Zeitschrift für Recht & Islam

Journal for Law & Islam

ZR&I

Jahrgang 9 (2017)

Rechtsprechung: Lena-Maria Möller – Kai Kreutzberger & Abir Haddad – Zia Ullah – Bruno Menhofer

Reik Kirchhof: Scharia – Lost in Translation. Die Merkmale der Scharia im Lichte einer soziologischen Theorie des Rechts und der normativen Ordnung

Serdar Kurnaz: Creating Meanings. The Constructivist Concept of Interpretation in Islamic Legal Theory from the 4th Century Onwards

Mahmud El-Wereny: Scharia-Normen im Wandel: Zum Konzept der Fatwa-Wandelbarkeit zwischen Tradition und Moderne

Ahmed Abdeleman A. Ali: Zum Stand der maqāṣid aš-šarīʿa in den rechtsmethodologischen Überlegungen vor aš-Šāṭibī (gest. 1388)

Ahmed Gad Makhlouf: Zur Mitwirkung von Frauen in den Fiqh-Institutionen

Anja Pistor-Hatam & Kerstin von der Decken: „Menschenwürde/Karāma(t)“: Zur Frage eines möglichen Konsenses in der Menschenrechtsdebatte am Beispiel der Islamischen Republik Iran

Tanja Herklotz: Walking a Thightrope: Balancing Law, Religion and Gender Equality in the Aftermath of the Indian Supreme Court’s Triple ṭalāq Ban

Sylvia Riewendt: Weibliche Genitalverstümmelung in Ägypten – Kann der Einsatz für mehr Kinderrechte dieser Praxis entgegenwirken?

Fatma El cheikh Hassan: Außergerichtliche und informelle Eheschließungen zwischen Syrern – die sogenannte Barrānī-Ehe

Lara-Lauren Goudarzi-Gereke: Zum iranischen Verfassungs- und öffentlichen Wirtschaftsrecht: Auslegung und Umsetzung von Artikel 44 der Verfassung

Maria Haimerl: Ein Gericht im Ausnahmezustand: das türkische Verfassungsgericht nach dem Putschversuch

Buchbesprechungen: Serdar Kurnaz – Hans-Georg Ebert – Irene Schneider – Kilian Bälz – Kai Kreutzberger – Achim-Rüdiger Börner

Tagungsberichte: Astrid Meier & Hans-Peter Pökel – Nijmi Edres – Julia Heilen & Mohammad Magout – Katja Rieck – Peter Göpfrich

Berichte aus Wissenschaft und Praxis: Nijmi Edres – Peter Göpfrich

Herausgegeben von
Hatem Elliesie
Peter Scholz
Beate Anam
Kai Kreutzberger

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

جمعية دراسات الشريعة الإسلامية
وقوانين البلاد العربية

ISSN 2192-6050

INHALTSVERZEICHNIS

EDITORIAL

RECHTSPRECHUNG & URTEILSBERICHTE

Anerkennung und Wirksamkeit islamisch geprägter Eheauflösungen in Europa: Anmerkungen zu OLG München, Beschluss vom 13. 03. 2018 - 34 Wx 146/14, den Schlussanträgen des EuGH-Generalanwalts Saugmandsgaard Øe vom 14. 09. 2017 und EuGH, Urteil vom 20. 12. 2017 - C-372/16 (Soha Sahyouni ./. Raja Mamisch) 9
Lena-Maria Möller

High Court of England & Wales, Commercial Court: A Ṣukūk-al-muḍāraba Structured to Provide a Fixed Return and Alleged to Be Illegal under UAE Law Will not Be Unwound for Illegality. Dana Gas PJSC v Dana Gas Sukuk Limited and others [2017] EWHC 2928 (Comm) 17
Kai Kreutzberger & Abir Haddad

Supremacy of Parliament in Pakistan 35
Zia Ullah Ranjah

Anmerkung zum Beschluss des OLG Hamm, 22. 4. 2016 – II 3 UF 262/15 39
Bruno Menhofer

Anmerkung zum Beschluss des OLG Bamberg, 12.5.2016 – 2 UF 58/16 43
Bruno Menhofer

ARTIKEL

Scharia – Lost in Translation. Die Merkmale der Scharia im Licht einer soziologischen Theorie des Rechts und der normativen Ordnung 51
Reik Kirchhof

Creating Meanings: The Constructivist Concept of Interpretation in Islamic Legal Theory from the 4th Century Onwards 83
Serdar Kurnaz

Scharia-Normen im Wandel: Zum Konzept der Fatwa-Wandelbarkeit zwischen Tradition und Moderne..... 101
Mahmud El-Wereny

Zum Stand der maqāṣid aš-šarīʿa in den rechtsmethodologischen Überlegungen vor aš-Šāṭibī (gest. 1388) 123
Ahmed Abdelemam A. Ali

Zur Mitwirkung von Frauen an den Fiqh-Institutionen 135
Ahmed Gad Makhlouf

„Menschenwürde/Karāma(t)“: Zur Frage eines möglichen Konsenses
in der Menschenrechtsdebatte am Beispiel der Islamischen Republik Iran 155
Anja Pistor-Hatam / Kerstin von der Decken

Walking a Tightrope: Balancing Law, Religion and Gender Equality
in the Aftermath of the Indian Supreme Court's Triple ṭalāq Ban 179
Tanja Herklotz

Weibliche Genitalverstümmelung in Ägypten –
Kann der Einsatz für mehr Kinderrechte dieser Praxis entgegenwirken? 205
Sylvia Riewendt

Außergerichtliche und informelle Eheschließungen zwischen Syrern –
die sogenannte Barrānī-Ehe 215
Fatma El cheikh Hassan

Zum iranischen Verfassungs- und öffentlichen Wirtschaftsrecht:
Auslegung und Umsetzung von Artikel 44 der Verfassung 225
Lara-Lauren Goudarzi-Gereke

Ein Gericht im Ausnahmezustand: das Türkische Verfassungsgericht
nach dem Putschversuch 247
Maria Haimerl

REZENSIONEN

Neue Werke zum Recht des Islamischen Finanzwesens 265
Kai Kreutzberger

Le Code Marocain de la Famille en Europe. Bilan comparé de dix ans d'application.
Sous la direction de Marie-Claire Foblets (2016) 273
Hans-Georg Ebert

Hakki Arslan: Juridische Hermeneutik (uṣūl al-fiqh) der ḥanafitischen Rechtsschule
am Beispiel des uṣūl al-fiqh-Werks Mirqāt al-wuṣūl ilā ʿilm al-uṣūl von Mulla Ḫusraw
(gest. 885/1480). Reihe für Osnabrücker Islamstudien Band 25 (2016) 277
Serdar Kurnaz

Norbert Oberauer: Islamisches Wirtschafts- und Vertragsrecht. Eine Einführung (2017) 289
Kilian Bälz

Philipp Stompfe: Die Gestaltung und Sicherung internationaler Investor-Staat-Verträge
in der arabischen Welt am Beispiel Libyens und Katars, Studies in International Investment
Law 22 (2017) 293
Achim-Rüdiger Börner

Rezension: Sina Fontana: Universelle Frauenrechte und islamisches Recht (2017) 297
Irene Schneider

TAGUNGSBERICHTE

Conference Report: The Ibāḍiyya in the Context of Early Islamic Theology and Law. International Workshop, Orient-Institut Beirut (27. 1. 2017) 309
Astrid Meier & Hans-Peter Pökel

Tagungsbericht: Konferenz: Scharia und Grundgesetz, Goethe Universität, Frankfurt am Main (5. Mai 2017)..... 313
Katja Rieck

Conference Report: Workshop Muslim Secularities: Explorations into Concepts of Distinction and Practice of Differentiation, Leipzig University, Centre for Advanced Studies in the Humanities and Social Sciences (Kolleg-Forschergruppe, KFG) Multiple Secularities – Beyond the West, Beyond Modernities (18–20 June 2017) 325
Julia Heilen & Mohammad Magout

Conference Report: Gender and Sharīʿah in Muslim Legal Theory and Practice, Göttingen University (12–14 October 2017) 331
Nijmi Edres

Bericht zur Tagung Wirtschaftsrecht MENA – Aktuell organisiert vom Verein zur Förderung eines Kompetenzzentrums Recht und Wirtschaft der arabischen und islamischen Welt an der Universität Heidelberg – Law and Economics of the Arab and Islamic World (LEA) in Heidelberg (17. November 2017) 335
Peter Göpfrich

SONSTIGE BERICHTE

Understanding Sharia: Past Perfect/Imperfect Present Project Report 345
Nijmi Edres

Verein zur Förderung eines Kompetenzzentrums Recht und Wirtschaft der arabischen und islamischen Welt an der Universität Heidelberg – Law and Economics of the Arab and Islamic World (LEA) 353
Peter Göpfrich

CALL FOR PAPERS. AUFRUF ZUM EINREICHEN VON BEITRÄGEN FÜR DIE ZR&I

IMPRESSUM

Editorial

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

die diesjährige Ausgabe macht deutlich, dass das Spektrum rechtspraktischer und wissenschaftlicher Fragestellungen zu Recht und Normativität in islamisch geprägten Kontexten zugenommen hat und nunmehr nicht mehr eine Domäne der Rechts- und Islamwissenschaft darstellt, die sich mit dem arabisch-, persisch- und türkischsprachigen Raum befassen. Auch in den Zentren der islamischen Theologie beschäftigt man sich, wie man es u. a. an der Symposienreihe des Arbeitskreises Islamisches Recht der deutschen Islamischen Theologie ablesen kann, intensiv mit entsprechenden Diskursen. In den Max-Planck-Instituten wird ebenfalls in zunehmendem Maße Grundlagenforschung betrieben, welche die unterschiedlichen fachwissenschaftlichen Diskurse aufgreift und durch ethnologische Forschungsansätze ergänzt. Wie man es u. a. in der vorherigen Ausgabe der Zeitschrift für Recht & Islam erkennen konnte, zeichnet sich zudem eine Intensivierung der facettenreichen Forschung mit innereuropäischen Bezügen ab.

Demgemäß enthält die Zeitschrift im achten Jahr ihres Erscheinens Beiträge, die ein weites geographisches wie fachwissenschaftliches und sich an der juristischen Praxis orientierendes Feld abdeckt. So befassen sich die Autoren in geographischer Hinsicht mit neueren rechtlichen Entwicklungen in Deutschland, Europa, im vorderasiatischen (Iran, Türkei) und südasiatischen Raum (Indien, Pakistan) sowie in einzelnen islamisch geprägten Ländern (Ägypten, Indonesien, Saudi-Arabien). In historischer Hinsicht gehen die Abhandlungen bis zu den rechtswissenschaftlichen und rechtspraktischen Entwicklungen auf der iberischen Halbinsel des 10./11. Jahrhunderts zurück. Rezensionen und Berichte über Tagungen runden den Inhalt auch dieser Ausgabe ab. Sie gewähren Einblicke in die erwähnten aktuellen dynamischen Diskurse.

Dass wir Ihnen auch mit dieser Ausgabe erneut eine solche Bandbreite präsentieren können, verdanken wir in erster Linie den Autoren, die ihre knapp bemessene Zeit für einen Beitrag zur Verfügung gestellt und mit Engagement den Prozess bis zur Veröffentlichung ihres Beitrages begleitet haben. Unser Dank gebührt nicht minder den Fachgutachterinnen und Fachgutachtern (*Reviewern*), die mit ihrer spezifischen Expertise einen erheblichen Beitrag zur Qualitätssicherung geleistet haben.

Dass nach dem *Relaunch* der Zeitschrift im Jahre 2016 nun auch noch die Ausgabe 2017 mit einigen Monaten Verzögerung erscheint, ist dem hohen zeitlichen, personellen und damit verbundenen logistischen Aufwand geschuldet, den die wissenschaftliche Qualitätssicherung mit sich bringt. Im Zuge der vorliegenden Ausgabe wurde ergänzend zum *Double-Blind-Review*-Verfahren im Interesse der Beitragenden das Verfahren der Überprüfung der Voten auf fachadäquate Auseinandersetzung mit den zu begutachtenden Beiträgen hin verstärkt. Hiermit ging ein erhöhter redaktioneller Kommunikationsbedarf einher. Neben dem Herausgebergremium und dem Redaktionsteam (Silvan Eppinger, Kultusministerium Baden-Württemberg; Abir Haddad, Rechtwissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln; Abdelghafar Salim, Orientalisches Institut der Universität Leipzig sowie Christopher Halas, Leipzig) waren daran im Einzelnen folgende Personen als Fachgutachterinnen oder Fachgutachter involviert:

Aus dem Kreise der Rechtsanwälte und Praktiker Almut Besold (Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit, zuletzt Islamabad), Kilian Bälz (Amereller Rechtsanwälte; Berlin, Dubai, Kairo), Achim-Rüdiger Börner (Rechtsanwalt, Köln), Thoralf Hanstein (Orientabteilung, Staatsbibliothek zu Berlin); aus dem Bereich von Wissenschaft und Forschung Cengiz Barskanmaz (Abteilung Recht und Ethnologie, Max-Planck-Institut für ethnologische Forschung Halle/Saale) Hans-Georg Ebert (Orientalisches Institut, Universität Leipzig), Christoph Günther (Zentrum für interkulturelle Studien, Johannes Gutenberg Universität Mainz / Abteilung Recht und Ethnologie, Max-Planck-Institut für ethnologische Forschung, Halle/Saale), Salman Hussain (Department for Anthropology, City University New York), Serdar Kurnaz (Akademie der Weltreligionen, Universität Hamburg), Lena-Maria Möller (Forschungsgruppe: Das Recht Gottes im Wandel – Rechtsvergleichung im Familien- und Erbrecht islamischer Länder, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht), Norbert Oberauer (Institut für Arabistik und Islamwissenschaft, Westfälische Wilhelms-Universität Münster), Mathias Rohe (Institut für Deutsches und Internationales Privatrecht und Zivilverfahrensrecht / Erlanger Zentrum für Islam und Recht in Europa, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg), Irene Schneider (Seminar für Arabistik/Islamwissenschaft, Georg-August-Universität Göttingen) sowie Silvia Tellenbach (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i. Br.).

Die Herausgeber danken an dieser Stelle allen Mitwirkenden für Ihr Engagement und Ihre Zeit, die sie dem Entstehen der vorliegenden Ausgabe widmeten. Dieser Dank gilt zu einem nicht unerheblichen Gutteil einmal mehr dem ‚Herz' unserer Zeitschrift, Sina Nikolajew, von deren intensiver und konstruktiver Begleitung und Betreuung von Autoren und Beiträgen auch diese Ausgabe wieder erheblich profitierte. Unterstützt wurden das Herausgebergremium und das bisherige Redaktionsteam zudem erstmals von Abir Haddad und Abdelghafar Salim, deren konstruktive Mitwirkung ebenfalls zum Gelingen dieser Ausgabe beitrug.

Das Herausgeberkollegium der Zeitschrift für Recht & Islam

Hatem Elliesie, Peter Scholz, Beate Anam, Kai Kreutzberger

ZRI – Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam 9 (2017), S. 9–15

RECHTSPRECHUNG & URTEILSBERICHTE

Anerkennung und Wirksamkeit islamisch geprägter Eheauflösungen in Europa: Anmerkungen zu OLG München, Beschluss vom 13.03.2018 - 34 Wx 146/14, den Schlussanträgen des EuGH-Generalanwalts Saugmandsgaard Øe vom 14.09.2017 und EuGH, Urteil vom 20.12.2017 - C-372/16 (Soha Sahyouni./. Raja Mamisch)

Lena-Maria Möller

Durch das Inkrafttreten der Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 (im Folgenden: Rom III-VO) wurde das internationale Scheidungsrecht in Europa mit Wirkung zum 21. Juni 2012 neu geordnet.[1] Die im Rahmen der sogenannten ‚verstärkten Zusammenarbeit' erarbeitete Verordnung bestimmt fortan für inzwischen fünfzehn teilnehmende EU-Mitgliedsstaaten das auf die Ehescheidung anzuwendende Recht.[2] Für den deutschen Rechtsraum haben die Kollisionsnormen der Rom III-VO seitdem Artikel 17 I EGBGB a. F. ersetzt. Dass eine solche Abkehr von der deutschen nationalen Kollisionsnorm womöglich voreilig erfolgte, verdeutlichen nun eine Vorlageentscheidung des OLG München und das darauf folgende Urteil des EuGH vom 20. Dezember 2017 sowie die der Entscheidung vorausgehenden Schlussanträge des EuGH-Generalanwalts Henrik Saugmandsgaard Øe. Ebenso wirft das Verfahren die Frage nach Anerkennung und Wirksamkeit islamisch geprägter Eheauflösungen seit Inkrafttreten der Rom III-VO auf und dies insbesondere unter Berücksichtigung des in Artikel 10 Rom III-VO normierten Diskriminierungsverbots.

Ausgangsrechtsstreit

Im Zentrum des Verfahrens stand ein deutsches Ehepaar syrischer Herkunft, deren 1999 in Syrien geschlossene Ehe 2013 auf Antrag des Ehemannes ebenfalls in Syrien aufgelöst wurde. Die Eheleute lebten bis zum Jahr 2003 zunächst in Deutschland und kehrten anschließend vorübergehend nach Syrien zurück. Aufgrund des dortigen Bürgerkriegs hielten sie sich seit 2011 abwechselnd vor allem in Kuwait und dem Libanon auf, bevor sie beide endgültig nach Deutschland zurückzo-

[1] Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20. Dezember 2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts.

[2] Für die Entstehungsgeschichte und die teilnehmenden Mitgliedsstaaten der Rom III-VO siehe [beide m. w. N.] Juliana Mörsdorf-Schulte: Europäisches Internationales Scheidungsrecht (Rom III), in: *RabelsZ* 77 (2013), S. 787–792; MünchKomm(-Winkler von Mohrenfels): BGB [6]2015, Vorbemerkung zu Art. 1 Rom III-VO, Rn. 5–10.

gen und dort letztendlich unterschiedliche Wohnsitze nahmen. Im Mai 2013 erklärte der Ehemann durch einen Bevollmächtigten die Scheidung seiner Ehe vor dem für Muslime zuständigen Familiengericht in Latakia, Syrien. Das Gericht stellte daraufhin in einem Beschluss die Eheauflösung fest. Einige Monate später gab die Ehefrau eine eigenhändig unterzeichnete Erklärung über den Empfang nachehelicher Leistungen in Höhe von 20 000 US-Dollar ab.

Verfahrensgang

Zurück in Deutschland beantragte der geschiedene Ehemann die Anerkennung der in Syrien erfolgten Scheidung. Der zuständige Präsident des OLG München gab dem Antrag zunächst statt. Die geschiedene Ehefrau legte jedoch Beschwerde ein und beantragte, die Entscheidung aufzuheben, da das maßgebliche deutsche Recht einer Anerkennung der Scheidung im Inland entgegenstünde. Im weiteren Verlauf des Verfahrens wandte sich das OLG München daraufhin mit einem Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH.[3]

In dieser ersten Vorlage zur Auslegung der Rom III-VO bat das Gericht insbesondere zu klären, ob Privatscheidungen (hier: mit deklaratorischem Mitwirken eines staatlich ermächtigten religiösen Gerichts) in den Anwendungsbereich der Rom III-VO fielen und, falls diese Frage vom EuGH bejaht würde, ob bei der Anerkennung einer solchen ausländischen Privatscheidung ebenfalls die Vorbehaltsklausel des Artikels 10 Rom III-VO zu berücksichtigen sei. Abschließend warf das Vorabentscheidungsersuchen die im Schrifttum bereits intensiv diskutierte Frage auf, ob das Diskriminierungsverbot des Artikels 10 Rom III-VO – wonach die *lex fori* immer dann anzuwenden sei, wenn das berufene Recht einem Ehegatten aufgrund seiner Geschlechtszugehörigkeit keinen gleichberechtigten Zugang zur Scheidung einräume – abstrakt oder konkret auszulegen sei.

Dem EuGH erschlossen sich die Vorlagefragen des OLG München zunächst nicht. Er erklärte sich für offensichtlich unzuständig und führte hierzu aus, dass die Rom III-VO gar nicht auf die Anerkennung einer im Ausland vorgenommenen Scheidung anwendbar sei. Aus dem Bereich des Unionsrechts sachlich einschlägig sei höchstens die Brüssel IIa-VO.[4] Diese wiederum käme aber schon deshalb nicht zur Anwendung, weil das OLG München nicht mit der Anerkennung eines in einem Brüssel IIa-VO-Mitgliedsstaat ergangenen Scheidungsurteils befasst sei.[5]

Das OLG München wandte sich daraufhin erneut an den EuGH.[6] Der Beschluss über ein wiederholtes Vorabentscheidungsersuchen erläuterte diesmal auch die Feinheiten des deutschen Rechts in der Behandlung von Auslandsscheidungen und das ‚Anerkennungsverfahren' für all jene Scheidungen, an denen ein Gericht oder eine Behörde lediglich deklaratorisch mitgewirkt hat. Ebenfalls führte der Beschluss aus, dass nach überwiegender Mei-

[3] OLG München, Beschluss vom 02. 06. 2015 - 34 Wx 146/14, siehe hierzu auch Jürgen Rieck: Ṭalāq in der EU? – Anmerkungen zu OLG München 34. Zivilsenat, EuGH-Vorlage vom 02. 06. 2015, 34 Wx 146/14, in: *GAIR-Mitteilungen* 7 (2015), S. 13–16.

[4] Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000.

[5] EuGH Beschluss vom 12. 05. 2016 - C-281/15, ECLI:EU:C:2016:343.

[6] OLG München, Beschluss vom 29. 06. 2016 – 34 Wx 146/14; siehe hierzu auch Tobias Helms: Neue Entwicklungen im Scheidungsrecht als Herausforderung für das Internationale Privatrecht, in: *Scheidung ohne Gericht? Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht*, hrsg. von Anatol Dutta et al., Bielefeld 2017, S. 339 [m. w. N. in Fn. 4].

nung für die Wirksamkeitsprüfung einer solchen ausländischen Privatscheidung im deutschen Rechtsraum (seit der Streichung des Artikels 17 I EGBGB a. F.) die Rom III-VO heranzuziehen sei. Der zuständige Senat des OLG München schließe sich dieser im Schrifttum vertretenen Auffassung grundsätzlich an. Aus diesem Grund wiederholte das Gericht seine Vorlagefragen an den EuGH. Mitte September 2017 ergingen zunächst die ausführlichen Schlussanträge des EuGH-Generalanwalts Saugmandsgaard Øe,[7] im Dezember 2017 folgte sodann das Urteil des EuGH, das die Einschätzungen des EuGH-Generalanwalts im Wesentlichen teilt.[8] Inzwischen ist auch die endgültige Entscheidung des OLG München ergangen.[9]

Im Mittelpunkt des vorliegenden Beitrages stehen insbesondere die Schlussanträge des EuGH-Generalanwalts, da diese die umfangreichsten Überlegungen und Hinweise in Bezug auf Anerkennung und Wirksamkeit islamisch geprägter Eheauflösungen im Lichte der Rom III-VO enthalten.

Anerkennung und Wirksamkeit ausländischer Scheidungen in Deutschland

Wird in Deutschland die Anerkennung einer Scheidung begehrt, die nicht in einem Mitgliedsstaat der Brüssel IIa-VO erfolgte,[10] ist zunächst generell § 107 FamFG einschlägig. Hiernach sind Auslandsscheidungen anzuerkennen, wenn die zuständige Landesjustizverwaltung das Vorliegen der Anerkennungsvoraussetzungen festgestellt hat. Wenngleich das Verfahren zur Anerkennung einer Drittstaaten-Auslandsscheidung also grundsätzlich über das FamFG führt, ist in einem zweiten Schritt dennoch zu prüfen, ob es sich bei der in Frage stehenden Eheauflösung um eine Verfahrens- oder eine Privatscheidung handelt. Hat ein Gericht oder eine Behörde an der Eheauflösung konstitutiv mitgewirkt, ist eine verfahrensrechtliche Anerkennung durchzuführen. Hierbei kommt es unter anderem nicht darauf an, welches Recht aus deutscher Sicht anwendbar gewesen wäre. Im Vordergrund steht stattdessen vor allem die grundsätzliche Zuständigkeit des ausländischen Gerichts (bzw. der ausländischen Behörde), beispielsweise aufgrund der Staatsangehörigkeit oder des gewöhnlichen Aufenthalts der Beteiligten.

Anders verhält es sich indes bei all jenen Scheidungen, die nicht durch Hoheitsakt, sondern durch private Willenserklärung der Parteien herbeigeführt wurden und an denen ein Gericht oder eine Behörde lediglich deklaratorisch mitgewirkt hat, etwa durch einen Registrierungsprozess. In solchen Fällen führt der Weg der ‚Anerkennung' wieder heraus aus dem FamFG und hinein in das geltende nationale Kollisionsrecht. Die in Frage stehende Auslandsscheidung ist dann einer umfänglichen Wirksamkeitsprüfung zu unterziehen, die zum Teil aber auch als ‚kollisionsrechtliche Anerkennung' bezeichnet wird.[11] Bislang wurde das aus deutscher Sicht anwendbare Recht im Rahmen einer solchen Wirksamkeitsprüfung über die akzessorische Anknüpfung des Artikels 17 I EGBGB a. F. ermittelt. Aus eben jenem Grund fragte sich das OLG München, ob es nun stattdessen die Kollisionsnormen der Rom III-VO anwenden müsse.

---

[7] Schlussanträge des EuGH-Generalanwalts Henrik Saugmandsgaard Øe vom 14. 09. 2017 in der Rechtssache C-372/16 Soha Sahyouni ./. Raja Mamisch.

[8] EuGH Urteil vom 20. 12. 2017 - C-372/16, ECLI:EU:C:2017:988.

[9] OLG München, Beschluss vom 13. 03. 2018 - 34 Wx 146/14.

[10] Die Brüssel IIa-Verordnung gilt für sämtliche EU-Mitgliedsstaaten mit Ausnahme Dänemarks.

[11] Hierzu ausführlich Susanne Lilian Gössl: „Anerkennung" ausländischer Ehescheidungen und der EuGH – Lost in Translation?!, in: *StAZ* 69 (2016), S. 232–236; Helms: Neue Entwicklungen im Scheidungsrecht, S. 337–351.

In seinem ersten Beschluss hatte der EuGH vermeintlich eindeutig dargelegt, dass die Rom III-VO nicht auf die Anerkennung einer Auslandsscheidung anwendbar sei. Unklar war jedoch, ob diese Einschätzung lediglich auf dem Verständnis des EuGH von ‚Anerkennung' als verfahrensrechtliche Urteilsanerkennung beruhte oder ob mit dem Beschluss auch der Anwendungsbereich der Rom III-VO negativ definiert (und damit auf in Mitgliedsstaaten durchzuführende Scheidungsverfahren begrenzt) werden sollte.[12] Sowohl die Schlussanträge Saugmandsgaard Øes als auch das Urteil des EuGH liefern zunächst keine weitere explizite Klärung dieser Frage, lassen die bisherige deutsche Rechtspraxis aber insoweit ausreichen, als sie nun zumindest eine Zuständigkeit des EuGH begründet.[13] Mittelbar liefern Schlussanträge und Urteil dann allerdings doch eine Antwort, denn beide sprechen sich eindeutig gegen eine Einbeziehung von Privatscheidungen in den Anwendungsbereich der Rom III-VO aus.[14] Die Abkehr von Artikel 17 I EGBGB a. F. muss dadurch rückblickend als voreilig angesehen werden.

Das OLG München entschied sich im März 2018 dennoch für einen Rückgriff auf die alte Rechtslage und mithin für eine Anwendung des ehemaligen autonomen deutschen Scheidungskollisionsrechts.[15] Die Anknüpfung an das nach Artikel 14 EGBGB zu bestimmende Ehewirkungsstatut zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags führte zu einer Anwendung des deutschen Rechts,[16] die Anerkennung der in Syrien erfolgten Scheidung wurde aufgrund des im deutschen Recht verankerten gerichtlichen Scheidungsmonopols versagt.[17] Gleichzeitig diskutiert die Entscheidung des OLG München umfänglich die ersten im Schrifttum bereits geäußerten Auffassungen zu einer möglichen analogen Anwendung der Rom III-VO. Überwiegend wird dabei ein Rückgriff nur auf die Kollisionsnormen zur Bestimmung des anwendbaren Rechts durch Rechtswahl (Artikel 5 Rom III-VO) oder objektive Anknüpfung (Artikel 8 Rom III-VO) bei gleichzeitiger Anwendung des deutschen *Ordre-public*-Vorbehalts (nicht jedoch Artikels 10 Rom III-VO) befürwortet.[18] Andere Stimmen sprechen sich hingegen durchaus für eine Berücksichtigung der Vorbehaltsklausel des Artikels 10 Rom III-VO aus, da auch der Gesetzgeber ursprünglich von einer umfänglichen Wirkung der Rom III-VO ausgegangen sei.[19] Im Ergebnis konstatiert das OLG München, dass die abschließende Entscheidung einem gesetzgeberischen Akt vorbehalten sein müsse, und die Regelungslücke seitens des Gerichts daher vorerst durch eine Fortschreibung der alten Rechtslage zu füllen sei.[20]

In Deutschland besteht somit weiterhin eine Regelungslücke, die durch den Gesetzgeber geschlossen werden muss, um wieder eine Grundlage zur Prüfung ausländischer Privatscheidungen zu schaffen. Für den islamisch geprägten Rechtsraum betrifft dies mit großer Wahrscheinlichkeit all jene Gerichtsbeschlüsse, die einen vom Ehemann initiierten *ṭalāq*

---

[12] So Gössl: „Anerkennung" ausländischer Ehescheidungen und der EuGH, S. 233–235.

[13] Schlussanträge des EuGH-Generalanwalts, Rn. 41–51; EuGH Urteil vom 20. 12. 2017, Rn. 26–34.

[14] Schlussanträge des EuGH-Generalanwalts, Rn. 55–67; EuGH Urteil vom 20. 12. 2017, Rn. 37–49.

[15] OLG München, Beschluss vom 13. 03. 2018 – 34 Wx 146/14, Rn. 32, 42–44.

[16] OLG München, Beschluss vom 13. 03. 2018 – 34 Wx 146/14, Rn. 45.

[17] OLG München, Beschluss vom 13. 03. 2018 – 34 Wx 146/14, Rn. 54.

[18] Ausführlich zum Meinungsstand OLG München, Beschluss vom 13. 03. 2018 - 34 Wx 146/14, Rn. 33–36 [m. w. N.].

[19] OLG München, Beschluss vom 13. 03. 2018 – 34 Wx 146/14, Rn. 34.

[20] OLG München, Beschluss vom 13. 03. 2018 – 34 Wx 146/14, Rn. 37, 42–44.

und oftmals auch eine von der Ehefrau veranlasste *ḫulʿ*-Scheidung bestätigen, da diese Scheidungsformen regelmäßig auf einer privaten Willenserklärung der Parteien beruhen. In Deutschland ohne weiteres anerkennungsfähig wären somit vorläufig nur gerichtliche Eheauflösungen (zumeist als ‚*taṭlīq*' oder ‚*tafrīq*' bezeichnet).

Über die vom EuGH in seinem Urteil beantwortete erste Vorlagefrage hinaus haben die Schlussanträge Saugmandsgaard Øes auch mit Blick auf das Diskriminierungsverbot des Artikels 10 Rom III-VO weitreichende Implikationen für die Anwendung des geltenden Scheidungsrechts islamischer Länder bzw. die Anerkennung und Wirksamkeit dort ergangener Auslandsscheidungen in Europa.

Artikel 10 Rom III-VO und islamisch geprägtes Scheidungsrecht

Neben dem klassischen *Ordre-public*-Vorbehalt des Artikels 12 enthält die Rom III-VO mit Artikel 10 eine weitere Vorbehaltsklausel, deren genauer Normzweck (spezieller *Ordre-public*-Vorbehalt, abstrakte Verwerfungsklausel oder kollisionsrechtliche Eingriffsnorm) bislang strittig ist.[21] In ihrer für die vorliegende Betrachtung relevanten 2. Variante besagt die Norm, dass die *lex fori* immer dann anzuwenden ist, wenn das berufene Recht einem der Ehegatten aufgrund seiner Geschlechtszugehörigkeit keinen gleichberechtigten Zugang zur Scheidung gewährt. Dieses Diskriminierungsverbot geht auf eine ähnlich lautende Regelung im spanischen Recht zurück und sollte vor allem die Bedenken skandinavischer Staaten zerstreuen, in Zukunft geschlechtsdiskriminierendes (und dabei vor allem frauenfeindliches) Scheidungsrecht anwenden zu müssen.[22]

Umstritten und im deutschsprachigen Schrifttum viel diskutiert war bislang die Frage nach der Art und Weise, in der das anwendbare ausländische Recht auf eine etwaige Ungleichbehandlung der Geschlechter zu überprüfen sei. Bislang wurde mit ganz überwiegender Meinung – allerdings entgegen dem Wortlaut von Artikel 10 Rom III-VO und dem dazugehörigen 24. Erwägungsgrund der Verordnung – für eine ergebnisbezogene, konkrete Prüfung der Geschlechterungleichbehandlung plädiert und das Diskriminierungsverbot des Artikels 10 Rom III-VO damit in die Nähe eines *Ordre-public*-Vorbehalts gerückt.[23] Diese Einschätzung des Schrifttums wollte das OLG München nun vom EuGH überprüft und abschließend beantwortet wissen. Jedoch erteilt Generalanwalt Saugmandsgaard Øe der bisherigen deutschen Rechtsauffassung auch in diesem Punkt eine Absage: Entgegen der bislang herrschenden Lehre sprechen sich die Schlussanträge explizit für eine abstrakte Prüfung des anwendbaren Rechts auf geschlechterspezifische Ungleichbehandlung bei der Eheauflösung aus.[24] Das Urteil des EuGH greift diese Frage gar nicht erst auf, da es allein die erste Vorlagefrage beantwortet.[25]

---

[21] Beck-online.GROSSKOMMENTAR(-Gössl): Rom III-VO (Stand 01. 08. 2017), Artikel 10, Rn. 2–4; MünchKomm(-Winkler von Mohrenfels): BGB (⁶2015), Art. 10 Rom III-VO, Rn. 1–6.

[22] Hierzu u. a. Maarit Jänterä-Jareborg: Jurisdiction and Applicable Law in Cross-Border Divorce Cases in Europe, in: *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, hrsg. von Jürgen Basedow et al., Tübingen 2008, S. 340.

[23] Beck-online.GROSSKOMMENTAR(-Gössl): Rom III-VO (Stand: 01. 08. 2017), Artikel 10, Rn. 17–24 [m. w. N.]; a. A. Marc-Philippe Weller et al.: Gleichstellung im Internationalen Scheidungsrecht – talaq und get im Licht des Art. 10 Rom III-VO, in: *IPRax* 2 (März/2016), S. 123.

[24] Schlussanträge EuGH-Generalanwalt, Rn. 74–89.

[25] EuGH Urteil vom 20. 12. 2017 - C-372/16, Rn. 50.

