweis" verstanden werden kann. Allerdings weist Noth ausdrücklich auf die historischen Bezugspunkte dieser und weiterer Verse hin, die eine Durchsetzung des *Ǧihād* als religiöse Pflicht verhinderten. Albrecht Noth: Heiliger Krieg und heiliger Kampf in Islam und Christentum. Beiträge zur Vorgeschichte und Geschichte der Kreuzzüge, Bonn 1966, S. 33 f.

40 Josef van Ess: Dschihad gestern und heute, Berlin 2012, S. 69 f.; E. Tysan: D̲jihād; Albrecht Noth: Heiliger Krieg, S. 35.

41 Noth übersetzt den Terminus *farḍ ʿalā l-kifāya* als „Pflicht nach dem Modus der Genüge", ibid., S. 35.

42 Gest. 820.

43 E. Chaumont: al-S̲ḫāfiʿī, in: Encyclopaedia of Islam 2.

44 Michael David Bonner: Aristocratic Violence and Holy War. Studies in the Jihad and the Arab-Byzantine Frontier, New Haven 1996, S. 40.

man fihi kifāyatun").[45] Des Weiteren verdeutlicht das Zitat von aš-Šāfiʿī, dass der *Ǧihād* nicht rein als Verteidigungskrieg verstanden, sondern durchaus im Sinne eines „nichtprovozierten Kampfes gegen eine ungläubige Welt"[46] umgesetzt wurde.[47] Dieser Vergleich zwischen dem klassischen *Ǧihād*-Verständnis und den Ansichten ʿAzzāms zeigt die Nähe ʿAzzāms Argumentation zu der klassischen Einteilung des *Ǧihād* in Hinsicht auf die individuelle und kollektive Pflicht.

Für eine Klassifizierung, wer als legitimes Ziel des *Ǧihād* gelten könne, teilten die Juristen die Welt in ein Gebiet des Islams (*dār al-islām*) und ein Gebiet des Kriegs (*dār al-ḥarb*) ein.[48] Voraussetzung, um ein Gebiet als *dār al-islām* deklarieren zu können, ist die dortige Anwendung des islamischen Rechts[49] und die Herrschaftsausübung durch einen Muslim.[50] Zu den Einwohnern des Gebiets zählen, neben den Muslimen, die Schutzbefohlenen bzw. die Anhänger anderer Buchreligionen (*ahl aḏ-ḏimma*), ebenso wie rebellierende muslimische Gruppen (*buġāt*), Apostaten (*murtaddūn*) oder Banditen (*muḥāribun*).[51] Die rechtliche Zugehörigkeit dieser Gruppen zum *dār al-islām* ist insofern wichtig, als dass sie gemäß dem islamischen Recht behandelt werden. Auch ʿAzzām nennt diese Gruppierungen als Ziele des *Ǧihād*, jedoch primär, um einen Vergleich zu den Ungläubigen aufzustellen, deren Bekämpfung in der aktuellen Situation Afghanistans deutlich wichtiger ist.[52] Die Einteilung der Welt in zwei Gebiete behandelt ʿAzzām nicht, jedoch setzt er ihre Kenntnis voraus, wenn er bereits am Anfang die Pflicht des Herrschers beschreibt, ein- oder zweimal im Jahr einen Kriegszug in das *dār al-ḥarb* auszuführen.[53]

In den frühen juristischen Schriften kommt dem Herrscher (*imām*) in Kriegsfragen eine bedeutende rechtliche Rolle zu, da ihm die Ausführung der kollektiven Pflicht obliegt.[54] Diese Ansicht teilt auch ʿAzzām, jedoch verbindet dieser die kollektive Pflicht ausschließlich mit dem offensiven *Ǧihād*. Im Gegensatz dazu weist Johnson darauf hin, dass die kollektive Pflicht sich sowohl in offensiver als auch defensiver Kriegsführung äußerte, da sie die legitime und offizielle

---

45 Ibid., S. 40.

46 Carsten Colpe: Der „Heilige Krieg". Benennung und Wirklichkeit, Begründung und Widerstreit, Bodenheim 1994, S. 58.

47 Van Ess nennt den Gelehrten Sufyān aṯ-Ṯaurī (gest. 778), der für eine Beschränkung des *Ǧihād* auf den Verteidigungsfall eintrat und dessen Rechtsschule sich bis nach Nordafrika und Spanien verbreitete. Josef van Ess: Dschihad gestern und heute, S. 70.

48 Vor allem die Šāfiʿīten erwähnen zusätzlich das Gebiet des Vertrags (*dār al-ʿahd* oder *dār al-sulḥ*). Rudolph Peters: Islam and Colonialism. The Doctrine of Jihad in Modern History, 's-Gravenhage 1979, S. 11 f.; A. Abel: Dār al-Ḥarb, in: Encyclopaedia of Islam 2. Für weitere Gebietseinteilungen vgl. Josef van Ess: Dschihad gestern und heute, S. 70; Rudolph Peters: Islam and Colonialism, S. 12.

49 Ibid., S. 12.

50 John Kelsay: Arguing the Just War in Islam, Cambridge 2007, S. 99.

51 Ibid., S. 99.

52 ʿAbdullāh ʿAzzām: Ad-difāʿ ʿan arāḍī, S. 15. Vgl. weiter unten den Abschnitt „Der emotionale Appell an den Leser".

53 Ibid., S. 9.

54 Ibid., S. 13.

Kriegsführung der muslimischen Gemeinschaft war.[55] Die Tatsache, dass die kollektive Pflicht mit der offiziellen Kriegsführung korrelierte, verdeutlichen zahlreiche rechtswissenschaftliche Diskussionen über die Regeln der Kriegsführung, den Umgang mit den Feinden oder die Verteilung der Kriegsbeute, die darauf ausgerichtet sind, der muslimischen Gemeinschaft als Kollektiv zu dienen.[56] Jedoch entsprach die Idee eines einheitlichen islamischen Gebiets, in dem ausschließlich dem obersten Herrscher das Recht der Kriegsführung zukommt, bereits in der Gründungsphase der Rechtsschulen nicht mehr der Realität als vielmehr einem juristischen Ideal.[57]

Im Gegensatz zu den Diskussionen über die kollektive Pflicht gibt es in den frühen rechtswissenschaftlichen Quellen[58] wenig systematische Auseinandersetzungen mit dem Konzept der individuellen Pflicht.[59] Das änderte sich, als die Kreuzzüge und später die Mongolen die muslimischen Gebiete bedrohten. Vor allem Ibn Taimīya formulierte Ende des 13. Jahrhunderts die Idee eines permanenten *Ǧihād* gegen die Ungläubigen im Falle ihrer Bedrohung des *dār al-islām*. In Ibn Taimīyas Interpretation des *Ǧihād* als defensiven Krieg gegen die Ungläubigen sieht Khadduri eine Anpassung des *Ǧihād*-Konzepts an die damalige Realität unter den Mongolen.[60] Johnson sieht vor allem in den historischen Personen Nūr ad-Dīn[61] und Ṣalāḥ ad-Dīn[62] eine Wendung im Konzept des *Ǧihād*, da ihr Einsatz gegen die Kreuzfahrer kein von offizieller Seite autorisierter *Ǧihād* war, wie es das juristische Konzept der kollektiven Pflicht vorsah.[63] Sowohl Nūr ad-Dīn als auch Ṣalāḥ ad-Dīn waren lediglich regionale Herrscher in Syrien und Palästina, die mit ihren Feldzügen eigene machtpolitische Ziele verfolgten, jedoch in ihrer politischen Position nicht dem rechtlich legitimierten *Imām* entsprachen. Stattdessen begründete

---

55 James Turner Johnson: Tracing the Contours of the Jihad of Individual Duty, in: Journal of Church - and State 53 (2011), S. 37–49 (43).

56 Ibid., S. 43. Eine Herausforderung für das Konzept der kollektiven Pflicht war die zunehmende Dezentralisierung des islamischen Reiches ab dem 10. Jahrhundert, in deren politischen Realität lokale Autoritäten (Sultane) in Konkurrenz mit dem abbasidischen Kalifen standen. Majid Khadduri: The Islamic Law of Nations. Shaybānī's Siyar, Baltimore 1966, S. 59 f.; J. H. Kramers: Sulṭān, in: Encyclopaedia of Islam 2.

57 Johnson: Tracing the Contours, S. 138 f.

58 Die Rede ist von jenen juristischen Werken, die zur *siyār*-Literatur (Singular *sīra*) gehören, welche sich mit den Beziehungen zwischen der islamischen Gemeinschaft und anderen Stämmen oder Reichen auseinandersetzen. Khadduri: The Islamic Law of Nations, S. 39.

59 Die individuelle Pflicht führt Johnson auf Sure 2:190 zurück: „Und bekämpft auf dem Weg Gottes, wer auch bekämpft […]". Johnson: Tracing the Contours, S. 43. Johnson geht auch davon aus, dass die kollektive Pflicht die individuelle ersetzte, sobald ein offizielles Heer einsatzbereit war. Ibid., S. 44.

60 Khadduri: The Islamic Law of Nations, S. 59.

61 Gest. 1174; siehe N. Elisséeff: Nūr al-Dīn Maḥmūd b. Zankī, in: Encyclopaedia of Islam 2.

62 Gest. 1193; siehe D. S. Richards: Ṣalāḥ al-Dīn, in: Encyclopaedia of Islam 2.

63 James Turner Johnson: The Holy War Idea in Western and Islamic Traditions, University Park, Pennsylvania 1997, S. 150.

sich ihre Autorität als Heerführer in dem Konzept der individuellen Pflicht eines jeden Gläubigen das muslimische Gebiet vor den Ungläubigen zu verteidigen.[64]

An diesem Punkt zeigen sich erneut Parallelen zwischen ʿAzzāms Argumentation und den verschiedenen Interpretationsarten des *Ǧihād* von Seiten der klassischen Rechtsgelehrten: Zum einen deklariert ʿAzzām den Verteidigungsfall in Afghanistan zu einer individuellen Pflicht, wie Ibn Taimīyas die Verteidigung gegen die Mongolen als Pflicht ansah. Zum anderen beruft sich ʿAzzām zwar auf das juristische Ideal der islamischen Einheit, an deren Spitze ein legitimer muslimischer Herrscher den kollektiven *Ǧihād* ausführt. Jedoch geht er nicht näher auf diesen Aspekt ein, weil im Falle der individuellen Pflicht die Frage nach einem legitimen Anführer sekundär ist.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass ʿAzzāms Argumente, wie der Pflichtcharakter des *Ǧihād* im Allgemeinen, die individuelle Pflicht im Verteidigungsfall, die kollektive Pflicht den *Imām* in seinen Kriegszügen zu unterstützen, sowie der Aufruf den Islam gegen bestimmte Gruppen zu verteidigen, allesamt Rechtsfragen sind, die von klassischen Rechtsgelehrten bereits diskutiert wurden. Aus diesem Grund sind in ʿAzzāms Rechtsgutachten auch zahlreiche Parallelen zu den klassischen Quellen zu finden. Jedoch wurden die von ʿAzzām aufgeworfenen Rechtsfragen bezüglich des *Ǧihād* wesentlich kontroverser von den Rechtsschulen diskutiert, insbesondere, weil sich die Rechtswissenschaftler über die Jahrhunderte mit wechselnden politischen Kontexten konfrontiert sahen. So ist auch ʿAzzāms rechtliche Argumentation nur vor dem Hintergrund des Afghanistankriegs und im Hinblick auf seine politischen Ziele zu verstehen, wie die nächsten Abschnitte zeigen werden.

B. Propagandistische Stilmittel

Im gewöhnlichen Sprachgebrauch haftet dem Begriff der Propaganda eine pejorative Konnotation an. Lenkt man jedoch den Blick auf eine neutrale Ebene, kann Propaganda als die bewusste und von bestimmten Zielen geleitete Einflussnahme eines Autors auf seine Leserschaft verstanden werden.[65] Diese Einflussnahme kann durch den Einsatz rhetorischer Stilmittel in einem Text erreicht werden. In ʿAzzāms Rechtsgutachten sind vor allem zwei Stilmittel erkennbar, die seinem Ziel der Rekrutierung neuer *Ǧihād*-Kämpfer für den Afghanistankrieg dienen: Erstens der Mythos der inneren Einheit gegen den äußeren Feind und zweitens der emotionale Appell an den Leser.

---

[64] Ibid., S. 150.

[65] Diesem Verständnis liegt die Definition von Gerhard Maletzke zugrunde: „‚Propaganda' sollen geplante Versuche heißen, durch Kommunikation die Meinung, Attitüden, Verhaltensweisen von Zielgruppen unter politischer Zielsetzung zu beeinflussen." Gerhard Maletzke: Propaganda. Eine begriffskritische Analyse, in: Publizistik 17 (1972), S. 157; vgl. Edward L. Bernays: Propaganda. Die Kunst der Public Relations, Freiburg 2013, S. 29.

1. Der Mythos der inneren Einheit gegen den äußeren Feind

In einem propagandistischen Text steht nicht der Inhalt sondern vielmehr das Publikum und die Wirkung des Textes im Vordergrund. Für einen Autor ist es wichtig einerseits Kenntnis über seine Leserschaft zu haben und andererseits die Beziehung zwischen dieser und seinem angepriesenen „Produkt" richtig einzuschätzen. Das bedeutet, dass der Autor sowohl die Attraktivität seiner Botschaft als auch die aktuellen Bedürfnisse der Leserschaft kennen muss.[66]

Laut Theodor Adorno sind für Redner oder Autoren die „unmittelbaren Interessen ihrer Gefolgschaft" ein wichtiger Bezugspunkt, die eine Rede oder ein Text aufgreifen sollte. Für Sluzalek wird dieser gemeinsame Bezugspunkt mit Hilfe von Denkbildern oder Topoi erschaffen, die sowohl für den Verfasser als auch für die Leser von Bedeutung sind. Die dadurch implizierten Gemeinsamkeiten etablieren ein Gefühl von „ursprünglicher – unmittelbarer Ganzheit"[67], grenzen Autor und Leser von der Gesamtheit ab und „schwächen zugleich Verschiedenheiten innerhalb der eigenen Gruppe […]".[68] Dieses Gruppengefühl wird noch verstärkt durch ein absichtliches Verschweigen von internen Differenzen.[69] Da dieses Gemeinschaftsgefühl über reale Begebenheiten hinausgeht, wird es im Folgenden als „Mythos der inneren Einheit" bezeichnet.

Mit Hinblick auf die Frage, welches Publikum Azzam mit seinem Text zu erreichen gedachte, fällt zunächst die gewählte literarische Form auf. Als Rechtsgutachten richtet sich der Text an praktizierende Muslime, die sich für eine religiöse Rechtmäßigkeit ihres Handelns interessieren und sich an der islamischen Rechtsprechung orientieren. Bedenkt man die Kommunikationswege der 1980er Jahre, in denen die Printmedien den geläufigen Verbreitungskanal darstellten, so ist eine langsamere und nur begrenzte Verbreitung der Schrift naheliegend. Sogar eine ausschließlich für die der *ǧihādistisch*-salafistische Szene nahestehenden Leserschaft vorgesehene Verfassung der Schrift ist denkbar. Dafür spricht, dass der Text mögliche divergierende Glaubensfragen nicht thematisiert und stattdessen einen Konsens der Glaubensgrundsätze (*ʿaqīda*) annimmt und darüber hinaus sehr ausführlich und rechtswissenschaftlich fundiert die Pflicht zum *Ǧihād* behandelt.

Der Text adressiert in erster Linie informierte und interessierte Leser, die noch nicht die Reise nach Afghanistan angetreten haben. Diese werden an ihre Pflicht erinnert, die muslimische Gemeinschaft zu verteidigen, ohne jedoch von zu vielen Details über persönlichen Aufwand oder Unannehmlich-

---

66 Ibid., S. 50 ff.

67 Ralf Sluzalek: Die Funktion der Rede im Faschismus, Oldenburg 1987, S. 50 f.

68 Theodor W. Adorno: Die Freudsche Theorie und die Struktur der faschistischen Propaganda, in: Psyche 24 (1970), S. 500.

69 Jeremy Hawthorn (Hg.): Propaganda, Persuasion and Polemic, London 1987, S. x.

keiten abgeschreckt zu werden. Lediglich in kurzen Auszügen beschreibt ʿAzzām bildhaft die politische Lage und körperlichen Strapazen der afghanischen Kämpfer, behandelt aber im Großteil seines Textes den *Ǧihād* auf einer theoretischen und abstrakten Ebene. Dieser Schreibstil zeigt ʿAzzāms Bewusstsein für die Bedürfnisse seiner Leser, die einerseits eine religiöse Legitimierung suchen, andererseits Details der praktischen Umsetzung als demotivierend empfinden könnten.

Den Mythos der inneren Einheit etabliert ʿAzzām bereits zu Beginn seiner Schrift, wenn er die aktuelle Lage als einen Kampf zwischen der Wahrheit und der Unwahrheit (*aṣ-ṣirāʿ baina al-ḥaqq wa-l-bāṭil*) beschreibt und den *Ǧihād* als die einzige Kraft darstellt, die die Wahrheit in Form des Islams beschützen kann.[70] ʿAzzām spricht mehrmals die Bedrohungslage an, in der sich die Muslime befinden, weil die „ungläubigen Staaten" für das „Verschwinden und den Untergang" (*li-ḏ-ḏahāb wa-z-zawāl*) des Islams kämpfen.[71]

Im Gegensatz zur äußeren Bedrohung formuliert ʿAzzām die innere Homogenität nicht ausführlich. Diese entsteht lediglich dadurch, dass er bestehende Konflikte innerhalb der muslimischen Gemeinschaft und besonders im Afghanistankrieg nicht erwähnt. Zwar waren ʿAzzām die internen Auseinandersetzungen durchaus bewusst, trat er doch selbst während seiner Zeit an der Universität in Islamabad und seinen regelmäßigen Reisen nach Afghanistan 1981 bis 1984 als Vermittler zwischen den afghanischen Anführern Abd Rab ar-Rasūl Sayyafs und Gulbidīn Ḥikmatyār auf.[72] Ebenso war es ʿAzzām bekannt, dass unter sunnitischen Gelehrten keine Einigkeit über das Vorgehen im Fall Afghanistans und Palästina herrschte, da einige Gelehrte die reine finanzielle Unterstützung vorzogen und wieder andere den *Ǧihād* ohne einen berechtigten Führer ablehnten.[73] Diese Details über interne Differenzen verschweigt ʿAzzām und fokussiert in seinem Rechtsgutachten stattdessen die Bedrohung der Muslime von außerhalb.

Der gemeinsame Bezugspunkt, den ʿAzzām zwischen sich und seinen Lesern etabliert, ist der Kriegsschauplatz Afghanistan. Zwar benennt er ein Kapitel mit der Überschrift „Die Vorschrift jetzt in Palästina und Afghanistan zu kämpfen"[74] und fordert jeden Araber ausdrücklich auf, wenn es ihm möglich ist den *Ǧihād* in Palästina zu unterstützen. Jedoch erscheint die Nennung Palästinas eher wie eine Entschuldigung dafür, dass er den Schwerpunkt auf Afghanistan legen

---

70 ʿAbdullāh ʿAzzām: Ad-difāʿ ʿan arāḍī, S. 7.

71 Ibid., S. 14. Vgl. „die ungläubigen Staaten, die den Leuten ihre Religion, ihren Besitz und ihre Ehre verderben" (*ad-daula al-kāfara allatī tufsid ʿalā an-nās dīnahum wa-mālahum wa-ʿirdahum*), ibid., S. 16.

72 B. Rougier: ʿAzzām, ʿAbdallāh; Bruce O. Riedel: Deadly Embrace. Pakistan, America, and the Future of the Global Jihad, Washington 2011, S. 31; ʿAbdullāh ʿAzzām: Ad-difāʿ ʿan arāḍī, S. 20. Im Anhang geht ʿAzzām gesondert auf die Frage ein, ob ein Kampf in Afghanistan rechtens ist, wenn es mehrere kämpfende Gruppen mit eigenen Anführern gibt. Ibid., S. 32.

73 Thomas Hegghammer: Abdullah Azzam, S. 183, 190.

74 ʿAbdullāh ʿAzzām: Ad-difāʿ ʿan arāḍī, S. 16.

will und eine Beschwichtigung derer, die ihn dafür kritisieren könnten.[75] Die politische Lage in Afghanistan jedoch beschreibt ʿAzzām mit pathetischen Worten, indem er Afghanistan als muslimisches Land schildert, dessen „Kinder niedergemetzelt, dessen Ehre geschändet und dessen Unschuldige getötet werden."[76] Mit dieser bildhaften Sprache erschafft ʿAzzām einen gedanklichen Ort, zu dem nicht nur ʿAzzām selbst sondern auch der potentielle muslimische Leser einen emotionalen Bezug aufbauen kann.

2. Der emotionale Appell an den Leser

ʿAzzām greift in seinem Rechtsgutachten auf weitere rhetorische Stilmittel zurück, die über gemeinsame Bezugspunkte zwischen Autor und Leser hinausgehen und einen emotionalen Appell an die Leser richten.[77]

Zunächst ist die Wiederholungsfigur zu nennen, durch die bereits Bekanntes in einem wechselnden Kontext wiederholt wird und dadurch beim Leser ein Spannungsverhältnis erzeugt.[78] Sluzalek sieht in diesem Stilmittel eine Möglichkeit dem Publikum das Gefühl der Mitgestaltung zu geben, da sie das Wiederholte verinnerlichen und trotzdem bei wechselnden Kontexten das Gefühl haben diese mitzugestalten, da sie sie bereits kennen. Dadurch erkennen sich die Leser als selbstagierend und emotional verbunden mit dem Gesagtem oder Geschriebenen.[79] Bei dieser Identifikation des Lesers mit dem Text tritt der eigentliche Sachbeweis in den Hintergrund[80] und oft werden verborgene Wünsche und Sehnsüchte des Lesers angesprochen, die diese Bindung weiter stärken.[81]

Als weiteres Stilmittel findet die rhetorische Frage Anwendung in propagandistischen Texten. Indem eine fiktive Person oder ein fiktives Publikum direkt angesprochen wird, entsteht ein Scheindialog, der wiederum dazu dient den Leser miteinzubeziehen, ihn zu berühren, abzuschrecken oder aufzuwühlen.[82]

Die Wiederholung (lat. *repetitio*) ist in ʿAzzāms Rechtsgutachten ein auffälliges Stilmittel. Es findet Anwendung in Bezug auf das Hauptargument: Da es sich in Afghanistan um einen Verteidigungsfall handelt, ist der *Ǧihād* eine individuelle Pflicht. Dieses Argument führt ʿAzzām bereits am Anfang seiner Schrift ein und verdeutlicht es durch die Lehrmeinungen der Rechtsschulen.[83] Eine

---

75 So spricht ʿAzzām im Anhang die Frage an, ob es legitim ist mit afghanischen Muslimen zu kämpfen, die teilweise kaum religiöse Bildung haben, oftmals tabaksüchtig sind, unnachgiebig der ḥanafitischen Rechtsschule anhängen und sogar Glückbringer tragen. Ibid., S. 33.

76 Ibid., S. 21.

77 Sluzalek: Die Funktion der Rede, S. 54 ff.; Bernays: Propaganda, S. 51 f.

78 Heinrich F. Plett: Einführung in die rhetorische Textanalyse, Hamburg 2001, S. 41 ff.

79 Sluzalek: Die Funktion der Rede, S. 79.

80 Ibid., S. 56.

81 Vgl. Bernays: Propaganda, S. 52.

82 Plett: Einführung, S. 80.

83 ʿAbdullāh ʿAzzām: Ad-difāʿ ʿan arāḍī, S. 7 ff., 11 f.

weitere Anwendung findet es in den Kapiteln „Belege und Legitimierung des generellen Kriegsaufrufs“ und „Die Vorschrift jetzt in Palästina und in Afghanistan zu kämpfen“.[84] ʿAzzām wiederholt das Argument der individuellen Pflicht somit in oftmals gleichen, aber auch in verschiedenen Kontexten; daraus resultiert ein Spannungsverhältnis, in dem das Wiederholte die unumgängliche Konstante ist. Zwar argumentiert ʿAzzām dabei nicht tautologisch, da die Kontexte semantisch variieren. Allerdings fügt er seiner Argumentation keine neuen Argumente hinzu, sondern beruft sich stets auf das Konzept der individuellen Pflicht im Verteidigungsfall.

Eine weitere Stilfigur, die ʿAzzām anwendet, ist die rhetorische Frage. Er formuliert sie das erste Mal im Kontext mit aufständischen muslimischen Gruppen.

> Da Allah es zu einer Pflicht gemacht hat aufständische Muslime zu bekämpfen, um die Umma zu vereinen und ihre Religion, Land und Besitz zu verteidigen, wie steht es um den Kampf gegen gewalttätige Staaten der Ungläubigen? Ist deren Bekämpfung nicht mehr als angemessen?[85]

Die zweite rhetorische Frage knüpft an ein Beispiel Muhammads und seinen Umgang mit abtrünnigen Beduinenstämmen an, nach dessen Schilderung ʿAzzām fragt:

> Doch wie erst soll gegen ungläubige Staaten vorgegangen werden, die den Leuten ihre Religion, ihren Besitz und ihre Ehre verderben? Ist nicht der Kampf aller Muslime gegen sie als Verpflichtung angemessen?[86]

Es folgt noch eine weitere rhetorische Frage, wenn ʿAzzām Afghanistan mit einem ertrinkenden Kind vergleicht und er daraufhin fragt, wie die heutigen Rechtsgelehrten dies zulassen können, indem sie den *Ǧihād* nicht als individuelle Pflicht ansehen.[87]

Alle drei Beispiele haben gemein, dass sie der Intensivierung des Gesagten dienen und gleichzeitig eine Kommunikation vorspielen, indem sie sich direkt an den Leser wenden und nach seiner Meinung fragen.[88] Dabei implizieren die rhetorischen Fragen bereits die gewünschte Antwort und beinhalten darüber hinaus eine Empörung des Autors über die beschriebenen Zustände, die er mit der Publikumszugewandtheit auf dieses überträgt.[89]

Weiterhin auffallend sind ʿAzzāms bildhafte Sprache und sein ausschmückender Schreibstil, der vor allem in den politischen Passagen über Afghanistan zum Einsatz kommt. Hierzu zählen der bereits genannte

---

84 Ibid., S. 12 ff., 16 ff.

85 Ibid., S. 15.

86 Ibid., S. 16.

87 Ibid., S. 21.

88 Die hier genannte „Intensivierung des Gesagten“ kann man mit dem Stilmittel „Schluss vom Leichtem aufs Schwere“ (lateinisch *a minori ad maius*) vergleichen. Vgl. Ingrid Lohmann: Erziehung und Bildung im antiken Israel und im frühen Judentum, www.epb.uni-hamburg.de/erzwiss/lohmann/Lehre/Wint3-4/Glessmer/AntikesIsrael.pdf, S. 34 (letzter Aufruf 2. 3. 2016); Michael Wolter: Rechtfertigung und zukünftiges Heil. Untersuchungen zu Röm 5,1–11, in: Zeitschrift für die neutestamentliche Wissenschaft und die Kunde der älteren Kirche, Beiheft 43 (1978), S. 178 f.

89 Plett: Einführung, S. 80.

Vergleich Afghanistans mit einem ertrinkenden Kind,[90] die schmerzliche Lage der Kämpfer in Afghanistan, denen es an finanzieller Unterstützung aus dem Ausland mangelt[91] oder selbst die Beschreibung der Gefahren, die in den westlichen Ländern den Muslimen drohen:

> Wenn ein Student Maschinenbau, Medizin oder Geschichte in einem westlichen Staat oder in Amerika studieren will, über jenen die Versuchung (*al-fitna*) dunkel wie die Nacht hängt (*ka-qatʿ al-lail al-muẓlim*) und die Verlockung von allen Seiten über einen herfällt (*al-ḫiḍamm al-mutalāṭam min al-muġirīyat*) und ein Flammenmeer an Begierden jeden umgibt […][92]

Diese Sprache steht im Kontrast zu den wohlgeordneten und schmucklosen Passagen der rechtswissenschaftlichen Argumentation. Darüber hinaus erzeugen die sprachlichen Bilder Empörung oder Mitgefühl, lassen den Leser gedanklich an der Lage in Afghanistan teilhaben[93] und erschaffen wieder eine emotionale Verbindung zwischen ʿAzzām, seinem Anliegen und dem Leser.

Die rhetorische Textanalyse verdeutlicht ʿAzzāms mehrfachen Gebrauch von rhetorischen Stilmitteln und seine überlegte Adressierung der Leserschaft. In seiner Darstellung des Afghanistankriegs dominiert die Bedrohung des Islam von außen, während interne Konflikte verschwiegen werden. Gleichzeitig erschafft ʿAzzām mit seiner bildhaften und lebendigen Sprache den gemeinsamen Topos Afghanistan und zielt darauf ab, seine Leserschaft auch emotional für den *Ǧihād* in Afghanistan zu gewinnen.

C. Conclusio

ʿAzzāms Rechtsgutachten zeigt exemplarisch wie *ǧihādistisch*-salafistische Autoren rechtswissenschaftliche Argumente und propagandistische Rhetorik kombinieren, um ihren Aufruf zum *Ǧihād* zu rechtfertigen. Insbesondere die rhetorische Textanalyse verdeutlicht dabei den politischen Charakter des Rechtsgutachtens und die politischen Ziele, denen die rechtswissenschaftliche Argumentation dient.

ʿAzzām war nicht der erste *ǧihādistische* Autor, der sich dem Konzept der individuellen Pflicht im Verteidigungsfall bediente. Bereits der Ägypter Muḥammad ʿAbd as-Salām Farağ betonte 1981 die individuelle Pflicht der Muslime gegen die eigenen „ungläubigen“ Machthaber zu kämpfen und belegte seine Ansicht anhand rechtswissenschaftlicher Quellen.[94]

Auch nach ʿAzzām spielt das Konzept der individuellen Pflicht noch eine Rolle in der *ǧihādistischen* Argumentation. So plädiert aš-Šanqīṭī in einer Schrift von 2012 vor dem Hintergrund des Syrienkonflikts, dass es eine individuelle Pflicht sei die „ungläubigen“ Alawiten und ihre Vertreter in der Baath-

[90] ʿAbdullāh ʿAzzām: Ad-difāʿ ʿan arāḍī, S. 21.

[91] Ibid., S. 25.

[92] Ibid., S. 23.

[93] Vgl. Sluzalek: Die Funktion der Rede, S. 58.

[94] Johannes J. G. Jansen / Muḥammad ʿAbd-as-Salām Farağ: The Neglected Duty. The Creed of Sadat's Assassins and Islamic Resurgence in the Middle East, New York 1986.

Partei (*ḥizb al-baʿṯ*) zu bekämpfen.[95] Obwohl Farağ und aš-Šanqīṭī argumentativ ähnlich vorgehen, vermissen ihre Texte die Kombination von Rhetorik und rechtswissenschaftlicher Argumentation, die ʿAzzāms Rechtsgutachten berühmt machte.

Noch heute gehört ʿAzzāms Text mit über 115 000 Aufrufen zu den am meisten gelesenen Dokumenten auf der *ğihādistischen* Internetseite www.tawhed.ws,[96] wo er als Märtyrer verehrt wird, da er bei einem Anschlag 1989 ums Leben kam. Entsprechend wird er in einer eigenen Rubrik als „Star am *Ğihād*-Himmel" (*nuğūm fī samāʾ al-ğihād*) neben etablierten muslimischen Gelehrten und angesehenen Persönlichkeiten wie Ibn Taimīya, Saiyid Quṭb, Osama bin Laden oder Abū Muṣʿab az-Zarqāwī genannt.[97]

Petra Nendwich, M. A., hat Islamwissenschaft und Politikwissenschaft in Tübingen und Istanbul studiert und promoviert derzeit an der Universität Tübingen in der Abteilung für Orient- und Islamwissenschaft zum Thema „Konzepte des Ğihād in zeitgenössischen ğihādistischen Texten".

[95] Abū al-Munḏir aš-Šanqīṭī: Al-ğihād fī zamāninā farḍ ʿayn (Der Kampf gegen die Alawiten ist eine Pflicht für die Muslime), web.archive.org/web/20141008203634, www.tawhed.ws/a?a=shanqeet (letzter Aufruf 2. 3. 2016).

[96] web.archive.org/web/20140625134012, tawhed.ws/c?i=39 (letzter Aufruf 2. 3. 2016).

[97] web.archive.org/web/20140704072241, tawhed.ws/c?i=45 (letzter Aufruf 2. 3. 2016).

ZRI 2016 (S. 197–223)

How Islamic Is the West? Recent Approaches to Determining the "Islamicity" and "*šarīʿa* Compliance" of Modern States*

Sarah Albrecht

A. Introduction

In the course of debates about how to interpret the *šarīʿa* for Muslims in the West, Muslim scholars and intellectuals found themselves faced with the challenge of how to contextualize and conceptualize their approaches in light of the centuries-long discourse about Muslims living under non-Muslim rule. A key question they addressed was how to locate secular democratic states within traditional Islamic legal understandings of territoriality. Starting from the division of the world into a 'territory of Islam' (*dār al-islām*), a 'territory of war' (*dār al-ḥarb*) or 'unbelief' (*dār al-kufr*), and a 'territory of treaty' (*dār al-ʿahd*), that dates back to the first centuries of Islam, prominent voices in the current discourse on Muslims in the West – among them Yūsuf al-Qaraḍāwī, Ṭāhā Ǧābir al-ʿAlwānī, Saʿīd Ramaḍān al-Būṭī, Tariq Ramadan (Ṭāriq Ramaḍān) and Feisal Abdul Rauf (Faiṣal ʿAbd ar-Raʾūf)[1] – have reviewed the applicability of this territorial paradigm in the 21st century: what actually renders a territory 'Islamic' in today's world? Based on what criteria have Muslim scholars drawn the boundaries between *dār al-islām* and 'non-Islamic' territory in the course of Islamic history, and, if so, how are they to be adapted to the contemporary geopolitical landscape? Is the West necessarily less 'Islamic' than self-proclaimed 'Islamic states'? What role does the *šarīʿa* play in drawing geo-religious boundaries, and how, if so, do scholars measure the "*šarīʿa* compliance" of modern states?

This paper provides insight into the variety of approaches by which prominent contemporary scholars and intellectuals have responded to these questions. First, I argue that one can distinguish four ways in which they reconsider traditional territorial concepts and relocate *dār al-islām* in view of the current world order. Second, by elaborating on how some have challenged the pervasive dichotomy of 'the West' versus 'the Islamic world' and come to the conclusion that Western countries can possibly be considered more 'Islamic' than so-called 'Islamic states,'

* This article is based on a paper presented at the 22nd International Congress of DAVO (*Deutsche Arbeitsgemeinschaft Vorderer Orient*) in Bochum, 24–26 September 2015. I am grateful to the anonymous reviewers and to Claudia Päffgen, Lutz Rogler and Saskia Schäfer for their helpful comments and suggestions.

[1] The transliteration of Arabic words follows the style of the *Deutsche Morgenländische Gesellschaft*. Arabic names are likewise transliterated, unless authors publish primarily in languages other than Arabic.

I demonstrate that the question of how to define the "Islamicity" of modern states is a matter of contestation within both intra-Muslim debates and anti-Muslim discourse.

B. Redrawing the Boundaries of *dār al-islām* in the 21st Century

Since the 1980s, the new presence of large numbers of Muslims in Western Europe, which was by then no longer considered temporary, led a number of Muslim scholars in both Muslim and non-Muslim majority countries to rethink traditional Islamic legal approaches to Muslim life under non-Muslim rule, which eventually resulted in the development of 'minority *fiqh*' (*fiqh al-aqallīyāt*), an interpretation of the *šarīʿa* specifically tailored to Muslims in the West.[2] Not only did these scholars discuss specific challenges Muslims might face in everyday life when living in a minority context, but they also tackled more fundamental issues, such as the legitimacy of permanent residence in non-Muslim majority countries, and the overall question of whether or how far a Muslim's obligation to the *šarīʿa* changes according to his or her place of residence. Just as these concerns have, throughout Islamic history, been intrinsically linked with the distinction between 'Islamic' and 'non-Islamic' territory – or, more precisely, with the question of whether a Muslim resides inside or outside *dār al-islām* – contemporary scholars and intellectuals similarly started out by considering how to classify Western countries in light of the traditional Islamic legal division of the world.[3] To be sure, they were not the first to revisit this territorial paradigm. In fact, the concepts of *dār al-islām*, *dār al-ḥarb* and further territorial categories are neither rooted in the *Qurʾān* nor explicitly prescribed by the *sunna*, but were introduced by Muslim jurists in the late 2nd / 8th century, reflecting the geopolitical situation of the time. Hence, in the following centuries, the boundaries between those territories have been redrawn in response to and in interaction with particular historical experiences.

---

[2] See Sarah Albrecht: Islamisches Minderheitenrecht: Yūsuf al-Qaraḍāwīs Konzept des fiqh al-aqallīyāt, Würzburg 2010; Said F. Hassan: Fiqh al-Aqalliyyāt: History, Development, and Progress, Basingstoke, Hampshire et al. 2013; various articles by Alexandre Caeiro, e. g.: Theorizing Islam without the state: Islamic discourses on the minority status of Muslims in the West, in: Islam, Law and Identity, ed. by Marinos Diamantides and Adam Gearey, Oxon 2011, pp. 209–235. For historical perspectives on this discourse, see Khaled Abou El Fadl: Islamic Law and Muslim Minorities: The Juristic Discourse on Muslim Minorities from the Second/Eighth to the Eleventh/Seventeenth Centuries, in: Journal of Islamic Law and Society 22.1 (1994), pp. 141–187; Alan Verskin: Oppressed in the Land? Fatwās on Muslims Living under non-Muslim Rule from the Middle Ages to the Present, Princeton 2013.

[3] Just as debates about territoriality, residence and the application of the *šarīʿa* under non-Muslim rule have always been deeply entwined with questions of religious identity and authority, these aspects continue to play a crucial role in the contemporary discourse about Muslim life in the West and the territorial classification of Western countries. Whereas a discussion of these questions would go beyond the scope of this paper, I have elaborated on them elsewhere. See Sarah Albrecht: Dār al-Islām Revisited. Territoriality in Contemporary Islamic Legal Discourse on Muslims in the West, Freie Universität Berlin 2014 [PhD Thesis].

In a nutshell, while scholars across the legal schools, in one way or another, adopted this territorial division, there has always been disagreement, as Khaled Abou El Fadl has shown, between (and within) the *maḏāhib* (sg. *maḏhab*, school of thought within the Islamic jurisprudence) as regards the criteria that render a territory 'Islamic.'[4] Early Ḥanafī jurists, namely Abū Yūsuf (d. 182/798) and Muḥammad aš-Šaibānī (d. 189/805), who were among the first to elaborate on this territorial division, defined *dār al-islām* as those territories in which Muslims were able to live in security and apply Islamic law. Although the implementation of Islamic legal norms was, in the early Islamic period, often linked with political rule, Ḥanafīs did not explicitly mention Muslim rule as a precondition for a territory to be classified as 'Islamic.' Like the Ḥanafīs, most Šāfiʿī jurists held that political rule was not a prerequisite for a territory to be considered *dār al-islām* and emphasized, instead, the provision of safety and the freedom to practice Islamic rituals. Unlike the Ḥanafīs, however, they did not consider the application of Islamic law a decisive constituent of *dār al-islām*. While Šīʿis, among them the sixth Imām Ǧaʿfar aṣ-Ṣādiq (d. 148/765), also suggested that freedom of religious practice was a decisive criterion for a territory to be classified as 'Islamic,' most Mālikī and Ḥanbalī jurists focused primarily on political rule and the implementation of Islamic law. Accordingly, they held that *dār al-islām* was, in most cases, strictly confined to lands under Muslim rule. *Dār al-ḥarb*, in contrast, (which was widely considered synonymous with *dār al-kufr*) was initially understood as comprising any territory in which the conditions that rendered a land 'Islamic' were not met. Hence, depending on the definition of *dār al-islām*, *dār al-ḥarb* was defined respectively as those lands where Muslims did not have political and legal authority, or where they were not able to live in security and practice their religion. Though it included those lands against which *ǧihād* was waged, the notion of *dār al-ḥarb* was thus not only used to designate territories that were involved in actual warfare with Muslims, but also those that did not recognize Islamic political and legal domination. Far from being a static binary, this division was constantly adapted and refined in response to changing political circumstances. Among the most consequential modifications was the introduction of a 'territory of treaty' or 'truce' (*dār al-ʿahd*, *dār aṣ-ṣulḥ*), that was understood as territory that was recognized temporarily by Muslim authorities as a non-Muslim political entity after an armistice was entered into, without however entailing any permanent guarantees of a state of peace. Initially proposed by the Šāfiʿīs, this concept was soon adopted by scholars across the legal schools. They disagreed, however, as to whether this territory was an independent category or rather a sub-

[4] See Abou El Fadl: Islamic Law and Muslim Minorities.

category of either *dār al-islām* or *dār al-ḥarb*. While the majority of Šāfiʿī and Ḥanafī scholars regarded it as part of *dār al-islām*, some Ḥanbalīs maintained that it remained part of *dār al-ḥarb*, whereas the majority of Ḥanbalīs, as well as some prominent Ḥanafīs and Šāfiʿīs, namely aš-Šaibānī and Abū al-Ḥasan al-Māwardī (d. 450/1058), conceptualized it as an additional third category.[5]

While these definitions have never been carved in stone, but have remained subject to continuous alteration and adaptation, scholars engaged in reconsidering the boundaries between 'Islamic' and other territories particularly in times when Muslim populations came under non-Muslim rule. In the pre-modern era, debates about the status of territories thus arose especially in response to the conquest of Muslim territories by the Mongols and in the course of the Reconquista.[6] In the modern era, it was primarily the colonization by European powers of vast territories, which had formerly been under Muslim rule, and the demise of the Ottoman caliphate that prompted Muslim scholars to reconsider traditional notions of territoriality.[7] Subsequently, they started bringing traditional geo-religious boundaries into line with the newly established nation states and the reorganization of international relations under the umbrella of the United Nations. Against this backdrop, the immigration of large numbers of Muslims to Western Europe in the second half of the 20th century similarly stimulated renewed debate about how to locate Western countries within these historically evolved Islamic legal conceptions of territoriality.[8]

Building on this rich history of debate about the territorial classification of the world, the wide variety of recent approaches to redrawing the boundaries between *dār al-islām* and 'non-Islamic' territories reflects the plurality of territorial concepts and the diversity of defining criteria that have characterized the debates about territoriality since the early centuries of Islam. Taking into account prominent voices in the Islamic legal discourse on Muslims in the West, I propose to distinguish the following four ways in which traditional territorial notions are redefined and readjusted – or rejected – in view of the current geopolitical realities.[9]

---

5 See Sarah Albrecht: Dār al-islām and dār al-ḥarb, in: Encyclopaedia of Islam 3, Leiden: Brill Online, forthcoming. For a more detailed overview of Islamic legal debates on territoriality in the pre-modern period, particularly in the discourse on Muslims under non-Muslim rule, see Albrecht: Dār al-Islām Revisited, ch. 2.

6 See Abou El Fadl: Islamic Law and Muslim Minorities; Alan Verskin: Islamic Law and the Crisis of the Reconquista, Leiden 2015; Verskin: Oppressed in the Land?, pp. 19–34.

7 For Islamic legal debates about territoriality in the colonial period, see ibid., pp. 51–128; Rudolph Peters: Islam and Colonialism: The Doctrine of Jihad in Modern History, The Hague et al. 1979.

8 For an overview of reinterpretations of traditional territorial notions in the modern period, see also Albrecht: Dār al-Islām Revisited, ch. 3.

9 The following categorization is based on my dissertation, where I dwell upon this fourfold typology and its implications for contemporary Islamic legal discourse on Muslims in the West, particularly for debates

I. *Dār al-islām* and the West – A Contractual Relationship

First, the majority of *ʿulamāʾ* engaged in this discourse – among them some of the most prominent contemporary Sunnī scholars, such as the Qatar-based Egyptian scholar Yūsuf al-Qaraḍāwī (b. 1926), the Mauritanian scholar ʿAbdallāh b. Baiya (b. 1935) and other members of the European Council for Fatwa and Research (ECFR) – define *dār al-islām* largely as a synonym for Muslim majority countries or for the so-called Muslim world.[10] At the same time, however, they also offer more jurisprudential definitions. Al-Qaraḍāwī, for instance, characterizes *dār al-islām* as "the land in which Islamic rites (*šaʿāʾir al-islām*) are manifested, that is guided by Islamic doctrine (*ʿaqīdat al-islām*), and whose people are ruled according to the sharia."[11] However, when translating these (by no means unambiguous) ideal-typical characteristics into *realpolitik*, al-Qaraḍāwī follows a far more pragmatic definition. In agreement with b. Baiya and others, he concludes that any modern state that has a Muslim majority population and whose head of state identifies as Muslim is to be counted as part of *dār al-islām*, regardless of whether its legal and political system qualifies, in their view, as 'Islamic.'[12] Therefore, al-Qaraḍāwī argues, secular states, such as Turkey, can be considered 'Islamic territory' as well, as long as they have historically been under Muslim rule and are, until today, inhabited by a predominantly Muslim population. That said, it is not the *de facto* political system or the "application of the *šarīʿa*," but demographic majorities that provide the bedrock for this definition of *dār al-islām*.[13] Notably, while al-Qaraḍāwī suggests that his understanding of what renders a territory 'Islamic' is derived from Islamic legal tradition, the demographic argument he advances did *not* play a crucial role in pre-modern definitions of *dār al-islām* – which is certainly not surprising considering that the lands Muslims had brought under their control were initially not inhabited by Muslim majority populations.

Western countries, on the other hand, in which Muslims are a numerical minority, are classified, consequently, as "non-Islamic ter-

about the legitimacy of residence and the interpretation and application of the *šarīʿa* in non-Muslim majority countries as well as for the construction of Muslim identity and religious authority in the West. See ibid., ch. 4–9.

[10] See, e. g., European Council for Fatwa and Research: Final Statement, in: Scientific Review of the European Council for Fatwa and Research 10/11 (2007), p. 334.

[11] Yūsuf ʿAbdallāh al-Qaraḍāwī: Fiqh al-ǧihād. Dirāsa muqārana li-aḥkāmihī wa-falsafatihī fī ḍauʾ al-qurʾān wa-s-sunna 2, Cairo 2009, p. 909.

[12] See ibid., p. 900; Yūsuf ʿAbdallāh al-Qaraḍāwī: Fī Fiqh al-aqallīyāt al-muslima. Ḥayāt al-muslimīn wasaṭ al-muǧtamaʿāt al-uḫrā, Cairo ²2005, pp. 16 and 167; ʿAbdallāh b. Baiya: Ṣināʿat al-fatwā wa-fiqh al-aqallīyāt, Jeddah/Beirut 2007, p. 280.

[13] See al-Qaraḍāwī: Fiqh al-ǧihād, pp. 900 f. While al-Qaraḍāwī does not, in this context, define what exactly he understands by the implementation of the *šarīʿa* or, more specifically, of "Islamic rules" (*aḥkām al-islām*), he appears to equate these "rules" primarily with *legal* aspects, as distinguished from ritual (*šaʿāʾir al-islām*) and doctrinal aspects (*ʿaqīdat al-islām*). See ibid., pp. 888 f. and 909.

ritory" (*ġair dār al-islām*) that is located "outside of *dār al-islām*" (*ḫāriǧ dār al-islām*). At the same time, al-Qaraḍāwī, b. Baiya and other ECFR members also refer to the West as a 'territory of treaty' (*dār al-ʿahd*) – without, however, elaborating on the variety of ways in which pre-modern scholars defined this notion. Building on the late Syrian scholar Wahba az-Zuḥailī (1932–2015) and the Egyptian Muḥammad Abū Zahra (1898–1974), who were among the first to adjust traditional territorial concepts to the world of nation states, al-Qaraḍāwī – like many other contemporary scholars – reinterprets *dār al-ʿahd* today as an additional third category distinct from *dār al-islām* and *dār al-ḥarb* that no longer represent a temporary but a permanent contractual relationship between modern states.[14] Accordingly, all predominantly non-Muslim countries that are member states of the United Nations and, thereby, understood as treaty partners of Muslim countries, are considered to be part of the 'territory of treaty.' The only state that does not, in al-Qaraḍāwī's view, fall into this category is Israel, which he classifies as a 'territory of war' (*dār al-ḥarb*), as he accuses it of illegally occupying 'Muslim land.'[15]

II. *Dār al-islām* vs. *dār al-kufr* – maintaining traditional binaries

Second, some scholars, who represent more traditionalist perspectives in the Islamic legal discourse about Muslims in the West, repudiate the classification of Western countries as *dār al-ʿahd* and instead promote a more dichotomous notion of territoriality. Although this view occupies a relatively marginal position in this discourse, it carries a certain weight due to the renown of the scholars promoting it. Besides various well-known Saudi *ʿulamāʾ* who dealt with questions pertaining to Muslims residing in predominantly non-Muslim countries, among them ʿAbd al-ʿAzīz ʿAbdallāh b. Bāz (1910–1999) and Muḥammad b. Ṣāliḥ al-ʿUṯaimīn (1925–2001), the late Syrian Muḥammad Saʿīd Ramaḍān al-Būṭī (1929–2013), who was known as probably Syria's most prominent Sunnī scholar, was a prime representative of this position. Drawing a sharp line between *dār al-islām* and *dār al-kufr*, these scholars agree that Western countries are to be categorized as part of the 'territory of unbelief.'[16] While the aforementioned Saudi scholars generally speak of *all* predominan-

[14] See Muḥammad Abū Zahra: Al-ʿAlāqāt ad-duwalīya fi-l-islām, Cairo 1995 [[1]1964], pp. 50–60; Wahba az-Zuḥailī: Āṯār al-ḥarb fi-l-fiqh al-islāmī. Dirāsa muqārana, Damascus 2009 [[1]1962], pp. 192–213; Wahba az-Zuḥailī: Al-ʿAlāqāt ad-duwalīya fi-l-islām, Beirut 1981, pp. 17–27. For a brief introduction to az-Zuḥailī's views on this matter in English, see Wahbeh al-Zuhili: Islam and International Law, in: International Review of the Red Cross 87.858 (2005), pp. 269–283 (278 f.).

[15] See al-Qaraḍāwī: Fiqh al-ǧihād, pp. 901–908.

[16] See, e. g., ʿAbd al-ʿAzīz Ibn Bāz: Ahammīyat iltizām al-aqallīyāt al-muslima bi-l-islām, in: Al-Aqallīyāt al-muslima fi-l-ʿālam: Ẓurūfuhā al-muʿāṣira, ālamuhā wa-āmāluhā, ed. by an-Nadwa al-ʿĀlamīya li-š-Šabāb al-Islāmī 3, Riyadh [2]1999, pp. 1293–1313; Muḥammad Ibn Ṣāliḥ al-ʿUṯaimīn, Ad-Daʿwa ilā Allāh fī muǧtamaʿ al-aqallīyāt al-muslima, in: ibid., 3, pp. 1315–1343 (for an English translation of both texts, see: Abd al-Aziz Abdallah Ibn Baz and Muhammad Ibn Salih Uthaymeen: Muslim Minorities: Fatawa Regarding Muslims Living as Minorities. London 1998); Muḥammad Saʿīd

tly non-Muslim countries as *dār al-kufr* – or, alternatively, as the 'lands of the unbelievers' (*bilād al-kuffār*) or the 'lands of polytheism' (*bilād aš-širk*) – al-Būṭī subdivides the 'territory of unbelief' into a 'territory of war' (*dār al-ḥarb*), "if there is reason for combat between Muslims and non-Muslims," and a 'territory of safety' (*dār al-amān*), that is, lands where Muslims are granted safety.[17] Muslim majority countries, on the other hand, are in these scholars' views indisputably part of *dār al-islām*. Considering that they all collaborated with either the Saudi or the Syrian regime, or were even on their payroll, it does not come as a surprise that they appear to regard predominantly Muslim countries, such as Syria and Saudi Arabia, as true custodians of Islamic values and principles and hence as 'Islamic territory.'[18] However, while the Saudi scholars generally imply that *dār al-islām* is wherever Islamic legal rules are applied (without, however, elaborating on this criterion), al-Būṭī qualifies this condition, arguing that the 'territory of Islam' includes any country that is under Muslim rule and where Muslims are able to practice their religion in safety.[19] For him, this means that fundamental Islamic rituals, such as the Friday prayer, the celebration of Islamic holidays, fasting in the month of Ramaḍān, and pilgrimage (*ḥağğ*), must be guaranteed, but not that "the law in force is *entirely* Islamic."[20] Put differently, the implementation of Islamic law is not, in his opinion, a prerequisite for a land to be classified as 'Islamic,' but rather something Muslims must strive for. This definition may be understood as a justification of al-Būṭī's own position as a staunch defender of the nation state, who was loyal to the Syrian regime and acted as an Islamic legal scholar in a state that has a dual system of civil and *šarīʿa* courts and

Ramaḍān al-Būṭī, Al-Ǧihād fi-l-islām: Kaifa nafhamuhu? Wa-kaifa numārisuhu?, Damascus 1992 pass. (also available in French translation: Mohamed S. R. al-Bouti: Le Jihad en Islam: Comment le comprendre et comment le pratiquer?, Damascus 1996).

[17] When applying the distinction between *dār al-ḥarb* and *dār al-amān* to the contemporary geopolitical landscape, al-Būṭī argues that China, for instance, represents a 'territory of safety' (without elaborating at all on the state's repressive policies vis-à-vis its Muslim minority population), whereas he vaguely suggested that the US may be regarded as part of the 'territory of war,' due to its "unjust attacks against innocent Muslims in Afghanistan." See bouti.alafdal.net/t489-topic (last access 15. 11. 2013) and bouti.alafdal.net/t138-topic (last access 26. 2. 2012).

[18] For al-Būṭī and his relations with the Syrian state, see Andreas Christmann: Islamic Scholar and Religious Leader. A Portrait of Muhammad Sa'id Ramadan al-Buti, in: Islam and Modernity. Muslim Intellectuals Respond, ed. by J. Cooper, R. Nettler and M. Mahmoud, London 1998, pp. 57–81; Thomas Pierret: Religion and State in Syria. The Sunni Ulama from Coup to Revolution, Cambridge 2013, pp. 76–82. For more on Ibn Baz's biography, see, e. g., Muhammad Al Atawneh: Wahhābī Islam Facing the Challenges of Modernity: Dār al-Iftā in the Modern Saudi State, Leiden 2010, pp. 31–34; Natana J. DeLong-Bas: Bin Bāz, in: Encyclopaedia of Islam 3, Leiden: Brill Online. For al-ʿUṯaimīn, see, e. g., Stéphane Lacroix: Les islamistes saoudiens: Une insurrection manqée, Paris 2010, pp. 92, 174, 202, 286.

[19] See al-Būṭī: Al-Ǧihād fi-l-islām, p. 80. For the more implicit definitions by Ibn Bāz and al-ʿUṯaimīn, see, e. g., Ibn Baz and Uthaymeen: Muslim Minorities, pass.; al-ʿUṯaimīn, Ad-Daʿwa ilā Allāh fī muğtamaʿ al-aqallīyāt al-muslima, pass.; al-ʿUṯaimīn, Maǧmūʿ fatāwā wa-rasāʾil faḍīlat aš-Šaiḫ Muḥammad ibn Ṣāliḥ al-ʿUṯaimīn 3, p. 25–30.

[20] "[...] *an takūna al-qawānīn al-marʾīya kulluhā islāmīya.*" Al-Būṭī, quoted in Muḥammad al-Kadī al-ʿUmrānī: Fiqh al-usra al-muslima fi-l-muhāǧar: Hūlandā namūḏaǧan, Beirut 2001, p. 110 [my italics].

whose constitution declares the *šarīʿa* to be the main (though not the only) source of legislation.[21] At the same time, his notion of 'Islamic territory' also supported his criticism of militant Islamists who often claim that *dār al-islām* is conditioned upon the comprehensive "application of the *šarīʿa*," including the *ḥudūd*.[22] If such a definition was applied, al-Būṭī warned, no Muslim country could in fact be considered 'Islamic territory' any longer.[23]

III. *Dār al-islām* – An Outdated Concept?

Third, in contrast to the above attempts to redefine *dār al-islām* in light of the contemporary geopolitical order, some Muslim intellectuals, who have contributed to the ongoing discourse on Muslims in the West, fundamentally challenge the very idea of applying traditional geo-religious notions to today's world. Probably the most prominent among them, the Swiss-Egyptian intellectual and professor of Islamic studies Tariq Ramadan (b. 1962), calls for abolishing such traditional territorial boundaries altogether.[24] Emphasizing that *dār al-islām* and related concepts are not prescribed by either the *Qurʾān* or the *sunna*, but are products of the geopolitical situation of the 8th century, Ramadan argues that they lack any normative value. Accordingly, he not only deems them outdated and inapplicable to today's world order, but also maintains that the distinction between 'Islamic' and 'non-Islamic territory' principally misrepresents the universal nature of Islam. In view of today's geopolitical realities, Ramadan thus suggests that

> the old binary geographical representation, with two juxtaposed universes that could stand face to face in relative stability, no longer bears any resemblance to the reality of hegemony and spheres of influence in civ-

[21] See al-Būṭī: Al-Ǧihād fi-l-islām, p. 81. See also Christmann: Islamic Scholar and Religious Leader: A Portrait of Muhammad Sa'id Ramadan al-Buti, p. 76.

[22] This claim can be found, for instance, in statements by the self-proclaimed "Islamic State" (IS) where *dār al-islām* is defined as the territory where "the God-given boundaries and [legal] rules" (*ḥudūd ad-dīn wa-š-šarʿ*) are implemented (quoted in Arabic in Christoph Günther: Ein zweiter Staat im Zweistromland. Genese und Ideologie des "Islamischen Staates Irak," Würzburg 2014, p. 193; my translation from Arabic). Accordingly, IS identifies the territory under its controls as the only "territory […] ruled by Allah's pure Sharī'ah" (n. a., Dabiq 10, Ramadan 1436/2015: p. 4). In Islamic law, the term *ḥudūd* (sing. *ḥadd*, lit. boundary, limit, impediment) designates acts that are forbidden or sanctioned by punishments stipulated by the *Qurʾān*. *Ḥudūd* are understood as claims or rights of God (*ḥuqūq Allāh*) and are hence considered crimes against religion. These crimes are unlawful intercourse (*zinā*), false accusation of unlawful intercourse (*qaḏf*), consumption of alcohol (*šurb al-ḫamr*), theft (*sariqa*) and banditry or highway robbery (*qaṭʿ aṭ-ṭarīq, ḥirāba*). The punishments prescribed for these crimes are corporal ones, namely death penalty, amputation of a hand and/or foot, and flogging. See Bernard Carra de Vaux / Joseph Schacht / Amélie-Marie Goichon: Ḥadd, in: Encyclopaedia of Islam 2nd ed., Leiden: Brill Online.

[23] See al-Būṭī: Al-Ǧihād fi-l-islām, pp. 81 f.

[24] Similar to Ramadan, the French-Moroccan intellectual and imam Tareq Oubrou (b. 1959) and the Libyan theologian and interfaith activist Aref Ali Nayed (b. 1962) have proposed alternative revisions of the traditional territorial paradigm. For a more detailed discussion of their concepts of territoriality as well as Ramadan's approach, see Albrecht: Dār al-Islām Revisited, ch. 7.

> ilization, culture, economics, and subsequently, of course, politics. Westernization, the legitimate daughter of multidimensional globalization, is much better expressed by the use of the notions of *center* (the West and its outposts in the South) and *periphery* (the rest of the planet).[25]

Put differently, instead of dividing the world along geo-religious boundaries, Ramadan maintains that it is more adequate to think of it as divided along the lines of political and economic power, i. e., as divided into 'center' versus 'periphery.' To be sure, although he identifies the 'center' with 'the West,' he does not conceive of such territories as geographically located spaces, but rather as social spaces, defined primarily by political-economic power relations.[26]

While he thus sticks to a somewhat dualist representation of today's world, Ramadan rejects equating this political-economic division with geo-religious boundaries. Instead, he argues that the whole world must be conceived of as one undivided space, which he refers to as "dār ash-shahāda" (*dār aš-šahāda*), or "l'espace du témoignage," that is the "space of testimony."[27] For him, this neologism represents a global space that is no longer subdivided into juxtaposed geo-religious territories, but allows and obliges Muslims to give testimony to their faith wherever they are, irrespective of whether they reside in a Muslim or non-Muslim majority country.[28] In Ramadan's words, the notion of *dār aš-šahāda* thus

> breaks the binary relation [between *dār al-islām* and "non-Islamic" territory] and [...] achieved reconciliation with Islam's universal dimension: the whole world has become a space, an abode, of testimony.[29]

Focusing on Muslims in the West, he adds that, according to this conception of territoriality, a Muslim who lives in a predominantly non-Muslim country

> is no longer a stranger in the other's world, neither is he linked to the other by a contract [as in *dār al-ʿahd*]: he is at home, among his own kind, and he simply tries to be consistent with his beliefs and in harmony with the people with whom he lives and builds his future.[30]

While this rejection of traditional categories such as *dār al-islām, dār al-kufr* and *dār al-ʿahd* may be understood as an integral part of Ramadan's overall endeavour to promote the idea of hybrid 'European Muslim' or 'Western Muslim' identities, he does not break with this Islamic legal heritage altogether. Instead of abolishing the term *dār*, he intro-

---

[25] Tariq Ramadan: Western Muslims and the Future of Islam, Oxford / New York 2004, pp. 75–76 (italics original).

[26] Accordingly, he understands the 'sphere of war' (*ʿālam al-ḥarb*) no longer as a place either, but, in the age of globalization, as an economic system, whereby "profit is the only law." Ramadan, quoted in Alexandre Caeiro: The Social Construction of Sharīʿa: Bank Interest, Home Purchase, and Islamic Norms in the West, in: Die Welt des Islams 443 (2004): pp. 351–375 (366).

[27] See Tariq Ramadan: Dār ash-shahāda: L'Occident, espace du témoignage, Lyon 2004; Ramadan: Western Muslims and the Future of Islam.

[28] See ibid., p. 76.

[29] Tariq Ramadan: What I Believe, Oxford 2010, p. 52.

[30] Ibid.

duces a new but related concept, *dār aš-šahāda,* as for him, the notion of *dār* plays an important role in the construction of Muslim identity. In his words, "*dār* has to do with dignity, presence and belonging, not with geography." That means the term remains important to him "because the *dār* is where one finds peace, […] because it defines identity, and because it defines where we are."[31]

IV. Relocating *dār al-islām* in the West

Fourth, another relatively small but prominent group of scholars, intellectuals and activists who share Ramadan's criticism of categorizing the West as a 'territory of treaty' or 'unbelief' have suggested yet another way of rethinking traditional geo-religious boundaries. While they similarly emphasize that concepts such as *dār al-islām* and *dār al-kufr* have no basis whatsoever in the normative sources of Islam but merely reflect particular historical realities, they do not, however, abandon these notions. Instead – as will be shown in the following – they embarked on a revision of traditional Islamic legal responses to the question of what renders a land 'Islamic,' which led them to the conclusion that Western countries are arguably even more 'Islamic' than self-proclaimed 'Islamic states.'

C. Rethinking "Islamicity" in the 21st Century, or Why the West Is more 'Islamic' than Self-proclaimed 'Islamic States'

Among the most prominent proponents of such attempts to dissolve the long-established binary of the 'Islamic world' versus 'the West' are the late Ṭāhā Ǧābir al-ʿAlwānī (1935–2016), an Iraqi-born, Azhar-trained *ʿālim* who lived for about two decades in the United States, as well as representatives of the Shariah Index Project that was initiated by the Egyptian-American activist Feisal Abdul Rauf (b. 1948). While both propose substantial – and certainly not uncontroversial – re-evaluations of how to define 'Islamic territory,' they have approached this question from different angles. Whereas al-ʿAlwānī was primarily concerned with a critical review of traditional definitions of *dār al-islām*, Abdul Rauf's Shariah Index Project focuses on the question of how to measure what he calls the "Islamicity" and "*šarīʿa* compliance" of modern states.

I. Ṭāhā Ǧābir al-ʿAlwānī's Redefinition of *dār al-islām*

For al-ʿAlwānī, who contributed significantly to the Islamic legal discourse on Muslims in the West and to the creation of Islamic institutions in the US, notions such as *dār al-islām* and *dār al-ḥarb* are "among the most consist-

[31] Interview with Tariq Ramadan, Doha, December 14, 2011. For a more detailed discussion of the implications the diverse conceptualizations of territoriality have for identity construction, see Albrecht: Dār al-Islām Revisited, ch. 9.

ently misunderstood and misinterpreted rulings" and often used in a "plainly anachronistic" way.[32] Although he puts particular emphasis on the contingent nature of these notions and their historical embeddedness, he does not suggest discounting them altogether, but rather strives to revisit the Islamic legal history of these concepts to make them applicable to the world of the 21st century. Implying that there has always been considerable ambiguity and disagreement regarding the definitions of these territorial notions, al-ʿAlwānī seeks to substantiate and thereby legitimize his territorial worldview by drawing selectively on approaches developed by earlier *fuqahāʾ* whom he considers to be more in tune with Islamic teachings and sources than many contemporary Muslim thinkers.[33] In particular, he cites the 5th/11th-century Šāfiʿī scholar Abū al-Ḥasan al-Māwardī (d. 450/1058) who was quoted by Ibn Ḥağar al-ʿAsqalānī (d. 852/1449) as saying: "If a Muslim is able to practice his religion openly in a land of unbelief, that land becomes *dār al-islām* [by virtue of his settling there]."[34] By drawing on al-Māwardī's definition, besides other references to pre-modern understandings of what makes a territory 'Islamic,' al-ʿAlwānī develops his argument that it is *not* – as is often argued – Muslim rule or an Islamic legal system that render a territory 'Islamic,' but rather the freedom to practice Islamic rituals and live by Islamic norms and values. Calling to mind these criteria that are, as we have seen above, representative of traditional Šāfiʿī understandings of *dār al-islām*, al-ʿAlwānī, concludes:

> *Dār al-islām* is anywhere a Muslim can practice his religion in safety, even if he lives among a non-Muslim majority. *Dār al-kufr* is wherever a believer is not assured this right, even if the majority of the population adheres to the Islamic faith and civilization.[35]

As opposed to many of his contemporaries, including al-Qaraḍāwī and other prominent *ʿulamāʾ*, al-ʿAlwānī thus underlines that *dār al-islām* is to be defined neither by demographic majorities nor by a Muslim ruler or an Islamic legal system, but first and foremost by the provision of safety and the freedom to religious practice. Notably, just as he generally disapproves of popular calls by Islamist groups for the "application of the *šarīʿa*," his notion of *dār al-islām* may also be read as reflecting his overall *maqāṣid*-inspired approach to the reform of Islamic thought. Put differently, it echoes his rather ethics-based than institutional understanding of what it means to "apply" the *šarīʿa* in

[32] Taha Jabir al-Alwani: Issues in Contemporary Islamic Thought, Herndon 2005, p. 190; Taha Jabir al-Alwani: Ijtihad, Herndon 1993, p. 28. Al-ʿAlwānī played a crucial role in the discourse about 'minority *fiqh*' and is said to have coined the term *fiqh al-aqallīyāt*. Inter alia, he co-founded and presided the International Institute of Islamic Thought (IIIT), based in Herndon, USA, and served as the president of the Fiqh Council of North America (FCNA). He passed away in March 2016, as I was writing this article.

[33] See al-Alwani: Ijtihad, p. 28; Issues in Contemporary Islamic Thought, p. 274, and Ṭāhā Ǧābir al-ʿAlwānī: Fī Fiqh al-aqallīyāt al-muslima, Cairo 2000, p. 43.

[34] Quoted in ibid.

[35] Ibid.

today's world by focusing on the 'objectives' or 'intentions' of the *šarīʿa* (*maqāṣid aš-šarīʿa*). As this concept also plays a crucial role in the Shariah Index Project, I shall elaborate on it below.[36]

Against this background, al-ʿAlwānī sharply criticizes other contemporary *ʿulamāʾ* for "erroneously" equating *dār al-islām* with the so-called Muslim world while labelling Western countries as *dār al-ḥarb*.[37] Accusing them of disregarding the current social and political realities, he asks rhetorically:

> [W]ith what weapons are Muslims going to fight the so-called *dār al ḥarb* countries when the shoes and the clothes they wear – let alone arms – come from them? [...] is it appropriate, in the Ummah's present situation of almost total dependency on others, to talk of *dār al Islam* and *dār al ḥarb?* In fact, are Muslim countries today lands of peace? Most of the Muslims who settled in the West did so because, in their own countries, they were deprived of their civil liberties and freedoms, security and human rights. People could not – and cannot –, in certain cases, even organize congregational *ṣalāh*.[38]

Irritated by the supposedly simplistic answers other scholars have offered to these questions, he wonders:

> How can a sane person justify going today into details of such non-issues as *zakāh* distribution in the form of barley [...] or *dār al Islam/dār al ḥarb*, when fundamental ethical, political and economic issues in the Ummah have not been dealt with?[39]

Considering that al-ʿAlwānī himself did engage in redefining this traditional territorial binary, his criticism is certainly not to be understood as an attempt to suppress any discussion of these concepts, but rather as an urgent appeal to contextualize them within the broader discourse on the political, economic and ethical ills in many Muslim majority countries today. Accordingly, al-ʿAlwānī argues that Western countries cannot *per se* be regarded as less 'Islamic' than Muslim majority countries. Rather, he maintains, that whenever a Muslim in the West "lives according to his religion [...] I tell him: live there, and the homeland of Islam shall be with you (*waṭan al-islām maʿak*)."[40] By invoking this deterritorialized notion of an 'Islamic homeland,' al-ʿAlwānī underpins his conviction that Islam is "at home" wherever Muslims have the ability and are committed to practicing their religion – irrespective of whether they live in the so-called Islamic world or in the West. In fact, he holds that secular Western countries may even provide a more fertile ground for practicing Muslim rituals and implementing Islamic ethical principles than many Muslim majority countries.[41] Consequently, although generally hesitant to apply his definition of *dār al-islām* to

[36] For al-ʿAlwānī's understanding of *maqāṣid aš-šarīʿa*, see his Maqāṣid aš-šarīʿa, Beirut ²2005.

[37] See al-Alwani: Ijtihad, p. 28.

[38] Ibid., pp. 28 f.

[39] Ibid., p. 29.

[40] Al-ʿAlwānī, quoted in Dina M. Taha: Muslim Minorities in the West: Between Fiqh of Minorities and Integration, Cairo 2012, in: dar.aucegypt.edu/handle/10526/3100 (last access 10. 1. 2014), p. VIII.

[41] See Al-Alwani: Ijtihad, pp. 28 f., and interview with Ṭāhā Ǧ. al-ʿAlwānī, Cairo, April 28, 2011.

nation states, he once suggested that Western democracies, such as the US, could indeed be regarded as "tantamount to *dār al-islām*" for as long as Muslims are allowed to practice their religious rituals.[42]

II. The Shariah Index Project: Measuring the "Islamicity" of Modern States through *maqāṣid aš-šarīʿa*

Similar to al-ʿAlwānī, Feisal Abdul Rauf, who has lived in the US since the 1960s, was driven by the question of how to determine what classifies a territory as 'Islamic' in today's world. While both looked at this issue through the lens of Islamic legal tradition, their foci differed significantly. Although Abdul Rauf builds his approach on the assumption that the "Dar al-Islam/Dar al-Harb divide" has "undergone a revision among leading Muslims thinkers," he underscores that it is not his aim to "revive an older model for modern-day conditions." Instead, he seeks to "define Islamic governance within the structure of the present-day nation-state" – though acknowledging that the nation state is a distinctly modern concept that "has its origins in the West."[43]

Trained as a physicist, he became known as 'Imām' Abdul Rauf due to his role as the Imām of al-Farah Mosque in New York City and founder of the American Sufi Muslim Association (ASMA).[44] Following 9/11, the media-savvy Ṣūfī-inspired activist and author of several books became a public figure in and beyond the US in the course of the controversies about the so-called Ground Zero Mosque,[45] a project that was hosted by the Cordoba Initiative, a "multi-national, multi-faith organization dedicated to improving Muslim-West relations," founded and presided by Abdul Rauf.[46]

---

[42] No author: Ṭāhā al-ʿAlwānī raʾīs al-maǧlis al-fiqhī li-Amrīkā aš-šamālīya: Nadʿū al-muslimīn li-aḫḏ afḍal mā fi-l-muǧtamaʿ al-amrīkī, in: aš-Šarq al-awsaṭ (July 21, 2002), www.aawsat.com/print.asp?did=114299&issueno=8636 (last access 07.05.2010).

[43] Feisal Abdul Rauf: Justification & Theory of Sharia Law: How the American Declaration of Independence, Bill of Rights and Constitution are Consistent with Islamic Jurisprudence, in: University of St. Thomas Law Journal 7 (3/2010), pp. 452–510 (468); id.: Defining Islamic Statehood: Measuring and Indexing Contemporary Muslim States, New York 2015, pp. 43 f.

[44] ASMA was later renamed as American Society for Muslim Advancement.

[45] Officially named Park 51, Abdul Rauf initiated this project with the aim of building a mosque and multi-faith community center two blocks from the site of the 9/11 attacks in New York city. It made headlines as the "Ground Zero Mosque" when a public campaign (unsuccessfully) attempted to thwart its construction, accusing Abdul Rauf of seeking to implement Islamic law in the United States. Despite the protests, it was eventually opened on September 11, 2011. For the controversies about the center, see, e. g., Nathan Lean: The Islamophobia Industry: How the Right Manufactures Fear of Muslims, London 2012, pp. 46–49; Derek Ruez: Partitioning the Sensible at Park 51: Rancière, Islamophobia, and Common Politics, in: Antipode (2012), pp. 1–20; and Feisal Abdul Rauf: Moving the Mountain: Beyond Ground Zero to a New Vision of Islam in America, New York 2012, pp. 17 f.

[46] See www.cordobainitiative.org/our-mission (last access 26.02.2016). Besides the above-mentioned book Moving the Mountain, Abdul Rauf's publications include Islam: A Search for Meaning (1996), Islam: A Sacred Law (2000) and What's Right with Islam is What's Right with America (2005). In his latest monograph, Defining Islamic Statehood (2015), Abdul Rauf recounts the story of the Shariah Index Project.

Another project that originated from the Cordoba Initiative was the so-called Shariah Index Project (SIP), which Abdul Rauf initiated in 2006. In an attempt to "synthesize the science of Islamic jurisprudence with the indexing methods of the social sciences,"[47] the project aimed at developing an index to measure and rank the so-called "Islamicity" of modern states – including primarily self-proclaimed 'Islamic states' and other Muslim majority countries, which were equated with the member states of the Organisation of Islamic Cooperation (OIC), but, as part of an associated pilot study, also non-Muslim majority countries.[48] Abdul Rauf describes his initial motivation for this project as resulting from his disillusionment with the growing influence of Islamist movements in various countries:

> [T]here have been numerous movements to create Islamic states but insufficient clarity about what this means. Activists have founded Islamic political parties, movements, and even countries, but because these efforts originated with political activists (and, with the exception of Iran in 1979, not with Muslim religious scholars), they have traded in the currency of demographics and geography or political passion and power, and in the process the traditions of jurisprudence were often sidelined. […] After all, where Islamic movements have achieved genuine political power, as in Iran and Gaza, the results have sometimes been contrary to Islam's ethical principles. So as more countries come under pressure to 'Islamize' themselves, there is growing interest in developing an *authentic, tradition-based jurisprudential* understanding of what an Islamic state ought to look like.[49]

Abdul Rauf thus diagnoses a failure by Islamist activists to abide by what he considers to be "Islam's ethical principles," which he explains by their supposed lack of expertise in Islamic law. Himself an activist, not a traditionally trained religious scholar, he thus found himself called upon to initiate a project to counter these allegedly deviant approaches based on the opinions of Muslim scholars whom he deems to have more authority to rediscover the 'authentic' meaning of an 'Islamic state.' Admitting that the idea of an 'Islamic nation state' is not rooted in Islamic tradition but only came into being in the 20th century and has since assumed various forms, he claims that today there is a distinct need for consensus (*iǧmāʿ*) on what renders a state 'Islamic' and what is meant by the "application of the *šarīʿa*."[50] Following a highly political agenda aimed at producing an authoritative definition of the boundaries between 'true' and 'false' understandings of the 'Islamic state,' he conceives of the Shariah Index Project as "a powerful antidote to the perversion of Islam that is currently shaping so much of the political-religious discourse in the Muslim world."[51]

---

47 Abdul Rauf: Defining Islamic Statehood, p. 4.

48 Personal communication with Jasser Auda, Doha, December 12, 2011.

49 Abdul Rauf: Moving the Mountain, p. 163 [my italics].

50 Abdul Rauf: Defining Islamic Statehood, p. 11. For the concept of *iǧmāʿ*, see, e. g., M. Bernand: Idjmāʿ, in: Encyclopaedia of Islam, 2nd ed., Leiden: Brill Online.

51 Abdul Rauf: Moving the Mountain, p. 17.

While Abdul Rauf's primary objective was to "measure and index" the "Islamicity" of Muslim majority countries, the decision to conduct an additional side study on predominantly non-Muslim countries indicates a second purpose, which is to challenge the assumption that Western countries are, in principle, less 'Islamic' – and hence less compatible with an 'Islamic' way of life – than predominantly Muslim countries. Accordingly, the project was not only intended "to benchmark an Islamic state for the twenty-first century," and "to assist current governments in administering according to the Islamic principles," but also "to reduce malaise among Muslims who worry that they are not living in an 'Islamic' state," and "to reshape perceptions of the West about Islam and Islamic governance."[52]

In order to implement the SIP, the Cordoba Foundation received funding from the office of the then Prime Minister of Malaysia and Chairman of the OIC, Abdullah Ahmad Badawi (b. 1939),[53] who was perhaps hoping to see Malaysia ranking high on this "Islamicity Index." Considering Badawi's vigorous attempts to present Malaysia as a "progressive" Islamic country, his motivation to support Abdul Rauf's project may be read as providing welcome support for the image campaign that characterized his presidential term, known by the slogan "Islam Hadhari," or "Civilizational Islam." In Badawi's words, "Islam Hadhari" is

> an approach towards a progressive Islamic Civilisation […] that is compatible with modernization and yet firmly rooted in the noble values and injunctions of Islam.[54]

It "promotes tolerance and understanding, moderation and peace, and certainly enlightenment," is "entirely consistent with democracy," and serves to replace "radicalism and extremism" with

> good governance, healthy democratic practices, and an empowerment of its citizens through proper education along with an equal share of the benefits of economic growth.[55]

Hence, Badawi highlights, it is an inclusive approach "acceptable to Muslims and non-Muslims."[56] In order to realize this vision of a "Civilizational Islam," he calls for a "renewed emphasis toward the understanding of *al-maqasid al-Shariah* [sic; i. e., the 'objectives' of the *šarīʿa*]" arguing that

---

52 Abdul Rauf: Defining Islamic Statehood, p. 6.

53 See Jasser Auda: Course Notes on Maqasid al-Shariah for Public Policy, Doha, December 11, 2011, and personal communication with Jasser Auda, Doha, December 12, 2011. (During a research stay in Doha in December 2011, I had the opportunity to interview Auda and sit in his course on *maqāṣid aš-šarīʿa* which he taught at the Qatar Institute for Islamic Studies.) According to Abdul Rauf, Najib Abdul Razak (b. 1953), who succeeded Badawi in office, continued to support the project. See Abdul Rauf: Defining Islamic Statehood, p. 3.

54 Abdullah Ahmad Badawi: Islam Hadhari. A Model Approach for Development and Progress, Kuala Lumpur 2006, p. 44. For more on the notion of "Islam Hadhari," see Gerhard Hoffstaedter: Modern Muslim Identities. Negotiating Religion and Ethnicity in Malaysia, Copenhagen 2011, pp. 90–104.

55 Badawi: Islam Hadhari, pp. 154, 71 f.

56 Badawi, quoted in Abdul Rauf: Defining Islamic Statehood, p. 117.

> [t]he Shariah must not only be seen as a set of black letter laws but also as a system of values, where the specific rules and laws are manifestations of those overriding values.[57]

As Farish Noor points out, this state-sponsored discourse on "progressive Islam" is to be understood as part and parcel of what he describes as the "Islamization race" between the governing party in Malaysia (UMNO, United Malays National Organisation), which Badawi represents, and the Islamist opposition (PAS, Pan-Malaysian Islamic Party). In this "discursive contest to define the meaning and content of Islam," a race to prove who is more 'Islamic,' Badawi's UMNO "sought to out-Islamize its nemesis PAS" by implementing a state Islamization policy that was meant to promote a "vision of Islam as a modern way of life, culture and government" and, thereby, outdo PAS' calls for the creation of an Islamic state and the introduction of Islamic law.[58] That said, Badawi may have regarded the Shariah Index Project as yet another opportunity to get 'official' acknowledgement of Malaysia's supposedly high level of "Islamicity," so as to make an impression both on his Islamist opponents at the national level and, in his role as the Chairman of the OIC, at the international level where he advertised his concept of a 'Civilizational Islam' as a blueprint for other Muslim countries.[59]

In the first phase of the SIP, Abdul Rauf gathered a group of about 35 scholars,[60] representing various schools of law, whom he depicts as "a high-level network of international government officials, university professors, and Islamic legal scholars" from the US and different Muslim majority countries, including Morocco, Egypt, Turkey, Iran, Afghanistan, Pakistan and Malaysia.[61] Considering that only 12 participants are named in Abdul Rauf's final report about the project, it appears that almost two thirds of the initial group, including those from Afghanistan and Egypt, had meanwhile either left the project or did not want their names published.[62] The named participants form a highly heterogeneous (though all-male) group that includes two PR specialists and twelve scholars, both Sunnī and Šīʿī, from different national and professional backgrounds. Among them are Jasser Auda (b. 1966), an Egyptian-Canadian academic activist and author of various books on *maqāṣid aš-šarīʿa*, who served as the vice president of the SIP from 2007 until about 2009;[63] the late Mahmood Ahmed Ghazi (1950–2010), former

[57] Badawi: Islam Hadhari, pp. 40 f.

[58] Farish A. Noor: Islam Embedded. The Historical Development of the Pan-Malaysian Islamic Party PAS (1951-2003) 2, Kuala Lumpur 2004, pp. 371, 729.

[59] See Hoffstaedter: Modern Muslim Identities, p. 90.

[60] Personal communication with Jasser Auda, Doha, December 11, 2011. A complete list of scholars who initially participated in the project, among whom were, according to Auda, also a number of ECFR members, has not been available to me.

[61] See Abdul Rauf: Moving the Mountain, p. 164.

[62] The participants are listed in Abdul Rauf: Defining Islamic Statehood, pp. XIII–XVI.

[63] Auda also serves as the executive director of the London-based Maqasid Institute. His publications include Maqasid al-Shari'ah as Philosophy of Islamic law: A System's Approach, Herndon 2008; Fiqh al-maqāṣīd: Ināṭat al-aḥkām aš-šarʿīya bi-maqāṣidihā, Cairo 2006; and Maqasid al-Shari'ah: A Beginner's Guide,

president of the International Islamic University in Islamabad, who also served as a judge at the Federal Shariat Court of Pakistan and as Minister of *Auqāf* (Endowment); Mohammad Hashim Kamali (b. 1944), Professor of Law at the International Islamic University of Malaysia and Chairman of the International Institute of Advanced Islamic Studies in Kuala Lumpur; Mohammad Javad Larijani (b. 1951), advisor to Ayatollah Khamenei and President of the Human Rights Council in Iran, (who stresses that he "participated in the project in a personal capacity and his comments do not represent the official views of the government of Iran"[64]); Tun Abdul Hamid Mohamad (b. 1942), retired chief justice of Malaysia; Ahmed Abadi (b. 1960), the Secretary General of the League of Moroccan *ʿulamāʾ* and former director of the Moroccan Ministry of Islamic Affairs; and Recep Şentürk (b. 1964), General Director of the Graduate Studies in the Alliance of Civilizations Institute at the Fatih Mehmet Vakıf University, Istanbul.[65] Considering the heterogeneity of the participating scholars, some of whom are *ʿulamāʾ* whereas others are trained in other disciplines, such as philosophy and sociology, it is not surprising that they came with rather different understandings of what *šarīʿa* and 'Islamic law' are. While Tun Abdul Hamid Mohamad, a jurist who did not pursue any formal religious training, and Abdul Rauf, for instance, maintain that "any law that is not un-Islamic" is 'Islamic,' others, such as the Iranian Larijani, have a narrower understanding of what constitutes 'Islamic law.'[66] However, as we shall see below, they all share a particular interest in *maqāṣid aš-šarīʿa*, the 'objectives of the *šarīʿa*.'[67]

During seven behind-the-scenes meetings, held in Kuala Lumpur, Malaysia, the scholars first discussed definitions of the 'Islamic state' and then, in the second phase, cooperated with ratings and indexing experts from the US American consultancy company Gallup on developing a methodological framework to measure a country's level of "Islamicity,"

Herndon 2008, which has been translated into numerous languages. Notably, although al-ʿAlwānī is not listed among the participants of the Shariah Index Project, there are institutional links between him and the project. First of all, Auda is a frequent author and guest lecturer at the IIIT, which al-ʿAlwānī had formerly presided and which is active in promoting *maqāṣid aš-šarīʿa*, particularly through the various books the IIIT publishing house published, including Auda's monographs bon this topic. Moreover, the IIIT supported Abdul Rauf in promoting the SIP by inviting him several times to speak about the project in the framework of the IIIT's lectures series. See, e. g., iiit.org/DesktopModules/DnnForge%20-%20NewsArticles/Print.aspx?tabid=62&tabmoduleid=100&articleId=453&moduleId=398&PortalID=0 (last access 9. 2. 2016).

[64] Abdul Rauf: Defining Islamic Statehood, p. XV.

[65] Further participants include Dato' Osman Bakar (b. 1946), former deputy CEO at the International Institute of Advanced Islamic Studies in Kuala Lumpur; Anies Baswedan (b. 1969), President of the Paramadina University, Jakarta; Khanjar Hamieh (d.o.b. unknown), Professor of Philosophy at the Lebanese University in Beirut; Ahmad Syafii Maarif (b. 1935), former Chairman of the Muhammadiyah, one of the largest Islamic organizations in Indonesia; and Tahir Mahmood (b. 1941), Professor of Law in Delhi who also held positions in the government of India.

[66] See Abdul Rauf: Defining Islamic Statehood, pp. 21, 128, 157–170.

[67] For their individual understandings of *maqāṣid aš-šarīʿa*, see also the interviews with the participating scholars in ibid., pp. 115–273.

based on both government statistics and the polling of sampled populations.[68] According to Abdul Rauf, there was, however, "passionate disagreement" among the participating scholars on the definition of an 'Islamic state,' particularly on how far the self-definition of a state as 'Islamic' and the ruler's qualifications were prerequisites for a modern nation-state to be considered 'Islamic.'[69] Nonetheless, it was generally agreed to "decouple the nomenclature 'Islamic State' from a demographic definition and anchor it to one based on criteria of governance," more precisely, on the "outcomes of governance."[70] In other words, the scholars were in agreement that the

> rationale, or raison d'être, of an Islamic state lies in the acknowledgement of divine sovereignty, which is expressed concretely in two fundamental principles: the collective vice regency of the community and the supremacy of God's law (Shariah).[71]

Translating these principles into present-day political practice, Abdul Rauf simply states that "collective vice regency," which he also refers to as *ḫilāfa*, is manifested through *šūra* and *iǧmāʿ*, understood as "consultation" and "consensus of the community," which are accomplished, "in modern democracies [...] through parliamentary and congressional processes." Moreover, this "collective vice regency," is based on the provision of "justice" and "equality," and on *baiʾa*, understood as "allegiance and collective legitimization [...] manifested via democratic elections." The second principle, "the supremacy of God's law" – which lies at the core of the Shariah Index Project – was seen as being "manifested through the mechanism of an independent judiciary and the fulfilment of the objectives of Islamic law (*Maqasid al-Shariʿah*)."[72] In short, "Islamicity" was thus understood, as Jasser Auda put it, as a state's ability to implement "an Islamic rule of law (Shariah)" and to

> ensure the outcome of Shariah's objectives, which altogether provide justice to and protect the well-being and best interests of its citizens in this life and the next.[73]

In order to find a way of measuring these principles of governance, including theoretical concepts such as justice and equality, the scholars agreed to develop an index based on *maqāṣid aš-šarīʿa* that would "ensure" that all of the above criteria were covered and thus serve to determine a state's "*šarīʿa* compliance."[74] Jasser Auda summarizes the interpretation of these 'objectives' underlying the SIP as follows:

> The objective of Religion (*maqsid al-din*) is to instill spiritual awareness and moral virtue in the individual and in society as a whole. One realizes this objective by first protecting

[68] See Abdul Rauf: Defining Islamic Statehood, pp. 85–112.
[69] See ibid., pp. 46–58.
[70] Abdul Rauf: Justification & Theory of Sharia Law, p. 456, and id.: Defining Islamic Statehood, p. 58.
[71] Abdul Rauf: Moving the Mountain, pp. 164 f. See also id.: Defining Islamic Statehood, pp. 57–61.
[72] Ibid., p. 60.
[73] Auda, Course Notes.
[74] Abdul Rauf: Defining Islamic Statehood, p. 62.

> against the erosion of Islamic values and then promoting the belief and practice of the five pillars of Islam among Muslims and the right to religious freedom for minorities. [...]
> The objective of Life (*maqsid al-nafs*) is to uphold the sanctity of human life according to the dignity God bestowed on humankind. One realizes this objective by first protecting against unjust killing [...] and bodily harm, and then by promoting human life through providing food and shelter, good health, a well-preserved environment, and overall satisfaction with one's life. [...]
> The objective of Mind (*maqsid al-ʿaql*) is to cultivate wisdom and prudence in the individual. One realizes this objective by first protecting against intoxication and superstitious belief and then by promoting sound judgment and wisdom through access to and dissemination of knowledge. [...]
> The objective of Family (*maqsid al-nasl*) is to make the family a safe refuge for all of its members. One realizes this objective by first protecting against premarital sex and extramarital affairs (*zina*), divorce, and maltreatment and then by promoting the institution of marriage, fertility, and family cohesion. [...]
> The objective of Dignity (*maqsid al-ʿird*) is to sustain the human dignity given by God to each human being. One realizes this objective by first protecting against slander, breach of privacy, everyday fear, and disrespect and then by promoting basic human freedoms. [...]
> The objective of Wealth (*maqsid al-mal*) is to ensure a moral economy where the accumulation of wealth secures benefits for and prevents harm to human beings. One realizes this objective by first protecting against theft, usury, and unlawful gain. This maqsid also ensures the provision of basic needs and promotes property ownership, fair business practices, and a stable economy.[75]

In sum, this catalogue of *maqāṣid* comprises the five well-known 'necessities' or 'essentials' (*aḍ-ḍarūrīyāt al-ḫamsa*) that were developed, most significantly, by the Andalusian scholar Abū Isḥāq aš-Šāṭibī (d. 790/1388) in the 14th century, complemented by 'dignity' or 'honor' (*ʿirḍ*) as an additional 'objective' which was introduced by Šihāb ad-Dīn al-Qarāfī (d. 684/1285). In the context of the SIP, they are, however, framed in a distinctly modern way, reflecting the early 21st-century discourses on human rights, economy, and ecology.[76] In particular, the "protection and promotion"[77] of religion (*dīn*) is here understood as naturally including religious freedom and minority rights, that of life (*nafs*) as

[75] Auda, Course Notes. For a more detailed presentation of the SIP's understanding of *maqāṣid*, see Abdul Rauf: Defining Islamic Statehood, pp. 62–81. See also the interviews with Mohammad Hashim Kamali and Jasser Auda in ibid., p. 201–265.

[76] To be sure, aš-Šāṭibī was not the first to develop the concept of *maqāṣid*, but drew on earlier scholars, particularly Imām al-Ḥaramain al-Ǧuwainī (d. 478/1085) and Abū Ḥāmid al-Ġazālī (d. 505/1111). For more on the history of *maqāṣid aš-šarīʿa*, see, e. g., Jameleddine Ben Abdeljelil / Serdar Kurnaz: Maqāṣid aš-Šarīʿa. Die Maximen des islamischen Rechts, Frankfurter Schriften zum Islam, Islam im Diskurs Studienreihe 1, Berlin 2014; Muhammet Sait Duran: Zur Theorie einer teleologischen Methode in der islamischen Normenlehre: Aš-Šāṭibīs (gest. 790/1388) Konzept der Absichten der Scharia (maqāṣid aš-šarīʿa), Frankfurter Schriften zum Islam, Islam im Diskurs 2, Berlin 2015; Ahmed al-Raysuni: Imam Shatibi's Theory of the Higher Objectives and Intents of Islamic Law, Herndon 2006; Birgit Krawietz: Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam, Berlin 2002, pp. 223–229; Wael B. Hallaq: A History of Islamic Legal Theories: An introduction to Sunnī Usūl al-fiqh, Cambridge 1997, pp. 162–181.

[77] Auda, Course Notes.

containing the idea of environmentalism, and that of reason (*ʿaql*) as entailing the right and access to education. Moreover, the 'objective' of dignity (*ʿirḍ*) is connected with "basic human freedoms," a phrase that appears to reflect ideas of modern human rights, and the "protection and promotion" of property (*māl*) is associated with the modern concept of an economic policy that does not seek to abandon capitalist aspirations, but is considered responsible for guaranteeing a "fair," "stable," and "moral economy." Given this equation of 14th-century legal thought with present-day political concerns, it is not astonishing that this Maqasid of Shariah Index was, as Auda explained to me, developed by and large along the lines of the UN Human Development Index (HDI). While the latter is limited, however, to three components, namely health, education, and living standards, Auda emphasized that the distinct "advantage" of the Maqasid of Shariah Index lies in the inclusion of the 'protection of religion' (*ḥifẓ ad-dīn*) which has no equivalent in the HDI.[78] Taking into account that the SIP is, as such, predicated on religious parameters, one might say that the consideration of the 'protection of religion' is, ultimately, not a mere asset, but in fact the raison d'être of this index.

Notably, for Abdul Rauf and the other participants of the SIP, the *maqāṣid*, as understood in this project, are not only the adequate means to measure the "Islamicity" of modern states, but they are presented as a panacea for a whole range of current social and political ills. In their view, a *maqāṣid*-based approach to the *šarīʿa* will help "concerned authorities to better align their governments with the divine ordinances enshrined in the Qurʾān and the Sunnah" and, at the same time, serve to bridge the divide between Sunna and Šīʿa by encouraging a "much-needed culture of conciliation and peaceful coexistence." Moreover, it is understood as "essential to fruitful interfaith dialogue," and as helping to improve the image of Islam in the West, as it draws attention to universal ethics shared by Muslims and non-Muslims alike.[79]

To be sure, the SIP was not the first attempt to revisit the concept of *maqāṣid aš-šarīʿa* and make it viable in modern political, social and ethical discourses, but it rather builds on the revival this concept has experienced since the second half of the 20th century that was particularly prompted by the Tunisian scholar Muḥammad aṭ-Ṭāhir b. ʿĀšūr (1879–1973) and the Moroccan ʿAllāl al-Fāsī (1910–1974). This modern discourse on the *maqāṣid* has witnessed a shift away from a focus on preventing or punishing the negative towards promoting the positive, i. e., towards a more value- and ethics-

[78] Personal communication with Jasser Auda, Doha, December 11, 2011. See also Abdul Rauf: Defining Islamic Statehood, pp. 242 f. For details of the HDI, see hrd.undp.org/en/statistics/hdi (last access 10. 4. 2013).

[79] Abdul Rauf: Defining Islamic Statehood, pp. 1, 239, 269–271.

oriented interpretation of the *šarīʿa* that is paradigmatically reflected in the SIP's approach.[80]

Despite this overall agreement on a *maqāṣid*-based approach, Abdul Rauf admits that the scholars differed passionately on the ultimate meaning of "*šarīʿa* compliance" and "application of Islamic law" (*taṭbīq aš-šarīʿa*), and on the ranking of the above 'objectives.' A key point of contention was the significance of the *maqṣid* of "preserving religion" (*ḥifẓ ad-dīn*), that is conventionally prioritized as the most fundamental 'objective.'[81] While some participants insisted that this condition was of higher importance than any other criteria and thus indispensable for a country to be considered as 'Islamic,' it was eventually decided that all criteria were to be considered equally. Debates also arose about the qualities of the ruler: does the head of state necessarily have to be Muslim? If so, do rulers qualify as Muslims simply because they have Muslim names, or do they need to demonstrate a certain degree of piety? Further controversies erupted over the questions of whether it was essential for a government to officially declare Islam to be the state religion, or God to be sovereign, and to name the *šarīʿa* as *the* source of the constitution, and whether the *ḥudūd* penalties have to be included in the penal code.[82] While neither Abdul Rauf nor Auda considered any of these factors essential for a state to be categorized as 'Islamic,' some of the scholars participating in the project staunchly disagreed.[83] This might not come as a surprise considering that they hailed from countries as different as self-proclaimed Islamic Republics such as Iran and Pakistan on the one hand and secular countries such as Tur-

[80] For a brief insight into this paradigm shift, see, e. g., the interview with Jasser Auda in Abdul Rauf: Defining Islamic Statehood, pp. 234–254. To illustrate this shift, Auda refers to the example of *maqṣid an-nasl* which was traditionally discussed in terms of punishments for offending decency or *protection* for private parts, whereas it was later, in the 20th century, reinterpreted with a focus on promoting the family, or, as Auda puts it, on "developing the family and articulating family values." Ibid., p. 235. Lutz Rogler argues accordingly that *maqāṣid aš-šarīʿa* are nowadays primarily understood as "an ethical, socio-philosophical paradigm with normative recognition rather than a legal-methodological concept." www.zmo.de/forschung/projekte_2008_2013/normativity_sharia_e.html (last access 2. 3. 2016). For more on contemporary approaches to *maqāṣid aš-šarīʿa*, see., e. g., Lutz Rogler: Maqâsid al-sharîʿa als religiöses Reformkonzept, in: INAMO 57 (2009), pp. 22–26; David L. Johnston: Maqāsid Al-Sharī'a: Epistemology and Hermeneutics of Muslim Theologies of Human Rights, in: Die Welt des Islams 47 (2/2007), pp. 149–187; Mahmoud Bassiouni: Menschenrechte zwischen Universalität und islamischer Legitimität, Berlin 2014, pp. 141–228.

[81] See Mohammad Hashim Kamali, in Abdul Rauf: Defining Islamic Statehood, pp. 217 f.

[82] See Abdul Rauf: Moving the Mountain, p. 167. For current debates on this maqṣid, see also Andrew F. March: Islamic Legal Theory, Secularism and Religious Pluralism: Is Modern Religious Freedom Sufficient for the Shari'a 'Purpose (Maqsid)' of 'Preserving Religion (Hifz Al-Din)?', in: Public Law & Legal Theory Research Paper Series 208 (2009), ssrn.com/abstract=1452895 (last access 15. 6. 2013).

[83] See Abdul Rauf: Defining Islamic Statehood, pp. 35, 143, 227; Jasser Auda: How much of a 'Land of Islam' is Today's Europe? A Study in the Classic Jurisprudence, in: www.jasserauda.net/en/read/articles/216-how-much-of-a-%E2%80%98land-of-islam%E2%80%99-is-today%E2%80%99s-europe-a-study-in-the-classic-jurisprudence.html (last access 3. 4. 2013); personal communication with Jasser Auda, Doha, December 6, 2011.

key and the US on the other, and thus not only represented very different interpretations of the Islamic tradition, but also distinct perspectives on the relationship between religion and politics.

Before the SIP could enter its final stage, in which Gallup was to conduct polls based on the above-mentioned set of objectives and publish a ranking of the countries under review, the project was terminated prematurely in 2010 – under the impression of both internal disputes and attacks from outside.[84] After Abdul Rauf's plan to construct an Islamic center near the site of the 9/11 terror attacks in New York, the so-called Ground Zero Mosque, had already made him a prime target of anti-Muslim activists, the SIP similarly attracted their attention. When some initial results of a pre-study on the "Islamicity" of selected Muslim majority countries were temporarily published on the website of the Cordoba Initiative in 2009, it created a stir in right-wing circles in the US, because, as Auda speculates,

> some obviously right-wing politicians in the States, Neocons to be precise, [...] thought that this is too friendly of a picture that we are introducing for Islam [...] perhaps some people have an agenda not to present any friendly picture of the Shari'ah. It is supposed to remain a buzzword for evil [...].[85]

Moreover, in the course of the increasing propaganda of the "Anti-Shariah Movement," that aimed at fighting an alleged "Islamization" of the United States, the project was accused of covertly promoting "creeping *šarīʿa*" in the country.[86] While Abdul Rauf explained repeatedly that the project was intended to contribute to persuading both Muslim and non-Muslim Americans of the compatibility of Islamic norms with the US legal and political system, he was accused of pursuing a double agenda, striving to eventually substitute the law in force with Islamic law. On the occasion of the "Stop the 9/11 Mosque" protests in New York City in 2010, Robert Spencer, a prominent anti-Muslim propagandist in the US, expressed his accusations against Abdul Rauf as follows:

> Imam Fesial [sic] Abdul Rauf is on record in favor of bringing Islamic law, Sharia, to the United States [...] Sharia denies the freedom of speech. Under Sharia, if you are a Muslim and you leave Islam, you are liable to be killed. Under Sharia, there is discrimination institutionalized against women and against non-Muslims. That is anti-American, that is anti-freedom, that is anti-human and we will not let that stand. We are here to stand for America. [...] They say it will be different but they will be reading the same Quran and teaching the same Islamic law that led those

[84] See Jasser Auda: Islam and Muslims in America, in: www.onislam.net/english/reading-islam/research-studies/reviews-a-interviews/451472-islam-and-muslims-in-america-interview.html?Interviews= (last access 3. 4. 2013); personal communication with Jasser Auda, Doha, December 11, 2011.

[85] Auda: Islam and Muslims in America.

[86] Personal communication with Jasser Auda, Doha, December 6, 2011. For the "Anti-Shariah Movement" and its propaganda against Abdul Rauf and the so-called Ground Zero mosque, see Lean: The Islamophobia Industry, pp. 46–49, 62–64, 174 f.

> 19 hijackers to destroy the World Trade Center and murder 3,000 Americans.[87]

While the leadership of the SIP was thus increasingly under pressure from the outside, what ultimately led to the project being aborted was the irreconcilable differences between the participating scholars. According to Auda, it eventually came to a halt when the associated pilot study was about to be released that gauged the "Islamicity" of both Western European and predominantly Muslim countries. In his words,

> it was found that those countries that call themselves Islamic were less compliant than other Muslim countries, and that some non-Muslim countries were more Shariah-compliant than most Muslim majority countries.[88]

For Auda and Abdul Rauf, who are both staunch defenders of the compatibility of a life according to both 'Islamic' and 'Western' norms and values, and, at the same time, harsh critics of the political and legal regimes in Muslim majority countries, these findings were neither unexpected nor unwelcome. Abdul Rauf had even anticipated this outcome when explaining earlier that

> we'd like to index both Organisation of Islamic Countries (OIC) and non-OIC countries, because we know some non-OIC countries will score higher than some OIC members on some principles like justice, protection of minorities and so on.[89]

Other scholars involved in the project, who themselves come from OIC member states, i. e., from countries considering themselves in one way or another 'Islamic,' however, firmly rejected these results and thwarted the publication of the pilot study.[90] Larijani, for instance, who holds high positions in the Iranian regime, had been highly sceptical from the beginning about the inclusion of non-Muslim majority countries in this ranking. In his view, for a country to be considered 'Islamic,' the ruler must not only be a Muslim, but also "have knowledge of Islam, of the Shariah, including the Maqasid al-shari'ah, and of ways to approach new issues based on Islamic rationality." Hence, he had urged that:

> [f]or the purposes of the Shariah Index Project, we should emphasize the special nature of an Islamic state; later, we can produce another index, which measures those themes common to any state. If the flavor of Islam is missing from a state, then it's less Islamic in that sense and would receive a lower mark.[91]

---

87 Robert Spencer, quoted in ibid., pp. 62 f.

88 Personal communication with Jasser Auda, Doha, December 6, 2011; see also Auda: Islam and Muslims in America.

89 Abdul Rauf, quoted in Rasha Elass: Shariah Index will rate countries' Islamic law, July 21, 2009, www.thenational.ae/news/uae-news/shariah-index-will-rate-countries-islamic-law (last access 8. 4. 2013). See also Abdul Rauf: Defining Islamic Statehood, pp. 51 and 81.

90 Personal communication with Jasser Auda, Doha, December 6, 2011.

91 Larijani, quoted in Abdul Rauf: Defining Islamic Statehood, pp. 163 f. and 77.

Consequently, it was agreed not to continue the work on the Shariah Index, which had initially been envisaged to be published on an annual basis. Without going into the details of the internal controversies, Auda cautiously conceded in an interview with the popular Islamic website OnIslam.net in 2011 that

> [w]e can appreciate that there is a lot of politics in ranking Islamic or non-Islamic countries in terms of how Islamic they are, which I think put the project at the end to a halt at this stage.[92]

This unbridgeable rift notwithstanding, Abdul Rauf himself has never declared the project abandoned, but continues to present it as a highly successful endeavour. While the interviews and talks he gave on the SIP subsequent to its termination do not indicate any doubt about the very idea of measuring "Islamicity" through *maqāṣid aš-šarīʿa*, his stance could, to some extent, also be explained against the backdrop that he is not only the initiator and president of the project, for which he received generous funding from Badawi, but that he was, at the same time, under heavy attack from anti-Muslim activists in the US, which may have encouraged him all the more to present the project as a successful attempt to prove the compatibility of 'Islamic' and 'Western' norms and values. Thus, he also decided to publish a book on the SIP which finally appeared in late 2015. Entitled "Defining Islamic Statehood: Measuring and Indexing Contemporary Muslim States," it provides insight into Abdul Rauf's perspective on the project's methodological approach and the discussions among the participating scholars, and it includes interviews he conducted with Badawi and some of the participants. Interestingly though, throughout the book, Abdul Rauf does not mention that the project was initially designed to measure and index not only Muslim majority countries, but, as part of a side study, also non-Muslim majority countries. Considering that the ranking of Western countries appears to have been a crucial bone of contention among the scholars, they seem to have agreed to limit the final presentation to the indexing of OIC countries. Moreover, the book also omits the results of the overall ranking of Muslim majority countries, and only includes tables that list the performance of the top 15 regarding each of the six *maqāṣid*.[93] In a somewhat defensive tone, Abdul Rauf stresses that the "key and important breakthrough here is in developing this methodology," and he explains the missing ranking with the "lack of available data on a number of key elements" and of up-to-date data from those countries that were affected by the so-called Arab Spring.[94] Therefore, he also refers to the project as "Shariah Index 1.0," which he describes as an "ongoing work-in-progress," and

[92] Auda: Islam and Muslims in America.

[93] See Abdul Rauf: Defining Islamic Statehood, pp. 100–111.

[94] Ibid., p. 111. See also ibid., p. 5.

holds out the prospect of creating a Shariah Index Institute that would continue to collect necessary data and eventually launch "Shariah Index 2.0."[95]

In sum, while the disagreement among this heterogeneous group of scholars might not have come out of the blue, the internal and public debates about the project illustrate that the attempt to measure the "Islamicity" of modern states is in fact a politically explosive issue, within both intra-Muslim debates and anti-Muslim discourse in the US and elsewhere. On the one hand, activists who conjure up images of Islamic law 'creeping' into Western societies agitated, in reaction to the SIP, against alleged attempts to undermine the legal order in the West, or, put another way, against any endeavour that could potentially refute the demonization of the *šarīʿa* as the symbol of the purported incompatibility of Islamic and US American values. On the other hand, Muslim scholars and activists strongly disagreed on the definition of "Islamicity," revealing not only their different interpretations of Islamic tradition, but also their highly diverse agendas and objectives. Some, notably Abdul Rauf and Auda, strived to prove that Islamic and secular democratic values are in no way conflicting, and that the implementation of the *ḥudūd* or other institutionalized forms of Islamic law does not necessarily ensure the realization of Islamic values and ethics, or, as they put it, of the 'objectives of the *šarīʿa*.' Representatives (and donors) from Malaysia were certainly interested in proving their achievements as the supposed flagship 'Islamic state.' As a side note, Malaysia, "not surprisingly, came out well among the OIC countries measured by this Index," as the Malaysian activist Zainah Anwar remarked in a critical op-ed, in which she denounced the Shariah Index Project as a "charade" that is part of the "games politicians play with religion in order to stay in power or to win power."[96] Other scholars, who themselves hailed from other OIC member states, however, eventually refused to accept this approach to reassess the religio-political identity of their own countries of residence vis-à-vis non-Muslim majority countries.[97] From their perspective, the parameters suggested for this reconsideration – in particular the missing precondition of a Muslim ruler and the large-scale identification of *maqāṣid aš-šarīʿa* with human rights, as stipulated by the

[95] Ibid., pp. 79, 111 f.

[96] Zainah Anwar, Measuring Islamicity yet again, in: The Star (March 1, 2015), www.thestar.com.my/opinion/columnists/sharing-the-nation/2015/03/01/measuring-islamicity-yet-again-a-syariah-index-index-funded-by-taxpayers-money-remains-unused-and-unknown (last access 5. 9. 2015). Zainah Anwar is the co-founder and former executive director of the Malaysian women rights NGO Sisters in Islam, the co-founder and director of the NGO Musawah, "a global movement for equality and justice in the Muslim family." She is also a former member of the Human Rights Commission of Malaysia. Her statement regarding Malaysia's ranking in this project is based on a public presentation Abdul Rauf gave at the International Institute for Advanced Islamic Studies in Kuala Lumpur in 2014. See ibid.

[97] Personal communication with Jasser Auda, Doha, December 6, 2011. For the criticism by individual members of the project, see also Larijani's comments in Abdul Rauf: Defining Islamic Statehood, pp. 163 f. and 77.

Universal Declaration of Human Rights, and with the UN's Human Development Index – may have been construed as yet another example of a Western hegemonic discourse. In other words, they may have rejected the move to declare Western countries more 'Islamic' than Muslim majority countries as it makes the West appear in a more favourable light than the so-called Muslim world and may thus be understood as asserting, at least indirectly, the West's assumed moral supremacy.[98]

D. Conclusion

In conclusion, just as the question of what renders a territory 'Islamic' has been a matter of concern throughout Islamic history, discussions about how to draw the boundaries between 'Islamic' and 'non-Islamic' territory continue to play an important role in present-day Islamic legal discourse. While debates about territoriality have, since the early centuries of Islam, been characterized by a variety of ways in which scholars distinguished between *dār al-islām* and 'non-Islamic' territories, contemporary *ʿulamāʾ*, intellectuals and activists similarly differ widely on how to define 'Islamic territory' in light of the geopolitical realities of the 21st century. While they share the ambition to provide an 'authentic' reading of Islamic legal tradition and, thereby, render it relevant and meaningful in today's world, they disagree on how to bring this heritage into line with the current world order. By drawing selectively on pre-modern definitions of *dār al-islām* and other geo-religious categories, they

[98] For the sake of completeness, it should not go unmentioned that the SIP was not the only project launched in recent years that was intended to measure the "Islamicity" of modern states. In 2010, Scheherazade Rehman and Hossein Askari, both professors of international affairs at George Washington University, Washington, D.C., published the results of their attempt to index states according to an "Economic Islamicity Index." See Scheherazade S. Rehman / Hossein Askari: An Economic Islamicity Index, in: Global Economy Journal 10 (3/2010), pp. 1–37; ead.: How Islamic Are Islamic Countries?, in: Global Economy Journal 10 (2/2010), pp. 1–37. Although they did not officially base their approach on *maqāṣid aš-šarīʿa*, but claim to have derived its criteria from "what [they] believe to be important Islamic teachings that should shape the policies of a country that is labeled as 'Islamic'" (ibid., p. 2), they seem to apply similar criteria, based on "standard practices of good governance and good economic, financial, political, legal, and social policies, applicable to any country regardless of religious orientation" (ibid., p. 21). Their main findings include that no Muslim majority country made it into the top 25, while Ireland was identified as the "most Islamic" country in the world, followed by several other European countries, New Zealand, Singapore, the US (15th) and Israel (27th). The top Muslim majority country is Malaysia ranking at 33rd, followed by Kuwait at 48th, whereas Saudi Arabia is only ranked 91st and Qatar 111th. Though framed in academic terms, this study is certainly not devoid of interest-driven politics either, but pursues a normative agenda, similar to Abdul Rauf's project, claiming the right to redefine what ultimately renders a country 'Islamic.' Unlike Abdul Rauf's project, however, the two social scientists did not involve *ʿulamāʾ* or state representatives in their study, which probably made it less controversial in intra-Muslim discourse. However, Rehman and Askari also attracted media attention, as they were, for instance, invited to give an interview on BBC Radio, which, again, illustrates that the question of how to determine a state's "Islamicity" is a matter of interest both within and beyond Muslim communities. See www.bbc.ok.uk/programmes/p020c0sq (last access 16. 6. 2014). For more on this project, see also Albrecht: Dār al-Islām Revisited, ch. 6.

put forward different sets of criteria to determine the Islamic legal status of territories, often combining elements from across the *maḏāhib* and blending traditional criteria with decidedly modern ones, which leads them to highly diverse conclusions regarding the question of how to classify Western countries. While the majority of scholars and intellectuals engaged in this discourse have responded to this question by readjusting the concept of *dār al-islām* and its counterpart, that is 'non-Islamic' territory, to today's geopolitical landscape or, as in the case of Tariq Ramadan, by replacing them by one unified space, namely *dār aš-šahāda*, Abdul Rauf's Shariah Index Project focused on what he calls the "Islamicity" and "*šarīʿa* compliance" of modern nation states. Though not primarily concerned with revisiting the traditional territorial paradigm, this project similarly aimed at renegotiating Islamic legal tradition, albeit in the context of current debates about the 'Islamic state.' Drawing on the revived discourse on *maqāṣid aš-šarīʿa*, the participants of the project sought to make these 'objectives' viable for measuring and ranking the so-called "Islamicity" of nation states. While their focus was thus not on redefining concepts such as *dār al-islām*, the dissent within the project revolved, to some extent, ultimately around the same questions that have been at the heart of Islamic legal debates about territoriality from the beginning, namely the question of whether Muslim leadership and the application of Islamic legal rules are indispensable for a territory, or a state, to be classified as 'Islamic.' By taking a closer look at both the debates among the participants of the project and the attacks levelled against it from the outside, this paper has demonstrated that recent debates about how to determine the "Islamicity" of Western countries are neither confined to a scholarly ivory tower, nor are they an intellectual game detached from public discourse. Rather, they can be understood as a quest for authenticity that reflects the protagonists' commitment to preserving the role of the *šarīʿa* as a structuring element in modern life. This quest is deeply entangled not only with the struggle for the power of definition in the religious arena, but also with political power plays within both intra-Muslim and anti-Muslim discourses.

Sarah Albrecht completed her PhD at the Berlin Graduate School Muslim Cultures and Societies and is currently working as a lecturer and research associate at the Institute of Islamic Studies at Freie Universität Berlin.

ZRI 2016 (S. 225–238)

"Paralleljustiz" in Berlin's Mḥallamī Community in View of Predominately Customary Mechanisms*

Mahmoud Jaraba

Introduction

When I asked Ṣalāḥ[1] how his family resolves internal disputes, outside German courtrooms, he was very proud to tell me that they "بين بعض (داخليا) بحلوها [...]" ("[...] do it (internally) by themselves").[2] Ṣalāḥ, who is in his mid-30s and was born in Germany to a Mḥallamī[3] family, added that he sometimes assists his father to prevent disputes within the local Mḥallamī community by traditional mediation. According to Ṣalāḥ, there is a common interest in the community to reduce internal conflicts, since they can harm social unity. Some weeks later, Ṣalāḥ introduced me to his aforementioned father, Bassām, a. k. a. Abū Ṣalāḥ, who is well known among the Mḥallamī community as one of the senior community leaders (كبار العائلات, *kibār al-ʿāʾilāt*).[4] Abū Ṣalāḥ, who migrated to Germany from Lebanon in the early 1980s, is an influential local leader of the Mḥallamī clan-based community in Berlin.[5] He mediates disputes and conflicts that might arise in all areas of community life in order to prevent escalation and to bring the conflicting parties to the negotiating table. When I asked him in early May 2015 whether he cooperates with the German state and the police in resolving internal community disputes, he answered evasive and did not give straight answers. However, his son Ṣalāḥ joined the discussion and was keen to furnish insights. For example, he illustrated an incident that occurred some years ago. At that time, two of his relatives had a dispute on a joint part-

* I would like to express my gratitude to my colleagues Mathias Rohe, Jörn Thielman and Gerdien Jonker (*Erlanger Zentrum für Islam und Recht in Europa* at the Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg (EZIRE) as well as Hatem Elliesie (Department for Law and Anthropology at the Max Planck Institute for Social Anthropology in Halle (Saale) for valuable and constructive remarks on early drafts of this paper.

1 All names mentioned in the study have been changed.

2 Interview conducted on 13 April 2015, Berlin.

3 Arabic محلّمى, *Mḥallamī*, Aramaic ܡܚܠܡܝܐ *Mḥallmāye* or *Mḥallmoye*, Kurdish *Mîhêllemî*, Turkish *Mahalmi* or *Mıhellemi.*

4 Interview conducted on 7 May 2015, Berlin.

5 The interviews with the Mḥallamī community's interlocutors were conducted in colloquial Arabic. The respondents articulated themselves in "Mḥallamī-Arabic". This dialect features distinctive linguistic idiosyncrasies (see, Otto Jastrow: Die arabischen Dialekte des Vilayets Mardin (Südosttürkei), ZDMG Supplement 1, XVII. Dt. Orientalistentag (1968), Vorträge II.6, Wiesbaden 1969, S. 683–688, esp. on p. 684). The interview transcript has adapted to it but might show slight derivations from the specific phonetic variations since the author himself is not a native Mḥallamī speaker. The transcript however, did not lead to change in the substance of the statements.

nership property. The dispute resulted in a stabbing, the knifer being arrested. Hours after the detention, some of his community leaders met to mediate between the opposing parties. Ṣalāḥ considered the incident to be a purely “شأن داخلي” (“internal matter”)[6] of the community for which traditional forms and regulations of dispute settlement are applicable. He further argued that it is seen as a “shame” (عار, *ʿār*)[7] that the sons of his cousins addressed the German judiciary. According to Ṣalāḥ[8], the family should first “take all the necessary measures in order to resolve the dispute internally (without using the police and the German judicial system) and have my cousin released from prison”[9]. Accordingly, neither Ṣalāḥ nor his father carried out further investigations.

For several years the German media and some academics, have been covering similar stories with further examples and information, describing them as belonging to a “Paralleljustiz” (parallel justice). According to Mathias Rohe, the phenomenon “Paralleljustiz” differs fundamentally from the admissible or (even) requested *Alternative Dispute Resolution* (ADR).[10] While the latter is based on voluntary participation, neutrality and professionalism of the mediator / arbitrators, as well as respect for the applicable law, “Paralleljustiz” thrives on the intimidation of the weak party and the lack of state protection. “Paralleljustiz” is further characterized by its own regulatory mechanisms different to state centred laws.[11]

After completing nine months of research on criminal cases, Joachim Wagner described in his book, *Richter ohne Gesetz: Islamische Paralleljustiz gefährdet unseren Rechtsstaat* (“Judges without Law: Islamic Parallel Justice endangers our Constitutional State”)[12] how “Paralleljustiz” functions on the ground. He argues that in inter-personal und intra-communities conflicts systematic interfer-

---

6 Interview conducted on 7 May 2015 in Berlin.

7 Interview conducted on 7 May 2015 in Berlin.

8 Interview conducted on 7 May 2015 in Berlin.

9 In his words:
„العائلة لازم تعمل كل شيء حتى نحل المشكلة داخليا (بدون اللجوء للشرطة والقضاء الألماني) حتى نفرج عن إبن عمي“.

10 ADR refers to a variety of mechanisms and methods for resolving disputes without court litigation and administrative adjudication using independent third parties, although the third parties can help parties to find a settlement, they cannot impose it. ADR is generally considered more flexible, less expensive and less time-consuming. Recently, the approach of ADR has been used by many academics to study and analyze Muslim ADR and *Šarīʿa* Norms in European contexts. See for example, Mohamed Keshavjee: Islam, Shari’a and Alternative Dispute Resolution. Mechanisms for Legal Redress in the Muslim Community, London 2013; Mathias Rohe: Alternative Dispute Resolution in Europe under the Auspices of Religious Norms, in: RELIGARE Working Paper No. 6 (January 2011); Ihsan Yilmaz: Muslim Alternative Dispute Resolution and Neo-Ijtihad in England, in: Alternatives: Turkish Journal of International Relations 2.1 (Spring 2003), pp. 117–130.

11 Mathias Rohe: Paralleljustiz? Chancen und Gefahren außergerichtlicher Streitbeilegung in Deutschland, in: TOA-Magazin 02 (Dezember 2013), p. 34. See also Mathias Rohe: Shariah in Europe, in: The Oxford Handbook of European Islam, ed. by Jocelyne Cesari, Oxford 2015, p. 656.

12 See: Joachim Wagner: Richter ohne Gesetz: Islamische Paralleljustiz gefährdet unseren Rechtsstaat, Berlin 2011.

ence is exerted by individuals, so-called *islamische Friedensrichter* ("Islamic peace judges"). He concludes that those "mediators" exert a parallel influence on criminal proceedings. According to Wagner, judges and public prosecutors discover that "suddenly there's no evidence" in in the course of a legal proceeding. He finds that out of 16 of his presented case studies,

> 90 percent of all cases where Muslim arbitrators were commissioned, the perpetrators were acquitted by German courts or the cases were dropped altogether by the prosecution for lack of evidence.[13]

He further argues that, "We see witness testimony withdrawn (from German courts) and accusations trivialized to the point where an entire case runs aground".[14]

Furthermore, Wagner fuelled the highly sensitive public debate through his argument that "Paralleljustiz" is run by "*šarīʿa* courts". He creates the impression that Islamic communities establishe(d) a parallel legal system – the *šarīʿa* – opposing the German rule of law specifically and the German legal system in general. He continues by stating "Islamische Paralleljustiz [undermines] the state's monopoly on the use of force".[15] In this context, *šarīʿa* is perceived as a threat to Germany's constitution, laws, norms, culture, society and security. Consequently, German politicians, policy makers and authorities took an Islamic background to the phenomenon for granted and engaged with the issue on that basis.[16]

Leaving aside, that "Paralleljustiz" in the strict sense is in use by extra-judicial bodies of the Catholic Church as well as in the field of sports jurisdiction in Germany,[17] this alleged simplification of a broader phenome-

---

[13] Cf. Hardy Graupner: Author sees domestic Islamic threat to German justice system, Deutsche Welle (31. 8. 2011): www.dw.com/en/author-sees-domestic-islamic-threat-to-german-justice-system/a-15353693 (last access 4. 1. 2017).

[14] Spiegel Online [interview with Joachim Wagner]: Islamic Justice in Europe: "It's Often a Dictate of Power" (9. 1. 2011): www.spiegel.de/international/germany/islamic-justice-in-europe-it-s-often-a-dictate-of-power-a-783843.html (last access 26. 1. 2016) Cf. also Maximilian Popp: Parallel Justice: Islamic "Arbitrators" Shadow German Law, Spiegel Online (1. 9. 2011), www.spiegel.de/international/germany/parallel-justice-islamic-arbitrators-shadow-german-law-a-783361.html (last access 26. 1. 2016).

[15] Spiegel Online: Islamic Justice in Europe […], op. cit., at footnote 14.

[16] As a result of this debate, the *Bayerische Staatsministerium der Justiz* (Bavarian Ministry of Justice) has set up a working group to provide up-to-date information and to investigate the case under the supervision of Mathias Rohe. The union parties in Germany, the *Christliche Demokratische Union* (Christian Democratic Union, CDU), and the *Christlich-Soziale Union in Bayern* (Christian Social Union in Bavaria, CSU) organized a joint conference to discuss the issue in 2012, www.cducsu.de/veranstaltungen/islamische-parallel justiz-deutschland-eine-herausforderung-fuer-den-rechtsstaat) (last access 26. 1. 2016). In addition, a study for the *Senatsverwaltung für Justiz und Verbraucherschutz* (Senate Department for Justice and Consumer Protection) in Berlin on "Paralleljustiz" has been conducted by Mathias Rohe and Mahmoud Jaraba in 2015 (the study can be found at the following link www.berlin.de/sen/justva/ assets/gesamtstudie-paralleljustiz.pdf (last access 30. 12. 2016).

[17] Among others cf. Fabian Wittreck: Religiöse Paralleljustiz im Rechtsstaat?, Centrum für Religion und Moderne, Westfälische Wilhelms Universität Münster, Working Paper 9, Münster 2015, pp. 1–23 (3).

non is problematic. Moreover, the *Mediationsgesetz* (Federal Law of Mediation) and other procedures in the *Strafprozessordnung* (Code of Criminal Procedure) and the *Zivilprozessordnung* (Code of Civil Procedure) facilitate the embedding of traditional forms dispute settlements.[18] Wagner's statements need to be put into their proper perspective. The debate launched by him ignores the significant diversity that often exists within the Muslim community and also other religious and cultural communities such as those of the Christian Oriental Orthodoxy, the Sinti & Roma people, Chinese, Vietnamese, Afghan etc. communities in terms of actors, practices, knowledge, opinion, power status and relationships with the local German authorities.[19] In the interest of a serious and profound scientific debate as well as in this context, generalization is inadequate and inaccurate. It often leads to misunderstanding and confusion. Thus, in light of Wagner's contribution it should be borne in mind that "wir uns empirisch bestenfalls im Halbschatten bewegen"[20] ("at the best, we empirically stir in the penumbra") as regards the subject matter. It is essential to address the issue based on empirical studies, i. e. fieldwork within the respective communities. This approach has been lacking in the discourse on "Paralleljustiz" in Germany. Mathias Rohe and I have conducted this bottom-up approach in the study for the *Senatsverwaltung für Justiz und Verbraucherschutz,* lately.[21] It is therefore all the more welcome that the Department for Law and Anthropology at the Max Planck Institute for Social Anthropology (Halle/Saale) jointly with the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law (Freiburg i. Br.), lead by Hatem Elliesie and Marie-Claire Foblets, are launching the pertinent research project *Komplementäre Streitbeilegung mit kultureller Konnotation in Deutschland*.

Based on my findings of over two years fieldwork in Germany,[22] I will argue that, in the wide and highly complex arena of regulative mechanisms so called "Muslim" alternative dispute resolution, communities' authorities, such as "Imāms" and other pre-

[18] See, for example, Christine Schirrmacher: Friedensrichter, Streitschlichter, Schariagerichtshöfe; Ist die Rolle der Vermittler auf den säkularen Rechtsstaat übertragbar, in: Rechtspolitisches Forum – Legal Policy Forum 62, ed. by the Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier 2013, p. 22; Fabian Wittreck: Deutsche Justiz und "Friedensrichter" – Plädoyer für den säkularen Verfassungsstaat, in: Schlichten statt Richten? Analysen zur Investitionsgerichtsbarkeit, zum Phänomen „islamische Paralleljustiz" und zum europäischen Verbraucherschutz, ed. by Katja Gelinski, Sankt Augustin/Berlin 2015, pp. 25–34 (on pp. 28 f.).