Aber bereits die Einschätzung des EuGH-Generalanwalts stellt eine signifikante Herausforderung vor allem für die Anwendung islamisch geprägten Scheidungsrechts vor europäischen Gerichten dar (wurde doch gerade dieses in der Entstehungsphase der Rom III-VO stets als Paradebeispiel für geschlechterspezifische Ungleichbehandlung bei der Eheauflösung angeführt). Es ist daher zu begrüßen, dass Saugmandsgaard Øe in seinen Schlussanträgen auch betont, dass aufgrund des abstrakten Prüfauftrages keinesfalls angenommen werden dürfe, das Scheidungsrecht islamischer Länder sei nun in der Regel auszuschließen.[26]

Diese Differenzierung ist zentral für den zukünftigen Umgang der Gerichte mit Eheauflösungen auf Basis islamisch geprägten Scheidungsrechts, welches entweder von den Parteien gewählt wurde oder über die objektiven Anknüpfungsmomente des Artikels 8 Rom III-VO zur Anwendung gelangt. Eine genauere rechtsvergleichende Betrachtung verdeutlicht, dass zahlreiche islamisch geprägte Rechtsordnungen über ein Scheidungsrecht verfügen, dessen Mechanismen zur Eheauflösung zwar zwischen den Geschlechtern unterscheiden, das aber dennoch – vor allem im Bereich des Verfahrensrechts und der Scheidungsfolgen – weitreichende Reformen erfahren hat.[27] Zahlreiche Länder haben trotz einer Beibehaltung der klassischen islamrechtlichen Terminologie im Scheidungsrecht (u. a. *ṭalāq*, *taṭlīq* und *ḫulʿ*) den einzelnen Rechtsinstituten dennoch neuen Gehalt verliehen.

Zum einen wurden dem *ṭalāq* des Ehemannes verfahrensrechtliche Grenzen gesetzt und die einseitige Scheidung ohne Angabe von Gründen an finanzielle Kompensationsverpflichtungen geknüpft; zum anderen haben einige Rechtsordnungen die einvernehmliche Scheidung und die Scheidung aufgrund ehelicher Zerrüttung in den Katalog möglicher Scheidungsmechanismen aufgenommen.[28] Bei einer Anwendung des ausländischen Gesetzesrechts unter Berücksichtigung des deutschen Verfahrensrechts beispielsweise – und insbesondere des im Inland geltenden gerichtlichen Scheidungsmonopols – kann Männern und Frauen damit durchaus ein faktisch gleichberechtigter Zugang zur Scheidung gewährt werden. Einer Diskriminierung im konkreten Einzelfall kann dann weiterhin mit dem ergebnisbezogenen *Ordre-public*-Vorbehalt des Artikels 12 Rom III-VO begegnet werden, um so grundlegende Wertungen des inländischen Rechts durchzusetzen.

Indem sich nun aber die Auffassung, Privatscheidungen fielen nicht in den Anwendungsbereich der Rom III-VO, durchgesetzt hat, stellt sich für die Zukunft islamisch geprägten Scheidungsrechts vor europäischen Gerichten zudem eine weitere Frage: Ist das anwendbare ausländische Scheidungsrecht dennoch in seiner Gesamtheit auf geschlechterspezifische Diskriminierung zu prüfen oder soll die geforderte abstrakte Ungleichheitsprüfung nur solche Scheidungsformen berücksichtigen, die auch tatsächlich in den Anwendungsbereich der Rom III-VO fallen? Dann

---

[26] Schlussanträge des EuGH-Generalanwalts, Fn. 91.

[27] Tunesien sticht hierbei in besonderem Maße hervor, als das tunesische Scheidungsrecht bereits bei seiner erstmaligen Kodifikation im Jahre 1956 für beide Geschlechter vereinheitlicht wurde.

[28] Ausführlich zu ausgewählten Rechtsordnungen Lena-Maria Möller: No Fear of Ṭalāq: A Reconsideration of Muslim Divorce Laws in Light of the Rome III Regulation, in: *Journal of Private International Law* 10 (3/2014), S. 461–487; Nadjma Yassari: Stand des Scheidungsrechts in den islamischen Ländern, in: *Scheidung ohne Gericht? Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht*, hrsg. von Anatol Dutta et al., Bielefeld 2017, S. 315–336.

nämlich könnte aus dem Scheidungsrecht islamischer Länder in Zukunft oftmals nur noch die (gerichtliche) Scheidung aufgrund ehelicher Zerrüttung (arab. *šiqāq* oder *ḫilāf*) und die Scheidung wegen Schädigung (arab. *ḍarar*) auf Antrag der Ehefrau vor inländischen Gerichten Berücksichtigung finden. In dieser Variante könnte sich die geschlechter-spezifische Ungleichbehandlung also sogar umkehren.

Wie so oft in der gegenwartsbezogenen Forschung zum islamischen Rechtskreis gilt es daher auch in diesem Fall, das geltende (Scheidungs-)Recht nicht als uniforme Sammlung religiöser Rechtsnormen zu betrachten, sondern die teils weitreichenden Unterschiede zwischen den einzelnen nationalen Rechtsordnungen stärker in den Fokus zu nehmen. Dabei sollte das Zusammenspiel der unterschiedlichen Scheidungsmechanismen (und ihrer Rechtsfolgen) in ihrer Gesamtheit betrachtet werden, bevor aufgrund einzelner Scheidungsformen, die nur einem Ehegatten offenstehen, das gewählte oder objektiv angeknüpfte ausländische Recht verworfen wird. Nur so kann der Begriff des ‚gleichberechtigten Zugangs' logisch und im Interesse der Beteiligten an internationalem Entscheidungseinklang mit Leben gefüllt werden.[29] Für die Zukunft wünschenswert wäre insofern auch eine klare Aussage des EuGH zu der Auslegung dieses bislang unbestimmten Rechtsbegriffes durch die Gerichte der Mitgliedsstaaten der Rom III-VO.

Dr. Lena-Maria Möller, Mitglied der GAIR, ist Wissenschaftliche Referentin in der Forschungsgruppe *Das Recht Gottes im Wandel – Rechtsvergleichung im Familien- und Erbrecht islamischer Länder* am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

[29] So auch Möller: No Fear of Ṭalāq, S. 465 f., 486 f.

ZRI – Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam 9 (2017), S. 17–34

High Court of England & Wales, Commercial Court: A Ṣukūk-al-muḍāraba Structured to Provide a Fixed Return and Alleged to Be Illegal under UAE Law Will not Be Unwound for Illegality Dana Gas PJSC v Dana Gas Sukuk Limited and others [2017] EWHC 2928 (Comm)

Kai Kreutzberger & Abir Haddad

1 Introduction

The decision of the Commercial Court comes after a flurry of court claims, injunctions and counter-injunctions in England and Sharjah that arose from a request in June 2017 by Dana Gas PJSC (*"Dana Gas"*) to restructure a *ṣukūk* it had issued in 2013. Dana Gas had originally claimed that its *ṣukūk* was *"not Shari'a compliant and therefore unlawful under UAE law"*. That statement oversimplifies the complex position which the law governing Islamic finance instruments occupies vis-à-vis Islamic law / šarīʿa, the laws of contemporary Middle Eastern states and English law. The English Court's decision allows to take a closer look at that relationship.

2 Summary of the Dispute and the Court's Decisions

2.1 The Structure of the Dana Gas *Sukūk* and the Problem of the 'Fixed Income *muḍāraba*'

The Islamic finance structure at the heart of the Dana Gas dispute is an investment known as a *ṣukūk al-muḍāraba*. This form of investment gives noteholders a pay-out based on the profit of the financing partner (*rabb al-māl*) in an underlying muḍāraba venture.[1] The hallmarks of a *muḍāraba* investment in its classical form are those of a partnership where one party, the financing partner, contributes funds to a venture but does not become involved in its management, which is the preserve of a separate general partner (the *muḍārib*).[2] The pay-out for the rabb al-māl is a profit share in the venture. The *ṣukūk* element, i. e. the issuing of securities the basis of a *muḍāraba* investment is distinctly a child of modern Islamic Finance practice.

[1] See Osman Sacarcelik: *Rechtsfragen islamischer Zertifikate (Sukuk)* (2013), pp. 218–225, for a description of the structures of a *muḍāraba* investment and the *ṣukūk al-muḍāraba* notes that are issued on its basis.

[2] See on the structure of a *muḍāraba* Rüdiger Lohlker: *Das islamische Recht im Wandel: Riba, Zins und Wucher in Vergangenheit und Gegenwart* (1999), pp. 58–60.

Muḍāraba-based notes compete in today's financial markets and are placed and marketed as equivalents to bonds based on an interest-paying loan. Contemporary *ṣukūk al-muḍāraba* therefore frequently involve bond-like features, in particular by having a fixed pay-out and by restricting an investor's risk to that of a lender and insulating her from the entrepreneurial risk.

Both these structure elements cause conflicts with the principles underlying a *muḍāraba* investment in traditional Islamic law,[3] which also appear in the civil codes of today's Middle Eastern countries.[4]

The Dana Gas Sukūk is an example of this form of structuring. The *ṣukūk* notes are issued by a special purpose vehicle, Dana Gas Sukuk Ltd (*"Dana Gas Sukuk"*). They carry a fixed pay-out of 7 or 9 % per annum, paid quarterly, and are redeemed at maturity for their nominal value. In case of a profit shortfall, the 7 % certificates can be transformed into Dana Gas shares.[5] However, the 9 % certificates have no such option and hold for investors all economic features of a bond.

On the underlying level, Dana Gas Sukuk is the *rabb al-māl* in a muḍāraba agreement with Dana Gas under the law of the United Arab Emirates. Under that Muḍarabah Agreement, Dana Gas Sukuk hands the funds from noteholders to Dana Gas for a specific commercial venture and in return receives a profit share. Those profit payments are, however 'stabilised' through a number of provisions in the Muḍarabah Agreement:[6]

- The profit split in the Muḍarabah Agreement is 99 % for Dana Gas Sukuk, and 1 % for Dana Gas.[7]
- Any profits above the funds needed by Dana Gas Sukuk to make the quarterly payments to noteholders are put in a 'Reserve Account' (which is not a separate bank account but merely a ledger entry in Dana Gas' accounts).[8] If at the end of the venture any profits beyond the fixed payments are left, they go to Dana Gas as an *"incentive payment"*.[9]
- Any profit shortfall below the quarterly payments is topped up from the reserve account. The reserve account is also used if on maturity the value of the Muḍarabah Assets has fallen so that their return to

[3] See below and Sacarcelik (fn. 1), pp. 218–225.

[4] Among those codes that contain specific rules for the *muḍāraba*, Article 696 of the UAE Civil Code prohibits the *muḍārib* to give a profit guarantee to the *rabb al-māl*. Article 1428 of the *Mağalla* and Article 704 of the UAE Civil Code require that the rabb al-māl alone bears the losses. The Egyptian Civil Code does not contain a specific section on the *muḍāraba* but a general section on partnerships. Within that section, however, Article 515 gives the general rule that a partnership is void if one partner does not share in the profits and losses. It then specifically allows that a partner providing services only can be relieved by agreement from sharing in the losses (Article 515 (2)), thus allowing a *muḍāraba*-type loss share but prohibiting the *muḍārib* from bearing losses alone, or any partner to receive a fixed income independent of the profits of the venture.

[5] In this regard, the 7 % certificates are akin to mezzanine finance in the proper sense.

[6] For an overview of the terms of the *ṣukūk*, see also Dana Gas Sukuk Limited, 'Listing Particulars – US$ 425.040.000 Exchangeable Certificates Due 2017, US$ 425.040.000 Ordinary Certificates Due 2017' (2013), pp. 5–7 www.danagas.com/en-us/Investors/Tab%20006%20OFFERING%20CIRCULAR.pdf (last access 17. 12. 2017).

[7] Dana Gas PJSC v Dana Gas Sukuk Ltd & Ors [2017] EWHC 2928 (Comm) [11].

[8] Dana Gas Sukuk Limited (fn. 6), p. 6.

[9] Ibid., p. 250.

Dana Gas still leaves it with insufficient funds to repay the nominal amounts of the *ṣukūk* to noteholders.[10]

- The Muḍarabah Agreement contains warranties by Dana Gas that profits will always be sufficient for Dana Gas Sukuk to pay the noteholders. A breach of those warranties is defined as a 'Muḍarabah Event'.
- All Muḍarabah Assets are connected with subsidiaries of Dana Gas. In particular, they include *"all of the assets of [Dana LNG Ventures Ltd] and any return attributable to such asset"* and can be invested in other natural gas ventures of Dana Gas. Dana Gas, by virtue of its corporate control is able to put additional money into its ventures or subsidiaries if it wants to prevent a shortfall.[11]

A further level of stabilisation is reached outside the core Muḍarabah Agreement, and in particular through an English law Purchase Undertaking. The Purchase Undertaking is triggered by the Muḍarabah Event under the Muḍarabah Agreement, i. e. in a situation where after using the Reserve Account Dana Gas cannot meet the fixed payments or repay the capital on maturity. In such a case, the Purchase Undertaking operates as a buyback of the Muḍarabah Assets for an 'Exercise Price' which is equal to Dana Gas Sukuk's payment obligations to the noteholders.[12] In return,[13] the Muḍarabah Assets are transferred back to Dana Gas. The Purchase Undertaking does not say how that transfer is to be done. It appends an unsigned UAE law 'Sale Agreement' which the parties are to sign as part of the obligation to transfer the Muḍarabah Assets back into Dana Gas' full ownership.[14] However, it is not clear whether that Sale Agreement is even needed, as in legal terms Dana Gas remains the owner of the Muḍarabah Assets all along.

The Purchase Undertaking is also triggered by a number of other 'Events of Default', notably in case a party repudiates any of the other agreements in the wider *muḍāraba* structure, or where any of those agreements become unlawful.

Finally, the contractual structure contains a number of security agreements over Dana Gas' assets under Egyptian and British Virgin Islands law which secure Dana Gas' obligations, including the payment of the Exercise Price if the Purchase Undertaking is triggered.[15]

The marketing documents for the *ṣukūk* claim that it has been structured in a form to comply with Islamic law. They point in particular to a certification by an external Sharia Board, a 'Dar Al Sharia Legal & Financial Consultancy'.[16]

---

[10] See ibid., p. 249. The reserve account is in fact a ledger account in Dana Gas' books and the actual funds remain with Dana Gas.

[11] There is nothing in the terms that obliges Dana Gas to do so. However, through the profit warranties and the threat of a Muḍarabah Event the structure creates a strong incentive to 'prop up' profits if a shortfall occurs. Dana Gas confirmed in an announcement on 6 July 2017 that it has actually done so and *"significantly subsidized Dana Gas Egypt to meet the ongoing profit requirements."* See Dana Gas PJSC: 'Company Statement to Sukuk Bondholders' (2017) Company Statement 3: www.danagas.com/en-us/Investors/CompanyStatementToSukukBondholders.pdf§ (last access 17. 12. 2017.

[12] Dana Gas Sukuk Limited (fn. 6), pp. 250 f.

[13] The precise conditions of the transfer 'in return' was an issue the English Court had to decide.

[14] Dana Gas PJSC: 'Particulars of Claim' (High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court 2017) CL-2017–000375 para. 26.

[15] Dana Gas Sukuk Limited (fn. 6), pp. 253 f.

[16] Ibid., p. 287.

However, in a manner common for Islamic Finance documentation, there is a specific disclaimer of any representation as to the *ṣukūk's* šarīʿa compliance, which emphasises that interpretations of Islamic law can vary and advises investors to obtain their own independent advice on *šarīʿa* compliance.[17]

2.2 Dana Gas' Illegality Claims

The precise shape of Dana Gas' claim has morphed over time. However, its essence appears to lie in the structuring of the *ṣukūk* as a fixed income instrument with bond-like features.

2.2.1 Šarīʿa Non-compliance

The initial press release in June 2017 in which Dana Gas asked the noteholders for a restructuring contains the closest reference to *šarīʿa* compliance in noting that Dana Gas had "recently received advice that the *ṣukūk* in its present form is not *šarīʿa* compliant and therefore unlawful under UAE law." The press release does not provide much detail on the reasons for the purported non-compliance. However, this is most likely a reference to the now common criticism of bond-like *ṣukūk al-muḍāraba*, raised most notably in advice issued by the Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions (AAOIFI) in February 2008.[18] That AAOIFI advice emphasises the profit sharing impetus in Islamic financial instruments[19] and gives a number of prohibitions concerning devices that structure *muḍāraba*-based *ṣukūk* into fixed income instruments, in particular buyback arrangements like those used by Dana Gas.[20] These AAOIFI comments have meant a significant changes to the structure of *muḍāraba*-based *ṣukūk* and have overall reduced their attractiveness to the markets. It is these changes that the Dana Gas press release might refer to that when it mentions the "evolution and continual development of Islamic financial instruments and their interpretation" as a reason why its *ṣukūk* has now become illegal.

2.2.2 Claims under UAE Law

As regards its claim of illegality under UAE law, Dana Gas initially simply asserted that this followed from non-compliance with Islamic law, noting that the *ṣukūk* is "not Shari'a compliant and is therefore unlawful under UAE law."

That statement was clarified in Dana Gas' claim before the Sharjah Court. While their statement of claim in Sharjah is not available, the English Particulars of Claim indicate Dana Gas' UAE law arguments to a degree. They appear to be that:

- By effectively guaranteeing fixed pay-out under the notes, the Muḍarabah Agreement effectively contains a profit guarantee or "barely disguised interest rate". This puts it in breach of the UAE Civil Code that describes a *muḍāraba* as a "contract whereby the person owning property puts in the capital, and the *muḍārib* puts in effort or work, with a view to making a profit" (Article 693) and provides that profit must be shared between *muḍārib* and *rabb al-māl* (Article 703) and losses as well as impairments to the capital of the *muḍāraba* must be borne by the *rabb al-māl* alone, with any contract to the contrary being void (Article

[17] Ibid., pp. 56, 287.

[18] Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions: *Advice to Islamic Financial Institutions and Shari'ah Supervisory Boards on Sukuk* (2008).

[19] Ibid., p. 4.

[20] Ibid., pp. 2 f.; see also the commentary below and Taqi Usmani: Sukuk and Their Contemporary Applications (2009): www.iefpedia.com/english/?p=3714 (last access 23. 12. 2017).

704).[21] The profit share of 99/1 also breaches Article 703 UAE Civil Code.[22]

- The provisions in the Muḍarabah Agreement (or the Muḍarabah Agreement read together with the Purchase Undertaking) that ensure the investors are paid back their nominal amount are likewise in breach of Article 704 UAE Civil Code. They further breach Article 696, which prohibits the *muḍārib* from guaranteeing repayment of the capital of a *muḍāraba*.[23]
- The Purchase Undertaking, which Dana Gas says is in fact an integral part of the wider *muḍāraba* transaction rather than a wholly separate agreement,[24] is likewise in breach of the UAE Civil Code.
- In addition to breaching specific Civil Code Articles, the provisions of the Dana Gas Muḍarabah are "also contrary to Shari'a principles incorporated into UAE law and are, thus, unlawful as a matter of UAE law."[25]

It is implicit in all these claims of illegality under UAE law, that they require the UAE Court to read the entire suite of contracts for *muḍāraba* as one single transaction to which UAE law applies. Some of the unlawful provisions are claimed to be in the Purchase Undertaking to start with. Other aspects that Dana Gas claims render the Muḍarabah Agreement illegal under UAE law only take full effect when they operate together with the Purchase Undertaking or other contracts that are not under UAE law. However, the precise arguments of Dana Gas before the Sharjah Court as well as the course of the proceedings there remain unclear because neither documents from those proceedings nor the UAE law expert reports are publicly available. The English judgment comments only in very brief terms, noting that both parties UAE law experts agree that the Dana Gas Muḍarabah is a transaction that falls under the UAE Commercial Code, but that there is disagreement between them as to whether in a transaction under the Commercial Code, the specific restrictions on *muḍāraba* transactions in the Civil Code still apply.[26]

2.2.3 English Law Claims

While Dana Gas' claim before the English Court is for illegality of the English law Purchase Undertaking, it is derivative on the claim that the wider *muḍāraba* structure is illegal under UAE law. Specifically, Dana Gas claimed, in the alternative, that:

- Under the Purchase Undertaking, when properly interpreted, the obligation to pay the Exercise Price is *in exchange for* the lawful transfer of the Muḍarabah Assets back to Dana Gas. That transfer is not lawfully possible, either because the illegality of the wider *muḍāraba* structure makes the transfer back (including the signing of the UAE law Sale Agreement) illegal, or because the Muḍarabah Assets were never transferred to Dana Gas Sukuk in the first place.
- When entering into the Purchase Undertaking, the parties had acted under the false belief that the wider *muḍāraba* structure was legal. Because this has turned out not to be the case the Purchase Undertaking is void for mistake.
- The Purchase Undertaking is void for illegality, which was argued in four variations. Firstly, the wider *muḍāraba* structure

[21] Dana Gas PJSC: PoC (fn. 14), para. 37.1.

[22] Ibid., para. 37.2.

[23] Ibid., para. 37.3.

[24] Ibid., para. 37.4; Dana Gas PJSC: Reply to the First Defendant's Defence and Additional Claim (High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court 2017) CL-2017–000375, para 17 (4).

[25] Dana Gas PJSC: PoC (fn. 4), para. 38.

[26] Dana Gas PJSC v Dana Gas Sukuk Ltd & Ors (fn. 7) para. 41.

(including the Muḍarabah Agreement and the Purchase Undertaking) form a single transaction to which UAE law and its prohibitions apply. Secondly, the breached provisions of UAE law are mandatory overriding provisions under Article 9 of the Rome I Regulation (Rome I)[27]. Because parts of the Purchase Undertaking have to be performed in the UAE, their breach renders the contract illegal (Article 9 (3) of Rome I). Thirdly, the similar doctrine in *Ralli Bros v Compania Naviera Sota y Aznar*[28] renders unenforceable those obligations under the Purchase Undertaking that are to be performed in the UAE. Fourthly, the entire Purchase Undertaking is unenforceable under the principle in *Foster v Driscoll*[29] because it was concluded with the purpose of breaching the law of a foreign state.

2.3 The Decision of the Commercial Court

2.3.1 Scope of the Decision and Applicable Law

Under the principles of English private international law, the choice of the parties governs the law of each contract. Accordingly, the Muḍarabah Agreement was found by the Court to be governed by UAE law and the Purchase Undertaking by English law.

As the Commercial Court had, for procedural reasons, restricted itself to the English law questions, it ultimately had to decide whether the *ṣukūk* would be upheld under English law even if UAE law were to consider it illegal. The Court did not address Dana Gas' claim that UAE law would read both the Muḍarabah Agreement and the Purchase Undertaking as one (illegal) agreement, a claim it considered irrelevant because the applicable private international rules were those of English law as the *lex fori*, which looked at each contract independently.[30]

2.3.2 Interpretation of the Purchase Undertaking

The Court roundly dismissed Dana Gas' claim that the obligation to pay the Exercise Price never arose because it depended on the transfer of the Muḍarabah Assets. This interpretation, the Court held, was "untenable and flatly inconsistent with [the Purchase Undertaking's] express wording".[31] It held that, rather, the obligation to pay the Exercise Price is immediate and unconditional, and arises as soon as there is a profit shortfall that endangered payment to the noteholders, upon Dana Gas Sukuk serving Dana Gas notice (i. e. a Muḍarabah Event). Only after Dana Gas has made payment, it obtains a right under the Purchase Undertaking to get the Muḍarabah Assets back.[32]

The Court further found that this wording in the Purchase Undertaking was included intentionally. The documentation of the *ṣukūk* was professionally drafted and the Court found that the payment structure is an express agreement on risk allocation, including an allocation of the risk that the *muḍāraba* structure might be invalid. In such a case, the Purchase Undertaking puts absolute priority on paying the noteholders, so that this payment obligation is intentionally drafted as an absolute clause that survives any invalidity in any other part of the *muḍāraba* structure.[33]

---

[27] Regulation (EC) No 593/2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I) of 17 June 2018.

[28] Ralli Brothers v Compania Naviera Sota y Aznar [1920] 1 KB 614.

[29] Foster v Driscoll [1929] 1 KB 470.

[30] Dana Gas PJSC v Dana Gas Sukuk Ltd & Ors (fn. 7), paras. 44–47.

[31] Ibid., para. 51.

[32] Ibid., paras. 52 f.

[33] Ibid., para. 54.

2.3.3 Mistake or Frustration

Also based on the way the Purchase Undertaking was drafted, the Court rejected Dana Gas' argument that it was void because the parties were under the common mistake that the wider *muḍāraba* transaction was lawful. For the doctrine of mistake to apply, a mistake must be (i) common to all parties to a contract, (ii) fundamental, in that the parties would not have intended the contract to apply had they known the true facts and (iii) be in relation to something that is not, expressly or impliedly, agreed in the contract. In particular, where a contract contains an 'illegality clause', a court would normally enforce that clause where an unexpected illegality arose rather than finding that the parties were under a common mistake as regards legality. Likewise, a warranty by one party that a particular state of affairs exists will normally exclude a claim for mistake about that state of affairs. For example, a statement that the transaction is in line with Islamic law, but equally an exclusion of liability regarding that fact, means that voiding a transaction for mistake about its *šarīʿa* compliance will be unlikely. Rather, the parties will be held to have considered this risk and contractually allocated it to one of them who will be in breach of contract where the risk eventuates. The difficulty of claiming mistake is further increased by the rule that a mistake must be 'fundamental', as it requires a mistake so large that it fundamentally alters the parties' bargain.

On that basis, the Court found that there was no actionable mistake about the illegality or non-enforceability of the Muḍarabah Agreement. As noted before, the Purchase Undertaking was found by the Court to be intentionally drafted in a way that the Exercise Price would always be paid even in cases where the wider *muḍāraba* was invalid. That way it allocates the risk of illegality to Dana Gas and away from the noteholders. Moreover, the Purchase Undertaking contains specific provisions for Illegality and Repudiation. These provide that where it becomes illegal for Dana Gas to fulfil its obligations under the *muḍāraba*, or even where Dana Gas merely challenges the legality of its obligations, an Event of Default arises which again triggers payment of the Exercise Price. In short, the contractual structure of the Purchase Undertaking always prioritises paying the noteholders, and a possible illegality or non-enforceability is specifically among the circumstances where the payment is to have priority.[34]

Similarly, the Court found that there was no actionable mistake of the fact that:

- The enforceability of the unsigned UAE law sale agreement. The Purchase Undertaking does not specify in which way this transfer of the Muḍarabah Assets is to take place, and the signing of the UAE law Sale Agreement is only one element within Dana Gas Sukuk's obligation to "do all things" to effect that transfer back. The Court held that under the risk allocation of the Purchase Agreement, Dana Gas has to bear the risk of an impossibility to transfer the assets back and would always have to pay the Exercise Price, so that this is an allocated risk that cannot trigger the doctrine of mistake.[35]

[34] Ibid., paras. 67–72. Dana Gas had also claimed that this provision was illegal because it prohibited a claim of illegality in court. This was, likewise, dismissed by the court which held that no such prohibition existed, only a resulting pay-out.

[35] Ibid., paras. 74 f.

- Title in the Muḍarabah Assets never properly passed to Dana Gas Sukuk. While, entirely separately, a failure to transfer the capital of a *muḍāraba* into the full possession of the *muḍārib* can invalidate a *muḍāraba* under rules of Islamic law,[36] the English Court found that lack of transfer irrelevant, again on the basis that the Purchase Undertaking allocates the relevant risk by requiring Dana Gas to pay the Exercise Price in any event.[37]

2.3.4 Illegality

Finally, the Court also dismissed Dana Gas' argument that the Purchase Undertaking was illegal.

It reiterated the long-standing principle that a contract that is legal under English law will not be invalid because it is illegal in some other country that might have a connection to it.[38] As such, the subject matter of the Purchase Undertaking is entirely legal under English law which allows interest payments and profit guarantees.[39]

As noted above, under the English conflict of law rules the Purchase Undertaking would be considered an English law agreement separate from other agreements in the wider *muḍāraba* structure, including the UAE law Muḍarabah Agreement. Therefore, the English Court did not accept (and Dana Gas did not seriously argue) that the *muḍāraba* was a wider arrangement under UAE law, or that any UAE rules of illegality applied.

Dana Gas also quickly abandoned its claim of illegality in the place of performance under Article 9(3) of the Rome I Regulation and the *Ralli Bros*-case.[40] While illegality at the place of performance provides a reason for invalidating an English law agreement under those rules, the argument failed because of the Court's prior finding that the payment of the Exercise Price and the transfer of the Muḍarabah Assets were independent obligations. As a separate obligation, the payment of the Exercise Price is entirely capable of performance in England.

Dana Gas sought finally to rely on the separate, vaguer, principle that an agreement concluded with the purpose of breaching the law of a friendly state might be unenforceable.[41] This is a principle that is not very well defined in English law and that is closely connected to matters of public policy. This argument was also ultimately rejected by the Court, holding that it failed because the intended illegality has to be a necessary part of the contract.[42] The only obligation in the Purchase Undertaking was to sign the Sale Agreement, and such an execution could well take place outside the UAE.[43]

---

[36] Usmani (fn. 20), p. 3 f.

[37] Dana Gas PJSC v Dana Gas Sukuk Ltd & Ors (fn. 7), paras. 76 f.

[38] Kleinwort & Sons v Ungarische Baumwolle Industrie AG [1939] 2 KB 678; Dana Gas PJSC v Dana Gas Sukuk Ltd & Ors (fn. 7), p. [46].

[39] Dana Gas PJSC v Dana Gas Sukuk Ltd & Ors (fn. 7), para. 47.

[40] Ralli Brothers v Compania Naviera Sota y Aznar (fn. 28).

[41] *Foster v Driscoll* (fn. 29). This case concerned a commercial venture to smuggle Scottish Whisky by boat into the United States of America, in breach of the local prohibition laws.

[42] *Ispahani v Bank Melli Iran* [1998] Lloyds LR Bank 133, pp. 139 f.

[43] Dana Gas PJSC v Dana Gas Sukuk Ltd & Ors (fn. 7), para. 83.

3 Commentary

While the judgment of the Commercial Court is brief and does not elaborate on the legal principles at its heart, it is correct in its application of the English law illegality principles. It is also entirely in line with how English courts have in the past approached Islamic Finance products that is to uphold the parties' explicit agreement and giving short thrift to arguments based on Islamic law principles.

The Court could have taken the opportunity to further explore the circumstances in English law when an agreement can be void for breaches of foreign law, an area that is currently ill-defined in case law. In particular, and looking beyond the English Court's decision, it is submitted that neither the principles of Islamic law nor of UAE law that Dana Gas has put forward provide it in fact with any successful arguments: Rules of Islamic law cannot be invoked in the first place. As regards UAE law, it is submitted that the *ṣukūk* structure would likely be upheld by a court and, even if there were a breach of UAE law, that breach would not be of a mandatory rule engaging matters of UAE public policy. Having restricted its decision to English law, the Court was unable to elaborate further on how the nature and gravity of a foreign law breach interacts with the English law rules of illegality.

3.1 Islamic Law and Principles of Islamic Finance

The conclusion that Islamic law will not come to the aid of Dana Gas is irrespective of the *ṣukūk* being clearly in conflict with Islamic Finance principles as they are established to-date. Among the prohibitions relating to *mḍāraba*-based *ṣukūk* in its Advice, the AAOIFI makes specific reference to buybacks like the one used in the Dana Gas Sukūk, noting that:[44]

> It is not permissible for the Mudarib (investment manager), sharik (partner) or wakil (agent) to undertake {now} to re-purchase the assets from Sukuk holders or from one who holds them, for its nominal value, when the Sukuk is extinguished at the end of its maturity [sic].

The principles behind these prohibitions are spelt out in more detail in a brief prepared by Muhammad Taqi Usmani, the president of AAOIFI's Shari'ah Committee. The Usmani Brief notes that under Islamic law the prohibition of buyback arrangements should be "obvious because it is a capital guarantee by the *muḍārib* to the investors, and no jurist has ever averred that such an arrangement is lawful."[45] In support of this finding, Usmani refers to the AAOIFI's own definition of the *muḍāraba* – which confirms that profit shortfalls will be deducted from the capital of the *muḍāraba* and not borne by the *muḍārib* – and concludes that he can "see no possible justification" of a buyback commitment by the *muḍārib*, irrespective of the capacity in which the *muḍārib* purports to make that buyback.

Usmani further emphasises direct ownership of the underlying assets as a distinguishing feature of *ṣukūk* and criticises *ṣukūk* where the underlying assets are purely shares.[46]

Finally, Usmani opposes success fee arrangements of the kind that can be found in

[44] Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (fn. 18), pp. 2 f. Note that the AAOIFI Advice specifically allows reserve accounts like the one also used in the Dana Gas Sukūk. See ibid., p. 2.

[45] Usmani (fn. 20), p. 9.

[46] Ibid., pp. 3 f.

the Dana Gas Sukūk. While he does not consider them generally prohibited and even allows success fee amounts to be determined in advance, Usmani considers it problematic if a success fee rewards gains above the original purchase price of the investment rather than its final market price.[47] This, Usmani notes, creates a fixed income instrument and is "rather a method for marketing these Sukuk on the basis of interest rates." However, in conclusion Usmani does not consider success fee arrangements to be prohibited, noting that they are "not free of legal repugnance (karahah), even if we do not declare it prohibited (haram) outright".[48] The AAOIFI Advice does not contain a prohibition of success fee arrangements, either. However, in a comment that he strictly separates from his legal findings, Usmani notes that:[49]

> From the perspective of the higher purposes of Islamic economics, such "incentives" in today's Sukuk actually defeat the purpose of an Islamic economic system in which wealth is equitably distributed among investors.

More generally, and also in apparent distinction from his views on *šarīʿa* compliance, Usmani squarely attacks the structuring of *ṣukūk* as bond-like fixed income instruments, noting that "Sukuk in which are to be found nearly all of the characteristics of conventional bonds are inimical in every way to these higher purposes and objectives" and that they "strike at the foundations of these objectives." Usmani concludes that "Islamic banks were not established so that they could offer the same products, and engage in the same operations, as conventional banks in the prevalent interest-based banking system." In doing so, he accepts the common argument in Islamic finance circles that some concessions to products are needed to gradually establish Islamic finance products in the market, but complains about Islamic banks having stopped on what he considers should be a gradual move towards products in line with Islamic economic precepts.

The structure of the Dana Gas Sukūk is in direct conflict with a number of these provisions. On an overarching level, this conflict lies in the structure of the *ṣukūk* as an interest bearing bond rather than a profit sharing arrangement.[50] In terms of its specific features, it is the guarantee to re-purchase the Muḍarabah Assets at par value in the Purchase Undertaking that is most clearly at odds with current Islamic Finance standards, as it goes directly against the AAOIFI advice that "it is not permissible […] to undertake {now} to re-purchase the assets […] for its nominal value".[51] There might have also been a breach of the principle that the underlying assets of the *muḍāraba* "must be owned by Sukuk holders, with all rights and obligations of ownership".[52] While the precise modus of ownership of the Muḍarabah Assets is unclear, they appears to have consisted of the share capital in subsidiaries of Dana Gas, thereby giving Dana Gas a means to control the revenue stream and to ensure a fixed income pay-out. The "incentive payment" in the *ṣukūk* structure by which any profit beyond the fixed pay-outs will go to Dana Gas would also fall within the

[47] In the latter case the *muḍārib* could be said to receive the fruits of her success of improving the value of the investment above general market development. In the former case the success fee would simply exclude the investor from any market gains on the investment.

[48] Usmani (fn. 20), p. 7.

[49] Ibid.

[50] Ibid.

[51] Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (fn. 18), pp. 2 f.