[19] Ibid., on p. 26.

[20] Ibid., on p. 25.

[21] Cf. footnote 16.

[22] This analysis is based partially on more than one hundred interviews with local Imāms, community leaders, clans' leaders, civil society activists, drug dealers, divorced men and women and "participants" that have been conducted from October 2013 to December 2015 (Research for the first year of this project was undertaken with support from the German Research Foundation (DFG) in the frame of PROMETEE (DFG-TH1582/1-1). The bilateral interviews were conducted in Berlin, Frankfurt, München, Nürnberg, Erlangen and Wuppertal. Many of the intercolocouters were interviewed several times.

sumed religious protagonists, are actors among many others.[23] “Imāms” seek to legitimate solutions by *šarīʿa*-based arguments, regardless of whether they actually possess a proper basis in theology or scientific knowledge, while other actors, especially in regulative settings considered predominantly customary, assign religious aspects a minor role.[24] One should, however, be aware that overlaps exist in these perceptions of dispute resolution processes.

In this contribution, I will addresses the kind(s) of alternative dispute resolution that exist in the field of customary based settlement mechanisms. Using a qualitative, interview-based approach, my primary objective has been to identify the major actors and the mechanisms that the focus groups (*Mḥallamī* by origin) use in order to reach an extra-judicial settlement. In this context, my central questions are:

1) How, and under what conditions, have customary settlement mechanisms been reinstated, revitalized or reconstructed in Germany?

2) Who are the key actors? How do they mediate and negotiate a settlement of civil (or criminal) litigation?

3) What are the deficiencies?

4) What is the role of *šarīʿa*?

5) Where and how does this kind of alternative dispute resolution overlap with the concept of “Paralleljustiz”?

Immigration to Germany and Rediscovering Tribal Customary Rule

The emergence, dynamics and mechanisms of tribal customary rule are hard to analyze and unravel without taking into account the historical context of immigration to Germany and how social and residential segregation of immigrant communities has evolved and progressed. After World War II the booming economy increased the need to attract low cost labor. Labor trade agreements with Italy (1955), Greece and Spain (1960), Turkey (1961), Morocco (1963), Portugal (1964), Tunisia (1965) were signed by the then West German government. As a result, millions of guest workers (*Gastarbeiter*) were recruited to work in construction, mining, heavy industry, and the automobile industry. In 1973, predominantly due to the oil crisis and the consequent worsening economic situation, the German government ordered an immediate recruitment halt of foreign workers.[25] In total, some 14 million guest workers and their families had come to Germany since

[23] For more information and analysis regarding the role of Imāms and other religious authorities in resolving conflicts without formal litigation, either through religious mediation or arbitration, see Mahmoud Jaraba [forthcoming].

[24] Likewise: Peter Scholz: Ein überschätztes Problem – Zum Spannungsverhältnis zwischen Staat und Islam in der deutschen Justiz am Beispiel des sogenannten Friedensrichters, in: Betrifft Justiz (2011), p. 168 f.; Fabian Wittreck: Religiöse Paralleljustiz im Rechtsstaat?, Centrum für Religion und Moderne, Westfälische Wilhelms Universität Münster, Working Paper 9, Münster 2015, pp. 1–23 (on pp. 7 f.).

[25] Jørgen Nielsen: Muslims in Western Europe, Edinburgh University Press 2004, p. 26.

1955.[26] Many of them did not return to the countries of origin. Their temporary employment statuses were transferred to open-ended employment contracts. Thus, former *Gastarbeiter* reside permanently in Germany.[27]

In the following decades asylum became another reason for immigration. The asylum seekers were mostly from Lebanon, Turkey, Iran, former Yugoslavia and Romania. The number of those seeking residency rose significantly from 100 000 in 1980 to over 400 000 by 1992.[28] According to many interviews with civil society activists, Lebanon’s Kurds, i. e. Mḥallamī[29] or Mardinli,[30] and Palestinians from Lebanese camps are the most vulnerable and excluded groups in Lebanon.[31] Both groups were officially refused recognition by the Lebanese authorities. Their situation further deteriorated when the Lebanese civil war broke out in 1975. This led to an increasing flow of refugees from among these groups to Germany and other European countries. According to Walīd, a social worker in Berlin, they “migrated in big numbers and have maintained their tribal relationship. In some cases, the entire *tribe* or the whole area moved to Germany and settled down in some cities such as Berlin”

> (هما هاجروا بأعداد كبيرة وحافظوا على علاقاتهم القبلية. في بعض الحالات، القبيلة بأكملها أو المنطقة كلها انتقلت إلى ألمانيا واستقرت في بعض المدن مثل برلين.)[32]

Abū al-Amīn, a Mḥallamī community leader, explained that “only very few members of my extended family remained in Lebanon.” (“عدد قليل بقي من عائلتي الكبيرة في لبنان”) [33] Further adding that,

> جميع قرايبي بعيشوا هان (برلين) حولي
> [a]ll of my relatives are living here [in Berlin] around me[34]

In view of those developments, the German government implemented a series of amendments to the country’s asylum laws and regulations.[35] According to ʿAbdu-l-Raḥīm the amendments of the asylum policy stressed

---

[26] German Missions in the United State: History of the Guest Workers – Immigration of Foreign Workers, www.germany.info/Vertretung/usa/en/04_W_t_G/02/03/Feature_3.html (last access 26. 1. 2016).

[27] For a detailed study on Turkish immigrants and their organizations and political participation, see Gökçe Yurdakul: From Guest Workers into Muslims. The Transformation of Turkish Immigrant Associations in Germany, Newcastle upon Tyne 2009.

[28] Ralph Ghadban: The Impact of Immigration Policies on Palestinians in Germany, in: The Palestinian Diaspora in Europe: Challenges of Dual Identity and Adaptation, ed. by Abbas Shiblak, Shaml Refugee and Diaspora Studies Series 2), Jerusalem / Ramallah / Palestine 2005, pp. 32–43, esp. 37.

[29] Cf. footnote 3.

[30] For a detailed discussion on the Mḥallamī and their socio-economic situation in Lebanon, see: Meho Lokman / Farah Kawtharani: The Kurdish Community in Lebanon and their Future Prospects, in: The Kurdish Question and the 2003 Iraqi War, ed. by M. M. A. Ahmed and M. M. Gunter (eds.): Costa Mesa, CA 2005, pp. 248–275.

[31] For more information about these two groups, see, Ralph Ghadban: Die Libanon-Flüchtlinge in Berlin: Zur Integration ethnischer Minderheiten, Berlin 2000.

[32] Interview conducted on 30 April 2015 in Berlin.

[33] Interview conducted on 30 June 2015 in Berlin.

[34] Interview conducted on 30 June 2015 in Berlin.

[35] These amendments included “limited access to compulsory education and reduced the size of social benefits, and the banning of compulsory education for refugee children made registration in a school extremely problematic;” Ralph Ghadban: The Impact of Immigration Policies on Palestinians in Germany, p. 38.

two main issues: (1) “the non-recognition of the majority of asylum seekers from the [Developing Countries] as political refugees […]” and (2) “the establishment of difficult living conditions”.[36] In consequence, refugees were not granted indefinite leave to remain if their asylum applications were refused, but at the same time, they were not deported because of the Geneva Convention’s position on refugees, which prevents the forcible transfers and deportation of any person to a country where their life would be in danger.[37] In addition, the states of origin, such as Lebanon, did not accept the marginalized groups as their citizens. As a result of this situation, large groups of those refugees were granted a “Duldung” or other types of temporary stay. Moreover, employment was restricted. The refugees were excluded from the labor market. Social aid became a means for their living. The right to education or vocational training was linked to a number of conditions. Ralph Ghadban reports that, therefore, “children were unable to continue their education and were leaving school early.”[38] This resulted in “[T]he creation of a whole new generation that did not have the minimum qualifications to get a job.”[39] Hence, social upward mobility seemed to be increasingly impossible, and immigrants remained in lower social classes. According to Nahla, a social worker in Berlin, these conditions led to the isolation from German society.[40] Ǧanīt, a social worker in Berlin, emphasis the point by stating that German policy did not prioritize the effective integration of immigrants and their families into the labor market and German society, in the first place. Ǧanīt further argued that the state’s aim was

> الدولة كانت بدها تتخلص منهم بإعادتهم إلى بلدانهم الأصلية أو أجبارهم إلى المغادرة إلى البلدان المجاورة الأخرى.
>
> to get rid of them by returning them back to their home countries or pushing them to leave to other neighboring countries.[41]

This, however, did not occur. Instead, immigrants settled in social settings of their country of origin in the diaspora and the formation of parallel societies. In this context, many immigrants, particularly from the second and the third generations like Ǧanīt expressed that they still feel excluded, ignored, and unwanted by the German majority, and, thus, alienated.[42]

---

36 Dima Abdulrahim: Islamic Law, Gender and the Polices of Exile: The Palestinian in West Berlin. A Case Study, in: Islamic Family Law, Arab and Islamic Laws Series, ed. by Chibli Mallat and Connors Jane, London et al. 1993 [repr.], pp. 181–201. esp. p. 185 f.

37 The legal basis for this principle is Article 33 of the 1951 Refugee Convention which stipulates that “No Contracting State shall expel or return (“refouler”) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion”. Article 33 of the Convention relating to the Status of Refugees, www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/refugees.pdf (last access 2. 1. 2017).

38 Ralph Ghadban: The Impact of Immigration Policies on Palestinians in Germany, p. 38.

39 Ibid., p. 39.

40 Interview conducted on 29 April 2015 in Berlin.

41 Interview conducted on 7 May 2015 in Berlin.

42 Interview conducted on 7 May 2015 in Berlin.

Complementary to that development, socio-political pressure by right-wing populists and organized (violent) groups facilitated the aforementioned trends in both self-perception and the perception of others. Abū Aḥmad, a refugee from Lebanon who migrated to Germany in the early 1980, described the situation in Berlin in the early 1990s as follows:

> في التسعينيات هجم النازيين على بيوت اللاجئين وبدأوا يكسروها ويحرقوها. في واحد من البيوت، إللي ساكن فيه كثير من المسلمين والعرب، تعرضوا الرجال والنساء للضرب على أيدين النازيين. رجال الشرطة اللي أجت للحماية وقفت على الجانب الآخر، المقابل لسكن اللاجئين، وغادر بعد يوم أو يومين. هلا شو عملوا إللي ساكنين في هذا السكن؟ صاروا يعملوا نوبات حراسية، مثل الجيش.
>
> هؤلاء كانوا جايين من الحرب (الحرب الأهلية اللبنانية: 1975-1990) ومدربين على الحرب. قالولك بما أنها الدولة ما بدها تظل اربعة وعشرين ساعة وهذا بكلفها مصاري احنا بنعمل نوبات. قسموا النوبات. كل ليلة عشر زلام وحاطيين وراهم مضرب بيسبول... لهذا السبب الناس بلشت تحس بالأمان.
>
> In the 1990s, Nazis attacked asylum residencies and began to destroy and burn them. In one of the residencies, where many Muslims and Arabs resided, men and women alike were beaten by the Nazis. Policemen allegedly came for protection but had stood on the other side, opposite to the residency, and left after one or two days. Then, what did the residents do? They started to work in guard shifts as an army.
>
> They survived wars [Lebanon civil war 1975–1990] and therefore have experiences in handling insecurity. They said, as long as the state did not want to protect us around the clock, which would cost it money, they would do it themselves. They divided the guarding shifts; ten men for each night and having baseball bats hidden behind them…
>
> Due to this collective work, people began to feel secure.[43]

This statement demonstrates that immigrants were forced with strong rejections. Individually, they received psychological and physical violence and, thus, felt vulnerable collectively and culturally excluded. As they were individually and collectively largely isolated from society, some ethnic or clan defined groups rediscovered their tradition and interlinked justice mechanisms as a way of social existence that was seen as beneficial and essential for all their members. Consequently, identity and networks were revitalized within certain (extended) family ties re-emphasizing their specific characteristics and particular structure. Thus, new constructs of solidarity and loyalty occurred, based on what is described by the Mḥallamī as *qawāʿid ʿurfīya* / قواعد عرفية (“customary rules”). Here, social ties between members of the Mḥallamī communities are based on strong blood ties, or closeness in degree of kinship or what is defined in the Arabic terminology as *al-ʿṣabīya al-qabalīya* / العصبية القبلية (“tribalism”).[44] These ties have maintained coherent and well-established social relations based on advocacy, *an-naḫw* / النخوة (“pride”) and mutual solidarity between members of the same family group. Abū Karīm, a senior community leader, exemplifies it as follows:

> إذا واحد من ولاد القبيلة من إللي بعيشوا في جنوب ألمانيا تعرض لتهديد أو ظلم، واجب على كل أبناء قبيلته إللي بعيشوا في المدن الألمانية الأخرى حمايته وتقديم المساعدة له عند الحاجة [...]

[43] Interview conducted on 16 May 2015 in Berlin.

[44] This specific Arabic term was created by the scholar Walī ad-Dīn ʿAbd ar-Raḥmān ibn Muḥammad Ibn Ḫaldūn al-Ḥaḍramī, a. k. a. as Ibn Ḫaldūn (1332–1406). It does not have a negative connotation and describes cohesion and advocacy among the members of a “tribe” or (between a group of “tribes”) that are based on “blood, unity and loyalty”. See Ibn Khaldūn (transl. Franz Rosenthal): The Muqaddimah. An Introduction to History, London1967, pp. 91–122.

> رفض مساعدته يعتبر عار وخزي في الأعراف القبيلة. هذا ممكن يؤدي إلى نبذ اجتماعي أو حتى عزل من المجتمع.
>
> If one of the tribe’s members living in the south of Germany faces an attack, threat or injustice, it is obligatory that all the members of the *tribe* living in other German cities protect and offer help where needed [...] any objection to the sought help is considered an *ʿār* / عار (“disgrace”), i. e. a dishonour, and is thus shameful according to the customary self-perception. This could lead to *nabḏ iğtimāʿī* / نبذ اجتماعي (“total social ostracism”) or even isolation from the community.[45]

The formative attribute in social interactions is, as described by Nāṣir, a Palestinian civil worker, “أنصر أخاك ظالما أو مظلوما” (“support your brother [i. e. family member] right or wrong”].[46]

The Customary Modus Operandi

Taking all that into account, it should be remembered that some of the Mḥallamī members seek to undermine strict state control, especially to avoid the judiciary in Germany. As a reflex to the individual and collective experiences in Lebanon, this is partly based on an idea that state authority predominately controls and punishes people. In this view, the German state institutions are considered weak, too lenient, and, thus not suitable for one’s own traditional understanding of conflict resolutions. Accordingly, those people are articulating a lack of respect for state authority and all its institutions. Especially judiciary procedures are considered incompatible to the traditional based dispute resolution mechanisms. Rendering conflicts “public” is understood to be a shameful and a disgraceful act for the individuals, families and communities involved. Therefore, the people involved do not address the German police or the German judiciary in cases of internal disputes. According to Abū al-ʿAbīd, they consider it, as crossing the

> خط أحمر ووصمة عار على القبيلة وشرفها.
>
> red line and disgrace to the tribe and its honour

constituting an *ihāna kabīra* / إهانة كبيرة (“great insult”).[47] Instead, they mediate and negotiate a settlement of civil (or criminal) nature without external intervention, such as ordinary jurisdiction (*ordentliche Gerichtsbarkeit*). In this context, *customs* can be defined as “social practices which a given [...] community has come to accept as obligatory”.[48] They are mostly unwritten and changeable in form and meaning, having flexibility to adapt to different needs, challenges, and social and cultural contexts. Abū ʿAlī explains that the traditional customs do not aim to punish a guilty individual. Rather, it intends to reconcile those involved.[49] In practice, however, the finding of my fieldwork showed that vulnerable people, such as women or children found themselves in subordinate roles in those dispute resolution mechanisms also.

---

45 Interview conducted on 30 July 2015 in Berlin.

46 Interview conducted on 11 March 2015 in Berlin.

47 Interview conducted on 23 August 2015 in Berlin.

48 T.W. Bennet: Comparative Law and African Customary Law, in: *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford Handbooks in Law, ed. by Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann, Oxford 2008, pp. 641–673, esp. 642.

49 Interview conducted on 7 February 2015 in Berlin.

That led to positions in which they faced abuse and disadvantages.

In order to avoid inter-and intra-clan conflicts, it can be argued that Customary Rule is applied to resolve disputes and regulate social and gender relations on three major levels:

1) At *al-ʿāʾila an-nawawīya* /العائلة النووية (“nuclear family level”), consisting of father, mother and children. They are considered a key component of a قبيلة (“tribe”).

2) At the مستوى القبيلة (“tribe” level), there is an inter-community common interest to reduce conflicts. This is based on the *telos* maintaining the Mḥallamī cohesion and avoiding any conflicts that could threaten their understanding of unity.

3) At the مستوى ما بين القبائل (“inter-tribe” level): Mḥallamī are keen to resolve and manage conflicts that may occur between members of sub-(family-)groups. This is based on the *telos* ensuing that Mḥallamī members are not subjected to mutual revenge.

Mechanisms Used to Settle Internal Disputes

Settlements of disputes based on custom are characterized by a certain *modus operandi*:

The first phase is a meeting of the senior community leaders (كبار العائلات, *kibār al-ʿāʾilāt*). Abū Aḥmad, a senior leader, points out that in most cases the traditional leadership within the cultural clan structure is bypassed.[50] The majority of the interviewed twenty clan leaders confirmed that statement. The people who get involved in settling disputes are not legally trained but it is expected to have a deep understanding of one’s own people and other related communities’ tradition and customs. According to Abū Aḥmad,

> لازم يكون عندهم أيضا مهارات دبلوماسية لإقناع الأطراف المتنازعة لتسوية منازعاتها وأن تكون فعالة في الحصول على دعم من قبيلتهم
>
> they should also have diplomatic skills to convince conflicting parties to settle their disputes and to be effective in getting the support of their tribe.[51]

In the further course of action, **the second phase**, an honourable authority (الجاهة, *al-ǧāha*) will be established. This honourable authority is set up by senior leaders. Its primary task is to visit the victims and communicate with their families. That comprises to generate a temporary truce (عطوة, *ʿaṭwa*) in order to arrange further negotiations in order to prevent bloodshed” (ثورة الدم, *ṯaurat ad-damm*). The truce requires a commitment from the two conflicting parties that they refrain from further quarrels, at least until a final resolution is reached. Noteworthy, the parties should not refuse the truce. In that regard, Abū ʿAlī points out that individual refusal of the truce could lead to

> للنبذ الاجتماعي والعقاب ويمكن أن يخسر (تخسر) سمعته (ها) في مجتمعه
>
> social ostracism and punishment and he (or she) might lose his (or her) fame (سمعته, *sumʿatuhū*) in his society.[52]

[50] Interview conducted on 16 May 2015 in Berlin.

[51] Interview conducted on 16 May 2015 in Berlin.

[52] Interview conducted on 20 May 2015 in Berlin.

In the following **third phase**, the people involved are taking up an intensive negotiation and consultation process. In most cases one is able to witness a combination of pressure through the threat of removal from the group and social ostracism (“soft power”) قوة ناعمة or through the use of coercive force and physical violence (“hard power”) القوة الصلبة.

The negotiation process is usually **finalized by reaching an agreement**. The “Friedensrichter”, honourable authority and / or senior leaders deliver their final and binding oral judgments. The findings consist of elements of forgiveness and reconciliation, or compensation to a victim’s family. According to Abū Muḥammad, compensation can be monetary or through restitution in kind (عيناً, *ʿainan*).[53]

Finally, the involved dignitaries meet the parties to bring the case to a closure. Referring to this, Abū ʿAlī states that the closure takes place in a private or a public ceremony.[54]

Shortfalls of the Customary Dispute Settlement Mechanisms

It needs to be mentioned that the illustrated customary based dispute settlements are creating challenges in the legal arena of the German state as described below:

1) The illustrated *modus operandi* excludes the public, state representatives and civil servants of the executive as well as the judicial authority. By implication, this leads to a lack of transparency in and of prosecutions, and runs the risk of arbitrariness in the use of force. According to an interlocutor,

> هذا النظام قائم على أساس علاقات القوة والقمع الذي لديه السلطة لديها الحق في تطبيقها. الأطراف الضعيفة أو التي لا يوجد لديها عائلة أو مجموعة يمكن أن تحميها، ليس هناك أي شخص يمكن أن يضمن حقوقهم
>
> this system is based on power and oppressive relations. Who has the power has the right to apply it. The weak party who has no family or a group that can protect them, there isn’t anyone who can guarantee their right.[55]

Obviously, power relations play a significant role in the *modus operandi.* Hence, one can argue that extra-judicial settlements are undermining Germany’s state monopoly on the use of force since the *clan* structure constitutes a breeding ground for repression and revenge. Abū Usāma, a dignitary of the Mḥallamī’s in Berlin, stated that the *qānūn al-ġāb* / قانون الغاب (“law of the jungle”) prevails in the Mḥallamī communities.[56] This means that the clan with more power and resources could take advantage of this system to achieve all of its interests and subsequently gain a higher possibility of authority and power.

2) The dispute settlement mechanisms based on customs are creating a sustained conflictual condition. Once the power relations change between and among *al-ʿāʾila an-nawawīya* / العائلة النووية (“nuclear family level”), المستوى القبلي(“tribe” level) and ما بين القبائل (“inter-“tribe” level) – as described above – even a resolved dispute may be reassessed and reopened, potentially leading to a

[53] Interview conducted on 24 July 2015 in Berlin.

[54] Interview conducted on 20 May 2015 in Berlin.

[55] Interview conducted on 24 July 2015 in Berlin.

[56] Interview conducted on 6 May in 2015.

higher intensity of physical violence. In addition, the aspect of power relations might have a particular impact when women are involved. In an arena of community with a strong patriarchal character, *as-sulṭa aḏ-ḏakūrīya* /السلطة الذكورية (“masculine power”) plays a distinct role. Women, in most parts, are assigned a lower rank in such a society. Any attempts to change the prevailing traditional self-perception of Mḥallamī societies may cause violent clashes. In such an event, women are usually suffering the most. This arises from the fact that the majority of male community members fear the destruction of the *status quo* of the traditional gender relation by women’s’ independence. This associated with the collective (i. e. family based) understanding of “honour” and “shame”. Thus, the male defined family unity is seen as the main pillar.

3) The *modus operandi* is linked with the aforementioned so-called *Friedensrichter*. Quite often, *Friedensrichter* receive an *honorarium* for their service in resolving or avoiding disputes. It should be noted, however, that they are, at times, accused of being biased in favour of one or the other party. This suggests that the victorious party will be the “who pays more” (“من يدفع أكثر”) according to many interviews with civil society activists.[57] In addition, the *modus operandi* with or without *Friedensrichter* is highly problematic once cases are taking place in the sphere of organized crimes (*Organisierte Kriminalität*). Here it should be mentioned that a series of interviews with activists from civil society organizations[58] and some of the Mḥallamī dignitaries[59] revealed that some senior family members received their higher ranking status due to their involvement in criminal structures. Having said that, one should be aware that the phenomenon of *Paralleljustiz* in the context of the Mḥallamī’s traditional *modus operandi* is weakened by criminal elements. A differentiation in the discourse is therefore indispensable, but – admittedly – at the same time challenging. The same applies to the role assigned to *šarīʿā,* according to a popular opinion.

Šarīʿa, Customs and Traditions

When I asked one of the dignitaries whether šarīʿā[60] is applied in the mediation process, he was perturbed, replying, “certainly not” (“بالتأكيد لا”). He added

> أنا مسلم فقط بالأسم ولكن لست متدينا. أنا لا أنتمي إلى أي دين
> I am a just Muslim by name but I’m not religious. I do not adhere to any religion.

[57] Interview(s) conducted on 11 March, 12 March, 29 April, as well as on 6 May, 11 May, 19 May, 20 May, 21 May, and 17 July 2015.

[58] Interview(s) conducted on 11 March, 11 May, 18 June, 24 July, 27 August in Berlin.

[59] Interview(s) conducted on 7 May, 16 June, 23 July in Berlin.

[60] In more detail, see Mathias Rohe: Das islamische Recht – Geschichte und Gegenwart, München 2009, p. 15 f.; Rüdiger Lohlker: Islamisches Recht, Wien 2012, p. 14 ff.; Hatem Elliesie: Binnenpluralität des Islamischen Rechts: Diversität religiöser Normativität rechtsdogmatisch- und methodisch betrachtet, SFB Governance Woring Paper Series, Sonderforschungsbereich [SFB] 700 „Governance in Räumen begrenzter Staatlichkeit“ 66, Berlin 2014, p. 6 f.

He further argued that

> the customs and traditions that he applies existed before Islam and that Muslims have tried to integrate them within their justice system, in order to control and contain the tribes at the time.[61]

However, this does not prevent some tribal leaders from saying that they "apply the law of God in their judgments” (“ يطبقون شرع الله في أحكامهم”).[62] Abū al-ʿAbīd explained that he principally draws on šarīʿā regulations in conflict resolutions. However, he gives precedence to the Mḥallamī tradition and customs in cases of discrepancies.[63] How the normative conflict of applying these two systems is worked out remained unclear. Yet, it was apparent that he had neither studies the doctrines of šarīʿā properly, nor was he familiar with the recitation of parts of the Qurʾān. He even admitted to not praying himself. This indicates that, in practice, the nexus between šarīʿā and Mḥallamī customs and traditions is not a simple one. In many cases, there is a preference of customary rules over regulations of *šarīʿa.* Imām Yūsuf asserted that the duty of an Imām is to deescalate disputes and curb conflicts instead of trying to “apply šarīʿā” “تطبيق الشريعة”.[64] Imām Ramzī added that the duty of an Imām is to explain the view of šarīʿā and “let senior tribal leaders decide on the matter” (“ وخلي كبار القبيلة يقرروا فيها”). In those kind of cases, Imām Ramzī explained, Mḥallamī dignitaries are the ones who “come up with a traditional solution while šarīʿā plays no role in the matter”.[65] Many customary regulations are based on oral traditions. Thus, Imāms need to consult dignitaries in the process to specify the nature of customs and traditions related to a certain conflict.

Concluding Remarks

In my fieldwork, I came to the same conclusion that Peter Scholz and Fabian Wittreck have articulated earlier:[66] Religion does not play a significant role. The unwritten customary regulations derive their legitimacy, authority, power, morality and acceptance essentially through a traditional Mḥallamī ideology and cultural understanding. This kind of “Paralleljustiz” has been imposed not only in Berlin but also in Bremen, Essen, Hildesheim, Lüneburg, and Dortmund with similar features. State authorities do not have a long-term strategy. One has to admit the failure in dealing with the phenomenon.

---

61 Interview conducted on 22 August 2015 in Berlin

62 Interviews conducted on 20 June and 22 July 2015 in Berlin.

63 Interview conducted on 23 August 2015 in Berlin.

64 Interview conducted on 23 July 2015 in Berlin.

65 Interview conducted on 27 February 2015 in Berlin.

66 See footnote 20.

That makes it hard or virtually impossible to (re-)integrate these groups into the German society. Further basic empirical and ethnographic research is therefore very important.

Dr. Mahmoud Jaraba, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Erlanger Zentrum für Islam und Recht in Europa der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg und an der Bayerischen Akademie der Wissenschaften.

ZRI 2016 (S. 239–249)

Legal Framework of Doing Business with Iran

Tannaz Jourabchi-Eisenhut

> Oh, Oh! Is he Persian? What a most extraordinary thing! How can one be Persian?
> (Montesquieu, Lettre Persan, Letter 30, p. 83)

A. Introduction

When it comes to commercial transactions and conducting business, Iran is not comparable with the rest of the Middle East. Indeed, Iranian business law is quite straightforward and remains strongly inspired by European codifications despite the wider process of the so-called "Islamisation" of the country's legal system undertaken after the revolution of 1979. As a matter of example, Iran, contrary to some of its neighbours, allows foreigners to acquire full ownership of Iranian companies. Moreover, the principle of freedom of contracts expressed under Article 1134 of the Napoleon Code has been transposed almost verbatim into Article 10 of the Iranian Civil Code.[1] In addition to that, modern dispute resolution mechanisms such as international arbitration are quite common and well established in international contracts entered into between Iranians and foreign parties. The aim of the present contribution is to provide a general overview of the Iranian legal framework in relation to the main transactional schemes used by foreign companies for doing business in Iran. This paper will therefore set out in a first part the principles applicable to international contracts, putting a particular accent on agency and distribution contracts (I). In a second part, we will provide an overview of the most common corporate structures available to foreign investors wishing to establish a presence in Iran (II.). We will finally provide a brief analysis of foreign investment protection measures existing under Iranian Foreign Investment Protection Act (III.).

I. International Contracts

1. General Principles

Iranian law is governed by the general principles of autonomy of the parties and freedom of contract. Indeed, Article 10 Iranian Civil Code reads as follows:

> Provided they are not contrary to the explicit provisions of law, private contracts are binding on the parties who have concluded them.

The intention of the parties therefore will prevail when expressed in a contract and contractual terms are enforceable unless against mandatory provisions and public order.[2]

---

[1] Naser Katouzian: General Principles of Contracts 1, Tehran 2014, n. 85.

[2] Id.: General Principles of Contracts, n. 88.

2. Choice of Law

The concept of the autonomy of the parties, under Iranian law, is not unlimited. Article 968 of the Iranian Civil Code states in this regard that

> [t]he obligations arising out of contracts are subject to the laws of the place of conclusion of the contract, except if the contractual parties are foreigners and have subjected the contract, explicitly or implicitly, to another law.

As a consequence of the limitation imposed under Article 968 of the Iranian Civil Code, a contract concluded between a foreign party and an Iranian party shall be in principle governed by the law of the place of conclusion of the contract. A choice of the proper law of the contract is only permissible where an agreement is signed outside Iran. Therefore, in order to prevent the application of Iranian law, the parties should make sure that the contract is concluded outside of Iran and that the law of the said place of conclusion recognizes choice of law clauses. Notarization of the signing of the contract outside of Iran constitutes an appropriate way for keeping evidence of the place of conclusion of the contract.

3. Public Order

Provisions of public order curtail party autonomy further. Article 975 Iranian Civil Code provides that

> [t]he court cannot enforce foreign laws or private agreements which are contrary to morality or which may be considered, by virtue of injuring the feelings of society or for other reasons, as contrary to public order, notwithstanding the fact that the enforcement of such laws is permissible in principle.

The notion of public order under Iranian law includes the set of rules that are aiming at preserving the general interest and the infringement of which jeopardizes the order that is required for the proper functioning of administrative, political and economic matters or for the preservation of the family.[3] For instance, according to the Law on the Prohibition for Ministers and Parliamentary Representatives and Employees of the State to take part in Government Transactions and National Transactions of 1337, ministers and members of the parliament as well as employees of the municipality and directors of state run companies cannot take part in transactions or in arbitrations of disputes with the State.[4] Such proscriptions for state employees are considered to be of public order as the aim to preserve the proper functioning of the public administration. Another example of the rules pertaining to the Iranian public order can be found among the rules aiming to prohibit the payment of interest. Indeed, under Iranian law, a claim for damages resulting from late payment shall be made in accordance with a formula which integrates a fixed rate determined by the Central Bank of Iran (Article 522 of the Iranian Civil Code). The parties to a contract

[3] Katouzian: Juristical Acts, Tehran 2006, n. 57; id.: General Principles of Contracts, n. 95.

[4] Ibid., n. 100.

cannot agree on a higher rate – even in form of liquidated damages – as such fixed rate contributes to preserve the financial aspect of public order in Iran by keeping the Iranian economic system free of interest in accordance with the principles of the Sharia.[5]

4. Contractual Breach and Damages

The Iranian Civil Code provides for different remedies in case of breach of a contract. The principle of contractual liability is expressed under Article 221 of the Iranian Civil Code as follows:

> If any party undertakes to perform or to abstain from any act, he is responsible to pay compensation to the other party in the event he is not carrying out his undertaking provided the compensation for such losses is specified in the contract or is understood in the contract according to customary law or provided such compensation is by law regarded as guaranteed.

In most cases, a remedy is expected to put the non-defaulting party in a position where he would have been if the breach had not occurred at all. This can be deducted from Article 222 of the Iranian Civil Code, which provides that

> [i]n case of failure to comply with the above-mentioned stipulations, a judge can, while observing the above article, authorize the party in whose favor the undertaking was made to perform the act in question himself and condemn the defaulting party to compensate the expenses incurred.

In case of breach of contract, and unless the Parties have agreed otherwise, the Iranian law provides only for compensation of direct damages and puts the burden of proof on the claimant. Article 520 of the Iranian Code of Civil Procedure states in this regard that:

> In case of a claim for compensation, the claimant shall prove that the loss is caused directly by a default or by a delay or by the non-delivery of the relief sought; otherwise the court will reject the claim.

Therefore, loss of profits and consequential damages are generally not recoverable under Iranian law unless agreed by the parties in their contract. Article 515 Note 2 of the Code of Civil Procedure states in this regard that "Loss of profit is not claimable, but late payment damages are payable in legal cases." Liquidated damages are fully recognized and enforceable under Iranian law to the extent they cannot be classified as interest as noted above. The parties may therefore agree on liquidated damages in a contract and this is enforceable under Iranian law. Article 230 of the Civil Code states the following in this regard:

> If it has been stipulated in a transaction that in the event of default the party in default shall pay a certain sum as damages the judge may not adjudge him to pay either more or less than what he has undertaken.

---

5 Ibid., n. 107.

5. Enforcement of Contracts

In a general manner, unless the parties have agreed otherwise, Iranian courts will in principle exert jurisdiction over international disputes provided that the dispute presents some connection with Iran. The relevant provisions which are founding the jurisdiction of Iranian courts are expressed mainly under Article 11 and Article 13 of the Iranian Code of Civil Procedure as described below. Article 11 of the Iranian Code of Civil Procedure states that:

> [t]he action must be raised at the court of the place of the defendant's domicile. If the defendant's domicile is not in Iran, in the case it has a temporary residence in Iran, [the action] must be raised before the court of such place. If [the defendant] does not have its domicile and temporary residence in Iran, but has an immovable property, the action shall be raised before the court of the place of the location of such immovable property. If [the defendant] does not have immovable property, the claimant shall raise the action before the court of the place of its domicile.

A broad interpretation of the last sentence of Article 11 by Iranian jurists has led to recognition of the general jurisdiction of the Iranian courts even if the defendant is domiciled outside Iran and/or the obligation has been created abroad.

In relation to commercial and contractual disputes, Article 13 of the Iranian Code of Civil Procedure provides that

> [i]n commercial actions and disputes relating to movable properties or arising from agreements and contracts, the plaintiff may refer to the court of the place of execution of the contract or the place in which the obligation shall be fulfilled.

Here again the jurisdiction of Iranian courts is quite easy to establish in relation to international contracts that are being executed / fulfilled in Iran. The parties may agree to exclude the jurisdiction of Iranian courts in their contract. They can first of all envisage providing for the jurisdiction of foreign courts, but in practice there will be little prospect of enforcement in Iran unless reciprocity exists or a bilateral treaty on the enforcement of judgments has been signed. The most effective way for the parties to exclude the jurisdiction of Iranian courts is therefore to have recourse to an arbitration clause based on which all disputes between the parties shall be refereed to an arbitral tribunal which will be sitting [or seated] outside of Iran. Such arbitral clauses inserted in international contracts between private parties are well established in Iran and Iranian courts in practice do decline jurisdiction when a valid arbitration agreement exists between the parties to a dispute. Moreover, the recognition and enforcement of a corresponding arbitral award poses no issue as Iran has ratified the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in May 2001. A restriction exists however in Iran as to the ability of the State and State owned entities to refer their disputes to arbitration and this is expressed under Principle 139 of the Iranian Constitution which reads as follows:

> The settlement of claims concerning public and government property or the referral

> thereof to arbitration is in every case dependent on the approval of the Council of Ministers, and Parliament must be informed. In cases where one party to the dispute is a foreigner as well as in important domestic cases, the approval of Parliament must also be obtained. A law will specify the important cases intended here.

Therefore in cases where the dispute involves state or public property (such as if the counterpart is a government company), and one of the parties to the dispute is a foreigner, the approval of the Council of Ministers and of the Iranian Parliament shall be obtained for the Parties to be able to refer their dispute to arbitration. A main issue which remains controversial until today is whether the insertion of an arbitration clause in a contract entered into with the State or State owned entities requires the prior approval of the Council of Ministers and of the Parliament, or whether such approval may be obtained only prior to effectively referring the dispute to arbitration. A relatively recent decision rendered by the Iranian Supreme Administrative Court seems to favour the first hypothesis, which requires that the approvals exist at the time of entering into the contract.[6] Moreover, Iran has made a reservation to that effect while ratifying the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards stating that Iranian courts will neither recognize nor enforce foreign awards issued in contracting countries that are in contradiction with Principle 139 of the Iranian Constitution.[7]

6. Agency and Distribution Agreements

Some of the most usual trading mechanisms used by foreign companies doing business in Iran are agency and distribution agreements. While the agent acts in the name of the principal, the distributor is trading in its own name. One of the main particularities of the Iranian legal system, which makes it unique in the region, is the lack of any specific commercial agency law or any specific distributor related laws. All relations between the agent or distributor and the principal are based on their contract and interpreted in accordance with the intention of the parties pursuant to the principle of freedom of contract, as expressed under Article 10 of the Iranian Civil Code. This means therefore that in the absence of any mandatory regulation, the parties can freely agree issues such as mandatory compensation in case of termination, exclusivity and restriction of the territory. However, Article 4 of the Consumer Rights Protection Act of 2009 (CRPA), which is imposing an obligation to provide after sales services on providers of capital goods, has led to the issuance of specific instructions by the Ministry of Industry Mines and Trade (MIMT), i. e. the Instructions Relating

[6] Judgment No. 138 f. of the Supreme Administrative Court, June 22, 2012, www.divan-edalat.ir/show.php?page=ahoshow&id=9031 (last access 25. 2. 2016).

[7] Abd Al Hossein Shiravi: International Commercial Arbitration, Tehran 2013, p. 336.

to the Manner of Issuing Operation Certificate for Official Agents and Distributors of Foreign Companies in the Country as amended on 18 April 2015 (Instructions), which require the registration of Agents and Distributors for capital goods, failing which import becomes impossible. Moreover, for some other products, such as medicines, food and cosmetics, registration of agents and distributors with relevant ministries are required, leading therefore to a de facto exclusivity right for such agents and distributors where the practice of the relevant ministry reveals that registration is limited to one agent or distributor per specific product.

II. Establishment of Corporate Presence

1. Branch

The establishment of a branch by foreign companies for market presence in Iran is relatively easy – provided fulfilment of a condition of reciprocity by the country of origin of the foreign company. Indeed, the single Article of the Act on the Permission to Register Branches or Representative Offices of Foreign Companies of 12 November 1997 states that

> [f]oreign companies which are recognized in their country of registration as a legal company, provided that the country of origin acts reciprocally, may proceed to the registration of branch or representative in the different fields that are determined by the Islamic Republic of Iran within the framework of the laws and regulations of the country. Note: The implementing regulation for this law shall be approved by the Council of Ministers based on the suggestions of the Ministry of Economic and Finance and in coordination with other relevant authorities.

Based on Article 1 of the Implementing Regulation of the Act on the Permission to Register Branch or Representative of Foreign Companies of 3 May 1999, the branch of a foreign company can be registered in Iran only for performance of the following activities:

– To provide after-sales services for goods and services provided by the foreign company;

– to perform executive works for contracts signed between Iranians and foreign companies;

– to review and prepare the grounds for investment by the foreign company in Iran;

– to cooperate with technical and engineering companies in Iran, for performance of projects in a third country;

– to increase non-oil exports of the Islamic Republic of Iran;

– to provide technical and engineering services and transfer of technology and technical know-how; and

– to perform activities legally licensed by Iranian government authorities that are authorized to grant such licenses in areas such as transportation, insurance, goods inspection, banking, marketing, etc.

Therefore, the scope of activity of the branch of a foreign company in Iran is limited to the activities listed one above. Article 2 of the Implementing Regulation of the Act on the Permission to Register Branch or Representative of Foreign Companies of 3 May 1999, states moreover that the liability of

the branch for the activities performed in Iran remains with the main company (the foreign company). This means therefore that legal claims can be brought directly against the main company before Iranian courts for the acts performed by the branch. Indeed, this is the direct consequence of the lack of juridical personality of the branch which is not considered to be a separate legal entity under Iranian law.[8]

The establishment of a branch in Iran would therefore be a proper way to keep a marketing presence and/or a contract management tool, but it would probably not constitute an adequate structure for undertaking any material profit making business. Moreover, the branch of the foreign company is, in any case, not supposed to make any profit; otherwise, it will incur the risk of being taxed consequently.

2. Subsidiary

Foreign companies wishing to establish an active presence in Iran may set up a subsidiary based on a relatively straightforward and rapid process. This is indeed quite common and there are many subsidiaries of foreign companies in Iran. In principle, there exists no legal restriction for shareholding by foreign persons in companies established in Iran and foreigners may hold up to 100 % shares in Iranian companies. Moreover, there generally is no need for special licenses for such foreign shareholding. The only exception to the foregoing concerns certain strategic fields whereby specific legislation has limited foreign shareholding to 49 % such as for airport services and GSM operators. Consequently, the decision to have any Iranian shareholders would be in principle a commercial decision and not a legal requirement. Upon registration, the company shall be deemed an Iranian legal person as the place of registration will determine the company's nationality under Iranian law.

The Iranian Commercial Code of 1932 provides for a number of types of legal entities including, inter alia, the following ones:

– Private and public joint stock company;
– limited liability company;
– general partnership;
– limited partnership; or
– joint stock partnership;

The most common corporate vehicles chosen by foreign enterprises to create a subsidiary in Iran are, however, the private joint stock company and the limited liability company. Both these entities may be active in any area of commerce including trading, distribution, import/export, manufacturing, services and the like. Article 1 of the Iranian Commercial Code defines the joint stock company as a company in which the capital is divided into shares and the liability of its shareholders is limited to the payment of the par value of their shares. Based on Article 2 of the Iranian Commercial Code, there must be at least

[8] Rabia Eskini: Commercial Law, Commercial Companies 2, Tehran 2012, pp. 20–22.

three shareholders to form a joint stock company. A private joint stock company may issue both ordinary and preferred shares in either bearer or registered form (Article 24 of the Iranian Commercial Code). The minimum initial capital required for the creation of the private joint stock company is 1 000 000 Iranian Rials and there is no maximum (Article 5 of the Iranian Commercial Code). The management of the private joint stock company is vested in the members of the board of directors who are elected from among the shareholders except for those actions that are under the exclusive authority of the general meetings (Article 107 of the Iranian Commercial Code). In joint stock companies, appointment of at least two directors is necessary. Directors and managing director of the company can be of foreign nationality. Moreover, the appointment of inspector(s) (statutory auditor[s]) is mandatory (Article 144 of the Iranian Commercial Code). The main task of the inspector is to review the annual financial statement of the company.[9]

Article 94 of the Iranian Commercial Code defines the limited liability company as a company formed by two or more persons for the purpose of trading, and in which each partner is responsible for the liabilities and obligations of the company to the extent of its contribution only. It is important to note that based on Article 95 of [?] the name of the limited liability company shall not comprise the name of any of the partners, otherwise such partner will bear unlimited liability as to the debts of the company. The law does not set any minimum capital for the creation of a limited liability company,[10] but it provides that all the cash and non-cash assets must be fully paid up and delivered at the time of formation of an limited liability company (Article 96 of the Iranian Civil Code). The issuance of share certificates is prohibited by Article 102 of the Iranian Commercial Code. The limited liability company can be managed by the partners themselves or by a board of directors.[11] Directors can be appointed from among the partners or from outside and there is no special requirement as to their age or nationality (Article 104 of the Iranian Commercial Code).

3. Joint Ventures

Joint Ventures are in a general manner not expressly regulated under Iranian law. Within the Iranian legal system, a contractual Joint Venture is first of all an agreement regulated by the general principles of contract law. In addition to their contractual relationship, the parties may also decide to incorporate the Joint Venture by having recourse to one of the corporate forms existing under Iranian law (mostly the private joint stock company or the limited liability com-

[9] Eskini: Commercial Law, Commercial Companies 2, p. 230.

[10] Rabia Eskini: Commercial Law, Commercial Companies 1, Tehran 2012, pp. 249 f.

[11] Ibid., p. 262.

pany).[12] Even though contractual negotiations may be conducted in English and Joint Venture agreements may be drafted in English, incorporation documents shall be drafted in Farsi and registration steps shall be completed before the Iranian Registrar. Foreign investors can have recourse to Joint Ventures in almost all areas and markets opened to the private sector. Despite the implementation of an ongoing privatization plan in Iran which has significantly opened the range of economic activities to the private sector, there are still some fields of activity that are reserved to the state such as the main telecommunications networks, main mail services and activities in the oil and gas sectors. Directors and managing directors of corporate Joint Ventures can in principle be chosen among foreigners. The parties can freely regulate the conditions under which a Joint Venture will terminate in the Joint Venture Agreement or in the company's articles of association for corporate Joint Ventures.

III. Foreign Investment Protection Act

Under the Foreign Investment Promotion and Protection Act of 2002 (FIPPA) an investment can qualify for protection under the FIPPA provided that foreign capital is used by a Foreign Investor for the purposes of Foreign Investment. The application of the FIPPA is not automatic and at the same time not mandatory, but it can present certain advantages as we will expose in more details below.

Based on Article 1 FIPPA, a "Foreign Investor" is any natural or legal non Iranian or Iranian person utilizing capital of foreign origin having obtained the Investment License. Therefore, the definition of Foreign Investor as provided under Article 1.1–2 FIPPA includes both Iranian and non-Iranian entities (whether legal or natural) with economic and financial activities outside of Iran who import capital with foreign origin into the country for the purpose of investment in another Iranian firm.[13] The relevant point to bear in mind is that the imported foreign capital must be utilized for the purpose of investment in another Iranian firm and the foreign investor (which can be an Iranian legal entity using capital with foreign origin) cannot utilize the imported capital for investment in its own firm. According to the definition given under Article 1.1–3 FIPPA, Foreign Capital includes all types of capital, including cash or non cash capital that has been imported into the country by the Foreign Investor. Foreign debt is considered foreign capital as long as it is contributed by a shareholder in form of a shareholder's loan. In such instances the imported capital is treated as part of the foreign shareholders cash contribution. Article 1.1–4 defines Foreign Investment as the utilization of Foreign Capital in an existing or newly established

[12] Ariankia / Madouliat: Legal Framework of Joint Venture Agreements, pp. 124–126.

[13] Ali Hatami / Esmail Karimian: Foreign Investment Law in Light of Investment Act and Contracts, Tehran 2014, pp. 32–34.

economic firm upon obtaining an Investment License.

Two types of foreign investment may be protected in accordance with Article 3 FIPPA:

– Direct Foreign Investment in those fields where private sector activity is authorized; and

– Foreign Investment in all sectors within the schemes of "civil partnership," "buy backs," and "build, operate and transfer (BOT)" where the return of principal and profit arises solely through the activity of the same investment project and does not rely on any guarantee by the government, government companies or banks.

Investors are free to invest into a new and/or exiting Iranian company provided that the investment creates added value for the Iranian investee firm.

Article 9 FIPPA states the principle of legal expropriation against payment of compensation in the following terms:

> Foreign Investments shall not be deprived of ownership or nationalized unless for the public good, through a legal due process, in a non discriminatory manner, and against payment of appropriate compensation based on the real value of the investment immediately before the appropriation.

Therefore, the government can only expropriate pursuant to legislation and payment of compensation to the foreign investor. Unlike preceding legislations that only provided for "fair compensation", which is a very subjective term, FIPPA provides for compensation based on the "real value" of the foreign investment prior to occurrence of expropriation.

One of the major benefits provided by FIPPA concerns the guarantees given as to the availability and transferability of foreign currency. Indeed, FIPPA ensures that the principal and interest of Foreign Capital or any portion of the capital remaining in Iran may be transferred abroad with a three-month notice to the FIPPA Board upon fulfilment of all outstanding obligations, payment of legal deductions and the approval of the FIPPA Board and confirmation of Minister of Economy and Finance. Therefore, the Foreign Investor will be entitled to transfer in hard currency both the earned dividends of the investment (including capital gains) as well as the principal amount imported into Iran. Another major advantage recognized for investments protected under the FIPPA is the possibility to have conflicts arising between the government and the foreign investor resolved through arbitration, provided however that a bilateral investment treaty ("BIT") exists between Iran and the investor's country. The BIT should specifically permit for such selection. This however does not create an exception to the principle of Article 139 of the Iranian Constitution, which requires that any arbitration between a foreign party and state entity is contingent on the consents of the Council of Ministers and of the Iranian parliament.

C. Conclusion

When it comes to international contracts, Iran offers a relatively modern and flexible legal framework mainly based on the principle of autonomy of the parties and freedom of contract. Parties to international contracts have in principle the possibility under Iranian law to insert choice of law and arbitration provisions in their contracts and contractual enforcement is not an issue if the parties' agreement remains in accordance with mandatory rules and public order. The flexibility offered by Iranian law as regards agency and distribution agreements makes these two contractual schemes quite attractive for doing business in the country. Moreover, foreign companies can easily establish a wholly owned subsidiary in the country if they wish to maintain a direct corporate presence in Iran. Protection of foreign investments under the rules of the FIPPA provides some benefits, which may be attractive to foreign investors although there is no legal requirement to operate under a FIPPA license.

Dr. Tannaz Jourabchi-Eisenhut, LL.M. Harvard, Dentons LLP, Munich.

A new version of this article was uploaded in April 2018 following amendments made by the author
ZRI 2016 (S. 251–274)

Product Liability in the Near and Middle East
A Comparative Study of Egyptian, Qatari and Iranian Law

Nicolas Bremer

1. Abstract

When distributing products internationally manufacturers and traders will have to consider distinctive regulatory regimes established by the jurisdictions they are engaged in. Of particular concern will be provisions on consumer protection as well tortious liability such as product liability regulations. Specific product liability regulations have developed in the Near and Middle East and Northern Africa (MENA) only recently. Thus far the existing provisions are quite rudimentary. Some MENA jurisdictions have specific laws on product liability, such as Egyptian law, which includes a comprehensive product liability regime. Other MENA countries only address product liability as a measure under consumer protection. For instance, the Qatari consumer protection regulations include a remedy for damages or loss sustained due to flawed products or services. Finally, some jurisdictions such as Iran have not introduced any specific product liability provisions. Therefore, claims for damages for defective or flawed products or services will have to be based on general provisions on contractual or tortious liability. Thus, a manufacturer or trader selling his merchandise in different MENA-Countries will have to consider diverse product liability regimes when doing so. This article provides an overview of three different approaches towards product liability existing in the MENA Region. To illustrated these the article will discuss the product liability law regimes of Egypt, Qatar and Iran.

2. Introduction

This article defines product liability as the responsibility of a manufacturer, importer, distributor or retailer to compensate for bodily injury or physical damage caused by defective merchandise. Obligee under product liability is any person – not only the buyer – who sustained harm due to defective goods. Product liability is strict; that means the obligor may be held responsible without proof of fault. However, direct damages – hence compensation for the defective product – cannot be recovered under product liability. Product liability applies only to consequential damages; compensation for injury or damage suffered as a result of the defect.[1]

In principle, the civil and commercial laws of the Near and Middle East and North Africa (MENA) are quite homogenous. This is *inter alia* due to the influence of Egyptian law. In particular, the Egyptian Civil Code,

[1] This understanding of product liability is common to civil, e. g. T. Klindt: Haftung ohne Verschulden (sog. Gefährdungshaftung), in: Produkthaftung, ed. by T. Lenz, München 2014, pp. 175 ff., as well as common law jurisdictions, see i. e. M. McWilliams / M. Smith: An Overview of the Legal Standard Regarding Product Liability Design Defect Claims and a Fifty State Survey on the Applicable Law in Each Jurisdiction, in: Defense Counsel Journal 82.1 (2015), pp. 81 ff.

Law 131/1948 (EGY-CC)[2] served as a basis for the development of civil and commercial laws throughout the region.[3] Product liability laws have, however, developed quite recently and are thus little affected by the expansion of Egyptian law in the MENA-Region during the second half of the 20th century. Consequently, regulations governing this area of law are much more heterogeneous. Furthermore, some jurisdictions in the MENA-Region – such as Iran – developed civil and commercial laws autonomously without the influence of Egyptian law. The Iranian Civil Code of 1928 (IRN-CC)[4] came into force even before the EGY-CC. Similar to the EGY-CC the IRN-CC was developed following the model of European civil codes – in particular the Belgian, Swiss and French civil codes. Islamic law principles are, however, much more pronounced in the IRN-CC.[5]

Considering these differences manufacturers and traders selling their products in different jurisdictions of the MENA-Region have to consider different standards when assessing their liability in the region. A comparative analysis of product liability laws of the MENA-Region, therefore, is of particular relevance in practice. In addition, such an analysis is worthwhile from a scientific point of view as the relevant regulations have – thus far – been paid little attention to by doctrine.

To provide the reader with a representative overview of the issue this article will compare product liability regulations in three jurisdictions. The first section (Section 30) analyses product liability under Egyptian law. It will show how the subject is governed in the "nucleus" of the current civil and commercial law of the MENA-Region. In a subsequent section (Section 40) this article

---

2 Arabic original text available at www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=205494 (last access 4. 4. 2016).

3 Since Oman enacted a civil code (Royal Decree 29/2013) based on the EGY-CC in 2013, Saudi Arabia and Lebanon remain the only countries of the MENA-Region, of which the civil and commercial law is not significantly influenced by Egyptian Law. While Saudi Arabian law differs significantly from that of other countries of the MENA-Region, Lebanese civil and commercial law is – in large parts – comparable to Egyptian law, since both laws have their basis *inter alia* in the continental European law tradition. For an overview of the adaptation of Egyptian law throughout the MENA-Region see i. e. K. Zweigert / H. Kötz: Einführung in die Rechtsvergleichung, Tübingen [3]1996, p. 109; N. Bremer: Herausforderungen im Geschäftsverkehr mit Nahost, in: Legal Operations Management, ed. by R. P. Falta and C. Dueblin, Berlin 2016, ch. 8.3.

4 Farsi original text available at www.mut.ac.ir/legal/madani.pdf (last access 4. 4. 2016). Unofficial English translation available at www.refworld.org/docid/49997adb27.html (last access 4. 4. 2016).

5 Although the legislative authority of the clergy was significantly limited by the IRN-CC in the area of civil law – for instance family law, which prior to 1928 was under the jurisdiction of the clergy, included in the IRN-CC – the commission appointed by the Iranian Ministry of Justice to draft the IRN-CC relied on three very authoritative Shia legal texts – namely, Najm ad-din Mohaqqeq Helli's Sharaye' Al-Eslam, Zein Ad-Din Shahed Sani's Sharh-e Lom'eh, and Mortaza Khorasani's Makaseb, when working on the code. For an overview on the development of the IRN-CC see i. e. Z. Mir-Hosseini: Sharia and National Law in Iran, in: Sharia Incorporated. A Comparative Overview of Legal Systems in Twelve Muslim Countries in Past and Present, ed. by J. M. Otto, Leiden 2010, pp. 327 ff.; H. Mehrpoor: The Civil Code of Iran, Tehran 2001, p. 6.

will examine to which extend Egyptian product liability regulations are reflected in other jurisdictions of the MENA-Region. To this Qatari law will serve as an example. The following, third section (Section 5) considers product liability in a jurisdiction that is not derivative of Egyptian law: Iran.

Based on the review of product liability laws of these four jurisdictions this article will outline similarities and differences existing throughout the Near and Middle East in this area of law. It will show that product liability law is still rudimentary in the MENA-Region. While most jurisdictions have enacted consumer protection laws since the late 1990s, these laws provide little in respect of liability of manufacturers, importers, distributors and retailers towards persons who sustained loss or injury due to defects in their merchandise. Still, there are considerable differences between the regulations in the different MENA-Countries. Manufacturers and traders selling their products in the MENA-Region, therefore, will have to consider diverse liability regimes.

3. Product Liability under Egyptian Law

Specific provisions on product liability have been introduced in Egyptian law in 1999 as part of the revised Egyptian Commercial Transaction Law, Law 17/1999 (EGY-CTL)[6]. Furthermore, the Egyptian Consumer Protection Law, Law 67/2006 (EGY-CPL)[7] enacted in 2006 comprises regulations concerning responsibility for defective products. In connection with the general provisions on contractual and tortious liability of the EGY-CC the specific provisions of the EGY-CTL and the EGY-CPL form the Egyptian liability regime for manufacturers and traders.

3.1 Product Liability under the Egyptian Commercial Transaction Law

The first paragraph of Article 67 EGY-CTL provides that

> the manufacturer and the distributor of a good shall be liable to any persons that sustained bodily injury or physical damage, provided that the impaired party can establish that such injury or damage was caused by a defect in the product.[8]

3.1.1 Elements of Claim

While the EGY-CTL does not expressly define what constitutes a defect, it provides certain examples of when a product will be deemed defective. Pursuant to article 67(2) EGY-CTL a good will, for example, be regarded as defective where sufficient precautions were not taken in design, production, assembly, processing, storage, packaging, method of display or use, so as to prevent the occurrence

[6] Arabic original text available at www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=312041 (last access 4. 4. 2016). Unofficial English translation available at www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/eg/eg053en.pdf (last access 4. 4. 2016).

[7] Arabic original text available at www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=311658 (last access 4. 4. 2016). Unofficial English translation available at www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=191764 (last access 4. 4. 2016).

[8] Unless otherwise indicated translations are made by the author.

of harm or to warn against the possibility of such harm. The catalogue provided by article 67(2) EGY-CTL is not exclusive. Thus, it is to be regarded as a list of examples that may be considered when determining whether a good is defective.[9]

In principle, liability under article 67 EGY-CTL is strict.[10] However, liability is somewhat restricted where retailers are concerned. Retailers are only liable according to article 67(1) EGY-CTL, if they knew or should have known of the defect at the time of sale. Whether a retailer knew or should have known of the defect is determined by objective standards. Hence, a retailer is regarded to have or should have known of the defect if a diligent businessman would have discovered it (article 67(3)(b) EGY-CTL).
The burden of proof to establish the elements of the claim is on the obligee (article 67(1) EGY-CTL). Thus, the claimant has to establish that the concerned good was defective, that he sustained injury or damage and that there was a causal link between the harm incurred and the defect.[11]

3.1.2 Obligor and Obligee

Liability under article 67(1) EGY-CTL is not limited to the person who purchased or used the concerned good, or to consumers in general. Any natural or legal person that sustained bodily injury or physical damage due to a defect in a good may claim compensation under article 67(1) EGY-CTL. Hence, the group of eligible obligees of article 67(1) EGY-CTL is very wide. It comprises persons who directly or indirectly suffered damage or injury due to the defect regardless of whether such harm was sustained in the obligee's private or commercial endeavours.[12]

Obligor under article 67 EGY-CTL are the manufacturer and the distributor(s) of the concerned good. Manufacturer within the meaning of article 67 EGY-CTL is the – natural or legal – person that produced or assembled the final good. Component suppliers and manufacturers of primary or intermediate products are not "manufacturers" according to article 67 EGY-CTL (article 67(3)(a) EGY-CTL). As per article 67 (3) (b) EGY-CTL distributors under article 67 EGY-CTL include the – natural or legal – person that imported a good into Egypt, the wholesaler who distributed a good to retailers and the retailer selling a good to consumers.

The obligee may choose to hold either all, any number of or one obligor individually li-

---

[9] See C. Schultze: Die zivilrechtliche Produkthaftung nach ägyptischem Recht, Frankfurt a. M. 2013, pp. 115 ff. See Schultze also for a discussion of the Egyptian product liability regime more generally.

[10] H. Stovail: Product Liability in Egypt. An Overview of Some Civil and Commercial Code Rules, in: Arab Law Quarterly 19 (2004), p. 285.

[11] Schultze: Produkthaftung, p. 123.

[12] This approach is, however, not uncommon in product liability laws. I. e. the German Product Liability Law (German original text available at www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/prodhaftg/gesamt.pdf, last access 4. 4. 2016) also affords any consumer or commercial party that directly or indirectly sustained harm due to a defect in a good the right to seek compensation against the manufacturer or distributor(s) of the relevant product; cf. i. e. W. Braun: Produkthaftung – Produzentenhaftung. Ein Leitfaden für die Praxis, Norderstedt 2009, p. 43; Klindt: Haftung ohne Verschulden, pp. 219 ff.

able. Where the obligee holds multiple parties accountable for injury or damage incurred due to a defect in a product, the obligors are not jointly and several liable (article 67(4) EGY-CTL). Thus, where an obligee brings a claim against multiple parties his claim will be partially rejected unless he can establish to which proportion the individual obligors are liable.[13]

Where the manufacturer or the distributor have their place of business outside of Egypt, Egyptian courts are nonetheless competent to hear any claim for compensation under article 67 EGY-CTL (article 67(4) EGY-CTL). Thus, where a foreign manufacturer or trader – directly or indirectly through a local distributor or commercial agent – sells its products in Egypt or where the product simply ends up in Egypt, this foreign manufacturer or trader may be held liable under article 67 EGY-CTL and any dispute arising in respect to such liability may be heard by Egyptian courts. Furthermore, the application of article 67 EGY-CTL may not be excluded by agreement (article 67(6) EGY-CTL).[14]

3.1.3 Statute of Limitations

A claim under article 67 EGY-CTL must has to be filed within three years as of the injured party obtaining knowledge of the injury or damage incurred. In any case, a claim under article 67(1) EGY-CTL is time barred after 15 years from the date the defect was caused (article 67(5) EGY-CTL).

3.2 Product Liability under the Egyptian Consumer Protection Law

In addition, to article 67 EGY-CTL further provisions on liability for defects were introduced to Egyptian law in 2006 with the implementation of the EGY-CPL. The primary purpose of the EGY-CPL is consumer protection. As such, the law imposes certain rules of conduct on manufacturers and distributors (article 2 et seq. EGY-CPL). Overseeing compliance with these regulations is vested in the Egyptian Consumer Protection Agency (جهاز حماية المستهلك).[15] Furthermore, the EGY-CPL gives non-governmental organizations (NGOs) active in the area of consumer protection certain competences (article 23 EGY-CPL). Aside from provisions regulating the conduct of manufacturers and distributors the EGY-CPL also establishes their liability towards consumers.

---

[13] Schultze: Produkthaftung, p. 118.

[14] A. R. El-Sanhūrī: الوسيط في شرحر القانون المدني الجديد [Commentary to the New CC], 1, دار النشر للجامعات المصرية [Cairo] 1952, p. 775; Stovail: Product Liability in Egypt, p. 280.

[15] The Egyptian Consumer Protection Agency was established in 2006 per Executive Regulations of the Consumer Protection Law, Law 67/2006, Decree of the Ministry of Trade and Industry of 2006; Arabic original text available at www.cpa.gov.eg/ar-eg/شريعات (last access 4. 4. 2016). Unofficial English translation available at www.cpa.gov.eg/en-us/Legislations (last access 4. 4. 2016). The establishment, organization as well as the general principles of its operation are governed by article 12 ff. EGY-CPL.

3.2.1 Right of the Consumer to Request Exchange or Refund

Article 8(1) EGY-CPL entitles a consumer to return a defective good and demand exchange or refund within 14 days from the date on which he received the good. A defect within the meaning of the EGY-CPL is:

> [a]ny flaw due to which the value of the concerned good is reduced or which prevents the good from being utilized for its intended or customary purpose, including but not limited to flaws caused by improper transportation or storage, unless such flaw is attributed to the consumer.[16]

Consequently, liability under article 8 (1) EGY-CPL does not require fault of the obligor. The obligor may, however, exculpate himself from his liability by proving that the consumer is responsible for the defect.