[52] Ibid., p. 1. See also Shari'ah Standard No. (17): Investment Sukuk s 5/1/5/7.

kind criticised by Taqi Usmani, they being not connected to a true measure of the *muḍārib's* success, but to the costs of financing, i. e. interest rates. However, Usmani himself does not consider such an arrangement prohibited, but merely reprehensible (*makrūh*)[53] and the AAOIFI has not issued a specific prohibition of arrangements of this kind. The reserve accounts in the Muḍarabah Agreement that 'even out' payments to noteholders have been specifically allowed in the AAOIFI's advice and are therefore unproblematic.[54]

Accordingly, all the problematic features of the *ṣukūk* are found in the Purchase Undertaking, while the Muḍarabah Agreement would, seen in isolation, probably not be in breach of Islamic Finance principles. However, this does not change the analysis so far as Islamic law and the rules of Islamic Finance are concerned. As a compliance and certification regime,[55] Islamic Finance would not be concerned with the question which law was chosen but look at the entire suite of contracts. The AAOIFI standards implicitly confirm this approach when discussing the separation of a transaction into different contracts. While allowing this in principle, the AAOIFI has confirmed that doing so should not lead to the circumvention of a prohibition or the cancelling out of the essential aims of a contract by combining it with a contradictory contract.[56] In case of the Dana Gas Sukūk specifically, *šarīʿa* compliance was certified for the entire suite of transaction documents and not limited to any specific contract among them.[57]

However, there is overall little merit in any attempt by Dana Gas to rely on any of these breaches.[58] Fundamentally, while compliance with rules of Islamic law is a matter relevant to investors and thus the marketability of the product, and while there might be regulatory repercussions in some jurisdictions, the rules of Islamic finance do not themselves have legal repercussions on the validity of contracts or the position of the parties. This lends credence to the view that an element of '*šarīʿa* risk', i. e. uncertainty how the courts of relevant national legal systems will handle the Islamic law features of an Islamic finance product, will remain a feature of Islamic finance.[59] It also shows the merits of using the 'Law of Islamic Finance' as a research category and analysing it as a distinct legal order the analysis of which cannot confine itself to the rules of Islamic law – this instance in particular underlining the role of 'vehicular legal systems in determining its form.[60]

---

[53] Usmani (fn. 20), p. 7. On legal category *makrūh*, see Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law* (1982), pp. 120 f.

[54] See section 5/1/11 of Shari'ah Standard No. (17): Investment Sukuk (fn. 52). See also Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (fn. 18), p. 2.

[55] See on this concept Kilian Bälz: Sharia-Compliance und Scharia-Risiko, in: *Das islamische Wirtschaftsrecht*, ed. by Abdurrahim Kozali, Ibrahim Salama and Souheil Thabti (2016), pp. 116–119.

[56] See sections 3 and 4 of Shari'ah Standard No. (25): Combination of Contracts; see also Younes Soualhi: Maqāṣid Al-Sharīʿah in Islamic Contracts: A Study of Current Practices of Islamic Finance in Light of Islamic Legal Maxims, in: *The Objectives of Islamic Law. The Promises and Challenges of the Maqāṣid al-Sharia*, ed. by Idris Nassery, Rumee Ahmed and Muna Tatari, p. 136.

[57] Dana Gas Sukuk Limited (fn. 6), p. 56.

[58] As was probably recognised by Dana Gas, as it puts these arguments only forward in their initial press release but did not rely on them in any of the court proceedings.

[59] Bälz: Sharia-Compliance und Scharia-Risiko (fn. 55), p. 119.

[60] Jonathan Ercanbrack: *The Transformation of Islamic Law in Global Financial Markets* (2015), pp. 141–172.

Quite apart from those wider questions and research fields, when taking the rules of Islamic law as applied in Islamic Finance today purely on their own terms it becomes clear that they will not afford Dana Gas with a remedy in the circumstances of the present case. Where the relevant Islamic finance standards or authoritative institutions address the remedies for breaches of Islamic rules, dissolution, rescission, *ex tunc* invalidity or other nullification of the relevant contract are specifically not among them. Rather, the remedy frequently advocated in such a case is that the proceeds affected by *ribā* are donated in the form of *zakāt*. It is even specifically said that the affected contracts are otherwise to continue in force, a position justified with a need to avoid legal uncertainty.[61] This form of remedy would specifically be not one that Dana Gas wants, the purpose of its claim being to avoid a pay-out to the noteholders. Thus, even if it were possible for Dana Gas to rely directly on the rules of Islamic finance, advancing a claim based on them would be self-defeating.

3.2 UAE Law

Insofar as UAE law mirrors rules of Islamic law concerning the *muḍāraba* – in particular the definition of the *muḍāraba* as a profit sharing agreement (Articles 693, 703 UAE Civil Code) and the specific prohibitions on the *muḍārib* to guarantee the *rabb al-māl's* capital contribution (Articles 696, 704 UAE Civil Code) – the Dana Gas Sukūk structure appears to be at odds with them. Contrary to the rules of Islamic law, these laws are at least prima facie directly applicable. However, within the wider framework of the UAE Civil Code, it is unlikely that Dana Gas will be able to claim the invalidity of its *ṣukūk* even if there were breaches of these provisions. This is for the following reasons.

Firstly, a court might decide under the general rules of contractual interpretation to interpret the contractual relationship of the parties as a simple loan agreement. UAE law does not prohibit interest-bearing loans. While it contains certain specific interest restrictions such as a prohibition on interest taking in purely non-commercial transactions (see Articles 204 and 714 UAE Civil Code), it allows interest in the widely-defined class of commercial transactions subject to certain limits on the percentage amount (Article 76 UAE Commercial Code). The rates of 7 and 9 % in the present case would not be in breach of these restrictions.[62]

---

[61] This line of argument was observed by the second author during courses taken at the AAOIFI towards the certification as a Shari'ah Advisor. See as an example for this approach Shari'ah Standard No. (6): Conversion of a Conventional Bank to an Islamic Bank 2002 ss 8–10. In dealing with legacy assets in breach of Islamic rules on the conversion into an Islamic bank, the Standard advocates donation to charity as the default remedy for impermissible payments received. These might even oblige the bank to take an impermissible payment if otherwise the customer were to receive a windfall (s 8/1/4). Obligations to seek the termination of impermissible contracts are specifically termed as 'best efforts obligations' (e. g. s. 7/2) and while there is an obligation to avoid making interest payments, this goes only so far as to employ "all lawful means" to avoid them (s 9/1/1).

[62] This is also because UAE law would consider the Dana Gas Sukūk to be a commercial matter and apply the rules of the UAE Commercial Code. Commercial law will apply by virtue of the transaction being a banking operation (Article 5 item 4 UAE Commercial Code) and both in cases where the Court considers the underlying transaction to be a *muḍāraba* ([2002] UAE Federal Supreme Court 716/22.) or a loan agreement ([2001] UAE Federal Supreme Court 317/20.). That classification would not lead to the full dis-applica-

It appears likely that a UAE court would see itself in a position undertake such a re-interpretation. That is despite the apparently narrower 'twin provision' in Article 265 UAE Civil Code that in the first instance requires regard to clear wording in a contract (Article 265 (1)) and only where "there is room for interpretation"[63] allows a court to go beyond the wording to ascertain the parties' common intention. However, re-interpretation with a view to the parties' intention is an established feature in UAE civil law and Middle Eastern civil laws more widely.[64] It is further strengthened by the rule of interpretation in Article 258 UAE Civil Code which requires contractual interpretation to take regard of purposes and meanings[65] rather than wording and construction.[66] UAE courts have taken a wide interpretation of Article 265 and the circumstances in which they can move to ascertaining the parties' intentions, including in situations where the wording of a contract is clear but there is uncertainty whether it accords with the parties' true intention.[67] Going beyond the '*muḍāraba* label' when interpreting the Muḍarabah Agreement will unlikely be problematic for a UAE court. Going beyond the overt self-description of a contract lies at the core of the rule in Article 258 UAE Civil Code.[68] UAE courts undertake this exercise without doctrinal difficulty, including with regards to *muḍāraba* contracts,[69] following again a long-established line of jurisprudence in the wider Middle Eastern civil laws.[70]

Secondly, a UAE court might explicitly disregard provisions in an agreement if it is found to be a simulate contract hiding a true agreement between the parties (Articles 394–395 UAE Civil Code). The true agreement (or *contre-lettre*) might replace the simulate agreement outright, or dis-apply or vary its terms.[71] As between the parties to the simulate and true agreement, a court will uphold the true agreement so long as it is not by itself illegal (Article 395 UAE Civil Code).[72] In particular, the breach of a rule or formal requirement of the simulate agreement will not invalidate the parties' bargain so long as the true agreement

tion of the UAE Civil Code rules on *muḍāraba* contracts, there being no equivalent provisions in the UAE Commercial Code. However, it is relevant to the legality of charging interest and the parties might benefit from the more permissive approach of the Commercial Code when it comes derogating from rules of law by agreement (see Art. 2 UAE Commercial Code).

[63] *Iḏā kāna hukāka maḥall li-tafsīr.*

[64] See Frederick Parker Walton: *The Egyptian Law of Obligations. A Comparative Study with Special Reference to the French and the English Law I.*1 (1920), pp. 367–369: archive.org/details/egyptianlawofobl01walt (last access 22. 02. 2017), quoting further French and Egyptian jurisprudence.

[65] *Maqāṣid and maʿānī.*

[66] *Alfāẓ and mabān.*

[67] [2008] Dubai Court of Cassation 294/2008; interpreted in Abobakr Dafalla: The Interpretation of Contracts under the Civil Code, in: *Al Tamimi & Company* (January 2015): www.tamimi.com/law-update-articles/the-interpretation-of-contracts-under-the-uae-civil-code (last access 25. 04. 2018).

[68] See the commentary on the equivalent provision in the Majalla where this rule is derived from: Salīm Rustam Bāz: *Šarḥ al-Maǧallah* [reprint], pp. 19 f.

[69] [2008] UAE Federal Supreme Court 683/29.

[70] (1901) XIII Bull Législation Jurisprud Égyptiennes 306 (Alexandria Court of Appeal) (a case concerning a loan expressed as a *muḍāraba*); XXXI Bull Législation Jurisprud Égyptiennes 93 (Alexandria Court of Appeal); cases quoted after Walton (fn. 64), p. 369.

[71] ʿAbd-ar-Razzāq Aḥmad as-Sanhūrī: *al-Wasīt fī Šarḥ al-Qānūn al-Madanī al-Ǧadīd* 2 ([3]2004), pp. 995 f.

[72] See also ibid., pp. 1005–1007.

is not in breach.[73] Again, the UAE courts apply this principle regularly, including in cases where a simulate agreement concealed a loan agreement.[74]

A claim in simulation can raise difficulties of proof. The party raising the claim bears the burden of proving the existence and content of the true contract.[75] If the claim in simulation is raised by a party to a written contract, the court will normally require proof of the simulation to be in writing as well.[76] This might well lead to a situation where a court will not apply elements of the true agreement for lack of evidence of its existence, terms or legality. In its decision of 28 December 2008, the UAE Federal Supreme Court appears to have analysed a *murābaḥa* sale in such a manner. The Court held that it did conceal a loan agreement. However, while the Court went on to uphold that hidden loan agreement, it also held that no agreement on interest existed, and in particular did not re-interpret the mark-up on the *murābaḥa* sale as an agreement on interest.[77] It is unclear whether that decision by the Court was one of fact, i. e. that simply not enough proof had been furnished for the agreement on interest, or whether it was of the view as a matter of principle that the mark-up in a *murābaḥa* could not be taken as an intention to pay interest. That leaves a degree of uncertainty how a court would look on an instrument like the Dana Gas Sukūk – as all its terms are documented in writing it might be possible to bring sufficient proof as regards the terms of the *contre-lettre*, but a court might not accept the buyback provisions as proof of an underlying interest bearing credit relationship. As noted above, it appears unlikely that a loan agreement would be held illegal under UAE law. This applies equally where that loan agreement forms the *contre-lettre* in a claim for simulation. In its decision of 28 December 2010, the Federal Supreme Court did specifically not raise the possibility that an agreement on interest might be illegal.

Finally, a UAE court might honour the choice of English law in the Purchase Undertaking and confine its decision to the pure terms of the Muḍarabah Agreement. In principle, Article 19 UAE Civil Code provides that contractual obligations are governed by the parties' choice of law. However, this conclusion is not a safe one in practice. This is because the content and effect of foreign law must be proven as a matter of fact and, if it cannot be so proven, a UAE court can fall back on applying UAE law under the rule in Article 28 UAE Civil Code. It has been noted that at least in commercial cases the UAE courts have been restrictive in accepting proof of foreign law and frequently revert to UAE law.[78]

---

[73] However, certain formal requirements like notarisation will not be required of a hidden contract, so long as the formalities for the overt contract are kept. See ibid., p. 1008.

[74] [2010] UAE Federal Supreme Court 790/27; quoted after Bälz: Sharia-Compliance und Scharia-Risiko (fn. 55), pp. 123 f.

[75] Sanhūrī (fn. 71), pp. 1006 f.; Sulaimān Murqus: *Al-Wāfī Fī Šarḥ Al-Qānūn Al-Madanī* 2.4 ([2]1987), pp. 376–381.

[76] Sanhūrī (fn. 71), pp. 1028–1030; Murqus (fn. 75), p. 376; [2008] UAE Federal Supreme Court 682/2008; quoted after *Sader Annotated Civil Code* (Sader Legal Publishing UAE).

[77] (fn. 74); for more detail on this case see Bälz: Sharia-Compliance und Scharia-Risiko (fn. 55), pp. 123.

[78] See Company-Zane Anani, Diego Carmona and Naief Yahia: Dubai Court of First Instance Judgment: Do the UAE Courts Apply Foreign Law?, in: *Lexology* (29 September 2017): https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=80b2c96e-a29f-41f5-8976-803b2265f399 (last access 25. 04. 2018) which includes a case example of the approach of a UAE court.

Overall, and while none of the lines of argument set out above is an entirely certain one, it appears likely that a UAE court would attempt to uphold the Muḍarabah Agreement in the manner described rather than striking it down for any of the breaches put forward by Dana Gas. This is because the *ṣukūk* appears to not have breached any general prohibition of UAE law even if it were to contain a "barely disguised interest rate". Loan agreements are legal under UAE law. Insofar as there are "Sharia principles incorporated into UAE law",[79] these have not manifested themselves in any rule against interest taking, but rather in the rules that restrict its amount or the charging of compound interest.[80] There is little merit in the attempt to invoke any other direct prohibitions from them, so that this part of Dana Gas' pleadings adds little to its case.

Whether Dana Gas can be successful in its claims or not, it looks unlikely that the rules of UAE law it claims have been breached are mandatory rules of general application, connected with the UAE's public policy. With regards to prohibitions on the charging of interest Bälz has pointed out that in circumstances where these prohibitions are subject to significant exceptions even within UAE law, they cannot be considered of general application.[81] This applies equally to the restrictions applicable to *muḍāraba* contracts. They are of a similar background to the interest restrictions in that they reflect certain rules of Islamic law defining the *muḍāraba* as a partnership contract rather than a provision of money for interest. Yet, lending money for interest is not generally prohibited under UAE law and in the context of a loan agreement it is specifically allowed to guarantee the capital sum or to exclude the lender from profit shares.

3.3 English Law

The decision of the Commercial Court does not elaborate in great detail on the legal principles it applies. It is, however, entirely correct in its application of the English law rules on foreign illegality and in its appreciation of the contractual structure of the Dana Gas Sukūk it reaches an appropriate conclusion with regards to how the parties intended the *ṣukūk* to operate. There remains, therefore, little to comment on the judgment other than a slight regret that the Court could have taken the opportunity to provide more detailed comment on the principles of foreign illegality.

Having not seen the contractual documents underlying the Dana Gas Sukūk it is difficult to assess the Court's findings as regards their correct interpretation. However, its conclusion that the contracts contained an absolute payment obligation to the noteholders that

[79] Islamic law principles play a role in UAE law in a number of ways. Article 7 of the UAE Constitution notes Islamic law as "an official source of legislation". In practice, also the provisions in Article 8 of the Federal Courts Law (Law 6/1978) and Article 75 of the Federal Supreme Court Law (Law 10/1973), providing that the respective courts must "enforce the provisions of Islamic law" are of relevance. The UAE Civil Code contains a provision at Article 1 that gaps in the law can be closed with rules of Islamic law. However, Article 1 also provides that the written rules of the Civil Code apply in the first instance, and that there is no room for interpretation where its provisions are unambiguous. It would be wrong to claim (if this is claimed by Dana Gas) that any breach of Islamic law can directly lead to illegality of the transaction under UAE law.

[80] Kilian Bälz: Zinsverbote Und Zinsbeschränkungen Im Internationalen Privatrecht, in: *IPRAX* (2012) pp. 306, 308. On the religious considerations during the drafting of the Egyptian Civil Code see also Lohlker (fn. 2), pp. 322–337.

[81] Bälz: Zinsverbote Und Zinsbeschränkungen Im Internationalen Privatrecht (fn. 81), p. 309.

was to arise in any event and not in exchange for the transfer back of the Muḍarabah Assets is in line with what investors would expect *ṣukūk* documentation to provide. It is market expectation that a *ṣukūk* provides a fixed income and does not expose investors to entrepreneurial risk. An absolute payment obligation and the allocation of the transfer risk of the Muḍarabah Assets to Dana Gas is in line with those expectations. The extensive provisions in the Dana Gas Sukūk also point in that direction as they again prioritise payment to the noteholders.

Based on these provisions, the Court was also correct in finding no scope for applying the doctrine of mistake – as the possibility of an illegality of the contractual documentation of the *ṣukūk* was extensively dealt with in those contracts it cannot be said that the parties were under any operative mistake about the *ṣukūk's* legality. Rather, they appreciated that an illegality might occur and provided for it in the contracts.

Finally, the Court's decision on illegality had also become significantly narrower by considering the payment under the Purchase Undertaking an independent obligation. On that basis, even if Dana Gas were right that the restrictions on *muḍāraba* contracts were overriding mandatory provisions of UAE law it could not point to any obligation that was rendered impossible to perform under Article 9 (3) of Rome I, as the payment of a guarantee sum was perfectly legal in England being the place where the payment obligation was agreed to be performed or capable of real performance.[82] The principle set out in the *Ralli Bros*-case was not available for the similar reason that the alleged foreign illegal act was not the only or necessary way in which the contract could be performed.[83]

Finally, the Court also dismissed the claim for illegality on the basis that the Purchase Agreement had the object and intention to do an unlawful act in the UAE. This was on the basis that, firstly, no illegal act was required to be done in the UAE to return the Muḍarabah Assets. In particular, it was not contemplated that the Sale Agreement was to be signed in the UAE. Secondly, the obligation to make payment was unconnected to any possibly illegal return of the Muḍarabah Assets. Of these grounds, the second is the more convincing one. However, both deal with the principle in *Foster v Driscoll* in too restrictive a manner. That principle, rather than addressing a specific illegal act at the place of performance, lays down a more fluid principle of public policy and is based on the concept that for reasons of comity an English court can refuse to honour an agreement that has as its object the commission of an act illegal in a friendly state.[84] This embodies a principle that goes beyond the single obligation that a party wants to enforce or avoid enforcement of. Rather, the notion of "joining in an endeavour to perform […] some act which is illegal" addresses the overall arrangement between the parties, not a specific act within it. In this regard, it is artificial for the Court to dismiss a possible illegality simply because it is not contained in a clause in the English contract but in a 'contract within a contract' that the parties are under an obligation to sign. A dismissal on the grounds that the specific illegal act is not what is sought to be enforced before the court is somewhat better grounded in principle. However, if the yardstick is public policy, a look at

[82] See ibid., p. 310.

[83] See also Kleinwort & Sons v Ungarische Baumwolle Industrie AG (fn. 38).

[84] Foster v Driscoll (fn. 29), p. 510; Regazzoni v KC Sethia (1944) Ltd [1958] AC 301, pp. 318 f.

all contractual obligations would be appropriate and it is entirely conceivable to hold an English law contract illegal for requiring the signing of a foreign contract that would be illegal in its place of performance (such as on Dana Gas' claim the Sale Agreement) or modifying the effect of a foreign contract in a way that renders it illegal (such as on Dana Gas' claim the Muḍarabah Agreement).

Rather, the boundaries of illegality under *Foster v Driscoll* should be set by reference to a public policy test. That test would proceed on the basis that not every foreign illegality is grave enough to compel English courts to strike down a contract.[85] It would take into account on the one hand the importance foreign law places on a relevant illegality as part of its own public policy, including the points mentioned above on whether the restrictions on *muḍāraba* contracts are matters of UAE public policy. On the other hand it would consider the way in which that illegality accords with principles embodied in English law, in particular questions of how foreign controls on interest, repayment or guarantees apply vis-à-vis principles like freedom of contract and the legality of charging interest.[86]

In the present case, such an assessment would probably have already stopped with the finding that UAE law places only limited public policy importance on the restrictions in Articles 693, 703 and 704 UAE Civil Code, so that there are only limited grounds for an English court to exercise comity. It is also unlikely that this case would have fully cleared up the currently ill-defined principles of foreign illegality in circumstances where English law has not to-date a fully convincing doctrine of domestic illegality and where common law courts outside England have so far taken some hopeful steps to clarify the doctrine,[87] but have not settled it. Addressing these principles was also difficult in circumstances where the Commercial Court decided not to deal with matters of UAE law. However, addressing them would have provided a more principled reasoning for the Court's accurate solution and provided and helped to develop the principles of private international law in cases where questions of conflicting illegality arise in a major field of cross-border activity.

3.4 Final Considerations

The events around the Dana Gas Sukūk have led to some activity in the field of Islamic finance and questions have been raised on how to better draft contracts to protect against claims of this kind. However, from a pure contractual perspective, the documentation of the Dana Gas Sukūk operated as it was intended, the English Court looking at the Purchase Agreement separately and enforcing it with the effect that the structure of the *ṣukūk* remained the fixed income instrument as which it was conceived. It is difficult to see what contractual devices could have improved the position, as all of them could have been challenged for illegality themselves and that claim would have been no more or less hopeful then the claims that were in fact raised. In this regard, the case also goes to show that even a hopeless claim against the '*šarīʿa* compliance' of an Islamic finance instrument has an effect.

[85] Regazzoni v KC Sethia (1944) Ltd (fn. 85), p. 319.

[86] There is a notion of this issue in the comments by Leggatt J at *Dana Gas PJSC v Dana Gas Sukuk Ltd & Ors* (fn. 7), p. [1]. Bälz points out that Article 9 (3) of Rome I also contains such an assessment. See Bälz: Zinsverbote und Zinsbeschränkungen im Internationalen Privatrecht (fn. 81), p. 310.

[87] See in particular the Hong Kong case *Ryder Industries Ltd v Chan Shui Woo* [2015], pp. [44–61], per Lord Collins.

Without a real chance of success and while the case was predictably dismissed, the protracted litigation has afforded Dana Gas in effect a moratorium on repaying its *ṣukūk*, and the attack on the religious credentials of the *ṣukūk* gave it at the very least enough arguments for opening negotiations with its creditors – which might well have been what Dana Gas intended by its move in the first place. This goes to show that although the courts continue to reject religion-based challenges to Islamic finance instruments, 'Sharia risk'[88] is here to stay.

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

Abir Haddad, member of the GAIR, is doctoral candidate at the institute of international private law at the University of Cologne and junior lawyer at the higher regional court in Cologne.

[88] Kilian Bälz, 'Sharia Risk? How Islamic Finance Has Transformed Islamic Contract Law' (2008) 9 Harvard Islamic Legal Studies Program, Occasional Publications.

ZRI – Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam 9 (2017), S. 35–38

Supremacy of Parliament in Pakistan

Zia Ullah Ranjah

The Standing Committee on Law and Justice of the Pakistan Senate unanimously approved an amendment on 19 October 2017 to Article 63 A of the Constitution of the Islamic Republic of Pakistan, 1973 (the Constitution) in the form of Constitution (Amendment) Bill, 2017. The proposed amendment aims to omit paragraph (iii) of clause (1) in sub-clause (b) of Article 63 A, thereby seeking to curtail powers of a party leader over party members in parliamentary votes regarding constitutional amendments.

Previously, Article 63 A (1) (b) (iii) provided that

> if a member of a Parliamentary party composed of a single political party [...] votes or abstains from voting in the House contrary to any direction issued by the Parliamentary party to which he belongs, in relation to a Constitution (Amendment) Bill, he may be declared in writing by the Party Head to have defected from the political party.

It further provides that if the Election Commission of Pakistan confirms the declaration; the member shall lose his/her seat in the House.

The political context in which Article 63 A was added to the Constitution is relevant to discuss here. In fact, the Constitution was never implemented in Pakistan in its letter and spirit. The democracy was derailed at different times. The parliamentary form of government was converted into the semi-presidential form of government. The parliament was weakened with frequent horse-trading and floor crossing.

Pakistan was ruled for more than half of its existence under martial law regimes. The first President of Pakistan, Major-General Iskander Mirza, abrogated the 1956 Constitution, dissolved the national and provincial legislatures and imposed Martial Law in October, 1958, appointing General Ayub Khan as the Chief Martial Law Administrator.[1] The Martial Law was, however, lifted and a new Constitution was promulgated in 1962. The second martial law was imposed on 26 March 1969, when President Ayub Khan abrogated the 1962 Constitution and handed over power to General Yahya Khan. The political turbulence and war with India forced General Yahya to hand over power to Zulfiqar Ali Bhutto as a civilian administrator. In 1973, Pakistan adopted the present constitution creating a parliamentary democracy. In 1977, the political government was again taken over by General Zia ul Haq on the allegation of rigging in the general elections held in 1977. Zia increased his powers via the 8th Constitutional Amendment introducing Article 58 (2) (b), which empowered the President (then military dictator) to dismiss the Parliament at his discretion. Non-democratic forces used this Article to dissolve elected governments several times. Article 63 A was incorporated first into the Constitution through the Constitution (Fourteenth Amendment) Act, 1997 by the then Nawaz Sharif government to prevent instability in relation to the formation and functioning of the government.[2]

[1] Hamid Khan: *Constitutional and Political History of Pakistan* (2009), p. 118.

[2] pakistanconstitutionlaw.com/article-63a-disqualification-on-grounds-of-defection-etc (last access 26. 04. 2018).

In 1999, General Pervez Musharraf proclaimed an emergency in the country and took over the government. Making changes to the Constitution, General Musharraf suspended Article 63 A.[3] Due to mounting political pressure, however, general elections were held in 2008, and the military dictator was forced to resign. Against this background, the 18th Amendment was passed in 2010, removing the power of the President of Pakistan to dissolve Parliament unilaterally, turning Pakistan from a semi-presidential to a parliamentary form of government. Article 63 A was added to the Constitution to confer powers on political parties (read the Party Head) to control the common practice of floor crossing. Article 63 A thus bound members of the Assemblies to the decisions of Party Head in terms of using their discretion of voting power in amending the Constitution.

In practice, however, Article 63 A seems to have been used by the Party Heads to silence elected members of the political parties. Thus, necessitating the proposed Amendment to the Constitution. The proposed Amendment effectively curtails powers of the Party Head over members of his party concerning their voting on constitutional amendments. Thus, it has created a debate in Pakistan regarding the powers of a Party Head with reference to constitutional amendments.

Those who support the proposed Amendment claim that the existing provision of Article 63 A does not allow members to vote according to their conscience on a constitutional amendment. They claim that an arbitrary restriction on the members of Assemblies is against the very essence of parliamentary democracy. The proponents of the Amendment further argue that the existing provisions of Article 63 A (1) (b) (iii) negate the supremacy of parliament as they restrict lawmakers from exercising their independent right to vote for amendments to the constitution. According to Senator Babar "The existing provision negates the spirit of the Constitution and the supremacy of the parliament". Moreover, "[l]awmakers should be allowed to vote according to their conscience to uphold the supremacy of the Constitution," Said Senator Farooq Naek.[4] On the contrary, the supporters of the existing provision of Article 63 A claim that the proposed Amendment weakens the parliamentary form of government as it promotes violations of party discipline.

I argue that the Amendment, in fact, strengthens parliamentary democracy and constitutionalism as it encourages elected members to exercise their personal liberty and freedom of expression. It may be noted that the word 'defection' appearing in Article 63 A is not defined in the constitution. This vagueness provides space to the Party Head, under the auspices of 'party discipline', to interpret the law in ways that suit his/her personal whims and wishes. In fact, the vagueness in the defection clause indicates that it may be used to oust elected members merely on the pretext of violating the constitution, manifesto, code of conduct, or policy priorities of the political party.

The Supreme Court of Pakistan declared that Article 63 A of the Constitution does not violate any of the basic structures of the Constitution, namely, a representative form of Government, an Islamic concept of democracy, fundamental rights, or the independence of the judiciary.[5] At the same time, the Supreme Court has generally adopted a rule of interpretation that if there is a conflict between the

[3] www.dawn.com/news/1364995 (last access 26. 04. 2018).

[4] epaper.dawn.com/DetailImage.php?StoryImage=20_10_2017_151_003 (last access on 25. 04. 2018).

[5] Wukala Mahaz Brai Tahafazi Dastoor v. Federation of Pakistan PLD 1998 Supreme Court 1263.

two provisions of the Constitution which is not reconcilable, the provision which contains lesser right must yield in favour of a provision which provides higher rights.[6] On this premise, it may be argued that the fundamental right of freedom of speech contained in Article 19 of the Constitution should prevail over the restriction placed on the legislators to exercise such rights in the context of an amendment in the constitution. However, many of the Court's decisions have been more nuanced than this.

In one petition before the Supreme Court (under Article 184 (3) of the Constitution), it was argued that Article 63 A of the Constitution was capable of being misused or exploited by the Party Head. The Court, however, rejected this contention and held that if an individual case was brought before the Court, it would be examined, but the Court could not *assume* that the leader of a political party would exploit the said clause.[7] The Court further explained that no conflict exists between the provisions of Article 63 A and Article 19 (freedom of speech, etc.). The Court said that these provisions are to be read in conjunction with each other and effort has to be made to preserve the right to freedom of speech on the floor of the house subject *to reasonable restrictions as contemplated by Article* 19.

This approach appears contradictory. On the one hand, the Supreme Court states that Article 63 A is compatible with the basic structures of the Constitution, which include protection of fundamental rights of the people (Article 19). On the other hand, the Court has said that a Party Head can proceed against the members of the Assemblies on the basis of alleged defection from the discipline of the party (even when that member has exercised his/her fundamental right[8] of freedom of speech).

I would further contend that unfettered powers of the Party Head cannot be perceived in government under the rule of law. Montesquieu discusses the concept of political liberty and moderate government. He claims that all constitutional governments protect political liberty. To him, political liberty is not doing anything one wants as to his fancy and desires. Rather, Montesquieu notes, liberty unfolds under the limits of the law. He further condemns tyranny of any kind by the political government. So, Montesquieu lends support to the argument that political liberty is tied to limitations on governmental power.[9] In this conception of political government – there is no space for tyranny. It may be argued that the existing provision of Article 63 A (1) (b) (iii) gives unrestricted powers to the Party Head which tends to promote the tyranny of the Party Head of the ruling political party in governance through coerced law making. This unbridled power of the Party Head, thus, weakens parliamentary democracy as the Head of the majority party in government can misuse his/her authority in promoting a tyrant government. In a parliamentary form of government, a parliamentarian should be able to vote for enacting laws as to his/her own freedom.

Aristotle wrote that it was better for the laws to rule than for any one of the citizens to rule. Arbitrary powers of the Party Head under the existing provision of Article 63 would

---

[6] Hakim Khan v. Government of Pakistan PLD 1992 Supreme Court 595.

[7] Wukala Mahaz Brai Tahafazi Dastoor v. Federation of Pakistan PLD 1998 Supreme Court 1263.

[8] In fact, fundamental rights are enumerated in Articles 9–28 of Chapter II of the 1973 Constitution, which have been declared as such in the Constitution of Pakistan, 1973.

[9] Montesquieu (Book XI, XII).

only establish the rule of men (read Party Head) and not the rule of law—that is the basis of any democracy and a constitutional government. By any stretch of imagination, a Party Head may not be allowed to suppress individual freedom to express one's opinion as to any amendment to the constitution under the disguise of party policy. Moreover, it is a positive feature of constitutionalism and democratic government that legislation should present a dignified mode of governance and a respectable source of law.[10] The existing powers of the Party Head compromise dignity and respect of parliament as an independent institution of law making.

Furthermore, the freedom of speech of parliamentarians is a basis of democracy. Alexander Meiklejohn, a notable proponent of democracy, contends that the idea of democracy is that of self-government by the people. Therefore, there ought to be no restriction on the opinions of the people in democracy.[11] The proposed Amendment by allowing the parliamentarians to vote on a constitutional amendment as to their conscience, in fact promotes freedom of speech. It also enhances the dignity of the constitutional law making process in Pakistan. The Amendment makes the Parliament strong, free, and a respected institution.

Zia Ullah Ranjah is currently working as Managing Partner of Jurist Panel, a law firm based in Lahore (Pakistan). He teaches and practices constitutional law with a special focus on fundamental rights. He writes opinions on legal issues in DAWN.

[10] Jeremy Waldron: *The Dignity of Legislation*, New York 1999, p. 2.

[11] Randal Marlin: *Propaganda and the Ethics of Persuasion*, Peterborough, Ont. / Orchard Park, New York 2002, pp. 226 f.

ZRI – Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam 9 (2017), S. 39–42

Anmerkung zum Beschluss des OLG Hamm, 22. 4. 2016 – II 3 UF 262/15

Bruno Menhofer

Die besprochene Entscheidung des OLG Hamm weist eine Fülle verfahrensmäßiger und internationalprivatrechtlicher Fragen auf, insbesondere zur fortdauernden Diskussion über die Frage der Qualifikation der Morgengabe. Die vorliegende Besprechung soll daher auf die internationalprivatrechtlichen Aspekte konzentriert werden.[1]

1. Der Entscheidung lag das Scheidungsverfahren einer Libanesin und einem in Libanon geborenen deutschen Staatsangehörigen zu Grunde, die im Jahre 2005 die Ehe vor einem sunnitischen Schariagericht im Libanon geschlossen haben und dabei gleichzeitig die Zahlung einer Morgengabe vereinbarten. Der gewöhnliche Aufenthalt der Eheleute war danach in Deutschland.

2. Als maßgebliches Scheidungsstatut hat das OLG Hamm gem. Art. 8 a) Rom-III-Verordnung das deutsche Recht als das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts der Eheleute bestimmt.[2] Eine Rechtswahl des Scheidungsstatuts gemäß Art. 5 Rom-III-Verordnung hat das OLG Hamm zu Recht weder aus der Heiratsurkunde noch aus dem zeitgleich geschlossenen Ehevertrag herzuleiten vermocht.

Die Frage der Rechtswahl, die auch für familienrechtliche Verhältnisse seit der Neufassung des IPR aus dem Jahre 1986 gemäß den Art. 14,15 EGBGB grundsätzlich eröffnet war, bekommt durch diese Vorschrift eine weitergehende Aktualität. Während sich schon in der Vergangenheit eine Vielzahl von Gerichten mit der Frage beschäftigen musste, ob sich aus der Vereinbarung einer Morgengabe eine Rechtswahl auf das Recht eines islamischen Staates herleitet,[3] ergeben sich hierzu nun weitere Gesichtspunkte.

Bedeutsam ist etwa die Frage, ob die Rechtswahl gemäß Art. 5 Rom-III-Verordnung überhaupt konkludent erfolgen kann. Eine ausdrückliche Regelung hierzu lässt sich der Rom-III-Verordnung nicht entnehmen. Allerdings bestimmen sich die materielle Wirksamkeit und das Zustandekommen der Rechtswahl gem. Art. 6 I Rom-III-Verordnung nach dem hypothetischen Sachrecht. Aus der Ausnahmeregelung in Art. 5 III sowie dem Formerfordernis des Art. 7 ergibt sich jedoch, dass in der Praxis in aller Regel eine schriftliche Rechtswahl erfolgt, die auch notariell zu beurkunden ist (Art. 46d I EGBGB) oder in-

---

[1] Zu den anderen Aspekten Althammer: Abendgabe und Scheidung nach deutschem Recht, in: *NZFam* (2016), S. 1022.