The parties able to claim under article 8 (1) EGY-CPL are consumers; thus, "[a]ny person to whom a good is offered or sold and who plans to utilize said good for personal or domestic purposes." (article 1 EGY-CPL). Thus, the obligee under article 8 (1) EGY-CPL is the person who purchased the defective good, provided that he did so for personal and not commercial use. Obligor is the supplier of the concerned good. Supplier as referred to in the EGY-CPL is "[a]ny person who provides a service or manufactures, imports, distributes, exhibits, circulates or trades in a good, offers or sells a good to consumers or deals in it in any way" (article 1 EGY-CPL). The definition of supplier is very broad and explicitly includes the manufacturer and the distributor within the meaning of article 67 EGY-CTL.[17] Where a consumer holds multiple parties liable under article 8 (1) EGY-CPL, their liability is joint and several (article 8 (2) EGY-CTL).

Article 8 (1) EGY-CPL explicitly only entitles a consumer to demand exchange of or refund for a defective good. He may not claim additional compensation for injury or damage sustained due to that defect. Additional compensation may, however, be claimed under different liability regimes – i. e. article 67 (1) EGY-CTL.

3.2.2 Procedure

Complaints against infringements of consumer rights provided for in the EGY-CPL may be brought by consumers or NGOs before the Egyptian Consumer Protection Agency (article 12 (b), 23 (a) EGY-CPL).[18]

---

[16] Article 1 EGY-CPL.

[17] In addition, the catchall clause at the end of the definition may also be considered to comprise persons or entities that are not directly involved in producing or trading of the concerned product such as advertisers or maintenance companies. Whether these persons or entities are considered suppliers within the meaning of article 8 (2) EGY-CPL has to date not been discussed in the doctrine or jurisprudence. Hence, while the general scope of the EGY-CPL is indicative of them not being contained in the definition, it cannot be said with certainty whether or not they may be held liable under article 8 (1) EGY-CPL.

[18] No fees are charged by the Egyptian Consumer Protection Agency for such complaints or the subsequent procedure (article 20 (3) EGY-CPL). Restitution in rem under Egyptian law comprises rectification of flaws or delivery of a new product (article 203 EGY-CC).

3.2.3 Penalties

A supplier who infringes the provisions of the EGY-CPL may be subject to penalties. These include fines of not less than 5.000 Egyptian Pounds and not more than 200.000 Egyptian Pounds as well as the publication of the infringement in national newspapers (article 24 EGY-CPL).

3.3 Product Liability under Contract

Where the specific provisions of the EGY-CTL governing product liability are not applicable, liability for injury or damage caused by a defect in a good may derive from the general provisions governing contractual liability. The principle remedy for breach of contract under Egyptian law is restitution in rem.[19] Where in a contract of sale after transfer of risk restitution in rem is impossible, has failed or was denied the purchaser may recover compensation for defects in the sold item pursuant to article 447 (1) EGY-CC. This article stipulates that the seller is liable to the buyer for compensation where the good sold was defective, which according to article 447 (1) EGY-CC is the case where the product – at the time of transfer of risk:

– had a flaw that decreased its value;

– did not have the properties or was not suitable for the use warranted; or

– where no agreement as to the good's properties or intended use exists – did not have the properties a good of the same kind usually has or was not suitable for the customary use of the good sold.

As such, article 447 (1) EGY-CC primarily aims to compensate the buyer for monetary loss suffered due to the fact that the item purchased was defective – i. e. loss incurred because a product could not be utilized for its intended or common purpose. It is unclear whether further indemnities for injury or damage caused by the defect – i. e. damage done to other parts of a product due to a spare part being defective.

While according to its wording the seller's liability under article 447 (1) EGY-CC may comprise liability for injury or damage caused by defective merchandise, the damages that may be recovered under contractual liability are limited. Damages may only be recovered where and to the extent that they are a "natural consequence" (نتيجة طبيعية) of the concerned breach of contract (article 221 (1) EGY-CC) and were foreseeable at the time the underlying agreement was made (article 221 (2) EGY-CC). This limitation will – in most cases – exclude consequential damages. Consequential damages will often not be foreseeable at the time the concerned agreement is made. Thus, they are commonly not recoverable under the contractual liability regime set by Egyptian law.[20] Consequently, since product liability con-

[20] See i. e. محكمة النقض المصرية (Egyptian Court of Cassation) decision of 28. 11. 1968; also see A. R. El-Sanhūrī: الوسيط في شحر القانون المدني الجديد, 1, p. 910. Still, loss of profit may be recovered under article 447 (1) EGY-CC (article 221 (1) EGY-CC).

cerns consequential damages, product liability claims can often not be based on article 447 (1) EGY-CC.

Furthermore, article 447 (1) EGY-CC applies only in relations between the seller and the buyer, while product liability also concerns the manufacturer as well as other parties involved in trading with the concerned good and entitles any person who sustained damage or injury due to the flaw in the concerned good.

Finally, product liability is strict. Liability under article 447 (1) EGY-CC, however, requires fault on the part of the seller. Thus, the buyer may only claim compensation pursuant to article 447 (1) EGY-CC where he sustained loss due to an intentional or negligent act or omission of the vendor.[21] Strict liability under contract may only be imposed by specific warranties (article 445 (1) EGY-CC). Contractual liability may, however, also be restricted by agreement. The contractual liability regime established by the EGY-CC can, in principle, be excluded, with the exception of liability arising from intentional or gross negligent acts or omissions of the vendor.[22] Whether liability for bodily harm may be excluded is still somewhat disputed, but the predominant opinion opposes an exclusion of liability for bodily harm.[23]

3.4 Product Liability under Tort

Tortious liability under Egyptian law is governed by article 163 EGY-CC et seq. and comprises liability for wrongful acts and omissions as well as vicarious and custodial liability.

3.4.1 Liability for Wrongful Acts and Omissions

As the principal provision of tortious liability, article 163 (1) EGY-CC stipulates that any person who intentionally or negligently causes damage or injury to another person is liable to the harmed party for compensation. Article 163 (1) EGY-CC explicitly comprises three conditions: (1) an act or omission, (2) damage or injury and (3) a causal link between the two. It is, however, generally understood that a person is only liable under article 163 (1) EGY-CC where and as far as he was at fault.[24]

The EGY-CC does not comprise a statutory definition of fault. The definition generally used in Egyptian law today is the one

[21] While the wording of article 447 (1) EGY-CC does not explicitly require fault, fault is generally perceived to be a necessary requirement for any claim pursuant to article 447 (1) EGY-CC. See Schultze: Produkthaftung, p. 82 citing A. Nadoury: Products Liability in Egyptian Law, Washington DC 1997, p. 8. See also Stovail: Product Liability in Egypt, pp. 279 ff.

[22] El-Sanhūrī: الوسيط في شحر القانون المدني الجديد, 1, p. 775; Stovail: Product Liability, p. 280.

[23] See Schultze: Produkthaftung, p. 98, citing Nadoury: Products Liability in Egyptian Law, p. 14, and Sfeir who, however, argues that liability for bodily harm may be validly excluded by agreement under Egyptian law; see G.N. Sfeir: Modernization of the Law of the Arab States, San Francisco 1997, p. 109. See also Stovail: Products Liability in Egypt, p. 280.

[24] A. Amkhan: The Concept of Fault in Arab Law of Contract, in: Arab Law Quarterly 9.2 (1994), p. 172; El-Sanhūrī: الوسيط في شحر القانون المدني الجديد, 1, p. 7; H. Amir / A.R. Amir: المسؤولية المدنية. التقصيرية والعقدية [Civil Liability. Tortious and Contractual], دار المعارف [Cairo] 1979, p. 142.

introduced by the Egyptian Court of Cassation in 1978, which defined tortious fault as conducting oneself in a way that deviates from the norm in that such conduct ignores the care and prudence an average reasonable person would observe.[25] This definition describes what is commonly understood as negligence. While the Egyptian Court of Cassation did not explicitly include intent in its definition of tortious fault, there is consensus that tortious fault under Egyptian law comprises intent.[26] Thus, as a fourth – implicit – element of claim article 163 (1) EGY-CC requires that the obligor acted – or omitted to act – intentionally or negligently.

Consideration also has to be given to liability for omissions. If such liability was to be imposed without further restrictions, the group of persons possibly liable under article 163 (1) EGY-CC would be extensive. For instance, an innocent bystander could be held liable for omitting to hinder a person from using an obviously unsafe product. Some jurisdictions have, therefore, chosen to limit tortious liability for omissions to situations where the concerned person was under a duty to act – e. g. a driver involved in a car accident being obligated to assist other persons involved in the accident.[27] Egyptian law, however, does not apply this method, but rather solves the issue through the requirement of fault.[28] Thus, an Egyptian court will make an assessment of fault to consider whether a person is liable for not taking action to prevent harm from materializing itself.

As any person causing damage or injury is liable under article 163 (1) EGY-CC, the manufacturer or distributor of a product may be held liable pursuant to article 163 (1) EGY-CC where a defect in the good caused harm to a person and the defect was caused intentionally or negligently by the manufacturer or distributor. Thus, in contrast to liability under article 67 (1) EGY-CTL a person – such as the manufacturer or distributor of a good – may only be liable for a defect if that person was responsible for causing that defect. Due to this requirement, distributors who may be held liable for production defects under article 67 (1) EGY-CTL will not be liable for production defects under article 163 (1) EGY-CC, since a distributor will commonly not be responsible for a production defect in a product he sells. Distributors may, however, be liable for defects caused by improper storage or handling of a good pursuant to article 163 (1) EGY-CC, defects for which a manufacturer will likely not be liable.

---

[25] Egyptian Court of Cassation, case no. 336, decision of 31.05.1978; also see Amir/Amir: المسؤولية المدنية. التقصيرية والعقدية, p. 142. In fact in 1952 El-Sanhūrī already proposed a similar definition in what is still considered the standard commentary to the EGY-CC; El-Sanhūrī: الوسيط في شحر القانون المدني الجديد 1, p. 7.

[26] See i. e. Amir/Amir: المسؤولية المدنية. التقصيرية والعقدية, p. 142; Nadoury: Products Liability in Egyptian Law, p. 13; Stovail: Product Liability in Egypt, p. 279.

[27] This solution was i. e. chosen in German law; see i. e. Higher Regional Court (*Oberlandesgericht*) Hamm, decision of 25.06.1998, case no. 6 U 146/96, available at Neue Juristische Wochenschrift. Rechtsprechungs-Report (1999), p. 1324.

[28] See i. e. Egyptian Court of Cassation, case no. 336, decision of 31.05.1978.

Unlike contractual liability, liability under article 163 (1) EGY-CC is not restricted to specific persons. Any harmed party is able to recover damages under tort.

The injury or damage incurred do not have to have been foreseeable to be recoverable under tortious liability. Still, as a general principle of Egyptian law consequent damages are only recoverable under tort where they were a natural consequence of the wrongful act or omission.[29] Thus, tortious liability is wider than contractual liability insofar that it does not restrict the party harmed to compensation for foreseeable damage or injury, but does not necessarily cover responsibility for all consequential damages.

An action under article 163 (1) EGY-CC is time barred upon the expiry of three years as of the obligee becoming aware of the elements of claim, and in any case 15 years after the wrongful act or omission occurred (article 172 EGY-CC).

Pursuant to Egyptian law, liability under tort may not be limited or excluded by agreement. Any agreement to the contrary is void (article 217 (3) EGY-CC).

3.4.2 Vicarious and Custodial Liability

Vicarious liability, thus the liability for damage or injury caused by third parties, is governed by article 173 et seq. EGY-CC. Article 174 EGY-CC stipulates that a person is liable for harm caused by wrongful acts or omissions of third parties, provided that such harm was caused in execution of a task for which that third party was retained by the obligor. Thus, under article 174 EGY-CC a manufacturer or distributor may be held liable for the actions or omissions of *inter alia* an Egyptian commercial agent retained to sell his products in Egypt. The manufacturer or distributor can, however, recover any compensation paid pursuant to article 174 EGY-CC from the third party (article 175 EGY-CC).

Liability for harm caused by an object – custodial liability – is regulated in articles 176 et seq. EGY-CC. While articles 176 and 177 EGY-CC deal with liability for harm affected by animals and buildings, which will be of little relevance in respect to product liability, article 178 EGY-CC concerns liability for inanimate movable objects. It provides that a person who is charged with supervising an object – the custodian – is liable for injury or damage caused by that object to another person. Thus, since the manufacturer and the vendor will usually not have custody of a good after it was handed over to the buyer, this provision will have little application in regard to product liability. Liability under article 178 EGY-CC is, however, strict.[30]

---

[29] T. Khattab: Civil Law, in: Egypt and its Laws, ed. by N. Bernard-Maugiron and B. Dupret, Leiden 2002, p. 10; Stovail: Product Liability in Egypt, p. 281.

[30] International Law Commission: Survey on Liability Regimes Relevant to the Topic of International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts not Prohibited by International Law: Study Prepared

3.5 Conclusion

With article 67 EGY-CTL Egyptian law comprises a relevant product liability provision. In particular, liability under article 67 (1) EGY-CPL is – in principle – strict and claims for compensation may be brought by any person harmed against the manufacturer and the distributors of a good. Still, due to the general restrictions applying to consequential damages under Egyptian law, product liability pursuant to article 67 (1) may be somewhat limited compared to other jurisdictions. Furthermore, article 8 (1) EGY-CPL introduced certain additional consumer rights. These are, however, of little relevance in respect to product liability.

Where the specific provisions of the EGY-CTL do not apply, compensation may only be sought under contractual or tortious liability. Liability under both regimes is, however, more narrow than under article 67 (1) EGY-CTL. Contractual liability only applies in relations between buyer and seller and consequential damages may only be recovered where such damages are a natural consequence of the particular breach of contract and they were foreseeable at the time the underlying agreement was made. Tortious liability is considerably wider. Both the seller and the manufacturer may be held responsible and any person harmed is – in principle – entitled to compensation under tort. Nevertheless, tortious liability – unlike product liability – is not strict. Thus, where a person cannot claim compensation under article 67 EGY-CTL, its recourse against the seller and the manufacture is somewhat limited.

Whether a person who suffered harm may demand compensation under tort or contract is not entirely clear. Egyptian civil law is strongly influenced by French law. Egyptian courts, therefore, often consult French doctrine as well as decisions of French courts when interpreting Egyptian law.[31] Pursuant to the Principle of *non cumul des responsabilites* – or non-concurrence of actions – French law provides for the precedence of contractual over tortious liability.[32] This means that where harm was sustained due to a breach of contract the party injured is barred from seeking compensation under tort and may only do so under contract. Egyptian doctrine and jurisprudence, however, do not strictly follow this principle and consider the injured party to have the right to choose whether it will seek compensation under tort or contract.[33]

Article 8 (1) EGY-CPL explicitly provides for its application alongside of other claims

by the Secretariat (UN Doc. A/CN.4/471)', in: Yearbook of the International Law Commission II.1 (1995), p. 69.

[31] See i. e. K. Bälz: Europäisches Privatrecht jenseits von Europa? Zum fünfzigjährigen Jubiläum des ägyptischen Zivilgesetzbuches, in: Zeitschrift für Europäisches Zivilrecht 51 (2000), p. 61.

[32] D. Tallon: Contract Law, in: G.A. Bermann / E. Picard: *Introduction to French Law*, Kluwer 2008, p. 231; French Court of Cassation (*Cour de Cassation*), Civil Chamber (*Chambre Civile*) 2, decision of 09.06.1993, Appeal No. 91-21650.

[33] Egyptian Court of Cassation, decision of 1. 1. 1948.

under contract or law. Thus, where a consumer returns a defective product, he may claim a refund under article 8 (1) EGY-CPL as well as additional damages under contractual or tortious liability or article 67 (1) EGY-CTL. Whether a manufacturer or distributor may be held liable pursuant to article 67 (1) as well as under contractual and tortious liability is, however, not entirely clear. In the opinion of the author the same conditions as in respect to tortious and contractual liability should apply; thus the harmed person should have the right to choose whether he seeks compensation according to article 67 (1) EGY-CTL, contractual or tortious liability.[34]

4. Product Liability under Qatari Law

Qatari law does not comprise a specific product liability law. There are, however, some provisions that are relevant in this regard; in particular, article 3 Qatari Consumer Protection Law, Law 8/2008 (QAT-CPL)[35]. In addition the liability regime under tort and contract established by the Qatari Civil Code, Law 22/2004 (**QAT-CC**),[36] will be relevant.

4.1 Product Liability under the Consumer Protection Law

Prior to 2008 provisions on consumer protects were rather scarce and spread over different laws and regulations. With the introduction of the QAT-CPL the Qatari legislator largely consolidated the existing consumer protection regime into a single law and established additional standards. The law comprises a number of provisions regulating the conduct of manufacturers and distributors. For instance, where a good is found to be defective article 5 QAT-CPL compels the supplier to recall such goods against a refund or exchange or repair the defect. Should a supplier violate his obligations under the QAT-CPL, he may be penalized with fines ranging from 3,000 Qatari Riyal to 2,000,000 Qatari Riyal (article 17 QAT-CPL), closure of his business premises (article 18 QAT-CPL) and seizure and destruction of the defective goods as well as the materials and tools used in their production (article 21 QAT-CPL).

Moreover, the QAT-CPL furnishes consumers with certain rights including *inter alia* recourse in case of harm sustained due to defective goods. In particular, the supplier of a good may be held liable for harm sustained by a consumer due to him purchasing or using a defective good pursuant to article 3 QAT-CPL.

[34] This interpretation appears to be shared by Stovail: Product Liability in Egypt, pp. 286 ff.

[35] Arabic original text available at www.almeezan.qa/LawView.aspx?opt&LawID=2647&language=ar (last access 4. 4. 2016). Unofficial English translation available at www.almeezan.qa/LawView.aspx?opt&LawID=2647&language=en (last access 4. 4. 2016).

[36] Arabic original text available at www.almeezan.qa/LawView.aspx?opt&LawID=2559&language=ar (last access 4. 4. 2016). Unofficial English translation available at www.almeezan.qa/LawView.aspx?opt&LawID=2559&language=en#Section_8977 (last access 4. 4. 2016).

4.1.1 Elements of Claim

Article 3 QAT-CPL provides for three elements of claim: (1) defect (2) harm caused to himself or his assets (تلحق به أو بأمواله)[37] and (3) causal link between the two. A defect is defined as:

> any flaw in a good or service that diminishes its value or restricts its intended or customary utilization so that the persons using it is – wholly or partially – deprived of the benefit deriving from such use, including flaws caused due to improper handling and storage.[38]

Such a flaw is, however, not considered a defect, if it was caused by the consumer.

Pursuant to article 3 QAT-CPL the supplier is liable to the consumer for "fair" (عادل) compensation. What is fair in this regard is not clarified by the statute. Considering the liability regime established by the QAT-CPL and, in particular, the obligation to make good any defects comprised in its article 5 one might argue that the obligor's liability under article 3 QAT-CPL should go beyond mere compensation for the monetary loss sustained due to the relevant good being defective. This is further supported by the phrasing of article 3 QAT-CPL, which affords the obligee compensation not only for harm caused due to him purchasing but also due to him using the defective good. While harm sustained by purchasing a defect good will comprise monetary loss incurred due to owning a defective rather than a flawless good, damage suffered due to using a defective good will likely comprise consequential damages[39] – i. e. damage caused to other items or loss of profit – as well as damages for bodily injury. The construction of article 3 QAT-CPL with respect to the law as a whole, therefore suggests that the restriction imposed by limiting compensation to a "fair" amount merely excludes excessive and purely punitive damages.[40] Still, for lack of available clarification by jurisprudence or the competent authority no final statement can be made as to the standards applied in determining the extent of compensation.

Fault of the obligor is not explicitly required by article 3 QAT-CPL. Thus, considering the wording its, liability under article 3 QAT-CPL should be strict. This would be in line with internationally accepted standards of product liability. Still, for lack of relevant court practice or official clarification by the competent authorities no final statement can be made on this issue.

---

[37] The unofficial English translation of the QAT-CPL provided by the government online service Al Meezan (see www.almeezan.qa/LawView.aspx?opt&LawID=2647&language=en, last access 4. 4. 2016) translates the relevant passage as "property and financial damage". This translation is, however, not accurate. Since the inaccuracy is so significant that it will have an impact on the interpretation of article 3 QAT-CPL, the translation provided for on Al Meezan should not be considered in this regard.

[38] Article 1 QAT-CPL.

[39] Consequential damages – including loss of profits – may be sought under Qatari law, provided that the damages were a reasonably foreseeable consequence of the relevant breach of contract or wrongful act (articles 201, 202 263(2) QAT-CC).

[40] Punitive damages as e. g. provided for by U.S. law cannot be recovered under Qatari law; cf. articles 263, 264 QAT-CC.

The QAT-CPL does not make any reference to the burden of proof. Hence, following the general rule established by article 211 Qatar Civil and Commercial Procedure Law, Law 13/1990 (QAT-CCPL) the burden of proof to establish the elements of the claim lies with the obligee. However, the obligor may exculpate himself from his liability under article 3 QAT-CPL by establishing that the defect was caused by the obligee.

4.1.2 Obligor and Obligee

Obligee of article 3 QAT-CPL is the consumer, thus any person who bought or used a good for personal or domestic purposes (article 1 QAT-CPL). Obligor is the supplier of the good. Article 1 QAT-CPL defines him as

> any person who provides a service or manufactures, distributes, trades in, sells, exports or imports a good, or is in any way involved in its production or distribution or deals in it in any way.

4.1.3 Statute of Limitations

The QAT-CPL does not comprise specific provisions on limitation periods. Hence, in line with the general provisions on limitation in civil law, it should be 15 years as of the date the defect was caused (article 403 QAT-CC).

4.2 Product Liability under Contract

Like in Egyptian contract law the principle remedy under Qatari contract law is specific performance (article 245 QAT-CC). However, in a contract of sale, restitution in rem is not available where the defect is not so severe that it renders the good unusable (article 451(2) QAT-CC). Furthermore, the buyer may choose to keep the good purchased despite it being defective (article 451(2) QAT-CC). In these cases, the buyer may claim compensation under article 455 QAT-CC. According to this provision the seller is liable to the buyer for compensation for defects in the good sold. A good is considered to be defective within the meaning of article 455 QAT-CC if – at the time of delivery – a flaw in the good (1) diminishes its value or (2) renders it unfit for its intended or common use. The seller is liable regardless of whether he was aware of the defect or not (article 455 QAT-CC). However, where the seller can establish that he was not aware of the defect at the time of the sale, his liability under article 455 QAT-CC is limited to the purchase price paid to the seller by the buyer (articles 451(3), 450(2) QAT-CC).

Notably – unlike article 447 EGY-CC – article 455 QAT-CC does not explicitly state that a good not having the properties warranted or commonly associated with the good concerned as a defect.[41] Thus, under a strict reading of article 455 QAT-CC compensation cannot be claimed for loss sustained due to the good sold not having the warranted or common properties. However, decisions of the Qatar Court of Cassation (محكمة التمييز) confirm that lack of warranted

[41] See i. e. article 447 EGY-CC, which provides for lack of warranted or common properties as a defect.

or common properties constitutes a defect within the meaning of article 455 QAT-CC.[42]

In addition, article 455 QAT-CC makes no reference to fault. In fact, no provision of the QAT-CC explicitly establishes fault of the obligor as an element of contractual liability. Still, article 259 (1) QAT-CC does so implicitly. It provides that contractual liability may be excluded, except for liability arising out of intentional or gross negligent conduct. Such a provision only makes sense if contractual liability under Qatari law does generally require fault.

Article 455 QAT-CC primarily serves to compensate the buyer for loss sustained due to the value or use of a good being diminished due to a defect. Similar to Egyptian law contractual liability under Qatari law is primarily limited to direct damages and loss of profit as far as these are a natural consequence of the relevant breach of contract; i. e. mal-performance. However, consequential damages may be recovered to the extent they were reasonably foreseeable or were contemplated by the parties at the time the underlying agreement was concluded (article 263(2) QAT-CC).

Since contractual liability under article 455 QAT-CC only applies between vendor and purchaser and requires fault on behalf of the obligor, it fails to establish a comprehensive product liability regime. However, strict liability may be established by agreement where the seller provides a guarantee (article 464 QAT-CC).

4.3 Product Liability under Tort

4.3.1 Liability for Wrongful Acts and Omissions

Liability for wrongful acts and omissions is established by article 199 QAT-CC, which provides that "[a]ny person who commits an act that causes harm to another person shall be liability for compensation for such harm". While article 199 QAT-CC explicitly only establishes liability for wrongful acts, it is generally understood as also providing for liability for omission.[43]

Liability under article 199 QAT-CC does not require the obligee to establish fault on behalf of the obligor in a claim for compensation. This approach is in line with Islamic law. According to Islamic law liability for harm caused by one person to another by act or omission attaches *prima facie* due to the fact that harm was caused by such act or omission. Whether the harming person was at fault or not is immaterial. However, the obligor may exculpate himself from or limit his liability in certain circumstances – i. e. by proofing that he could not prevent harm from being caused by his action due to circumstance that were beyond his control. Thus, under Islamic law a claimant proofing that he sustained injury or damage due to a

[42] See i. e. Qatari Court of Cassation, Civil and Trade Division, contestation No. 143/2007, Session of 4. 8. 2007.

[43] See i. e. Qatari Court of Cassation, Civil and Trade Division, contestation No. 190/2010, Session of 28. 12. 2010.

person's act or omission will suffice to establish liability. It is then upon the obligor to absolve himself from or limit his responsibility.[44] Essentially this is a shift in the burden of proof. While, in principle, the burden of proof to establish the elements of claim is upon the claimant, under Islamic law it is upon the obligor to establish that he was not at fault. A similar approach is taken by Qatari law.

Article 199 QAT-CC comprises three elements of claim: (1) act or omission, (2) damage or injury and (3) causal link between the two. For lack of specific provisions concerning the burden of prove the elements of the claim are to be established by the obligee (article 211 QAT-CCPL). The obligor may, however, exculpate himself by proving that the injury or damage incurred was in fact caused by circumstances beyond his control (article 204 QAT-CC) [45].[46]

A claim for compensation according to article 199 QAT-CC may be brought by any – natural or legal – person that sustained injury or damage and any – legal or natural – person may be held liable under article 199 QAT-CC. Thus, where a defect in a good causes injury or damage, the manufacturer and the distributor may be held liable under article 199 QAT-CC. However, where a claim is based on a production defect, a distributor will usually be able to proof that the harm was incurred due to circumstances beyond his control and thereby be able to avoid liability pursuant to article 204 QAT-CC. The same will be true in respect of the manufacturer where harm was incurred due to a defect caused by the distributor – i. e. by inadequate handling or storage.

Compensation pursuant to article 199 QAT-CC is limited to the actual loss incurred by the harmed person as well as the profit forgone due to the wrongful act or omission (article 201 (1) QAT-CC). Furthermore, only those damages that are a "natural consequence" (نتيجة طبيعية) of the wrongful act or omission are recoverable. Pursuant to article 201 (2) QAT-CC this is the case where the harm caused could not be averted with reasonable efforts by the person injured.

4.3.2 Vicarious and Custodial Liability

Liability for injury or damage caused by objects is established by article 212 (1) QAT-CC. It specifies that a person who has cus-

[44] For an overview on tortious liability under Islamic law see i. e. A. B. B. Mohamad: Islamic Tort Law, in: M. Bussani / A. J. Sebok: Comparative Tort Law. Global Perspective, Cheltenham2015), pp. 441 ff.; id.: Strict Liability in Islamic Tort, in: Islamic Studies 39.3 (2000), pp. 450 ff.; S.M. Al-Zarqa: الفعل الضار والضمان فيه [On Tort and Compensation], Cairo 1988, pp. 76 ff.

[45] Furthermore, Qatari law provides for a justification defence, which is of little relevance in respect to product liability. A person is not liable for damage or injury caused in the reasonable defence of "himself, his reputation or his property or another person, that person's reputation or property" (article 205 QAT-CC). Notably article 205 QAT-CC does not require that the harmed person poses the threat to the legally protected right(s).

[46] The same approach to tortious liability was implemented i. e. in the United Arab Emirates (**UAE**); see articles 282, 287 UAE Civil Code, Federal Law 5/1987.

tody over an object that is inherently dangerous and, therefore, requires special precaution to prevent harm, shall be responsible for harm caused by the object. As in case of article 199, QAT-CC fault does not have to be established when claiming compensation under article 212 (1) QAT-CC and liability pursuant to article 212 (1) QAT-CC may be averted by the obligor where he establishes that the harm occurred due to a cause beyond the obligor's control. Still, article 212 QAT-CC will be of little relevance in respect of product liability. As its counterpart in Egyptian law, article 212 (1) QAT-CC only establishes liability of the custodian of a dangerous object, which – in most cases concerning product liability – will not be the manufacturer or distributor.

Vicarious liability attaches pursuant to article 209 QAT-CC where the actions of a third party cause harm and this third party acted in furtherance of a duty of the obligor. Thus, under Qatari law a manufacturer or distributor may be liable for damage or injury caused by persons in his employ or entities he retained to conduct his business. Still, in these cases the obligor may have recourse against such third party according to article 210 QAT-CC.

4.4 Conclusion

With article 3 QAT-CPL Qatari law comprises a rudimentary product liability regime. Yet, only consumers are eligible to claim compensation under article 3 QAT-CPL. Furthermore, the amount of compensation available according to this provision may also be restricted. Article 3 QAT-CC explicitly confines compensation to a "fair" amount. While neither statute nor available jurisprudence define what would be a fair compensation within the meaning of article 3 QAT-CPL, the liability regime established by the QAT-CPL suggests that this restriction is merely intended to serve to exclude claims for excessive or punitive damages. Accordingly, in conclusion Qatari law provides consumers with similar product liability rights as Egyptian law.

Where article 3 QAT-CPL is not applicable – i. e. where the party that sustained harm is not a consumer – compensation may be sought under contractual or tortious liability. Still, contractual and tortious liability will not cover what is considered product liability by this analysis. Contractual liability is relevant only in the relationship between purchaser and vendor. Furthermore, the seller's responsibility is limited to damages that are a natural consequence of the particular breach of contract and were foreseeable at the time the underlying agreement was made. Tortious liability is considerably wider. Under the Qatari tort regime fault of the obligor does not have to be established by the obligee. The obligor may, however, exculpate himself from or limit his liability by proving that he was not at fault. Unlike contractual liability, which may be restricted or extended by agreement, tortious liability may not be excluded or limited pursuant to Qatari

law.[47] A person who has a contractual relationship with the person who harmed him, may choose whether he seeks compensation under contract or tort.

5. Product Liability under Iranian Law

With the Iranian Law on Protection of Consumer Rights of 2009 (IRN-CPL)[48] Iran established a rudimentary consumer protection regime. Yet, since the IRN-CPL comprises few provisions on liability of manufacturers and distributors, compensation may only be sought under the general provisions concerning contractual and tortious liability comprised in the IRN-CC and the Iranian Civil Liability Law of 1960 (IRN-CLL)[49]. Furthermore, the Iranian Penal Code of 1991 (IRN-PC)[50] includes some provisions on obligation to make compensation for bodily injury caused.

5.1 Product Liability under the Consumer Protection Law

The IRN-CPL does not provide for the right of the consumer to claim compensation of injury or damage sustained due to a defect in a good. Provided that the defective item is a fungible good, a consumer may demand from the supplier exchange of the defective good against a flawless product (article 2 IRN-CPL). The IRN-CPL defines defect as a deviation of the general quality that reduces the monetary value of a good or service. Consumer within the meaning of the IRN-CPL is any person who uses a product or retains a service for private purposes. Supplier as referred to in the IRN-CPL is the manufacturer, importer, distributor, retailer and provider of a good or service. Still, since the IRN-CPL does not comprise an obligation of the supplier to compensate for harm caused by a defective good, the IRN-CPL is of little relevance to product liability.

5.2 Product Liability under Contractual Liability

In principle, the contractual liability regime established by the IRN-CC provides for the strict precedence of restitution in rem (article 227 IRN-CC). However, where a defect in a sold product is discovered after the transfer of risk has occurred, the purchaser may either withdraw from the sale and purchase agreement or keep the defective good and claim damages (articles 422, 423 IRN-CC). The elements of a claim under articles 422, 423 IRN-CC are: (1) defect, (2) harm and

[47] According to article 259 (2) QAT-CC tortious liability can only be restricted where liability for third party acts or omissions is concerned.

[48] Farsi original text available at www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/91717/106515/F-1409549671/IRN91717.pdf (last access 4. 4. 2016).

[49] Unofficial English translation available at policy.mofcom.gov.cn/GlobalLaw/english/flaw!fetch.action?libcode=flaw&id=83a23796-812e-401c-a516-e543c7675029&classcode=431 (last access 4. 4. 2016).

[50] Farsi original text and unofficial English translation available at www.unodc.org/tldb/showDocument.do?documentUid=9598&node=docs&cmd=add&country=IRA (last access 4. 4. 2016).

(3) causal link between the two. A product is defective in this respect where the concerned item cannot be used for its common purpose or does not have the characteristics common to a good of its kind (article 426 IRN-CC).[51] Harm as referred to in article 422 IRN-CC exists where the value of the item sold differs from the common value of a good of the same kind. The burden of proof to establish the elements of the claim lies with the buyer.[52] Fault on behalf of the obligor does not have to be established by the obligee when seeking compensation under article 422, 423 IRN-CC.[53] Nonetheless, the obligor may exculpate himself from his liability by proving that he did not cause the relevant defect intentionally or negligently (article 436 IRN-CC).

Compensation under articles 422, 423 IRN-CC is limited to the difference between the market price of the good concerned without defect – not the price actually paid by the buyer – and the price that would be paid for the defective good; thus its actual market value. The market price for the good with and without defect shall be determined by an expert (article 427 IRN-CC).

Obligor of articles 422, 423 IRN-CC is the seller of a product, thus the person who entered into an agreement with the purchaser. Obligee is the buyer.

Pursuant to article 435 IRN-CC an action under to article 422, 423 IRN-CC has to be brought without undue delay upon the obligee becoming aware of the elements of the claim. A precise definition of what constitutes undue delay within the meaning of article 435 IRN-CC is provided neither by the IRN-CC nor by jurisprudence. Whether a delay is undue or not will have to be determined based on the particular circumstances of each individual case. Still, it is safe to say that the relevant time will generally be rather short. A general statute of limitation is not stipulated by the IRN-CC.[54]

However, article 740 Iranian Civil Procedure Code of the Public and Revolutionary Courts of 2000 (IRN-CPC) states that a court will not hear a claim after the expiry of two years after the underlying contract was concluded. Thus, while compensation under ar-

[51] Lack of warranted properties or a good not being useable for a warranted purpose are not defects under article 426 IRN-CC. Where such warranties are not fulfilled, a buyer may not request damages. The IRN-CC only allows for the possibility to either withdraw from the sale and purchase agreement or accept delivery of the good as a valid discharge of the seller's obligations; article 410 IRN-CC where the purchaser bought the good solely relying on its description and hand no chance to inspect it, or articles 444, 234, 235 IRN-CC in all other cases.

[52] P. Bagheri / K. H. Hassan: The Application of the Khiyar Al-ʿAib (Option of Defect) in On-line Contracts and Consumer Rights, in: European Journal of Law and Economy 33.3 (2012), p. 570.

[53] Ibid.

[54] Provisions on statute of limitations were originally included in the IRN-CC. Religious scholars in Iran, however, objected to the regulations because in their opinion remedies under Islamic law did not expire. Consequently, in an amendment made to the IRN-CC after the Islamic Revolution in 1979 the provisions on time bars were eliminated from the IRN-CC; A.-V. Jaeger / G.-S. Hök: FIDIC. A Guide for Practitioners, Heidelberg 2010, p. 67.

ticles 422, 423 IRN-CC has to be sought without undue delay after the obligee becoming aware of the elements of claim, in any case a claim will not be heard by the competent courts two years after the underlying contract was made.

Considering that compensation under contractual liability may only be sought for the reduced value of the defective merchandise, contractual liability under Iranian law is of little relevance in respect to product liability. In addition, articles 422 et seq. IRN-CC only apply between vendor and purchaser.

5.3 Product Liability under Tortious Liability

Tortious liability under the IRN-CC is very narrow. Where a person intentionally causes damage to the property of another person, that person shall replace the damaged good or its value (article 328 IRN-CC). The same liability attaches where the harm is caused indirectly (article 331 IRN-CC) or by another person retained to conduct the harming action (article 332 IRN-CC). Neither of these provisions affords the obligee with the right to recover compensation for additional physical damage or bodily injury caused. These provisions were seen as inadequate by the Iranian legislator, who in 1960 reacted by issuing the IRN-CLL.[55]

5.3.1 Liability for Wrongful Acts and Omissions

The central liability provision of the IRN-CLL is its article 2, which provides that any person who intentionally or negligently harms the life, health, property, freedom, personal or commercial reputation or any other right bestowed on a person by law, and as a result causes that person materially or moral loss, shall be liable for compensation for damages caused by his action. Thus, article 2 IRN-CLL comprises five elements of claim: (1) wrongful act, (2) harm to a legally protected right or interest, (3) monetary or moral damage, (4) causal link between the three previous elements of claim and (5) fault on behalf of the obligor.

Article 2 IRN-CLL only refers to liability for “acts”. Thus, under a strict reading of article 2 IRN-CLL compensation for harm incurred due to the inaction of another person is not available. However, considering tort under Islamic law, which comprises liability for omissions,[56] and the influence of Islamic law principles on Iranian law, liability for omission should be comprised by article 2 IRN-CLL. This interpretation is supported by the doctrine.[57] However, liability for omis-

[55] Cf. A. Zakeri: Damages Arising from Physical Injuries and Compensation Methods in Iranian Civil Liability Law, in: Research Journal of Recent Sciences 4.3 (2015), p. 116.

[56] Cf. i. e. Mohamad: Islamic Tort Law, pp. 456 ff.; Al Zarqa: الفعل الضار والضمان فيه, pp. 76 ff.

[57] Cf. Zakeri: الفعل الضار والضمان فيه, p. 116; Bagheri / Hassan: The Application of the Khiyar Al-ʿAib, p. 570. A.P. Dezfuli: Comparative Study of Medical Negligence in India and Iran, Delhi 2014, pp. 110, 126.

sion only attaches where the obligor omitted an act that is required by law or custom to protect another person's rights.[58]

Liability under article 2 IRN-CLL further requires that harm is caused to a right or interest legally protected by article 2 IRN-CLL. These are: life, health, property, freedom, personal or commercial reputation or any other right bestowed on a person by virtue of law. This approach was modelled after the German tort law provisions.[59] In line with the interpretation of the relevant provisions of German Law (§ 823 (1) German Civil Code)[60] a right bestowed on a person by law within the meaning of article 1 IRN-CLL should be understood as comprising only absolute rights – thus rights that are effective towards any other person – as opposed to also including individual rights – such as claims.[61] Still, what these absolute rights would be is not conclusively defined by Iranian statute, jurisprudence or doctrine. Compensation under article 1 IRN-CLL is limited to monetary and moral loss.

All three elements of claim mentioned above have to be connected by causal link. In addition, article 1 IRN-CLL explicitly requires fault – intent or negligence – by the obligor.

Obligor of article 1 IRN-CLL is any person who caused harm to another person. Obligee is any harmed person.

The IRN-CLL does not make any provisions as to limitation periods. Consequently, the general limitation period of article 740 IRN-CPC applies, which is two years may apply. However, article 740 IRN-CPC expressly refers to contractual claims. Consequently, it is not clear whether it can be applied to claims under tort.

5.3.2 Vicarious or Custodial Liability

Vicarious liability under the IRN-CLL is limited to the liability of the employer for acts of his employees (article 12 IRN-CLL). Thus a manufacturer or distributor will only be liable for a person who is employed by him and not for acts committed by external persons or entities providing a service or work to him. Custodial liability for damage or injury caused by objects is not covered by the provisions of the IRN-CLL.

5.4 Liability under the Iranian Penal Code

In 1982 book 4, which relates to blood money – thus compensation for death and bodily injury to be paid to the victim of his heirs – was included in the IRN-PC.[62] Articles 300

[58] Ibid.

[59] Cf. Zakeri: Damages Arising from Physical Injuries, p. 116.

[60] German original text available at www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf (last access 4. 4. 2016).

[61] For an overview see i. e. M. Wandt: Gesetzliche Schuldverhältnisse. Deliktsrecht, Schadensrecht, Bereicherungsrecht, GoA, Munich [7]2015, pp. 286 ff.; A. Röthel: Schuldrecht BT/2. Gesetzliche Schuldverhältnisse, Munich [2]2012, pp. 128 ff.

[62] Z. Cahanani / F. Saeidi: Civil Liability of Physicians in Iran and Egypt, According to Iran's New Islamic Penal Code Act of 92, in: Nature and Science 13.11 (2015), p. 95.

et seq. IRN-PC provide for the obligation to pay blood money for certain felonies such as murder (articles 300 and 301 IRN-PC) and different injuries as for example loss of eye sight (article 459 IRN-PC) or other injuries (article 483 IRN-PC). The obligation to pay blood money attaches where the obligor is convicted of a relevant crime – for example murder or assault. Consequently, a manufacturer or distributor may for instance be compelled to pay blood money where he is convicted of assault pursuant to article 614 IRN-PC.

Like compensation for bodily injury in other jurisdictions, blood money is not specifically defined. The amount to be paid will be defined by the competent judge in the individual case. In doing so, the judge will only consider what he deems to be a fair compensation for the injury sustained. Other issues such as cost of medical treatment will not be considered.[63]

5.5 Conclusion

While the Iranian legislator has passed a consumer protection law, this law does not afford consumers with any recourse for harm or loss sustained due to defective products. It only allows for the exchange of defective goods. Contractual and tortious liability is, therefore, the only way for a consumer to claim compensation.

Still, under the Iranian contractual liability regime, compensation may only be recovered for loss of value due to having been provided with a defective rather than a flawless product. Additional damages or indemnity for bodily injury cannot be claimed pursuant to articles 422, 423 IRN-CC. In addition, tortious liability according to the IRN-CC is limited to responsibility for intentional acts. Article 2 IRN-CLL, however, provides for an additional provision on which a compensation claim can be based that only requires fault of the harming person. Thus, it falls short of the (strict) liability generally established by product liability provisions. Hence, manufacturers or traders selling their goods in Iran are held to a lesser liability standard than in other MENA countries. Still, where they are found to be at fault for bodily injury, they may be compelled to pay blood money under the IRN-CP in addition to compensation under the IRN-CC and IRN-CLL.

Under Iranian law the fact that the obligee may seek compensation under contract does not exclude him from seeking compensation under tort. Thus, the obligee has the right to choose whether he basis his claim on contract or tort.[64]

6. Conclusion

Both Egypt and Qatar enacted specific regulations providing for the right to claim compensation from the manufacturer, distributor

[63] Cf. Zakeri: Damages Arising from Physical Injuries, p. 116.

[64] Dezfuli: Comparative Study of Medical Negligence in India and Iran, p. 99.

or service provider for damage or injury sustained due to defective products or services. Both provisions are, in principle, quite similar. They, however, differ in one key aspect. While article 67(1) EGY-CTL allows for any private or commercial person or entity to request compensation, article 3 QAT-CPL only applies to consumers. Iranian law on the other hand does not provide for similar recourse in respect of defective products or services. Iran has – like Egypt and Qatar – recently passed a consumer protection law. Yet, the IRN-CPL does not entitle a person – consumer or otherwise – to claim compensation for injury or damage sustained due to a product or service being defective. It merely allows a consumer to demand exchange of a defective good against a refund. Similar provisions are established by Egyptian and Qatari consumer protection laws.

Since Iranian law does not comprise a specific regulation allowing for a product liability claim, compensation can only be sought under contractual or tortious liability. Contractual liability as established by the IRN-CC only allows the obligee to recover the difference between the value of the defective good and the value of an unblemished good of the same kind. Still, liability under articles 422, 423 IRN-CC is strict; thus, fault on behalf of the obligor does not have to be established as an element of claim. The obligor may, however, exculpate himself from his liability by proofing that he was not at fault for the harm caused. Tortious liability under the IRN-CC on the other hand is extremely limited. In particular, the IRN-CC only provides for tortious liability for intentional conduct. Additional and more comprehensive regulations on tort are comprised in the IRN-CLL. Compensation under article 2 IRN-CLL can, however, only be claimed where the harming party was at fault.

Relying on contractual or tortious liability will be less important in product liability claims under Egyptian and Qatari. Especially article 67(1) EGY-CTL establishes a broad product liability regime. Under Qatari law contractual and tortious liability will be more relevant, since article 3 QAT-CPL only applies to consumers. While contractual liability is rather similar under both legal systems, tortious liability differs in particular in respect to fault. Under Egyptian law tortious liability requires fault of the obligor as an element of claim to be established by the obligee. Pursuant to article 163 QAT-CC, on the other hand, a person is eligible for compensation without having to proof fault of the obligor. Fault is relevant only insofar as the obligor may establish that he was not at fault and, thereby, exclude or limit his liability.

In all three jurisdictions, there is no strict precedence of contractual over tortious liability. Thus, where a contract exists between obligor and obligee the obligee may choose to seek compensation either under contract or under tort.

Both Egyptian and Qatari consumer protection laws comprise penalties for manufacturers and traders infringing consumer protection regulations. These penalties are significantly harsher under the QAT-CPL, which provides for fines of up to 200,000 Qatari Ri-

yal and the closure of the obligor's business premises. Still, the fact that infringements of the EGY-CPL may be sanctioned by publication of the relevant infringement bears considerable weight as well. Iranian consumer protection law does not comprise similar penalty clauses. However, under the IRN-PC a manufacturer or trader may be compelled to pay compensation in form of blood money in addition to compensation under civil law where he is found guilty of criminal conduct – for instance assault.

Thus, in conclusion, when selling goods or services in or to Egypt and Qatar, specific product liability laws will have to be considered. In particular, the strict liability established by these product liability regimes requires manufacturers, service providers and distributors to make provisions for possible damage claims. Still, in Qatar such provisions will only have to be made for business to consumer transactions. In Iran on the other hand product liability is not a relevant issue. Here liability will, in all cases, follow general contractual and tortious liability.

Nicolas Bremer, member of the GAIR e. V., is currently working as Lawyer and Partner of the law firm Alexander & Partner in Berlin, Dubai and Muscat.

ZRI 2016 (S. 275–303)

Liability of Managers and Directors under the Law of the GCC Countries: A Comparative Study of the Liability Regimes Existing in the Gulf Cooperation Council Region Illustrated at the Example of Qatar, Saudi Arabia and the United Arab Emirates

Nicolas Bremer

Abstract

It would appear that management liability is regulated very differently among Saudi Arabia on the one hand and Qatar and the United Arab Emirates on the other hand. Unlike the civil and commercial laws of Qatar and the United Arab Emirates, which are strongly influenced by continental European law tradition, Saudi Arabian law is largely based on Islamic law. The resulting differences are, however, not as pronounced in the area of management liability. This is largely due to the fact that corporate law in Saudi Arabia is predominantly governed by a comprehensive statute, which was drafted using inter alia the corporate regulations of Qatar, the UAE and Egypt as an example. However, certain particulars still remain. This article will highlight the differences and similarities among the management liability regulations of the three jurisdictions and introduce the reader to the relevant provisions.

1. Introduction

Management liability is a central point of concern for investors. It provides a means of control over persons with wide authority to dispose over the investors' assets by establishing an accountability regime for managerial staff. Furthermore, understanding the relevant management liability regime in the country a manager or director is employed in is relevant to that director or manager as well. A review of the management liability regimes of the three jurisdictions Qatar, Saudi Arabia and the United Arab Emirates is currently of particular interest not only because foreign investment is particularly high in these countries but also because all three passed new corporate laws, which came into force – in Qatar and the United Arab Emirates – in late 2015 and – in Saudi Arabia – in early 2016.

The principal purpose of management liability provisions is to affect management conduct and induce desired behaviour. By virtue of their position and the authorities bestowed on them by law and agreement persons entrusted with the management of a corporation assume far reaching competences with respect to the administration of assets of third parties; those being the shareholders of the relevant corporation and other investors. Consequently, the shareholders will have an interest in the corporation's management using these competences diligently and responsibly. Still, since diligent management of the corporation and the as-

sets it was provided with will affect the ability of the company to fulfil its obligations, the corporation's creditors and the market in general will have an interest in their sound and diligent management. This is particularly true where the liability of the relevant entity is limited; thus, the creditors of the corporation do not have recourse against its shareholders. To serve these interests management liability regulations seek to encourage behaviour that will minimize risks through establishing responsibility for managerial conduct.[1] Hence, in this regard management liability serves as a deterrent that discourages management from taking high risks. However, this deterrent effect itself poses a risk for the company and its sound operation. Where management liability is too restrictive, persons charged with the management of a corporation may become overly cautious and avoid even transactions or business opportunities with moderate risk. This may considerably harm the business activities of a corporation. Consequently, a balance has to be found that would entice management not to take unnecessarily high risks while at the same time allow them to conduct the "normal" business of the company without constant concern of being held liable for acceptable risk materializing itself.

Understanding the management liability regime existing in the jurisdiction in which a company is incorporated, therefore, is relevant for local managerial staff in order for them to appreciate their liability exposure. However, it is also relevant for the corporation itself and its shareholders. Where the existing management liability regime is not satisfactory for the investors, they may choose to amend it by agreement. This may be of particular importance where a local subsidiary shall be subjected to a higher extend of control of the parent company.

As the management and administrative structures of the different types of corporation available to investors in the countries under review pose differing challenges and requirements for their management, so do they differ noticeably in the forms and extent of liability for the persons vested with their management. This article will focus on the regimes applicable to the liability of managers of the two types of corporations most frequently utilized by foreign investors in the Near and Middle East: the limited liability company (LLC)[2] and the Joint Stock Company (JSC)[3]. To provide the reader with a broad overview of the management liability regime established in the member states of the Gulf Cooperation Council (GCC), this study will consider the laws of Qatar, Saudi Arabia and the UAE. An analysis of these countries is of particular interest for two reasons. First of all, all three jurisdictions have

[1] Cf. B. Frisch: Haftungserleichterung für GmbH-Geschäftsführer nach dem Vorbild des Arbeitsrechts, Berlin 1998, p. 234.

[2] The LLC under Qatari, Saudi Arabian law and the law of the United Arab Emirates (UAE) is more or less comparable to the limited liability company (Gesellschaft mit beschränkter Haftung or GmbH) under Austrian, German or Swiss law.

[3] The JSC under Qatari, Saudi Arabian law and the law of the UAE is more or less comparable to the joint stock company (Aktiengesellschaft or AG) under Austrian, German or Swiss law.

passed new corporate legislation in 2015, which requires a fresh analysis of the management liability regime established by these laws. Secondly, while the civil and commercial laws of Qatar and the UAE are heavily influenced by continental European law tradition, Saudi Arabian law relies nearly entirely on Islamic law principles.[4] Thus, this articles not only serves as an update on the management liability regime as amended by recent legislative developments in these three countries, but also introduces the reader to the concept of management liability in two very different legal traditions.[5]

2. Management Liability under Qatari Law

This Section will provide an overview of the liability applicable to managers of LLCs and directors of JSCs incorporated under the law of Qatar.[6] Qatari JSCs may take the form of a public (stock market listed) or private (unlisted – also referred to as 'closed') JSCs. Due to the relatively higher capital and regulatory requirements JSCs are typically chosen for larger ventures.[7] Where the JSC is not suitable most foreign investors opt to adopt the form of an LLC.[8] Existing and planned

[4] For an overview of the development of the civil and commercial laws of the Near and Middle East see N. Bremer: Herausforderungen im Geschäftsverkehr mit Nahost, in: Legal Operations Management, ed. by R. P. Falta and C. Dueblin, Berlin 2016, ch. 8.3.

[5] Please note that while certain severe misconduct may of cause be punished under the criminal laws of the concerned countries, this article will only consider civil liability of management as well as punitive sanctions provided in the relevant commercial legislations.

[6] The person(s) entrusted with the management of a Qatari, Saudi Arabian or UAE LLC are often referred to as director(s). Solely for the sake of clarity the author chose to refer to the persons responsible for the management of an LLC as Managers and those charged with managing a JSC as Directors.

[7] The minimum capital required for the establishment of a JSC is 10 million Qatari Riyal for public and 2 million Qatari Riyal for private JSCs; articles 65 and 205 Qatar Commercial Company Law, Law 11/2015 (QAT-CCL) (Arabic original text available at www.almeezan.qa/LawView.aspx?opt&LawID=6656&language=ar, last access 20. 4. 2016).

[8] With the implementation of the new QAT-CCL in 2015 a strict minimum capital requirement for Qatari LLCs was abandoned. Article 234 QAT-CCL authorizes the shareholders of an LLC to determine the capital of the company. Since, the company's articles will have to be approved by the regulatory authority, the authority will in practice have the discretion to determine whether it regards the capital to be sufficient. A reliable trend as to how the regulatory authority exercises this discretion cannot be identified yet. Article 9 QAT-CCL, which provides that the capital shall serve the objective of the company, may, however, provide some guidance for the exercise of the authorities' discretion. Since article 9 QAT-CCL establishes a link between the capital and the objective of the company, it is conceivable that the authority will primarily consider the objective of the company when assessing whether the proposed capital is sufficient. In the experience of the author the regulatory authority, however, still tends to rely on the minimum capital requirement under the old Qatar Commercial Company Law, Law 5/2002 (Old QAT-CCL) (Arabic original text available at www.almeezan.qa/LawView.aspx?opt&LawID=3984&language=ar, last access 20. 4. 2016; unofficial English translation available at www.almeezan.qa/LawView.aspx?opt&LawID=3984&language=en, last access 20. 4. 2016), which was Qatar Riyal 200,000 (article 232 Old QAT-CCL).

free zones in Qatar comprise individual corporate laws that differ somewhat from the regulations outside of the free zones. This article will, however, only consider the regulatory regime established outside of the free zones in Qatar-Mainland.[9] The primary Qatari legislation with respect to management liability is the Qatar Commercial Companies Law, Law 11/2015 (QAT-CCL)[10]. Additional provisions concerning the duties and responsibility of managers and directors can be found in particular in the Qatari Commercial Transactions Law, Law 27/2006 (QAT-CTL)[11] and – where the concerned company is listed on the Qatar Stock Exchange the Corporate Governance Regulations of Companies Listed on the Qatar Exchange, issued by the Qatar Financial Markets Authority on 27 January 2009 (QAT-CGR).[12]

The QAT-CCL comprises only few provisions that explicitly address the liability of LLC managers. However, it stipulates that the regulations governing liability of JSC directors apply to managers of LLCs alike (article 244 QAT-CCL). Thus, unless indicated otherwise, any reference made in this section to directors shall be understood as comprising both directors of a JSC as well as managers of a LLC.

2.1 Directors' and Managers' Civil Liability

The central provision establishing liability of JSC directors is article 113 QAT-CCL, which – per article 244 QAT-CCL – also applies to LLC managers. Furthermore, the QAT-CCL comprises additional liability provisions that apply only to LLC managers. Certain duties of directors of listed companies are established by the QAT-CGR. Finally, the QAT-CTL comprises regulations that govern responsibility of managerial in respect to insolvency.

2.1.1 Liability under Article 113 Commercial Companies Law

Pursuant to article 113 QAT-CCL directors are liable to the company, its shareholders and third parties for damages and loss resulting from any fraudulent act, abuse of authority, breach of the QAT-CCL or the company's articles and error of management. Such liability may not be excluded by agreement. Any provision to the contrary is void. Where loss was caused by multiple directors acting together or the action of one director was supported by other directors – for instance where an act of management was based on a unanimous decision of the company's board

[9] Still, while the corporate legislations applicable in the free zones differ somewhat from those of the Qatar-Mainland, they largely follow the corporate regulations of the Qatar-Mainland.

[10] Arabic original text available at www.almeezan.qa/LawView.aspx?opt&LawID=6656&language=ar (last access 20. 4. 2016).

[11] Arabic original text available at www.almeezan.qa/LawView.aspx?opt&LawID=2572&language=ar (last access 20. 4. 2016); unofficial English translation available at www.almeezan.qa/LawView.aspx?opt&LawID=2572&language=en (last access 20. 4. 2016).

[12] Arabic original text available at www.qfma.org.qa/App_Themes/AR/ABook/Hawkama1_Rules.pdf (last access 20. 4. 2016). Since a LLC may not be listed on the Qatar Exchange the QAT-CGR is not relevant in respect to managers of LLCs.

of directors or another management body – the concerned directors are jointly responsible for compensation (article 114 QAT-CCL).[13] The company or its shareholders may not in any way release the directors from their liability. Neither may the company's general assembly absolve a director of responsibility for loss or damage caused to the company nor its shareholders during their time in office, nor may the company effectively discharge a director's liability towards third parties by indemnifying the third party harmed (article 117 QAT-CCL). The liability of directors under article 113 QAT-CCL is time barred after the lapse of five years after loss or damage was caused, unless the relevant conduct constitutes a criminal offence (articles 114, 115 QAT-CCL). Liability for criminal acts does not lapse

2.1.1.1. Fraudulent Act

What constitutes a fraudulent act within the meaning of article 113 QAT-CCL is not defined by statute, doctrine or jurisprudence. In any case conduct that constitutes fraud pursuant to article 355 Qatari Penal Code, Law 11/2004 (QAT-PC) will have to be regarded as a fraudulent act according to article 113 QAT-CCL.[14] Still, article 114 QAT-CCL explicitly differentiates between managerial misconduct that constitutes a criminal offense and such that does not. One may, therefore, argue that a director can be held responsible for fraudulent behaviour that falls short of criminal conduct. Consequently, a director could be held liable were he – in his capacity as the director of a corporation – causes damages or loss to the company, its shareholders or third parties by causing that person to dispose over its/their assets or part thereof due to an error installed by the director through deception.[15] Such conduct will in many cases also constitute an abuse of authority. Still, since it is conceivable that a director may deceive the company, its shareholder or a third party without relying on the powers bestowed on him by virtue of his position as director, "fraudulent act" remains relevant as an independent criterion of management liability.

---

[13] Where a board decision was passed by majority only, the directors who voted against will only be absolved from their liability under article 113 QAT-CCL where their objection is recorded in the minutes of meeting (article 114 QAT-CCL). A director not present at the relevant board meeting will only be released from his liability if he can prove that he was not aware of the relevant issue decided (article 114 QAT-CCL).

[14] Arabic original text available at www.almeezan.qa/LawView.aspx?opt&LawID=26&language=ar (last access 20. 4. 2016); unofficial English translation available at www.almeezan.qa/Law_View.aspx?opt&LawID=26&language=en (last access 20. 4. 2016).

[15] This definition of fraud is comment to multiple jurisdictions, see e. g. for Austria: E. Köck: Wirtschaftsstrafrecht. Eine Systematische Darstellung, Wien [2]2010, p. 30 ff.; for Germany: R. Rengier: Strafrecht Besonderer Teil I. Vermögensdelikte, München [18]2016, p. 225 ff.; for England, Wales and Northern Ireland see Section 2 Fraud Act of 2006, c 35, English original text available at www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/35/pdfs/ukpga_20060035_en.pdf (last access 20. 4. 2016). For lack of available definition of the term "Fraudulent act" within the meaning of article 133 QAT-CCL, it cannot be ruled out that Qatari courts would apply a definition that differs from this general definition of fraud.

2.1.1.2 Abuse of Authority

The QAT-CCL does not define what constitutes abuse of authority within the meaning of the law. For that matter, neither does any other related law such as the QAT-CTL. Considering the so called "prudent person" test, widely recognized in western jurisdictions, the conduct of a director would be characterized as an abuse of authority where such conduct is contrary to the best interest of the company and its shareholders and a prudent director in the same situation would not have acted in that manner.[16] Whether this test would by applied by Qatari courts is unclear. No relevant decisions of Qatari courts are available. Still, Qatari law provides for the general obligation of a director to exercise his powers and carry out his duties in such a way as to serve the best interest of the company and its shareholders.[17] Thus, it appears that the "prudent person" test is not foreign to the QAT-CCL and may, nonetheless, serve as a relevant guideline when assessing whether a director's conduct should be regarded an abuse of authority.

2.1.1.3 Infringement of the Commercial Companies Law

Furthermore, a director may be held liable according to article 113 QAT-CCL where he infringes upon provisions of the QAT-CCL, thus where a director disregards his duties provided for in the statute. The QAT-CCL comprises different duties of directors. Most importantly they shall: (1) act in the best interest of the company, (2) not compete with the company (3) not enter into transactions on behalf of the company in which they have a (commercial) interest in, (4) not use insider information for their personal gain or the benefit of third parties and (5) call an extraordinary general assembly in times of financial difficulties. In addition, the QAT-CCL comprises some duties relevant only for managers of a LLC, which will be discussed in detail below.

2.1.1.3.1 General Duty of Loyalty

Qatari Law does not comprise specific provisions establishing the directors' duty of loyalty to the company and its shareholders in one specific provision. Such a duty is, however, established by different articles of the QAT-CCL; in particular articles 108, 109, 122 (1) (5), 136 (1) QAT-CCL. Pursuant to this duty of loyalty the director of a company has to exercise his powers – thus conduct the management of the company – in such a manner as to serve the interests of the company and its shareholders. Should a director fail to comply with this duty and thereby cause damage or loss to the company, its shareholders or a third party, the harmed party may hold the director liable under ar-

[16] For an extensive review of the application of the "prudent person" test in the OECD countries cf. R. Galer: '"Prudent Person Rule" Standard for the Investment of Pension Fund Assets', Financial Market Trends 83 (2002), pp. 41 ff.

[17] While such a duty of loyalty to the company and its shareholders is not expressly established by the QAT-CCL, it derives from a variety of provisions of the QAT-CCL concerning conflict of interest between the company and its director(s); articles 108, 109, 122 (1) (5), 136 (1) QAT-CCL.

ticle 113 QAT-CCL. Since this duty of loyalty is rather broad and will apply, where the more specific directors' duties are not relevant, liability under article 113 QAT-CCL in connection with the general duty of loyalty serves as a catch-all basis for liability claims against company directors.

2.1.1.3.2 Non-Competition

According to article 108 QAT-CCL directors may not, without the consent of their company's shareholders, enter into competition with the company. They may neither participate in any way in a transaction that may compete with the company, or trade for their own account or the account of a third party in any branch of the activities carried out by the company. Where directors breach their statutory non-competition obligation, their company may either demand compensation (articles 108, 113 QAT-CCL) or treat the transaction carried out as having been done for the company's account; thus demand all proceeds from the directors' competing commercial engagement (article 108 QAT-CCL).

2.1.1.3.3 Self-Dealings

Article 109 QAT-CCL prohibits directors from having a direct or indirect interest in any contract, project or other transaction involving the company. Hence, the director may not directly – by himself – or indirectly – thus through an entity, he is a beneficiary of or by using a third party as a straw man – engage in a commercial relationship with the company other than his employment. Where a director contravenes this prohibition, he is liable for any damage or loss caused to the company, its shareholders or third party due to his action (articles 109, 113 QAT-CCL).

Unlike similar provisions in some jurisdictions article 109 QAT-CCL does not expressly allow for the release of directors from this restriction.[18] In fact, while article 108 Old QAT-CCL provided that directors may be released from the self-dealing ban by the general assembly where public tender are concerned, this release is no longer comprised in the equivalent provision of the new law: article 109 QAT-CCL.