[2] Zu dem eingeschränkten Anwendungsbereich der Rom-III-Verordnung in den Fällen der Anerkennung privater Scheidungen vgl. nunmehr EuGH, Urt. v. 20. 12. 2017 – C-372/16 mit Anm. von Antomo: *NJW* (2018), S. 435; Mayer: *FamRZ* (2018), S. 169 und Rieck: *FamRZ* (2018), S. 128. Zu einem hieraus möglicherweise resultierenden Reformbedarf bei der Anerkennung von Privatscheidungen Antomo: *NZFam* (2018), S. 243.

[3] Vgl. nur KG, Beschl. v. 3. 1. 2013 – 1 VA 9/12; BayObLG, Beschl. v. 7. 4. 1998 – 1Z BR 16/98; OLG Hamm, Beschl. v. 7. 5. 2013 – II 3 UF 267/12; Justizministerium Baden-Württemberg, Beschl. v. 27. 12. 2000 – 346 E – 633/99.

nerhalb einer vor Gericht protokollierten Vereinbarung erfolgt (§ 127a BGB).[4] In beiden Konstellationen dürfte nahezu regelmäßig von einer ausdrücklichen Rechtswahl ausgegangen werden. Anders stellt sich dies jedoch in den Fällen dar, in denen in einem ausländischen Staat errichtete Schriftstücke, wie z. B. die Vereinbarung einer Morgengabe, entsprechend auszulegen ist. Auch wenn eine konkludente Rechtswahl nach dem regelmäßig anzuwendenden Statut des hypothetischen Sachrechts nicht ausdrücklich ausgeschlossen sein dürfte, sollte aufgrund der in anderen Staatsverträgen häufig verwendeten Regelung, dass lediglich eine ausdrückliche Rechtswahl vorgesehen ist, gegenüber der Zulassung einer konkludenten Rechtswahl Vorsicht angebracht sein.[5]

Das OLG Hamm hat die Annahme einer Rechtswahl vorliegend hinsichtlich der Heiratsurkunde bereits wegen fehlender bei der Eheschließung vereinbarter Bedingungen ausgeschlossen. Aus dem bloßen Umstand der Vereinbarung einer Brautgabe allein hat das OLG Hamm – zutreffend – nicht den Umkehrschluss geschlossen, dass hierdurch die Anwendbarkeit libanesischen Sachrechts vereinbart werden sollte.

Hervorzuheben ist hierbei, dass die Vereinbarung der Morgengabe grundsätzlich in keiner Weise an ein nationales Recht gebunden ist, sondern vielmehr religiösen, aber auch Brauchtumsvorstellungen der Eheleute oder auch der Brauteltern entspricht. Dementsprechend findet sich in der Regel auch eine durch gesellschaftlichen Konsens herausgebildete Gestaltung der Morgengabe im einzelnen Fall, die sowohl deren Höhe, als auch deren Inhalt oder deren Fälligkeit bestimmt. Genuin religiöse Vorgaben aus dem islamischen Recht zu ihrem Inhalt und ihrer Ausgestaltung sind insoweit nur rudimentär vorhanden oder werden – soweit ersichtlich – in den einzelnen Rechtsordnungen islamischer Staaten auch berücksichtigt.[6] Innerhalb dieses breiten Rahmens befindet sich aber eine weite Ausgestaltungsmöglichkeit der Beteiligten.

Die Vereinbarung einer Morgengabe kann allerdings dann auf die Anwendbarkeit des Rechtes eines islamischen Staates bezogen sein, wenn sich aus der Urkunde oder dem sonstigen feststellbaren Willen der Parteien entnehmen lässt, dass sie gerade die Anwendbarkeit des Rechtes dieses Staates wollten, etwa um die Rechtswirksamkeit der getroffenen Vereinbarung zu gewährleisten.[7] Gerade wegen des Umstandes, dass die Morgengabe einem universellen islamisch-rechtlichen Rechtsinstitut entspricht und gerade keinen Bezug zu einem wie auch immer ausgestalteten nationalen Recht aufweist, dürfte allein der Umstand ihrer Vereinbarung ohne das Hinzutreten weiterer sehr aussagekräftiger Anhaltspunkte nicht zu der Annahme einer Rechtswahl eines nationalen Rechts führen. Das OLG Hamm brauchte diese Rechtsfrage vorliegend nicht zu entscheiden, da bereits die anderen Voraussetzungen einer Rechtswahl nicht ge-geben waren.

3. Beachtenswert ist die Entscheidung des OLG Hamm wegen seiner unterhaltsrechtlichen Qualifikation der vereinbarten Morgengabe, die es ohne weiteres als Scheidungsfolgesache im Sinne des § 137 FamFG geprüft hat[8].

---

[4] Hierzu Rieck: Möglichkeiten und Risiken der Rechtswahl nach supranationalem Recht bei der Gestaltung von Ehevereinbarungen, in: *NJW* (2014), S. 257.

[5] Gruber: Die konkludente Rechtswahl im Familienrecht, in: *IPRax* (2014), S. 53.

[6] Ausführlich zum Ganzen: Wurmnest: Die Mär von der mahr – Zur Qualifikation von Ansprüchen aus Brautgabevereinbarungen, in: *RabelsZ* 71 (2007), 527 ff.

[7] Vgl. OLG Hamm, NJOZ (2013), S. 1542; OLG München, NJW-RR (1998), S. 1538.

[8] Verfahrensmäßig bedeutet dies, dass für die Klage auf Rückzahlung der Morgengabe familienrechtlich

a) Das OLG Hamm hat – gestützt auf eine neu eingeholte Übersetzung des Ehevertrages – seiner Entscheidung dabei ein eigenes Verständnis der Morgengabe zu Grunde gelegt, wonach der im Zeitpunkt der Scheidung oder danach zu zahlende Teil als Abendgabe ein eigenes rechtliches Institut darstelle und gesondert zu qualifizieren sei. Gestützt ist dies auf den Wortlaut der Vereinbarung, der (auszugsweise) lautet: „Morgengabe: Eine Abschrift des heiligen Korans zum Segnen und eine englische Goldlira. Abendgabe: Nur fünfzehntausend US-Dollar."

Dies erscheint kritikwürdig, weil das einheitliche islamisch-rechtliche Rechtsinstitut der Morgengabe unnötig aufgespalten wird. Nach islamisch-rechtlichem Verständnis ist hierfür allein maßgeblich, dass bei der Eheschließung eine Geldzahlung zu Gunsten der Ehefrau vereinbart wird. Ungeachtet der vielfältigen Ausgestaltungen im Einzelnen und der vielfältigen nationalen Einzelregelungen in den Rechten islamischer Staaten ist wesentlicher Kern des Rechtsinstituts, dass eine nicht unerhebliche Vermögensleistung des Ehemannes der Ehefrau unmittelbar zukommt und dies aufgrund des Umstandes der Eheschließung. Dabei ist eine Teilung durchaus üblich, wonach bei der Eheschließung ein bestimmter kleinerer Teil fällig wird und der restliche Teil der Morgengabe erst bei Auflösung der Ehe.[9]

Der islamisch-rechtliche Begriff der *Mahr* umfasst dabei die im deutschen Sprachraum üblichen Bezeichnungen der Brautgabe ebenso wie die der Morgengabe. Dagegen ist die Bezeichnung ‚Abendgabe' selbst kein Terminus des islamischen Rechts, sondern soll lediglich – in leicht kalauernder Form – auf die Fälligkeit eines Teils der Morgengabe am Ende der Ehezeit Bezug nehmen.

b) Die Entscheidung des OLG Hamm wirft aber erneut Fragen hinsichtlich der Qualifikation in der Morgengabe insgesamt auf.

Seit der Entscheidung des BGH vom 9. 12. 2009[10] war diese lang streitige Frage dahingehend geklärt, dass die Morgengabe als Ehewirkung an Art. 14 I EGBGB anzuknüpfen ist. Der damit verbundene – und durch den BGH hierfür auch ausdrücklich herangezogene – Vorteil eines Gleichlaufs der Anknüpfungen für die Ehewirkungen, das Scheidungs- und Unterhaltsstatut gemäß den Artt. 14, 17 und 18 EGBGB ist jedoch durch das zwischenzeitliche Inkrafttreten vorrangiger staatsvertraglicher Regelungen überholt.

Nachdem sich sowohl das Scheidungsstatut aufgrund der Regelanknüpfung aus Art. 8 Rom-III-Verordnung, das Unterhaltsstatut aufgrund der Regelanknüpfung des Art. 3 I Haager Unterhaltsprotokolls vom 23. 11. 2007 (HUntProt) und auch (allerdings erst ab 2019) die güterrechtlichen Auswirkungen einer Ehe im Vorgriff auf Art. 26 der Europäischen Güterrechtsverordnung grundsätzlich nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes der Beteiligten richten, wird zu prüfen sein, ob eine kollisionsrechtliche Anknüpfung der Morgengabe nach wie vor an das gleichsam ‚isolierten' Ehewirkungsstatut gemäß Art. 14 EGBGB oder nicht wiederum funktional zu erfolgen hat.

Das OLG Hamm brauchte dies nicht zu entscheiden, sondern hat - aus seiner Sicht zutreffend – eine Rechtswahl für das Unterhaltsstatut gemäß Art. 8, 9 HUntProt geprüft und im Wesentlichen aus den bereits zuvor herangezogenen Gründen bezüglich der Rechtswahl des Scheidungsstatuts verneint.

---

stets ein isoliertes Verfahren zu führen sein dürfte: Finger: Morgengabe / Abendgabe – Brautpreis – Trostgeschenk; immaterieller Schadensersatz – Freikauf / Loskauf, in: *FUR* (2011), S. 195, 198.

[9] Wurmnest, S. 538.

[10] NJW (2010), S. 1528; ebenso OLG Frankfurt, Beschl. v. 5. 8. 2016 – 4 UF 288/1; krit. Obermann: Die Brautgabe zwischen türkischem und deutschem Recht, in: *NZFam* (2015), S. 894.

Im Ergebnis gelangte das OLG Hamm danach zur Anwendbarkeit deutschen Sachrechts und bejahte danach den Zahlungsanspruch.

4. Internationalprivatrechtlich relevant ist die – nicht weiter begründete – Berücksichtigung eines möglichen Einwands des Ehemannes nach dem libanesischen Recht. Nach dem libanesischen Familiengesetz für Sunniten wäre die *Mahr* lediglich dann zu zahlen, wenn ein vom Ehemann ausgehender *Ṭalāq* vorliegt, nicht aber wenn die Auflösung der Ehe von der Ehefrau oder ihrem Vormund verlangt wird. Das OLG verneint eine Vereinbarkeit dieser Regelung mit dem deutschen *ordre-public* (Art. 6 EGBGB).

Der der Prüfung des OLG Hamm zu Grunde liegende Gedankenschritt verdeutlicht die Problematik der Übernahme einer auf Gedanken des islamischen Rechts beruhenden Vereinbarung in das deutsche Sachrecht als ‚Datum'[11]. Denn mangels Anwendbarkeit des libanesischen Familiengesetzes bedurfte es des Vorliegens der genannten Voraussetzungen gar nicht, sofern sich nicht die Geltung entsprechender Regelungen – etwa aufgrund einer Bezugnahme – aus der vertraglichen Vereinbarung selbst ergab. Dafür ließe sich lediglich anführen, dass die Morgengabevereinbarung die gesetzlichen Regelungen des libanesischen Familiengesetzes für Sunniten aus dem Jahre 1962 abbildet. Dafür, dass weitergehende Regelungen dieses Gesetzes einbezogen waren, ergibt sich aus dem mitgeteilten Sachverhalt aber kein Anhaltspunkt. Für die allein deutschem Recht unterliegende Auslegung der Vertragserklärung gem. §§ 133, 157 BGB sind nach allgemeinen Regeln sämtliche Erklärungen der Beteiligten vor dem Hintergrund auch des besonderen Wissens und der Kenntnisse des jeweiligen Erklärungsempfängers sowie ihrer Interessen heranzuziehen. Danach würde allerdings die schlichte abstrakte Auslegung der Vereinbarung als schuldrechtliche Vereinbarung den vielfältigen gesellschaftlichen, familiären und religiösen Bezügen einer solchen Vereinbarung nicht gerecht werden. Ohne konkrete Anhaltspunkte für einen entsprechenden Willen der Parteien dürfte sich die Übernahme einer Beschränkung der vertraglich (unbeschränkt) vereinbarten Zahlungspflicht, die sich allein aus ausländischen Regelungen ergibt, nicht ohne weiteres als Auslegungsgesichtspunkt heranziehen lassen.

Zutreffend hat das OLG Hamm schließlich auch die Höhe der konkret vereinbarten Abfindungszahlung von 15 000 US-Dollar (rund 13 200 €) nicht als dem Grundsatz von Treu und Glauben gem. § 242 BGB widersprechend eingeordnet.

Dr. Bruno Menhofer, Richter am Oberlandesgericht, Frankfurt am Main

[11] Vgl. Wurmnest, S. 555, der die Berücksichtigung als Transpositionsproblem sieht.

ZRI – Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam 9 (2017), S. 43–49

Anmerkung zum Beschluss des OLG Bamberg, 12.5.2016 – 2 UF 58/16

Bruno Menhofer

Die besprochene Entscheidung des OLG Bamberg berührt einen schon lange im Internationalen Privatrecht streitigen Gesichtspunkt, nämlich die Anerkennung einer von Minderjährigen im Ausland geschlossenen Ehe nach deutschem Recht. Der Rechtsfrage kommt vor dem Hintergrund einer großen Zahl minderjähriger Flüchtlinge und mithin einer Vielzahl entsprechender Fälle eine erhebliche Aktualität zu.

I. Die Beteiligten des Ausgangsverfahrens sind syrische Staatsangehörige, die im August 2015 nach Deutschland gelangt sind.

Aufgrund der mit dem 1. 1. 1994 und 1. 1. 2001 angegebenen Geburtsdaten war von einer Minderjährigkeit jedenfalls der Beteiligten A. zum Zeitpunkt der Entscheidung auszugehen, so dass das zuständige Familiengericht das Ruhen der elterlichen Sorge festgestellt, Vormundschaft angeordnet und das zuständige Stadtjugendamt zum Vormund bestellt hat. Das Familiengericht hat auf Antrag des Beteiligten H. ein Umgangsrecht mit der Beteiligten A. dahingehend geregelt, dass die beiden jedes Wochenende Freitag bis Sonntag miteinander verbringen können. Das OLG Bamberg hatte über die hiergegen durch das zuständige Stadtjugendamt eingelegte Beschwerde zu entscheiden. Dies machte geltend, dass bei der A die Fähigkeit zur Führung eines selbstbestimmten Lebens fehle und die Gefahr der Ausnutzung einer fehlenden sexuellen Selbstbestimmung sowie einer Verwirklichung der Straftatbestands des §§ 182 III StGB vorliege.

Das OLG Bamberg hat der Beschwerde unter Aufhebung des das Umgangsrecht regelnden Beschlusses des Familiengerichts insgesamt stattgegeben, da das Sorgerecht des Vormunds hinsichtlich des Umgangs der verheirateten Minderjährigen aufgrund der anzuerkennenden Eheschließung der Beteiligten eingeschränkt sei.[1]

Das OLG Bamberg hat zunächst unter Anwendung des Artikels 15 KSÜ das zu prüfende Recht der elterlichen Verantwortung nach deutschem Recht bestimmt. Bei der Prüfung der Einschränkung der Vormundschaftsrechte nach §§ 1800, 1633 BGB bestimmt sich die gesondert anzuknüpfende Vorfrage einer wirksamen Eheschließung nach Art. 13 I EGBGB, der vorliegend auf syrisches Recht als Sachrecht verweist.

Die formelle und materielle Wirksamkeit der vor einem syrischen Richter erfolgten Eheschließung nach dem für sunnitische Muslime geltenden Recht, wobei auch die Ehefähigkeit der bei der Heirat 13jährigen A. geprüft wurde, hat das OLG Bamberg nach den vorgelegten Urkunden für erwiesen angesehen.

Einen *ordre public*-Verstoß nach Art. 12 GFK, 6 EGBGB hat es im Ergebnis offengelassen. Für die Prüfung der Wirksamkeit einer Ehe mit Minderjährigen sei nicht schematisch auf ein bestimmtes Heiratsalter, etwa das in Deutschland gesetzlich mögliche Mindestalter von 16 Jahren (§ 1303 BGB) abzustellen, sondern auf die Umstände des Einzelfalls.

Hier sei die Rechtsfolge des *ordre public*-Verstoßes danach zu bestimmen, wie sie unter

[1] OLG Bamberg, Beschl. v. 12. 5. 2106 – 2 UF 58/16, in: *FamRZ* (2016), S. 1270 = *NZFam* (2016), S. 807.

Außerachtlassung der das herabgesetzte Heiratsalter ermöglichenden Norm des Art. 18 syr. PSG nach syrischem Recht gelte. Danach sei lediglich die Eheschließung einer Muslimin mit einem Nichtmuslim nichtig, ansonsten seien fehlerhafte Ehen, wie auch sonst im islamischen Recht nach ḥanafitischer Ausrichtung, lediglich anfechtbar. Dies entspreche auch der deutschen Regelung bei einer Verletzung von § 1303 BGB (§ 1314 BGB). Die Anwendung des fremden Rechts führe danach nicht zu einem Ergebnis, das mit dem deutschen *ordre public* nicht vereinbar wäre. Anderes ergebe sich auch nicht aus einer denkbaren – jeweils einer Einzelfallbetrachtung unterliegenden – Strafbarkeit nach § 182 StGB, auch nicht aus dem durch das OLG Bamberg gesondert geprüften Kindeswohl, da die Beteiligten die Flucht aus Syrien gemeinsam überstanden haben und zusammenbleiben wollen. Eine Zwangsheirat sei nicht ersichtlich.

Die Umgangsregelung sei nicht bereits deshalb aufzuheben, weil die Sorge der Eltern der A. – nicht anerkennungsfähig – nach syrischem Recht durch Heirat auf ihren Ehemann übergegangen sei. Nach § 1633 BGB erlösche aber die elterliche Sorge für Umgangsbestimmung und Aufenthaltsrecht ohne weiteres, so dass die dies regelnde gerichtliche Umgangsregelung gegenstandslos wurde und aufzuheben war.

II. Die Entscheidung birgt vielfältigen Sprengstoff und hat sowohl eine Reihe von Anmerkungen als auch politische Reaktionen hervorgerufen.

1. Die Begleitung und auch die Umgangsregelung für eine Vielzahl unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge stellt – auch – die Jugend- und Vormundschaftsämter vor erhebliche Herausforderungen.[2] Dies beginnt bereits mit der Registrierung der Minderjährigen, wobei die vorliegend genannten Geburtsdaten ein durchaus bekanntes praktisches Problem der Registrierung ‚geschätzter' Geburtstage sinnfällig werden lassen.

Neben die Schwierigkeiten der Ermittlung und Übersetzung tragfähiger Personenstandsurkunden und ihrer rechtlichen Einordnung tritt die Frage der Sorgemaßstäbe. Denn auch wenn die Amtsvormundschaft vorliegend rechtlich teilweise als eingeschränkt anzusehen war, bleibt der ohnehin bestehende amtliche Schutzauftrag aus § 8a SGB VIII bestehen.[3] Danach bleibt das Jugendamt möglicherweise auch ohne danebenstehende Vormundschaft zur Kontrolle und Überprüfung des Umgangs der Beteiligten verpflichtet.

2. Aus internationalprivatrechtlicher Sicht wirft die Entscheidung neue Fragen der Konkretisierung des *ordre public* auf. Die Lösung des OLG Bamberg, die *ordre public*-Widrigkeit unter Annahme einer ‚heilenden' Lösung des syrischen Rechts dahingestellt sein zu lassen, erscheint methodisch nicht zutreffend zu sein.

---

[2] Dazu Andrae: Flüchtlinge und Kinderehen, in: *NZFam* (2016), S. 923; Antomo: Kinderehen, ordre public und Gesetzesreform, in: *NJW* (2016), S. 3558, 3563; Antomo: Eheschließung Minderjähriger und das deutsche Recht, in: *NZFam* (2016), S. 1155.

[3] Das Jugendamt hat danach in Ausübung des staatlichen Wächteramtes aus Art. 6 II GG einen Handlungsauftrag, wonach es ein Gefährdungsrisiko eines Kindes oder Jugendlichen einzuschätzen hat, wenn gewichtige Anhaltspunkte für die Gefährdung des Wohls eines Kindes bekannt werden. Hierzu gehören möglicherweise auch Anhaltspunkte für einen gegebenen sexuellen Missbrauch. Die besprochene Entscheidung lässt offen, wie sich – nach Auffassung des OLG Bamberg – eingeschränkte familienrechtliche Sorgerechte des Jugendamtes als Vormund zu öffentlich-rechtlichen Schutzmaßnahmen, z. B. aus §§ 8a, 42, 42a SGB VIII verhalten.

Denn die Eheschließung dürfte vorliegend als unwirksam anzusehen sein, eine ‚Heilung' nach syrischem Recht ist dafür nicht maßgeblich.

a) Ausgangspunkt der Überlegungen des OLG Bamberg war die Entscheidung des BGH vom 14. 10. 1992, in der es um die Vereinbarkeit des iranischen Sorgerechts, das die Personensorge ausschließlich dem Vater belässt, mit den deutschen *ordre public* ging.[4] Der BGH hat eine *ordre public*-Widrigkeit des iranischen Rechts nicht für festgestellt erachtet, solange und soweit nicht aus dem berufenen iranischen Recht eine andere *ordre public*-konforme Lösung entnommen werden kann. Der BGH folgt damit der wohl überwiegenden Auffassung, die eine durch die *ordre public*-Widrigkeit entstandene Lücke nach Möglichkeit durch die Anwendung anderer Regeln des ausländischen Rechts zu schließen versucht, um die Ausschaltung des zur Anwendung berufenen ausländischen Rechts damit möglichst auf das einzelne mit dem *ordre public* unvereinbare Anwendungsergebnis zu beschränken.[5]

Ähnlich hat auch das KG in seiner Entscheidung vom 21. 11. 2011 argumentiert. Es hat dabei eine *ordre public*-Widrigkeit der Registrierung einer Ehe mit einer minderjährigen schiitischen Libanesin bejaht. Eine Heilungsmöglichkeit wegen bloßer Anfechtbarkeit der Ehe sei zu erwägen, gelte aber nicht für das Recht der Schiiten.[6]

Diese Argumentation vermischt jedoch das Ergebnis der *ordre public*-Widrigkeit mit der Füllung der durch die Unvereinbarkeitsfeststellung entstandenen Lücke im Sachrecht.[7]

Soweit das OLG Bamberg und in seiner Prüfung auch das KG in der o. g. Entscheidung die Rechtsfolge (Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit) der *ordre public*-widrigen Eheschließung im ausländischen Recht suchen, finden sie keine *ordre public*-konforme anderweitige oder Ersatzregelung, sondern lediglich die ‚Heilung' einer *ordre public*-widrigen Norm nach ausländischem Recht.

Die Nichtigkeit einer als *ordre public*-widrig angesehenen Minderjährigenehe ergibt sich aus der Prüfung der Vereinbarkeit des Anwendungsergebnisses mit einem zeitlich, räumlich und rechtlich durchaus wandelbaren deutschen *ordre public*.[8]

Ist aber das konkrete Anwendungsergebnis nicht mit den tragenden Rechtsgrundsätzen des deutschen Rechts – insbesondere der grundrechtlichen Werteordnung – vereinbar (dazu sogleich), so kann das ausländische Recht insgesamt keine Gültigkeit beanspruchen, d. h. mit anderen Worten, die durch es angeordnete Rechtsfolge tritt nicht in. *In concreto*: Die Ehe ist nicht geschlossen, weil das hierfür zugelassene Ehefähigkeitsalter nicht akzeptiert wird. Es geht danach nicht um die Nichtigkeit oder Aufhebbarkeit einer fehlerhaft geschlossenen Ehe, sondern vielmehr um die inländische rechtliche Unerheblichkeit einer ‚So-Nicht-Ehe'.

Anderes könnte sich nur dann ergeben, wenn für die Prüfung einer *ordre public*-Widrigkeit ein Unterschied zwischen einer nur anfechtbaren oder einer nichtigem Minderjährigenehe relevant sein könnte. Allein insoweit könnte es auf die ‚Bestandskraft' einer solchen

---

[4] BGH, Beschl. v. 14. 10. 1992 – XI ZB 18/92, in: *NJW* (1993), S. 848 = *FamRZ* (1993), S. 316.

[5] Vgl. nur Staudinger / Voltz: EGBGB (Bearb. 2013), Art. 6 Rn. 207.

[6] KG, Beschl. v. 21. 11. 2011 – 1 W 79/11, in: *FamRZ* (2012), S. 1495 = *StAZ* (2012), S. 142, Rn 20 f.

[7] Kritisch auch Coester: Die rechtliche Behandlung von im Ausland geschlossenen Kinderehen, in: *StAZ* (2016), S. 257, 261; Majer: Anerkennung einer ausländischen Minderjährigenehe, in: *NZFam* (2016), S. 1019, 1021; für eine ergebnisorientierte '„Lückenfüllung": Antomo: *NJW* (2016), S. 3558, 3562.

[8] Zur Relativität des *ordre public* in diesen Fällen vgl. Scholz: Islam-rechtliche Eheschließung und deutscher ordre public, in: *StAZ* (2002), S. 321, 324.

Ehe auch nach dem ausländischen Recht ankommen.[9] Maßgeblich ist in diesen Konstellationen aber nicht die rechtliche Tragfähigkeit der jeweiligen Bindung, sondern die Frage, ob die Annahme einer ehelichen Bindung so stark gegen die Persönlichkeitsrechte der Kinder oder Jugendlichen verstößt, dass sie nicht hingenommen werden kann.

b) Umso so gewichtiger erscheint daher die konkrete Prüfung der *ordre public*-Widrigkeit in diesen Fällen, die allerdings eine Vielzahl von teils divergenten Gesichtspunkten ins Auge zu fassen hat:

Sehr treffend hat das KG hierfür formuliert, dass zu den unverzichtbaren Bestandteilen des deutschen Rechts der Schutz Minderjähriger vor den Folgen von Willenserklärungen und Rechtshandlungen gehört, deren Tragweite sie aufgrund mangelnder Entwicklung und Verstandesreife noch nicht absehen können. Dieses Schutzes bedarf ein Minderjähriger für die Frage einer Eheschließung umso mehr, als er durch diese nicht nur in vermögensrechtlicher Hinsicht verpflichtet wird, sondern eine grundsätzlich auf Dauer angelegte persönliche Bindung mit personenrechtlichen Auswirkungen eingeht.[10]

Die Frage, ob und wann eine solche Ehe – ungeachtet der Frage der Wahrung der hierzu maßgeblichen Vorschriften des deutschen Rechts – als ‚Kinderehe' oder Ehe von Minderjährigen unwirksam sein sollten, befindet sich in einem Spannungsfeld vielfältiger Interessen. Historisch und regional tendieren die europäischen Rechtsordnungen zu einem Heiratsmindestalter von 18 Jahren, wobei erhebliche Spielräume bestehen.[11] Eindeutige Vorgaben aus staatsvertraglichen Regelungen bestehen insoweit nicht.

Stark maßgebend dürften jedoch die grundrechtlich gewährleistete freie Entfaltung der Persönlichkeit und der Schutz vor den Folgen von Willenserklärungen sein, deren Bedeutung bei Abgabe der Erklärung von den Beteiligten nicht erkannt wurde. Aus der Gewährleistung des Art. 2 I GG folgt, dass Kinder ein Recht auf eine möglichst ungehinderte Entfaltung ihrer Persönlichkeit haben. Dies schließt eine möglichst uneingeschränkte geistige und körperliche Entwicklung ein und bedeutet zugleich, dass das Kind vor möglicherweise kindesbedingt unüberlegt frühen aber weit reichenden Bindungen zu bewahren ist. Solche entstehen aber zum einen aus dem Abschluss einer grundsätzlich auf Dauer angelegten Ehe oder aus den hieraus resultierenden Folgen, wie etwa einer langwierigen Bindung oder der Sorge um gemeinsame Kinder.

Nicht außer Acht gelassen werden darf jedoch, dass auch die Eheschließungsfreiheit und damit die Aufrechterhaltung einer Ehe sich auf eine grundrechtliche Gewährleistung stützen kann (Art. 6 I GG)[12].

Zu berücksichtigen ist auch, dass in einer großen Zahl ausländischer Rechtsordnungen das Mindestalter für Eheschließungen gänzlich anders beurteilt wird als im hiesigen Kulturkreis.[13] Die ‚schematische' Nichtigkeit aufgrund eines bestimmten Alters wäre angesichts der Vielgestaltigkeit der Fälle und Konstellationen nicht inhaltlich begründbar. Allerdings spricht vieles dafür, Eheschließungen von unter 14jährigen wegen der dann regelmäßig naheliegenden Verkürzung der Möglich-

---

[9] Im deutschen Recht erscheint eine Mindestaltersgrenze weder für die Annahme einer ‚nur' anfechtbaren Minderjährigenehe oder für ihre familiengerichtlichen Genehmigungsfähigkeit (§§ 1314, 1315 BGB) nicht gegeben; vgl. Frank: Die Anerkennung von Minderjährigenehen, in: *StAZ* (2012), S. 129, 131.

[10] KG, a. a. O. (FN 5), Rn. 16.

[11] Vgl. hierzu Coester: *StAZ* (2016), S. 257 f.

[12] Scholz: *StAZ* (2002), S. 321, 328; Antomo: *NJW* (2016), S. 3558, 3561.

[13] Ausführlich: Scholz: *StAZ* (2002), S. 321, 327 f.; Frank: *StAZ* (2012), S. 129 f.

keiten zur persönlichen Entwicklung für grundsätzlich problematisch zu achten.[14, 15] Auch bei einer – wie im besprochenen Fall – zuvor durchgeführten richterlichen Feststellung der Ehefähigkeit bleiben hieran Zweifel.

Zu prüfen sein dürfte aber auch die Ehedauer,[16] insbesondere bei beidseits erreichter Volljährigkeit und etwa dem Vorhandensein aus der Ehe hervorgegangener Kinder. Der zeitliche Aspekt des *ordre public* dürfte gerade im vorliegenden Fall etwa bei der ausstehenden Entscheidung des BGH über die eingelegte Rechtsbeschwerde eine Rolle spielen, denn auch wenn die Eheschließung aufgrund des jungen Alters der A. *ordre public*-fremd bleibt, kann das konkrete Anwendungsergebnis aufgrund des zunehmenden Alters der Beteiligten und der faktischen Bindungsdauer mit dem *ordre public* zunehmend vereinbar werden.

Ein weiterer relevanter Punkt dürfte sein, ob es sich lediglich formal um ein Eheband, oder um eine tatsächlich gelebte Beziehung der Beteiligten handelt.[17]

Schließlich dürfte ein weiterer zulässiger Gesichtspunkt sein, ob es sich um die Beurteilung einer – verbotswidrig – hier geschlossenen Inlandsehe unter Minderjährigen handelt, deren Nichtanerkennung schon aus präventiven Gründen geboten sein könnte, oder um die kollisionsrechtlich implizite Anerkennung einer im Ausland geschlossenen Ehe, bei der ausländische Wert- und Erziehungsvorstellungen eher zu berücksichtigen sind.[18]

Erst vor diesem Hintergrund kann als Abwägungsgesichtspunkt herangezogen werden, dass auch das deutsche Recht bei einer Verletzung des Ehemündigkeitsalters die bloße Anfechtbarkeit der so geschlossenen Ehe vorsieht (§§ 1303, 1314 BGB)[19]. Dieser Gesichtspunkt dürfte jedoch wegen der Schutzaspekte für Minderjährige desto weiter zurücktreten, je jünger die Beteiligten bei Eheschluss waren.

Nicht übergangen werden können auch die strafrechtsbezogenen Erwägungen wegen ihrer Schutzgutbezogenheit. Auch wenn eine Strafbarkeit wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern (§ 176 StGB) nur bei unter 14jährigen auftreten kann, war die Sorge des Jugendamtes, dass ein sexueller Missbrauch von Jugendlichen wegen einer Ausnutzung der fehlenden Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung in Betracht käme (§ 182 III Nr. 1 StGB) nicht gänzlich von der Hand zu weisen.[20]

---

[14] Vgl. zum stark divergierenden Meinungsstand: Mankowski: Anm. zu OLG Bamberg, in: *FamRZ* (2016), S. 1274; Scholz: *StAZ* (2002), S. 321, 327 f.; Rohe: Rechtsfragen bei Eheschließungen mit muslimischen Beteiligten, in: *StAZ* (2000), S. 161, 165; Majer: *NZFam* (2016), S. 1019 f.; Andrae: *NZFam* (2016), S. 923, 926; Antomo: *NJW* (2016), S. 3558, 3561; ablehnend zur ‚Volljährigkeit' einer 10jährigen: OLG Köln, Beschl. v. 4. 9. 1996 – 16 Wx 181/96; OLG Zweibrücken, Urt. v. 15. 12. 2000 – 2 UF 130/00.

[15] Verschärft wird dies durch eine in diesen Fällen stets zu besorgende Strafbarkeit wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern (§ 176 StGB).

[16] Da die schon länger bestehende Ehe geeignet ist, den maßgeblichen Vorstellungen des deutschen Rechts weniger zu widersprechen; in diesem Sinn: AG Hannover, Urt. v. 7. 1. 2002 – 616 F 7355/00, in: *FamRZ* (2002), 1116; vgl. Coester: *StAZ* (2016), S. 257, 260.

[17] Vgl. Coester: *StAZ* (2016), S. 257, 261.

[18] Vgl. Andrae: *NZFam* (2016), S. 923, 925; Frank: *StAZ* (2012), S. 129 f.

[19] Wobei das KG zutreffend darauf hinweist, dass eine solche Eheschließung in Deutschland selbst wegen der Mitwirkungspflicht des Standesbeamten unmöglich sein dürfte (KG, Beschl. v. 21. 11. 2011 – 1 W 79/11, Rdnr. 14). Zur Möglichkeit der Aufhebung einer solchen Ehe durch ein deutsches Gericht: AG Offenbach, Urt. v. 30. 10. 2009 – 314 F 1132/09.

[20] Zu berücksichtigen ist hier die – ungeachtet seiner familienrechtlichen Vormundstellung – verbleibende ‚Wächterpflicht' des Jugendamts aus § 8a SGB VIII.

Zwar ist mit dem OLG Bamberg anzunehmen, dass dies – wie immer im Strafrecht – einer Einzelfallbetrachtung überlassen bleibt. Die generalisierende und klarstellende Auslegung von Rechtsregeln, die auch dem Schutz der persönlichen und der sexuellen Entwicklung noch nicht Erwachsener dienen, könnte aber vermeiden, dass erst strafrechtliche Erwägungen oder sogar Ermittlungen in einem solchen Umfeld angestellt werden müssen.