In principle, this should not exclude the release of directors from the prohibition of self-dealings *per se*. Certain continental European jurisdictions also do not explicitly allow for a release from the prohibition of self-dealings by statute, but have established the permissibility of such release by jurisprudence.[19] Finally, article 88 Qatari Civil Code,

[18] See e. g. § 25 (4) Austrian Limited Liability Law (GmbH-Gesetz); article L. 225–38 (1) French Commercial Transaction Law (Code de Commerce). For an overview of French law as it pertains to self-dealing of management see C. Frey: Frankreich. Vertretungsorgane in der Organisationsverfassung verselbständigter Rechtsträger des Privatrechts, Umfang, Grenzen und Nachweis der Vertretungsmacht. Rechtsformübergreifend dargestellt mit vergleichenden Bezügen zum deutschen Recht, Berlin 2003, p. 416. Saudi Arabian and UAE law also explicitly provide for such a release (see below at 3.1.1.1.3, 4.1.1.3.3).

[19] E. g. § 181 German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch) prohibits self-dealing but does not provide for a release from this ban. Still, German jurisprudence has established that such a release is permissible; most recently, Higher Regional Court (Oberlandesgericht), decision of 15.02.2015, case no. W 129/15. The same is true for e. g. Swiss law, see e. g. Swiss court deci-

Law 22/2004 (QAT-CC)[20] generally provides for all authorized agents that they may be released from the self-dealing restriction. Thus, considering the provisions of the QAT-CC and the fact that the QAT-CCL does not explicitly prohibit the release of directors from the self-dealing ban, such release should be regarded as permissible under Qatari law.[21]

2.1.1.3.4 Use of Insider Information

Pursuant to article 111 QAT-CCL directors or any other person employed by the company who have access to commercially relevant information may not use such information for their own interest or the interest of relatives up to the fourth degree. Any infringement of this obligation may entail management liability pursuant to article 113 QAT-CCL.

2.1.1.3.5 Duty to Call Extraordinary Meeting of the General Assembly

Article 298(1) QAT-CCL provides that where anv LLC sustains losses of at least 50 % of the company's capital – thus, where the liabilities of the company amount to the value of all its assets plus 50 % of its share capital – its managers shall, within 30 days of such loss being incurred, convene an extraordinary meeting of the LLC's general assembly to decide whether the company shall be dissolved or – where the shareholders resolve to continue the company – to make capital contributions to the company in the amount necessary so that the assets less the liabilities of the company amount to 100 % of its capital. Where the managers fail to do so, they shall be liable towards the company and its shareholders for any damage or loss caused by the neglect of this obligation (article 298(2) QAT-CCL). A similar requirement exists for directors of a JSC. While article 287 QAT-CCL also requires the directors of a JSC to convene a general meeting upon the JSC's losses amount to at least 50 % of the company's capital to resolve whether to continue the company, it does not stipulate a time frame for convening such a meeting. Where the directors fail to comply with this duty they may be held liable pursuant to article 113 QAT-CCL.

2.1.1.3.6 Duties relating only to Managers of Limited Liability Companies

Article 229(2) QAT-CCL requires an LLC to always – for instance in correspondence, in contracts or advertisement – state its name followed with the term "limited liability company" or an acronym thereof. Where a company fails to do so its shareholders will lose the limitation of their liability. In case

sions: e. g. Swiss Federal Court (Bundesgericht), decision of 05.12.1967, available at 93/II Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (1967), pp. 461 ff.

[20] Arabic original text available at www.almeezan.qa/LawView.aspx?opt&LawID=2559&language=ar (last access 20. 4. 2016). Unofficial English translation available at www.almeezan.qa/LawView.aspx?opt&LawID=2559&language=en (last access 20. 4. 2016).

[21] However, since thus far no decisions of Qatar courts on this matter under the new QAT-CCL are available, a risk that Qatari courts would come to a different conclusion remains.

such failure can be associated with the conduct of its manager(s), he/they may be held liable for any damage or loss incurred by the company and its shareholders (articles 229 (2), 113 QAT-CCL). Furthermore, in its ruling of 28 December 2010 the Qatari Court of Cassation (محكمة التمييز, *maḥkamat at-tamyīz*) found that where the manager fails to state the name of the company with the term "limited liability company" or an acronym thereof in a transaction with a third party, the company and its manager shall be jointly liable to that third party.[22]

Any LLC incorporated in Qatar shall keep a register at its head office comprising information on the company's shareholders, their participation and any assignment of shares (article 236 (1) QAT-CCL). The managers of the LLC are responsible for the accuracy of this register (article 236 (2) QAT-CCL). Thus, where the register is inaccurate and a person relying on this register sustained damage or loss, this person may seek compensation for such harm from the manager(s) pursuant to article 113 QAT-CCL.

2.1.1.4 Infringement of Company's Articles

The QAT-CCL provides for the right of the shareholders to impose additional duties on or limit the authority of the directors of their company (article 107 QAT-CCL).[23] Foreign investors regularly exercise this right to limit the authorities of the local directors and thereby establish additional control over their subsidiaries. For instance, foreign investors frequently restrict the power of local directors to effect transactions by imposing obligations to request consent of the shareholders or act jointly with another director for high value transactions. Likewise, the shareholders may establish additional duties – such as stricter internal reporting duties – of the directors. Where such restrictions or additional duties are included in the company's articles, the directors may be held liable for any harm or damage caused due to them acting without regard for these restrictions or additional duties imposed on their authority. Limitations of directors' authorities and additional duties are, however, often comprised in side documents or employment agreements and not the company's articles. Whether directors are also liable under article 113 QAT-CCL where they acts in violation of a restriction of their powers or an additional duty established not by the company's articles but a side document is unclear. Since article 113 QAT-CCL explicitly refers to the articles of the company (نظام الأساسي للشركة, *niẓām al-asāsī li-š-šarika*), the phrasing of the provision appears to limit liability to the breach of the company's articles. Still, even if directors would not be liable under article 113 QAT-CCL, they could be held liable under contractual (articles 256 ff. QAT-CC) or possibly tortious liability (arti-

[22] Qatari Court of Cassation, Civil and Trade Division (الدائرة المدنية والتجارية, *ad-dāʾira al-madanīya wa-t-tiǧārīya*), decision of 28.12.2010, case no. 168/2010.

[23] They may, however, not release the director from any of the duties and responsibilities imposed by law or mitigate the consequences of violating such duties (articles 107, 114 QAT-CCL).

cles 199 ff. QAT-CC) for breach of obligations imposed by agreements other than the company's articles.

2.1.1.5 Error of Management

There is no statutory definition of what constitutes an error of management under article 113 QAT-CCL. Consequently, any error regardless how minor could be considered sufficient to establish liability of a director according to article 113 QAT-CCL. This would, however, significantly hinder the operation of any company, as managerial staff may be reluctant to engage even in transactions of moderate risk, since they have to consider being held liable for even minor errors. Thus, from an economic prospective such a broad understanding of liability for management error as referred to in article 113 QAT-CCL appears inadequate. In line with these considerations liability should only attach where a director makes a considerable or grave error of management. Whether Qatari courts would take a similar position in respect to liability for errors of management pursuant to article 113 QAT-CCL remains unclear, since no relevant decisions of Qatari courts are available.[24]

2.1.2 Liability under the Corporate Governance Regulation of the Qatar Stock Exchange

According to the QAT-CGR, the board of directors of a JSC that is listed on the Qatar Stock Exchange has wide ranging corporate governance responsibilities, which inter alia include: (1) implementing and reviewing internal codes of conduct (article 3 QAT-CGR), (2) approving objectives and strategic plans of the company (article 5.2.1 QAT-CGR) and (3) ensuring compliance with relevant legislation as well as the company's articles (article 5.2.2 QAT-CGR).

The QAT-CGR does not explicitly state that the directors of a publicly listed JSC may be held liable for any violation of the QAT-CGR and their duties established by it. Article 5.1 QAT-CGR merely provides that the members of the board of directors shall be individually and jointly responsible for the proper management of the company. Whether any claim for compensation against the directors may be based on this provision is unclear. Still, in any case liability may arise out of the general provisions of tortious liability under the QAT-CC (articles 199 ff. QAT-CC).

[24] The decision of 28.12.2010 of the Qatari Court of Cassation, Civil and Trade Division in case no. 168/2010 is sometimes cited as a ruling on how considerable a management error has to be to establish management liability. However, this decision does not generally consider management errors but refers to a specific management error – failing to attach "limited liability company" or an acronym thereof to the company's name – liability for which was in 2010 specifically regulated in article 226 Old QAT-CCL (now article 229 QAT-CCL). Hence, since the court considered a management error that was explicitly considered by a statutory provision its ruling cannot be necessarily used a guideline for the interpretation of the term "error of management" within the meaning of article 113 QAT-CCL. Notably UAE law explicitly requires a grave error of management; see below at 4.1.1.5.

2.2 Sanctions

In addition to his liability towards the company, its shareholders and third parties pursuant to the QAT-CCL as outlined above, a director may, according to article 324 QAT-CCL, after an internal investigation and notification of the relevant director of his alleged misconduct be subjected to penalties to be imposed by the company's management for violations of the provisions of the QAT-CCL. Pursuant to article 324 QAT-CCL possible sanctions include warning, reporting of misconduct, suspension from managerial positions and fines of up to Qatar Riyal 10,000 per day the concerned director refuses to discontinue his misconduct but not more than Qatar Riyal 1,000,000 in total.

Furthermore, any director who is found guilty of having committed an act prohibited by article 324 may be sanctioned by imprisonment of up to two years and/or fined in an amount of up to Qatar Riyal 1,000,000. These primarily include acts that defraud or mislead the public in respect to the value of the company and its shareholding, intentional distribution of profits in contradiction to the provisions of the law or the company's articles and forging of records. Article 325 QAT-CCL comprises lesser offences, which may be sanctioned with fines of up to Qatar Riyal 500,000.[25]

Additional sanctions may derive from particular laws. Most importantly the Qatar Consumer Protection Law, Law 8/2008 (QAT-CPL)[26] in its article 18(1) provides that any person who infringes certain obligations and regulations of the QAT-CPL may be punished by incarceration of up to two years and/or fines ranging from Qatar Riyal 3,000 to 1,000,000.[27] The relevant obligations and regulations include failure to recall and sale of defective products (articles 5, 6 QAT-CPL), failure to correctly label products (article 7, 8 QAT-CPL) and engagement in unfair business practices in order to inter alia artificially increase prices (article 10 QAT-CPL). These sanctions will be imposed on management where they either directly violated the relevant provisions of the QAT-CPL or did so indirectly due to lack of supervision of the company's staff.

Finally, where a company is found to be insolvent directors may be subject to punitive sanctions where they fail to keep adequate commercial records, fail to comply with the liquidator as well as the competent authorities and make transactions in violation of the restrictions imposed on a bankrupt company (article 837 QAT-CTL). These acts may be sanctioned by imprisonment for a term of no less than six months and not more than three years.

---

[25] In case of repeat offenses, the penalties provided for in articles 334 and 335 QAT-CCL may be doubled; article 336 QAT-CCL.

[26] Arabic original text available at www.almeezan.qa/LawView.aspx?opt&LawID=2647&language=ar (last access 20. 4. 2016). Unofficial English translation available at www.almeezan.qa/LawView.aspx?opt&LawID=2647&language=en (last access 20. 4. 2016).

[27] In case of repeat offenses, the penalties may be doubled; article 18 (3) QAT-CPL.

3. Management Liability under Saudi Arabian Law

Unlike the legal systems of its neighbours, Saudi Arabian law is based nearly entirely on Islamic law. Consequently, Saudi Arabian law is governed much less by codifications but rather by the *šarīʿa* (شريعة) as interpreted by the Ḥanbalī school of Islamic law, which is the interpretation accepted in Saudi Arabia. Hence, in Saudi Arabia Islamic law comprises of the Islamic law principles derived from an interpretation of the three sources of law accepted by the Ḥanbalī school of Islamic law: the *Qurʾān* (القرآن), the *sunna* (سنة – the verbally transmitted record of the teachings and deeds of the prophet Muhammad) and the *iǧmāʾ* (إجماع – the consensus of Islamic scholars).[28] Aside from *šarīʿa* law[29] codified laws have been implemented in certain areas of law. Due to the primacy of *šarīʿa* law as established by article 48 Basic Law of the Kingdom of Saudi Arabia, Royal Decree No. A/90 dated 27.08.1412 Hijri[30] such codifications are subordinate to *šarīʿa* law. This means they are to be interpreted in line with *šarīʿa* law. Where a *šarīʿa* conform construction of a codified provision is not possible, *šarīʿa* law will prevail.[31] Furthermore, gaps in a Saudi Arabian codification will be filled by reverting to applicable principles of *šarīʿa* law. In the area of corporate law Saudi Arabian law is largely codified. Still, since all provisions of these codifications have to be interpreted in line with, and gaps in the statutes will be filled by application of, *šarīʿa* law, Islamic law remains quite relevant in Saudi Arabian corporate law.

3.1 Directors' and Managers' Civil Liability

3.1.1 Liability under the Companies Law

The issue of management liability is regulated for both the JSC[32] and the LLC in individual provisions of the of the Saudi Arabian

[28] For an overview of the sources of Islamic law see e. g. H. G. Ebert / J. Heilen: Islamisches Recht. Ein Lehrbuch, Leipzig 2016, pp. 49 ff.; A. Nerz: Das saudi-arabische Rechtssystem. Eine Darstellung anhand ausgewählter Rechtsgebiete, Bremen ²2014, pp. 7 ff.; W. B. Hallaq: An Introduction to Islamic Law, Cambridge 2009, pp. 16 ff. The fourth source of Islamic law, the *qiyās* (قياس – the deductive analogy by which the other three sources of Islamic law are applied to new circumstances), is not recognized by the Ḥanbali school and thus not relevant in Saudi Arabian law; cf. A. R. I. Doi: Shari'ah. Islamic Law, London ²2008, p. 71; I. A. Haqq: Islamic Law. An Overview of its Origins and Elements, in: H. M. Ramadan: Understanding Islamic Law. From Classical to Contemporary, Lanham 2006, p. 28; Nerz: Das saudi-arabische Rechtssystem, p. 25.

[29] Since Saudi Arabia applies *šarīʿa* law as interpreted by the Ḥanbali school, any reference made to *šarīʿa* law in this section 3 shall be understood as referring to *šarīʿa* law as interpreted by the Ḥanbali school.

[30] Arabic original text available at www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=200020 (last access 20. 4. 2016). Unofficial English translation available at www.saudiembassy.net/about/country-information/laws/The_Basic_Law_Of_Governance.aspx (last access 20. 4. 2016).

[31] C.H. Johnson / R. E. Pump: Kingdom of Saudi Arabia, in: D. Campbell / C. Campbell: Legal Aspects of Doing Business in the Middle East 4, Huntington ²2015, KSA-7 ff.; Nerz: Das saudi-arabische Rechtssystem, pp. 55 ff.; I. Usa: Saudi Arabia. Company Laws and Regulations Handbook 1, Washington, DC 2015, p. 46.

[32] As in Qatari law a JSC incorporate in Saudi Arabia may take the form of a public or private JSC.

Companies Law[33], Regulation of 1437 Hijri (KSA-CL)[34], which was published in the Saudi Arabian Official Gazette (أم القرى, *umm al-qurā*) on 4 December 2015 and entered into force 150 days as of its publication – that being May 2016. JSC directors' liability is governed by article 165(2) KSA-CL. The responsibility of LLCs' managers is regulated in article 78(1) KSA-CL. Both provisions stipulate that the management of a company shall be individually and jointly liable towards the company, its shareholders and third parties for (1) violations of their duties under the KSA-CL, (2) breach of the company's articles and (3) errors of management. Liability for fraudulent acts is not expressly mentioned in articles 78 (1), 165 (2) KSA-CL. Nonetheless, since both articles stipulated extended limitation periods for fraudulent acts (articles 78 (3), 165 (4) KSA-CL), it is clear that both articles establish management liability for fraudulent acts.[35]

Where misconduct that would prompt liability of JSC directors under article 78 (1) KSA-CL is based on a unanimous decision of the board of directors, all board members shall be liable. As for majority decisions, those directors who oppose a majority decision cannot be held accountable, provided that their objection was recorded in the minutes of the relevant board meeting. Absence from the board meeting during which a decision prompting management liability is made does not release the absent directors from liability under article 78 (1) KSA-CL, unless they can establish that they were not aware of the decision or were not able to object to the decision after they became aware of it (article 78 (2) KSA-CL). Similar to Qatari law the general assembly of a JSC may not release directors from their liability under article 78 (1) KSA-CL (article 78 (3) KSA-CL).

Liability claims against a director or manager are time barred after the lapse of three years upon the harmful act being discovered. Where the harmful act was conducted fraudulently the statute of limitations is five years (articles 78 (3), 165 (4) KSA-CL).

3.1.1.1 Infringement of the Companies Law

The duties of a manager of an LLC are not explicitly regulated in the KSA-CL. Unlike Qatari law the KSA-CL also does not establish that the provisions governing the duties of JSC directors shall apply to the managers of an LLC accordingly. Such a provision also was not introduced with the new KSA-CL. It was, however, generally accepted that the articles of the old Saudi Arabian Companies Law, Royal Decree M/6 of 1385 Hijri (Old

[33] The Saudi Arabian legislator refers to codifications issued by it not as law (قانون, *qānūn*), but rather as regulation (نظام, *niẓām*) or decree (مرسوم, *marsūm*) to emphasize the primacy of *šarīʿa* law. This publication uses the term "law" when referring to Saudi Arabian legislation only in order to maintain consistency of language. No statement as to the status of Saudi Arabian codifications in respect to *šarīʿa* law shall be made by such reference.

[34] Arabic original text available at mci.gov.sa/cl2015/Documents/01.pdf (last access 20. 4. 2016).

[35] In any case management liability for fraudulent acts is established by Islamic law; N. A. Saleh: The General Principles of Saudi Arabian and Omani Company Laws. Statutes and Shari'a, London 1981, p. 91.

KSA-CL) governing the duties of JSC directors applied to LLC managers by analogy.[36] Since the new KSA-CL makes no changes to the management liability regime, it stands to reason that the same understanding will be applied to the new KSA-CL and that the articles of the KSA-CL governing the liability of JSC directors will be applied to LLC management. Since the new KSA-CL was not yet in force at the time this article was written and, consequently, no relevant jurisprudence is available this cannot be said with certainty. Still, even if Saudi Arabian courts were to change their position with the new KSA-CL being implemented, the duties imposed on JSC directors by the KSA-CL are also founded in *šarīʿa* law, which will be illustrated below. Therefore, the same duties imposed on JSC directors comprised by the KSA-CL would apply to LLC managers under *šarīʿa* law, which remains applicable due to priority of *šarīʿa* law over codifications of Saudi Arabian law.

3.1.1.1.1 General Duty of Loyalty

Similar to Qatari law Saudi Arabian law does not explicitly impose a general duty of loyalty of the directors to their company. While such a general duty of loyalty appears to be founded in the more concrete duties bestowed on directors by the KSA-CL (see e. g. article 71, 72 KSA-CL), article 75 (1) KSA-CL – the principal regulation on the powers of directors – only provides that the directors shall have the "widest authority"[37] to manage the company. A general duty of loyalty, however, derives from *šarīʿa* law. This duty of a director may derive from the director classification as an agent (وكيل, *wakīl*) of the company's shareholders or as trustee (أمين, *amīn*) of the shareholders' assets.[38] Regardless which understanding of the position of the director is applied, the doctrine generally accepts that *šarīʿa* law compels a director to loyalty towards the company and is required to treat all shareholders fairly.[39]

3.1.1.1.2 Non-Competition

Pursuant to article 72 KSA-CL a director may not engage in any commercial activity that is in competition to a business activity carried out by the company or conduct business in any branch of the activities carried out by the company, unless with the permission of the company. Such permission has to be issued by resolution of the general assembly and needs to be renewed every year. Notably, article 72 KSA-CL does not address the issue of a director competing with the company for the account of a third party. Such a

---

36 Saleh: The General Principles of Saudi Arabian and Omani Company Laws, p. 81.

37 Where not indicated otherwise citations of laws are citations from the Arabic original text translated by the author.

38 See e. g. M. K. Hassan / M. Mahlknecht: Islamic Capital Market. Products and Strategies, Chicester / Hoboken (et al.) 2011, p. 180; G. Bilal: Business organization under Islamic Law. A Brief Overview, in: Center for Middle Eastern Studies, Proceedings of the Third Harvard University Forum and Islamic Finance. Local Challengers, Global Opportunities, Harvard 1999, p. 84; T. Frankel: Fiduciary Law, Oxford 2011, pp. 84 ff.

39 Frankel: Fiduciary Law, pp. 84 ff.

duty is, however, established by Islamic law.[40] Considering the priority of *šarīʿa* law over the KSA-CL, it is immaterial whether article 72 KSA-CL comprises a prohibition of directors competing with the company for the account of third parties. Where a director infringes this obligation, the company may choose to either seek compensation under article 78 (1) KSA-CL or consider the relevant transaction to be executed in its name and for its benefit (article 72 KSA-CL). Considering that the non-competition obligation is inter alia founded in *šarīʿa* law, the manager of an LLC is bound to it regardless of whether article 72 KSA-CL may be applied to LLC management.

3.1.1.1.3 Self-Dealing

Article 71 KSA-CL prohibits directors from having a direct or indirect interest in any transaction or contract concluded for the account of the company. Where a director contravenes this ban, he is liable for any damage or loss caused to the company, its shareholders or third party due to his action (articles 71, 78 (1) KSA-CL). Unlike its equivalent in Qatari law, article 71 KSA-CL allows for the release of the director from the restriction on self-dealing. Such release shall be granted by resolution of the general assembly and renewed annually. Whether article 71 KSA-CL may be applied analogous to managers of an LLC is irrelevant, since the same obligation exists under Islamic law as applied in Saudi Arabia.[41] The prohibition of self-dealing under Islamic law is commonly derived from the classification of a managers as agents (وكيل, *wakīl*) of the relevant company's shareholders or as trustees (أمين, *amīn*) of the shareholders' assets who are under a fiduciary duty compelling them to safeguard the principals' or beneficiaries' interests. Under Islamic law as interpreted in Saudi Arabia the concept of agency appears to prevail.[42]

3.1.1.1.4 Use of Insider Information

According to article 73 KSA-CL directors may not disclose insider information concerning the company. Where they infringe this obligation, they may be held liable for damages or loss caused by such indiscretion.

3.1.1.1.5 Duty to Call Extraordinary Meeting of the General Assembly

If the losses of an LLC reach 50 % of its capital – thus, its liabilities amount to the value of its assets plus 50 % of its capital – the manager(s) must within 90 days from becoming aware of such losses, convene an extraordinary meeting of the general assembly to consider either continuing or dissolving the LLC (article 181 KSA-CL). Where the shareholders resolve to continue the company, they

[40] Islamic law requires a director to act trustworthy and with transparency. This duty is generally considered to comprise a duty not to compete with the company; see e. g. Saleh: The General Principles of Saudi Arabian and Omani Company Laws, p. 118; F. S. Al Kahtani: Current Practice of Saudi Corporate Governance. A Case of Reform, London 2013, pp. 123 ff.

[41] Saleh: The General Principles of Saudi Arabian and Omani Company Laws, p. 109.

[42] Saleh: The General Principles of Saudi Arabian and Omani Company Laws, p. 110.

have to cover the losses of the company so that the company's assets less its losses amount to 100 % of its capital.[43] A similar requirement exists for the JSC. Article 150 KSA-CL requires the directors of a JSC to convene an extraordinary meeting of the company's general assembly within 45 days as of discovering that the losses of the company reached 50 % of its capital to decide whether the company shall be dissolved or its capital increased. Where managers or directors fail to comply with this duty they may not only held liable under articles 78 (1), 165 (2) KSA-CL, but also face punitive sanctions pursuant to article 211 (d) KSA-CL.

3.1.1.1 Infringement of the Company's Articles

The KSA-CL does not explicitly state that the duties of a director may be extended in the company's articles. This follows, however, indirectly from the fact that the articles of association of a company may deviate from the KSA-CL insofar as the articles do not conflict with binding provisions of the KSA-CL.[44] Thus, the company's articles shall not relieve the director from those duties explicitly imposed by the KSA-CL. However, they may introduce additional duties. Considering the existing ambiguity regarding the analogous application of the provisions governing duties of JSC directors to managers of LLCs, it is, for the purpose of clarity, advisable to include these duties in the articles of an LLC incorporated in Saudi Arabia. In addition, foreign investors frequently choose to impose further duties and restrictions of authority on directors and managers through the company's articles or other agreements to extend control over local management. As article 113 QAT-CCL, articles 78 (1), 165(2) KSA-CL refer only to the company's articles. Thus, their wording suggests that breach of an obligation imposed on a director in an agreement other than the company's articles will not prompt management liability under articles 78 (1), 165 (2) KSA-CL. If this were the case the relevant director(s) may be held responsible under contractual or possibly tortious liability.[45]

---

[43] Under article 180 Old KSA-CL the shareholders of a LLC would lose the limitation of their liability, if they refused or failed to make a decision as to whether the company should be dissolved or continued. This consequence was abandoned in article 181 KSA-CL. However, the company and the shareholders may now face punitive sanctions under article 211(d) KSA-CL, should they fail or refuse to make such a decision.

[44] See e. g. articles 52 (6), 62 (2) KSA-CL.

[45] For an overview of contractual liability under Islamic law see e. g. Nerz: Das saudi-arabische Rechtssystem, pp. 48 ff.; M. Muslehuddin: Concept of Civil Liability in Islam and Law of Torts, Lahore 1982, p. 54. For an overview on tortious liability under Islamic law see e. g. A. B. B. Mohamad: Islamic Tort Law, in: M. Bussani / A. J. Sebok: Comparative Tort Law. Global Perspective, Cheltenham et al. 2015, pp. 441 ff.; ead.: Strict Liability in Islamic Tort, in: Islamic Studies 39.3 (2000), pp. 450 ff.; S.M. Al Zarqa: الفعل الضار والضمان فيه [al-Fiʿl aḍ-ḍarr wa-ḍ-ḍamān fihī; On Tort and Compensation], Damascus 1988, pp. 76 ff.

3.1.1.2 Error of Management

Neither article 78 (1) KSA-CL nor article 165 (2) KSA-CL define what constitutes an error of management that would prompt liability of management under these provisions. Thus, even minor mistakes could produce management liability according to articles 78 (1), 165 (2) KSA-CL. Since this would significantly hinder the operation of a company, economic considerations suggest that error of management within the meaning of articles 78 (1), 165 (2) KSA-CL should be interpreted more restrictively. Still, since no relevant jurisprudence of Saudi Arabia courts is available, this article cannot establish whether Saudi Arabian courts would follow this interpretation.

3.1.1.3 Fraudulent Act

Liability of the directors of a JSC as well as LLC managers for damages or loss caused by their fraudulent actions is provided for by articles 78 (1), (3), 165 (2), (4) KSA-CL. What constitutes a fraudulent act is, however, not defined by the law. Under Islamic law fraud is generally understood to be the suggestion, as a fact, of that which is not true, by one who does not believe it to be true or the suppression of that which is true, by one having knowledge of the fact.[46] Whether Saudi Arabian courts will apply this definition of fraud in respect to management liability can, however, not be said with certainty, since no relevant jurisprudence is available.

3.1.1.4 Abuse of Authority

The directors' liability for abuse of their authority is also not mentioned in articles 78 (1), 165 (2) KSA-CL. Furthermore, a duty not to exploit managerial powers is not expressly mentioned in any other provisions of the KSA-CL.[47] Still, management liability for abuse of authority is generally considered to be established by the KSA-CL.[48]

3.1.2 Liability under the Corporate Governance Regulation of the Capital Market Authority

Directors of a publicly listed JSC are bound to the Capital Market Regulation issued by the board of Capital Market Authority pursuant to Resolution 1/212 of 2006 dated 21.10.1427 Hijra (KSA-CGR)[49], which established inter alia corporate governance duties and responsibility in addition to those deriving from the KSA-CL. These include laying down rules of internal control (article 10 (b) KSA-CGR) and internal codes of conduct (article 10 (c) KSA-CGR). Furthermore, some duties also established by the KSA-CL are re-

[46] For an overview see S. F. A. Jabbar / A. H. A. Halim: The Concept of Fraud in Islamic Law, in: Research Handbook on International Financial Crime, ed. by B. Rider, Cheltenham 2015, pp. 356 ff.

[47] While some commentators have suggested that such a ban could be established by article 75 KSA-CL (or article 73 Old KSA-CL), this article only states that the directors shall have the "widest authority" to manage the company.

[48] Al Kahtani: Current Practice of Saudi Corporate Governance, pp. 123, 135 ff.

[49] An unofficial English translation is available at www.cma.org.sa/En/Documents/CORPORATE%20GOVERNANCE%20REGULATIONS-2011.pdf (last access 20. 4. 2016).

affirmed in the KSA-CGR; such as the ban of self-dealing without the permission of the general assembly (article 18 (a) KSA-CGR, article 71 KSA-CL) or the obligation not to compete with the company without the approval of the general assembly (article 18 (b) KSA-CGR, article 72 KSA-CL). The KSA-CGR does, however, does not comprise a provision that would allow for the directors to be held liable for breaching their obligations under the KSA-CGR.[50] Thus, liability for a violation of the directors' duties will – unless such violation also constitutes an infringement of the KSA-CL – likely only be available under tort.

3.2 Sanctions

Furthermore, directors may be sanctioned for acts penalized pursuant to articles 212 ff. KSA-CL. The most severe sanctions are provided for in article 211 KSA-CL, which stipulates that a director may be punished with incarceration of up to five years and/or fines of up to 5,000,000 Saudi Riyal for conduct listed in article 211 (a) through (e) KSA-CL. These are in particular misuse of fund and forgery of the company's financial records. Notably, article 211 (d) KSA-CL sanctions the directors' failure to call for an extraordinary meeting of the general assembly pursuant to articles 150, 181 KSA-CL. Somewhat less severe punishments for misconduct are provided for in article 212 KSA-CL, which sanctions making misrepresentations regarding the company to the public with imprisonment of up to one year and/or fines of up to 1.000.000 Saudi Riyal. Finally, certain lesser offenses may be sanctioned by fines of up to 500.000 Saudi Riyal pursuant to article 213 KSA-CL. These include, inter alia, not calling the regular annual general assembly or preventing a shareholder from participating in a general assembly.

While sanctions under articles 211, 212 KSA-CL shall be imposed by the public prosecution, fines according to article 213 KSA-CL are within the discretion of the Ministry of Commerce and Industry (وزارة التجارة والصناعة, *wizārat at-tiǧāra wa-ṣ-ṣināʿa*) or the Capital Market Authority (هيئة السوق المالية, *haiʾat as-sūq al-mālīya*).

4. Management Liability under the Law of the United Arab Emirates

UAE law allows for a number of different forms of corporations to be established onshore in the so-called UAE-Mainland, or in one of the many free zones established in the UAE. Similar to the situation in Qatar most UAE free zone authorities passed individual corporate regulation, which differ from those applicable in the UAE-Mainland. Thus, the liability of a manager or director may differ depending on whether the relevant company is incorporated in the UAE-Mainland or in a free-zone and, if so, in which free zone. In line with the previous sections this section will, however, focus only on the regulations

[50] Article 11 (a) KSA-CGR only stipulates that the board of directors is "responsible" for the company and article 11 (c) KSA-CGR only requires the directors to act in "good faith and with due diligence".

applicable to JSCs and LLCs incorporated in the UAE-Mainland.[51]

Similar to Qatari and Saudi Arabian law, under UAE law most provisions relevant for the matter of management liability are comprised in a new comprehensive corporate law, the UAE Commercial Companies Law, Federal Law 2/2015 (UAE-CCL),[52] which repealed the old UAE Commercial Companies Law, Federal Law 8 of 1984 (Old UAE-CCL).[53] As under Qatari law Islamic law is much less influential in the UAE than in Saudi Arabia. While it remains a central source of UAE law,[54] UAE courts will primarily rely on UAE codifications when deciding on a legal matter and consult principles of *šarīʿa* law only where undefined legal terms need to be interpreted or gaps in the law have to be filled.[55] Consequently, this section will rely largely on a review of the UAE-CCL as well as other codifications relevant in respect to management liability.

Like the QAT-CCL the UAE-CCL does not comprise separate provisions governing the duties and responsibilities of a manager of an LLC incorporated in the UAE, but rather stipulates that the provisions concerning JSC directors apply to LLC managers as well (article 84 (2) UAE-CCL). Thus, unless indicated otherwise, any reference made in this section to directors shall be understood as comprising both directors of a JSC as well as managers of a LLC.

---

[51] As in Qatar corporate law of UAE free zone largely follows the laws applicable in the UAE-Mainland. Thus, the analysis of management liability under the regime established in the UAE-Mainland, may serve as a guideline for such liability under the laws and regulations applicable in the UAE free zones. Some UAE free zones – such as the Dubai International Financial Center – have, however, passed corporate legislation that differs considerably from that applicable in the UAE-Mainland.

[52] Arabic original text available at www.economy.gov.ae/LawsAndRegulations/%القانون20%الاتحادي20%الشركات20%شان20%في20%لسنة202015%20%رقم202%20%التجارية20%ت.pdf (last access 20. 4. 2016). Unofficial English translation available at ejustice.gov.ae/downloads/latest_laws2015/federal_law_2_2015_commercial_companies_en.pdf (last access 20. 4. 2016).

[53] Arabic original text available at www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file_id=316412 (last access 20. 4. 2016). Unofficial English translation available at lex-emiratidotnet.files.wordpress.com/2011/07/federal-law-no-8-of-1984.pdf (last access 20. 4. 2016).

[54] Pursuant to article 7 Constitution of the UAE of 1971 (Arabic original text available at www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=241537 (last access 20. 4. 2016). Unofficial English translation available at www.constituteproject.org/constitution/United_Arab_Emirates_2004.pdf (last access 20. 4. 2016.) Islamic law is a principle source of UAE law. The priority of the *šarīʿa* over codified UAE law is further affirmed by article 8 Law on the Establishment of the Federal Courts, Federal Law 6/1978.

[55] N. Bremer: Liquidated Damages under the Law of the United Arab Emirates and its Interpretation by UAE Courts, in: Mitteilungen der Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht 7 (2015), p. 200; B. S. B. A. Al-Muhairi: The Position of Shari'a within the UAE Constitution and the Federal Supreme Court's Application of the Constitutional Clause Concerning Shari'a, in: Arab Legal Quarterly 11 (1996), pp. 219 ff., esp. 226 ff.

4.1 Directors' and Managers' Civil Liability

The principal legislation with respect to management liability is the UAE-CCL. Relevant regulations are, however, also found in other laws; most importantly the UAE Civil Code, Federal Law 5/1985 (UAE-CC) and the UAE Commercial Transactions Law, Federal Law 18/1993 (UAE-CTL)[56]. Furthermore, the directors of JSCs listed on the a UAE stock exchange[57] will have to abide to the requirements and duties established by the UAE Securities and Commodities Authority's Board of Directors' Decisions 2/R of 2000 Concerning the Regulation of Market Membership (UAE-CGR)[58].

4.1.1 Liability under the Commercial Company Law

While the old law did not comprise a separate provision establishing the liability of managers of an LLC, the new UAE-CCL chose a structure similar to that of the KSA-CL. Responsibility of managers is provided for in article 84 (1) UAE-CCL, while JSC directors may be held liable under article 162 (1) UAE-CCL, which applies to directors of public JSCs explicitly and those of a private JSCs by reference of article 265 UAE-CCL. Both article 84 (1) and 162 (1) UAE-CCL provide that a director shall be liable towards the company, its shareholders and third parties for damage or loss incurred due to the director's (1) fraudulent acts, (2) abuse of authority, (3) infringement of the UAE-CCL, (4) infringement of the company's articles or (5) gross error of management. Furthermore, article 84(1) UAE-CCL stipulates that an LLC's manager shall be liable for damage or loss caused due to him infringing the provisions of the agreement by which he was appointed.

Liability as provided for in article 162(1) UAE-CCL applies to all the members of a JSC's board of directors where the relevant misconduct is based in a decision passed unanimously by the board. However, in the event of the decision being passed by the majority, the members who object to it shall not be held liable provided they state their objection in writing in the minutes of the meeting. Absence from a meeting at which the decision has been passed shall not be deemed a reason to be relieved from liability, unless the relevant director(s) establish that they were not aware of the decision or could not object to it upon becoming aware thereof.

Unlike under Qatari or Saudi Arabian law the general assembly may relieve directors from their liability under article 84 (1) or 162 (1) UAE-CCL where possible claims of

[56] Arabic original text available at www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=238284 (last access 20. 4. 2016). Unofficial English translation available at www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ae/ae007en.pdf (last access 20. 4. 2016).

[57] Thus far only the Emirate Abu Dhabi – with the Abu Dhabi Securities Exchange or ADX for short – and the Emirate Dubai – with the Dubai Financial Market or DFM for short – have set up a Stock Exchange.

[58] Arabic original text available at www.sca.gov.ae/Arabic/legalaffairs/Laws/04.pdf (last access 20. 4. 2016). An unofficial English translation is available at www.sca.gov.ae/English/legalaffairs/New%20Laws/05.pdf (last access 20. 4. 2016).

the company or its shareholders are concerned. However, where the conduct of the directors constitutes a criminal act, the general assembly may only relieve the directors from their liability after the public prosecution has relieved them of their criminal responsibility (article 167 UAE-CCL). Such relief may either be specifically requested from the prosecution or is deemed to have been given where the public procedure abstains from indicting the relevant directors.

Any claim for management liability brought by the company or its shareholders is time barred after the lapse of one year as of the relevant misconduct being presented to the general assembly (article 167 UAE-CCL). A limitation period for claims brought by third parties or a general time bar for management liability claims is not specifically stipulated by the UAE-CCL. Thus, such claims will likely be time barred after the lapse of 15 years from the harming event in line with the general limitation period for civil claims under UAE law (article 473 UAE-CC). Still, no decisions of UAE courts that would support this interpretation are available.

4.1.1.1 Fraudulent Act

Directors may be held liable for loss or damage caused by them through fraudulent acts pursuant to articles 84 (1), 162 (1) UAE-CCL. Like the corresponding provisions of Qatari and Saudi Arabian law articles 84 (1), 162 (1) UAE-CCL do not define what constitutes a fraudulent act. UAE courts will likely consider any act whereby a person – in his capacity as the director of a corporation – causes the company, its shareholders or third parties to dispose over its/their assets or part thereof due to an error installed by the director through deception and thereby causes damage or loss to the deceived person.[59] However, since no relevant jurisprudence of UAE courts is available, it cannot be said with certainty whether UAE courts would follow this understanding of fraud when interpreting articles 84 (1), 162 (1) UAE-CCL.

4.1.1.2 Abuse of Authority

UAE law does not define the term "abuse of authority" within the meaning of articles 84 (1), 162 (1) UAE-CCL. Similar to Qatari law the UAE-CCL, however, generally requires directors to exercise their powers in the best interest of the company and its shareholders.[60] Thus, it is reasonable to assume that UAE courts will apply the "reasonable person" test or a similar assessment when determining whether a director abused his authority. Since no decisions of UAE courts that would support this assumption are available, UAE courts may take a different approach.

---

[59] This definition of fraud is comment to multiple jurisdictions, see e. g. for Austria: Köck: Wirtschaftsstrafrecht. Eine Systematische Darstellung, pp. 30 ff.; for Germany: Rengier: Strafrecht Besonderer Teil I. Vermögensdelikte, pp. 225 ff.; for England, Wales and Northern Ireland see Sections 2 et seq. Fraud Act of 2006 (c 35) (see above at n. 15).

[60] Such a duty is not established in one specific article, but rather follows from management duties established in various provisions of the UAE-CCL (see e. g. articles 84, 86, 147, 150, 152, 162 UAE-CCL).

4.1.1.3 Infringement of the Commercial Company Law

The UAE-CCL establishes only few duties of LLC managers. Where the UAE-CCL does not comprise specific duties of a LLC manager, those provisions governing responsibilities of JSC directors will apply (article 84 (2) UAE-CCL).

4.1.1.3.1 General Duty of Loyalty

The UAE-CCL does not explicitly establish a general duty of loyalty of a director towards the company or its shareholders. Still, such an obligation follows indirectly from a number of provisions establishing responsibility of directors and limiting their competences.[61] This duty of loyalty towards the company will serve as a catch all clause to establish liability for conduct that does not constitute an infringement of duties specifically included in the UAE-CCL but is, nonetheless, regarded as management misconduct. As such it will have to be interpreted somewhat restrictively to ensure management liability is not excessive. For lack of relevant decisions of UAE courts, a clear line of how the UAE courts would interpret management liability under articles 84 (1), 162 (1) UAE-CCL for violations of the duty of loyalty, cannot be identified thus far. In the opinion of the author the infringement will, however, have to be of some severity for liability to attach. In particular, since UAE law, unlike Qatari or Saudi Arabian law, explicitly restricts the other catch all clause of its management liability regime: liability for errors in management.[62]

4.1.1.3.2 Non-Competition

The UAE-CCL prohibits both directors of JSCs and LLC managers from entering into competition with their company (articles 86, 152 (3) UAE-CCL). The relevant provisions do, however, differ somewhat.

Pursuant to article 86 UAE-CCL LLC managers may not assume a managerial role in two companies that are in competition to each other or have similar objects. Furthermore, managers may not for their own or the account of a third party engage in business activities at are in competition or are similar to those of the company employing them as a managers. The company's general assembly may, however, release the mangers from this obligation. Article 86 UAE-CCL does not define the manner in which such consent shall be given. For the purpose of clarity an LLC should, however, only give such consent in writing and managers should only rely on written consent to avoid liability. Furthermore, article 86 UAE-CCL does not determine that such consent has to be issued for each individual transaction or activity and, thus, allows giving consent in form of a general release. Where LLC managers enter into competition with their company without consent of the company's general assembly, they may be held liable for any damages or

[61] See e. g. articles 84, 86, 147, 150, 152, 162 UAE-CCL.

[62] See below at 4.2.

loss caused to the company through such action (articles 84 (1), 86 UAE-CCL).

The corresponding provision for JSC directors – article 152 (3) UAE-CCL – differs in two relevant points. First, while the directors of a JSC may be released from their no-competition obligation by the company's general assembly, such release is only valid for one year. Hence, it has to be renewed on an annual basis. Secondly, where directors infringe their non-competition obligation their company has the right to chose in which form it seeks compensation. It may hold the directors liable for any damages or loss caused by their – directly or indirectly – competing with the company (articles 162 (1), 152 (3) UAE-CCL). Where the directors acted for their own account the company may also consider the relevant transactions to have been made for the account of the company (article 152 (3) UAE-CCL) and demand that the director transfers any proceeds obtained through his competing commercial activities.

4.1.1.3.3 Self-Dealing

According to article 150 (1) UAE-CCL any director of a JSC shall notify the board of directors of any interest – common or conflicting – which he may have in a transaction presented to the board of directors for approval. The concerned director may then not vote on the decision relating to this transaction. Where the director fails to comply with his duty under article 150 (1) UAE-CCL, he may be held liable for any damage or loss incurred by the company, its shareholders or third parties (article 162 (1), 150 (1) UAE-CCL). Furthermore, the company or any of its shareholders may request the competent courts to void the transaction and compel the director to transfer to the company all profits and other benefits received through the transaction.

The UAE-CCL does not explicitly restrict self-dealing o LLC managers.[63] Thus, in accordance with article 84 (3) UAE-CCL, the provisions on JSC directors shall be applied accordingly. Considering its procedure and regulatory scope article 150 (1) UAE-CCL, however, does not fit the position of an LLC manager under UAE law. This is in particular because the LLC does not have a body comparable to the JSC's board of directors. Still, the regulatory tenor of article 150 (1) UAE-CCL may be applied to LLC managers.

Article 150 (1) UAE-CCL seeks to prevent persons who have the power to dispose of third party assets – the company's assets – to use such authority for their personal gain. Since a JSC director could do so only by voting for or against a transaction being executed, the manager of an LLC could do so much more directly by concluding or rejecting the relevant contracts on behalf of the company. Thus, while the procedure of informing the board and abstaining from voting on the transaction do not fit the role of a manager in an LLC, the essence of article 150 (1) UAE-CCL – not to exercise one's

[63] Such a provision also did not exist in the Old UAE-CCL.

power to make disposition on behalf of the company for personal gain – is very well transferable to LLC managers. Consequently, it may be argued that a manager of an LLC be liable for damages or loss caused through self-dealing pursuant to article 84 (1), (2), 150 (1) UAE-CCL.

Since the UAE-CCL came into force rather recently, no court decisions exist that would support this interpretation of articles 84 (1), (2), 150 (1) UAE-CCL. It can, therefore, not be ruled out that the competent courts would take a different position. If UAE courts would dismiss the application of article 150 (1) UAE-CCL to LLC managers pursuant to article 84 (2) UAE-CCL, they will, however, most likely consider LLC managers to be barred from self-dealing under different provisions. Liability for abuse of authority or infringement of the duty of loyalty may, for instance, be relevant in this regard. Thus, LLC managers will likely not be free to conclude transactions with their company where the managers hold an interest in the relevant transaction. Such transactions would have to be approved by shareholder resolution. Where managers violate this prohibition, they could be held liable for any damages or losses sustained by the company or its shareholders.

4.1.1.3.4 Use of Insider Information

Directors may not make use of information available to them specifically due to their position as managerial staff of the company for their personal gain or the gain of another person (article 152 (1) UAE-CCL). Where a director fails to comply with this obligation he may be held liable for any damages caused to the company, its shareholders or third parties by his action (articles 162 (1), 152 (1) or 84 (1), (2), 152 (1) UAE-CCL).

4.1.1.3.5 Duty to Call Extraordinary General Assembly

Where the losses of the company reach 50 % of its capital – thus where the liabilities amount to at least the value of all company assets plus 50 % of its share capital – the managers of an LLC shall call for an extraordinary general assembly, which will decide on whether to continue or dissolve the company (article 301 (1) UAE-CCL). Notably, article 301 (1) UAE-CCL does not set a timeframe during which the shareholder meeting has to be called or convened. Still, it is advisable for the managers to call the meeting without undue delay and in close proximity of their discovering the relevant losses. A similar duty exists for JSC directors pursuant to article 302 (1) UAE-CCL. This article requires the board of directors of a JSC, the losses of which reach 50 % of its capital, to invite the shareholders of a JSC to an extraordinary general assembly within 30 days as of filing the periodical or annual financial statements showing such losses with the competent authority. Non-compliance with these provisions may not only entail civil liability of the relevant directors under articles 84 (1), 301 (1) or 162 (1), 302 (1) UAE-CCL, but also be sanctioned with punitive measures.[64]

[64] See below at 4.1.1.5.

4.1.1.4 Infringement of the Company's Articles

Similar to Qatari and Saudi Arabian law UAE law allows for the additional duties and restrictions to be imposed on a director. Where a director of a JSC infringes such additional duties and restrictions of authority comprised in the company's articles, he may be held liable for damages or losses caused to the company, its shareholders or third parties (article 162 (1) UAE-CCL). In addition to liability for damages and loss caused by a violation of a director's duty imposed by the company's articles, as established by article 162 (1) UAE-CCL, a manager of an LLC may also be held liable for damages or loss caused to the company, its shareholders or third parties due to an infringement of the agreement appointing the manager; thus his employment agreement (article 84 (1) UAE-CCL). Thus, investors will not have to rely on general contractual and/or tortious liability established by the UAE-CC to hold an LLC manager liable for violating his appointment agreement.

4.1.1.5 Error of Management

Neither article 84 (1) UAE-CCL nor article 162 (1) UAE-CCL give a clear definition of what constitutes an error of management that would establish liability of management. Unlike the QAT-CCL and the KSA-CL, articles 84 (1) and 162 (1) UAE-CCL explicitly limit management liability to damage and loss caused due to "gross" (جسيم) management errors. Thus, under UAE law not every minor error of management will prompt management liability. However, the UAE-CCL does not give a clear definition of what constitutes an error of management that would establish liability of management.

4.1.2 Liability under the Civil Code

Book 2, chapter 1, part 3 of the UAE-CC comprises regulations governing companies. While this portion of the UAE-CC, in principle, applies to three specific types of entitles,[65] its first section includes general provisions on companies which are applied to companies under the UAE-CCL as well.

Under article 665 (3) UAE-CC, a director is liable for any loss sustained by the company as a result of his acting outside the scope of his authority as defined by agreement or custom. A director will be regarded as having acted outside of the scope of his authority where he overstepped the powers bestowed on him either specifically by agreement with the company or its shareholders or generally by business custom commonly accepted in the UAE. However, article 665 (3) UAE-CC does not require that

[65] The professional service enterprise (articles 683 ff. UAE-CC), an establishment that may provide certain professional services, which does not constitute a separate legal entity from its owner(s). The speculative venture partnership (articles 691 ff. UAE-CC), which is a contract between two or more partners to purchase property on credit in order to sell it at a profit. The *mudaraba* entity ([مضاربة, *muḍāraba*] articles 693 ff. UAE-CC), which is a contractual agreement concerning profit sharing between an investor and a managing trustee under which the managing trustee invests the funds provided by the investor and returns to the investor the principal and a pre-agreed share of the profit.

the director specifically misuses his authority to take a specific action. Consequently, not all conduct that entails a director's liability under article 665 (3) UAE-CC will necessarily constitute an abuse of authority within the meaning of articles 84 (1), 162 (1) UAE-CCL. Thus, liability under article 665 (3) UAE-CC is considerably wider than liability under articles 84 (1), 162 (1) UAE-CCL. Still, since the authority of a director will often be defined by the company's articles or – in case of an LLC manager – the agreement appointing him, article 665 (3) UAE-CC will primarily be relevant as far as it concerns limitation of a director's authority established by commercial custom as established in the UAE. Due to the nature of customary standards, these limitations are not clearly defined and subject to fluctuation and different interpretation. Yet, a director of a UAE corporation will generally be required to manage the company in the best interest of the company and its shareholders, act with due diligence, balance risks and rewards and abide by instructions given by the general assembly. For the sake of clarity, it is, nonetheless, advisable for any investor to provide concrete descriptions of the duties and responsibilities of managerial staff and bind such personnel to these standards by agreement.

Directors may also be liable for leaving the company at a time where their resignation is likely to cause damage to the company (article 667 UAE-CC). This will, for instance, be relevance where a company is in financial difficulties. In this situation directors might be tempted to resign to lessen their exposure to potential claims of shareholders or third parties. In particular, where an LLC is managed by a single person or where the member of a board of directors contemplating leaving is uniquely qualified to guide the company in time of crisis, resignation may produce liability under article 667 UAE-CC. Under article 667 UAE-CC directors may be held liable for loss incurred by the relevant company or its shareholders due to their leaving. In practice such loss will often be difficult quantify. Consequently, proving the amount of damages sought under a claim brought based on article 667 UAE-CC will – in most cases – be quite difficult.

4.1.3 Liability under the Commercial Transactions Law

The UAE-CTL comprises provisions on management conduct in respect of insolvency. Article 649 UAE-CTL requires the directors to file for bankruptcy within 30 days of the date of suspension of payments of debts. Where they fail to file for bankruptcy or to comply with the bankruptcy procedure, they may be sanctioned with fines pursuant to articles 881 ff. UAE-CTL. Furthermore, where the assets of the company are insufficient to satisfy at least 20 % of its debts, article 809 UAE-CTL provides that the court may order the directors either jointly or severally, to pay the debts of the company in cases where they are held responsible for misconduct in respect to bankruptcy; i. e. where they failed to file for bankruptcy in due time as provided for by article 649 UAE-CTL.

4.1.4 Liability under the Bankruptcy Law

In September 2016 the UAE federal legislator published the UAE Bankruptcy Law, which entered into force as Federal Law 9/2016 on 29 December 2016 (UAE-BL). This law not only introduced a much more formalized bankruptcy procedure in the UAE, but also established certain bankruptcy-specific liabilities of managerial staff. Most importantly, fraudulent conduct of directors leading to the bankruptcy of their company or fraudulent conduct following the entry into bankruptcy proceedings may be sanctioned with up to five years imprisonment and/or fines of up to 1 million UAE Dirham (article 103 UAE-BL). A sliding scale of punitive measures – again including potential prison sentences and substantial fines – may be imposed for other mismanagement or wrongful conduct, which the competent court finds has precipitated the failure of the company and caused losses to creditors including acts which occurred within the insolvency proceedings themselves. Such penalties may include an obligation to contribute to the losses of the company in whole or in part if the company's funds are insufficient for creditors to recover at least 20 % of their claim value.

Furthermore, failure to file for bankruptcy within the statutory period may be punished by disqualification of the relevant directors from playing any role connected with the administration and management of a company for a period of five years as well as fines (articles 106 UAE-BL). Whether these sanctions may be imposed in addition to those imposed by the UAE-CTL for failing to file for bankruptcy or not is not contemplated in the UAE-BL. It remains to be seen whether the UAE legislator will address this issue in executive regulations or whether it will be left up to the courts to resolve potential conflicts between those two laws.

4.1.5 Liability under the Corporate Governance Regulation of the Capital Market Authority

In addition, directors of a publicly listed JSC are obliged by the UAE-CGR, which establishes corporate governance duties and responsibility in addition to those deriving from the UAE-CCL, the UAE-CC and the UAE-CTL. The UAE-CGR *inter alia* compels the directors of a listed JSC to issue a code of professional conduct and provisions for monitoring compliance therewith (article 10 UAE-CGR) as well as setting up procedures for convening a general assembly (article 18 UAE-CGR). The UAE-CGR, however, does not include provisions that would allow for the directors to be held liable for breaching their obligations under the UAE-CGR. Consequently, recourse against a director for his breaching his duties under the UAE-CGR likely only be available under tort.

4.2 Sanctions

Similar to the QAT-CCL and the KSA-CL, the UAE-CCL, in addition to civil liability, provides for punitive sanctions for management misconduct. These punitive measures are governed by articles 339 f. UAE-CCL. In par-

ticular, the chairman of the board of directors of a JSC may be sanctioned by a fine of between 50.000 UAE Dirham and 100.000 UAE Dirham for failing to call for an ordinary general assembly required by law (article 342 UAE-CCL), directors and managers may be fined with up to 1,000,000 UAE Dirham for not convening an extraordinary general assembly required by articles 301, 302 UAE-CCL[66] or fined with between 10.000 and 100.000 UAE Dirham for failing to cooperate with the company's auditors.

5. Conclusion

While the civil and commercial laws of Qatar and the UAE are primarily based on codifications influenced by the continental European law tradition, Saudi Arabian law is still largely based on *šarīʿa* law. Nonetheless, the management liability regime of the three jurisdictions are – despite some particulars – very similar. All three legal systems comprise central provisions that establish liability for JSC directors and LLC managers. In particular, they hold managerial staff accountable for fraudulent acts, abuse of authority, errors of management and violation of their duties established by law or the company's articles. Notably, Qatari and Saudi Arabian law somewhat restricts the company's ability to deal with management misconduct by denying the general assembly the authority to release the concerned persons from their liability towards the company or its shareholders. Qatari law also explicitly prohibits the company from settling liabilities of management towards third party on behalf of management.

Furthermore, the three countries have passed specific legislation regulating the conduct of listed JSCs and imposing additional duties on the directors of such companies. Generally, the management liability regime established by the relevant regulations is comparable to management liability as provided for by western jurisdictions. A relevant difference is, however, the duty of LLC managers and JSC directors to convene an extraordinary general assembly where the losses of the concerned company amount to 50 % of the company capital.

In addition, the corporate and commercial laws of the three jurisdictions provide for sanctions to be imposed on directors and managers for certain infringements and misconduct. Some of these sanction, in particular under Saudi Arabia law, can be quite severe and have no match in European legal systems. Quite stern sanctions can also be found in Qatari law. UAE law, on the other hand, is and has been considerably milder. Most importantly, neither the UAE-CCL nor the Old UAE-CCL provide for imprisonment as a sanction under management liability. Still, under the UAE-BL prison sentences may be imposed for specific bankruptcy related offenses.

Management liability is regulated quite similar among the three jurisdictions. How-

[66] Where losses of a company reach 50 % of its capital the directors shall convene an extraordinary meeting of the general assembly to resolve over the dissolution of the company (articles 301, 302 UAE-CCL).

ever, due to the more cautious approach to sanctions chosen by the UAE legislator as well as UAE law allowing shareholders to release directors from management liability, UAE law appears more balanced. In particular, possible prison sentences under the general management liability regime of Saudi Arabia and Qatar appear to go beyond a reasonable deterrent of excessively risky behaviour and may negatively affect the way directors manage a company. Furthermore, since shareholders in a Saudi Arabian or a Qatari company cannot release management from liability, directors could be reluctant to engage their companies in transactions the risk of which would otherwise be considered adequate.

Finally, the management liability regimes of all three countries comprise considerable ambiguity. Certain terms used in the relevant statutes have not been defined by law or jurisprudence and standards for assessing thresholds and limits for care to be exhibited by managers are lacking. This ambiguity is first a concern for managerial staff. They will find it difficult to determine when they cross the line between permitted risk and behaviour that will trigger management liability. Such concerns will have to be addressed by the competent legislators by specifying existing provisions through additional regulations or further amendments of the existing laws, or by the courts by defining terms and introducing standards for interpretation. Moreover, ambiguity the rules on management liability is also relevant for the companies as well as their shareholders and investors. Due to the existing ambiguity, they are not able to precisely determine what they can demand from their managers and directors. Concerns of companies and shareholders may be addressed by the parties themselves. Specific parameters for management conduct could be set unilaterally by the companies – e. g. in their articles of association. In addition, restriction of the authority of managers and directors could be included in contracts concluded between a company and its managerial staff, e. g. in their employment agreements.

Nicolas Bremer, member of the GAIR e. V., is currently working as Lawyer and Partner of the law firm Alexander & Partner in Berlin, Cairo and Dubai.

ZRI 2016 (S. 305–307)

BUCHBESPRECHUNGEN

Hans-Georg Ebert / Julia Heilen: Islamisches Recht. Ein Lehrbuch, Leipzig: Edition Hamouda 2016, 272 S., € 39,90

Peter Scholz

Das vorliegende Werk ist ausweislich seiner Einführung als „Lehr- und Sachbuch zum Islamischen Recht“ konzipiert und möchte den Lesenden in die „Grundlagen, Methoden und Normen dieses Gebietes“ einführen und „die Verflechtung von rechtlichen und religiösen Regelungen“ darstellen. Es verfolgt einen interdisziplinären Ansatz, der für sich in Anspruch nimmt, rechts-, geistes- und sozialwissenschaftliche Aspekte zu umfassen, den historischen Kontext zu berücksichtigen und auch zeitgeschichtliche Konfliktfelder und deren Lösungsmöglichkeiten aufzuzeigen. Diesem Anspruch wird das Werk in beeindruckender Weise gerecht, was nicht verwundert, ist doch Hans-Georg Ebert (Mitglied der GAIR) rechts- und islamwissenschaftlich als besonderer Fachmann für das islamische Recht ausgewiesen und hat er mit der Politikwissenschaftlerin und Arabistin Julia Heilen eine weitere interdisziplinär ausgewiesene Wissenschaftlerin als Mitautorin.

Das Werk lädt die Leserinnen und Leser – seien es Studierende, Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen oder fachlich interessierte Laien – schon durch seine äußere Gestaltung ein. Es hat ein etwas größeres, aber noch handliches Format, eine inhaltlich gute und optisch mit Zwischenüberschriften übersichtliche systematische Aufgliederung des Stoffes, eine angenehm in Absätze gegliederte und mit Schlagwörtern am Textrand versehene textliche Gestaltung, die zudem noch durch farbige Bilder und Grafiken, Tabellen und Wortschatzinfos (mit arabischen Fachtermini) aufgelockert wird. Die inhaltlichen Ausführungen werden von Belegen und Hinweisen in den Fußnoten unterstützt. Zu jedem der neun Teile des Buches finden sich Literaturempfehlungen und am Ende des Werkes zudem noch ein ausführliches Verzeichnis der Primär- und der Sekundärliteratur sowie der Internetquellen. Schon deshalb eignet sich das Buch hervorragend zum studentischen Lernen, bietet interessierten Laien einen leichten Einstieg in die fremde Materie und ermöglicht dem wissenschaftlichen und nichtwissenschaftlichen Leser seine Nutzung als Nachschlagewerk. Dass man aus wissenschaftlicher Sicht mitunter einen Beleg vermisst, das auf den Farbfotos Abgebildete oft nicht benannt ist und die Literaturempfeh-

lung zuweilen nicht ganz überzeugt, fällt kaum ins Gewicht.

Auch inhaltlich besticht das Werk durch seine hohe fachliche Qualität, seine enorme Vielschichtigkeit und seine gelungene Schwerpunktsetzung. Die neun Teile des Werks behandeln die Grundlagen und Grundbegriffe des islamischen Rechts, die historische Herausbildung desselben, die islamische Rechtsquellenlehre, Gelehrte und Institutionen des islamischen Rechts, islamische Staatskonzeptionen, gottesdienstliche Handlungen, Rechtsgebiete jenseits des Ritualrechts, islamisches Recht im Alltag und in der Moderne, wobei die Teile wohltuend nicht aufeinander aufbauen und Bezüge gegebenenfalls durch Querverweise hergestellt werden. Der Grundlagenteil zeichnet sich dadurch aus, dass das islamische Recht in den religiösen Kontext eingeordnet wird und Begriffe wie *Šarīʿa* einer differenzierenden Betrachtung unterzogen werden. Der historische Teil weist auch auf nichtislamische Einflüsse insbesondere des römischen Rechts hin und nimmt nicht nur die vier Rechtsschulen, sondern auch nichtsunnitische Rechtsauslegungen in den Blick. Zudem wird – für den Studierenden interessant – ein Überblick über Entstehung, Periodisierung und Werke der Rechtsliteratur gegeben. Die islamische Rechtsquellenlehre wird ausdifferenziert abgehandelt; das gilt erfreulicher Weise auch für die nicht allgemeinem Konsens unterfallenden ergänzenden Rechtsmethoden und dem vielschichtigen Begriff des *Iǧtihād*. Die genannten Teile des Buches zeichnen sich zudem auch dadurch aus, dass angemessen auf Primärquellen Bezug genommen und auf wissenschaftliche Streitstände in der Sekundärliteratur (z. B. die These von der „Schließung des Tores des *Iǧtihād*“) hingewiesen wird.

Im Teil über die Gelehrten und Institutionen des islamischen Rechts wird überzeugend das Spannungsverhältnis zwischen außerstaatlicher Gelehrsamkeit und staatlichen Institutionen unter besonderer Berücksichtigung auch der *Šīʿa* verdeutlicht und die Tätigkeit und das Amt des Rechtsgutachters und des Richters vergleichend skizziert. Im Rahmen der Abhandlung der islamischen Staatskonzeptionen wird nicht nur auf das sunnitische Kalifats- und das schiitische Imamatsverständnis mit Bezügen zur jüngeren türkischen und iranischen Geschichte, sondern erfreulicher Weise auch auf die Rechtsstellung der Nichtmuslime und das islamische Völkerrecht eingegangen.

Es folgen die Teile über die Rechtsgebiete des islamischen Rechts. Der Teil über die gottesdienstlichen Handlungen zeichnet sich dadurch aus, dass Abbildungen das praktische Verständnis derselben erleichtern. Die Ausführungen über die sonstigen Rechtsgebiete umfassen das Strafrecht, das Personen- und Familienrecht, das Erbrecht, das Zivil- und Handelsrecht, das Stiftungsrecht und das Verfahrensrecht. Dabei wird besonders Wert gelegt auf die historischen Bezüge und die bestehende Meinungsvielfalt sowie – was das Zivil- und Handelsrecht angeht – auf die wirtschaftlichen Zusammenhänge (z. B. Handel, Steuern, Bankwesen, Stiftungswesen).

Auf Veränderungen in der Moderne und aktuelle Problemfelder hätte zuweilen noch ausführlicher eingegangen werden können; das gilt insbesondere für das Familien- und Erbrecht. Die Ausführungen zum islamischen Recht im Alltag sind eine wahre Fundgrube für bisher nicht erörterte Fragen; sie haben ihren Schwerpunkt bei Speise- und Schlachtvorschriften, Bestimmungen zu Bekleidung, Freizeitaktivitäten sowie medizinischen und bioethischen Fragen.