Bei einer umfänglichen Würdigung all dieser Gesichtspunkte kann eine Entscheidung getroffen werden, ob die Akzeptierung einer geschlossenen Ehe maßgebliche Grundsätze des deutschen Rechts verletzt. Im Hinblick auf den frühen Zeitpunkt der Eheschließung der Beteiligten und die noch nicht allzu lange bestehender Ehe erscheint die Anerkennungsfähigkeit der Eheschließung vorliegend danach eher fraglich.

3. Ungeachtet der internationalprivatrechtlichen Problematik stellt sich weiter die Frage, ob und in wieweit die sorgerechtsbefreiende Regelung des § 1633 BGB etwa in den Fällen eine einschränkende Auslegung erfahren kann, in denen trotz einer anzuerkennenden Ehe weiter kindeswohlbezogene Beeinträchtigungen zu befürchten sind.[21] Bedeutsam erscheint dies vor dem Hintergrund, dass nicht nur die familienrechtliche Personensorge der Eltern bzw. des Vormunds, sondern auch die Möglichkeit zu öffentlich-rechtlichen Hilfeleistungen des Jugendamtes in der Folge des Paragraphen § 1633 BGB jedenfalls weit gehend zurücktritt.[22]

III. Der Gesetzgeber hat – auch im Hinblick auf die oben besprochene Entscheidung – Handlungsbedarf gesehen und mit Wirkung zum 22. 7. 2017 das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen verabschiedet.[23]

Dessen Kern ist § 1303 I BGB n. F., wonach die mit einer Person, die das 16. Lebensjahr nicht vollendet hat, geschlossene Ehe nichtig ist; die Ehe mit einer mindestens 16jährigen Person, die die Volljährigkeit noch nicht erreicht hat, ist aufhebbar (§§ 1314, 1315 BGB n. F.).

Internationalprivatrechtlich ist die Regelung in Art. 13 III EGBGB n. F. abgebildet, wonach auch eine nach ausländischem Recht zu beurteilende Eheschließung unter Beteiligung Minderjähriger der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit unterliegt. Eine Heilungsmöglichkeit ist – neben Altfällen – in Art. 229 § 44 IV Ziff. 2 EGBGB n. F. vorgesehen, wenn die Ehe bis zur Volljährigkeit geführt wurde und kein Ehegatte während dieser Zeit seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat.

Die „holzschnittartige“[24] Regelung wirft insbesondere in ihren internationalprivatrechtlichen Auswirkungen eine Vielzahl von Fragen auf.[25] Die unbesehene Gleichsetzung aller Minderjährigenehen mit den ausweislich der Gesetzesbegründung avisierten Kinderehen überzeugt nicht ohne weiteres. Die An-

---

[21] Für eine einschränkende und kindesschutzbezogene Auslegung der Norm: Andrae: *NZFam* (2016), S. 923, 928.

[22] Vgl. nur Staudinger / Peschel-Gutzeit: BGB (Bearb. 2015), § 1633 Rn. 7 f. m. w. Nachw.

[23] Zum Überblick: Majer: *NZFam* (2017), S. 537; Antomo: *ZRP* (2017), S. 79.

[24] So Mäsch in: Herberger / Martinek, jurisPK-BGB, [8]2017, Art. 13 EGBGB Rn. 38.1.

[25] Weitergehende und völlig neue Fragen wirft die rechtliche Einordnung des neugefassten § 11 PStG auf, der vor der staatlichen Eheschließung religiöse oder traditionelle Handlungen, zugleich aber auch den Abschluss eines Vertrages verbietet, sofern sie Verpflichtungen eines Minderjährigen begründen könnten. Gerade bei den nach islamischen Vorstellungen üblichen Eheverträgen (*nikāḥ*) ist – auch wenn sie faktischen Druck auf die Beteiligten auszuüben vermögen – Gegenstand der Vereinbarung in der Regel eine materielle Sicherung der oft lebensjüngeren (künftigen) Ehefrau. Hier besteht neben der Unklarheit der Reichweite der Norm im einzelnen Fall die Gefahr der

ordnung der Nichtigkeit der Ehe durch die spezielle *ordre-public*-Klausel des Art. 13 III 3 EGBGB n. F. stellt eine weit reichende Sanktion dar, die die oben dargestellten Differenzierungen, insbesondere aber auch einen möglichen Willen der Beteiligten, vollständig übergeht.[26] Bedenken gegenüber der Neuregelung sind daher u. a. auch im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit den Regelungen der UN-Kinderrechtskonvention geltend gemacht worden.[27] Die Heilungsmöglichkeit für ‚bloße' Auslandsehen gemäß Art. 229 § 44 IV EGBGB n. F. ist durch die ‚Infizierung' mit dem internationalprivatrechtlich nahe liegenden Umstand, dass einer der Beteiligten seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat, in ihrer Wirkung stark eingeschränkt.

Die Anordnung des Aufhebungsverfahrens nach deutschem Recht für die nicht nichtigen Minderjährigenehen, mit entsprechendem Antragszwang des Jugendamtes (§ 1316 III BGB n. F.) und notwendiger Prüfung von Billigkeitsgründen (§ 1315 I BGB n. F.) dürfte die Praxis vor neue Herausforderungen stellen. Die schematische Anknüpfung an das Alter der Konnubienten wirft auch praktische Schwierigkeiten der Beschaffung und Bewertung verlässlicher Urkunden auf, die die Gesetzesbegründung leichthin übergeht (BT-Drucksache 18/12086, S. 17), die sich aber etwa durch die offensichtlich gewählten Geburtsdaten im Sachverhalt der besprochenen Entscheidung deutlich zeigen.

IV. Die besprochene Entscheidung zeigt, dass es auch hinsichtlich der Anerkennung so genannter ‚Minderjährigenehen' keine schematischen Lösungen gibt, da solche die Vielfältigkeit der Lebenssachverhalte und die Notwendigkeit der hinreichenden Berücksichtigung der Interessen der unterschiedlichen Beteiligten nicht erfassen könnten. Eben dies ist durch die gesetzliche Neuregelung nunmehr ausgeschlossen. Der erforderlichen sorgfältigen Beurteilung des Einzelfalles ist nunmehr allein im Rahmen des neuen Regelungsrahmens entgegen zu sehen.

Dr. Bruno Menhofer, Richter am Oberlandesgericht, Frankfurt am Main

umfassenden Nichtigkeit der Vereinbarung wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB).

[26] Vgl. Antomo: *ZRP* (2017), S. 79, 81.

[27] Vgl. hierzu nur Coester: *FamRZ* (2017), S. 77, 79; Hüßtege: *FamRZ* (2017), S. 1374, 1377; Frank: *StAZ* (2018), S. 1, 3.

ZRI – Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam 9 (2017), S. 51–81

ARTIKEL

Scharia – Lost in Translation. Die Merkmale der Scharia im Licht einer soziologischen Theorie des Rechts und der normativen Ordnung

Reik Kirchhof

A. Einführung

Die Islamwissenschaft verwendet seit ihren Anfängen als systematische Disziplin der Erkenntnisgewinnung im 19. Jahrhundert gewöhnlich den Begriff des islamischen Rechts, um den Bedeutungsinhalt der Bezeichnung Scharia (*šarīʿa*)[1] zu beschreiben, den sich die Disziplin zumeist über das Studium historischer Texte erschließt. In dieser Bedeutung hat der Begriff nicht nur Eingang in Enzyklopädien und Wörterbücher gefunden, sondern auch seinen Weg in die nicht-akademischen Debatten: Die *šarīʿa* ist das Recht, welches islamisch ist. Wie es dazu kam und welche relevanten Merkmale des Rechts diese Begriffsverfügung begründet haben, ist heute nicht mehr aufzuklären, da sich die Pioniere[2] der Disziplin über ihre theoretischen Annahmen, soweit solche überhaupt vorgelegen haben, nicht geäußert haben und heute hierzu nicht mehr befragt werden können.

Ob die Islamwissenschaft über einen Begriff der *šarīʿa* verfügt, welcher der abstrakten Denkeinheit des Rechts entspricht, ist seit dem 20. Jahrhundert zunehmend von Akteuren der Disziplin hinterfragt worden. So lehnt z. B. Wael Hallaq den Begriff *Islamic law* ab und meint, dass es sich bei dem Wissen über das islamische Recht um eine „Erfindung Europas" handele.[3] Abdullahi An-Naʾim wendet sich ebenfalls gegen die Verwendung des Begriffes und argumentiert, dass *šarīʿa* kein rechtliches, sondern ein „religiöses normatives System" sei, und suggeriert damit, dass *šarīʿa* mit den Merkmalen des Rechts nicht viel zu tun hätte.[4] Und Armando Salvatore geht von einer „übersetzerischen Fehlleistung" aus und versteht *šarīʿa* als „Islamic normativity".[5]

Trotzdem diese Einwände die Grundlagen der Islamwissenschaft betreffen, weil regelmäßig theoretische Vorannahmen einen Großteil

---

[1] Namen und Begriffe, die im Deutschen bereits gebräuchlich sind, werden zur besseren Lesbarkeit in ihrer eingeführten Schreibweise wiedergegeben und grammatikalisch als Nomen behandelt, wobei zumeist ein Hinweis auf ihre Umschrift nach DMG in Klammern erfolgt, z. B. Usul al-Fiqh (*uṣūl al-fiqh*).

[2] Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im Folgenden die männliche Form für Personen verwendet, gemeint sind dann gleichwohl wie gewöhnlich beide Geschlechter.

[3] Wael Hallaq: *Shariʿa, Theory, Practice, Transformation* (2009), S. 6, wobei er den Begriff weiterhin verwendet, weil das „Gefängnis der Sprache" ihm keine Wahl lässt, vgl. ebd., S. 12.

[4] Abdullahi An-Naʿim: Shariʿa and Positive Legislation: Is an Islamic State Possible or Viable?, in: *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law* (2000), S. 29–41 (29, Fn. 1).

[5] Armando Salvatore: *The Sociology of Islam* (2016), S. 13.

der Forschung leiten und damit den Gang vieler Untersuchungen und Analysen und nicht zuletzt auch die so gewonnenen wissenschaftlichen Erkenntnisse beeinflussen, hat es die Disziplin bis heute versäumt, eine grundlegende Erforschung ihrer theoretischen Vorannahmen zu einem Rechtsbegriff oder zu Begriffen aus seiner Umgebung zu unternehmen.[6] Erörterungen der Disziplin zu den Merkmalen des Rechts beschränken sich gewöhnlich auf wenige Sätze in einleitenden Ausführungen und Randbemerkungen zumeist ohne relevante Referenzen zu Nachbardisziplinen. Die dort ausgetauschten Argumente sind wissenschaftlich prekär: Sie erinnern an einen Rechtsbegriff des 19. Jahrhunderts oder an Alltagswissen, wonach das Recht als eine Zwangsordnung eines staatlichen Souveräns begriffen wird, welches im Konflikt mit dem idealen Recht und damit auch der Moral steht. Weil Terminologien zudem widersprüchlich verwendet werden, hat die Disziplin eine weitere Integration ihrer Argumente über einen Rechtsbegriff aufgegeben. Dies mag mit Blick auf den steigenden Druck auf die akademische Welt nach immer mehr Spezialisierung nicht sonderlich verwundern, weil hierdurch Zusammenhänge mit Erkenntnissen aus Nachbardisziplinen marginalisiert und schließlich eine Generalisierung der Disziplin verhindert wird. Trotz aller Behauptungen von Interdisziplinarität bleibt damit aber die Frage unbeantwortet, wie ohne ein theoretisches Konzept eines Forschungsgegenstands dieser untersucht werden kann. Um dieser Frage zu entgehen und schließlich die Arbeit fortsetzen zu können, hat sich die herrschende Meinung der Islamwissenschaft auf eine Lösung geeignet: Sie unterteilt die beobachtbare Welt in eine islamische und eine westliche Welt, und behauptet, dass deren Wissen jeweils füreinander nicht zugänglich wäre. Begründungen für diese Lösung findet sie in Erkenntnissen der Sprachphilosophie, wonach Sprache Bedeutungen konstruiere und damit Wissen über Bedeutungen eine relative Angelegenheit sei und sich jeweils in verschiedenen kulturellen Wissensformationen oder Epistemen zeige, sowie außerdem in der poststrukturalistischen Subjekt- und Wissenschaftskritik, hier insbesondere in Hinweisen auf eine mangelhafte und verfehlte Aufarbeitung europäischer Geistes- und Kulturgeschichte, vor allen Dingen durch Orientalisten.

Das Problem einer mangelhaften Bedeutungsverfügung über die Bezeichnung *šarīʿa* wurde also interessanterweise nicht etwa im Versäumnis der Theoriebildung gesucht, sondern im Forschungsgegenstand selbst. Im Milieu ihrer Selbstbezogenheit verlegte sich die Disziplin auf das Axiom einer Islam-Westen-Differenz, verwechselte damit aber ihren Gegenstand mit den theoretischen Grundlagen seiner Erforschung. In Bezug auf den Gegenstand *šarīʿa* wird die Existenz eines originär westlichen Rechts und Rechtsverständnisses behauptet, welches dem islamischen Recht und damit dem Verständnis der *šarīʿa* entgegensteht. So spricht Frank Griffel vom Rechtsverständnis des „modernen Menschen des Westens“[7], S. G. Vesey-Fitzgerald spricht vom Recht des „Westeners“[8], Hallaq spricht vom

[6] So auch Hallaq: „[N]ever to my knowledge identified, let alone problematized, by legal Orientalists“, ebd., S. 1.

[7] Frank Griffel: Introduction, in: *Shariʿa, Islamic Law in the Contemporary Context*, hrsg. von Abbas Amanat und Frank Griffel (2007), S. 1 f.

[8] S. G. Vesey-Fitzgerald: Nature and Sources of the Shariʿa, in: *Law in the Middle East, Origins and Development of Islamic Law* 1, hrsg. von Majid Khadduri und Herbert Liebesny (1955), S. 85–112 (85).

„Recht der Nationalstaaten", von einem „imperial law" und vom „europäischen Recht"[9], Baudouin Dupret von der „europäischen Vorstellung des Rechtspositivismus"[10]und Sami A. Aldeeb Abu-Salieh vom staatlichen Recht „westlicher Natur"[11]. Weil die *šarīʿa* islamisch sei und der Westen nicht, sei es problematisch, die *šarīʿa* mit dem Begriff des westlichen Rechts zu erforschen: Das islamische Recht gelte im Gegensatz zum Recht des Westens nämlich auch im Jenseits, zudem komme es ohne Sanktionen aus, operiere außerhalb eines staatlichen Territoriums und enthalte zudem auch Normen der Moral, nicht zuletzt auch religiöse Normen. Es ist sodann nicht überraschend, dass die Ergebnisse der Forschung die Prämisse der Islam-Westen-Differenz widerspiegeln, wonach die *šarīʿa* sehr wohl Recht sei, dies aber nach westlichem Verständnis des Rechts nicht der Fall sei. Die Disziplin bemüht sich seither, den Grenzstreifen zwischen Islam und dem Westen zu pflegen und dabei gleichzeitig den Dialog zwischen den beiden Welten zu befördern. Ihre Akteure begegnen sich in freundlicher Abgrenzung und dem Hinweis, dass aufgrund der unterschiedlichen Herkunft ein gemeinsames Wissen nicht möglich sei.

Der vorliegende Artikel möchte einen anderen Weg des Verstehens aufzeigen, indem er sich über die etablierte Grenze hinwegsetzt. Er möchte einen Beitrag zu einer lang überfälligen Theoriebildung leisten und dadurch Erkenntnisräume jenseits einer Islam-Westen-Differenz öffnen, in denen sich dem Anspruch der Wissenschaft gemäß globales und universales Wissen integrieren lässt, und dies ganz unabhängig von kulturellen, sprachlichen, religiösen oder anderen Beschränkungen, welche sich die Teilnehmer an dieser Unternehmung selbst auferlegen mögen, soweit wir darin übereinstimmen, dass alle Teilnehmer die gleichen kognitiven Fähigkeiten besitzen. Deshalb ist hier bereits klarzustellen: Islamwissenschaft ist diejenige Wissenschaft, deren Forschungsgegenstand der Islam ist, weshalb zu dieser Wissenschaft auch die so genannte islamische Wissenschaft, also die Usul al-Fiqh (*uṣūl al-fiqh*) gehört.

Im ersten Teil wird eine Theorie vorgestellt, mit der sich der Gegenstand *šarīʿa* erforschen lässt. Sie hat einen nicht-normativen, d. h. einen empirischen Anspruch, den die Islamwissenschaft im Übrigen bereits in weiten Teilen, z. B. für die historische Forschung ihres Gegenstandes verfolgt. Denn ein Grund für die Schwierigkeiten der Erörterung der *šarīʿa* ist die Tatsache, dass ihre Akteure überwiegend auf Terminologien und Theorieangebote zurückgreifen, welche sich originär zum Zwecke der Beschreibung und Legitimation der klassischen Rechtsarbeit der Juristen herausgebildet haben. Sie dienen der Begründung der täglichen Rechtsarbeit und haben eine normative Orientierung, weshalb sie grundsätzlich dem Rechtspositivismus zugerechnet werden.[12] Das im Rechtspositivismus entwickelte Rechtsverständnis scheitert aber regelmäßig an der Frage, warum man dem Recht zu folgen hat. Die positive Beantwortung dieser Frage wird von Juristen ganz gleich welcher Weltanschauung vorausgesetzt, sie wird dort zwingend mit dem Argument der Geltung beantwortet. Denn die Möglichkeit ihrer nega-

[9] Hallaq, ebd., S. 2.

[10] Baudouin Dupret: *La charia. Des sources à la pratique, un concept pluriel* (2014), S. 15.

[11] Sami A. Aldeeb Abu-Salieh: *Introduction to Islamic Law* (2012), S. 20.

[12] Vgl. Martin Morlok / Ralf Kölbel / Agnes Launhardt, Recht als soziale Praxis. Eine soziologische Perspektive in der Methodenlehre, in: *Rechtstheorie* 31 (2000), S. 15–46.

tiven Beantwortung ist für den Juristen undenkbar.[13] Dies gilt auch für das Rechtsdenken der *uṣūl al-fiqh*, die diese Frage mit Gott und dem Bekenntnis zum Islam begründet.[14] Nicht ohne Grund wurde deshalb bereits im 19. Jahrhundert behauptet, dass eine normativ ausgerichtete Rechtswissenschaft nicht als Wissenschaft bezeichnet werden könne.[15] Auch die Tatsache, dass die Disziplin einen Erkenntnisgewinn durch einen Vergleich der Bedeutungsinhalte von Recht und *šarīʿa* verfolgt, macht es notwendig, auf Soziologie umzustellen. Denn die Soziologie ist die „Ursprache des Rechtsvergleiches".[16]

Weil die in den unterschiedlichen Rechtsprachen entwickelten Begriffe zu irreführenden Assoziationen führen können, besteht die Herausforderung darin, einen alle Rechtsordnungen umfassenden Begriffsapparat zu entwickeln.[17] Weil das Recht aber nur als Differenz zum Nicht-Recht beobachten werden kann, ist klar, dass hierbei weit ausgeholt werden, und der Begriffsapparat auch das Nicht-Recht sichtbar machen muss. Vor allem mit Blick auf die Kontroversen in der Islamwissenschaft wird daher auf viele regelmäßig verwendete Begriffe wie z. B. Staat, positives, säkulares oder religiöses Recht, Moral, Sanktion, Kultur usw. verzichtet. Weil wir damit potentiell irreführende Beschriftungen vom Untersuchungsgegenstand entfernt haben, müssen wir auf andere Mittel zur Identifikation des Rechts zurückgreifen. Unsere Beobachtungen richten sich deshalb auf soziale Phänomene, welche innerhalb der sozialen Interaktion bestimmte Leistungen und Funktionen übernehmen und sich dadurch voneinander unterscheiden[18] und im Ergebnis alte Beschriftungen rechtfertigen können oder neue Beschriftungen notwendig machen. Das Recht jedenfalls suchen wir nicht in Gesetzen, sondern in der sozialen Praxis.

Im zweiten Teil ist zu prüfen, ob und inwieweit der Bedeutungsinhalt der *šarīʿa*, wie er durch die Islamwissenschaft erarbeitet und bis heute überliefert wird, als Recht qualifiziert werden kann. Grundlage der Erörterung sind also keine empirischen Kenntnisse einer Rechts- oder Normenpraxis, weil entsprechende Daten nicht, oder nur sehr begrenzt und

---

[13] Vgl. André-Jean Arnaud: Droit et societé: Un Carrefour interdisciplinaire, in: *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 10(1988), S. 7–32 (8 f.).

[14] Das bedeutet freilich nicht, dass man sich zum Islam bekennen muss, so man islamische Rechtswissenschaft betreiben will. Man muss nur erkennen, dass das Bekenntnis die Voraussetzung hierzu ist, wozu bei gleichen kognitiven Fähigkeiten auch Nicht-Muslime fähig sein sollten.

[15] Prominenz hat der Berliner Staatsanwalt Julius Herrmann von Kirchmann erlangt. Er ging davon aus, dass so etwas Zufälliges und Flüchtiges wie ein Gesetz nicht Gegenstand einer Wissenschaft sein könne, vgl. ders.: *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft 1847*, hrsg. von H. Klenner (1990), S. 23.

[16] Ulrich Drobnig: Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie, in: *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 18 (1953), S. 295–309 (304).

[17] Max Rheinstein sprach deshalb von einer übernationalen Rechtswissenschaft, vgl. ders.: *Einführung in die Rechtsvergleichung* (1987), S. 12; Niklas Luhmann spricht vom Entstehen einer weltweiten Rechtskultur durch die Rechtsvergleichung, vgl. ders.: *Das Recht der Gesellschaft* (1997), S. 13.

[18] Aus diesem Grund musste sich auch die Rechtsvergleichung funktional ausrichten. „Unvereinbares kann man nicht sinnvoll vergleichen, und vergleichbar ist im Recht nur, was dieselbe Aufgabe und Funktion erfüllt", vgl. Konrad Zweigert / Hein Kötz: *Einführung in die Rechtsvergleichung* (1999), S. 33.

punktuell zur Verfügung stehen.[19] Denn die Fiqh (*fiqh*) hat keine systematische Rechtsforschung betrieben und auch zukünftige Forschungen werden das unzureichende Gesamtbild nicht vervollständigen können. Unsere Erörterung ist deshalb hypothetischer Natur und fragt, ob die sozialen Phänomene, wie sie zur Beschreibung der *šarīʿa* von der *fiqh* überliefert wurden, eine Ordnung des Rechts beschreiben, welche in der Lage wäre, die Leistungen des Rechts zu übernehmen.

Die Erörterung eröffnet eine ungewöhnliche und inkongruente Perspektive auf die *šarīʿa* und kommt zu dem Ergebnis, dass das Konzept der *šarīʿa* nicht geeignet ist, die Leistungen des Rechts zu übernehmen, da insbesondere die Manifestierung der vier sunnitischen *maḏāhib* eine Herausbildung einer Rechtsordnung gemäß den Erwartungen Gottes im Islam verhindert hat. Zwar konnten diese *maḏāhib*, soweit sie regional verankert waren und daher nicht miteinander kollidierten, Recht prozessieren, jedoch widerspricht dies der Prämisse, dass Gott nur eine einzige Rechtsordnung für die Gemeinschaft der Muslime vorgesehen hat. Überlieferungen weisen darauf hin, dass dieser Widerspruch den Akteuren der *fiqh* bewusst war, sich aber eine Integration der *maḏāhib* nicht realisierte und auch durch theoretische Kalküle, wie etwa dem Idschma (*iǧmāʿ*), nicht gelöst werden konnte. Das Konzept der *šarīʿa* beschreibt einen permanenten Zustand der Desintegration, welcher Muslime über die Geschichte hinweg veranlasst haben dürfte, nämlich in dem Maße, wie die Kollision der *maḏāhib* in ihre soziale Interaktion getragen wurde, auf alternative Ordnungsstrukturen auszuweichen, um dort ihr Bedürfnis nach Recht befriedigen zu können, z. B. auf Familien, Klans, Sekten, oder auch Nationalstaaten. Die mit der Moderne einsetzende umfängliche Globalisierung der sozialen Interaktion führte zu einer umfassenden Kollision der Institutionen der *fiqh*, wodurch diese auch regional kein Recht mehr prozessieren konnten. Die Entwicklungen der *fiqh* seit der Moderne sowie auch globale gesellschaftliche Entwicklungen unter Beteiligung von Muslimen können als Reaktionen verstanden werden, unter geänderten sozialen Voraussetzungen alte Probleme zu lösen.

B. Eine Theorie der normativen Ordnung und des Rechts

Die Theorie geht davon aus, dass normative Ordnungen, mithin sich regelhaft darstellende Muster und Strukturen des sozialen Verhaltens existieren. Solche Ordnungen werden im Alltag und auch in der Wissenschaft z. B. als Übung, Gewohnheit, Recht, Moral, Etikette, Sprache, Ess- und Trinksitten bezeichnet.[20] Weil diese Muster Wiederholungen eines jeweils bestimmten Verhaltens voraussetzen, kann ihre Beobachtung nur unter Zugrundelegung einer Zeitdifferenz, mithin durch fortgesetzte Beobachtungen gelingen. Je nach Größe dieses Zeitraumes können regelmäßig auch Veränderungen dieser Muster beobachtet werden. Würde man die Zeit anhalten, ließen sich keinerlei Ordnungen und Muster identifizieren. Wir gehen weiter davon aus, dass diese Ordnungen innerhalb der sozialen Interaktion entstehen, Verhaltensmuster also von der Reichweite der Interaktionen abhängig sind. Die Tatsache aber, dass ein Akteur der Weltgesell-

[19] Vgl. hierzu auch den Hinweis von Mathias Rohe: *Das islamische Recht, Geschichte und Gegenwart* (2009), S. 79.

[20] Wobei trotz aller Bemühungen der Wissenschaft Trennlinien nicht auszumachen sind, vgl. Klaus F. Röhl: *Rechtssoziologie* (1987), S. 218, Jack P. Gibbs: Norms: The Problem of Definition and Classification, in: *The American Journal of Sociology* 70 (1965), S. 586–594.

schaft, z. B. in Indonesien bei einsetzendem Regen seinen Regenschirm öffnet und es ihm ein Akteur in Großbritannien gleichtut, lässt noch nicht auf eine normative Ordnung schließen, sondern allenfalls darauf, dass beide schlau genug waren, einen Regenschirm zur Hand zu haben. Das gleiche gilt für den Fall, dass in voneinander getrennten Interaktionsräumen z. B. das Töten von Menschen unter bestimmten Voraussetzungen geächtet ist. Solche Fähigkeiten und daraus resultierendes Verhalten sind von untergeordneter Bedeutung für unsere Beobachtungen, weil wir davon ausgehen, dass alle Menschen ungesehen ihrer Herkunft, Haut- und Haarfarbe die gleichen kognitiven Fähigkeiten besitzen. Über die Funktion dieser Muster ist sich die Soziologie weitgehend einig: Sie ermöglichen und stabilisieren soziale Beziehungen. Der Einzelne kann durch die Ausrichtung seines Verhaltens an diesen Mustern die Unsicherheit vermeiden, nicht zu wissen, wie andere auf sein Verhalten reagieren.[21] Die zentrale Frage der Soziologie ist demgegenüber seit ihren Anfängen, wie diese Muster entstehen und aufrechterhalten werden, oder wie Georg Simmel fragte: „Wie ist Gesellschaft möglich?“[22]

I. Normative Ordnung als Kongruenz normativer Erwartungen

Eine Annäherung an eine Antwort ermöglicht uns ein weiteres Merkmal der sozialen Interaktion. Denn dort ist zu beobachten, dass Erwartungen der Akteure in das Verhalten der jeweiligen Interaktionspartner eine große Rolle spielen. Man erwartet, dass der Kollege zur Begrüßung die Hand schüttelt, der gerufene Techniker die Waschmaschine repariert, wenn man Waschmaschine sagt und nicht etwa den Wäschetrockner, dass eine andere Person die Ansicht teilt, dass der Mensch an der Klimaerwärmung beteiligt ist, oder der Weihnachtsmann die Geschenke bringt. Innerhalb dieser Erwartungsstrukturen auf ihrem Weg zur Herausbildung von sozialen Mustern identifizierte Talcott Parson ein Problem, welches er mit dem Theorem der doppelten Kontingenz beschrieb: Weil sich Akteure bewusst sind, dass ihnen unendlich viele Möglichkeiten des Verhaltens zur Verfügung stehen, aus denen sie wählen können, ist unklar, welche Möglichkeit der jeweilige Interaktionspartner erwartet, weil sich nämlich alle Akteure bewusst sind, dass der jeweils andere Akteur auch anders handeln könnte, was zu einer permanenten Kollision der Erwartungen führen müsse, während eine erfolgreiche Interaktion nur durch die Integration der „mutual expectations“ gelingen könne.[23] Erst die Integration gegenseitiger Erwartungen, mithin die „Komplementarität von Erwartungen“ führe zur Herausbildung einer sozialen Ordnung.[24]

Diese Erwartungen wollen wir mit Niklas Luhmann als normative Erwartungen bezeichnen. Sie sind normativ, weil an ihnen auch im Enttäuschungsfalle, also auch im Falle der Kollision entgegenstehender Erwartungen zu-

[21] Vgl. Thomas Raiser: *Grundlagen der Rechtssoziologie* (2013), S. 162 ff.

[22] Georg Simmel identifizierte mit der Frage „das Problem der Soziologie“, siehe Exkurs über das Problem: Wie ist Gesellschaft möglich? (1908), in: *Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung,* hrsg. von dems. (1968), S. 22.

[23] Vgl. Talcott Parson / Edward A. Shils: Categories of the Orientation and Organization of Action, in: *Towards a General Theorie of Action*, hrsg. von Talcott Parson und Edward A. Shils (1962), S. 106.

[24] Talcott Parson: The Theory of Symbolism in Relation to Action, in: Talcott Parson et al.: *Working Papers in Theory of Action* (1953), S. 35 ff. Zur Entwicklung des Begriffs Integration in der Soziologie siehe Rüdi-

nächst festgehalten wird.[25] Aus der Perspektive der Soziologie können solche normativen Erwartungen jedoch noch nicht als Normen bezeichnet werden, sondern lediglich als normatives Sollen. Erst die Integration, also die Kongruenz normativer Erwartungen führt zu einer Norm, die als Normativität beobachtet werden kann: In dem Moment, in dem sich die gegenseitigen Erwartungen des Händeschüttelns realisieren, entsteht eine Norm, die, soweit dieses Phänomen über einen bestimmten Zeitraum wiederholt beobachtet werden kann, als Muster oder soziale Ordnung beobachtbar wird. Normativität ist soziale Praxis, die sich in normativen Ordnungen oder sozialen Mustern entäußert. Damit ist klar, dass wir vorliegend das Recht oder auch die Normativität der *šarīʿa* nicht etwa in Sollensnormen, z. B. in Gesetzen oder im Koran (Qurʾān) suchen, sondern in der beobachtbaren Integration normativen Sollens. Empirische Normativität ist mithin die Realisierung des Sollens in der Praxis. Diese Methode ist das zentrale Merkmal, durch welches sich die nicht-normativen Wissenschaften wie die Soziologie oder die Physik von den normativen, oder wie bereits Max Weber meinte, den „dogmatischen" Wissenschaften, wie „Jurisprudenz, Logik, Ethik, Aesthetik, welche an ihren Objekten den „richtigen", „gültigen", Sinn erforschen wollen", unterscheiden[26] und deren Nichtbeachtung bis heute zu folgenschweren Missverständnissen in den wissenschaftlichen Diskursen führt. Wer bis jetzt noch Geltung behauptet und diese mit einem Verweis auf eine Sollensnorm begründet, wird uns im Weiteren nicht folgen können.

Aber wie erfolgt nun die Integration normativer Erwartung? Woher wissen Akteure, was sie erwarten dürfen, oder auch erwarten müssen? Eine populäre Antwort lautet auf Lernen bereits bestehender Ordnungen. So meinte Parson, in der Tradition Durkheims, dass diese Komplementarität, mithin soziale Ordnung durch das Erlernen von bereits bestehenden „shared symbolic systems" erreicht werde, wobei dieser Konsens über Normen und Werte in einer „cultural inheritance" vorliege und der Lernvorgang durch wechselseitige Sanktionierung innerhalb der sozialen Interaktion gewährleistet werde.[27] Dieser Erklärungsansatz des Lernens dominiert wohl heute die soziologische Forschung. Strukturen und Genese sozialer Ordnungen werden auf „primäre oder sekundäre Sozialisationen" zurückgeführt und folglich „die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit" proklamiert.[28] Ein solcher Ansatz mag für viele Forschungsfragen hinreichen, für unsere Zwecke ist er aber ungenügend, weil er weder Veränderungen von sozialen Ordnungen, noch die Herausbildung neuer Normen zu erklären vermag. Denn neue Normen, wie z. B. das Glaubensbekenntnis zum Islam, Twitter oder die

ger Peuckert / Albert Scherr: Integration, in: *Grundbegriffe der Soziologie*, hrsg. von Bernhard Schäfers (2003), S. 152–155.

[25] Im Gegensatz zu kognitiven Erwartungen, die von Lernen geprägt sind, vgl. Niklas Luhmann: *Rechtssoziologie* 1 (1987), S. 40 ff. In der Rechtssoziologie hat sich diese Unterscheidung als zweckmäßig erwiesen, so Raiser, S. 173.

[26] Max Weber: *Grundriss der Sozialökonomie, III. Abteilung: Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), S. 1.

[27] Talcott Parson / Edward A. Shils: *Categories of the Orientation and Organization of Action*, ebd., S. 106. Durkheim sah in einem säkularisierungstheoretischen Umfeld die Macht, die eine Gesellschaft zusammenhalten konnte, in einer moralischen Macht, welche die Gesellschaft repräsentiert, siehe ders.: *Die elementaren Formen des religiösen Lebens* (1981).

[28] Gemeint sind hier insbesondere die sozialkonstruktivistischen Modelle von Berger und Luckmann, vgl. Peter L. Berger / Thomas Luckmann: *Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit* (1966, 2003).

Idee der Klimaerwärmung können schlecht erlernt werden. Und auch ein neues Sollen kann nicht allein durch den Einsatz von Sanktionen, negativer wie auch positiver Natur, die Kongruenz dritter Erwartungen garantieren, ohne dass damit die beabsichtigte Integration der Erwartungen von Beginn an aufs Spiel gesetzt wird. Denn auch die Erwartungen des Unterlegenen, so man auf negative Sanktionen abstellt, bilden den Horizont, aus dem der „Mächtige" seine Erwartungen gewinnt.[29] Daneben übersieht der Lern- und Sanktionsansatz, dass eine Integration entgegenstehender Erwartungen oftmals auch ohne Sanktionen gelingt. Und weil alle möglichen Arten normativer Erwartungen, also Recht, Moral, Sprache, Tischsitten usw. potentiell auf Sanktionen ansprechen, kann mit diesem Merkmal schon gar nicht das Recht identifiziert werden.

II. Entscheidungen als Voraussetzung normativer Ordnung

Aus diesem Grund lenken wir den Blick auf tiefer liegende Strukturen in der Welt der sozialen Interaktion. Und dort können wir beobachten, dass trotz aller Lernanstrengungen normative Erwartungen ständig enttäuscht werden und miteinander kollidieren. Der Kollege gibt einem entgegen der eigenen Erwartung, dass dieser ein Händeschütteln erwartet, nicht die Hand, oder der Interaktionspartner widerspricht neuerdings der Erwartung, dass der Mensch an der Klimaerwärmung beteiligt wäre. Der Grund für diese Kollisionen ist in der Zeitlichkeit der Interaktion und damit in den Veränderungen in der Umwelt der jeweils zu vollziehenden Erwartung der beteiligten Akteure zu suchen; ein Vulkan bricht aus, ein neuer Fachartikel wird gelesen, ein neuer Akteur tritt hinzu usw. Die Antwort, wie trotz dieser Anfälligkeit der Interaktion für Kollisionen normative Ordnungen entstehen und aufrecht erhalten werden, finden wir, worauf insbesondere Luhmann hinwies, im Umgang mit der Nichterfüllung von Erwartungen, mithin in der Abwicklung von Enttäuschungen.[30] So können wir beobachten, dass sich der enttäuschte Kollege an die Mitarbeiterin seines Kollegen wendet und fragt, was denn los sei, und die Antwort erhält, dass der Kollege heute äußerst schlecht gelaunt wäre, aber keiner wisse warum. Mit dieser Hinwendung an die Mitarbeiterin wickelt der Akteur seine Enttäuschung ab. Auf Grundlage dieser Information entscheidet er, dass er nicht falsch erwartet hat, da es sich offenbar nur um eine Ausnahme handelt, und somit auch in Zukunft an seiner normativen Erwartung festhalten darf.[31] Gleichfalls können die an einer Kollision beteiligten Akteure aber auch gemeinsam eine Entscheidung darüber treffen, wie die kollidierenden Erwartungen in Zukunft ausgerichtet werden sollen, um zukünftige Enttäuschungen zu vermeiden. Sie können eine solche Entscheidung auch an ein Gericht, den Geschäftsführer oder ein Familienoberhaupt delegieren, soweit sie bereit sind, die dort getroffenen Entscheidung als neue Sicherheit in ihren Erwartungsvorrat aufzunehmen.[32]

---

[29] Vgl. Niklas Luhmann: *Rechtssoziologie*, S. 33, Fn. 13.

[30] Vgl. hierzu Niklas Luhmann, ebd., S. 53 ff. Er geht davon aus, dass ein Mangel an normativen Erwartungsstrukturen die Orientierungsfähigkeit des Menschen überfordern würde.

[31] Die Unsicherheitserfahrung der Erwartungsenttäuschung wird bewältigt, indem die jeweils enttäuschten Erwartungen sozial generalisiert werden. Man erhält „Unterstützung" in seiner Enttäuschung und kann daher weiter kontrafaktisch erwarten, vgl. Niklas Luhmann, ebd., S. 68 f., 122.

[32] Auch Max Weber sah, dass eine „gesatzte Ordnung einer Vergesellschaftung durch freie Vereinbarung", mithin also durch Entscheidungen „getroffen werden" könne, vgl. ders.: *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 27.

Dieser deskriptive Dezisionismus geht davon aus, dass alle Erwartungen aller Akteure innerhalb der sozialen Welt auf einer individuellen Entscheidung für oder gegen ihre Geltung basieren, selbst dann wenn diese Entscheidung von vielen gemeinsam und dort sogar einstimmig getroffen werden sollte.[33] So muss auch ein erstes individuelles Sollen, noch bevor dieses in die soziale Interaktion eingeführt werden kann, vom jeweiligen Individuum zunächst durch eine Entscheidung aus der Kontingenz des Möglichkeitshorizontes differenziert werden.[34] Jeder Sinn und jede Erwartung hat ihren Ursprung in einer Entscheidung. Die Entscheidungsprozesse, die zur Abwicklung von Enttäuschungen sowie der Erhaltung der Erwartungsstrukturen dienen, nennen wir im Folgenden Institutionen. In Ihnen werden Enttäuschungen explizit gemacht und normative Erwartungen integriert. Bei ihnen handelt es sich jedoch nicht um Orte, sondern um gesellschaftliche Prozesse[35], welche von den Akteuren selbst organisiert werden und denen die Funktion zukommt, die soziale normative Struktur einer sozialen Interaktion zu erhalten.[36]

Weil in komplexeren Konstellationen der sozialen Interaktion nicht immer alle Betroffenen an den Entscheidungsprozessen teilnehmen können, oder nicht einmal wissen, wer alles über die eigenen Enttäuschungen entscheidet, insbesondere weil auch durch die Zeitlichkeit ständig die Akteure wechseln, müssen Entscheidende normative Erwartungen für nur potentiell Anwesende unterstellen. Man entscheidet dann nicht nur für sich oder die Anwesenden, sondern z. B. für ‚die westliche Wertegemeinschaft' oder ‚die Muslime' usw. Man erwartet und entscheidet, dass andere erwarten und entscheiden würden wie man selbst. Aber auch unterstellte normative Erwartungen müssen sich natürlich in der sozialen Praxis bewähren und erfolgreich prozessiert werden.

---

[33] Siehe hierzu Panajotis Kondylis: *Macht und Entscheidung. Die Herausbildung der Weltbilder und die Wertfrage* (1983).

[34] Dabei handelt es sich um ein allgemeines differenzialistisches Denkmodell, wie es heute in verschiedenen Disziplinen verwendet wird, wie z. B. in der Linguistik, der Kybernetik, in der neueren französischen Philosophie oder auch der philosophischen Pragmatik.

[35] Einen solchen Prozessbegriff verfolgen etwa auch Lynne G. Zucker: The Role of Institutionalization in Cultural Persistence, in: *American Sociological Review* 42 (1977), S. 726–743; Ronald Jepperson: Institutions, Institutional Effects, and Institutionalization, in: *The New Institutionalism in Organisational Analysis*, hrsg. von Walter W. Powell und Paul J. Di Maggio (1991), S. 143–163. Luhmann forderte den „Umbau der Theorie der Institution in eine Theorie der Funktion und des Mechanismus der Institutionalisierung" zur Begriffsdefinition in Abgrenzung zu anderen in der Soziologie gebrauchten Institutionsbegriffen, vgl. Luhmann: Institutionalisierung – Funktion und Mechanismus im sozialen System der Gesellschaft, in: *Zur Theorie der Institution*, hrsg. von Helmut Schelsky (1982), S. 27–41 (30 ff.).

[36] Der sich selbst so bezeichnende „institutionalistische Rechtspositivismus" geht hingegen von einem Substanzbegriff aus. Der Prototyp der Institution ist für ihn der Gesetzgeber oder das Parlament basierend auf einem Komplex von Rechtsnormen. Siehe Neil MacCormick/ Ota Weinberger: *An Institutional Theory of Law, New Approaches to Legal Positivism* (1986). Die Institution als Produkt der Institutionalisierung wird daher immer schon vorausgedacht. Autoritätsverleihende Regeln (*secondary rules*)müssen bereits Geltung haben, weshalb der institutionalistische Rechtspositivismus nicht in der Lage ist, gesellschaftlichen Wandel zu beobachten oder die Fragen zu beantworten, wie ohne bereits existierende Geltungsgrundlagen Institutionalisierung möglich sein soll, weshalb er für vorliegende Aufgabe untauglich ist.

Mit diesen Beobachtungen können soziale Ordnungen als Normativitätsgeneratoren beschrieben werden: Den Anfang machen normative Erwartungen in das jeweilige Verhalten eines Interaktionspartners, wobei Erwartungsenttäuschungen in Institutionen abgewickelt werden, in denen durch Entscheidungen alte Erwartungen bestätigt, oder neue Erwartungen generiert werden, die jeweils die Grundlage für das Verhalten zukünftiger sozialer Interaktionen bilden. Dieser Erklärungsansatz kann auch die Bedeutung des Phänomens der Gewalt für die Organisation normativer Ordnungen integrieren: Wer einen Revolver im Rücken spürt, sollte möglichst schnell und entgegen aller Erwartungen entscheiden, dass man die Geldbörse herauszugeben hat, so einem an seinem Leben etwas liegt.

III. Integrationswille als Voraussetzung normativer Ordnungen

Eine wichtige Voraussetzung für die Aufrechterhaltung dieses Kreislaufes der Normativitätsgewinnung, mithin für die Gewährleistung der sozialen Integration entgegenstehender Erwartungen ist der fortgesetzte Integrationswille der Akteure. Der Wille zur fortgesetzten Integration impliziert, dass der Akteur auf seine Enttäuschungen auch anders als mit einer Hinwendung an Institutionen reagieren kann. Denn er kann sich alternativ auch für die Desintegration, mithin für den Abbruch der sozialen Interaktion, entscheiden, um beispielsweise seinen Frieden als Eremit zu finden, vor allen Dingen wohl aber, um nach alternativen Interaktionspartnern Ausschau halten. Und auch hier gilt, dass positive oder negative Sanktionen, z.B. ein fruchtbares Land, freundliche Nachbarn, der Revolver im Rücken, den Integrations- oder auch Desintegrationswillen beeinflussen werden. Normative Ordnungen werden damit über die Integration und Desintegration normativer Erwartungen sichtbar.

IV. Konkurrenzlose Entscheidungen als Voraussetzung von Rechtsordnungen

Der bis hierher dargelegte Theorieansatz erklärt alle nur denkbaren normativen Ordnungen und alle Arten sozialer Normen wie etwa Etikette, Moral, Recht, religiöse Praxis, Sprache und vieles andere mehr, ohne bislang zwischen Recht und Nicht-Recht unterscheiden zu können. Auch soziologische Rechts- oder Normentheorieangebote scheitern regelmäßig an dieser Schwelle. Die Erklärungsansätze können hier nicht dargestellt werden, aber auch Sanktions- und Anerkennungstheorien sowie der in der Rechtsanthropologie verbreitete „soziale Rechtsbegriff“ können das Abgrenzungsproblem nicht lösen, während etatistische Ansätze auf normative Prämissen wie Staat oder staatsähnliche Organisationen zurückgreifen müssen. Und auch die Systemtheorie mit ihrem semantischen Unterscheidungscode kann jenseits von Sprachnormen nicht operieren.[37] Vor diesem Hintergrund wird zuweilen behauptet, dass eine belastbare Definition des Rechts nicht möglich ist, wie dies z. B. von Brian Tamanaha und bezüglich der Islamwissenschaft von Baudouin Dupret behauptet wird.[38]

[37] Eine gute und knappe Übersicht über die jeweiligen Defizite gibt Brian Tamanaha: *Realistic Socio-Legal Theory, Pragmatism and a Social Theory of Law* (1997), S. 98 ff, 103.

[38] Vgl. ebd., S. 128; Baudouin Dupret: What is Plural in the Law? A Praxiological Answer, in: *Egypt, Monde Arab* 3.1 (2005), S. 159–172 (164).

Eine Lösung ist aber möglich, soweit wir nicht vorschnell versuchen, das Unterscheidungsmerkmal in den Institutionen zu suchen, sondern noch einmal auf die Erwartungsbildung bei den Akteuren zurückschauen. Denn dort ist zu beobachten, dass nicht alle normativen Erwartungen der Akteure von gleicher Qualität sind. Eugen Ehrlich, einer der Gründerväter der Soziologie, hatte dies bereits erkannt und vermutet, dass rechtliche Erwartungen von „großer Wichtigkeit" oder „grundlegender Bedeutung" seien und deshalb im Kollisionsfalle heftigere „Gefühlstöne" bei den Enttäuschten hervorrufen würden, als dies bei nicht-rechtlichen Erwartungen der Fall sei.[39] Wir können den Ansatz weiterentwickeln, indem wir jegliche etatistische Konnotationen normativer Ordnungen hinter uns lassen und dafür die Integrationsfunktion normativer Ordnungen herausstellen. Und hier sehen wir, dass die Qualität der Erwartung Auswirkungen auf die Reaktion der Akteure im Kollisionsfall hat. Er besteht darin, dass Akteure hinsichtlich ihrer rechtlichen Erwartungen gleichfalls miterwarten, dass diese durch nicht-konkurrierende Entscheidung prozessiert werden sollen. Wird diese zusätzliche Erwartung nicht vom Interaktionspartner geteilt, mit der Folge, dass zukünftige Interaktion nur auf der Grundlage konkurrierender normativer Erwartungen möglich sein wird, muss der rechtlich erwartende Akteur die Interaktion abrechen, mithin sich desintegrieren. Dies gilt selbst dann, wenn Integrationswille besteht.[40] Die Existenz von Rechtsordnungen ist dadurch gerechtfertigt, dass bestimmte normative Erwartungen mit besonders hohen Investitionen in die soziale Interaktion verbunden sind, deren Enttäuschungen deshalb besonders abgesichert werden müssen.

V. Nicht-normativer Gesellschaftsbegriff

Eine solche soziologische Theorie der normativen Ordnung und des Rechts ist nur vorstellbar, wenn daneben auf einen nicht-normativen Gesellschaftsbegriff umgestellt wird, was nicht zuletzt auch Konsequenzen für die Methode der Wissenschaft über die Auswahl ihrer Untersuchungsfelder hat. In Alltag, Politik und Wissenschaft werden Gesellschaften gewöhnlich normativ z. B. nach Ethnien, Religionen, Nationen und Territorien bestimmt. Die Prämisse einer deutschen, islamischen, oder wie auch immer kulturell, völkisch oder ethnisch bestimmten Gesellschaft ist empirisch aber nicht haltbar, da sie die beobachtbaren sozialen Strukturen eher verdeckt als beleuchtet, weshalb ein solcher normativer Gesellschaftsbegriff bereits seit Jahrzehnten in der

[39] Er schlug eine Abgrenzung nach emotionalen Kriterien oder „Gefühlstönen" vor, wobei eine Rechtsverletzung „Empörung", eine Verletzung des Sittengebotes „Entrüstung" und etwa eine Unanständigkeit ein „Ärgernis" hervorrufen würde, vgl. Eugen Ehrlich: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, hrsg. von Manfred Rehbinder (1989), S. 149.

[40] Zahlreiche rechtssoziologische Theorieangebote haben einen solchen Schritt bereits nahe gelegt, wenngleich sie daran scheiterten, dass sie nicht konsequent empirisch ausgerichtet waren, weil sie insbesondere etatistische, d. h. normative Prämissen ihrem Modell zugrunde legten. So spricht Klaus F. Röhl dem weberischen „Rechtsstab" eine „Kompetenz-Kompetenz" des Entscheidens zu, vgl. ders., S. 222, während Theodor Geiger in diesem Zusammenhang von einem „monopolistisch gehandhabten Sanktionsapparat" sprach, vgl. ders.: *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts* (1947), S. 297. Die Begriffe „Kompetenz-Kompetenz" oder „Monopol" können mit unserem Begriff „außer Konkurrenz" synonym verwendet werden.

Kritik steht.[41] Denn wie zuvor beschrieben wurde, folgen Strukturen normativer Ordnung nicht den normativen Sollenserwartungen ihrer Beobachter, sondern vielmehr ihren eigenen, im Untersuchungsgegenstand tatsächlich prozessierten Erwartungen, die sich dort über Themen der sozialen Interaktion strukturieren, wie dies z. B. auch Andreas Fischer-Lescano und Gunther Teubner für das transnationale Recht beschrieben haben.[42] Und über Themen treffen normative Erwartungen aufeinander oder werden enttäuscht, während Grenzen der verschiedenen Ordnungen allein entlang ihrer Institutionalisierung zu beobachten sind,[43] weil soziale Interaktionen lange nicht an den vom Beobachter normativ bestimmten Grenzen halt machen. Wir verfolgen daher nach dem Vorschlag John Urrys eine „sociology beyond society".[44] Weil das Verhalten der Menschen regelmäßig dazu führt, dass an bestimmten Orten, wie Handelszentren, Städten usw., in einer hohen Frequenz über eine besonders hohe Anzahl an Themen interagiert wird und daher eine Vielzahl an Rechtsordnungen global kollidieren, haben sich, um die physische Existenz dieser Orte nicht aufgeben zu müssen, Institutionen herausgebildet, die über eine besonders hohe Anzahl an Themen nicht-konkurrierende Entscheidungen treffen und prozessieren können, wie z. B. Klans, Pharaonen, Könige, Städte und nicht zuletzt auch Nationalstaaten oder Amnesty International.

Der hier eingeführte Begriff der normativen Ordnung und des Rechts schließt deshalb auch per Definition Rechtspluralität aus. Dies ist deshalb hier erwähnt, weil sich der Rechtspluralismus großer Popularität in der Islamwissenschaft erfreut.[45] Seine Vertreter erliegen jedoch einem Fehlschluss, der sich ebenfalls in der normativen Bestimmung ihres Untersuchungsfeldes identifizieren lässt. Denn ob Rechtspluralität zu beobachten ist oder nicht,

[41] Vgl. Heinrich Popitz: *Die normative Konstruktion von Gesellschaft* (1980), oder später und daher vehementer John Urry: *Sociology Beyond Societies: Mobilities for the Twenty-First Century* (1999).

[42] Siehe Fischer-Lescano und Gunther Teubner, die hervorheben, dass sich das Weltrecht sektoriell nach Themen differenziert und „issue-spezifisch" definiert werden müsse, dies.: *Regime-Kollisionen* (2006), S. 26, 36.

[43] Seit Niklas Luhmann und Hubert Rottleuthner geht man davon aus, dass Gegenstand der Rechtssoziologie die Erforschung von Prozessen ist. Recht kann damit als ein permanenter „Prozess der Grenzziehung" betrachtet werden, so Susanne Baer: *Rechtssoziologie, Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung* (2011), S. 83.

[44] John Urry, ebd. „The new global framework cannot be conceived as merely that of the nation-state writ large. A central implication of the concept of globalization is that we must now embark on the project of understanding social life without the comforting term society", so Mike Featherstone / Scott Lash: Globalization, Modernity and the Spatialization of Social Theory: An Introduction, in: Global Modernities, hrsg. von dens. u. a. (1995), S. 1–24 (2). Und auch Max Weber hatte bereits bekanntlich, um normative Vorannahmen an den Gesellschaftsbegriff nicht voraussetzen zu müssen, auf den Gesellschaftsbegriff weitgehend verzichtet und die Begriffe der „Vergesellschaftung" und „Vergemeinschaftung" herausgestellt, vgl. Max Weber: *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 21 f. Die Bestrebung den Begriff ‚Gesellschaft' mit dem Begriff ‚Vergesellschaftung' zu ersetzen, geht dabei auf Georg Simmel zurück, vgl. ders.: Das Gebiet der Soziologie (1917), in: *Schriften zur Soziologie. Eine Auswahl*, hrsg. von Heinz Jürgen Dahme und Otthein Rammstedt (1983), S. 37–50 (38).

[45] Siehe etwa die Veröffentlichungen Baudouin Dupret et al. (Hgg.): *Legal Pluralism in the Arab World* (1999); Michael Kemper et al. (Hgg.): *Rechtspluralismus in der Islamischen Welt, Gewohnheitsrecht zwischen Staat und Gesellschaft* (2005); Adam Possamai / Bryan S. Turner et al. (Hgg.): *Legal Pluralism and Shari'a Law* (2014); Adam Possamai / James T. Richardson / Bryan S. Turner (Hgg.): *The Sociology of Shari'a: Case Studies from around the World* (2015).

hängt maßgeblich von der Bestimmung und der Größe des Untersuchungsfeldes ab. Dies führt zu dem absurden Ergebnis, dass die Existenz von Rechtspluralität von der Adjustierung der Grenzen des Untersuchungsfeldes durch den wissenschaftlichen Beobachter bestimmt wird, was jedoch methodologisch nicht richtig sein kann. Aus diesem Grund beschreibt Franz von Benda-Beckmann den Begriff als „inhaltsleer“[46] und Bryan Tamanaha meint, er sei „constructed upon an unstable analytical foundation“.[47] Rechtspluralität kann nur als Metaperspektive auf das Recht verstanden werden. Entgegen der weit verbreiteten Ansicht, kann jedoch von Rechtspluralität nicht auf Recht geschlossen werden, weil die Gesamtheit der Rechtsordnungen die Leistungen des Rechts gerade nicht übernehmen kann, da diese nur konkurrierende Entscheidungen prozessieren kann. Deshalb stellte bereits John Griffiths klar: „Legal pluralism is an attribute of a social field and not of law or of a legal system.“[48] Und Bonaventura De Sousa Santos spricht von „interlegality“ und beschreibt ebenfalls einen flexiblen Gesellschaftsbegriff: „The conception of different legal spaces (is) superimposed, interpenetrated, and mixed in our minds as much as in our actions. Our legal life is constituted by an intersection of different legal orders, that is, by interlegality“, die er als „the phenomenological counterpart of legal pluralism“ bezeichnet.[49] Gesellschaften, verstanden als bestimmbare Mengen an Akteuren, stehen sich also nicht als Einheiten gegenüber, sondern sie überlagern und durchdringen sich je nach Integrationswillen, Thema und Reichweite der sozialen Interaktion millionenfach. Ein nicht-normativer Gesellschaftsbegriff kann deshalb nur prozess- und themenbezogen konstituiert werden.[50]

VI. Ergebnis, ein Rechtsbegriff

Wir verstehen Recht als Komplementarität themenspezifischer normativer Erwartungen von Akteuren innerhalb der sozialen Interaktion, während die Akteure Institutionen etabliert haben, die im Falle kollidierender normativer Erwartungen konkurrenzlose Entscheidungen treffen, die den Akteuren als normative Erwartungen für zukünftige Interaktionen dienen, um Komplementarität und damit Normativität aufrechtzuerhalten, wobei sich das Merkmal der konkurrenzlosen Entscheidungen in den normativen Erwartungen spätestens im Zeitpunkt ihrer Enttäuschung beobachten lässt. Auch wenn die Darstellung eines nicht-normativen Rechtsbegriffes an dieser Stelle nur kurz und summarisch erfolgen konnte, so sollte aber deutlich sein, dass sich viele der herkömmlichen Beschriftungen unseres Untersuchungsgegenstandes nicht rechtfertigen lassen und eine umfängliche Inventur nach sich ziehen sollten. Es ist klar, dass dies hier nicht ge-

[46] Franz von Benda-Beckmann möchte daher den Rechtspluralismus lediglich als einen „sensibilisierenden Begriff“ in Bezug auf die Möglichkeiten rechtlicher Konstellationen verstehen, vgl. ders.: Gefangen im Rechtspluralismus: Zum Umgang mit Normenkollisionen in rechtlich pluralen sozialen Räumen, in: *Normative Pluralität ordnen*, hrsg. von Matthias Kötter und Gunnar Folke Schuppert (2009), S. 169–190 (172).

[47] Brian Tamanaha: The Folly of the Social Scientific Concept of Legal Pluralism, in: *Journal of Law and Society* 20.2 (1993), S. 192–236 (192).

[48] John Griffiths: What is Legal Pluralism”, in: *Journal of Legal Pluralism* 24 (1986), S. 1–55 (38).

[49] Bonaventura De Sousa Santos: Law: A Map of Misreading. Towards a Postmodern Conception of Law, in: *Journal of Law and Society* 14.3 (1989), S. 279–302 (297 f.).

[50] Diese Haltung liegt dem Begriff der Vergesellschaftung Georg Simmels zugrunde, weil mit diesem Begriff die „stündlich und lebenslang hin und her gehenden Wechselwirkungen“ zwischen den Menschen besser beschrieben werden könne, vgl. Simmel, S. 38.

leistet werden kann. Es sollte aber gezeigt werden, dass Theorieentwicklungen möglich sind und eine Generalisierung und interdisziplinäre Ausrichtung der Islamwissenschaft trotz dem Drängen nach mehr Spezialisierung und Professionalisierung nicht aufgegeben werden muss.

C. Scharia, das verhinderte Recht

Unter geänderter Theoriesprache werden im Folgenden die Merkmale der *šarīʿa*, wie sie von der Disziplin überliefert werden, rekonstruiert und es wird hinterfragt, ob und unter welchen Umständen diese geeignet wären, die Leistungen des Rechts zu übernehmen.

I. Die Offenbarung als normative Erwartungen Gottes

Es sollte sicher unstreitig sein, über wessen Erwartungen wir reden, die in einer islamischen Rechtsordnung prozessiert werden sollen. Es sind die Erwartungen Gottes, denn mit Hallaq gehen wir davon aus, dass „the Quran is embodying knowledge that God had revealed about human beliefs, about himself, and about how the believer should conduct himself or herself in this world."[51] Gemäß den Beschreibungen der Literatur können wir ebenfalls davon ausgehen, dass Gott normativ erwartet, weil auch er im Enttäuschungsfall an seinen Erwartungen festhält wird.[52] Natürlich kann von dieser Feststellung noch nicht darauf geschlossen werden, ob es sich um rechtliche oder nicht-rechtliche Erwartungen handelt. Zum einen ist Gott, von einer historischen Ausnahme abgesehen, nicht Teil der sozialen Interaktion mit den Menschen im Diesseits, und so dies bestritten werden sollte, so ist jedenfalls nicht beobachtbar, ob Gott vom Verhalten der Menschen enttäuscht ist und mehr noch, welche Institutionen er bemühen würde, um seine Enttäuschungen abzuwickeln. Die Idee Gottes entzieht sich derlei Beobachtungen aus gutem Grund. Zum anderen aber ist mit einem nicht-normativen Rechtsbegriff davon auszugehen, dass jedes Thema Gegenstand des Rechts werde kann, weil jedes Thema auch Gegenstand sozialer Interaktion sein kann, weshalb auf dieser Ebene nicht zwischen Recht, Moral, religiösen Pflichten und dergleichen differenziert werden kann. Auch die Aussagen Gottes über historische Geschehen sind natürlich geeignet, als Erwartungen prozessiert zu werden, soweit erwartet wird, dass Interaktionspartner das Wissen als normative Erwartungen prozessieren.[53]

Dies ist der Grund warum Erörterungen der Disziplin über die rechtliche Eigenschaft göttlicher Aussagen oder die Suche nach einer Anzahl von Rechtsnormen auf abschüssiges Gelände geraten. Die Disziplin zählt dann „ungefähr 500 Verse"[54] des Qurʾān, welche „rechtliche Themen" betreffen, oder „unmittelbar

[51] Wael Hallaq: *An Introduction to Islamic Law* (2009), S. 16.

[52] Die Diskussion um die ‚Änderung' von Offenbarungsaussagen im Verlauf der Offenbarung, die zumeist im Kontext der Abrogation erfolgt, thematisiert jedenfalls nicht, dass die Abrogation eine Folge eines Lernprozesses, mithin eine Folge der Kollision mit Erwartungen der Menschen wäre, sondern lediglich eine „Verdeutlichung der Bestimmungen" sei, vgl. Birgit Krawietz: *Die Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam* (2002), S. 161.

[53] Beispielsweise zeigt die Strafbarkeit der Holocaustleugnung, dass Wissen über historische Geschehnisse mit normativen Erwartungen rechtlicher Qualität verknüpft werden können, vgl. hierzu Sebastian Weber: Die Strafbarkeit der Holocaustleugnung in der Europäischen Union, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 41.1 (2008), S. 21–24.

[54] So z. B. Rohe, S. 48, oder Abu-Sahlieh, S. 104.

rechtlichen Gehalt“[55] haben oder „explizit das Recht betreffen“[56], während zu diesen Aussagen auch „religiöse Ritualvorschriften“ gehören,[57] die andere jedoch explizit nicht dem Recht, sondern der *šarīʿa* zuordnen wollen.[58] Woanders sind es bis zu 600 Verse, die lediglich „Verhaltensregeln über sämtliche Verpflichtungen der Gläubigen“ beschreiben,[59] während Noel J. Coulson aber nur 80 Verse mit rechtlichem Inhalt identifizieren konnte.[60] Der Fehlschluss einer solchen Forschung liegt darin begründet, dass man mit einer normativen Begriffsprämisse des Rechts, die sich zudem von Autor zu Autor unterscheidet, ‚rechtliche Themen‘ zu deduzieren versucht. Das kann natürlich nicht gelingen.

Interessanter ist demgegenüber die Frage, wie Gottes Erwartungen Relevanz für die soziale Interaktion der Menschen im Diesseits gewinnen und wie sich die Abwesenheit Gottes im Diesseits auf die Prozessierung seiner Erwartungen auswirkt. Eine Ausnahme der Abwesenheit Gottes im Diesseits bildete lediglich die Zeitspanne der Offenbarung an den Propheten durch den Erzengel Gabriel. Gemäß den Berichten erfolgte die erste soziale Interaktion im Jahre 610 auf dem Berg Ḥirāʾ, bei der die Erwartungen der Beteiligten kollidierten und in Konsequenz die erste empirische Norm des Islams entstand. Denn Gabriel erwartete gegenüber dem schlafenden Muḥammad, dass dieser etwas lesen oder rezitieren solle, *iqraʾ*, woraufhin Muḥammad mit den Worten *mā aqraʾ* (‚ما أنا بقارئ – '*mā anā biqāriʾ*, ‚Ich kann nicht lesen. / Was soll ich lesen?‘) entgegnete. Gabriel reagierte auf seine Enttäuschung mit Gewalt und nahm, so weiß es die Überlieferung, Muḥammad den Atem. Aber auch auf den Nachdruck seiner Erwartung reagierte Muḥammad mit den gleichen Worten. Erst am nächsten Morgen als Muḥammad aus dem Schlaf erwachte fühlte er als sei etwas in sein Herz geschrieben,[61] woraufhin er entschied, sich in die Ordnung Gottes zu integrieren und seine Erwartung an diejenige Gottes anzupassen. Durch Kongruenz entstand historisch die erste Norm des Islams, nämlich ‚Muḥammad *rasūl Allāh*, die während der fortgesetzten Offenbarung und bis zum Tod Muḥammads von den Akteuren, mithin zwischen Gott und Muḥammad praktiziert werden sollte. Diese erste Norm sowie all die sukzessiv nachfolgenden Normen, die zwischen Gott und den Propheten über den Offenbarungszeitraum praktiziert werden sollten, richtete der Prophet nun als Sollenserwartungen an seine Interaktionspartner im Diesseits. Durch diese Verkündigung erhielten diese Erwartungen nun auch für andere Akteure Relevanz für die soziale Interaktion, soweit diese sich mit einem Glaubensbekenntnis zur historisch ersten Norm in diese normative Ordnung integrieren wollten. Die Gläubigen prozessierten in Folge ihres Bekenntnisses zum Propheten diese Erwartungen als eigene Erwartungen in ihrer sozialen Interaktion mit anderen Akteuren. Weil wir davon ausgehen müssen, dass sich eine sozusagen islamische Normativität, d. h. Kongruenz dieser Erwartungen, auch zu Lebzeiten des Propheten sicher nicht durch Zufall unter den Akteuren wird eingestellt haben, ist davon auszugehen, dass die Erwartungen Gottes im Diesseits überall miteinander kollidierten. Aus diesem Grund war es not-

[55] Rohe, S. 48.

[56] Abu-Sahlieh, S. 104.

[57] Wie bei Rohe, S. 48.

[58] So Mohammad Hashim Kamali: *Shari'ah Law, An Introduction* (2008), S. 17.

[59] Vgl. Henri De Wael: *Le droit musulman, Nature et évolution* (1989), S. 28.

[60] Noel J. Coulson: *Introduction to Islamic Law* (1964), S. 34.

[61] Hans Jansen: *Muhammed, Eine Biographie* (2008), S. 68.

wendig, dass daraus resultierende Enttäuschungen durch Entscheidungen abgewickelt werden konnten.

Eine Besonderheit an den Erwartungen Gottes im Diesseits ist jedoch, dass diese für den Einzelnen als unverfügbar gelten, die Akteure mithin im Kollisionsfalle über ihre eigenen Erwartungen nicht entscheiden können, weil sie Gottes Erwartungen sind. Denn sie erwarten gleichfalls, dass nur Gott, und zwar erst im Jenseits, über ihr Verhalten entscheiden kann. Die soziale Interaktion wird in das Jenseits ausgedehnt. Dies liegt darin begründet, dass die Akteure ihre normativen Erwartungen nicht individuell aus einem Horizont aller denkbaren Handlungsalternativen schöpfen, sondern sich vielmehr Erwartungen eines Dritten zu Eigen machen.[62] Diese Besonderheit der Genese von Erwartungen ist dabei nicht auf ‚religiöse' Ordnungen beschränkt. Auch von Erwartungen z. B. in Bezug auf ‚Demokratie', ‚westliche Werte' oder ‚Menschenrechte' wird zuweilen behauptet, dass diese unverfügbar seien, weil sie einem transzendentalen Sinnkorrelat, nämlich der Vernunft, entsprechen und daher alternativlos seien. Stephen Hopgood qualifizierte daher die Menschenrechte als eine „quasi-religious response to globalisation" und Amnesty International in Folge als eine Kirche.[63] Begründungen für diese Unverfügbarkeit, sei es der Verweis auf Gott oder die Vernunft mit all ihren philosophischen Attributen, mögen Auskunft über die jeweiligen Vorstellungen des Ichs in der Kontingenz der Welt geben, hinsichtlich der Voraussetzungen der Konstituierung sozialer Ordnung sind sie aber irrelevant. Denn die Integration konfligierender Erwartungen kann unabhängig ihrer Begründung nur durch Entscheidungen prozessiert werden.

Vor diesem Hintergrund werden bereits an dieser Stelle die besonderen Herausforderungen an notwendige Entscheidungsprozesse deutlich, vor allen Dingen dann, wenn innerhalb der sozialen Interaktion normative Erwartungen mit rechtlicher Qualität prozessiert werden und deshalb die Integration der kollidierenden Erwartungen nur durch nicht-konkurrierende Entscheidungen gelingen kann, während Gott im Diesseits über diese Kollisionen aber keine Entscheidungen treffen kann.

II. Die Institutionalisierung normativer Erwartungen

Die überlieferten Begriffsmerkmale der *šarīʿa* werden von der Literatur zumeist im Kontext mit überlieferter gesellschaftlicher Entwicklungen beschrieben. Auch die *šarīʿa* war demnach einer Entwicklung unterworfen, weshalb auch wir die folgenden Erörterungen nach verschiedenen Zeiträumen gliedern, nämlich einmal auf den Zeitraum der Lebzeiten des Propheten, sodann auf den Zeitraum nach sei-

[62] Niklas Luhmann verknüpft die Evolution des Rechtsdenken mit der Evolution der Gesellschaft: „Naturrecht heißt, soweit es reicht, Leugnung der Eigenleistung des sozialen Systems der Gesellschaft bei der Konstitution von Recht. Diese Leugnung ist sinnvoll, ja unvermeidlich, solange und soweit die Verantwortung für das Recht nicht übernommen werden kann." Wohingegen das positive Recht davon geprägt ist, dass die Verantwortung über die jederzeitige Änderbarkeit aller Entscheidungen übernommen werden muss. (Hinweis: Trotzdem sich die Rechtssoziologie Luhmanns vom normativen Rechtspositivismus stark unterscheidet, verwendet er weiterhin den Begriff ‚positives Recht'.). Vgl. ders.: Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft (1970), in: *Ausdifferenzierung des Rechts* (1999), S. 113–153 (121). Siehe hierzu auch die entsprechenden Kapitel in ders.: *Rechtssoziologie*, S. 132–190, und in ders.: *Das Recht der Gesellschaft*, S. 239–296.