Zum Abschluss des Werks wird der auf Druck der europäischen Mächte im 19. Jahrhundert eingeleitete Wandel des islamischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung des Osmanischen Rechts und Ägyptens skizziert, die Geltung islamischen Rechts in den westlichen Ländern in den Blick genommen und ausführlich die Methoden erörtert, mit denen das islamische Recht an die Anforderungen der Moderne angepasst werden kann.

Alles in allem dürfte dieses Buch aufgrund seiner gelungenen Gesamtkonzeption, seines umfassenden interdisziplinären Informationsgehalts und seiner hohen fachlichen Qualität zu einem Standardwerk für jeden werden, der das Studium des islamischen Rechts aufnimmt, sei es als Studierender oder als Autodidakt. Den Autoren kann man zu dieser Leistung nur gratulieren!

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

ZRI 2016 (S. 309–314)

Hatem Elliesie / Thilo Marauhn (eds.): Legal Transformation in Northern Africa and South Sudan, The Hague: Eleven Publishing 2015, Hardcover, 225 pp., € 75.00, $ 112.50, £ 69.00

Matthias Hartwig

Der Nahe Osten ist politisch in Bewegung geraten, und auch wenn derzeit noch nicht klar ist, wohin die Reise gehen wird, ziehen die Ereignisse doch große Aufmerksamkeit auf sich, weil ihre Folgen nicht auf die Gebiete beschränkt bleiben, in denen sie ihren Ursprung haben. Auch die Wissenschaft beschäftigt sich intensiv mit den Ursachen und Analysen der Vorgänge. Ein Beispiel dafür sind zwei Konferenzen, die von der Gesellschaft für afrikanisches Recht 2011 in Heidelberg und von dem Arbeitskreis Überseeische Verfassungsvergleichung 2012 in Limburg zum Thema des Buches abgehalten worden ist. Der vorliegende Sammelband enthält nun als Ergebnis die Konferenzbeiträge, die durch einige weitere einschlägige Artikel ergänzt wurde.

Das Buch spannt einen weiten Bogen – schon geographisch: Es beschränkt sich nicht nur auf *Legal Transformation* des nördlichen Afrikas (Part I), sondern bezieht auch den Südsudan (Part II) mit ein, wo im sich im Jahre 2011 ebenfalls einschneidende staatsrechtliche Entwicklungen in Gang gesetzt wurden. Zwar haben die dortigen zur Unabhängigkeit führenden Vorgänge einen anderen Hintergrund als die Umstürze in den nordafrikanischen Staaten, gemeinsam sind aber die Herausforderungen, welche mit dem Versuch einhergehen, ein völlig neues politisches System zu etablieren.

Inhaltlich reichen die Fragen in Part I von der völkerrechtlichen Bewertung der Intervention in Libyen 2011, über Verfassungsgebungsprozesse bis hin zur „Transitional Justice“ sowie Justizreformbestrebungen und dem Umbau der Wirtschaft im Gefolge der Revolutionen.

Thilo Marauhn: „Intervention in Support of Democratization Processes? – Questions Arising from the 2011 Military Intervention in Libya“

Im Eingangsbeitrag untersucht Thilo Marauhn, wieweit das Völkerrecht eine militärische Intervention zum Zweck der Demokratisierung eines Landes zulässt. Marauhn zeigt sehr klar auf, dass die militärischen Maßnahmen der intervenierenden Staaten nach dem Fall von Tripolis im Herbst 2011 nicht mehr von UN-Sicherheitsratsresolution 1973 (2011) gedeckt waren. Damit verstießen sie gegen Art. 2 Punkt 4 UN-Charta, wonach alle Mitglieder in ihren internationalen Beziehungen jede gegen die territoriale Unversehrtheit oder die politische Unversehrtheit oder politische Unabhängigkeit eines

Staates gerichtete der sonst mit den Zielen der Vereinten Nationen unvereinbare Androhung oder Anwendung von Gewalt zu unterlassen haben. Auch ein Bezug auf die „Responsibility to protect“ (R2P) könne keine Legitimität vermitteln. Zum einen greife dieses Konzept nur bei Völkermord, Kriegsverbrechen, ethnischen Säuberungen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit; zweitens könne R2P noch nicht als eine geltende Völkerrechtsnorm bezeichnet werden, und schließlich lasse sie die alleinige Kompetenz des Sicherheitsrates zur Autorisierung eines Gewalteinsatzes unangetastet. Die Demokratisierung eines Landes könne nur mit friedlichen Mitteln verfolgt werden. Die Bewertung ist, nach Ansicht des Rezensenten, so klar wie richtig.

Ein einziger Kritikpunkt könnte zu den Äußerungen des Autors zu der Beteiligung Libyens an dem Lockerbie-Attentat angebracht werden. Es ist zwar richtig, dass der gegen Libyen in diesem Zusammenhang erhobene Vorwurf des Terrorismus zu einer internationalen Isolation des Staates führte. Allerdings ist die Berechtigung des Vorwurfs unbewiesen. Das schottische Gericht, das zur Verurteilung eines libyschen Geheimdienstmitarbeiters gekommen war, wollte das Verfahren wegen der Manipulation von Beweismitteln wiedereröffnen, was wegen der Krankheit und vorzeitigen Entlassung des Verurteilten aus dem Gefängnis unterblieb. Es ist also bis zum heutigen Tag durch kein Gericht eindeutig festgestellt worden, dass Libyen tatsächlich für den Anschlag von Lockerbie verantwortlich ist.

Katrin Seidel / Naseef Naeem: „Egypt’s Constitution-Making Process: a Bumpy Road“

Katrin Seidel und Naseef Naeem (Mitglied der GAIR) zeichnen in ihrem Beitrag die sehr komplexe Geschichte der Verfassungsgebung in Ägypten nach. Dabei stellen sie die ambivalente Rolle der wichtigsten Akteure, nämlich des Militärrates (*al-Maǧlis al-Aʿlā li-l-Quwwāt al-Musallaḥa* المجلس الأعلى للقوات المسلحة – SCAF), des Präsidenten Muḥammad Mursī sowie der Gerichtsbarkeit dar. Das Ergebnis des blutigen und spannungsreichen Prozesses ist nicht so sehr verschieden von seinem Ausgangspunkt. Der Versuch, das durch das Militär und die Gerichte geprägte Regime, was die Beitragenden mit „military-judiciary-constitutionalism“ bezeichnen, durch ein auf religiösen Werten gebautes Präsidialsystem, welches mit „presidential constitutionalism with theocratic reference“ bezeichnen, zu ersetzen, muss als gescheitert betrachtet werden.

Hatem Elliesie: „Transitional Justice in Egypt: Legal Insights and Political Prospects“

Hatem Elliesie (zweiter Vorsitzender der GAIR) zeichnet die „Transitional Justice“ in Ägypten insbesondere am Beispiel der Gerichtsverfahren gegen den vormaligen Präsidenten Ḥusnī Mubārak, seinen Söhnen und zahlreichen Mitangeklagten, darunter auch Mitgliedern seines Kabinetts und hochrangige Polizeioffiziere, nach. Der Autor gewährt dabei Einblicke in das auf dem französischen Modell basierende Gerichtsverfahren

und legt die materiell-rechtliche Grundlage dar, auf die die Anklage gestützt wurde. Bevor Hatem Elliesie auf die Gerichtsentscheidung vom 2. Juni 2012 eingeht und diese bewertet, stellt er einige zentrale juristischen Fragestellungen des Falls dar, die von der rechtwissenschaftlichen Literatur in Ägypten und auch vom Verteidiger Mubāraks vorgebracht wurden. Der Autor kommt schließlich zum Ergebnis, dass der Prozess eher auf politischen als auf rechtlichen Beweggründen beruhte. Nur so könne erklärt werden, dass der ehemalige Präsident Mubārak zwar verurteilt worden sei, nicht hingegen zahlreiche Mitangeklagte, darunter seine Söhne.

Carolyn A. Dubay: „Judicial Reform in Morocco: Arab Spring or Winter of Discontent?“

Marokko spielt im sogenannten arabischen Frühling eine Sonderrolle. Eine Revolution fand nicht statt, der König blieb weitgehend unangefochten an der Macht, eine neue Verfassung wurde 2011 erlassen. Carolyn Dubay analysiert den marokkanischen Sonderweg vornehmlich unter dem Gesichtspunkt der Justizreform. Die neue Verfassung enthält Bestimmungen gegen die Korruption von Richtern, indem Meldepflichten bei Eingriffen in die Unabhängigkeit der Justiz eingeführt werden, sie verpflichtet die Richter, sich allein am Gesetz zu orientieren und sie gewährt den Richtern den Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit. Die Autorin streicht zurecht heraus, dass es am Ende aber nicht auf den Verfassungstext, sondern die Rechtspraxis ankommt.

Achim-Rüdiger Börner: „Arab Spring: the Challenge of Restructuring an Economy under the Rule of Law“

Eher eine politische Handlungsanweisung denn eine juristische Analyse bietet Achim-Rüdiger Börner (Mitglied des Kuratoriums der GAIR) in seinem vergleichsweise kurzen Beitrag zu den Herausforderungen des Umbaus einer Wirtschaft unter der Herrschaft des Rechts. Er empfiehlt die Heranziehung ausländischer Erfahrungen, was für sich genommen nicht falsch klingt, aber doch einer vertiefenden und vielleicht auch kritischen Betrachtung bedurft hätte.

Katharina Diehl / Daniel Gruss: „Constitutional Development in South Sudan“

Der zweite Teil des Buchs (Part II) ist dem Südsudan gewidmet. Katharina Diehl und Daniel Gruss, die beide über Jahre im Sudan tätig waren, stellen die Verfassungsentwicklung im neuentstandenen Südsudan dar. Pünktlich zur Unabhängigkeit am 9. Juli 2011 war eine Übergangsverfassung geschaffen, die allerdings nicht frei von Schönheitsfehler war. Im Kern auf der im Jahre 2005 geschaffenen Interimsverfassung beruhend wurde sie von einem vom Präsidenten zusammengestellten Technischen Verfassungskommittee erarbeitet, dem vornehmlich Mitglieder der Präsidentenpartei, dem *Sudan People's Liberation Movement* (SPLM) angehörten, was erst im Lauf der Verfassungsarbeiten leicht korrigiert wurde. Die Übergangsverfassung stärkte – gemäß des bekannten staatsorganisatorischen Musters des Sudans –

die Stellung des Präsidenten. Obwohl eine Dezentralisierung beibehalten wurde, wurde das Zentrum gestärkt. Dies zielte zwar auf eine Stabilisierung des Staates, bewirkte aber damit eine Machtkonzentration und förderte nur schwach regionale Eigenheiten. Der fehlende Minderheitenschutz in der Verfassung wird in dem Beitrag nicht behandelt, obwohl er wegen der Zusammensetzung der südsudanesischen Bevölkerung ein besonderes Augenmerk verdient hätte. Dafür wird zurecht auf die offene Frage der Staatsangehörigkeit hingewiesen. Auch die vagen Bestimmungen über die Herstellung einer endgültigen Verfassung werden angesprochen. Die Autoren streichen die Unzulänglichkeiten des bisherigen Verfassungsprozesses heraus und liegen damit durchaus richtig: Die späteren, nach Abschluss des Aufsatzes eingetretenen Entwicklungen erwuchsen aus eben diesen Unzulänglichkeiten.

Ingo Henneberg / Friedrich Plank: „Conflict Management in the Constitution of South Sudan (2011)“

Ingo Henneberg und Friedrich Plank beschäftigen sich mit dem Konfliktmanagement in der Verfassung des Südsudan, wobei der eher politikwissenschaftliche Beitrag, welcher auf dem im Jahre 2012 an der Universität Augsburg angesiedelten Forschungsprojekt „Do institutions matter? The constitution of South Sudan in the focus of conflict research“ beruht. Die Autoren stützen ihre textbasierte Konfliktanalyse im Wesentlichen auf theoretische Ausführungen. Dabei erfolgt nach einer Vorstellung der zugrundegelegten Typologie des Terminus „Konflikt“ und der verwendeten Methoden („mapping“ und „thematic coding“), anhand von 234 idealtypischen Konfliktverhältnissen eine Analyse, die in der Schlussfolgerung zum Ergebnis kommt, dass die südsudanesische Verfassung durchaus potential habe, Konflikte im politischen und gesellschaftlichen Leben gewaltlos zu regeln. Abschließende kritisch formulierte Anmerkungen zu außerverfassungsrechtlichen, nichttextbasierten Aspekten, nämlich zur *de facto* Umsetzung eines Konfliktmanagements fallen allerdings gegenteilig aus, was sich durch die jüngsten Gewalteskalationen leider auch bewahrheitet hat.

Cindy Daase: „The Abyei Dispute between Sudan and South Sudan – The Role of Arbitration in Peace and Secession Processes“

Eine besonders drängende unter den vielen offenen Fragen zum Südsudan spricht Cindy Daase im Beitrag über den Abyei-Konflikt zwischen dem Sudan und dem Südsudan an. Sie zeichnet die Geschichte dieses Konfliktes nach und widmet dann besonderes Augenmerk den Lösungsversuchen über die Abyei Boundary Commission und dann ein internationales Schiedsgericht. Abyei wird von verschiedenen Völkerschaften genutzt, von Ackerbauern wie auch von viehzüchtenden Nomaden, welche eine Grenze in dieser Gegend nicht kennen. Diese Gruppen waren beim Abschluss des Comprehensive Peace Agreements zwischen dem Sudan und dem Südsudan aus dem Jahr 2005 nicht mit eingebun-

den. Indem weite Teil des CPA zur Interimsverfassung des Südsudan wurden, wurde die Situation einerseits zwar stabilisiert, andererseits aber waren damit die Interessen der betroffenen Bevölkerungsteile immer noch nicht angemessen berücksichtigt, wie die Autorin richtig anmerkt.

Die Grenzziehung sollte durch die Abyei Boundary Commission erfolgen. Diese war aus internationalen Experten zusammengesetzt, aber, wie die Autorin mit kritischem Unterton vermerkt, nur einer verfügte über Kenntnisse im lokalen afrikanischen Recht. Der Bericht der Kommission wurde vom Sudan wegen Mandatsüberschreitung, abgelehnt, während die Regierung des Südsudan ihn begrüßte. Der Beitrag analysiert diesen Punkt nicht weiter. Das Abkommen über die Einsetzung eines Schiedsgerichts wurde zwischen der Regierung des Sudan und der SPLM geschlossen, womit andere möglicherweise betroffene Gruppen ausgeschlossen blieben, wie die Autorin zurecht kritisiert.

Eine tiefere Analyse des Awards des Schiedsgerichts wird nicht vorgenommen, was der neugierige Leser bedauert. Stattdessen wird die Frage aufgeworfen- und letztlich offen gelassen, ob ein Schiedsgerichtsverfahren geeignet ist, derartige Territorialstreitigkeiten zu entscheiden. Letztlich hänge alles vom Implementierungswillen der streitbeteiligten Parteien ab.

Mehari Taddele Maru: „Potential Causes and Consequences of South Sudan becoming a 'Failed State' – Political and Legal Transformation from a Liberation Movement to a Democratic Government"

Der letzte Artikel von Mehari Taddele Maru untersucht die Folgen eines möglichen Scheiterns des Südsudans als Staat. Die Befürchtungen in dieser Richtung bestanden schon vor der Staatwerdung des Südsudan, wofür man den Begriff des *pre-failed State* prägte. Der Autor zeigt sorgfältig auf, was die Gründe für ein solches Scheitern sein konnten. Insbesondere weist er darauf hin, dass die *SPLM* sowie ihr militärischer Arm, die SPLA auch nach Ende des Konflikts mit der Regierung des Sudan sich nicht in staatliche Strukturen gefügt haben, sondern sich als Vertreter von Partikularinteressen verstanden. Das führte zu einer weitverbreiteten Korruption und einem Versagen des Staates bei der Erfüllung seiner Grundaufgaben. Fast 50 % des staatlichen Haushalts fließen in die bewaffneten Streitkräfte, wie der Autor erwähnt. Er sieht eine Lösung in der Beteiligung internationaler Organisationen. Die Ironie, die darin liegt, dass die Unabhängigkeit des Südsudan nun eine Einmischung – und durchaus auch eine bewaffnete – durch die internationale Gemeinschaft erforderlich macht, wird vom Autor nicht thematisiert. Angesichts des Ernstes der Lage in diesem Land ist allerdings für Ironie kein Platz. Aber eine Reflektion darüber, was die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Staatsgründung sind, hätte am Beispiel des Südsudan erfolgen sollen.

Das Buch bietet einen interessanten Einblick in gefährliche Brennpunkte der Welt. Die Ursachen für die Krisen sind verschieden. Die Lage im Südsudan stellt sich anders dar als in Nordafrika. Aber die Krisenhaftigkeit der (rechts-)politischen Situation haben die vorgestellten Länder gemeinsam. Wer eine faktenreiche Darstellung zu diesem Thema sucht, kann sie in dem Buch finden.

Dr. Matthias Hartwig, Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und öffentliches Recht, Heidelberg.

ZRI 2016 (S. 315–321)

Bruno Menhofer / Dirk Otto (Hgg.): Recht nach dem Arabischen Frühling, Beiträge zum islamischen Recht IX, Peter Lang: Frankfurt a. M. 2014, 193 S., € 56.04, £ 37.00, $ 60.95

Katrin Seidel

Der vorliegende Tagungsband basiert auf der Jahrestagung der Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht (GAIR), die zu Ehren des 80. Geburtstags des GAIR-Gründungsmitglieds Prof. em. Omaia Elwan am 21. und 22. September 2012 in Heidelberg stattfand. Als Rahmenthema und Titel wurde *Recht nach dem Arabischen Frühling* gewählt.

Anders als die Mehrzahl von fachwissenschaftlichen Veröffentlichungen, die sich mehrheitlich mit dem Thema *Arabischer Frühling*, insbesondere aus politikwissenschaftlicher und wirtschaftswissenschaftlicher Perspektive heraus beschäftigen, zeichnet sich dieser Sammelband durch einen klaren rechtswissenschaftlichen Fokus aus. Aus der rechtswissenschaftlichen Perspektive nach den sozio-politischen Veränderungen vor allem in vielen Ländern Nordafrikas und des Nahen Ostens seit Ende 2010 konnte bisher eine im Vergleich zu anderen akademischen Disziplinen geringere Publikationsaktivität verzeichnet werden. Umso erfreulicher ist es daher, dass sich die beiden Herausgeber dieses Sammelbandes diesem Blickwinkel zugewendet haben.[1]

Die Gliederung des vorliegenden Bandes orientiert sich im Wesentlichen an der Chronologie der Tagung und folgt keiner Kategorisierung von thematischen oder länderspezifischen Schwerpunkten. Letzteres hätte sich allerdings bei sieben Beiträgen, die sich inhaltlich mit Ägypten und/oder Tunesien auseinandersetzen, drei Beiträgen zur arabischen / nordafrikanischen Region und jeweils einem Beitrag zu Indien, Saudi-Arabien und den Iran angeboten. Die unstrukturierte Reihung der Beiträge erschwert dem Lesenden den Zugang zu den vielschichtigen fachlichen, zuweilen thematisch verwobenen Auseinandersetzungen. Hier wäre es wünschenswert gewesen, wenn sich – wie es auch sonst in den bisher acht erschienenen Bänden *Beiträge zum islamischen Recht* innerhalb der Reihe *Leipziger Beiträge zur Orientforschung* üblich – die Herausgeber einer übersichtlicheren, an thematischen, regionalen oder auch an Ländern anlehnenden Darstellungsform bedient hätten.

Auffallend ist ferner die Aufnahme von ungewöhnlich kurzen Beiträgen in das vorliegende Format eines Sammelbandes, wie

[1] Aus rechtswissenschaftlicher Perspektive siehe auch Rainer Grote / Tilman J. Röder (Hgg.): Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity, Oxford, 2012; Hatem Elliesie / Thilo Marauhn (Hgg.): Legal Transformation in Northern Africa and South Sudan, Den Haag 2015.

dem von Menhal Sebai zu *Investitionen in Tunesien: Ambitionierte Ziele und attraktive Perspektiven* sowie von Patrick Schneider (Mitglied der GAIR) mit dem Titel *Die rechtliche Zusammenarbeit mit den Staaten Nordafrikas – Die Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit auf neuen Wegen*, die eher dem Umfang eines Vortragsmanuskripts gerecht werden. Diesbezüglich mangelt es an ausreichend substantiellem Besprechungsmaterial. Um dem besonderen Anlass und der Intention der Herausgeber, diesen Ehrenband Herrn Elwan zu widmen, auch in anerkennender Weise Ausdruck zu verleihen, wird daher auf diese nach wissenschaftlichem Usus unzureichend aufgefächerten Abrisse nicht weiter eingegangen.

Herausragende Beiträge sind hingegen u. a. der Artikel von Kilian Bälz (Mitglied des Kuratoriums der GAIR), *Arabischer Frühling – Perspektiven der Rechtsreform* (S. 9–20), sowie der Beitrag von Mathias Rohe (Mitglied des Vorstands der GAIR), *Verfassungsrechtliche Entwicklungen der arabischen Welt: das Verhältnis von Staat und Religion am Beispiel Ägyptens und Tunesiens* (S. 113–138).

Kilian Bälz leitet seinen Beitrag mit der Frage ein, „[w]elche Perspektiven der arabische Frühling für die Reform von Recht, Justiz und Verwaltung biete“. Seinem Zwischenfazit, wonach sich bislang nichts geändert habe, gewinnt er im ersten Schritt seiner Auseinandersetzung den positiven Aspekt ab, dass nun eine nicht zu unterschätzende Veränderungsbereitschaft sowie eine neue politische Kultur bestehe, Probleme zu identifizieren und erörtern (S. 11). Die Regierungen stünden unter enormen Reformdruck. Reformen müssen die jeweilige Regierung erfolgreich beschließen und implementieren, um ihre eigene Legitimität zu konsolidieren. Er identifiziert hierzu Bereiche des Verfassungsrechts, insbesondere eine stärkere parlamentarische Kontrolle über die Macht der Exekutive,[2] soziale Gerechtigkeit, Reform der Sicherheitsapparate und Transparenz in der Wirtschaft. Seiner Ansicht nach sei eine der größten Herausforderungen für eine Reformarbeit, dass Anspruch und Wirklichkeit weit auseinanderklaffen, da durch die Regimewechsel die staatliche Verwaltung paralysiert sei. Der juristischen internationalen Zusammenarbeit komme bei den bevorstehenden Herausforderungen eine zentrale Rolle zu. In diesem Kontext hebt er hervor, dass die GAIR, ihre Mitglieder und auch Prof. Elwan in den letzten Jahren einen wesentlichen Anteil beigesteuert hätten. Entstanden sei eine praxisorientierte Forschung zu Fragen des arabischen und islamischen Rechts (vgl. S. 8). In der exemplarischen bibliografischen Auswahl zu diesen Ausführungen in Fußnote 8 unterläuft ihm jedoch ein Lapsus: In dem von Hatem Elliesie herausgegebenen 26. Band der Schriftenreihe *Leipziger Beiträge zur Orientforschung* mit dem Titel

[2] Hierzu weiterführend Nathalie Bernard-Maugiron: Strong Presidentialism: The Model of Mubārak's Egypt, in: Constitutionalism in Islamic Countries, hrsg. von Rainer Grote und Tilman J. Röder, S. 373–385.

Islam und Menschenrechte (*Islam and Human Rights* / الإسلام وحقوق الإنسان) aus dem Jahr 2010 fungierte Röder nicht als Mitherausgeber.

Auch Mathias Rohe identifiziert in seinem Artikel ähnliche Herausforderungen wie Bälz: die „Neugestaltung von *checks* and *balances* innerhalb der Staatsgewalt (Legislative, Exekutive, Jurisdiktion)", einschließlich der Rolle schwach oder nicht demokratisch legitimierter Institutionen wie des in Ägypten immer noch sehr mächtigen Militärs,[3] der Neugestaltung des Verhältnisses zwischen staatlichen Institutionen und der Zivilgesellschaft sowie die Neugestaltung des Verhältnisses zwischen säkularem Staat und Religion. „Auf das letztgenannte Thema konzentriert sich der Beitrag" nach seinen Worten (S. 116).

Er greift zunächst die rechtspolitische sensible Debatte auf, in welchem Verhältnis Staat und Religion im Rechtsgefüge Ägyptens und Tunesiens stehen. Dabei geht er u. a. auf die Rolle der *šarīʿa* in der Verfassung ein, „wie sie beispielsweise in Ägypten in Artikel 2 der Verfassung von 1971, in Form der Änderung von 1980, inhaltlich unverändert in Form der Übergangsverfassung vom 30.03.2011 und nunmehr in der Verfassung vom 15.12.2012" verankert ist. Hinsichtlich Ägyptens ist der fast einhundertseitige Programmentwurf des Jahres 2011 der *Ḥizb al-Ḥurrīya wa-l-ʿAdāla*, welche als stärkste Kraft aus den Parlamentswahlen hervorging, Gegenstand seiner Analyse. Rohe legt dar, dass im Programmentwurf zwar eine inhaltliche Auffüllung des Begriffs *šarīʿa* mit konkreten Inhalten erfolgte, welche in wesentlichen Teilen säkular und menschenrechtsorientiert sei. Der Begriff der Säkularität (*ʿalmānīya*) sei jedoch wegen der negativen Konnotation gemieden worden. Vielmehr werde der Begriff des Zivilstaates (*daula madanīya*) verwendet. Der Autor führt, gewissermaßen als sozio-linguistisches Argument, an, dass dies möglicherweise darauf zurückzuführen sei, dass die Ägypterinnen und Ägypter in erster Linie als solche und eben nicht als Angehörige von Religionen und Weltanschauungen auf die Straßen gegangen wären (vgl. S. 119).

In Gegenüberstellung zum ägyptischen Kontext beschreibt Rohe die im tunesischen Kontext als paradox erscheinenden parallelen Entwicklungen (S. 125 f.). Dort ging aus den Wahlen die *Ḥarakat an-Nahḍa* als stärkste Kraft hervor, die trotz ihrer islampolitischen Agenda (eben anders als in Ägypten) die *šarīʿa* nicht als Verfassungselement aufnahm. Man habe sich in Tunesien damit begnügt, im Verfassungsentwurf vom 8. August 2012 sowie im Folgeentwurf vom 14. De-

[3] Hierzu weiterführender Katrin Seidel / Naseef Naeem: Egypt's Constitution-Making Process: a Bumpy Road, in: Legal Transformation in Northern Africa and South Sudan, hrsg. von Hatem Elliesie und Thilo Marauhn, S. 23 ff.

zember 2012 mit der bereits bestehenden Regelung in Artikel 1 der tunesischen Verfassung den Islam als Staatsreligion festzuschreiben (S. 126).[4] Was man aus Rohes vergleichender Analyse entnehmen kann, ist, dass die Verfassungsentwicklungen in ihrem jeweiligen historischen länderspezifischen Kontext gesehen werden müssen, um die auf den ersten Blick paradox erscheinenden Entwicklungen besser zu verstehen. So zeigt die tunesische Verfassungsgeschichte eine längere säkular geprägte Epoche.

In seinen Schlussfolgerungen bezieht Rohe klar Stellung: Seiner Ansicht nach sei „es an der Zeit, das Gerede von der Ablösung des ‚Arabischen Frühling' durch einen Herbst oder gar Winter einzustellen. Die Etablierung demokratisch-rechtsstaatlicher und zivilgesellschaftlicher Strukturen [seien] auch in Europa nicht in Jahresfrist bewältigt [worden]. Trotz mancher schon erfolgter und vermutlich noch bevorstehender Rückschläge scheint noch insgesamt eine Entwicklung hin zu mehr Freiheit und Selbstbestimmung in Gang gekommen zu sein, die [man] nicht leicht rückgängig machen [könne]" (S. 138).

Deutlich kritischer schätzt in diesem Kontext Imen Gallala (Mitglied der GAIR)in ihrer Abhandlung *Herrscher und Richter im arabischen Frühling* (S. 29–42) die Entwicklungen ein. Sie kommt in ihrer auf die Justiz vor und nach dem *Arabischen Frühling* konzentrierten Abhandlung auf Seite 41 zu dem Schluss, dass jedenfalls in Tunesien die richterliche Unabhängigkeit nicht gewährleistet sei und es auch an politischem Wille mangele. Ihrer Ansicht nach sei „eine neue Mentalität bzw. Kultur der Unabhängigkeit unerlässlich".

Aus dem gleichen Blickwinkel gehen Ahmed S. El Kosheri und Hatem L. Gabr in ihrem Beitrag *The Supreme Constitutional Court of the Arab Republic of Egypt and the 25th of January Revolution* (S. 43–51) der Frage nach dem „Recht nach dem Arabischen Frühling" nach. Sie bewerten die Rolle des *Maḥkamat ad-Dustūrīya al-ʿUlyā* im ägyptischen Kontext allerdings deutlich positiver als Gallala für Tunesien. Begründet durch das Gesetz Nr. 81 aus dem Jahre 1969 sei es die Aufgabe dieses Gerichts über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und sonstigen Regulierungen grundsätzlich *erga omnes* zu befinden. Nach Ansicht der Autoren würde das Verfassungsgericht „safeguarding the Egyptian People's rights, and [...] upholding the Rule of Law in a period of difficult transitionary conditions following the Revolution" (S. 51). Diesen Herausforderungen habe sich der Verfassungsgerichtshof in den schwierigen Zeiten mit Bravour gestellt. Die Autoren exemplifizieren dies anhand zweier Fallbeispiele, wie sich das Gericht zu den sozio-politischen Gegebenheiten nach den Umstürzen positionierte. Hierbei werden Entscheidungen zu

[4] Vgl. Achim-Rüdiger Börner: Die neue Verfassung der Republik Tunesien – eine Einführung. Verfassung der Republik Tunesien vom 26. Januar 2014, in: GAIR-Mitteilungen 7 (2015), S. 55–64 (zum vorliegenden Kontext, S. 58).

den Fallnummern 20 und 57 vom 14. Juni 2012 angeführt. Die Autoren stellen die spezifischen Fallgestaltungen in ihren Grundzügen dar. Eine tiefgründigere Evaluation mit den argumentativen Leitlinien der Entscheidungen wäre jedoch wünschenswert gewesen, zumal auf Fußnoten gänzlich verzichtet wurde. Wie sich an dem Satz „[…] the wide spread belief is that the true reason for this reduction in the numbers of the Judges of the Court is to expel certain particular Judges who are too liberal for the taste of the Islamist parties“ (S. 50) exemplifizieren lässt, verharrt der Beitrag zuweilen in verklausulierten Oberflächlichkeiten, die eine dezidierte wissenschaftliche Auseinandersetzung mit den angedeuteten politischen Dynamiken vermissen lässt.

Inwieweit sich die durch eine beeindruckend hohe juristische Informationsdichte auszeichnende Abhandlung Neues über saudi-arabisches internationales Verfahrensrecht – Zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile durch den Board of Grievances (S. 53–68) von Hilmar Krüger (Vorsitzender des Kuratoriums der GAIR) als Beitrag zum Oberthema des Sammelbandes Recht nach dem Arabischen Frühling einfügt, lässt sich nur schwerlich herleiten. Krüger stellt nämlich klar, dass für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile seit den 50er Jahren des 20. Jahrhunderts der Dīwān al-Maẓālim (Board of Grievances) zuständig sei, was zuletzt in Artikel 3 Buchstabe g des Board-of-Grievances-Gesetzes von 2007 rechtlich geregelt worden sei (S. 67).

Damit wird also Recht *vor* dem sog. *Arabischen Frühling* beschrieben. Dies verwundert, da die Herausgeber in ihrem Vorwort verdeutlicht haben, dass die Beiträge inhaltlich die Veränderungen in den Rechtsordnungen in einer Vielzahl islamischer und arabischer Staaten spiegeln und in neue Zusammenhänge stellen würden (S. 5). Eine Subsumtion unter diese herausgeberischen Leitlinien ließe sich demzufolge allenfalls als praxisrelevanter Reflex einer vor den Ereignissen statuierten Rechtslage ableiten.

Anders gelagert ist dies bei dem auf Ägypten bezogenen wirtschaftsrechtlichen Artikel von Kathrin Nordmeier. Sie zeigt in ihrem Beitrag *Das Cairo Regional Center for International Commercial Arbitration* (S. 89–100) auf, dass das Ziel des *Centers* darin bestehe, spezialisierte Lösungen für internationale Handels- und Investitionsstreitigkeiten im afro-asiatischen Raum anzubieten,[5] die allgemeinen internationalen Standards genügten. Zu diesem Zweck habe das *Center* eine Verfah-

[5] Im Jahr 2011 habe das *Center* 66 neue Schiedsgerichtsverfahren registriert, danach 42 allein im ersten Halbjahr des Jahres 2012. Schwerpunkte seien in den Jahren 2011 und 2012 Streitigkeiten in der Baubranche sowie in der Medien- und Unterhaltungsindustrie gewesen. Diese Fallzahlen stünden zwar nicht mit denen des *International Court of Arbitration* in Konkurrenz, wo im Jahre 2011 796 Schiedsverfahren anhängig gemacht worden seien. Das *Center* registrierte aber im selben Jahr etwa halb so viele Verfahren wie die *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit*, was verdeutliche, dass das *Center* eine wichtige Schiedsinstitution im arabischen Raum darstelle (vgl. S. 90).

rensordnung entwickelt, die sich eng an die *Arbitration Rules* der *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) anlehne. Bei genauerer Betrachtung offenbare die zuletzt im Jahre 2011 – also *nach* dem sog. *Arabischen Frühling* – überarbeitete Verfahrensordnung jedoch relevante Unterschiede (S. 91), deren rechtliche Spezifika die Autorin anschließend erörtert. Schlussfolgernd stellt sie fest, dass man durchaus auf rechtspraktische Lösungen stoße, die dem deutschen Recht ähnelten (S. 100).

Erfreulich ist, dass die Beiträge Deutsch / indisch-moslemische Erbfälle – Nachlassplanung und Abwicklung (S. 101–111) von Dirk Otto (Mitglied der GAIR)sowie Die internationalen Sanktionen gegen den Iran aus strafrechtlicher Sicht (S. 69–88) von Stephan Moorweiser aufgenommen wurden. Diese Abhandlungen befruchten die von den Herausgebern im Vorwort angekündigte Vielfalt des Ehrenbandes, auch wenn Ottos Ausführungen einen direkten Bezug zum ‚Recht nach dem Arabischen Frühling' vermissen lassen. Die hohe unmittelbare rechtspraktische und rechtspolitische Relevanz für die Gegenwart lässt sich indes nicht abstreiten.

Otto zeigt die rechtlichen Herausforderungen der Testamentserrichtung auf und spricht dann praxisrelevante Empfehlungen aus. So solle man bei der Testamentserrichtung die in Indien bestehende Nachlassspaltung in Immobilien und Mobiliar beachten und die Anerkennung der Testamentsform in Indien jedenfalls insoweit sichergestellt werden, dass die Hinzuziehung von Zeugen berücksichtigt wird.

Moorweiser geht zunächst auf die zahlreichen Resolutionen, Beschlüsse und Verordnungen ein, mit denen die internationale Staatengemeinschaft seit Ende 2006 die Islamische Republik Iran zum Einlenken in der Auseinandersetzung mit dem iranischen Atomprogramm zu bewegen bemüht ist.

Dem folgt eine detaillierte Besprechung des Kontextes von § 34 Außenwirtschaftsgesetz und anderen Gesetzen wie dem Kriegswaffenkontrollgesetz, welche u. a. Verstöße gegen Embargovorschriften unter Strafe stellen (vgl. S. 74 und 87 f.). Die Einblicke, die Otto und Moorweiser in ihre jeweiligen Betätigungsfelder gewähren, exemplifizieren ein Höchstmaß an juristischer Expertise.

In einer abschließenden Gesamtschau des Sammelbandes ist zu bemerken, dass erhebliche Unterschiede in der inhaltlichen Qualität und formalen Darstellung der Beiträge auszumachen sind. Gerade weil es sich um einen „Tagungsband zu Ehren des 80. Geburtstags" von Herrn Elwan handelt, hätte man erwarten können, dass ein solcher Band mit mehr Sorgfalt herausgeberisch betreut wird.

In Inhalt und Form wird die Publikation zudem auch kaum dem Standard der Reihe gerecht. Insbesondere in Zeiten, in denen Unicode die Darstellung aller relevanten diakritischen Zeichen unproblematisch ermöglicht, ist es unverständlich, wieso teilweise (siehe S. 113–138) die „Transliteration des

Arabischen in verstümmelter Form abgedruckt wurde".[6]

Dies kann sicherlich nicht nur auf eine verlegerische Unachtsamkeit in der Letztdurchsicht vor Drucklegung zurückgeführt werden, zumal man den im Vorwort angekündigten vielversprechenden Beitrag „von *Faath zum neuen Vereinsrecht in arabischen Ländern*" in dem vorliegenden Band vergeblich sucht.

Dr. Katrin Seidel ist wissenschaftliche Mitarbeiterin in der Abteilung Recht und Ethnologie am Max-Planck-Institut für ethnologische Forschung und gegenwärtig (2015–16) Fellow am Käte Hamburger Kolleg / Centre for Global Cooperation Research.

[6] So die kritische Anmerkung von Mathias Rohe in seiner Online-Publikationsliste unter zr2.jura.uni-erlangen.de/forschung/publikationen.shtml (Nr. 23 b) (letzter Aufruf 18. 10. 2016).

ZRI 2016 (S. 323–329)

Hans-Georg Ebert (Hg.): Beiträge zum Islamischen Recht X. Zu Ehren von Hilmar Krüger, Frankfurt a. M.: Peter Lang, 2015, 180 S., € 49.98, $ 54.95, £ 34.00

Aouni Shahoud Almousa

Dieses Werk der Publikationsreihe „Leipziger Beiträge zur Orientforschung“ (Band 33) ist Hilmar Krüger (Honorarprofessor am Institut für Internationales und Ausländisches Privatrecht der Universität zu Köln, Mitglied des Kuratoriums der GAIR) zu seinem 75. Geburtstag gewidmet. Es besteht aus verschiedenen Beiträgen, die sich mit rechtlichen, politischen und gesellschaftlichen Angelegenheiten des islamischen Rechts und des Rechts in den arabischen Staaten befassen. Im Folgenden wird auf die Beiträge im Einzelnen eingegangen und am Ende mein Gesamteindruck des Buches dargestellt.

1. Michael Bohlander: *Maqāṣid aš-šarīʿa* und die Konversation zwischen islamischem und säkularem Recht – Vom Austausch von Monologen zum kritischen Dialog

Unter dem Titel „*Maqāṣid aš-šarīʿa* und die Konversation zwischen islamischem und säkularem Recht – Vom Austausch von Monologen zum kritischen Dialog“ beschreibt Michael Bohlander (Mitglied der GAIR) die aus seiner Sicht vorherrschenden Symptome der gegenwärtigen Kommunikation zwischen islamischen und sogenannten säkularen Juristen. Seiner Meinung nach besteht zwischen beiden Gruppen derzeit kein kritischer Dialog auf Augenhöhe, sondern lediglich ein Austausch von Monologen, die meist auf einer (falschen und unbegründeten) Selbstbild-Fremdbild-Wahrnehmung beruhen. Er führt hierbei an:

> Für den (traditionellen) Muslim scheinen die göttliche Herkunft seiner Religion und die damit verbundene Einstellung zu Moral, Ethik und Gesetzgebung unverhandelbar; jeglicher Zusatz auf der Grundlage säkularen Denkens steht im Verdacht, den Islam zu verwässern oder gar in seiner Substanz zu unterminieren.[1]

Er schreibt weiter:

> Letztere (säkulare Juristen) hingegen werden jegliche Bezugnahme auf religiöse Grundlagen als einen obsoleten Anachronismus betrachten.[2]

Er fordert daher, wie dem Titel zu entnehmen ist, eine offene, gründliche und kritische Diskussion zwischen beiden Gruppen auf Augenhöhe, die sich auf *Maqāṣid* (Zwecke/Ziele) *aš-šarīʿa* und die Gemeinsamkeiten zwischen religiösem (hier islamischem) und weltlichem Recht bezieht. Jedoch stehen dieser Diskussion viele Hindernisse im Wege. Denn neben den linguistischen Hürden stellt sich bei der Islamkritik immer ein

[1] Vgl. S. 14 f.

[2] Vgl. S. 15.

Problem der politischen Bewertung bzw. (konkreter) die Frage, wann und wie diese von der Öffentlichkeit als „politisch korrekt" eingestuft wird. Im Weiteren hat aus Sicht des Autors

> die aggressive und nicht selten gewalttätige Reaktion auf Kritik am Islam und insbesondere an Muḥammad, der man in den extremen Teilen der muslimischen Gesellschaft begegnet, möglicherweise schon eine hemmende Wirkung auf die Bereitschaft säkularer Wissenschaftler entfaltet […], ihre Meinungen deutlich und ohne Furcht zu sagen, wie sie gegenüber jeder anderen Religion oder Weltanschauung tun würden.[3]

Die Brücke zwischen Theorie und Praxis schlagen hierbei zahlreiche Beispiele aus der eigenen Erfahrung Bohlanders. Der Beitrag behandelt ein gesellschaftliches und politisches Thema, das m.E. nicht nur für Juristen, sondern auch für Islamwissenschaftler, Orientalisten, Politikwissenschaftler, die sich mit dem Nahen Osten beschäftigen, und auch transkulturelle Wissenschaftler von großem Interesse sein kann. Es stellt ein sehr wichtiges Thema für die politische Debatte bezüglich der Integration und der Beziehung zwischen Europa und der islamischen Welt dar. Es scheint wünschenswert, über das Thema weiter zu forschen und in Zusammenarbeit mit Sozialwissenschaftlern weitere Studien zu veröffentlichen.

2. Achim-Rüdiger Börner: Die Beachtung des Korans im modernen Wirtschaftsrecht des arabischen Raums

Ein weiteres interessantes Thema für den wissenschaftlichen Diskurs wird von Achim-Rüdiger Börner (Mitglied des Kuratoriums der GAIR) behandelt. Die Bemühungen des Verfassers „Die Beachtung des Korans im modernen Wirtschaftsrecht des arabischen Raums" herauszuarbeiten, sind ihm allerdings nicht gelungen. Denn seinen Darstellungen mangelt es oft an Nachvollziehbarkeit; sie sind in vielen Teilen weder systematisch noch gründlich bearbeitet und manchmal enttäuschend. Das wird daran deutlich, dass einige *Qurʾān*-Verse keinen Zusammenhang zu den belegten Äußerungen aufweisen. Zum Beispiel schreibt der Autor „Das Wirtschaftsrecht des arabisch-sprachigen Wirtschaftsraums ist nicht ohne seine islamische Grundlage zu verstehen." und argumentiert „Das hat zwei Gründe: Zum einen ist das sozio-kulturelle Grundverständnis der großen Mehrzahl der Bevölkerung islamisch und bestimmt damit die Gebräuche wie auch jedes Rechtsverständnis."[4] Nun zitiert er zudem die *Qurʾān*-Verse „Ihr seid die beste Gemeinde, die für die Menschen erstand." (3:106). Man wird im Allgemeinen nicht bestreiten können, dass der Islam und die *šarīʿa* die Gebräuche und die Rechtsordnungen der arabischen Staaten beeinflussen und manchmal prägen (in einigen Staaten mehr und in anderen weniger).[5] Man spricht zwar auch von

[3] Vgl. S. 15 f.

[4] Vgl. S. 31.

[5] Vgl. Shahoud Almousa, in: Electronic Journal of Islamic and Middle Eastern Law (EJIMEL) 2 (11) (2014),

islamischen Gesellschaften bzw. islamisch dominierten Gesellschaften, wenn man die arabischen Staaten (bis auf den Libanon) betrachtet, aber es bleibt unklar, welche Belegkraft der zitierte *Qurʾān*-Vers an dieser Stelle aufweisen soll. Eine zusammenhängende Ausführung fehlt leider an dieser und anderen ähnlichen Stellen. Darüber hinaus lautet die Nummer der zitierten *Qurʾān*-Verse 3:110[6] und nicht 3:106[7] wie der Autor anführt. Dies bezieht sich auch wieder (bedauerlicherweise) auf die meisten zitierten *Qurʾān*-Verse in dieser Studie. Man fragt sich als Leser im Weiteren, welche Aussagekraft zum Beispiel die Ausführung des Autors unter A.1. („Grundlage die Selbstbestimmung des Menschen; er ist grundsätzlich eigenverantwortlich. Er wird beim Jüngsten Gericht an seinen Handlungen gemessen.“[8]) in Bezug auf das Wirtschaftsrecht hat. Außerdem mag es sein, dass die heutige Türkei ein islamisches Land ist, allerdings gehört sie, im Gegensatz zur Feststellung des Autors unter B.2.,[9] nicht zu der arabischen Welt. Empfehlenswert wäre hier, anhand der Bedeutsamkeit des Themas, die Untersuchung sorgfältiger und sachlicher zu arbeiten.

3. Jochen Hundt: Niederlassungsformen im saudi-arabischen Investitions- und Gesellschaftsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Problematik des Haftungsdurchgriffs

In einem systematisch dargestellten Beitrag vermittelt Jochen Hundt einen eindrucksvollen Überblick über die „Niederlassungsformen im saudi-arabischen Investitions- und Gesellschaftsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Problematik des Haftungsdurchgriffs“. Der Gegenstand dieser Untersuchung eignet sich in weiten Teilen als eine gute Grundlage für die Vorbereitung einer Investition in Saudi-Arabien. Hier werden zum Beispiel neben den Niederlassungsformen und den damit verbundenen Haftungsdurchgriffen aus Sicht des saudischen Rechts weitere wichtige Fragestellungen wie die Grundzüge des saudi-arabischen Rechtssystems beleuchtet. Besonders aufschlussreich an diesem Beitrag ist die differenzierende und sachliche Auseinandersetzung mit der Frage nach der Rechtsfähigkeit juristischer Personen und dem Haftungsdurchgriff aus Sicht des saudischen Rechts und der islamischen *šarīʿa*, die anhand der Besonderheiten der Rechtslage Saudi-Arabiens an der richtigen Stelle diskutiert wird und für diesen Beitrag unerlässlich ist. Allerdings unterscheidet der Autor in seinem Beitrag nicht präzise

S. 63–72: IPR und ordre public im Recht arabischer Staaten, www.zora.uzh.ch/96938 m. w. N.

6 Vgl. quran.com/3.

7 Der Qurʾān-Vers 3:106 lautet: „Am Jüngsten Tag werden einige Gesichter leuchten und andere finster sein. Die Schar mit den finsteren Gesichtern hört das Urteil: „Ihr habt den zuvor angenommenen Glauben verworfen und euch dem Unglauben verschrieben. So kostet die Strafe dafür, dass ihr ungläubig geworden seid!“, siehe quran.com/3.

8 Vgl. S. 32.

9 Vg. S. 42.

zwischen dem islamischen Recht und der islamischen *šarīʿa*.[10] Denn es heißt in den Verfassungen der GCC-Nachbarstaaten Saudi-Arabiens: Die islamische *šarīʿa* (und nicht das islamische Recht, wie der Autor anführt) ist eine „Rechtsquelle" der Gesetzgebung.[11] Der Vergleich aus dieser Sicht mit Saudi-Arabien ist auch nicht ganz zutreffend, denn in Saudi-Arabien ist die *šarīʿa* weder *eine*, noch *die* Hauptquelle der Gesetzgebung ([*al*]-*maṣdar ar-raʾīsī*). Hier machen der *Qurʾān* und die *Sunna*, die an sich die Hauptquellen der islamischen *šarīʿa* sind, die Verfassung des Staates aus (Art. 1 der grundlegenden Regulation der Regierung (engl. *Basic System of Governance*, arab. *An-Niẓām al-Asāsī li-l-Ḥukm fi-l-Mamlaka al-ʿArabīya as-Saʿūdīya*), im Weiteren das Grundgesetz „GG"). Die regulatorische Macht in Saudi-Arabien (Der König)[12] ist aus Sicht der islamischen *šarīʿa*, streng betrachtet, nicht berechtigt, gesetzgeberische Funktion auszuüben. Er kann demnach lediglich Dekrete und Beschlüsse erlassen, die mit der *šarīʿa* im Einklang stehen müssen (*šarīʿa*-Mäßigkeit). Hier fehlt dem Beitrag ferner eine Differenzierung zwischen königlichen Beschlüssen und königlichen Dekreten. Das Grundgesetz Saudi-Arabiens (die Verfassung Saudi-Arabiens im materiellen Sinne) wurde zum Beispiel durch königlichen Beschluss erlassen und hat deshalb, der saudischen Literatur zufolge, einen höheren Rang gegenüber anderen durch königliche Dekrete erlassenen Verordnungen (einfache Gesetze im materiellen Sinne).[13]

4. Christoph Keimer: Die rechtlichen Besonderheiten bei der Entsendung deutscher Arbeitnehmer in die arabischen Golfstaaten

Im Anschluss daran deutet Christoph Keimer (Mitglied der GAIR) „die rechtlichen Besonderheiten bei der Entsendung deutscher Arbeitnehmer in die arabischen Golfstaaten" an. Der Beitrag ist sehr informativ und bietet einen weiten und umfangreichen Überblick über die arbeits-, aufenthalts-, sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Belange, die aus Sicht des Autors sowohl im Heimatland als auch im Entsendungsstaat berücksichtigt werden müssen. Er nennt diese vier rechtlichen Aspekte die „vier rechtlichen Säulen einer Entsendung". Das Thema behandelt der Autor im ersten Teil des Beitrages im Allge-

[10] Vgl. für eine sachliche Unterscheidung zwischen den beiden Begriffen Mathias Rohe: Das islamische Recht, Geschichte und Gegenwart, München 2011, S. 9 m. w. N.; Rüdiger Lohlker: Islamisches Recht, Wien 2012, S. 14–17; jüngst auch Hatem Elliesie: Binnenpluralität des Islamischen Rechts: Diversität religiöser Normativität rechtsdogmatisch und- methodisch betrachtet, SFB Governance Working Paper Series, Sonderforschungsbereich 700 [SFB] „Governance in Räumen begrenzter Staatlichkeit", Nr. 54, Berlin 2014, S. 6 f.

[11] Vgl. die arabischen Texte oder Shahoud Almousa, in: Electronic Journal of Islamic and Middle Eastern Law (EJIMEL) 2 (11) (2014), S. 63–72: IPR und ordre public im Recht arabischer Staaten, www.zora.uzh.ch/96938.

[12] Vgl. Art. 67, 70 i. V. m. 44 GG.

[13] S. ʿAbd al-Qader aš-Šaīḫalī: Grundprinzipien der Gesetze (*ānẓimah*) im Königreich Saudi-Arabien, ar-Riyāḍ 2015, S. 67 f. m. w. N.

meinen und stellt im zweiten Teil den praktischen Bezug zur Entsendung deutscher Arbeitnehmer nach Saudi-Arabien dar. Der Beitrag ist durch seine allgemeine und aufschlussreiche Darstellung gekennzeichnet. Er skizziert zwar die wichtigen problematischen Punkte der Entsendung, beschränkt sich allerdings auf eine theoretische Darstellung.

5. Kai Kreutzberger: Equitable Justice in a Hybrid Legal Setting. The Principle of Good Faith in Middle Eastern Commercial Laws

Ein attraktives Thema wird von Kai Kreutzberger (Mitglied der GAIR) in englischer Sprache unter dem Titel „Equitable Justice in a Hybrid Legal Setting. The Principle of Good Faith in Middle Eastern Commercial Laws“ behandelt. Gründe der zunehmenden Bedeutung des Themas führt der Autor, u. a., auf die gegenwärtigen politischen Entwicklungen in Nahen Osten zurück. Er führt hier an

> Yet there are a number of reasons for this current interest in good faith. One lies in the current political events in the region. Good faith and its derivative concepts, such as the doctrine of abuse of rights or force majeure, all attract increased attention in the current unstable political situation that also has an effect on the business world.[14]

Die Auseinandersetzung mit den Begriffen „Treu und Glauben“, „Bonne foi“ und *„ḥusn an-nīya“* ist an dieser Arbeit besonders gelungen. Bei Letzterem (*ḥusn an-nīya*) ist der Bezug zur *šarīʿa* und zu den Werken ʿAbd ar-Razzāq as-Sanhūrīs sehr informativ. Die Darstellung könnte jedoch knapper und schlüssiger sein. Es hätte sich außerdem angeboten, den politisch problematischen Terminus wie „Persian Gulf“ zu vermeiden und stattdessen den Begriff „Arabian Peninsula“ zu benutzen, denn der Terminus „Persian Gulf“ erfährt ein arabischer Leser mit einer negativen Konnotation.

6. Osman Sacarcelik: Neuere Entwicklungen im Recht der Kapitalgesellschaften in Qatar

In der weiteren Reihe des Bandes liefert Osman Sacarcelik (Mitglied des Kuratoriums der GAIR) eine grundlegende, textbezogene Analyse zu den „Neueren Entwicklungen im Recht der Kapitalgesellschaften in Qatar“. In seiner gut strukturierten Arbeit stellt der Autor die Gesellschaftsformen in Qatar dar und erläutert anschließend die Genese und Ziele der angestrebten Reformen. Besonders gelungen an dieser Arbeit ist der Rechtsvergleich mit Deutschland und auch den benachbarten Golfstaaten wie zum Beispiel Kuwait.

7. Christian Schultze: Produkthaftungsrecht in der arabischen Mutterrechtsordnung Ägyptens

In einer detaillierten, wissenschaftlich und praktisch relevanten Untersuchung schildert Christian Schultze (Mitglied der GAIR) das

[14] Vgl. S. 99.

„Produkthaftungsrecht in der arabischen Mutterrechtsordnung Ägyptens“. Diese Arbeit ist durch ihre klare, pointierte und vielseitige Betrachtung gekennzeichnet. In der Einführung zum Thema legt der Verfasser die Beziehung zwischen dem heutigen ägyptischen Recht, das als Vorbild für die Gesetzgebung in den meisten arabischen Staaten gilt, und dem französischen sowie dem islamischem Recht fest. Er stellt demnach die unterschiedlichen Haftungsformen in ägyptischem Recht im Zivil- und Handelsgesetzbuch und dem Verbrauchergesetz dar, vergleicht sie mit der Rechtslage in Deutschland und versucht Anknüpfungspunkte dazu in der *šarīʿa* zu finden. Das Thema spielt jedoch in innerstaatlichen Rechtsverhältnissen in Ägypten (auch in den meisten arabischen Staaten) eine untergeordnete Rolle. Die Gründe dafür sind, dem der Autor zufolge:

> Denn neben der relativ hohen Analphabetenrate nehmen viele Ägypter Betrug als notweniger (sic) Bestandteil der Geschäftspraxis hin.[15]

8. Souheil Thabti: Die regulatorischen Rahmenbedingungen islamischer Banken in Bahrain

In dem letzten Beitrag des Werkes liefert Souheil Thabti (Mitglied der GAIR) einen kurzen Überblick über „Die regulatorischen Rahmenbedingungen islamischer Banken in Bahrain“. Der Beitrag ist informativ und schlüssig. Die vom Autor unter dem Punkt „Begriffserklärung – Islamische Bank“ eingeführten Vermutungen zur Erklärung des Begriffes „*šarīʿa* Principles“ / „Islamic Principles“[16] sind jedoch nicht ganz überzeugend. Es fehlt eine gründliche Auseinandersetzung mit dem Thema aus Sicht der arabischen und islamischen Literatur[17] und Rechtsprechung[18]. Dort herrscht im Allgemeinen die Auffassung, dass grundsätzlich die eindeutigen Bestimmungen der *šarīʿa* die „Prinzipien der *šarīʿa*“ ausmachen.[19] Dazu gehört u. a. das Verbot der *ribā* und von Spekulationsgeschäften.[20]

---

15 Vgl. S. 159.

16 Vgl. S. 173 f.

17 ʿAbd ar-Razzāq as-Sanhūrī: al-wasīṭ fi šarḥ al-qānūn al-madanī, maṣādir al-iltizām, Kairo 1964, S. 48 f.; Sāmi Ǧamāl ad-Din: Grundzüge des Verwaltungsrechts, Alexandria 2011, S. 84 f.; so auch Art. 219 der ägyptischen Verfassung von 2012.

18 Ägyptisches Verfassungsgericht, Fall Nr. 7, 15/05/1993.

19 Vgl. Das oberste Verfassungsgericht (Ägypten), Fall Nr. 7, 15.05.1993 m. w. N.

20 Für weitere Beispiele in Bezug auf den *ordre public* und eindeutige Bestimmungen der *šarīʿa*, siehe Shahoud Almousa in: Electronic Journal of Islamic and Middle Eastern Law (EJIMEL) 2 (11) (2014), S. 63–72: IPR und ordre public im Recht arabischer Staaten, www.zora.uzh.ch/96938.

9. Schlussfolgerung

Die meisten Beiträge dieses Werkes sind informativ, gut strukturiert und gründlich bearbeitet. Die Inhalte beschränken sich nicht nur auf theoretisches Wissen, sondern bieten sie auch dazu viele praxisrelevanten Aspekte, persönliche Erfahrungen und einige rechtsvergleichende Anknüpfungspunkte. Sie sind des Weiteren in einer einfachen und eindeutigen Sprache verfasst. Die in diesem Werk behandelten Themen sprechen anhand ihrer Vielfalt nicht nur Juristen (Praktiker und Wissenschaftler) und Unternehmer an, sondern auch Politik- und Islamwissenschaftler.

Aouni Shahoud Almousa LL.M. corp. restruc. (Mitglied der GAIR) ist Doktorand am Fachbereich Rechtswissenschaft der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg; vormals Lehrbeauftragter am Seminar für Sprachen und Kulturen des Vorderen Orients der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und Lehrbeauftragter zum Recht der arabischen Staaten an der juristischen Fakultät der Universität Konstanz.

ZRI 2016 (S. 331–333)

Mahmoud Bassiouni: Menschenrechte zwischen Universalität und islamischer Legitimität, Berlin: Suhrkamp 2014, Broschur, 390 S., € 18,00

Assem Hefny

Das Thema Islam und Menschenrechte ist nach wie vor höchst wichtig. Gerade nach dem Scheitern des „Arabischen Frühlings“ und den daraus resultierenden Flüchtlingsbewegungen sowie angesichts der angespannten Lage und der konfessionell geprägten Bürgerkriege im Nahen Osten ist das Thema für das Zusammenleben von Muslimen und Nichtmuslimen in Europa von großer Bedeutung. Erkennen Muslime bzw. die islamisch geprägten Länder die UN-Menschenrechtserklärung von 1948 in ihrer Gesamtheit an oder nur partiell? Die Antwort auf diese Frage hängt von der Annahme bzw. Ablehnung der Universalität der Menschenrechte ab. Mit dieser und weiteren zentralen Fragen befasst sich der Verfasser Mahmoud Bassiouni ausführlich. Zu Recht meint der Autor, „dass die Auseinandersetzung mit dem Islam“ und seiner Beziehung zu Menschenrechten „überwiegend im Rahmen eines politischen Identitätsdiskurses erfolgt“ (S. 25).

Die Darstellung der „Kontexte des muslimischen Menschenrechtsdiskurses“ kann allein schon als eine ausführliche Studie über Islamisches Recht gelten. Sie geht auf sehr wichtige Fragen ein, wie die Position der Muslime innerhalb der internationalen Menschenrechtsdebatte. Hier kommt die muslimische Kritik an der westlichen, von Doppelmoral geprägten, Menschenrechtspolitik deutlich zum Ausdruck. Diese Politik führt dazu, dass Muslime einen Grund für ihre Ablehnung der Universalität der Menschenrechte finden. Was der Arbeit eher einen islamischrechtlichen Charakter gibt, ist die lange Beschäftigung mit dem islamischen theologischen Kontext bezüglich der Debatte um die Menschenrechte. Nichtdestotrotz ist die daraus entstandene Erklärung vieler Grundbegriffe des Islamischen Rechts wie *šarīʿa* und *fiqh* lobenswert. Die interessante Unterscheidung zwischen *šarīʿa* als göttlich gegeben und *fiqh* als menschlichem Produkt scheint jedoch eher theoretisch als praktisch zu sein, da die Grenzen zwischen Göttlichem und Menschlichem immer noch fließend sind.

Folgt man Bassiouni in Bezug auf die Begründung der *šarīʿa*-Bestimmungen, so müsste jede islamische Vorschrift, insbesondere die Verbote einen Grund (*ʿilla*) haben, bis auf die rituellen Handlungen. Hier stellt sich die Frage: Wenn der Grund des Verbots des Weinkonsums „die rauscherzeugende Wirkung“ (S. 143) wäre, ist dann das Trinken einer kleinen, nicht berauschenden Alkoholmenge erlaubt? Und was wäre dann der Grund des Schweinefleischverbots?

Die Heranziehung der Theorie von *maqāṣid aš-šarīʿa* (Maxime der *šarīʿa*) als Mittel,

die Menschrechte mit dem Islam zu vereinbaren, ist ein gelungener Versuch. Denn der Schutz der notwendigen, erforderlichen und verbessernden Güter könnte die Basis sowohl für die Etablierung als auch für weitere, sich zeitgemäß immer erneuernde Entwicklung des Menschenrechtskonzepts bilden. Hierbei erklärt Bassiouni auf eine hervorragende Art und Weise, wie der Schutz der notwendigen Güter „Leben, Vernunft, Nachkommenschaft, Eigentum und Religion“ (so bei Bassiouni in dieser Reihenfolge, S. 297) mit dem Hauptziel der Menschenrechte vergleichbar ist. Eine hier nicht thematisierte Problematik ist allerdings, dass mit dem Schutz der Religion, was in der Regel als das zweite und nicht letzte Gut gilt, der Schutz des Islam gemeint ist. Folglich müsste der Schutz der Vernunft nur innerhalb der islamischen Religion verstanden werden. Das bedeutet, dass der Schutz der Vernunft im Sinne der Denkens- bzw. Glaubensfreiheit hier ausgeschlossen ist, da dies zur Freiheit des Abfalls vom Glauben führen könnte, was nach traditionellem *šarīʿa*-Verständnis mit dem Tod geahndet werden muss. Eine Auseinandersetzung mit dieser Problematik anhand der Frage des Menschenwohls (*maṣlaḥa*) und dessen Bestimmung seitens Gottes oder des Menschen hätte der Arbeit einen enzyklopädischen Charakter gegeben. Würde die von vielen klassischen Rechtsgelehrten vertretene Ansicht, dass die *šarīʿa* Gottes dort ist, wo die *maṣlaḥa* ist, und dass die Bestimmung des Menschenwohls von der menschlichen Erfahrung abhängt, Geltung finden, dann würde es aus islamischer Sicht kein Problem darstellen, die Menschenrechte nach westlichem Modell anzunehmen, ja sogar alle rechtlichen Bestimmungen, seien sie westlich oder nicht, zu akzeptieren, solange sie dem Menschenwohl dienen.

Auf die Frage des Ursprungs bzw. der Entwicklung der Menschenrechte geht Bassiouni souverän ein. Zu Recht meint er, dass die Menschrechte eine Folge des Versuchs sind, den Menschen vor auftretenden Gefährdungen zu schützen. Demzufolge sind sie nicht als „präexistent“ zu charakterisieren. Vielmehr müssen sie

> als sozial konstruierte Mechanismen verstanden werden, die zu verschiedenen Zeiten und in Reaktion auf bestimmte Praktiken und Zustände entstanden sind, die die Menschen in ihren grundlegenden Bedürfnissen gefährdet und verletzt haben. (S. 361)

Dieses Verständnis würde den Muslimen helfen, die Menschenrechte nicht als fertiges Produkt Gottes zu verstehen, sondern als ein menschliches, unabgeschlossenes. Selbst die *qurʾānischen* oder prophetischen bzw. kalifatischen Aussagen, die von Muslimen gern als Kern und Basis der Menschenrechte wahrgenommen werden, sind als Reaktionen auf geschichtliche Ereignisse entstanden, um Übel oder Gefährdungen, so die Begrifflichkeiten Bassiounis, aufzuheben oder zu vermeiden.