[63] Stephen Hopgood: *Keepers of the Flame, Understanding Amnesty International* (2006), S. 54.

nem Tod sowie auf den Zeitraum seit der Moderne, weil letzterer von der Literatur als besondere zeitliche Zäsur wahrgenommen wird und den Niedergang der *šarīʿa* begründet haben soll.[64]

1. Lebzeiten des Propheten

Die Literatur weiß zu berichten, dass die Ehefrau Muḥammads, Chadidscha (Ḫadīǧa), der erste Mensch im Diesseits war, der das Glaubensbekenntnis mit dem Propheten teilte. Welche weiteren Erwartungen Gottes Ḫadīǧa als eigene Erwartung prozessierte und mit ihrem Ehemann praktizierte, ist ungewiss. Viel konnte es jedenfalls nicht sein, denn das meiste war weder offenbart, noch verkündet. Aus der *Sīra* (*sīra*) des Ibn Ishak (ibn Isḥāq) lernen wir, dass der Prophet zunächst die Weisungen über die fünf Gebete und die rituellen Waschungen an Ḫadīǧa weitergab, wobei Hans Jansen darauf hinweist, dass der Qurʾān zu dieser Zeit dieses System noch gar nicht zu kennen scheint.[65] Dies ist ein interessanter Hinweis, denn er verrät uns, dass islamische Normativität, d. h. Praxis gemäß Gottes Erwartungen, auch ohne eine Textquelle, und damit islamisches Recht auch ohne eine Rechtsquelle prozessiert werden konnte. Das gleiche gilt im Übrigen für das Glaubensbekenntnis (*aš-šahāda*), das wir als historisch erste Norm des Islams identifiziert haben, weil dieses erst in medinensischer Zeit, nämlich nachdem der Prophet den Vertrag von Ḥudaibīya mit den Quraisch (Quraiš) aus Mekka (Makka) geschlossen hatte, offenbart werden sollte.[66]

Auf Ḫadīǧa folgten andere Zeitgenossen mit ihrem Glaubensbekenntnis, während ihnen immer weitere normative Erwartungen Gottes durch den Propheten verkündet wurden. Mit Informationen über soziale Interaktionen auf Grundlage dieser neuen normativen Erwartungen, insbesondere über Kollisionsfälle und deren Abwicklung, hält sich die Literatur auffallend zurück. Überlieferungen fokussieren vor allem auf die gelebte Kongruenz sowie auf Konflikte bezüglich des Glaubensbekenntnisses. Die *sīra* des Propheten berichtet von Freudentränen und der emotionalen Dimension der Bekehrung sowie von den dadurch hervorgerufenen Feindseligkeiten und Spannungen mit den Ungläubigen, die selbst Familien zerriss, und natürlich von vielen Kriegen.[67] Diese Berichte lassen vermuten, dass den Bekennenden entweder der Integrationswille fehlte, um im Kollisionsfall weiter mit Nicht-Bekennenden sozial zu interagieren, oder sie mit rechtlicher Qualität erwarteten und ihnen deshalb im Kollisionsfall nur die Desintegration blieb. Denn klar ist, bis heute gibt es auf der Ebene der Weltgesellschaft keine Verfahren, in denen über normative Erwartungen an einen Propheten konkurrenzlos entschieden werden kann. Das Glaubensbekenntnis dient der Trennung, d. h. der Desintegration aus der Weltgesellschaft sowie der Integration in die Gemeinschaft der Bekennenden,[68] weshalb wir eine solche Norm auch als

---

[64] So Wael Hallaq: Can Sharia Be Restored?, in: *Islamic Law and the Challenges of Modernity*, hrsg. von Yvonne Yazbeck Haddad und Barbara Freyer Stowasser (2004), S. 21–53 (21 f.).

[65] Jansen: Muhammad, S. 107.

[66] Vgl. Rudi Paret: Koran, Kommentar und Konkordanz (2001), 48:29:
"مُّحَمَّدٌ رَّسُولُ اللَّهِ ۚ وَالَّذِينَ مَعَهُ أَشِدَّاءُ عَلَى الْكُفَّارِ رُحَمَاءُ بَيْنَهُمْ ۖ تَرَاهُمْ رُكَّعًا سُجَّدًا يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِّنَ اللَّهِ وَرِضْوَانًا ۖ سِيمَاهُمْ فِي وُجُوهِهِم مِّنْ أَثَرِ السُّجُودِ ۚ ذَٰلِكَ مَثَلُهُمْ فِي التَّوْرَاةِ ۚ وَمَثَلُهُمْ فِي الْإِنجِيلِ كَزَرْعٍ أَخْرَجَ شَطْأَهُ فَآزَرَهُ فَاسْتَغْلَظَ فَاسْتَوَىٰ عَلَىٰ سُوقِهِ يُعْجِبُ الزُّرَّاعَ لِيَغِيظَ بِهِمُ الْكُفَّارَ ۗ وَعَدَ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ مِنْهُم مَّغْفِرَةً وَأَجْرًا عَظِيمًا"
und Theodor Nöldeke: *Geschichte des Qorāns* (1919), S. 157.

[67] Jansen, ebd., S. 103 ff.

[68] „Am Anfang steht also nicht Identität, sondern Differenz" so Niklas Luhmann: *Soziale Systeme, Grundriss einer allgemeinen Theorie* (1999), S. 112.

Desintegrations- oder Integrationsnorm bezeichnen können.

Die Literatur beschreibt jedenfalls, dass im Falle von Erwartungskollisionen allein der Prophet entschied, dies sowohl in Bezug auf seine eigenen von Gott übernommenen Erwartungen, also auch hinsichtlich der kollidierenden Erwartungen unter den Gläubigen. Dabei war der Prophet zunächst gehalten, eine einschlägige Eingebung Gottes abzuwarten, da die Offenbarung noch vollzogen wurde, bevor er eine eigene Entscheidung in Form des Propheten-Idschtihad (*iǧtihād*) treffen durfte.[69] Der Prophet war demnach eine soziale Institution, durch die Erwartungsenttäuschungen abgewickelt wurden. Weil der Prophet zudem die einzige Institution war, an den sich die Gläubigen im Konfliktfall wendeten, war es möglich, die Erwartungen Gottes im Diesseits durch nicht-konkurrierende Entscheidungen zu prozessieren. Zwar wissen wir nicht, ob und inwieweit diese Entscheidungen von der Gemeinde der Gläubigen auch praktiziert wurden, und folglich, inwieweit ein islamisches Recht hätte beobachtet werden könne, aber die Voraussetzungen lagen jedenfalls vor, um eine Rechtsordnung gemäß den Erwartungen Gottes zu prozessieren. Dem steht auch nicht entgegen, dass daneben auch Dritte, wie z. B. Gouverneure oder Qadis (*qudāh*), über Gottes Erwartungen entschieden. Denn wie die Literatur berichtet, konnte ein solcher Gefährten-*iǧtihād* nur unter Rückgriff auf den Propheten erfolgen, weil sie ihre Entscheidungen, mithin ihren individuellen *iǧtihād,* dem Propheten zur Begutachtung vorlegen mussten. „Er bestätigte ihn entweder oder machte klar, wo ein Fehler steckte“.[70]

Hinzu kommt eine weitere Auffälligkeit. Denn die Etablierung und Aufrechterhaltung einer solchen Rechtsordnung war möglich, ohne dass die Akteure auf eine Rechtsquelle zurückgreifen, noch eine solche interpretieren mussten. Der Prophet wie auch die Gemeinde der Bekennenden hatten, im Gegensatz zu den späteren Gelehrten der *fiqh*, offensichtlich keine Interpretationsprobleme hinsichtlich der offenbarten Worte Gottes. Das Verstehen hatte noch einen kurzen Weg. Der Grund hierfür liegt in der Zeitlichkeit der Offenbarung. Denn das Bedürfnis der Interpretation eines Textes ergibt sich erst aus einer Zeitdifferenz, aus dem Auseinanderfallen zweier Verstehenshorizonte, während sich der Horizont des Interpretierenden durch den Verlauf der Zeit, und damit durch Umweltveränderungen fortlaufend verändert.

Weil sich die Offenbarung aber bis zum Tod des Propheten vollzog, konnten die Worte Gottes noch gar nicht der Vergangenheit zugeordnet werden. Verschiedene Zeithorizonte, die erst die Operation des Verstehens notwendig machen, blieben bis zum Tod des Propheten verschmolzen.[71] Denn die Offenbarung wuchs in ihrem Inhalt proportional zu den Veränderungen der Umwelt. Dieses Phäno-

[69] Vgl. Krawietz: *Die Hierarchie der Rechtsquellen*, S. 22.

[70] Krawietz, ebd., S. 29. Die Notwendigkeit dieser Vorgehensweise ist nicht unumstritten. Eine Mindermeinung will die ‚Wirksamkeit‘ dieser Entscheidung, wie es Birgit Krawietz formuliert, von der räumlichen Distanz zum Propheten abhängig machen, siehe ebd. Dies ist ein interessantes Kalkül, denn es verweist ganz im Sinne unserer Theorie darauf, dass die räumliche Entfernung mit der Reichweite der sozialen Interaktion zu tun haben könnte, die eine Voraussetzung für die Herausbildung einer Rechtsordnung ist. Die Überlegungen der Gelehrten zeigen, dass ihnen ein Zusammenhang zwischen Rechts- und Gesellschaftsbegriff bewusst war.

[71] Dies mag auch ein Grund sein, warum der spätere Qurʾān keine chronologische Struktur hat.

men beschreibt die Literatur zumeist innerhalb der Abrogationsdebatte. „Im Gefolge der einzelnen Ereignisse und zur Verdeutlichung der Beurteilung dessen, was sich an Rechtsfällen ereignete oder zur Beantwortung von Fragen und Bitten um Stellungnahme“ schaffte Gott *ad hoc* Klarheit.[72] Weil es deshalb noch kein Verstehensdefizit geben konnte, war auch eine Rechtsquelle noch gar nicht notwendig. Denn die Rechtsquellenidee ist bloß ein Mittel, so Luhmann, um die Offenlegung eines Zirkels zu vermeiden, der sich ergeben würde, wenn man zugeben müsste, dass das Gericht das Recht selbst „schafft“, dass es „anwendet“.[73] Und genau so lag der Fall zu Lebzeiten des Propheten. Wenn man vor diesem Hintergrund noch an einer Rechtsquellenidee festhalten möchte, so heißt das in Konsequenz, dass der Prophet selbst die Rechtsquelle war.

Vor diesem Hintergrund wird verständlich, warum die Literatur oftmals unter Verweis auf die Einheit der Muslime die „singuläre Qualität dieses Zeitalters“[74] betont und warum die Erinnerungen an die soziale Konstellation zu Lebzeiten des Propheten von imminenter Bedeutung für alle späteren Entwicklungen der *šarīʿa* sein sollten. Die Besonderheit ist aber weniger damit zu begründen, dass unter der Führung des Propheten Religion, Recht und Politik eine Einheit bildeten, wie dies gewöhnlich von der Literatur beschrieben wird,[75] sondern dass zu Lebzeiten des Propheten Akteure mit Glaubensbekenntnis ihre normativen Erwartungen mit rechtlicher Qualität in einer Institution prozessieren konnten, die Kollisionsfälle mit nicht-konkurrierenden Entscheidungen abwickelte und hierdurch die Integration der Erwartungen Gottes im Diesseits gewährleisten, und damit gleichfalls eine Desintegration der Gläubigen verhindern konnte.

2. Die Zeit nach dem Tod des Propheten

Mit dem Tod des Propheten im Jahre 632 änderte sich alles. Die Institution der islamischen Rechtsordnung und damit auch die ‚Quelle‘ eines islamischen Rechts hatten aufgehört zu existieren. Die verbliebenen Akteure mussten nun selbst sehen, wie eine solche Ordnung aufrecht erhalten werden konnte. Aber bereits der erste Versuch endete in einem Desaster. Denn es gab Streit über die Nachfolgerschaft des Propheten. Erstmals suchten Akteure nun in überlieferten Worten Gottes und des Propheten, oder in Worten, von denen man behauptete, dass sie überliefert seien, nach Argumenten für das jeweils eigene normative Erwarten. Das Problem war, dass niemand, ganz egal welche Argumente auch bemüht wurden, über die Erwartungskollision entscheiden konnte, was nach einem längeren Hin und Her in einer finalen Desintegration der Gläubigen in eine sunnitische und eine schiitische Richtung mündete.[76]

Und weil sich die Gegenwart von der Vergangenheit der Offenbarung mit jedem Tag immer weiter entfernte und damit das Tal des Nichtverstehens immer tiefer wurde, bekam

[72] Krawietz, ebd., S. 21, 161.

[73] Niklas Luhmann: *Das Recht der Gesellschaft* (1997), S. 306.

[74] Krawietz, ebd., S. 20.

[75] Siehe nur Baber Johansen: *Contingency in a Sacred Law, Legal and Ethical Norms in the Muslim Fiqh* (1999), S. 266, oder Irene Schneider: Islamisches Recht zwischen göttlicher Satzung und temporaler Ordnung? Überlegungen zum Grenzbereich zwischen Recht und Religion, in: *Recht und Religion in Europa: Zeitgenössische Konflikte und historische Perspektiven*, hrsg. von Christine Langenfeld und Irene Schneider (2008), S. 138–191 (148).

[76] Weil vorliegend nur die Anwendung der Theorie demonstrieren werden soll, wird im Folgen nur auf die normative Ordnung der Sunniten Bezug genommen.

das Verstehen oder die Behauptung des Verstehens der normativen Erwartungen Gottes eine immer größere Bedeutung. Wie auch im Rechtspositivismus schaute man auch im frühen Islam nicht auf das lebende Recht und die Verfahren, welche es hervorbringt, sondern man schaute vor allen Dingen auf die Vergangenheit, in deren Dunkeln man die Quelle vermutete, die auf alle Fragen eine Antwort haben sollte. Die Rechtsquellenidee war geboren.

Ein Problem war jedoch, dass es noch keine einheitliche Normenquelle gab. Hinzu kam, dass durch den großen Erfolg der islamischen Eroberungen immer mehr Menschen das Glaubensbekenntnis teilten, die jedoch an verschiedenen Orten des bald riesigen Reiches mit verschiedenen Berichten über die normativen Erwartungen Gottes konfrontiert wurden. Gottes Wort existierte bislang nur in fragmentarischen Niederschriften, vor allen Dingen aber in memorierter Form.[77] Das Bild war uneinheitlich, was schon zu Beginn die Rechtsquellenidee unterminierte. Denn nichts gefährdet das Argument der Quellenbindung mehr, als sich widersprechende Quellen. Erst dem Kalifen Uthmann (ʿUṯmān) gelang es, eine einheitliche Textquelle zu erstellen und, so ist es überliefert, die existierenden Fassungen des Qurʾān zu vernichten.[78]

Gottes Wort reichte aber bei weitem nicht aus, um alle Erwartungsenttäuschungen abwickeln zu können. Denn die Anzahl der Kollisionen innerhalb der sozialen Interaktion der Gläubigen stieg proportional mit den seit dem Ende der Offenbarung erlebten Umweltveränderungen. Die Worte Gottes waren nicht leicht zu verstehen und schienen sich sogar in Teilen zu widersprechen. Der Qurʾān war ein Mysterium und gab nur wenige Antworten auf all die Fragen, weshalb andere Quellen bemüht werden mussten, um die aufgestauten Enttäuschungen noch abwickeln zu können. Man stützte sich auf überlieferte Berichte des Propheten und auf Berichte über Berichte des Propheten, von denen man sich Entscheidungen über die eigenen Enttäuschungen erhoffte. Denn auch wenn sich die Gläubigen mit der Vorstellung auf das Jenseits über viele Ungewissheiten und Enttäuschungen im Alltag hinwegtrösten konnten, so brauchten sie doch wenigstens Gewissheit, sich im Diesseits jedenfalls keiner Verfehlung schuldig gemacht zu haben, die einem die Gnade Gottes im Jenseits nicht doch noch verwehren konnte.

Zur selben Zeit begannen besonders versierte und interessierte Akteure die äußerst komplizierte Angelegenheit in akademischer Atmosphäre zu diskutieren. Studierzirkel in großer Anzahl, so ist es überliefert, gründeten sich über das gesamte Reich verteilt.[79] Besonders wichtig war ihnen dabei das Verstehen der heiligen Schrift. Und mit der Rechtsquellenidee gingen sie davon aus, dass die Quelle über jede Erwartungskollision zu entscheiden hatte. Die Disziplin wurde deshalb auch als *fiqh* bekannt, was heute wörtlich dem Begriff des ‚Verstehens' entspricht, und ihre Akteure folglich als Fukaha (*fuqahāʾ*, *Sg. faqīh*).[80]

Mit der hier vorgestellten Theorie wissen wir jedoch, dass auch das Verstehen, welches sich als Muster der Kommunikation und des Verhaltens beobachten lässt, nichts anderes als eine normative Ordnung ist, weshalb auch für das Verstehen gilt, dass sich ihre empiri-

[77] Vgl. die Darstellung bei Knut S. Vikor: *Between God and the Sultan, A History of Islamic Law* (2005), S. 92 f. m. w. N.

[78] Hallaq: Sharia, S. 33.

[79] Bernard Weiss spricht von einer „Plethora" unterschiedlicher Rechtsschulen, siehe ders.: The Madhab in Islamic Legal Theory, in: *The Islamic School of Law*, hrsg. von Peri J. Bearman et al. (2006), S. 1–9 (2).

[80] Vgl. Mohamad M. Yunis Ali: *Medieval Islamic Pragmatics* (2000), S. 1. Die Differenzierung der arabischen Begriffe ‚*fiqh*' und ‚*fahm*', die beide allgemein als Verstehen begriffen werden, erörtert Yunis Ali auf S. 44 f.

sche Normativität nur durch Verfahren des Entscheidens prozessieren und damit etablieren lässt.[81] Eine solche Einsicht war jedoch für die *fuqahāʾ* undenkbar, weil es bedeuten würde, dass die Gläubigen Entscheidungen über Gottes Wort zu fällen hatten. Weil die *fuqahāʾ* aber längst begonnen hatten, über die Grenzen ihrer eigenen Studierzirkel auch mit anderen Interessierten zu interagieren, mussten sie entgegen ihrer Rechtsquellenidee beobachten, dass Gottes Wort ein sich empirisch zu erschließendes Phänomen war. Denn in ihrer expandierenden Umwelt wurde das Wort Gottes ganz unterschiedlich praktiziert.[82] Das Verstehen war folglich eine Konstruktion der Gegenwart, welches abhängig von Ort und Zeit verschieden vorliegen konnte, und damit dem Postulat einer Bedeutungsidentität des Textes widersprach.[83] Eine solche nominalistische Philosophie des Verstehens war unvorstellbar, weil sie der ontologischen Existenz einer gottgegebenen Sinnwelt widersprach.[84]

Obwohl die *fuqahāʾ* weiter davon ausgingen, dass Gott über die Zukunft bis zum Tag des Jüngsten Gerichts bereits entschieden hatte und darüber hinaus auch im Qurʾān nachzulesen war, dass im Falle eines Streites Entscheidungen bei Gott oder seinem Propheten gesucht werden sollen,[85] hatten die *fuqahāʾ* keine andere Wahl als über Gottes Wort zu

[81] Die Wissenschaftsgeschichte beschreibt das Verstehen entweder als einen Reproduktionsakt, der vergangenen Sinn in der Gegenwart reproduziert (Schleiermacher, gest. 1834), oder eine Annäherung der Verstehenshorizonte in einem hermeneutischen Zirkel (Friedrich Ast, gest. 1841), oder als einen kreativen Akt in der Gegenwart (Dilthey, gest. 1911), oder als jeweils gegenwärtige Konstruktion, die mit der Vergangenheit nichts mehr zu tun hatte (Heidegger, Gadamer). Die Hermeneutik dieser Untersuchung steht hingegen den Überlegungen Robert B. Brandoms nahe, vgl. ders.: Expressive Vernunft, *Begründung, Repräsentation und diskursive Festlegung* (2000).

[82] Siehe am Beispiel des Themas Alkohol die ausführliche Studie von Najam Haider: Contesting Intoxication: Early Juristic Debates over the Lawfulness of Alcoholic Beverages, in: *Islamic Law and Society* 20 (2013), S. 48–89.

[83] Willard van Orman Quine stellte bekanntlich diesem Postulat seine These der „Unbestimmtheit der Übersetzung“ entgegen, vgl. ders.: *Word and Object* (1969, 2013), S. 59 ff.

[84] Diese Erfahrung, also das Spannungsverhältnis zwischen einem Anspruch der Ewigkeit sowie der beobachteten Temporalität der Erscheinungen, war Anlass für den philosophischen Streit zwischen der *ašāʿira* und *muʿtazilā*. Der Qurʾān bildete das Scharnier zwischen diesen Sinnwelten und war deshalb auch einer der Hauptstreitpunkte, insbesondere die Frage, ob dieser ewig und damit unerschaffen sei wie Gott (*ašāʿira*), oder ob der Qurʾān, wie auch die Rede Gottes, erschaffen und damit temporal sei (*muʿtazilā*). Das Ergebnis dieser Frage hatte Relevanz hinsichtlich der Verantwortlichkeit für Entscheidungen. Während für die *ašāʿira* alles Handeln sowie das Gute wie auch das Böse durch Gott vorherbestimmt war, jede Entscheidung also direkt auf Gott zurückgeführt wurde, übernahm die muʿtazilā die Verantwortung für Entscheidungen und rechtfertigte somit auch die Notwenigkeit des Entscheidens durch *iǧtihād*. Beide Argumente waren so überzeugend, dass schließlich unter dem Kalifen al-Maʾmūn Gewalt gegen die *ašāʿira* angewendet wurde, um sie zum Einlenken zu bewegen. Das ‚Simulacrum‘ als Erkenntnisproblem war dabei nicht neu. Es wurde schon von Platon im Höhlengleichnis thematisiert und war ebenso im der christlichen Theologie umstritten. Für einen Überblick mit Referenz in die Diskussion des Christentums m. w. N. siehe Ebrahim Moosa: Allegory of the Rule (Hukm): Law as Simulacrum in Islam?, in: *History of Religions* 38.1: *Islam and Law* (1998), S. 1–24.

[85] Qurʾān 4:59: „Und wenn ihr über eine Sache streitet (und nicht einig werden könnt), dann bringt sie vor Gott und den Gesandten, wenn (anders) ihr an Gott und den jüngsten Tag glaubt.“, vgl. Paret: *Qurʾān* (2007):

entscheiden, um die Kollisionen ihrer Erwartungen über dieses Wort abwickeln zu können. Denn Gott und der Prophet waren für Entscheidungen schließlich nicht mehr verfügbar.[86] Diesen Widerspruch versuchte man dadurch zu begegnen, indem man soweit es ging verbarg, dass es sich bei den Ergebnissen der Entscheidungsprozesse um Entscheidungen handelte.

Die individuellen Entscheidungen der *fuqahāʾ* bezeichnete man demgemäß als *iǧtihād*, mithin als einen anstrengenden Prozess der Meinungsbildung.[87] Und das kollektive Resultat des Entscheidungsprozesses nannte man *iǧmāʿ*, den *maḏhab* internen Konsens, und suggerierte damit ein zufälliges Aufeinandertreffen von normativen Erwartungen. Die Argumentationsprozesse im Verfahren des Entscheidens wurden selbst bald schon von einer Regelhaftigkeit immer wiederkehrender Argumente geprägt, die als Dogmatik, mithin als eigene normative Ordnung beobachtbar wurde. Die Literatur beschreibt sie als Methoden der *fiqh* oder als *uṣūl al-fiqh*. Akteure erwarteten jetzt nicht nur in die Erwartungen Gottes, sondern auch in die Berichte über das Leben und Handeln des Propheten, die man als Sunna (*sunna*) des Propheten kanonisiert hatte, sowie in eine ganze Palette an Begriffen wie Nasḫ (*nasḫ*), *iǧmāʿ*, Qiyas (*qiyās*), Istihsan (*istiḥsān*), Istislah (*istiṣlāḥ*), Maslaha (*maṣlaḥa*), Maqasid (*maqāṣid*) und viele mehr.

Eine Mehrheitsentscheidung unter den *fuqahāʾ* war natürlich ausgeschlossen. Die Argumentations- und Entscheidungsprozesse wurden vielmehr von Meinungsführern dominiert. Sie konnten im Begründungsspiel der unterschiedlichen normativen Erwartungen mehr Gewinne verbuchen als alle anderen.[88] Die Literatur bezeichnet diese Akteure als Mudschtahids (*muǧtahidū*). Mitglieder der Studierzirkel entschieden über ihre individuellen Erwartungen im Sinne des Meinungsführers, wodurch nun eine fortlaufende Kongruenz der kollidierenden Erwartungen gewährleistet werden konnte. Mit diesem Normativitätsgenerator ließen sich endlich, zumindest in den je eigenen Studierzirkeln, eigene Enttäuschungen durch nicht-konkurrierende Entscheidungen abwickeln und sich die Sicherheit in die eigenen rechtlichen Erwartungen steigern. Egal mit wem die Akteure auch sozial interagierten, man wusste nun, an wen man sich im Falle von Enttäuschungen zu wenden hatte

---

"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا ضَرَبْتُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَتَبَيَّنُوا وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْقَىٰ إِلَيْكُمُ السَّلَامَ لَسْتَ مُؤْمِنًا تَبْتَغُونَ عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا فَعِندَ اللَّهِ مَغَانِمُ كَثِيرَةٌ ۚ كَذَٰلِكَ كُنتُم مِّن قَبْلُ فَمَنَّ اللَّهُ عَلَيْكُمْ فَتَبَيَّنُوا ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا"

[86] Dieser Widerspruch wurde von Akteuren des Sufismus z. B. mit einer Annäherung an Gott und den Propheten durch mystische Erfahrungen beantwortet.

[87] Etymologisch leitet sich der Begriff vom Verb *iǧtahada* (verstandesgeleitete Nachdenken) ab. Abu-Sahlieh definiert den Begriff als „the action of straining the forces of one's spirit to their extreme limits to penetrate the intimate meaning of the Shari'a (Koran and Sunna) in order to deduce a speculative rule (qa'idah dhanniyyah)." vgl. ders.: *Introduction to Islamic Law*, S. 152. Ähnlich auch Hallaq: *iǧtahad* ist die „excertion of mental energy for the sake of arriving, through reasoning, at a considered opinion", vgl. ders.: *Sharia*, S. 49 f., während Rohe ganz richtig und knapp den Begriff als „eigenständige Entscheidungsfindung" beschreibt, vgl. ders.: *Das islamische Recht*, S. 36.

[88] Robert Brandom hat in seinem Werk *Expressive Vernunft* eine umfassende Theorie über die Erzeugung von Normativität entwickelt, nach der sich Normativität nicht aus vorbegrifflichen Verhältnissen ableitet, sondern sich erst im praktischen Vollzug gewechselter Argumente konstituiert. Die Bedeutung ist dem Verstehen also nicht vorgelagert, sondern wird ähnlich wie in unserem Normativitätsgenerator in einem „Spiel des Gebens und Verlangens von Gründen" erzeugt, welches durch die Behauptung einer Bedeutung jeweils eröffnet wird, vgl. ders.: *Expressive Vernunft, Begründung, Repräsentation und diskursive Festlegung* (2000), S. 136.

und wo man sein Recht bekam. Aus nahe liegenden Gründen wurden die *muǧtahidūn* sehr verehrt. Denn sie trugen die Last und auch das Risiko des Entscheidens, und die Studierzirkel trugen bald ihren Namen.[89] Weil damit jede Entscheidung mit einem Verweis auf eine bereits in der Vergangenheit durch einen Dritten getroffene Entscheidung begründet werden konnte, ließ sich die Illusion aufrechterhalten, dass man in der Gegenwart über Gottes Wort jedenfalls nicht entschied.

Um dieses Verfahren des ‚Verstehens' unter Teilnahme sehr vieler Akteure gewährleisten zu können, mussten möglichst alle Resultate der Auseinandersetzung mit der heiligen Schrift, mithin alle Entscheidungen und Begründungen, selbst wieder in Texten festgehalten werden. Denn Interpretation von Text bedeutet in erster Linie die Produktion von mehr Text, wobei diese Texte, und dies ist das Problem, selbst wieder interpretierbar sind[90] und folglich als Fälle erfolgreichen Verstehens selbst wieder als Normtexte gelesen werden müssen. Weil die Gelehrten die Konstituierung von Normen durch Entscheidungen in der Gegenwart ablehnten, wurde somit alles Geschriebene wieder zur Rechtsquelle. Dies ist der Grund warum in der Disziplin die Anzahl und Typologie der Rechtsquellen bis heute umstritten ist[91] und auch die Suche nach einer Hierarchie der Rechtsquellen scheitern muss.[92]

In den Studierzirkeln konnte so bald schon auf jede Erwartungskollision mit einer nichtkonkurrierenden Entscheidung reagiert, und somit Recht prozessiert werden. Dies kam auch den Gläubigen außerhalb der Studierzirkel zu Gute. Denn dortige Entscheidungsträger, wie z. B. Muftis und *qudāh*, die sich überwiegend aus dem Kreis der (Rechtsgelehrten) *Fuqahāʾ* rekrutierten,[93] übernahmen die in den Studierzirkeln generierte rechtliche Normativität für die Entscheidungsprozesse in den jeweils lokalen Ordnungen.

Das Problem war nur, dass es noch viele andere Studierzirkel gab und sich auf dieser Ebene das Nichtverstehen fortsetzte. Weil die Gelehrten aber auch auf globaler Ebene Sicherheit in ihren Erwartungen anstrebten, sie

---

[89] Während die Disziplin gewöhnlich die Bedeutung der *muǧtahidīn* mit dem Begriff der Autorität begründet, vgl. Hallaq: *Sharia*, S. 66 f. Dabei bleibt aber *weiterhin* unklar, worin die Ursache der ‚authority-construction' besteht.

[90] Vgl. Niklas Luhmann: *Das Recht der Gesellschaft* (1997), S. 340, 367.

[91] Gewöhnlich verweist die Disziplin auf Qurʾān, Sunna, *iǧmāʿ* und *qiyās*, vgl. nur Hallaq: *Introduction to Islamic Law*, S. 17 f. Rohe erklärt, dass *qiyās* „nicht eigentlich Rechtsquelle", sondern ein „juristisches Schlussverfahren" sei. Zudem zählt er das Gewohnheitsrecht (*ʿurf*) zu den Rechtsquellen, vgl. Rohe, S. 58, 62, 68. Birgit Krawietz wie auch andere unterscheidet zwischen „unabhängigen und abhängigen materiellen Quellen und solchen methodischer Art". Qurʾān und Sunna sind demnach Primärquellen und *iǧmāʿ*, *qiyās*, sowie *maqāṣid*, *ʿurf*, *istiḥsān* u. a. Sekundärquellen, wobei der *iǧmāʿ* aber aufgrund seines Heiligkeitscharakters eine Primärquelle sei, vgl. Krawietz, S. 182, m. w. N. Unter ähnlicher Typologisierung zählt auch Abu-Sahlieh das Gewohnheitsrecht zu den Rechtsquellen, aber auch den *iǧtihād*. Er weist schließlich darauf hin, dass eine Identifikation nach der Bedeutung der Quellen für die Rechtsarbeit vorgenommen werden könne, was zur Folge hat, dass nicht nur Werke der Fatwa-Literatur als Quellen zu qualifizieren seien, sondern auch Werke über die Methoden und Prinzipien der Jurisprudenz (*uṣūl al-fiqh*) selbst, was ganz unserer Schlussfolgerung entspricht, vgl. Abu-Sahlieh: *Introduction to Islamic Law*, S. 55 f.

[92] Birgit Krawietz kommt in ihrer umfangreichen Studie über die Rechtsquellenhierarchie schließlich zu dem nüchternen Ergebnis, dass eine solche Hierarchie nicht existiert, vgl. dies.: *Hierarchie der Rechtsquellen*, S. 416.

[93] Vgl. Hallaq: *Sharia*, S. 151 ff.

auch auf dieser Ebene Integrationswillen hatten, wiederholten sich die bisher in den Studierzirkeln zu beobachten Prozesse der Integration normativer Erwartungen um einen Meinungsführer. Es kam zu einer Integrationsbewegung der verschiedenen Studierzirkel, die im 10. Jahrhundert in der Manifestierung der vier sunnitischen Madhhabs (*al-maḏāhib al-arbaʿa*) mündete, was Hallaq als die „finale Entwicklung" der *fiqh* beschreibt, die das islamische Recht zur „vollständigen Reife" brachte.[94]

Mit Blick auf die für eine Rechtsordnung notwendigen Voraussetzungen können wir die Euphorie Hallaqs nicht teilen. Denn durch die Manifestierung sich unterscheidender und auf globaler Ebene miteinander konkurrierender *maḏāhib* konnte Recht nicht prozessiert werden, weil ihre Institutionen über Gottes Erwartungen nicht mit den notwendigen nichtkonkurrierenden Entscheidungen reagieren konnten. Die Pluralität von Rechtsordnungen widersprach der Prämisse, dass ein Gott für eine Gemeinschaft der Muslime nur eine Rechtsordnung vorgesehen hat.[95] Zwar konnten die *maḏāhib* überall dort, wo sie territorial und außer Konkurrenz in lokalen Ordnungsstrukturen eingebunden waren, islamisches Recht etablieren, dessen Verfahren vermutlich auch von einer großen Anzahl von Gläubigen in Anspruch genommen wurde. Wo immer aber Gläubige mit ihren sozialen Interaktionen die Grenzen der jeweils lokalen oder regionalen Rechtsordnungen überschritten, ließen sich trotz Integrationswillen ihre normativen Erwartungen nicht als Recht prozessieren. Wir müssen vermuten, dass an diesen Stellen der sozialen Interaktion, mithin auf trans-regionaler Ebene, die Enttäuschungen von Erwartungen mit rechtlicher Qualität, ggf. auch themenspezifisch, in alternativen bereits existierenden, oder in erst zu organisierenden Verfahren abgewickelt wurden, beispielsweise in Verfahren der jeweiligen so genannten weltlichen Herrscher, in Stämmen, Klans oder Familien.

Die Gelehrten der *maḏāhib* hatten aber längst erkannt, dass dies ein großes Problem war. Eine Lösung erhoffte man sich von einem *maḏhab*-übergreifenden *iǧmāʿ*, also der globalen Integration kollidierender normativer Erwartungen. Aber auch hier bestand die Schwierigkeit darin, dass sich ein *iǧmāʿ* nur mittels Entscheidungen etablieren ließ, weil die zufällige Kongruenz normativer Erwartungen nur ein „sehr seltenes Ereignis" sein kann.[96] Es gab jedoch niemanden, der entscheiden konnte und auch eine Meinungsführerschaft, sozusagen eine Meta-*maḏhab* bildete sich nicht heraus.[97] Das Verstehen beschränkte sich deshalb darauf, dass Konsens darüber besteht, dass Konsens die Lösung ist.[98] Darüber hinaus blieb der *iǧmāʿ* eine Sollensnorm, die sich empirisch nicht als Norm realisierte, weshalb er auch in der Entscheidungspraxis weitgehend irrelevant blieb.[99] Die Idee des *iǧmāʿ* ist jedoch ein Indiz, dass die Gelehrten die Etablierung einer Rechtsordnung gemäß den Erwartungen Gottes auf globaler Ebene der Umma beabsichtigten und die dafür notwendigen Voraussetzungen erkannt hatten.[100] Dabei übersahen sie aber, dass sie selbst der blinde Fleck einer Lösung waren. Denn es war ihr mangelnder In-

[94] Ebd., S. 60.

[95] Das Konzept steht damit mit den Worten Knut S. Vikors „in glaring contrast to the idea of one God, one community, one law", ders.: *Between God and the Sultan*, S. 111.

[96] So schon Luhmann: Rechtssoziologie, S. 67.

[97] Ja schon die Behauptung eines *iǧmāʿ* wurde nicht selten als Lüge kritisiert, vgl. Krawietz, S. 183.

[98] So Vikor, S. 77.

[99] Vgl. Krawietz, S. 193 m. w. N. oder Vikor, S. 107.