Eine vermisste Thematik in dieser beeindruckenden Arbeit ist die Frage der menschlichen Würde. Denn die im *Qurʾān* betonte Würdigung des Menschen (vgl. *Qurʾān* Sure 17 Vers 70) unabhängig von seiner Religion, Rasse, Hautfarbe, Sprache usw. würde

jede religiöse Argumentation bzw. Begründung der Menschenrechte unhaltbar machen. Die Anerkennung einer vollständigen Würde für jeden Menschen würde die Basis für die Akzeptanz der Menschrechte seitens Anhänger aller Religionen bzw. seitens aller Andersdenkenden schaffen.

Zum Schluss sei zu erwähnen, dass diese gründliche wissenschaftliche Studie als ein wichtiger Beitrag zum Dialog zwischen Europa und Islam / Muslimen zu sehen ist. Eine solche Arbeit sollte in allen islamischen Zentren für Islamische Theologie in Deutschland zum Lehrstoff gehören.

Dr. Assem Hefny (Mitglied der GAIR) ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Centrum für Nah- und Mittelost-Studien der Philipps-Universität Marburg.

ZRI 2016 (S. 335–337)

Ghassem Ghassemi: Criminal Policy in Iran Following the Revolution of 1979 – A Comparative Analysis of Criminal Punishment and Sentencing in Iran and Germany, Berlin / Freiburg: Duncker & Humblot 2013, 265 S., € 35,00

Silvia Tellenbach

Die vorliegende Arbeit entstand als Doktorarbeit in der „International Max Planck Research School on Comparative Criminal Law“ am „Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht“. Diesem Umfeld ist es wohl zu verdanken, dass die Arbeit in der Einführung sagt, sie wolle strafrechtliche Sanktionssysteme und Diskurse sowie die Einstellung der Öffentlichkeit zu Strafurteilen und Strafen in Iran und in Deutschland rechtsvergleichend analysieren und ihren kulturellen, politischen und historischen Hintergründen für die Unterschiede im Strafrecht beider Länder nachgehen. Tatsächlich liegt das Schwergewicht deutlich auf einer Darstellung des iranischen Strafrechts, aber gerade das macht das Buch für den hiesigen Leserkreis interessant.

Ein erstes Kapitel gibt einen Abriss über die Strafrechtspflege in Iran seit Mitte des 19. Jahrhunderts bis zur Islamischen Revolution (S. 7–38) und skizziert die deutsche Strafgesetzgebung seit der *Constitutio Criminalis Carolina* von 1532 (S. 38–42). Die Ausführungen über Iran beschreiben kurz zunächst die Strafjustiz im 19. Jahrhundert, die weitgehend in den Händen von Provinzgouverneuren lag und durch Willkür und Grausamkeit gekennzeichnet war, ferner erste Versuche der *Šāhs*, die Zentralgewalt stärker durchzusetzen und schlimmsten Auswüchsen entgegenzutreten, wie beispielsweise durch das Verbot von Folter und unverhältnismäßigen Strafen, schließlich frühe Reformdiskussionen. Das Chaos in der Strafjustiz wird mit als einer der Faktoren bezeichnet, die die Verfassungsbewegung stärkten. Ein weiterer Abschnitt widmet sich dem Spannungsverhältnis zwischen der *šarīʿa* und dem säkularen Recht bei der Gesetzgebung und der Institutionalisierung der Justiz in den Jahrzehnten nach dem Erlass der Verfassung von 2006/2007 und beschreibt eingehend das kurzlebige Strafgesetzbuch von 1917 und das Strafgesetzbuch von 1926.

Ein zweites Kapitel behandelt Strafrechtspflege und Strafen in Iran seit der Islamischen Revolution (S. 45–129) sowie im jetzigen Deutschland (S. 130–156). In dem Kapitel über die iranische Strafrechtspflege wird zunächst der allgemeine rechtliche, insbesondere verfassungsrechtliche Rahmen nach der Revolution nachgezeichnet, dann die Strafgesetzgebung von 1982 / 1983 und 1991 / 1996 – das neue Strafgesetzbuch von 2013 konnte der Autor noch nicht einbeziehen. Dabei liegt der Schwerpunkt auf dem Sanktionensystem, das ja auch in Iran weit mehr als die gemeinhin bekannten islamischen Strafen umfasst. Es folgen Abschnitte über die Anwendung wichtiger Strafen, vor allem Todesstrafe, Gefängnisstrafe und Auspeit-

schung und zwar zum einen die normativen untergesetzlichen Regelungen dazu wie Durchführungsverordnungen oder Zirkulare des Oberhaupts der Justiz, dann aber auch Angaben zur Rechtspraxis, etwa zur Häufigkeit der Anwendung – soweit zuverlässig feststellbar –, ferner zu besonderen Problemen, etwa beim Vollzug der Gefängnisstrafe. So sind iranische Gefängnisse aus den verschiedensten Gründen notorisch überfüllt. Ein Zirkular des Oberhaupts der Justiz hat daher die Richter angewiesen, auf Gefängnisstrafen nach Möglichkeit zu verzichten. Diese Abschnitte enthalten viele Details zur Strafrechtswirklichkeit in Iran. Das Kapitel schließt mit einer Reihe von recht unterschiedlichen rechtsvergleichenden Überlegungen zum iranischen und deutschen Recht, beispielsweise das Verhältnis von Menschenrechten und Strafen in Deutschland (5.5) und in Iran (5.6–5.10) oder die unterschiedliche Stellung des Opfers im deutschen und iranischen Strafprozess (5.11).

Besonders interessant ist Kapitel 3: „Public Attitudes to Crime Punishment and Sharia in Iran“ (S. 199–236), das die Ergebnisse einer Umfrage darstellt, die der Autor 2007 und 2008 unter Studenten an Universitäten und religiösen Seminaren, Richtern, Staatsanwälten, Polizeibeamten und Richtern in Teheran, Qom, Sanandaj und Ahvaz über ihre Einstellung zum Strafensystem in Iran durchgeführt hat. Der Autor sagt selbst, dass eine solche Befragung nicht repräsentativ für das ganze Land sein kann, dass sie aber Hinweise auf die Einstellungen derer gibt, die derzeit für die Strafrechtspflege Bedeutung haben oder in Zukunft haben werden. Der Rücklauf betrug 850 Fragebögen, die allerdings nicht alle vollständig ausgefüllt worden sind. Die zahlreichen Fragen bezogen sich auf die Einstellung zur Todesstrafe, zu Körperstrafen, zur Gefängnisstrafe, aber auch zu Strafzwecken, zu Strafen für einzelne Delikte und zur Reformbedürftigkeit überhaupt. Bei der Auswertung der Antworten zeigte sich, dass die Einstellung der Antwortenden zum Islam (konservativ oder fortschrittlich) auch für ihre Einstellung zur Kriminalpolitik maßgebliche Bedeutung hatte. So befürworteten etwa konservativ Denkende in deutlich höherem Maß harte Strafen, selbst dort, wo die *šarīʿa* keine entsprechenden Bestimmungen vorsieht. Faktoren wie Alter, Geschlecht oder Beruf traten demgegenüber in den Hintergrund, auch wenn sie in Einzelfällen durchaus eine Rolle spielen. So lehnen Frauen deutlich öfter als Männer die Vorschrift des Art. 630 irStGB von 1991 / 1996 ab, der dem Ehemann Straflosigkeit zubilligt, der seine Ehefrau beim Ehebruch ertappt und sie und den Liebhaber tötet. Bei der Einstellung zu den einzelnen Strafen wird die Todesstrafe von einer überwiegenden Mehrheit der Befragten akzeptiert. Bei Amputationsstrafen wurde nach der Nützlichkeit und dem göttlichen Charakter sowie nach der Wirkung für das internationale Ansehen der Muslime und einer etwaigen Verletzung der Menschenwürde gefragt. Da die Amputationsstrafen alle zum Kernbereich des (kodifizierten) religiösen Rechts gehören, verwundert es nicht, dass die Zahl derer, die hier Vorbehalte hatten –

oder zu äußern wagten? – gering war, selbst wenn die Zahl der Frauen auch hier signifikant höher war. Die Auspeitschungsstrafe, die in der überwiegenden Anzahl der Fälle bei der Gruppe der Taten vorgesehen ist, die durch die *šarīʿa* überhaupt nicht oder nicht mit genau benannten Strafen belegt werden, wird in weit höherem Maße skeptisch gesehen und das, obwohl auch die Gefängnisstrafe häufig als „Academy of Crime“ abgelehnt wird. Die Schaubilder, von denen die Auswertung der Befragung begleitet wird, sind im Detail allerdings häufig nur für Soziologen und andere Personen mit Kenntnissen in Statistik zu verstehen.

Dr. Silvia Tellenbach (Mitglied des Vorstands der GAIR) ist Leiterin des Referats „Türkei, Iran und arabische Staaten“ am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i. Br.

ZRI 2016 (S. 339–344)

TAGUNGSBERICHTE

Tagungsbericht „Interdisciplinary Approaches to Legal Pluralism in Muslim Context“ (6.–7. 10. 2016), Institut für Arabistik und Islamwissenschaft und Exzellenzcluster „Religion und Politik“, Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Ulrike Qubaja & Yvonne Prief

In an international and interdisciplinary workshop held by the Institute of Arabic and Islamic Studies and the Cluster of Excellence “Religion and Politics” at the Westfälische Wilhelms-Universität Münster in October 2016 concepts of legal pluralism in Muslim contexts were approached and revised from different perspectives, following normative or empirical approaches. Presentations focused on concrete settings in either strong European states facing legal pluralist constellations as a result mainly of Muslim migration or in weak states where the parallel existence of state law, religious law and customary law has often been a given factor for generations.

Das Institut für Arabistik und Islamwissenschaft und das Exzellenzcluster „Religion und Politik“ an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster veranstalteten Anfang Oktober 2016 einen interdisziplinären und international besetzten Workshop zu Fragen rechtlichen Pluralismus’ in muslimischen Kontexten. Der Workshop wurde im Rahmen des Projektes „Legal Pluralism in Muslim Context“ von der Gerda Henkel-Stiftung getragen. Eine zusätzliche finanzielle Unterstützung erfolgte durch das Exzellenzcluster „Religion und Politik“.

Ziel der Tagung war es, den interdisziplinären Austausch innerhalb der Rechtspluralismus-Forschung zu fördern und verschiedene Ansätze und Forschungsfelder miteinander zu verbinden. Ein besonderer Fokus lag dabei auf den Dichotomien zwischen normativen vs. empirischen Ansätzen sowie rechtspluralistischen Konstellationen in starken vs. schwachen Staaten. Der muslimische Kontext gab der Tagung einen inhaltlichen Fokus auf die Dimension des religiösen Rechts.

Am ersten Tag lag der inhaltliche Schwerpunkt auf rechtspluralistischen Fragestellun-

gen im Kontext starker Staaten. Die Beiträge bezogen sich vor allem auf europäische Einwanderungsgesellschaften mit Debatten um rechtliche Dimensionen religiöser muslimischer Praxis, aber auch auf Staaten mit indigener muslimischer Bevölkerung und rechtspluralistischer, in der Zeit des Osmanischen Reiches wurzelnder Tradition.

Die Tagung begann mit einem Grußwort und einer inhaltlichen Einführung durch Norbert Oberauer, den Leiter des Projektes „Legal Pluralism in Muslim Context“. Er beschrieb die verschiedenen Strömungen in der Rechtspluralismus-Forschung und teilte seine Überlegungen dazu, wie diese verknüpft sind und voneinander profitieren können, mit dem interessierten Fachpublikum.

Im ersten Vortrag, „Law in Context“, ging Fabian Wittreck, Leiter des Instituts für Öffentliches Recht und Politik an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, zunächst auf Unterschiede von empirischen und theoretisch-normativen Betrachtungsweisen von Rechtspluralismus ein, in der Folge auf die Perzeption des Themas bei deutschen Juristen. Während Rechtspluralismus im muslimischen Kontext in Deutschland von einflussreicher und polarisierender populärwissenschaftlicher Literatur behandelt worden sei, führe das Thema in der deutschen Rechtswissenschaft ein Nischendasein.

Im anschließenden Vortrag, „Muslim Legal Practice in the United Kingdom: The Muslim Arbitration Tribunal“, berichtete Yvonne Prief, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Arabistik und Islamwissenschaft der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, über das 2007 in England gegründete Muslim Arbitration Tribunal Dieses führt unter anderem Familienmediationen sowie Schiedsverfahren in Geschäftsstreitigkeiten durch. Yvonne Prief stellte fest, dass die Institution dabei islamische Rechtsprinzipien und traditionelle Verfahren zur Anwendung bringe, zu deren Legitimierung aber gleichzeitig auf den Rahmen des englischen Rechts zurückgreife, das die Nutzung alternativer Streitschlichtungsmechanismen vorsieht sowie mit dem *Arbitration Act* 1996 die Rechtsgrundlage für Schiedsverfahren gelegt hat. Die komplementäre Verwendung islamischen und englischen Rechts spiegle sich weiterhin in der Qualifikation der Mitarbeiter wider, die neben einer islamischen Ausbildung in vielen Fällen ein Studium des englischen Rechts absolviert hätten. Weiterhin ging Prief auf in der medialen Debatte aufgeworfene Kritik bezüglich des Umgangs mit Fällen häuslicher Gewalt, Zwangsehen sowie einer möglichen Ungleichbehandlung von Frauen ein, die einer differenzierten Betrachtung bedürften.

Im dritten Beitrag sprach Vishal Vora, Teaching Fellow an der School of Oriental and African Studies in London, über das Problem nicht-registrierter Ehen zwischen Muslimen in England. Er vertrat die These, dass ein erheblicher Anteil der in England geschlossenen muslimischen Ehen mangels Registrierung nicht staatlich anerkannt sei. Hierbei handele es sich in vielen Fällen nicht um informierte rationale Entscheidungen,

z. B. auf Grund einer Ablehnung der staatlichen Ehe. Vielmehr gingen viele Muslime davon aus, dass sie eine rechtsgültige Ehe schlössen. Die Nicht-Anerkennung dieser Ehen führe im Prozess von Scheidungen zu erheblichen finanziellen Benachteiligungen der Ehefrauen. Vishal Vora diskutierte ferner juristische Möglichkeiten einer Abwendung dieser Benachteiligung und zog Vergleiche zur Rechtslage in Schottland, wo dieses Problem kaum bestehe.

Latif Taş, Postdoctoral Researcher an der Law Faculty der School of Oriental and African Studies in London, präsentierte in seinem Vortrag, „Not All Customary Laws are Religious: The Case of Secular Kurdish Alternative Law in Europe“, das säkulare, nichtstaatliche kurdische Rechtssystem in der Türkei, London und Berlin. Nicht-staatliche säkulare Rechtsprechung, die ihre Ursprünge im osmanischen Millet-System hat, spiele in den kurdischen Gebieten der Türkei eine wichtige Rolle und finde auch in den großen kurdischen Migrantengemeinden in Berlin oder London Berücksichtigung. Latif Taş diskutierte, wie und warum dieses Recht in den Migrantengemeinden angewendet wird. Ferner analysierte er Anpassungsmuster kurdischen säkularen Rechts an seine Umgebung. Während zum Beispiel in der Türkei zur Vermeidung von Verfolgung eine Verschriftlichung kurdischer Rechtsprechung vermieden werde, erlangten schriftliche Dokumente in den Migrantengemeinden eine zunehmend wichtige Bedeutung.

Konstantinos Tsitselikis, Professor an der University of Macedonia in Thessaloniki, analysierte in seinem Vortrag „Muslims of Greece: A Legal Paradox and a Political Failure“ das Regime der Minderheitenrechte der indigenen muslimischen Bevölkerung in Thrakien. Dieses Regime, das (angelehnt an Prinzipien des osmanischen Millet-Systems) der muslimischen Minderheit, die vom Bevölkerungsaustausch von 1923 ausgespart war, eine gewisse Autonomie im Bereich des Personenstandsrechts zuspricht, stelle sich im Hinblick auf rechtsstaatliche Prinzipien als problematisch dar. So beinhalte es in seiner praktischen Anwendung Aspekte der Ungleichbehandlung, z. B. wenn in familienrechtlichen Prozessen zwischen Muslimen aus Thrakien ein Fall zurück an ein Scharia-Gericht verwiesen werde, selbst wenn eine Partei ein ziviles Gericht vorziehe. Als weiteres Beispiel nannte er die automatische linguistische Zuordnung von Muslimen als „türkisch“ im Bildungssystem. Der fehlenden Reformbereitschaft des griechischen Staates bzgl. dieses Systems stellte Tsitselikis die ausbleibende Anerkennung religiöser Rechte neuer muslimischer Migranten gegenüber. Tsitselikis analysierte ferner die politischen Hintergründe der Aufrechterhaltung dieses Minderheitenregimes, die in der angespannten Beziehung zwischen der Türkei und Griechenland wurzelten.

Der erste Tag wurde von einer öffentlichen Abendveranstaltung abgeschlossen. Referenten der Abendveranstaltung waren Marie-Claire Foblets, Direktorin des Max-Planck-Instituts für ethnologische Forschung in Halle/Saale und Leiterin der Abteilung ‚Recht

und Ethnologie, sowie Ido Shahar von der Haifa University.

In Ihrem Vortrag „Religious Legal Pluralism in Europe: A Call for a Critical Assessment of the Basic Principles in Force“ diskutierte Marie-Claire Foblets den empirischen Befund, dass in Europa das Recht auf Religionsfreiheit zu Gunsten der Mehrheitsreligionen ungleich verteilt sei. Letzteren sei es gelungen, Abkommen mit staatlichen Autoritäten auszuhandeln, die ihre religiösen Rechte sichern – während Vertreter von Minderheitenreligionen Vergleichbares nicht erreichen konnten. Foblets thematisierte dies als Paradox, da der Zweck der Religionsfreiheit ursprünglich der Schutz von Minderheiten sei. Anhand des Beispiels eines Aushandlungsprozesses religiöser Rechte zeigte Foblets Ansätze für einen inklusiver gestalteten Weg religiöser Vielfältigkeit auf.

Im anschließenden Vortrag „An Institutional-Organizational Perspective on Legal Pluralism: Some Theoretical and Conceptual Premises“ präsentierte Ido Shahar eine organisationssoziologische Sicht auf Rechtspluralismus am Beispiel von Scharia-Gerichten in Israel. Scharia-Gerichte gehören zwei unterschiedlichen organisatorischen Feldern mit je eigenen normativen Grundlagen an, nämlich dem israelischen Gerichtswesen und dem palästinensischen Gefüge islamischer Institutionen. Shahar zeigte am Beispiel einer Kampagne für die Reform von Unterhaltsforderungen muslimischer Frauen, wie Scharia-Gerichte einerseits Quellen normativen Wandels seien, der über die rechtliche Sphäre hinausgehe, wie dies aber einhergehe mit einer Marginalisierung in beiden organisatorischen Feldern bis hin zur Bedrohung ihrer organisatorischen Integrität.

Am zweiten Tag des Workshops lag der Fokus der Vorträge auf Rechtspluralismus im Kontext eher schwacher staatlicher Strukturen, vorwiegend in einem nachkolonialen Kontext, in dem eine schwache Form rechtlichen Pluralismus seit langem institutionalisiert ist.

Im ersten Vortrag „Muslim Legal Pluralism in Comparative Perspective: The Cases of Turkey and Pakistan“, betrachtete Ihsan Yilmaz, Professor für Islamic Studies and Intercultural Understanding an der Deakin University in Melbourne, die historische Entwicklung muslimischen inoffiziellen rechtlichen Pluralismus im Lichte unterschiedlicher staatlicher Ideologien und Politiken. Er wies auf eine starke laizistische Entwicklung in der Türkei hin, die dazu geführt habe, dass z. B. die Dichotomie aus religiöser und staatlicher Eheschließung selbstverständlich geworden sei.

In ihrem Vortrag „Constitutional-recognised Islamic law and Sharia Courts in Ethiopia: State Attempts to Co-regulate the Highly Contested Family Law Arena“ erörterte Katrin Seidel, wissenschaftliche Mitarbeiterin in der Abteilung ‚Recht und Ethnologie‘ des Max-Planck-Instituts für ethnologische Forschung, Fragen eines verfassungsmäßig anerkannten Rechtspluralismus im Bereich des äthiopischen Familienrechts. Scharia-Gerichte, die als „freiwillige Gerichtsbarkeit“ im Bereich des Familienrechts tätig sind, seien verpflichtet, die geltende Zivilprozessordnung-

nung anzuwenden. Dies scheitere häufig an der Unkenntnis derselben durch die *Qāḍīs*, die entsprechend manchmal auch islamische Prozessregeln verwendeten. Andererseits bevorzugten in urbanen Gegenden die *Qāḍīs* die Anwendung staatlichen Rechts, zumal die abschließende richterliche Prüfung durch staatliche Richter erfolge, die Beschwerden über juristische Fehler der *Qāḍīs* aufgrund eigener mangelnder Kenntnis islamischen Rechts ansonsten ablehnten. Die formale Anerkennung einer parallelen religiösen Gerichtsbarkeit führe somit in der Praxis zu einer Reihe an Umsetzungsschwierigkeiten.

Im dritten Vortrag des zweiten Tages, „State Law, Customary Law and Religious Law in Hebron, Palestine: A Rational Choice Perspective“, diskutierte Ulrike Qubaja, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Exzellenzcluster „Religion und Politik“ der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, den Einfluss des Konzeptes weiblicher Ehre auf Interessen, Handlungsoptionen und Entscheidungen der beteiligten Akteure in einem Schlichtungsprozess. Dabei zeigte sie an einem Fallbeispiel, wie durch die spezifische Konstellation von Interessen, Macht und Institutionen eine (theoretisch favorisierte) mit rechtsstaatlichen Prinzipien eher konforme Lösung verhindert wird.

Im Anschluss präsentierte Irene Schneider, Professorin am Seminar für Arabistik/Islamwissenschaft der Georg-August-Universität in Göttingen, in ihrem Beitrag „The Qāḍī al-Quḍāt as Legislator: Legal Pluralism in Palestine“ die Entwicklung in den palästinensischen Gebieten dahingehend, dass religiöse Autoritäten legislative Funktionen übernehmen. Am Beispiel des Erlasses über die Eheauflösung von Seiten der Frau (*ḫulʿ*) durch den obersten *Qāḍī* analysierte sie, wie religiöse Autoritäten in Anbetracht der eingeschränkten Handlungsfähigkeit der palästinensischen Legislative faktisch Gesetze erlassen. Dabei bezog sie die damit verbundene öffentliche Debatte und die Reaktionen durch die palästinensische Autonomiebehörde ein.

Im fünften Beitrag des zweiten Tages, „Legal Pluralism and its Limits. A Polyparadigmatic View on Islamic Law: Comparative and Historico-theological Approaches“, präsentierte Karen Meerschaut, Postdoc an der Vrije Universiteit Brussel, den Fall Malaysia als Beispiel starken rechtlichen Pluralismus. Sie analysierte institutionelle und inhaltliche Reformen seit den 1980er Jahren im Hinblick auf Verankerung und Konzeptionalisierung islamischen Rechts im Kontext politischer Kämpfe und Machtkonstellationen.

Den abschließenden Vortrag mit dem Titel „Legal Pluralism in Indonesia: The Case of Interfaith Marriages“ hielt Judith Koschorke, Doktorandin an der Georg-August-Universität Göttingen. Sie erörterte die Entwicklung der Rechtsinterpretation in Indonesien in Fällen interreligiöser Ehen sowie den damit einhergehenden praktischen Umgang mit der Rechtslage. Während Eheschließungen in Indonesien dem Recht der anerkannten Religionsgemeinschaften unterlägen, gebe es keine eindeutige gesetzliche Grundlage im Hinblick auf Eheschließungen zwischen gemischt-religiösen Paaren oder

Menschen, die keiner (anerkannten) Religionsgemeinschaft angehören. Während in der Vergangenheit solche Ehen entsprechend nicht anerkannt wurden bzw. verschiedenen Praktiken der Rechtsumgehung unterlagen (e. g. doppelte Konversion), gebe es aktuell den Trend der Interpretation, dass solche Eheschließungen nicht den Religionsgemeinschaften unterliegen, trotzdem aber gemäß niederländischem Recht aus der Kolonialzeit prinzipiell umsetzbar und gerichtlich anzuerkennen sind.

Yvonne Prief, M. A., ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Arabistik und Islamwissenschaft der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und arbeitet an ihrer Dissertation zur Thematik muslimischer Rechtspraxis in Großbritannien.

Ulrike Qubaja, M. A., ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Exzellenzcluster „Religion und Politik“ der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und schreibt ihre Dissertation zur Thematik Clan-basierten Gewohnheitsrechts im rechtspluralistischen Kontext in Palästina.

ZRI 2016 (S. 345–351)

Tagungsbericht Workshop „Islamisches Recht: Methoden und Kontexte“ (14./15. 4. 2016), Goethe-Universität Frankfurt

Hakkı Arslan

Der Workshop „Islamisches Recht: Methoden und Kontexte“ fand vom 14. bis 15. April in den Räumlichkeiten der Goethe-Universität in Frankfurt statt und wurde vom dortigen Institut für Studien der Kultur und Religion des Islam organisiert. Maßgeblich konzipiert und wissenschaftlich begleitet wurde das Programm von Prof. Jameleddine ben Abdeljelil (Juniorprofessor für Islamische Theologie und Religionspädagogik an der PH Ludwigsburg).

Dieser Workshop ist als ein Kooperationsprojekt der universitären Zentren für Islamische Theologie zu verstehen und ist somit die Fortsetzung der Workshop-Reihe zum Islamischen Recht, die im Jahr 2013 in Osnabrück begann, 2014 in Tübingen und 2015 in Erlangen an den jeweiligen Standorten für islamische Theologie fortgesetzt wurde. Nächstes Jahr soll die Reihe am Standort Münster fortgesetzt werden. Finanziell wird dieses Projekt von der Mercator-Stiftung getragen, die auch das Graduiertenkolleg für Islamische Theologie fördert.

Ziel dieser Workshop-Reihe ist es den wissenschaftlichen Austausch zwischen Professoren und Nachwuchswissenschaftlern, die standortübergreifend im Bereich des islamischen Rechts forschen und lehren, zu fördern und Netzwerke zur besseren Koordinierung der Forschung und Lehre zu schaffen. Es sollen einerseits laufende Projekte vorgestellt, aber auch aktuelle Themen und Forschungsansätze diskutiert und neu erarbeitet werden.

Mit diesem Ziel kamen vor allem Nachwuchswissenschaftler von den verschiedenen Standorten der islamischen Theologie nach Frankfurt, um gemeinsam über Methoden und Kontexte des islamischen Rechts zu diskutieren. Das Themenspektrum erstreckte sich von klassischen Ansätzen wie die juristische Hermeneutik bei Ibn Rušd oder der *istiḥsān*-Gedanke bei den frühen Ḥanafiten über zeitgenössische Konzepte und Diskussionen wie das Konzept des *fiqh al-wāqiʿ* bei ʿAbdullāh b. Baiya und die Anwendung der *qawāʿid-al-fiqhīya*-Literatur im modernen *Fatwā*-Wesen bis hin zu Themen wie Islamic Banking. Im Fokus stand also die methodische Anbindung des islamischen Rechts an seine historischen Kontexte. Es war eine sehr gute Mischung von Professoren, Habilitanden und Doktoranden vorhanden, wodurch sehr anregende Diskussionen stattfinden konnten.

Christian Müller: „Die Entwicklung des islamischen Juristenrechts (8.–19. Jahrhundert) als Forschungsaufgabe“

Der Islamwissenschaftler Prof. Christian Müller (Institut de recherche et d'histoire des textes, CNRS, Paris, Mitglied der GAIR) hielt den ersten inhaltlichen Vortrag der Tagung mit dem Titel „Die Entwicklung des islamischen Juristenrechts (8.–19. Jahrhundert) als Forschungsaufgabe“. Dabei betonte er vor allem die Wichtigkeit der Erforschung von historischen Dokumenten wie Urkunden oder Gerichtsregistern für das bessere Verständnis der konkreten Rechtspraxis. Ferner wies er darauf hin, dass jede Fachdisziplin und Literaturgattung innerhalb des Themengebietes des islamischen Rechts eine eigene Fachterminologie habe, die es genauestens zu berücksichtigen gelte, um Missverständnisse zu meiden und die Funktion und Aufgabenbereiche der jeweiligen Rechtsliteratur besser erfassen zu können. Dabei seien Veränderungen oder Weiterentwicklung in theoretischen oder praktischen Diskursen in den klassischen Texten zumeist in den Detaildiskussionen versteckt und nicht in den „großen Themen“, weshalb eine genaue Lektüre der Kommentarliteratur für die Erforschung der Rechtsliteratur notwendig sei.

Hamadi Dhouib: „Die Notwendigkeit einer Reform des klassischen *uṣūl al-fiqh*“

Im zweiten Vortrag des Tages referierte der reformorientierte Theologe und Denker Prof. Hamadi Dhouib (Tunesien) in arabischer Sprache über die Notwendigkeit einer Reform des klassischen *uṣūl al-fiqh* und wählte dabei einen sehr traditionskritischen Ansatz. Er betonte die historische Bedingtheit klassischer *uṣūl-al-fiqh*-Theorien und kritisierte dabei die textfokussierte, literalistische Herangehensweise, die er in den meisten *uṣūl-al-fiqh*-Werken zu identifizieren glaube.

Ferner seien der Konsensus und der Analogieschluss keine adäquaten Methoden, um das islamische Recht weiterzudenken, sondern ebenfalls Produkte des textfokussierten dogmatischen Ansatzes. Ausgehend davon setzte er sich für einen historisierenden Ansatz ein, in dem vor allem zielorientierte Auslegungsmethoden im Vordergrund stehen sollten. Dabei wiederholte er die aus den Reformdiskursen bekannten Kritikpunkte an der *uṣūl-al-fiqh*-Tradition, wie sie u. a. bei Naṣr Ḥāmid Abū Zaid, Ḥasan Ḥanafī oder Mohammed Arkoun zu finden seien.

Panel I: Serdar Kurnaz, Hakki Arslan, Ahmed Abd-Elsalam und Serdar Kurnaz

Im ersten Panel des Workshops nahmen die Postdoktoranden Dr. Serdar Kurnaz (Leiter des Schweizerischen Zentrums für Islam und Gesellschaft, Universität Freiburg), Dr. Hakkı Arslan (Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für islamische Theologie, Universität Osnabrück) und Dr. Ahmed Abd-Elsalam (Postdoktorand am Zentrum für Islamische Theologie, Universität Münster) teil.

Serdar Kurnaz: „Die rechtsmethodische Analyse des *ribā*“

Serdar Kurnaz stellte in seinem Vortrag mit dem Titel „Die rechtsmethodische Analyse des *ribā*“ die juristische Hermeneutik des mālikitischen Gelehrten und Philosophen Ibn Rušd ausgehend von seinem Werk *Bidāyat al-muǧtahid* anhand der Frage nach dem Zinsverbot (*ribā*) dar.

Iǧtihād bestehe für Ibn Rušd darin, die Traditionsbestände aufzuarbeiten und in Anlehnung an sie Lösungen für (neue) Probleme anzubieten. Dabei bestehe der Rekurs auf die Tradition nicht nur darin, auf *Qurʾān* und *ḥadīṯ* zurückzugehen, sondern auch unterschiedliche Rechtsmeinungen der Rechtsschulen zu rezipieren, so wie etwa im Falle der Frage nach *ribā*. Das adäquate Verständnis der Offenbarungstexte gehe laut Ibn Rušd über das Verständnis der Rechtsschultradition hinaus. Die Elaboration der Tradition erlaube es dem *muǧtahid*, die autoritativen Texte zu verstehen und in Anlehnung an sie Prinzipien abzuleiten, mit denen neue Fälle geregelt werden könnten, sodass den Menschen mittels autoritativer Quellen moralisches Handeln vorgeschlagen werden könne.

Hakkı Arslan „Das Konzept des *fiqh al-wāqiʿ* im zeitgenössischen Gelehrtendiskurs“

Im zweiten Vortrag von Dr. Hakkı Arslan ging es um das Konzept des *fiqh al-wāqiʿ* im zeitgenössischen Gelehrtendiskurs. Unter den muslimischen Gelehrten existierten gegenwärtig zahlreiche Lösungsansätze für zeitgenössische Herausforderungen und Probleme. Eine der wichtigsten Fragen sei dabei, wie das klassische *fiqh*-Erbe in diese Diskurse integriert werden solle.

Fiqh al-wāqiʿ sei ein ebensolcher Versuch, durch eine kritische Neubetrachtung der klassischen Tradition das islamische Recht aktuell anschlussfähig zu machen. Dabei sei der Begriff ein Neologismus, den es in dieser Form in der klassischen Rechtstradition nicht gegeben habe, dem Inhalt zufolge aber soll das zugrundeliegende Konzept – wie der Gelehrte ʿAbdullāh b. Baiya betone – bereits in den Offenbarungstexten verankert gewesen sein.

Dabei gehe es darum, bei der Bestimmung der Handlungsnormen für aktuelle Themen oder bei der Re-Evaluierung klassischer Bestände stets den politischen und gesellschaftlichen Kontext mit zu berücksichtigen. Die meisten Handlungsnormen seien aufgrund vormoderner politischer, völkerrechtlicher oder gewohnheitsrechtlicher Grundlagen festgelegt worden, die in der heutigen Zeit nicht mehr griffen und von daher neu ausgelegt werden müssten. Dabei spiele vor allem der Ausdruck *taḥqīq al-manāṭ* eine zentrale Rolle, demzufolge die Rechtsgründe, aufgrund derer eine Norm festgelegt worden sei, überprüft werden müssten, um die Anwendbarkeit solcher Normen im verändernden Kontext ausloten zu können. ʿAbdullāh b. Baiya propagiere somit keine Abkehr von der klassischen *uṣūl-al-fiqh*-Tradition, sondern eher eine Reform durch Neuordnung und Neusystematisierung klassischer Bestände.

Ahmed Abd-Elsalam: „Säkularisierung der *šarīʿa* – Islamisches Recht im Kontext tribaler Rechtswirklichkeit“

Im dritten Vortrag des Panels von Dr. Ahmed Abd-Elsalam wurde die Rolle gewohnheitsrechtlicher Aspekte bei der Entstehung des religiösen Rechts besprochen. Danach habe vieles aus dem klassischen *fiqh*-Bestand seine Wurzeln im beduinischen Gewohnheitsrecht.

Murat Karacan: „*Al-Qawāʿid al-kullīya* als hermeneutischer Schlüssel für den Wandel im islamischen Recht“

Murat Karacan (Doktorand, Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Institut für Islamische Theologie, Osnabrück) referierte zum Thema „*Al-Qawāʿid al-kullīya* als hermeneutischer Schlüssel für den Wandel im islamischen Recht“. Er betonte, dass Rechtsmaximen bei der Begründung von Handlungsnormen in den modernen *fatāwā* (Rechtsgutachten) auffallend häufig zur Anwendung kämen und dabei epistemologisch gesehen über ihre Funktion in den klassischen *fiqh*-Texten hinausgingen. In den klassischen *fiqh*-Werken seien sie tendenziell als Orientierungshilfen gedacht gewesen und hätten eher eine didaktische Funktion gehabt, wohingegen sie in der zeitgenössischen Normfindung häufig als eigenständige Rechtsquellen betrachtet würden. Aufgrund ihrer zumeist abstrakten und allgemeinen Form würden sich *qawāʿid* gemeinsam mit der *maqāṣid-aš-šarīʿa*-Literatur anbieten, die Normfindung flexibler zu gestalten, weshalb sie in den modernen Diskursen sehr beliebt seien.

3.5 Kamil Ökten: „Das Prinzip *ḫuṣūṣ as-sabab la yamnaʿu ʿumūm al-lafẓ* zwischen Text und historischem Kontext als Relation der *uṣul al-fiqh* und *tafsīr*-Disziplin“

Kamil Ökten (Zentrum für Islamische Theologie, Universität Münster) wählte ein sehr spezifisches Thema aus der klassischen *uṣul-al-fiqh*-Disziplin, nämlich „[d]as Prinzip *ḫuṣūṣ as-sabab la yamnaʿu ʿumūm al-lafẓ* zwischen Text und historischem Kontext als Relation der *uṣul al-fiqh* und *tafsīr*-Disziplin“. Das in der klassischen *uṣūl*-Terminologie als „der spezifische Anlass (*sabab*) hindert den Wortlaut (*lafẓ*) nicht allgemeingreifend zu sein“ bezeichnete Prinzip mache auf eine grundlegende Problematik im Verständnis der Normen (*aḥkām*) aufmerksam und zeige, dass die Gelehrsamkeit Anlass und Wortlaut in einer gewissen Koexistenz beibehalte, aber die Gewichtung auf den Letzteren lege. Der *Qurʾān*-Text müsse, wenn seine Bedeutungen aus juristischer Sicht hinreichend erschlossen werden könnten, somit nicht mehr auf Präzedenzfälle revidiert werden.

In den *uṣūl-al-fiqh*-Werken werde dieses Prinzip im Wesentlichen innerhalb der Themenkomplexe *ʿumūm* und *ḫuṣūṣ* behandelt, in denen es um das Verhältnis zwischen allgemeinen und spezifisch gültigen Normen gehe. Das Wort *sabab* in dem besagten Prinzip sei nicht wie erwartet mit den Offenbarungsanlässen *(asbāb an-nuzūl*) in den Koranwissenschaften gleichzusetzen, sondern meine den Fachbegriff *sabab* aus der *fiqh*-Terminologie. Der Grundgedanke dabei sei, den

Anwendungsradius von Handlungsnormen nicht nur auf den speziellen Anlass zu beschränken, sondern auf möglichst viele weitere Fälle zu erweitern. Dies werfe viele Fragen nach der Historizität der Offenbarungstexte auf und damit auch die Frage nach der historischen Bedingtheit religiöser Normen. Darauf ging auch Prof. Hamadi Dhouib in der Diskussionsrunde besonders ein. Er kritisierte vor allem die dadurch entstandene Enthistorisierung religiöser Normen sowie der Offenbarungstexte und forderte dazu auf, die Anlässe stärker zu berücksichtigen als den Wortlaut der Offenbarung. Ökten verwies daraufhin auf die verschiedenen klassischen Zugänge, die es in dieser Frage gebe und die für den heutigen Diskurs neu diskutiert werden könnten.

Am zweiten Tag wurde der Workshop mit vier weiteren Vorträgen fortgeführt.

4. Mahmud El-Wereny: „Das Konzept der *maṣlaḥa mursala* zwischen Tradition und Moderne“

Mahmud El-Wereny (Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Zentrum für Islamische Theologie, Tübingen, Mitglied der GAIR) hielt einen Vortrag zum Thema „Das Konzept der *maṣlaḥa mursala* zwischen Tradition und Moderne“. Ähnlich wie Karacan kam auch er zu dem Schluss, dass das Konzept der *maṣlaḥa mursala* in den zeitgenössischen Diskursen sehr populär geworden sei und bei der Begründung von Normen teilweise als universaler Generalschlüssel gebraucht werde, wodurch sich gelegentlich auch gravierende methodologische Schwächen und Unkenntnis offenbarten.

Seinen Fokus setzte El-Wereny auf die Anwendung von *maṣlaḥa mursala* bei Yūsuf al-Qaraḍāwī. Er zeigte anhand verschiedener Fallbeispiele, dass dieses Konzept zwar immer wieder eine sehr wichtige Argumentationsstütze für al-Qaraḍāwī sei, aber nicht immer konsistent angewendet werde. Al-Qaraḍāwī habe wie in allen anderen methodischen Fragestellungen einen eklektischen Zugang. Dabei gehen es ihm primär nicht um methodische Strenge, sondern um pragmatische Lösungsfindung, weshalb er die Bedingungen für die Gültigkeit einer *maṣlaḥa mursala* erheblich gelockert habe, um sie weitflächig anwenden zu können.

Auch El-Wereny stellte fest, dass die klassischen wie modernen Autoren unterschiedliche Konzepte diesbezüglich entwickelt haben und die neu entstehende islamische Theologie neue Impulse daraus gewinnen könne. Zu diesem Schluss kam auch der nächste Referent, Ali Zaherinezhad.

5. Ali Zaherinezhad: „Entstehung der *Istiḥsān*-Debatten bei den frühen ḥanafitischen Gelehrten“

Ali Zaherinezhad (Department Islamisch-Religiöse Studien, Universität Erlangen, Mitglied der GAIR) referierte über die Entstehung der *istiḥsān*-Debatten bei den frühen ḥanafitischen Gelehrten und versuchte, die begriffsgeschichtliche Entwicklung des *istiḥsān*-Begriffs nachzuzeichnen. Dabei stellte er fest, dass in der Frühphase bis in das 5. Jahr-

hundert der *hiǧra* hinein keine einheitliche Definition von *istiḥsān* feststellbar sei, weshalb man diesen Begriff vielleicht auch als Sammelbegriff für eine zielorientierte Auslegung verstehen könne. Was genau in einem Kontext als *istiḥsān* verstanden worden sei, sei letztendlich immer wieder diskursiv ausgehandelt worden.

Auch in diesem Vortrag wurde die historische Bedingtheit methodischer Ansätze betont, wonach sich die Theorie auch immer entsprechend der jeweiligen Rechtspraxis orientiert habe und nicht umgekehrt.

6. Canan Bayram: „Eine Analyse der Methode des *talfīq* anhand von Rechtsgutachten (*fatāwā*) des Obersten Rates für Religionsangelegenheiten“ und Muhammad Ashfaq

Auch die letzten beiden Vorträge von Canan Bayram (Promotionsstipendiatin, Avicenna-Stiftung; Doktorandin, Akademie für Weltreligionen, Hamburg) und Muhammad Ashfaq (Wirtschaftsmanager; Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Hochschule Rhein-Waal, Kleve; Doktorand, Zentrum für Islamische Theologie, Universität Tübingen) kamen zu ähnlichen Ergebnissen. Beide Referenten betonten, dass normative Inhalte der Religion sowie die methodischen und theoretischen Annahmen in neuen Kontexten immer wieder neu ausgehandelt und diskutiert werden müssten. Was in einer bestimmten Zeit als nicht sagbar gegolten habe, könne wieder sagbar werden und umgekehrt.

Canan Bayram zeigte in ihrem Vortrag „Eine Analyse der Methode des *talfīq* anhand von Rechtsgutachten (*fatāwā*) des Obersten Rates für Religionsangelegenheiten“, dass sich das Konzept des *talfīq*, also der Verschmelzung der Rechtsschulen, in den Rechtsgutachten der Diyanet (Diyanet İşleri Başkanlığı (Präsidium für Religionsangelegenheiten / Oberster Rat für Religionsangelegenheiten in der Türkei) als eine mittlerweile etablierte Methode durchgesetzt habe. Dies sei vor etwa 150 Jahren bei den Diskussionen zur Erstellung der Mecelle-ʾi Aḥkām-ı ʿAdlīye (1869–76) noch undenkbar gewesen. Das Festhalten an einer rechtsschulinternen methodischen Konsistenz sei damals für die Gelehrten wichtiger gewesen als pragmatische Lösungen mit einer eklektischen Herangehensweise. Dies habe sich im Zuge der Diskussionen um die Erneuerung des islamischen Rechts verändert, so dass sich der *talfīq* mittlerweile diskursiv als eine mögliche Methode bei der Normfindung etabliert habe.

7. Fazit

Insgesamt war es ein inhaltlich sehr gelungener Workshop mit vielversprechenden Ansätzen. Mit der Ausnahme der beiden Gastprofessoren aus Paris und Tunesien wurden die Vorträge ausschließlich von Nachwuchswissenschaftlern aus den verschiedenen Standorten der Islamischen Theologie gehalten, was besonders erfreulich für die Entwicklung dieses neuen Faches ist. Die Islamische Theologie in Deutschland steckt noch „in den Kinderschuhen“ und muss sich deshalb bei ihrem Selbstfindungsprozess sowohl diachron mit der eigenen historischen Gelehrtentradition als auch synchron mit zeitgenös-

sischen Ansätzen muslimischer Theologen und Denker auseinandersetzen. Der Workshop „Islamisches Recht: Methoden und Kontexte“ bot eine weitere Gelegenheit, um sich darüber Gedanken zu machen, wie sich die islamische Theologie im Allgemeinen und das Fachgebiet des islamischen Rechts bzw. der islamischen Normenlehre im Speziellen in diesem neuen Kontext diskursiv verorten will. Diese Aspekte sollen auch in den künftigen Workshops zum islamischen Recht weiter diskutiert werden.

Dr. Hakkı Arslan ist derzeit Wissenschaftlicher Mitarbeiter der Postdoc-Gruppe „Religiöse Normen in der Moderne. Statische und wandelbare Teile des Islam“ am Institut für islamische Theologie der Universität Osnabrück.

ZRI 2016 (S. 353–355)

Tagungsbericht: „Zakā in Deutschland? Ansätze, Ideen und Perspektiven“ (21.–22. 9. 2015), Institut für Islamische Theologie, Universität Osnabrück

Souheil Thabti

Am 21. und 22. September 2015 fand die erste Tagung ihrer Art zum Thema *Zakāt* am Institut für Islamische Theologie (IIT) der Universität Osnabrück statt. Die dritte Säule des Islam stand im Mittelpunkt der Betrachtung der christlichen und muslimischen Referenten aus dem In- und Ausland, die mit ihren Beiträgen Licht in das – wie einige Panelisten festgestellt haben – bisher in Deutschland in Forschung und Praxis rechtlich kaum behandelte Thema brachten.

Bereits in seiner Eröffnungsrede erinnerte Prof. Dr. Uçar (Leiter des IIT, Mitglied der GAIR) aus der innerislamischen theologischen Perspektive an die Wichtigkeit dieses Themas für die hiesige muslimische Bevölkerung und die volkwirtschaftliche Bedeutung dieser Vermögensabgabe.

Komplementär hierzu stellte Prof. Dr. Margit Eckholt (Professorin für katholische Theologie, Universität Osnabrück) die theologische Betrachtung der Armenabgabe dar.

Um in die Thematik der *Zakāt* bezogen auf die Gestaltungsmöglichkeiten der hiesigen muslimischen Bevölkerung ergebnisorientiert einsteigen zu können, ist es sinnvoll die langjährige Tradition der Kirchensteuer und ihren sowohl rechtlichen Rahmen als auch die praktische Umsetzung zu verstehen. Hierfür beleuchten Joachim Schnieders (Bistum Osnabrück), der über eine jahrzehntelange Erfahrung verfügt und nützliche Einblicke in die Praxis der Kirchensteuer gewährte, und Prof. Dr. Thomas Schüller (WWU Münster) die Praxis und den rechtlichen Rahmen und die rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten im ersten von Prof. Dr. Habib El Mallouki (IIT) geleiteten Panel.

Danach wurde die Konferenz mit einem Perspektivwechsel fortgesetzt: Nachdem im ersten Panel das Augenmerk auf der christlich geprägten Kirchensteuer vornehmlich in Deutschland lag – Schnieders legte diesbezüglich einen guten Überblick über die kirchensteuerlichen Handhabe im europäischen Ausland dar –, wurde im zweiten Panel, geleitet von Souheil Thabti (IIT, Mitglied der GAIR), der Blick sowohl theologisch als auch geographisch verlegt.

Im Fokus der Betrachtung stand die *Zakāt*, zum einen theoretisch, behandelt von Prof. Dr. Habib Ahmed (Durham Universität, UK), der sich vornehmlich mit der Frage nach den Vorteilen einer zentralisierten Einbeziehung der *Zakāt*-Leistungen gegenüber einer dezentralisierten Handhabung insbesondere in puncto Effizienz.

Zum anderen berichtete Muhammad Isyak b Mohd Amin (Islamic Religious Council of Singapore [MUIS]) aus dem zwar kleinen

aber vergleichsweise weit entwickelten Singapur von der Praxis des *Zakāt*-Management und gewährte einen Blick in das Alltagsgeschäft und die individuellen Herausforderungen, aber auch die positiven sozialen Folgen und die jährlich verzeichnete Zunahme der *Zakāt*-Zahlungen und der entsprechenden Verteilung.

Dr. Nedim Begovic fasste in seinem Vortrag über die Lage in Bosnien-Herzegowina sowohl die theoretische Grundlegung in den theologischen Abhandlungen Dezos zusammen, der den Grundstein für die Einführung der *Zakāt* legte und damit maßgeblich an der staatlichen Systematisierung und Umsetzung der *Zakāt*-Handhabe mitwirkte, und gab auch einen guten Überblick über die Historie der *Zakāt*-Praxis bis in die Gegenwart.

Nach einer Kaffeepause mit angeregten Diskussionen und Fachgesprächen leitete Coskun Saglam (IIT) das letzte Panel des ersten Konferenztages, das sich ebenfalls mit der internationalen *Zakāt*-Praxis befasste.

Prof. Dr. Vehbi Yavuz (Universität Bursa, Türkei) sprach über den in seinem Inhalt weit dehnbaren Begriff der achten Gruppe der *Zakāt*-Adressaten, der sog. *fī sabīl Allāh* und die von der ḥanafitischen Rechtslehre geprägte staatliche Umsetzung diesbezüglich.

Dr. Kerstin Steiner (Monash Universität, Australien), die zur *Zakāt* lehrt und forscht und eine Expertin für den südostasiatischen Raum ist, fokussierte sich in ihrem Vortrag auf die Entwicklung der *Zakāt*-Verwaltung in Malaysia und skizzierte die Entwicklung von der *Zakāt* als religiösem Ritus hin zur gesetzlich verankerten Verpflichtung nach und legte damit das malaysische *Zakāt*-Konzept vor.

Schließlich gewährte Dr. Silvia Martens (Universität Luzern, Schweiz) einen Einblick in ihre im Rahmen ihrer Dissertation gemachten Beobachtungen. Ihre empirischen Untersuchungen befassten sich auch mit der Frage, ob und ggf. wie die bekannten islamischen Hilfsorganisationen mit der *Zakāt* umgehen.

Der erste Konferenztag wurde schließlich mit einem gemeinsamen Abendessen in gemütlicher Atmosphäre verabschiedet.

Am zweiten Tag ging es mit einer kleinen Programmänderung, die die Zusammenlegung zweier Panels vorsah, weiter.

Esnaf Begić (IIT), leitete das letzte Panel, das sich mit praktischen Gestaltungs- und Umsetzungsmöglichkeiten in Deutschland auseinandersetzte.

Zaid el-Mogaddedi (Institute for Islamic Banking and Finance [IFIBAF]) sprach über die Wichtigkeit der Organisation der Muslime hierzulande, um u. a. das Thema *Zakāt* institutionell organisieren zu können. Er appellierte an die Verbände in dieser Hinsicht mehr zusammenzuarbeiten und nicht nur auf die vereinseigenen Interessen abzustellen.

Im Anschluss daran führte Dr. Olaf Farchid (Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Berlin) der zur *Zakāt* promoviert und jahrelang geforscht hat, in die klassische Rechtslehre und die praktische Handhabung der *Zakāt* vornehmlich in den von der ḥanafitischen Rechtschule geprägten Regionen. Farchid sorgte mit seinen Thesen über den Gerechtigkeitsgehalt der *Zakāt* in praxi für Aufruhr

unter den Anwesenden und entfachte damit eine kontroverse Diskussion während der anschließenden Fragerunde.

Mit dem Vortrag von Souheil Thabti (GAIR-Mitglied und Doktorand am IIT; Mitglied im internen Ethikrat der KT Bank) ging das letzte Panel der Tagung zu Ende. Er befasste sich u. a. mit der Frage, ob Lohnsteuer als *Zakāt* verstanden werden kann und ob Studienwerke und Stiftungen in ihrer Funktion als Vertreter von *Zakāt*-berechtigten Studentinnen und Studenten *Zakāt* erhalten dürfen.

Die Tagung endete mit einer Podiumsdiskussion, in der es darum ging, von den Diskutanten die gegenwärtige Handhabung der *Zakāt* in ihren Institutionen in Erfahrung zu bringen und darüber hinaus für die bestehenden Herausforderungen Lösungsansätze gemeinsam zu besprechen. An der Podiumsdiskussion nahmen teil: Sulaiman Wilms (Islamische Zeitung), Nuri Köseli (Islamic Relief), Dr. Fouzia El Jaouhari (Zentralrat der Muslime), Dr. Bekir Alboga (DITIB) und Prof. Dr. Habib El Mallouki (IIT). Die Diskussion wurde von Bacem Dziri (IIT) moderiert.

Souheil Thabti, GAIR-Mitglied arbeitet und forschte am Institut für Islamische Theologie der Universität Osnabrück. Souheil Thabti ist außerdem Mitglied im internen Ethikrat der KT Bank.

ZRI 2016 (S. 357–361)

Konferenzbericht: „The Reform of Islamic Law“ (9./10. 10. 2015), Zentrum für Islamische Theologie, Universität Tübingen

Debora Müller

Am 9. und 10. Oktober 2015 fand die internationale Konferenz „The Reform of Islamic Law: Approaches, Challenges and Methods“ am Zentrum für Islamische Theologie (ZITh) der Universität Tübingen statt. Zuhörende waren Studierende der Universität Tübingen und Publikum aus Institutionen und Einrichtungen aus dem gesamten Bundesgebiet. Die Vortragenden gehörten verschiedenen internationalen Universitäten und Einrichtungen an. Das Ziel der Konferenz bestand darin, Reformansätze bezüglich des Islamischen Rechts zu besprechen, die Zusammenarbeit zwischen dem ZITh und nationalen, sowie internationalen Forschungsinstitutionen zu stärken und neue Forschungsangelegenheiten zu thematisieren. Die Konferenz versteht sich als Auftaktveranstaltung für eine geplante Konferenz- und Publikationsreihe zum Islamischen Recht. Das Thema *The Reform of Islamic Law* knüpft an die gegenwärtige Diskussion bezüglich der gesellschaftlichen und rechtlichen Relevanz dieses Gebiets an und schafft eine Plattform zum Austausch und *Networking*. Sie trägt außerdem zur Möglichkeit einer Diskussion praktischer Ansätze bezüglich der Anwendung des Islamischen Rechts weltweit bei. Die Vielfalt der Referenten spiegelte sich in ihrer Themenwahl wider, die im Folgenden (in alphabetischer Reihenfolge) mit dem Thema ihres Beitrags aufgeführt werden:

1) Prof. Dr. Abdullahi An-Na’im (Emory University, Atlanta, GA): How to Reform a Comprehensive Global Normative System?

2) Noha Abdel-Hady (University of Hamburg / Tübingen): The Formation of Legal Genre. The Case Study of Fiqh an-Nisa,

3) Muhammad Ashfaq: Reforming Islamic Banking and its Role in Modern Legal Thinking,

4) Prof. Dr. Jonathan Brown (Georgetown University, Washington): The Mechanics of Legal Reform in the Pre-Modern and Modern Periods,

5) Dr. Lahcen Daaif (CNRS, Paris): The Conception of Usurpation (*ġaṣb*) as an Example for Shafiʿī Legal Tradition,

6) Prof. Dr. Abdou Filali-Ansary (Aga Khan University, London): Reform or Subvert? Dilemmas Facing Those Who Are Interested in Muslim Affairs,

7) Prof. Dr. Mouez Khalfaoui (University of Tubingen): Has the Method of Teaching Islamic Law Ever Changed?,

8) Dr. Necmettin Kizilkaya (Istanbul University): State and Reform: Ottoman Family Code of 1917 (Der Vortrag wurde von M. Akpinar vorgelesen, da Dr. Kizilkaya kurzfristig absagen musste.),

9) Prof. Ebrahim Moosa (University of Notre Dame, Indiana): Imagining Islamic Law as Ethics: From Fazlur Rahman to Taha Abdurrahman,

10) Prof. Dr. Mohammed Nekroumi (DIRS, University of Erlangen): The Process of Rational Argumentation in Shatibi's Legal Theory – Fundamental Issues of a Modern Reinterpretation.

Ein Drittel der Referenten hat einen Bezug zum Zentrum für Islamische Theologie, sei es als derzeitige Lehrende, Forschende oder Doktorand*Innen oder als ehemalige Mitarbeiter. Die Moderation aller Sitzungen wurde durch Mitarbeiter des Lehrstuhls für Islamisches Recht übernommen, was der Nachwuchsförderung des Lehrstuhls und des Instituts dienen sollte. Die Konferenz wurde auf Englisch abgehalten, wobei sich die internationalen Referenten für Fachgespräche zum Teil des Arabischen bedienten. Im Folgenden werden exemplarisch sechs Vorträge aus den weitreichenden Themenfeldern herausgegriffen:

Mouez Khalfaoui

Der Gastgeber der Konferenz hinterfragte in seinem Vortrag „Has the Method of Teaching Islamic Law Ever Changed?“ die Unterrichtsmethoden des islamischen Rechts und ihre Rolle bei der Ausrichtung der Disziplin dieser Disziplin, sowohl in Deutschland und in Europa, als auch weltweit. Der Vortrag zeigte verschiedene Konzeptionen auf, die für den Unterricht des Islamischen Rechts in Deutschland vorhanden sind, und verdeutlichte dadurch die Zusammenhänge zum deutschen Recht. Khalfaoui hob hervor, dass sich die Unterrichtsmethoden in Deutschland stark von denen berühmter Universitäten in der islamischen Welt unterscheiden. So findet die Geschichte des Rechts dort oft keinen Eingang in den Lehrplan, in Deutschland dagegen ist dieser Punkt unabdingbare Grundlage für das Unterrichtsfach.

Außerdem wurden in dem Beitrag zu den Unterrichts-Methoden im islamischen Recht Unterschiede und Ähnlichkeiten in Bezug auf dieses Thema zu anderen westlichen Ländern, insbesondere England und den USA, verdeutlicht. So wird vom Unterricht des islamischen Rechts an theologischen Institutionen in diesen Ländern erwartet, gesellschaftliche Aufgaben zu erfüllen, wie u. a. Integration und Deradikalisierung. Dies verleihe dem Unterricht auch eine praktische Dimension, so der Vortragende. Der Unterricht bestehe aus einer Kombination aus klassischen und gegenwärtigen Themen, sowie aus einer Kombination aus persönlichen Interessen der Muslime und allgemeinen Interessen der Gesellschaft.

Im Anschluss an den Vortrag entstand eine lebhafte Diskussion zwischen Prof. Mouez Khalfaoui und Prof. Jonathan Brown aus der Universität Georgetown bezüglich der Rolle des islamischen Rechts für die muslimischen Minderheiten in den USA und Deutschland. Dabei wurde deutlich, dass es nicht nur große Differenzen in Bezug auf die Vermittlung des islamischen Rechts zwischen islamisch und nicht-islamisch geprägten Ländern gibt, sondern auch innerhalb der nicht-islamischen Länder. Die Diskussion

beinhaltete unter anderem das Thema Eheverträge (Moschee-Ehen). Während Muslimen in den USA in dieser Angelegenheit viel Freiheit zugestanden wird, verlangt die deutsche Rechtsprechung die Anpassung bzw. Einhaltung der rechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes. Beide Modelle verdeutlichen die Unterschiede und die Pluralität des Lebens muslimischer Minderheiten in den westlichen Staaten.

Abdullahi An-Na'im

An-Naʾim hielt zwei Vorträge. Der Vortrag „How to Reform a comprehensive global normative System?“ fand im Rahmen der Konferenz statt. Zusätzlich behandelte er in einer öffentlichen Vorlesung am Abend das Thema „Islam and Human Rights? Reframing the Question on both Sides of the Issue?“ Darin hinterfragte er die Vereinbarkeit von Islam und Menschenrechten. Er berichtete von seinen persönlichen Erfahrungen und stellte seine Haltung zu diesem Thema dar. Seine Überzeugung, dass der Islam und seine Gebote in dieser Debatte eine Problematik darstellten, sei der Überzeugung gewichen, dass auch die Menschenrechte sich von manchen Vorstellungen verabschieden und sich auf den Islam bzw. auf die Überzeugungen der Menschen im Allgemeinen einlassen und diese berücksichtigen müssten. In diesem Zusammenhang gab er zu bedenken, dass manche Autorinnen und Autoren sich zwar bemühten, die Unvereinbarkeit von Islam und Menschenrechten nachzuweisen, diese Unvereinbarkeit jedoch nicht gelten müsse, wenn eine Berücksichtigung religiöser Werte in die Charta der Menschenrechte miteinbezogen würde. Zusätzlich nahm Prof. An-Naʾim auch Bezug auf den Islamischen Staat: Er appellierte an die Zuhörerinnen und Zuhörer, sich eine ‚islamische‘ Verhaltensweise, die in absoluter Unvereinbarkeit mit dem Islam an sich, und somit auch mit den Menschenrechten im Allgemeinen stehe, nicht von dem Islamischen Staat aufoktroyieren zu lassen. Mit seiner Aussage, einen IS gäbe es gar nicht, da eine Institution oder ein Land niemals religiös sein könne, sondern nur die dort lebenden Menschen, appellierte er an die Eigenverantwortung der Muslime weltweit. Er rief zu Toleranz und gleichzeitig zum selbstbewussten Umgang mit dem muslimischen Erbe auf.

Abdou Filali-Ansary

Filali-Ansary sprach in seinem Beitrag „Reform or Subvert? Dilemmas Facing Those Who Are Interested in Muslim Affairs“ über die Frage von Säkularität und *šarīʿa* in muslimischen und nichtmuslimischen Staaten. Er betonte in seinem Vortrag, dass die gegenwärtige Debatte bereits seit Anfang des 20. Jahrhunderts Muslime beschäftigt habe. Das Buch von ʿAlī ʿAbd ar-Rāziq über Säkularität zeuge von der Heftigkeit dieser Debatte. Leider drehe sich die Diskussion im Kreis und große Fortschritte seien nicht zu verzeichnen, so Filali-Ansary. Im Gegenteil sei gegenwärtig gar von einem Rückschritt die Rede. Der Vortragende, der als Wissenschaftler selbst in die Debatte eingebunden ist, vertritt die Meinung, dass in Europa lebende Muslime die Möglichkeit hätten, die

gesamte Situation weltweit entscheidend mitzugestalten und einen Schritt nach vorne zu wagen.

Noha Abdel-Hady

In ihrem Vortrag „The Formation of Legal Genre: The Case Study of Fiqh an-Nisa“ beschäftigte sich Abdel-Hady mit frauenbezogener Jurisprudenz (*fiqh an-nisāʾ*). Der Themenbereich wurde konstruiert, indem rechtsrelevante Alltagsfragen aufgegriffen und zu einem systematischen Themenbereich als Rechtsgenre aufgeteilt wurden. Durch die Betitelung mit einem ästhetisch ansprechenden Begriff, wie den eben genannten, wird der Themenbereich als rechtsliterarische Darstellung universalisiert und dadurch als Rechtsgenre deklariert. Dies bedeutet, dass die semantische Zuschreibung von Rechtsthemen sich regulativ und normbeschreibend auf den Inhalt auswirkt. In ihrem Vortrag stellte Abdel-Hady die Frage, wie Rechtsgelehrte klassische, allgemeinbezogene Rechtsbestimmung mit partikularen kulturellen Annahmen, rechtspraktischen Anforderungen des herrschenden Zeitgeistes, sowie mit literarischen Typologien und rechtsthemenbezogenen Inhalten füllen, um diese als partikulare Rechtsgenres zu deklarieren. Am Beispiel des *fiqh an-nisāʾ* verdeutlichte die Vortragende wesentliche Aspekte der Reform innerhalb der rechtstypologischen Diskussion. Dazu verglich sie verschiedene Werke aus unterschiedlichen Zeitepochen. So könnten reformatorische Tendenzen in der rechtsthematischen Entwicklung der islamischen Jurisprudenz herausgefiltert werden, die entweder eine lebenspraktische Ausrichtung oder eine praktische Entfremdung aufzeigen, so Abdel-Hady.

Lahcen Daaif

Daaifs Vortrag mit dem Titel „The Conception of Usurpation (*ġaṣb*) as an Example for Shafiʿī Legal Tradition“ legte die innovativen Ideen Abū ʿAbd Allāh Muḥammad b. Idrīs aš-Šāfiʿīs (gest. 204/820) dar, der die Ideen von Mālik ibn Anas (gest. 179/795) und Abū Ḥanīfa (gest. 150/767) verband und daraus eine eigene Rechtsschule entwickelte. Dr. Daaif sprach von einer „Ära vor und nach aš-Šāfiʿī“ in Bezug auf *uṣūl al-fiqh*. Er stellte die Einzigartigkeit aš-Šāfiʿīs heraus, indem er ein besonderes Kapitel von *fiqh* untersuchte, nämlich die Position aš-Šāfiʿīs zu Usurpation (*ġaṣb*). Zunächst stellte Dr. Daaif Beispiele aus der Zeit aš-Šāfiʿīs vor, wie den Fall eines Sklaven, dessen Wert sich verdoppelt hatte. Zu welchem Preis sollte er seinem früheren Besitzer zurückgegeben werden? Ein weiteres Beispiel bestand in der Frage, ob der Ertrag eines beschlagnahmten Stück Landes dem ursprünglichen Besitzer bei der Rückgabe des Grundstücks ebenfalls ausgehändigt werden müsse.

Im Vergleich mit den beiden großen Imamen Abū Ḥanīfa und Mālik b. Anas zeigte Daaif aš-Šāfiʿīs signifikant andere, kompromisslose Ansichten in Bezug auf solche Fragestellungen auf. Während die beiden Imame ihren jeweiligen Schülern ähnliche Ratschläge erteilten, weist die Ansicht aš-Šāfiʿīs einen Bruch dazu auf: Ohne jeden Versuch einer Rücksichtnahme auf den Usurpator o-

der eines Mittelweges zwischen Usurpator und Sklaven ergreift aš-Šāfiʿī Partei für den Benachteiligten und spricht ihm alles zu. Der Usurpator wird zum Sünder degradiert und des Ungehorsams gegenüber Gott beschuldigt (*ʿāṣin*), wohingegen der Sklave in seinem Status als Opfer bestätigt und entschädigt wird. Daaif stellte mit diesen Positionierungen zu *ġaṣb* einen Prozess vor, der in der frühen islamischen Periode stattgefunden hatte und sich auf die späteren Rechtsschulen auswirkte, die wiederum aš-Šāfiʿīs Ansichten bald bestätigten oder negierten.

Muhammad Ashfaq

Ashfaq sprach in seinem Vortrag „Reforming Islamic Banking and its Role in Modern Legal Thinking“ über das stetig im Wachstum begriffene islamische Bankwesen. Besonderes Gewicht legte Ashfaq auf die Ausweitung des Islamic Banking in nicht-muslimischen Staaten. Er fragte in seinem Vortrag nach den Erfolgsaussichten des Islamic Banking vor allem in Deutschland. Dabei präsentierte er Untersuchungsergebnisse in Bezug auf den Wissensstand, das Bewusstsein und die Vorstellung von Islamic Banking bei Muslimen und muslimischen Organisationen in Deutschland.

Das Islamic Banking habe zwar seine „Ausdauer in Zeiten finanzieller Unruhe bewiesen“, sei jedoch durchaus verbesserungsfähig, so Ashfaq. Dabei fehlten in nicht-islamischen Staaten vor allem Scharia konforme Instrumente wie z. B. *ṣukūk* (islamische Anleihen), die mit dem islamischen Recht und der Rechtssituation in den entsprechenden Ländern vereinbar sind. Ashfaq kommt durch seine Umfragen zu dem Ergebnis, dass eine große Nachfrage unter den in Deutschland lebenden Muslimen nach Islamic Banking besteht, dieser aber seitens der Banken (noch) nicht nachgekommen wird.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Konferenz einen wichtigen Beitrag zur Forschung bezüglich des islamischen Rechts leistete, da sie neue Themenfelder aufwarf, die von den internationalen Forschern und den Teilnehmern diskutiert wurden. So kann die Konferenz als Ausgangspunkt für einen internationalen Austausch auf dem Gebiet des islamischen Rechts betrachtet werden. Hervorgehoben werden soll an dieser Stelle auch, dass zwischen einigen Teilnehmenden Projekte für eine zukünftige Zusammenarbeit in Planung sind, wie z. B. gemeinsame Buchprojekte, die als Lehrwerke für Studierende der Islamischen Theologie in nicht-muslimischen Ländern dienen können.

Debora Müller, M. A., ist derzeit Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Islamisches Recht des Zentrums für Islamische Theologie der Universität Tübingen.

ZRI 2016 (S. 363–371)

Konferenzbericht: „Bioethik im Islam – Theologische, kulturelle und juristische Perspektiven“ (9.–11.5.2016), Institut für Islamische Theologie, Universität Osnabrück

Samet Balci

Nach der international besetzten Tagung „Antimuslimischer Rassismus und Islamfeindlichkeit in Deutschland und Europa“ hat das IIT mit der interdisziplinären und internationalen Tagung „Bioethik im Islam“ dieses Jahr nun zum zweiten Mal eine beträchtliche Zahl an Besuchern in das niedersächsische Osnabrück locken können. Dort diskutierten rund 25 Wissenschaftler*innen aus verschiedenen Ecken der Welt bei über 130 eingegangenen Anmeldungen im Osnabrücker Barockschloss über kontemporäre bioethische Diskurse.

Die Medizin legt ohne Zweifel in einem positivistisch-naturwissenschaftlichen Paradigma eine rasante Entwicklung zurück. Nicht alles Neue ist *a priori* ethisch korrekt, in dem Sinne, dass es mit der menschlichen Natur und der Umwelt verträglich ist. Insofern war die zentrale Fragestellung der Tagung, wo denn die Grenze zwischen medizinisch Machbarem und ethisch Verträglichem auszumachen sei.

Joachim Härtling
(Universität Osnabrück)

Mit der ersten Eröffnungsrede wies der Präsident der Universität Osnabrück darauf hin, dass die Gesellschaften heterogener denn je geworden seien und diese Tatsache auch in der Medizin zu beachten sei. Auch stellte Härtling die Frage, ob denn tatsächlich alles was der Mensch kann, ethisch auch auf Konformität stoße. Vielmehr müsse man im 21. Jahrhundert interdisziplinär voranschreiten. Für die Bioethik bedeutet dies konkret, dass Theologie, Philosophie, Rechtswissenschaften und Medizin zusammenkommen müssen.

Bülent Uçar
(Institut für Islamische Theologie, Universität Osnabrück)

Auch Uçar (Mitglied der GAIR) operierte an der Bedeutung der Interdisziplinarität. Zeitgenössische Diskurse wie Sterbehilfe, Tierrecht, Tierethik, Erbgutmanipulation, Leihmutterschaft, Reproduktionsmedizin usw. gehören keineswegs nur der Medizin an. Vielmehr sei das Ziel, einen gesellschaftlichen Konsens zu finden, der über die Spezifika der Kulturen hinausreiche. Zudem riss Uçar das Klonen im historischen Zusammenhang an und gab zu bedenken, dass zwar Übung den Meister mache, aber diese Übung nicht am Menschen zu tätigen sei.

Martin Kellner
(Institut für Islamische Theologie, Universität Osnabrück)

Nachdem Martin Kellner das Tagungsprogramm erörterte, warf er einen Blick in die

Probleme der Bioethik, wie beispielsweise auf die Verteilung von Organen oder das Hirntodphänomen. Man stelle sich vor, dass zehn auf Organe angewiesenen Patienten nur zwei Organe zu Verfügung stehen; wie laufe hier die Verteilung ab und nach welchen Kriterien? Auch brachte Kellner die Islamische Theologie in den Diskurs der Bioethik hinein. Er zeigte auf, dass es bereits im 8. Jahrhundert eine Transplantations-*fatwā* von Abū Ḥanīfa gegeben habe. Insofern sei die Medizin im juristischen als auch im ethischen Sinne bereits früh von muslimischen Denkern behandelt worden.

Ole Döring
(Ostasiatisches Seminar,
Freie Universität Berlin)

Primär der Betrachtung der Bioethik in China widmete sich der Philosoph und Sinologe Ole Döring. In China fehle es an einer grundständigen akademischen Verankerung. Gleichermaßen fehle es an einem eigenen fachlichen und gesellschaftlichen Umfeld (z. B. Soziologie, Ethik). Die Bioethik sei ein heterogener, trans-disziplinärer Entwicklungsprozess, an dem politische, gesellschaftliche, lebens-, sozial- und geisteswissenschaftliche sowie ökonomische Akteure unsystematisch teilnehmen. Die Deutungshoheit in bioethischen Diskursen gehe von den USA aus und diese kontrolliere zudem den Biokapitalismus.

Mit der abschließenden These, dass die Bioethik keine eigene Programmatik habe und folglich auch ihr eine notwendige Stimme zur Orientierung politisch-rechtlicher Entscheidungen fehle, rundete Döring seinen Vortrag ab.

Mohammed Ali Albar
(Medical Ethics Center, Jeddah)

In eine andere Richtung zielte der Vortrag von Mohammed Ali Albar ab. Dieser exponierte zunächst die Prinzipien der Ethik im Islam. Diese speise sich aus drei Quellen, nämlich aus der intuitiven Vernunft (*fiṭra*), die in jedem Menschen veranlagt und in der Lage sei, dem Menschen das Richtige und das Falsche aufzuzeigen, aus der reinen Vernunft (*ʿaql*) und der göttlichen Offenbarung (*waḥi*). Mit der Auszeichnung des Menschen (*Qurʾān* 17:70; 49:13), leitete Albar den universellen Respekt und Schutz, der den Embryonen, Föten und Menschen unabhängig von Geschlecht und Rasse zukommt, ab. Nach einer prägnanten Unterweisung in die islamische Jurisprudenz, fuhr Albar mit den höheren Zielen des Rechts fort, die unter anderem von al-Ǧuwainī (gest. 1085), al-Ġazālī (gest. 1111), aṭ-Ṭūfī (gest. 1316) und Ibn Qaiyim (gest. 1350) geprägt worden sind. Für die Erhaltung der fünf Maximen aus der *šarīʿa* (Schutz von Glauben, Leben, Vermögen, Nachwuchs und Verstand) seien alle notwendigen Dinge erlaubt und schädliche verboten. Während beispielsweise im Islam ein striktes Alkoholverbot herrsche, sei die notwendige Einnahme von Alkohol zur Erhaltung der Gesundheit erlaubt.

Nils Fischer
(Philosophisch-Theologische Hochschule, Vallendar)

Am Folgetag eröffnete Nils Fischer (Mitglied der GAIR) das erste Panel.

Armin Prinz
(Medizinische Universität, Wien)

Armin Prinz ging auf die kulturellen Determinanten medizinischen Handelns ein. Voraussetzung für das Verständnis fremder Menschen sei die Kenntnis ihrer sozio-kulturellen Hintergründe. Erst diese transkulturelle Sozialkompetenz ermögliche dem Arzt einen erfolgreichen Umgang mit dem fremden Patienten. Anhand des Konzeptes der Bikausalität, unter Bezugnahme auf Evans-Pritchard, exemplifizierte Prinz die Ursachen für Krankheiten bei den Azande in Zentralafrika. Es bestehe die Tendenz, dass Patienten zwei Ursachen für den Ausbruch einer Krankheit benennen. Erstere sei die natürliche Ursache, wie Kälte, Infektion und Letztere die sozio-kulturelle Ursache, wie Disharmonie mit dem sozialen Umfeld, mit Gott, den Geistern oder den Ahnen. Gleichwohl sei die Darstellung von Krankheit und Schmerz sozio-kulturell unterschiedlich. Der Arzt müsse vorurteilsfrei in der Lage sein, diese fremden kulturellen Codes richtig zu deuten und in die Beurteilung des Patienten einfließen zu lassen.

Hartmut Remmers
(Institut für Pflegewissenschaften, Universität Osnabrück)

Nach einer definitorischen Fixierung des Kulturbegriffs, machte Hartmut Remmers auf die Notwendigkeit der kultursensiblen Pflege aufmerksam. Pflege als ein Typus von Arbeit sei kein rationales Phänomen, welche sich nicht formalisieren lasse, sondern individualisiert werden müsse. Die individuelle Beziehungsarbeit zwischen dem Arzt und dem Patienten überwinde den Objektstatus des Patienten, mit der Einbettung seines sozialen Kontextes. Remmers plädierte sowohl für den Erhalt einer Pflegeeinrichtung, die mittels Kultursensibilisierungen, in Form von Fort- und Weiterbildungen, erhalten bleiben solle, als auch für den Aufbau spezieller kultureller Pflegeeinrichtungen.

Stephan Probst
(Klinikum, Bielefeld)

Einen Blick hinter die Kulissen verschaffte Stephan Probst, der anstelle des verhinderten Prof. Jens Atzpodien eingeladen wurde. Probst zog eine kritisch-pessimistische Bilanz der derzeitigen Medizin. Patienten seien in Augen der Ärzte lediglich Träger von Erkrankungen und längst habe die Medizin eine Ökonomisierung angenommen. Die Konsequenz sei, dass das Menschsein des Patienten nicht mehr gesehen werde und folgerichtig eine kultursensible Behandlung die Ausnahme darstelle. Außerdem erörterte Probst die Spannung zwischen der Autonomie des Patienten, seine Entscheidungen mit Bezug

auf seinen Willen und seine Lebenswirklichkeit treffen zu können und der authentischen Hilfe des Arztes (wie viel Wahrheit kann ein Krebserkrankter vertragen? Was ist wirklich gut für den Patienten? usw.). Zudem sei es jedoch gefährlich den Patienten allein mit der Zugehörigkeit einer spezifischen ethnisch-kulturellen Herkunftskultur zu deuten. Das Vertrauensbündnis Arzt-Patient solle immer einen subjektiven Charakter implizieren.

Friedemann Voigt
(Fachbereich Evangelische Theologie, Phillips-Universität, Marburg)

Friedemann Voigt referierte anschließend über die Religion in bioethischen Diskursen. Dabei stellte er eidetisch dar, dass die Christlichkeit intensiv in den Diskurs mit eingreife (u. a. vertreten im Ethikrat). Die Akteure, welche als Repräsentanten der Kirchen fungieren, bedienen sich nicht der religiösen Sprache. Wenn die Argumentation ausschließlich einen sakralen Charakter hätte, so würde man diese Akteure aus den bioethischen Kommissionen ausschließen. Folglich hob Voigt hervor, dass die Religion in bioethischen Diskursen faktisch eine indirekte, vermittelte Wirkung ausübe und die „religiöse Logik“ sich unterordne.

Anna Brümmer
& Martina Blasberg-Kuhnke
(Pastoraltheologie und Religionspädagogik, Universität Osnabrück)

Aus praktischen Erfahrungen berichtete im zweiten Panel Anna Brümmer zusammen mit Martina Blasberg-Kuhnke. Das Gespräch orientierte sich an der Fragestellung, wie mit Menschen / Patienten umgegangen werden soll. Den Ärzten und Pflegern komme die Entwicklung von Empathie zu, um den Menschen als ein subjektives Wesen zu erkennen, das auf Hilfe angewiesen sei, die durch das Wissen über sozio-kulturelle und individuelle Hintergründe zweckmäßiger behandelt werden könne. Nach Religionen aufgestellte Pflegeheime, die auf die Bedürfnisse religiöser Patienten besser eingehen sollen, seien im Kommen.

Abdul Nasser al-Masri
(Schura Niedersachsen)

Abdul Nasser al-Masri hob die Funktion des Arztes im islamischen Bewusstsein hervor.

Avrohom Yitzchok Radbil
(Rabbiner; Jüdische Gemeinde Osnabrück)

Laut Avrohom Yitzchok Radbil komme die absolute Moral von Gott und die Religion könne die Mediziner das Menschsein lehren.

Claus Bockbreder
(Allgemeinarzt, Palliativmediziner und Zen-Mönch)

Eindringlich rollte hingegen Claus Bockbreder die buddhistische Sichtweise in bioethischen Fragestellungen auf. Ein Mönch habe 200 Gebote einzuhalten, die aus der Weisheit und Mitgefühl entspringen. Bei dem Umgang von Patienten unterstrich Bockbreder die nötige Achtsamkeit und Feinfühligkeit, die im Buddhismus fest verankert sei. Sowohl Abtreibung als auch Embryonenforschung sei

nach buddhistischer Lehre abzulehnen. Jedoch gäbe es keine starre Regulierung, die eine Einhaltung notwendig mache. So wäre bei einer Vergewaltigung ein Schwangerschaftsabbruch möglich.

Elmar Kos
(Institut für Katholische Theologie, Universität Osnabrück)

Beim letzten Panel des Tages wurden letztlich ethische Fragestellungen den Lebensbeginn betreffend erörtert. Entsprechend der kantischen Weisung müsse die Moraltheologie die Vernunft zur Grundlage der Kommunikation machen – so berichtete Elmar Kos. Unter Berufung auf das Klonen des ersten Säugetieres Dolly, machte Kos auf das Ausmaß der Klontechnik aufmerksam. Dabei sei die medizinische Forschung in Bezug auf das Klonen von besonderer Relevanz, weil dadurch Fehler behoben werden können. Die grundlegende ethische Kontroverse für die Moraltheologie liege jedoch in der Tatsache, dass menschliche Embryonen zu Forschungszwecken vernichtet werden. Hierfür existieren zwei gegensätzliche Ansichten, nämlich, dass einerseits dem Embryo von Anfang an Schutz gewährt wird und andererseits der Nutzen durch die Klontechnik relevanter ausfällt. Die katholische Perspektive spreche sich kategorisch für den Schutz des Embryos aus. Von der sakralen Begründung für diese Positionierung des katholischen Christentums – der Mensch ist Abbild Gottes – müsse ein philosophischer Argumentationstransfer geleistet werden. Kos operierte anschließend an dem Zeitpunkt der Beseelung (sukzessive- und simultane Beseelung) und legitimierte die theologische Sichtweise durch die Potenzialität des Embryos als Verbot für das Klonen.

Amr Hamza
(Frauenklinik des Universitätsklinikums Saarland)

Die rasante Entwicklung der Medizin wurde bei Amr Hamza hinsichtlich der Pränataldiagnostik und des medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbruchs besonders deutlich. Anlässlich dessen kämen immer wieder unzählige neue Erkenntnisse, die durch Fachjournals das zu berücksichtigende Diskursfeld überschwemmen. Hamza erklärte beispielsweise, was die Pränataldiagnostik leisten könne, wann ein Abbruch in Deutschland indiziert werde und wie der Islam sich dazu positioniere. Aus der Sicht der medizinischen Forschung kann der Fötus ab der 24. Woche lebensfähig sein. Ab der 37. Schwangerschaftswoche sei der Fötus gänzlich lebensfähig. Die Screening-Untersuchungen ermöglichen die Früherkennung von Krankheiten. So könne bereits bei der regulären Untersuchung von einem Pränataldiagnostiker während des Zweittrimester-Screenings eine Genauigkeit von 95–98 % erzielt werden. Hingegen erkenne ein normaler Frauenarzt 30–50 % der möglichen Erkrankungen. Nach der 17. SSW sei ein Schwangerschaftsabbruch aus islamisch rechtlicher Sicht nicht mehr möglich. Falls aber ein Arzt eine Anenzephalie, Nierenagenesie oder Trisomie 18 eindeutig prognostiziere, könne man auch nach Ablauf dieser der Frist abtreiben. Letzt-

lich sprach sich Hamza für eine notwendige Kooperation zwischen Theologen und Ärzten aus, um das religiös Ethische in das medizinisch Mögliche integrieren zu können.

Mohammed Ali Albar
(Medical Ethics Center, Jeddah)

Die mit dem Lebensbeginn einhergehenden *qurʾānischen* Begriffe *nutfa*, *ʿalaqa* und *muḍġa* wurden von Albar exponiert. Ibn Qaiyim al-Ǧauzīya (gest. 1350) habe bereits in seinem Werk *Aṭ-ṭibyān fī aqsām al-qurʾān* die Frage erörtert, ob der Fötus vor der Beseelung lebe oder nicht. In diesem Zusammenhang vergleicht er den Fötus mit einer Pflanze, die sich ernährt und wächst und somit lebendig ist, wie der Fötus auch. Schlussendlich komme dem Fötus mit der Beseelung die Autonomie zu. Ferner berichtete Albar, dass beim Diagnostizieren einer Anomalie oder bei der Gefährdung des Lebens der Mutter grundsätzlich abgetrieben werden dürfe, ansonsten lediglich vor der Beseelung. Auch zeigte Albar die Urteile aus dem Jahre 1990 des *Islamic Fiqh Council* auf, die eine Abtreibung auch bei diagnostizierten Krankheiten nach dem 120 Tag als verboten eingestuft haben. Zum Erstaunen der Gäste berichtete Albar, dass außerdem Abū Bakr ar-Rāzī (gest. 925) in seinem *Kitāb al-manṣūrī fī-ṭ-ṭibb* und Ibn Sīnā (gest. 1037) in seinem *Qānūn aṭ-ṭibb* detailliert die Ausführung der Abtreibung beschrieben.

Alireza Bagheri
(UNESCO International Bioethics Committee, Toronto)

Die Veranstaltung am zweiten Tag schloss Alireza Bagheri mit einer recht umfangreichen Betrachtung über das *Palliative Care* im islamischen Kontext ab. Bei der Optimierung des Zustandes des Patienten seien jegliche Informationen, die eingeholt werden können, relevant. In diesem Zusammenhang berichtete Bagheri von einer Patientin aus Kanada, die seelisches Leid erfuhr, weil ihre Katze alleine zu Hause verweilte. Nur wenige muslimische Länder wiesen ein umfassendes *Palliativ Care* Programm auf. Anschließend wurden die anstehenden Herausforderungen in muslimischen Ländern von Bagheri aufgelistet, wie z. B. das Fehlen von Krankenversicherungen, zudem sei das *Palliative Care* ein Luxus für Wohlhabende, es fehle außerdem an fachlicher Expertise und schließlich sei eine missliche Kommunikation zwischen dem Patienten und dem Arzt auszumachen. Darüber hinaus bestehe das Problem der Entscheidungsinstanz. Nicht selten gehe die Entscheidung von der Familie aus und nicht von der Autonomie des Patienten. In Iran konstatiert Bagheri eine medizinische Ressourcenknappheit, die sich nachteilig auf das *Palliative Care* auswirke.

Mehmet Osman Gülyesil
(Juristische Fakultät, Humboldt-Universität Berlin)

Am letzten Tag befassten sich die Beiträge im dritten Panel mit den juristischen Perspektiven. Mehmet Osman Gülyesil (Mitglied

der GAIR) beleuchtete das Embryonenschutzgesetz, Stammzellgesetz und die beratende Funktion der Ethikkommission hinsichtlich des Rechts.

Alireza Bagheri
(UNESCO International Bioethics Committee, Toronto)

Nachdem Bagheri am Vortag auf die Herausforderungen beim *Palliative Care* aufmerksam gemacht hatte, erläuterte er als nächster Referent ausführlich die zehn größten bioethischen Herausforderungen in den muslimischen Ländern. Sowohl die WHO als auch die UNESCO haben einen beträchtlichen Einfluss auf die bioethischen Diskurse der muslimischen Länder. Dabei hätten bereits acht muslimische Länder ihre eigenen Richtlinien entwickeln können, wohingegen bei fünf Ländern eine originelle Richtlinienentwicklung ausstehe. Bagheri plädierte für die Notwendigkeit solcher Richtlinien in der Bioethik, begründet in der genuinen Kultur dieser Länder.

Nils Fischer
(Philosophisch-Theologische Hochschule, Vallendar)

Nils Fischer zeigte anhand von Fallbeispielen auf, wie die zeitgenössische Lage von einigen muslimischen Ländern im Hinblick auf den Schwangerschaftsabbruch aussehe. In Tunesien dürfe man in den ersten drei Monaten abtreiben. Ein grundsätzliches Abtreibungsverbot werde von Ägypten zwar vorgeschrieben, jedoch sei nach dem Notstandsrecht eine Abtreibung willens des Schutzes der Mutter erlaubt. Das Abtreibungsverbot in einigen muslimischen Ländern führe letztlich dazu, dass die illegale Abtreibung zunehme. Abschließend hielt Fischer fest, dass ethische Fragen eindeutig als religiöse Fragen erörtert werden und zum Teil auch von der Politik instrumentalisiert werden.

Muna Tatari
(Seminar für Islamische Theologie, Universität Paderborn)

Im vorletzten Panel schlug Muna Tatari einen Bogen von der Anthropologie der muslimischen Philosophie zu der Bioethik im Islam. Hierbei habe Ibn Sīnā der Seele die entscheidende Weisung gegeben, wonach der Körper nicht ausschlaggebend sei, woraus man schließlich Eingriffe der Medizin legitimieren könnte. Al-Ġazālī schrieb sowohl dem Körper als auch der Seele einen sakralen und profanen Charakter zu und diese Position habe sich auch bewähren können. Konkret heißt das, dass die avicennische Position im juristischen Denken der muslimischen Gelehrten keine Relevanz habe.

Hakki Arslan
(Institut für Islamische Theologie Universität Osnabrück)

Rechtsphilosophisch referierte anschließend Hakki Arslan mit der Anwendung der *qawāʿid al-fiqhīya* in medizinethischen Fragestellungen. Mit der klassischen Ausgangslage, dass die Texte (*Qurʾān* und *Sunna*) begrenzt seien, die auftretenden Präzedenzfälle hingegen unbegrenzt, exponierte Arslan die diskursive Rechtsmethodologie, um diese

schließlich an bioethische Fragestellungen anwenden zu können. Mit einem der Hauptprinzipien der *qawāʿid al-kullīya al-kubrā*, dass Schaden abzuwenden sei (*aḍ-ḍarar yazāl*), legitimierte Arslan das Abtreiben in Notsituationen zugunsten der Mutter. Außerdem sei es das oberste Prinzip des islamischen Rechts, Nutzen herbeizuführen und Schaden abzuwenden (*ǧalb al-manāfiʿ / maṣāliḥ wa-dafʿ al-mafāsid*). Mit diesem durch Abstraktionsschritte gewonnenen Prinzip durch die muslimischen Rechtsgelehrten könne man die bioethischen Fragestellungen im Einzelnen auslegen. Die theologischen Argumentationsmuster der Rechtsgelehrten wurden beispielsweise auf die Frage der Legitimität der Leichenöffnung angewandt. Grundsätzlich gelte die Unversehrtheit des Toten und des Lebenden, allerdings machen Notwendigkeiten verbotene Dinge erlaubt (*aḍ-ḍarūrāt tubiḥu al-maḥẓūrāt*), wonach die Leichenöffnung für notwendige Forschungszwecke gestattet wäre.

Martin Kellner
(Institut für Islamische Theologie, Universität Osnabrück)

Der Organisator der Tagung, Martin Kellner, führte zur Funktion des Muftis aus, dass diese darin bestehe, die Texte zeitgenössisch zu betrachten und die Urteile, der jeweiligen Zeit und dem jeweiligen Kontext entsprechend, zu fällen. In medizinethischen *fatāwā* aus dem Mittelalter finde man aufschlussreiche und doch noch aktuelle Urteile für unseren Zeitgeist. Von Abū Ḥanīfa (gest. 767) sei eine *fatwā* über die Zahntransplantation überliefert, worin zwei Fälle erörtert werden – die Transplantation des eigenen Zahnes und die eines Toten – die schlussendlich als verboten eingestuft wurden. Seine zwei bedeutenden Schüler Abū Yūsuf (gest. 798) und aš-Šaibānī (gest. 805) haben später zumindest den ersten Fall der Zahntransplantation erlaubt. Kontrafaktisch findet man auch einen Fall, in dem ein Mensch einen nicht ihm gehörenden Diamanten schluckt. Nach dem Tod des Menschen, der den Diamanten geschluckt hatte, darf eine Operation durchgeführt werden.

Reiner Sörries
(Fachbereich Theologie Universität, Nürnberg-Erlangen)

Im letzten Panel griff Reiner Sörries die islamische Bestattungskultur auf und zeigte, dass sowohl innerhalb der islamischen Welt abweichende Bestattungskulturen vorzufinden seien, wie etwa in Iran, Türkei, Saudi Arabien, als auch in europäischen Ländern, die aus den Einflüssen des jeweiligen Umfeldes resultieren.

Nur Yasemin Ural
(Institut für Soziologie, Freie Universität Berlin)

Die Soziologin Nur Yasemin Ural ermöglichte letztlich tiefe Einblicke in das Spannungsfeld zwischen dem säkular-liberalen Markt und religiös-ethischem Anspruch hinsichtlich der Bestattung.

Podiumsdiskussion

Die abschließende Podiumsdiskussion machte noch einmal deutlich, dass eine engere Kooperation in der Bioethik zwischen Ärzten, Theologen, Philosophen und Juristen essenziell sei und ausgebaut werden müsse. Mehr über die Beiträge der Referent*innen wird man demnächst in dem noch zu erscheinendem Tagungsband lesen können.

Samet Balci, B. A., studiert Philosophie und Geschichte und Islamische Theologie im Masterstudiengang. Er ist Stipendiat beim Avicenna Studienwerk und wissenschaftliche Hilfskraft von Prof. Dr. Dr. Rauf Ceylan.

ZRI 2016 (S. 373–383)

Conference Report: 2015 Gingko Library – British Institute of Persian Studies Conference: Iran's Constitutional Revolution of 1906 and the Narratives of the Enlightenment (14.–16. 9. 2015), British Academy, London, UK

Victor Rohm

The Constitutional Revolution of 1906 is widely recognised by scholars of Iranian history as the moment in which the foundations of the modern Iranian state and politics were laid. For all its practical and immediate failures, the Constitutional Revolution had a profound effect on the political culture of the country, establishing the principles of parliamentary representation and shaping popular attitudes towards the state long after the turmoil of revolt had subsided. Giving voice to powerful nationalist impulses, the causes and consequences of the Constitutional Revolution continue to dominate political discourse in Iran to this day.

This international conference brought together scholars from East and West to discuss the intellectual roots and consequences of the Revolution. It focused, in particular, on the impact of Enlightenment thought on the intellectuals that formed the vanguard of the Constitutional Movement and the means and ways in which they engaged with new ideas of political organisation and sought to make them their own. How did Iranian thinkers, scholars and political activists draw on and apply ideas of constitutionalism and the rule of law? How did they understand the challenges facing their country, and how, in particular, did they seek to inculcate a popular sense of patriotism and national purpose? The conference also looked at the historiography of the Constitutional Revolution; how both academics and politicians have subsequently interpreted it.

A central theme of the conference was the intellectual engagement between East and West and the inter-relationship of ideas that emerged. It was of interest to scholars of Iran, Europe and, in particular, to those interested in how European Enlightenment discourses were absorbed and altered in the Iranian context.

Bert Fragner: "A Ṣūfī's Roadmap to Civil Society: Hamadān 1906/7"

About forty years ago Bert Fragner (Institute of Iranian Studies at the Austrian Academy of Sciences) did some research concerning memoirs written by ʿAlī Khān Qājār Zahīro d-Daule "Safā ʿAlī Shāh" – a high-ranking member of the Qājār aristocracy and also a prominent Ṣūfī of his time – particularly about his diary dealing with his activities in his capacity as governor of city and province of Hamadān from June 1096 until November 1907.

From the very beginning of his mission to Hamadān Zahro d-Daule had obviously had in mind to organize something like a model provincial parliament in accordance with what he understood as the ideal goals of the

Constitutional Revolutionary Movement. From the fall of 1906 on, he entered a growing controversy with the Imperial Court in Tehran, which resulted in the successful establishment of local democratic institutions, accompanied by indications of broad participation from the side of the population. All his activities are well documented by an ample exchange of telegraphs between himself and court officials the texts of which he rendered himself in his "Hamadān Diary," together with a step-by-step narrative of his strive for implementing democracy in an Iranian provincial town. It seems that he had started his mission by an explicit agenda of strategic and tactical concepts. Notwithstanding the fact that he was eventually called back from Hamadān to Tehran after more than one year a fascinating and almost unique experiment of introducing and practising democracy in a remote area had taken place due to his initiative and efforts. In his presentation, Bert Fragner wrapped up his earlier studies concerning Zahīro d-Daule concluding that he played an important role in the experiment embarked upon by a new modernising Iran.

Pejman Abdolmohammadi (LSE): "The Influence of Mīrzā Āġā Khān Kermānī's Political Thought on the Iranian Constitutional Revolution)"

Mīrzā Āġā Khān Kermānī (1853–1896) is one of the most important thinkers and intellectuals of the nineteenth century in Iran. He started to develop a critical perception of political Islam, giving rise to a new current of thought based on Persian nationalism, secularism and constitutionalism.

Pejman Abdolmohammadi's paper, after a brief introduction of the political and historical context of the nineteenth century, showed how Kermānī's thought influenced the political evolution of Persia during the Iranian Constitutional Revolution. It analysed the political thought of Kermānī, highlighting some fundamental elements of his ideas and reflections such as enlightenment, nationalism, constitutionalism, the rule of law, the relationship between religion and politics, and the importance of individual liberties and civil rights. Kermānī's main purpose was to disseminate the principles of European Enlightenment in Persia in order to encourage its people to overthrow the despotism of the Qājār dynasty. He was one of the first Iranian intellectuals who knew Western, Islamic and Persian thought. This led him to a unique synthesis, which incorporated Western constitutionalism and nationalism on the one hand and, on the other hand, the myth of the "good government" of Cyrus and Zoroastrian philosophy.

Kermānī, already a decade before the Constitutional Revolution (or Mashrūte[1]), calls for the establishment of a Constitutional monarchy in Persia, considering the Qājār despotism and the fanatism of the Šīʿī clergy as the biggest problem; he believed in an elite

[1] Mashrūte refers to the constitution, the term implies limits being placed on powers, hence, 'constitutional.'

group of intellectuals, who would have lead the population to revolt against the ruling dynasty. The role of this enlightened elite should not have been limited only to the revolutionary stage, but it would have to be a determining factor in the establishment of a Constitutional form of government based on civil rights and that again would limit the power of the monarch.

Ali Gheissari (San Diego): "Iran's Dialectic of the Enlightenment: Notes on Constitutional Experience in Theory and Method"

Iran's Constitutional Revolution of 1906 aimed at changing the structure of the monarchy from despotic or absolute to constitutional, and to adopt representative governance by introducing the country to a parliamentary system. It further resulted in a written constitution in which a separation between different branches of government was recognized. Intellectually, however, it drew on a diverse range of ideas and orientations that in good measure were associated with the Enlightenment – either directly from European sources or, more regularly, through elaborate routes of trans-regional contacts, notably from India, the Ottoman Empire, or the Caucasus. By looking at a selected range of primary and secondary sources Ali Gheissari's paper examined the intellectual encounters of Iran's constitutional movement with various types of Enlightenment ideas and the general intellectual debates and textual productions of that period in areas such as philosophical methodology, representative governance, the rule of law, and educational reform. Such divergent trends can be seen, for instance, in terms of combining liberal as well as *étatiste* approaches in the composition of the constitutional laws and subsequent interpretations and styles of implementation. Further complexities of Iran's constitutional experience can also be noted in terms of the impact of Šīʿism on the one hand and prerogatives of autocratic state on the other – as in, for example, the articulation of a civil code and the subsequent range of procedural laws that were adopted in the 1920s and 1930s. In both of these domains Iran's constitutional experience included religion in the emerging conception of popular sovereignty and thus the ideal of a constitutional governance emerged with a strong religious component and an emphasis on the rule of law rather than a demand for liberty. By juxtaposing such divergent trends and through a close examination of primary material this paper aimed at elucidating the broad range of intellectual imports of the Enlightenment and their impact on Iran's philosophical, political, and legal landscape during the constitutional period and beyond.

Mira Xenia Schwerda (Harvard): "Picturing Revolution: Social and Political Aspects of Qājār Photography"

In the constitutional period, change was depicted through the lens of photography. Most of these now canonical images were first reproduced on picture postcards, which

were the medium of choice for the circulation of political imagery at the time of the Constitutional Revolution. Photography and printing culture have been part and parcel of the experience of modernity. For a comprehensive understanding of not only cultural, but also social and political history, one has to take the transformation of images and their circulation and reception into account. During the time of the Constitutional Revolution pictures of royalists and constitutionalists were broadly circulated for the first time – both sides used photography and printing to visualise their own narrative of the events. Photographs depicting the lower and middle classes were also taken for the first time. These images were visual proof of the crowds on the streets and thereby a legitimation of the political events. In her presentation, Mira Xenia Schwerda analyzed the postcards produced by the Tehran-based printer Sayyid ʿAbd-ur-Raḥīm Kashānī according to their visual program, political implications, circulation and finally their reception by the audience. Even though this topic is vital to understand the political and social changes in the Constitutional Revolution, it has been little studied. These picture postcards tell us more than just one story of the Constitutional Revolution and further complicate the narrative of this time of political turmoil. An understanding of these rarely investigated images and their physical embodiment in a portable printed form is crucial not only for the fields of political and social history, but also for the study of the history of Iranian photography, art, and visual culture.

Joanna de Groot (York): "Gender, Enlightenment, and Revolution: Reframing Analytical and Methodological Approaches to the Iranian Constitutional Revolution"

Joanna de Groot's paper sought to incorporate the insights developed within modern gender-aware historical scholarship into the mainstream of work on the Iranian constitutional movement of ca. 1905 to 1911. In particular, it drew on the rich engagement with studies of the "Enlightenment" within that scholarship in order to critique gender blind approaches to the issues of rights, personhood, democracy, and ethno-nationality which were at the core of the Iranian constitutionalist project in the early twentieth century. At the substantive level, existing practice needs to be modified by the recuperation of ignored or marginalized ideas and information regarding gender. Accounts of governance, reform or protest are transformed once attention is paid to evidence about the distinctive roles and understandings of women, men, families, and sexualities. At the conceptual level, such information requires a rethinking of terms regularly used to depict and comment on past societies. Notions of 'politics,' 'nation,' or 'religion,' acquire changed meanings once that evidence is taken into account. At the level of general analysis 'big stories' of modernisation or regime change are also transformed once due attention is

given to the gendered character of governance, production or culture. Beyond this, the work of gender aware scholars has generated concepts and theoretical insights with the potential to transform historical practice. These range from analyses of patriarchies and sexualities as constitutive structures shaping society and politics, and of men as gendered subjects, to the development of postcolonial theory. The paper demonstrated the benefit brought by gender aware scholarship to existing accounts of constitutionalist politics and ideas at all these levels, focussing on analysis of the 'public' domain, of rights and personhood, and of gendered/patriarchal discourses. It suggested that gendered analyses of concept and practice of "Enlightenment" shed light on Iranian variants created in the constitutional era and on their limitations. This provides a basis for arguments that such analyses should be treated not as an optional addition, but used to reconstitute accounts of that era in ways, which make for fuller and clearer understanding.

Rebecca Gould (Bristol): "Iranian Constitutionalism, Russian Style: Mīrzā ʿAbd al-Raḥīm Talibov in Daghestan"

In this contribution, Rebecca Groot proposed to study the life and legacy of the self-made disciple of the Persian Enlightenment, ʿAbd al-Raḥīm Talibov (d. 1911), with a particular emphasis on how his years in Daghestan (Temir Khan Shura) shaped this thinker's contribution to the Iranian Constitutional Revolution. She examined the impact of Russian learning on Talibov's reformist agenda. She also looked at how this "Voltaire of Temir Khan Shura" (as a Soviet scholar referred to him) interacted with his local Daghestani environment. Rebecca Gould's sources include Talibov's pedagogical writings in Persian (Kitāb-e-Aḥmad), his writings on political sovereignty composed shortly before the Iranian Constitutional Revolution (and gathered in "Masāʾil al-Ḥayāt"), and his Russian translation of his life of the Prophet (published in Grozny in 1904), which was adapted for a local audience. She is interested in the merger Talibov brought about between Iranian intellectual history and Russian learning, and in how he crafted these diverse influences to advance what might be called a Persian Enlightenment. The influence of his environment on Talibov's typology of six kinds of freedom is a particular focus of Rebecca Gould's attention. Broadly, this research sheds light on the influence of the 1905 Russian Revolution (which led to constitutional reform) on its Persian counterpart, in considering how Persian scholars reconfigured and revised the agendas of their Russian predecessors.

Siavush Randjbar-Daemi (Manchester): "Looking Back at Mashrūte: Late Pahlavi Narratives on the Constitutional Revolution"

Reverences to the Constitutional Revolution became a defining trait of Iranian state discourse throughout the 20th century. Despite

exhibiting increasingly authoritarian traits, both Pahlavī monarchs manifested eagerness to uphold the existence of state institutions other than the monarchy during their reigns, and frequently sought to base their legitimacy on their role as guarantors of the Mashrūte legacy. This paper sought to the address the political and linguistic patterns through which the Constitutional Revolution featured in the official discourse of the late Pahlavī era (1967–1979), at a time when Mohammad Reza Shah progressively moved towards the creation of a state system antithetical to much of the intellectual currents of the Mashrūte era, the unique single-party monarchy of 1975 to 1979. The paper in particular sought to address how the Shah and the political elite sought to reconcile the Rastākhīz Party with the key tenets of the Constitutional Revolution, and the role envisaged by the Shah for institutions of state other than the royal court after his self-incoronation. The research was based on sources seldom used before, such as the special dossiers prepared on the anniversaries of the Constitutional Revolution by official and semi-official publications, such as the Rastākhīz and Āyandegān dailies, as well as other documents pertaining to the royal court, government ministries and other elements of the state.

Roman Seidel (FU Berlin): "Early Translations of Modern European Philosophy"

One distinct feature of Iranian intellectual history in the Qājār era was the beginning of the reception of European philosophical trends, which took place in the larger context of various processes of knowledge-transmission between Europe and the Middle East. Although the contribution of many outstanding intellectuals who played a major role in the appropriation of Enlightenment thought and other European intellectual trends are known to us, we still now very little about which European writings were explicitly discussed in their intellectual networks, which of these were actually accessible to them and in which rendition or edition. Throughout the scholarly literature on the reception of Enlightenment thought by Iranian thinkers, we find statements and some evidence that they have adopted various doctrines of eminent European thinkers such as Voltaire, Rousseau, John Stuart Mill and the like. However, accurate references to the sources the Iranian intellectuals might have used are still usually very rare in most of these studies. An important case in point in this context is the phenomenon of the translation of philosophical works in that period, that in many respects deserves more attention. For one thing, we are far from having an even approximate picture of which European philosophical works were translated into Persian, for others of these, translations were carried out in a mediated way. Either because they did not rely on the original but were conducted by proxy of an already translated version (Ottoman Turkish, Russian, Arabic) or they were shortened, extended, commented upon and merged with other text and thereby not immediately recognizable as translations.

Roman Seidel's paper discussed some examples of this phenomenon (for instance Descartes' *Discours de la Méthode* or the question of textbook translations) and argued for the urgent need for an increased and focussed scholarly commitment in this field of study. Roman Seidel concluded that although there was little in the way of translations regarding major works of European philosophers during the period in question, nevertheless, their ideas were engaged with and accepted in the original works of Persian writers; that is to say, these ideas often appeared in mediated forms.

Payam Sharifi (Slavs and Tatars): "Molla Nasreddin: Embrace Your Antithesis"

Published between 1906 and 1930, in itinerant offices, first in Tbilisi, briefly in Tabriz before settling in Baku, Molla Nasreddin was a legendary Azerbaijani political satire, read by an audience that stretched from Morocco to India. It was arguably the most important periodical of the Muslim world of the 20th century. The weekly addressed issues such as gender equality, education, colonialism, and Islam's integration of modernity – all of which remain as relevant and pressing today as when the magazine was first published a century ago. This paper looked at the magazine's contentious relationship with Iran: despite being published in the Russian Empire and nascent USSR, Molla Nasreddin's most important impact was across the border in Iran. Its Jadīdist (that is, reformist) worldview saw in Iran both the source of many of the ills of the region and its largest readership. Because of its relentless focus on Qājār inefficacy and corruption, the magazine's essays and illustrations acted as a preamble of sorts to the Iranian Constitutional Revolution of 1906 to 1910. Molla Nasreddin served as an inspiration to such seminal Iranian reformist publications as Nasīm-e-Shomāl (published in Rasht) and the progressive Tehran weekly Sūr-e-Esrāfīl, both of which played an important role in galvanizing debate and opinion during the Constitutional Revolution. In the early days following the Russian Revolution, Jadidists across Russia, the Caucasus and Central Asia found common cause with the Bolsheviks and managed to reform colonial educational policies across the region. The Azeri newspaper *Irshād* coined the term 'Molla Nasreddinism' to describe the ability to tell things as they are.

Urs Goesken (Bern): "Enlightenment in Iran in the Eyes of Western-inspired Counter-Enlightenment"

The Constitutional Movement in Iran saw itself largely indebted to Western Enlightenment thought. This was often challenged by Counter Enlightenment tendencies like romanticism and Völkish thought and the ideas of Enlightenment critics like Nietzsche and Heidegger.[2] Counter Enlightenment regarded phenomena that it attributed to Enlight-

[2] Friedrich Wilhelm Nietzsche (1844–1900) and Martin Heidegger (1889–1976) are both German philosophers who are noted for certain counter-Enlightenment elements within their respective philosophies.

enment like urbanisation, industrialisation, individualisation, intellectual and social pluralism, formalisation of state and society and, sometimes, secularisation as forces alienating man from his true self. These are very much the same phenomena that caused cultural and intellectual unrest in Iran and other non-Western countries in the wake of what is conventionally referred to as Westernisation. In this paper, therefore, Urs Goesken asked which Western counter-Enlightenment trends in Iran competed with Enlightenment forces in the wake of the Constitutional movement itself and in subsequent interpretations of events. Besides asking about the influence of Nietzsche on the perception of Enlightenment in Iran, the paper dealt with the reception of Heidegger among Iranian intellectuals. Heidegger's thought played an essential part in the return to the self movement that reacted to the same Enlightenment-related phenomena enumerated above. His thinking shaped the critique by Iranian intellectuals of the Pahlavī concept of Enlightenment and their understanding of the Constitutional Revolution. In this context, the paper discussed the counter-Enlightenment thought of Heideggerians like Aḥmad Fardīd and that of Ǧalāl-e Āl-e Aḥmad. The latter displays counter-Enlightenment tendencies in his critique of technology in the sense of the philosophical school of thought e. g. Adorno similar to Heidegger's, in his glorification of the village as home to the true essence of the people, an idea reminiscent of Völkish thought, and in what he has to say about the Constitutional Revolution. Perceptions of Enlightenment and the Constitutional Revolution like Āl-e Aḥmad's also shaped the ideological outlook of the 1979 revolution.

Milad Odabaei (Berkeley): "Translation and History in Modern Iran: The Case of the Enlightenment"

How does the Enlightenment, its internal heterogeneity and historical specificity, "translate" into Iran? The 1906 Constitutional Revolution paradigmatically captures how the translation of Western political ideas and forms emerge in Iran in relation to crises, ruptures and potentialities of Iranian political and religious traditions in the modern period. In this paper, Milad Odabaei foregrounded translation as a historical and political practice that reaches beyond linguistic transposition of texts and concerns the potentiality of traditions to open to and articulate difference and thereby reencounter and regenerate themselves. He grounded his analysis in the early Qajār travel writings, particularly Mīrzā Sāleh Shīrāzi's travelogue "the Book of Wonder" which introduced the British political system in Persian and provided the key terms of the Constitutional Revolution.[3] Mīrzā Sāleh later established Iran's first newspaper and negotiated Iran's fate with Russia as a key translator and

[3] Mīrzā Sāleh Shīrāzi undertook a number of travels between 1815 and 1819, including to Russia and to England in order to acquire knowledge of foreign languages, sciences, philosophies, political systems and

diplomat of the court. In his writing and work this paper examined translation in relation to the realization of "crisis," a historical, political and cultural disablement, and an attempt at "regeneration," one that seeks to reconnect the reader and speaker to living memories and renewed potentialities. The Perso-Russian wars have become the marker of a new time in Iran: the time of *tajadod,* "the modern," or "modernity." Milad Odabaei examined this time as "the time of translation," where the attempt to sort out differences with the West – both literally and intellectually – prompts historical consciousness and self-fashioning. In his reflections on Kant's essay "What is Enlightenment?" Michel Foucault elaborates the ethos of the Enlightenment as a paradoxical and heroic attitude that violates a discourse, a history, or a language in order to create it anew. Odabaei concludes his paper by citing the works of Mīrzā Sāleh Shīrāzī, arguing that an event like the Constitutional Revolution was not caused by the simple introduction of liberal ideas and ideologies from Europe to Iran. Rather, it was an innovation made possible by encountering the historical limits of Iranian political culture, moving passed its ossification and seizing its possibilities.

Kamran Matin (Sussex): "The Enlightenment and Historical Difference: The Case of Iran's Constitutional Revolution"

A number of theoretically informed accounts of Iran's Constitutional Revolution draw on the concept of the bourgeois revolution, which is central to Marxist conceptions of the Enlightenment idea of historical 'progress.' Critically engaging with the 'revisionist' challenges to the orthodox Marxist historiography of the French Revolution, the *locus classicus* of the bourgeois revolution, this paper argued that Marxian accounts of the Constitutional Revolution involve a disjuncture between history and theory that severely diminishes their explanatory power. This problem, the paper showed, is rooted in a singular social ontology that underpins classical Marxism, and modern European social theory more generally, and renders them vulnerable to postcolonial charges of Eurocentrism and its attendant problem of unilinearism, which is most acutely manifested in their encounters with histories of non-Western societies.

The paper then demonstrated the intellectual potentials of Leon Trotsky's idea of 'uneven and combined development' (U & CD) for developing a reformed version of historical materialism based on an ontologically plural conception of the social, that radically overcomes the problem of Eurocentrism.

many other things. His observations were presented in his travelogue *The Book of Wonder.*

Matin argues that this concept does not simply discard the basic ideas of the enlightenment due to their Eurocentric constitution, but that it shows that the problems of those ideas, their false universalism in particular, is not inherent to the ideas themselves but to their internalist construction and therefore can be overcome through their interactive reconstruction.

Salour Malayeri (St. Andrew's): "Realism, Nationalism and Criticism: Iranian Enlightenment and the Philosophy of Literature in the thoughts of Mīrzā Fathʿalī Ākhūndzāde"

Although many researchers have studied the Persian literature of the late nineteenth and early twentieth Centuries, most of them have only discussed the content and form of literary works. However, the meaning and the philosophy of literature as a part of the intellectual and discursive development of Iranian nationalist and modernist movement, has not been discussed extensively among scholars. This paper, through analysing the views and thoughts of Mīrzā Fathʿalī Ākhūndzāde, one of the earliest and most influential figures of Iranian nationalism, sought to explain firstly how the concept of literature was defined for the first time as an independent medium; and secondly, how the characteristics of 'Persian Literature' as a discourse were constructed within a dialogue between European enlightenment and Persian literary tradition. By introducing the concept of 'philosophy of literature,' Salour Malayeri tried to demonstrate that the social conditions during the nineteenth century as well as the arbitrary political structure of the country made the Iranian intellectuals pose such questions as 'What is Literature?' and what is 'the true task' of literature for the social conditions that the intellectuals of the period call 'decaying'? Then the paper explained how Ākhūndzāde, under the influence of European rationalism and materialism, attempted to answer these questions by proposing three radical statements: (1) Literature must represent the nature and reality of human communities, (2) literature must have 'the beauty of content and form' en bloc, and (3) literature must criticise social distortions and inequalities by mocking and ridiculing rather than preaching. Analysing some examples of Ākhūndzāde's literary criticisms, namely his studies of Ferdowsi[4] and Saʾadi, Salour Malayeri concluded that Ākhūndzāde's views on literature are a part of a general self-consciousness towards 'Literature' in the context of Iranian discourse of nationalism. Furthermore, the paper argued that such a self-consciousness challenges the ideological function of the traditional perspectives in which rhetorical devices are used to

[4] Ferdowsi (ca. 940–1020) was a Persian poet and the author of *Shahnameh* (*Book of Kings*), which is the world's longest epic poem created by a single poet, and the national epic of Iran. Saʾadi (ca. 1210–1291) was another major poet of the Persian canon; his noted works include *Bustan* (*The Orchard*) and *Gulistan* (*The Rose Garden*).

exaggerate a transcendental meaning and ignore the potential of the work to expose social realities.

Closing Plenary: "British-Iranian Relations – A Historical Perspective" and Launch of "New Divan"

The conference programme also included two special events. A closing plenary entitled *British-Iranian Relations – A Historical Perspective,* which was chaired by Ali Ansari, brought together Touraj Atabaki, president of the International Society of Iranian Studies, Ian Black, Middle East editor of the *Guardian,* and Maj-Gen Rt Jonathan Shaw. The panel involved academics, diplomats, policy makers and politicians in a discussion how one can inform the other and how history can provide a perspective for contemporary policymaking. The conference also saw the launch of the *New Divan* project, which featured speeches by Joachim Sartorius (poet and translator), Mahmoud Dowlatabadi (Iranian novelist), Narguess Farzad (Senior Fellow in Persian, SOAS) and Barbara Haus Schwepcke (Chair of Gingko and convenor of the conference). In 2019, the Gingko Library will publish *New Divan*, an anthology of 24 poems, twelve by poets of the MENA region and twelve from the West, inspired by the culture of the Other. Building on the rich tradition of poets who have sought inspiration from, and responded to, other cultures, and particularly in relation to their poetry, *New Divan* will demonstrate how the Other can be a source of inspiration rather than fear. Each poem will appear in *New Divan* in English and, where the poem was not written in English, both in its original language of composition and in English translation.

Victor Rohm, M. A. in Philosophy, independent researcher.

ZRI 2016 (S. 385–388)

CALL FOR PAPERS

Aufruf zum Einreichen von Beiträgen für die

Zeitschrift für Recht & Islam 2017

Die *Zeitschrift für Recht & Islam* (*ZRI*, vormals *GAIR-Mitteilungen*) wird herausgegeben unter der Ägide der Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht e. V. (GAIR), einem seit 1997 bestehenden gemeinnützigen 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 islamisch geprägten Staaten zur Aufgabe gemacht hat. Die Fachzeitschrift *ZRI* trägt diesem Anliegen Rechnung. In jährlich erscheinenden Ausgaben werden die einschlägigen rechtlichen Entwicklungen, die ihren Ausdruck in theoretisch besprochenem und praktisch umgesetztem säkularen 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*innen und (Nachwuchs-)Praktiker*innen 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 29. September 2017
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:

- Beiträge sollten in den Formaten doc, docx, odt oder rtf übermittelt werden,
- Font: wir empfehlen die Schriftarten Times New/Beyrut Roman, Arial, Junicode bitte Unicode-Zeichen für diakritische Zeichen verwenden!
- Quellenverweis: Fußnoten, kein separates Literaturverzeichnis
  Literaturangaben umfassen:
  1) für Monographien und Aufsätze in Sammelbänden:
     a) Christian Starck (Hg.): Constitutionalism, Universalism and Democracy – a Comparative Analysis, Studien & Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit 75, 1999.
     b) Matthias Herdegen: Constitutional Rights and the Diminishing State, in: Constitutionalism, Universalism and Democracy – a Comparative Analysis, Studien & Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit 75, hrsg. von Christian Starck, 1999, S. 183–198.
  2) für Zeitschriftenartikel:
     William M. Ballantyne: The New Civil Code of the UAE: A Further Reassertion of the Shariʾa, in: Arab Law Quarterly 1.3 (1985), S. 245–264.
  3) für Internetseiten:
  Siehe / Vergleiche www.aladalacenter.com (letzter Aufruf 15. 10. 2017).

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*innen begutachtet. Nach Eingang der Gutachten erfolgt die Rückmeldung an die Autor*innen bezüglich der Annahme, Ablehnung oder Notwendigkeit einer Überarbeitung des Beitrages. Den diesen Prozess begleitenden Herausgeber*innen obliegt die letzte Entscheidung zur Veröffentlichung. Alle Autor*innen erhalten den redaktionell bearbeiteten Text vor Drucklegung zum Korrekturlesen noch einmal zugesandt.

Für Rückfragen stehen Ihnen die Herausgeber Hatem Elliesie (elliesie@eth.mpg.de), Peter Scholz (peter.scholz@fu-berlin.de), Beate Backe (beate.backe@googlemail.com) und Kai Kreutzberger (kai.kreutzberger@gmail.com) und sowie die Redaktionsleitung Sina Nikolajew (zri@gair.de) jederzeit zur Verfügung.

Call for Papers

Zeitschrift für Recht und Islam 2017

The *Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam* (ZRI, previously: *GAIR-Mitteilungen*) is the scientific journal of the *Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht e. V.* (GAIR), a non-profit scientific association established in 1997. Its aim is the furthering of mutual understanding of law, legal systems and legal practice between European scholars and those of the Arabic and wider Islamic region. The annual scientific journal contributes to this aim by publishing contributions on the legal developments in this field, covering theoretical legal debate as well as the practical application of both secular and Islamic laws. The journal gives space to a wide range of perspectives and takes regard of the historical development as well as the interaction of "secular" and Islamic laws in different contexts. Its analyses and debates go beyond the basic principles and outlines of those legal systems, but also address the actual developments, both in aspiration and reality. In addition, it covers key phenomena affecting – or even determining – scientific discourse, legislation and legal practice in the relevant states. This focus does however not confine itself to topics of specific or general regional interest, but also addresses the influence of global developments and tendencies, as well as the legal relations among states.

Accordingly, we invite well-known and junior scholars as well as practitioners to help furthering this mutual understanding and dialogue by submitting publishable manuscripts. In view of implementing the aims of our association in a full and broad manner, the editors welcome contributions from specific disciplines, as well as interdisciplinary contributions that address the aspects above. We highly welcome the submission of articles, reports and reviews as well as case reports and comments on cases and legislation to the editorial double peer review process. Submissions must, however, not have been published or submitted for publication elsewhere.

The editors accept submissions in German and English. Please send your contributions

until 29 September 2017

to zri@gair.de

enclosing a brief personal description (not a detailed *curriculum vitae*). We kindly ask you to provide your submissions in the following format:

- submissions should have the formats doc, docx, odt or rtf,
- concerning fonts, we recommend Times New/Beyrut Roman, Arial, Junicode
  please use Unicode-characters for diacritic purposes!

– use footnotes instead of a separate bibliography
  bibliographical references should include:
  1) concerning monographs and miscellanies:
    a) Christian Starck (ed.): Constitutionalism, Universalism and Democracy – a Comparative Analysis, Studien & Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit 75, 1999.
    b) Matthias Herdegen: Constitutional Rights and the Diminishing State, in: Constitutionalism, Universalism and Democracy – a Comparative Analysis, Studien & Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit 75, ed. by Christian Starck, 1999, pp. 183–198.
  2) concerning articles:
    William M. Ballantyne: The New Civil Code of the UAE: A Further Reassertion of the Shari'a, in: Arab Law Quarterly 1.3 (1985), pp. 245–264.
  3) concerning internet sources:
  See / Compare www.aladalacenter.com (last access 15. 10. 2017).

Quotes from the Arabic language that go beyond technical terms or short phrases should, in addition to the Arabic original, be provided in transcribed form (using an accepted scientific transcription system such as either the one of the *Deutsche Morgenländische Gesellschaft* or the *Encyclopaedia of Islam*) and in translation.

Each submission will be subject to a double peer review procedure by two anonymous colleagues with an expertise in the relevant area. Once their reviews on a submission have been received, the authors will be notified whether their submission is accepted, accepted subject to changes, or rejected. The editors will be overseeing this process and make the final decision on publication. All authors will receive their contribution with editorial changes for a final review prior to publication.

For any queries please contact the editors Hatem Elliesie (ellie sie@eth.mpg.de), Peter Scholz (peter.scholz@fu-berlin.de), Beate Backe (beate.backe@googlemail.com) and Kai Kreutzberger (kai.kreutzberger@gmail.com) as well as Sina Nikolajew from the editorial team (zri@gair.de).

IMPRESSUM

Herausgeber der *ZRI: Zeitschrift für Recht & Islam – Journal for Law & Islam* (vormals *GAIR-Mitteilungen*)

Hatem Elliesie (Halle) – Editor-in-Chief / 2. Vorstandsvorsitzender der GAIR
Peter Scholz (Berlin) / Beate Backe (Leipzig) / Kai Kreutzberger (London)
durch die *Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht* / جمعية دراسات الشريعة الإسلامية وقوانين البلاد العربية

c/o Prof. Dr. Irene Schneider
Seminar für Arabistik / Islamwissenschaft
Heinrich-Düker-Weg 14
KWZ, R 2.835
37037 Göttingen

Tel.: +49 341 97-37200
Fax: +49 341 97-37219
E-Mail: zri@gair.de
Website: www.gair.de

Redaktionssekretariat der *ZRI – Zeitschrift für Recht & Islam*

Sina Nikolajew (Berlin) – Redaktionssekretariat
E-Mail: zri@gair.de / sina.nikolajew@gmail.com

Redaktionsmitglieder der *ZRI – Zeitschrift für Recht & Islam*

Christopher Halas (Leipzig)
E-Mail: zri@gair.de / christohalas@googlemail.com

Silvan Eppinger (Stuttgart)
E-Mail: zri@gair.de

Fachgutachter der der *ZRI – Zeitschrift für Recht & Islam* 8 (2016)

Çefli Ademi (Zentrum für Islamische Theologie, Westfälische Wilhelms-Universität Münster)
Sarah Albrecht (Institut für Islamwissenschaft, Freie Universität Berlin)
Kilian Bälz (Amereller Rechtsanwälte; Berlin, Dubai, Kairo)
Achim-Rüdiger Börner (Rechtsanwalt, Köln)
Hans-Georg Ebert (Orientalisches Institut, Universität Leipzig)
Nils Fischer (Dekanat Pflegewissenschaft, Philosophisch-Theologische Hochschule Vallendar)
Marie-Claire Foblets (Abteilung Recht und Ethnologie, Max-Planck-Institut für ethnologische Forschung Halle / Saale)
Mouez Khalfaoui (Zentrum für Islamische Theologie, Eberhard Karls Universität Tübingen)
Stephan Kokew (Institut für Orientalische Philologie und Islamwissenschaft, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg)

Birgit Krawietz (Institut für Islamwissenschaft, Freie Universität Berlin)
Bruno Menhofer (Landgericht, Frankfurt a. M.)
Norbert Oberauer (Institut für Arabistik und Islamwissenschaft, Westfälische Wilhelms-Universität Münster)
Jürgen Rieck (Rechtsanwalt, München)
Tina Roeder (Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel)
Mathias Rohe (Institut für Deutsches und Internationales Privatrecht und Zivilverfahrensrecht / Erlanger Zentrum für Islam und Recht in Europa, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg)
Osman Sacarcelik (Norton Rose Fulbright, Frankfurt a. M.)
Irene Schneider (Seminar für Arabistik / Islamwissenschaft, Georg-August-Universität Göttingen)

Erscheinungsweise

Die *ZRI – Zeitschrift für Recht & Islam* erscheint 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. Manuskripteinsendungen 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 *ZRI* orientiert sich grundsätzlich am Standard der *Deutschen Morgenländischen Gesellschaft*.

Zitiervorschlag

Autor: Titel des Beitrags, in: ZRI – Zeitschrift für Recht & Islam 8 (2016), S. XX–XXX.

ISSN 2566-7858