[100] Ähnlich auch Vikor, der im *iǧmāʿ* „unifying tendencies" erkennt, ebd. Dabei gäbe es eine Alternative

tegrationswille, der zur Manifestierung der *maḏāhib* führte und schließlich einer solchen Ordnung entgegenstand.

Es war eine ausweglose Situation. Da die Gelehrten nicht sehen konnten, was sie nicht sehen konnten, richtete sich ihr Blick vor allen Dingen auf die Meinungsverschiedenheiten, den Ichtilaf (*iḫtilāf*). Eine ganze Disziplin der *uṣūl al-fiqh* widmete sich dem Zusammentragen von Kollisionen normativer Erwartungen über Gottes Wort und Wille. Ihre Kenntnis gehörte zur notwendigen Qualifikation eines Mudschtahids (*muǧtahid*).[101] Weil sich die Gelehrten den steten Zuwachs an Meinungsverschiedenheiten und ihre Ursache nicht erklären konnten, erfuhr der *iḫtilāf* eine positive Konnotation. Der *iḫtilāf* konnte nicht anders gedeutet werden als eine Gnade Gottes, denn schließlich hatte der Prophet schon gesagt: *kull muǧtahid musīb*, jeder *muǧtahid* liegt richtig. Die Anerkennung des *iḫtilāf* war Ausdruck der Kapitulation vor der Möglichkeit der Integration kollidierender rechtlicher Erwartungen und damit der Möglichkeit einer islamischen Rechtsordnung im Diesseits. Die Möglichkeit des Verstehens und des Rechts wurde in das Jenseits verlagert. Der Rückzug auf die erkenntnistheoretische Position eines ontologischen Pluralismus einer Gott gegebenen Sinnwelt im Diesseits[102] wird bis heute gern mit dem Hinweis auf die „Pluralität der Meinungen" im Islam und der besonderen „Offenheit der *šarīʿa*" im Unterschied zum westlichen Recht erklärt.[103] Während die *Fuqahāʾ* in dieser Position offenbar ausreichend Befriedigung und damit Sicherheit für ihre Interaktionen innerhalb einer elitären Gelehrtenwelt finden konnten und sich damit ganz beiläufig die Existenz ihrer je eigenen *maḏhab* absichern ließ, musste die Masse der Gläubigen, soweit sie global interagierten, alternative Verfahren des Rechts organisieren, soweit sie nicht auf das Jenseits warten konnten.

3. Zeit der Moderne

In der Moderne traten die zuvor beschriebenen Widersprüche im Konzept der *šarīʿa* offen zu Tage. Denn die Moderne war auch für Muslime mit einer bisher ungekannten Ausweitung der Reichweite sozialer Interaktionen verbunden. Dies führte zu einer umfassenden Kollision der Institutionen der *fiqh* und ihrer Entscheidungsprozesse, wodurch schließlich auch eine Prozessierung der regional bestehenden Rechtsordnungen nicht mehr aufrechterhalten werden konnte. Denn immer mehr Gläubige beobachteten nun, dass Entscheidungen der Institutionen der *fiqh* miteinander konkurrierten, wodurch sich in diesen Institutionen die Kollisionen ihrer rechtlich-normativen Erwartungen nicht mehr abwickeln ließen. Es kann vermutet werden, dass die Widerstände der Ulama (*ʿulamāʾ*) gegen den modernen Buchdruck, der sich erst vierhundert Jahre nach seiner Entdeckung im 15. Jahrhundert in der islamischen Welt durchsetzte, in diesem Zusammenhang steht. Denn hierdurch

zu einem islamischen Recht, nämlich eine nicht-rechtliche Ordnung gemäß den Erwartungen Gottes. Aber wofür dann *iǧmāʿ* ? Es gibt keine andere Erklärung: Die Gelehrten favorisierten eine Rechtsordnung.

[101] Vgl. Hallaq: Sharia, S. 66, 82; Kamali: *Shari'ah Law*, S. 52.

[102] Diesen normativen Relativismus beschreibt Ahmed Fekry Ibrahim als „ontological multiplicity of truth", ders.: *Pragmatism in Islamic Law, A Social and Intellectual History* (2015), S. 49.

[103] Vgl. nur Hallaq: *Sharia*, S. 368 f., wonach der „ijtihadic pluralism" das „defining feature par excellence" ist.

konnte die Globalisierung der Sinn- und Ordnungsstrukturen wenn auch nicht verhindert, so doch aber erheblich verzögert werden.[104]

Während die Disziplin den „Niedergang der *ʿulamāʾ* " auf eine Veränderung traditioneller gesellschaftlicher Strukturen zurückführt, deren Gründe man hauptsächlich im Kolonialismus und im Eroberungsstreben des Westens sucht,[105] sehen wir alternative Erklärungen, die vor allen Dingen mit dem Bedarf nach Recht in Zusammenhang stehen. Weil in Anbetracht der Reichweite sozialer Interaktionen Muslime ihre rechtlichen Erwartungen nicht mehr in den Institutionen der *fiqh* prozessieren konnten, suchten Muslime nach alternativen Ordnungsstrukturen des Rechts, die sie schließlich in den sich nach dem Modell der Westfälischen Staatenordnung entwickelnden Nationalstaaten fanden, deren Herausbildung in Europa man übrigens ebenfalls mit der Erfindung des modernen Buchdruckes in Verbindung bringt.[106] Insgesamt war dies aber ein langsamer Prozess, der bereits unter muslimischer Herrschaft im 16. Jahrhundert seinen Anfang nahm und von den fremden europäischen Herrschern übernommen und fortgeführt wurde.[107]

Nach dem Kollaps der Institutionen der *fiqh* stellte sich die Situation für ihre Akteure nun so dar wie in der Frühzeit des Islams und vor der Manifestierung der vier sunnitischen *maḏāhib*. Es gab nun nicht mehr nur vier voneinander getrennte Entscheidungsverfahren, sondern eine nicht mehr zu überschauende Anzahl an Verfahren des Entscheidens. Aus dieser Situation ergab sich eine Vielzahl an Wissens- und Handlungsalternativen, die in neuen theoretischen und sozialen Entwicklungen ihren Niederschlag fanden und dabei alle auf die Voraussetzungen des Rechts oder seines Gesellschaftsbegriffes reagierten.

Zu beobachten ist zum einen die Wiederbelebung des *iǧtihād*, der nach der Manifestierung der *maḏhab* zunehmend an Bedeutung verlor, während demgegenüber der Taqlid (*taqlīd*), die „kritiklose Imitation"[108] oder die „verpflichtende Übernahme von Lehrsätzen"[109], d. h. mit unseren Worten die Rekursion auf bereits getroffene Entscheidungen, die Prozesse des Entscheidens dominierte. Während Rohe meint, „der Schlüssel zu neuen Ansätzen liegt in der Aktivierung des *iǧtihād*"[110], sind wir hingegen nicht sehr optimistisch. Zwar ist eine Revitalisierung des *iǧtihād* geeignet, auf die sich durch Umweltveränderungen fortlaufend ereignenden Kollisionen normativer Erwartungen mit Entscheidungen zu reagieren, weshalb er natürlich auch grundsätzlich geeignet ist, Enttäuschungen in Zeiten der Moderne abzuwickeln. Der *iǧtihād* allein bleibt jedoch ein untaugliches Instrument für die Prozessierung einer Rechtsordnung, soweit seine Entscheidungen weiterhin mit anderen Entscheidungen über das gleiche Thema konkurrieren.

Durch den Bedeutungsverlust der Institutionen der *fiqh* für die Erwartungsstrukturen

---

[104] Diesen Zusammenhang beschreibt auch Francis Robinson: Technology and Religious Change: Islam and the Impact of Print, in: *Modern Asian Studies* 27.1: *Special Issue: How Social, Political and Cultural Information Is Collected, Defined, Used and Analyzed* (1993), S. 229–251 (232 f.).

[105] Vgl. z. B. Hallaq: Can Sharia Be Restored?, S. 22, oder Ebrahim Moosa: Colonialism and Islamic Law, in: *Islam and Modernity*, hrsg. von Muhammad Khalid Masud et al. (2010), S. 158–181 (166 ff.).

[106] Siehe Benedict Anderson: Imagined Communities: *Reflections on the Origin and Spread of Nationalism* (1991), der den Nationalismus auf „languages of power" zurückführt, die sich durch Printerzeugnisse verbreiteten.

[107] Siehe die Darstellung bei Vikor: Between God and the Sultan, S. 207 f., 231.

[108] Kamali: *Shari'ah Law*, S. 36, 327.

[109] Rohe, S. 37.

[110] Ebd., S. 168.

der Gläubigen stand das gesamte Wissen der *fiqh*, d. h. das gesamte Repertoire an historischen Entscheidungen zur Disposition. Das Verstehen der Offenbarung, mithin der Erwartungen Gottes an die Menschen, war seit der Moderne wieder kontingent. Aus diesem Grund ist es nicht überraschend, dass die heiligen Schriften, Qurʾān und Sunna, als Rechtsquellen wieder in den Vordergrund traten. Weil aufgrund der bisher nicht aufgegebenen Rechtsquellenidee alle Akteure diese heiligen Texte als die überzeugendsten Argumente betrachten, begannen Entscheidungsprozesse wie in den Anfangszeiten des Islams wieder mit einem Verweis auf diese Quellen.

Die Disziplin beschreibt diese Rückbesinnung oftmals mit dem Begriff des „Islamic revivalism".[111] Diese Sehnsucht nach den Gründerzeiten des Islams, der Zeit der Altvorderen, den sogenannten Salafis (*salafīya*), und die Anfänge dieser Erweckungsbewegung werden oftmals mit den Namen *Ǧamāl ad-Dīn* al-Afġānī und *Muḥammad ʿAbduh* verbunden. Die Sehnsucht nach den Anfangszeiten des Islams ist Ausdruck der sich nicht erfüllenden Utopie der Einheit der Umma sowie eines immer noch mangelnden Konzepts einer islamischen Rechtsordnung. Man weiß, dass sich die Zeit nicht zurückdrehen lässt, versucht aber die Zukunft als Vergangenheit zu erleben. Man kleidet, isst, betet und rezitiert den Qurʾān, wie es der Prophet schon tat. Aus Gründen, die wir oben dargelegt haben, ist diese Rückbesinnung nahe liegend. Denn die ‚singuläre Qualität' der Lebzeiten des Propheten bestand darin, dass über alle Erwartungsenttäuschungen *ad hoc* durch die noch fortlaufende Offenbarung oder den Propheten entschieden werden konnte und diese Entscheidungen noch nicht mit anderen Entscheidungen konkurrierten. Rechts- und Gesellschaftsbegriff konnten noch als Einheit beobachtet werden.

Weil sich aber weder die Zeit zurückdrehen ließ, noch die Verantwortung übernommen werden konnte, über Gottes Erwartungen zu entscheiden, musste auch in der Moderne an der Rechtsquellenidee festgehalten werden. Entscheidungen wurden auch in der Moderne mit Topoi zumeist traditioneller Interpretationsregeln abgesichert, die nun aber andere Akzentuierungen erhielten. Eine Renaissance erlebten z. B. die traditionellen Interpretationswerkzeuge *maqāṣid* und *maṣlaḥa*, mithin der Verweis auf das Allgemeinwohl oder das öffentliche Interesse, mit deren Hilfe eine Ratio, mithin der Sinn und Zweck einer Bestimmung der heiligen Texte, neu ausgerichtet werden konnte.[112] Die Akzentuierung dieser Argumente in der Moderne wird zumeist auf Rašīd Riḍā zurückgeführt.[113] Neu war hingegen das Argument der Historizität des Qurʾān im Begründungsspiel der Erwartungen. Weil Qurʾān und Sunna in das siebente Jahrhundert fallen, müssen diese Texte, so das Argument, aus dem Horizont der Moderne neu gelesen werden. Die Verstehenshorizonte werden in der Gegenwart zusammengeführt und der Qurʾān mit dem Wissen der Gegenwart gelesen und verstanden. Sollensnormen werden damit in der Gegenwart konstruiert. Diesen Ansatz verfolgten z. B. Ali Abd al-Raziq (ʿAlī ʿAbd ar-Rāziq), Mahmoud Taha (Maḥmūd Ṭaha), Fazlur Rahman (Faḍl ar-Raḥmān) oder Abu Zaid (Abū Zaid).

[111] Vgl. beispielhaft die Typologisierung bei Muhammad Khalid Masud: Islamic Modernism, in: *Islam and Modernity, Key Issues and Debates*, hrsg. von dems., Armando Salvatore et al. (2009), S. 237–260 (251).

[112] Mohammad Hashim Kamali sieht z. B. Sinn und Zweck aller göttlichen Bestimmungen in der Verwirklichung von Gleichheit und Gerechtigkeit, siehe ders.: *Sharia Law*, S. 265.

[113] Vgl. die Darstellung bei Hallaq: *Sharia*, S. 504 ff.

Auch die Akzentuierung des Talfiqs (*talfīq*), d. h. die „Verschmelzung von Lehrmeinungen“[114] unterschiedlicher *maḏāhib*, ist ein Phänomen der Moderne.[115] Durch den *talfīq* lässt sich das Spektrum möglicher Entscheidungen erweitern, weshalb er grundsätzlich für eine Aktualisierung und Dynamisierung von Erwartungsstrukturen geeignet ist, wenn auch nicht in dem Maße wie der *iǧtihād*. Anders als der Begriff jedoch nahe legen mag, beabsichtigt der Talfīq jedoch keine Integration der *maḏāhib*, weshalb er auch zur Herausbildung einer Rechtsordnung nicht beitragen kann. Denn sein Begriff setzt denklogisch die *maḏhab* -Differenz voraus. Einen anderen Weg ging Rašīd Riḍā, der insofern die *maḏhab*-Differenz ignorierte, als er für seine eigenen Entscheidungsprozesse zwar auf Argumente aller vier sunnitischen Rechtsschulen zurückgriff, sich selbst aber keiner *maḏhab* zurechnete.

Ein Problem war jedoch für die Theorie, dass sich die sozialen Realitäten längst verselbständigt hatten und rechtliche Erwartungen der Gläubigen nun in einer Vielzahl von Rechtsordnungen prozessiert wurden. Die Gelehrten konnten mithin beobachteten, dass die Herausbildung islamischer Rechtsordnungen ihren Ursprung in der Gesellschaft hatte und es folglich eine Vielzahl muslimischer Gesellschaften gab. Dies konnte man aber nicht akzeptieren, weil auch dies der Prämisse eines göttlichen Ursprunges einer einzigen Rechtsordnung für eine einzige Umma widersprach. Vor diesem Hintergrund entwickelte sich eine Idee, welche die sozialen Realitäten und ihre Akteure in die Verantwortung nahm: Der politische Islam. Die Praxis musste der Theorie angepasst werden. Die Idee verfolgte die faktische Realisierung einer einzigen muslimischen Gesellschaft. Der Ruf nach der „Einheit der Umma“ ist das wohl am weitesten verbreitete Argument der Moderne.[116] Der Aufruf war weitreichend und konnte jegliche Differenzen der Umma, einschließlich der *maḏhab*-Differenz und der Sunna-Schia-Differenz umfassen, wie dies etwa Ḥasan al-Bannā vertrat.[117]

So richtete sich dann auch die neue Daʿwa-Bewegung des frühen 20. Jahrhunderts, die mit dem Namen Ḥasan al-Bannā sowie mit der Muslimbruderschaft verbunden ist, vor allen Dingen an Muslime und nicht etwa an Ungläubige.[118] Ziel dieser Bewegung war jedoch nicht

[114] Rohe, S. 189.

[115] Der Begriff war seit dem 13. Jahrhundert in Gebrauch. Während Hallaq / Aharon Layish: Talfīḳ, in: *Encyclopaedia of Islam* II, hrsg. von Peri J. Bearman et al. (2016), den Talfiq als ein Phänomen der Moderne beschreiben und meinen, dass er vor der Moderne „downright unlawful“ war (vgl. auch Coulson: *A History of Islamic Law*, S. 201), haben Birgit Krawietz: Cut and Paste in Legal Rules: Designing Islamic Norms with Talfiq, in: *Die Welt des Islams*, N. S. 42.1 (2002), S. 3–40 (39), Lutz Wiederhold: Legal Doctrines in Conflict, in: *Islamic Law and Society* 3.1 (1996), S. 234–289 (242, 247), sowie Fekry Ibrahim: *Pragmatism in Islamic Law*, S. 124, dargelegt, dass bereits lange vor der Moderne (Wiederhold: 17. Jahrhundert, Krawietz und Fekry Ibrahim: 13. Jahrhundert) rege über seine Akzeptanz diskutiert wurde und sein Verbot umstritten war, während Fekry zeigt, dass der *talfīq* seit dem 17. Jahrhundert bereits praktiziert wurde, vgl. ebd., S. 151 ff.

[116] Schon *Ǧamāl ad-Dīn* al-Afġānī sah den Grund für die Rückständigkeit der Muslime in ihrer mangelnden Einheit, vgl. Antony Black: *The History of Islamic Political Thought, From the Prophet to the Present* (2001), S. 302 f.

[117] Hierfür berief man sich auf die frühislamische Gleichheits-Vorstellung, welche Louise Marlow als „Islamic egalitarianism“ beschreibt, vgl. dies.: *Hierarchy and Egalitarianism in Islamic Thought* (1997).

[118] John L. Esposito stellt heraus, dass die Islamisierung von Akteuren ohne Glaubensbekenntnis in der Daʿwa-Bewegung eine untergeordnete Rolle spielt und erst nach der Errichtung eines islamischen Systems auf islamischem Boden an Bedeutung gewinnen kann, siehe ders.: *The Islamic Threat: Myth or Reality?*

ein globales Verfahren zur Abwicklung normativer Erwartungen aller Muslime, sondern die Verringerung von Kollisionsfällen normativer Erwartungen unter den Muslimen durch eine Gleichschaltung aller Erwartungen in der globalen Interaktion der Muslime. Wie auch die heute herrschende Meinung in der Soziologie ging man davon aus, dass ausreichendes Lernen unter wechselseitiger Sanktionierung die Lösung für die Herstellung normativer Ordnung sei. Wir wissen, wie oben dargelegt wurde, dass dies ein Irrtum ist, weil Änderungen und Entwicklungen normativer Ordnungen im Zuge von Umweltveränderungen, d.h. durch Zeitablauf, nicht mit Lernen begegnet werden kann. Allein Verfahren des Entscheidens ermöglichen die Integration normativer Erwartungen in der Zeit.

Forderungen der Gelehrten oder der neuen Akteure des politischen Islams wurden mit ganz unterschiedlichen Begriffen artikuliert, die sich oftmals mit Begriffen aus den sozialen Realitäten, welche seit der Moderne zumeist in Nationalstaaten erlebt wurden, vermischten. Trotz aller Unwägbarkeiten einer solchen Unternehmung fand die Idee der Anpassung der Umwelt großen Anklang unter den Gläubigen. Denn viele von ihnen wünschten sich nichts mehr als die Kongruenz Gottes Erwartungen im Diesseits.

Anders als die Daʿwa-Bewegung und der pauschale Ruf zur Einheit der Umma, antworteten die Pan-Bewegungen auf das Defizit einer muslimischen oder arabischen Rechtsordnung mit einer Globalisierung von Entscheidungsprozessen.[119] Vor diesem Hintergrund sind auch die Erneuerung der Kalifatsidee sowie die Idee eines islamischen Staates mit globalem Anspruch einzuordnen. Ziel ist die globale Institutionalisierung einer islamischen Rechtsordnung, die jedoch nicht zwingend mit einem territorialen Anspruch verbunden sein muss, sondern sich auch transnational als quasi themenspezifisches Privatregime organisieren lässt, wie sich dies seit der Moderne auch andernorts, beispielsweise bei der *lex mercatoria* oder der *lex digitalis* beobachten lässt.[120]

Obwohl die Gelehrten der Vergangenheit eindringlich vor ihm gewarnt hatten, erfuhr auch der Takfir (*takfīr*) eine Renaissance in der Moderne.[121] Der *takfīr* zielt dabei jedoch anders als die Pan-Bewegungen nicht auf Globalisierung, mithin auf eine globale Integration mit muslimischen Interaktionspartnern, sondern auf eine Desintegration gegenüber anderen Gläubigen auf der Ebene des Glaubensbekenntnisses, um im kleineren Kreis und in einem übersichtlichen und vor allen Dingen einzigen Verfahren Recht gemäß den Erwartungen Gottes prozessieren zu können, welches nicht mit anderen Verfahren konkurriert. Die *takfīr*-Bewegung ist Ausdruck der Resignation gegenüber den Versuchen des politischen Islams eine globale Realisierung einer muslimischen Gesellschaft über eine Einwirkung auf die globale Umwelt zu erreichen.

(1999), S. 124. Einen Überblick über die Ursprünge und Organisation der Islamisierungsbewegung in der Moderne gibt Reinhard Schulze: *Islamischer Internationalismus im 20. Jahrhundert: Untersuchungen zur Geschichte der Islamischen Weltliga* (1990).

[119] Auch waren Realisierungsversuche der Pan-Bewegungen nur selten und/oder für kurze Zeit erfolgreich, siehe ausführlich Youssef M. Choueiri: *Arab Nationalism, A History Nation and State in the Arab World* (2001).

[120] Vgl. Fischer-Lescano / Teubner: *Regime-Kollisionen*, S. 44, 50.

[121] Einen Überblick der Entwicklung gibt die von Camilla Adang, Hassan Ansari, Maribel Fierro und Sabine Schmidtke herausgegebene Anthologie *Accusations of Unbelief in Islam, A Diachronic Perspective on Takfīr*; siehe dort dies.: Introduction, S. 1 ff.

D. Ergebnis

Die vorstehende Erörterung versteht sich als ein Vorschlag zur Grundlagenforschung zum Gegenstand der *šarīʿa*. Ein solches Vorhaben ist notwendig, da sich die Islamwissenschaft weitgehend ohne theoretische Vorannahmen ihrem Forschungsgegenstand nähert. Die von der Disziplin verwendeten Termini sind untauglich für die Erforschung der *šarīʿa*, weil diese der normativen Welt ihres Untersuchungsgegenstandes entstammen, wo sie die Rechtsarbeit der Juristen erklären und legitimieren. Die hieraus resultierenden Erkenntnisse sind überwiegend widersprüchlich, was von der Disziplin mit dem Hinweis auf eine Islam-Westen-Differenz gerechtfertigt wird: Ein westliches Rechtsverständnis ist zur Erforschung der *šarīʿa* nicht geeignet. Dies ist ganz richtig. Jedoch weist diese Erkenntnis lediglich darauf hin, dass die normativen Begriffe des Untersuchungsgegenstandes in eine Wissenschaftssprache überführt werden müssen, bevor dieser erforscht werden kann.

Der hier eingeführte Rechtsbegriff hat sich deshalb vom Axiom einer Islam-Westen-Differenz emanzipiert und eine Sprache gewählt, die allein für den Gebrauch in der Wissenschaft bestimmt ist und wichtiger noch vom Untersuchungsgegenstand selbst nicht spricht. Mit dem hier skizzierten Rechtsbegriff gehen wir davon aus, dass nur solche normativen Ordnungen als Recht qualifiziert werden können, die über die Dauer ihrer Existenz Kollisionen normativer Erwartungen durch nicht-konkurrierende Entscheidungen prozessieren und sich hierdurch von Ordnungen nicht-rechtlicher Natur, die gewöhnlich mit Begriffen wie Moral, Etikette usw. beschriften werden, unterscheiden. Ein solcher Begriff der normativen Ordnung erschließt sich nur über einen nicht-normativen Gesellschaftsbegriff. Normative Ordnungen werden durch die tatsächliche Reichweite der sozialen Interaktion über bestimmte Themen sowie durch den Integrationswillen ihrer Akteure bestimmt und nicht durch normative Gesellschaftsbegriffe, die vom Untersuchungsgegenstand selbst verwendet werden und gewöhnlich auf Religionen, Ethnien, Nationen o.ä. verweisen. Im Gegensatz zu nicht-rechtlichen normativen Ordnungen gilt für Rechtsordnungen, dass in ihnen Erwartungskollisionen durch nicht-konkurrierende Entscheidungen prozessiert werden können. Wo dies nicht gelingt, kommt es trotz Integrationswillens zur Desintegration sozialer Interaktion.

Die Erörterung der *šarīʿa* mit einem nicht-normativen Rechtsbegriff verweist auf ein nicht unerhebliches Revisionspotenzial herrschender Narrative und kann alternative und bislang kontingente Erklärungsräume sichtbar machen, in denen sich viele streitende Erkenntnisse der Islamwissenschaft integrieren lassen, was wir vorliegend jedoch nur in Ansätzen demonstrieren konnten. Wir haben festgestellt, dass zu Lebzeiten des Propheten die sozialen Voraussetzungen vorgelegen haben, um ein islamisches Recht gemäß den Erwartungen Gottes im Diesseits zu prozessieren. Akteuren war es möglich, ihre rechtlichen Erwartungen, die sie per Glaubensbekenntnis von Gott übernahmen, im Kollisionsfall mit nicht-konkurrierenden Entscheidungen des Propheten zu prozessieren und dies, ohne dass dabei auf eine Rechtsquelle verwiesen werden musste.

Nach dem Tod des Propheten ging diese Rechtsordnung jedoch verloren, während die hiernach von der *fiqh* entwickelten Merkmale der *šarīʿa* nicht geeignet waren, die Leistungen des Rechts zu übernehmen. Durch die Manifestierung konkurrierender *maḏāhib* konnte nur dort Recht prozessiert werden, wo die Verfahren der *maḏāhib* in geografisch getrennten Regionen operierten. Diese Pluralität von Rechtsordnungen lässt sich jedoch nicht als Rechtsordnung qualifizieren, weil dies der Prämisse des Glaubensbekenntnisses widerspricht,

dass ein Gott eine Rechtsordnung für eine bestimmte Einheit von Akteuren vorgesehen hat. Dieser Widerspruch blieb solange unentdeckt, als Muslime ausschließlich lokal oder in einer der vier *maḏāhib* interagierten. Trafen diese Rechtsordnungen jedoch auf trans-lokaler oder auch auf lokaler Ebene aufeinander, war die Integration der Erwartungen Gottes unmöglich und die Desintegration der Muslime trotz Glaubensbekenntnis und Integrationswillen unvermeidbar. Wir vermuten, dass an diesen Stellen Desintegrationsbewegungen zu beobachten waren und die davon betroffenen Gläubigen ihre normative Erwartungen in alternativen Institutionen abzuwickeln begannen, z. B. in Familien, Klans oder auch bei staatlichen Herrschern und später in Nationalstaaten.

Die von der Literatur überlieferten Merkmale der *šarīʿa* weisen jedoch darauf hin, dass den Gelehrten der *fiqh* das Problem bewusst war und sie eine Integration der Erwartungen Gottes auch auf globaler Ebene anstrebten. Der *iǧmāʿ* zielte zwar auf eine solche Integration, seine Institutionalisierung gelang jedoch nicht in der Rechtspraxis. Mit dem Konzept des *iḫtilāf* kapitulierte letztlich die *fiqh* vor der Möglichkeit der Integration kollidierender Erwartungen und damit der Möglichkeit einer Rechtsordnung, was damit begründet wurde, dass aufgrund der Pluralität der Meinungen der Gelehrten das Erkennen der ontologischen Existenz einer gottgegebenen Sinnwelt im Diesseits ausgeschlossen sei.

Die Entwicklung der *fiqh* in der Moderne war nicht nur eine Antwort auf die neuen gesellschaftlichen Herausforderungen, sondern auch auf die theoretischen Widersprüche im Konzept der *šarīʿa*, die sich mit dem Beginn der Moderne immer weniger verdecken ließen. Denn Moderne heißt vor allen Dingen Ausweitung der Reichweite sozialer Interaktion. Immer mehr Gläubigen wurde bewusst, dass Entscheidungen über Gottes Wort und Wille innerhalb der Reichweite ihrer sozialen Interaktion miteinander konkurrierten, weshalb die Institutionen der *fiqh* vollständig an Bedeutung verloren.

Eine soziologische Theorie geht davon aus, dass Recht ein Phänomen der sozialen Praxis ist, weshalb es nur dann beobachtet werden kann, wenn Akteure mit rechtlicher Qualität in sozialen Interaktionen erwarten, mithin im Kollisionsfall nicht-konkurrierende Entscheidungen reklamieren. Weil uns jedoch systematisches Wissen über die Qualität der Erwartungen von Muslimen nicht zur Verfügung steht, haben wir in der vorliegenden Untersuchung gemäß dem Wissen oder dem Willen der Gelehrten unterstellt, dass Gläubige die Erwartungen Gottes mit rechtlicher Qualität prozessieren wollen. Dabei ist keinesfalls klar, inwieweit und welche Themen betreffend die Gläubigen tatsächlich diesen Anspruch hatten oder haben. Für eine Erforschung der *šarīʿa*, mithin einer normativen Ordnung gemäß den Erwartungen Gottes, müssten solche Fragen also erst gestellt werden. Soziale Konflikte sowie Integrations- und Desintegrationsbewegungen sozialer Akteure können aber bereits jetzt wichtige Hinweise auf rechtliche Erwartungsstrukturen sowie die Voraussetzungen ihrer Organisation geben, an denen natürlich nicht immer nur Muslime beteiligt sind.

Reik Kirchhof ist Volljurist und Islamwissenschaftler, er arbeitet als Rechtsanwalt in Berlin und promovierte mit einer Arbeit zu einer Grundlegung einer Soziologie der *šarīʿa* am Institut für Religionswissenschaft, Abteilung Islamwissenschaft, der Universität Erfurt. Er erforscht globale und transnationale Ordnungsstrukturen, wie z. B. *šarīʿa* und Menschenrechtsregime, und ihre theoretischen Grundlegungen.

ZRI – Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam 9 (2017), S. 83–99

Creating Meanings: The Constructivist Concept of Interpretation in Islamic Legal Theory from the 4th Century Onwards

Serdar Kurnaz

1. Introduction

Besides the epistemic status of a statement in Hadith and Quran, Islamic Legal Theory, in general, concentrates on the way how sentences and words in particular, indicate meanings. According to the indicated clear meanings, scholars derive rules (*aḥkām*) from the authoritative scriptures by using the principles and rules of *iǧtihād*. In the case of ambiguity[1] scholars have to rectify that ambiguity and to make sure that a word can be understood and form part of the process of deriving rules. Thus, clarity and ambiguity / obscurity of the words used in the texts, which are used as references (*adlilla*, sg. *dalīl*) for the process of deriving rules, is one of the most important issues of Islamic Legal Theory. This article summarizes[2] the different approaches of systematizing the clarity and ambiguity of words and tries to discover their impact on the process of deriving rules from Quran and Hadith. For this purpose, after a brief summary of the system of the Ḥanafīs and the system of the so-called *mutakallimūn*, which is shared by the Mālikīs, Šāfiʿīs and Ḥanbalīs, I will concentrate on the approach of Ibn Rušd (d. 595/ 1198). Ibn Rušd, points out the impact of the different degrees of clarity and ambiguity on the process of deriving rules from Quran and Sunna, the so called *istinbāṭ al-aḥkām*. More specifically, Ibn Rušd tries to show, that the different degrees of clarity enable to systematize the different principles of *istinbāṭ al-aḥkām*. This article will close with an analysis of the above-mentioned different systems of clarity and ambiguity.

2. The Ḥanafī System of Clarity and Ambiguity

The Ḥanafī system of clarity and ambiguity, divided into two groups of four categories each, can be first seen in the writings of the Ḥanafī scholar Abū Zayd ad-Dabūsī (d. 430/ 1039). He is the first Ḥanafī who showed that there are four hierarchal degrees of clarity and ambiguity, respectively, of words used in a

[1] I call the different degrees of unclear words 'ambiguity' because of the presumption of the scholars, that every statement has a meaning and is useful (*mustaʿmal*), as far as *fiqh* is concerned; see for example Abū l-Ḫaṭṭāb al-Kalwaḏānī: *at-Tamhīd fī uṣūl al-fiqh*(4 vols.), ed. by Mufīd Muḥammad Abū ʿAmša, Jeddah 1985, I, p. 77. Thus, although we can discover different meanings of the word, it is possible, that we cannot discover the specific meaning among several meanings. The consequence is, that we need a further explanatory statement of the lawgiver, in order to make a decision under possible meanings.

[2] I confine myself to a summary because there are at least two books in English, which contain detailed descriptions on the degrees of clarity and ambiguity in both Ḥanafī and non-Ḥanafī tradition. These are M. Hashim Kamali: *Principles of Islamic Jurisprudence*, Cambridge 2003, and Husejn Šukrija Ramić: *Language and the Interpretation of Islamic Law*, Cambridge 2003. Not to forget is the important work of Bernard Weiss on al-Āmidīs *al-Iḥkām*: Bernard Weiss: *The Search for God's Law. Islamic Jurisprudence in the Writings of Sayf al-Dīn al-Āmidī*, Salt Lake City 2010.

sentence.[3] Ḥanafīs before ad-Dabūsī, like al-Ǧaṣṣāṣ (d. 370/981), recognized only two degrees of clarity and ambiguity,[4] like it is the case for the Mālikī, Šāfiʿī and Ḥanbalī tradition. I will focus on these four categories formulated by ad-Dabūsī which were, almost without exception, accepted by later Ḥanafīs.[5]

2.1 Degrees of Clarity

According to ad-Dabūsī and his Ḥanafī successors there are at least four degrees of clarity if a word is used in a statement or sentence. The first degree is the degree of *ẓāhir* (apparent). *Ẓāhir* is a word when it is used in his meaning which appears in the first moment of the use or in the first moment of reading it. The Ḥanafīs give the example of Q 2:275 "God has made buying and selling lawful, and interest unlawful". The apparent meaning of the verse is that God has forbidden interest – or usurious sales – but permitted sales in general. Although the intent of the speaker is different – as we will soon see – and does not match with this apparent meaning, the apparent meaning, due to its correlation with the wording of the sentence, requires certainty (*qaṭʿ*) both for specific (*ḫāṣṣ*) and general (*ʿāmm*) words.[6] In other words, we can derive the rule that usurious sales are forbidden with certainty; the meaning is certain (*qaṭʿī*). Although we can deduce a definitive meaning, there is the possibility to interpret this sentence according to some indicators and give it another meaning. Then the meaning becomes, according to the strength of the evidence, *muʾawwal* (that is 'interpreted') or *mufassar* (possibly to translate as 'explicated'). But, so long as there is no evidence or indicator for an interpretation toward another meaning, for Ḥanafīs the apparent meaning should be taken into account.[7]

When the apparent meaning is confirmed by a further indication, which comes from the speaker himself, then the statement becomes even clearer. Such a meaning is, according to the Ḥanafīs, called *naṣṣ* (to translate as 'fixed')[8]. For example, Q 2:275 was evident in the

---

[3] Abū Zayd ʿAbdallāh ad-Dabūsī: *Taqwīm al-adilla fī uṣūl al-fiqh*, ed. by Khalīl Muḥy ad-Dīn al-Mays, Beirut ²2007, pp. 116–118.

[4] Abū Bakr Muḥammad b. ʿAlī al-Ǧaṣṣāṣ: *al-Fuṣūl fī l-uṣūl* (4 vols.), ed. by ʿUǧayl Ǧāsim an-Našamī, Kuwait 1994, I, pp. 59 f., 63–77, 373–376; II, 27.

[5] For a brief description of the evolution of the terms for the different degrees of clarity and ambiguity in the Ḥanafī tradition see: Serdar Kurnaz: *Methoden zur Normderivation im islamischen Recht – Eine Rekonstruktion der Methoden zur Interpretation autoritativer textueller Quellen bei ausgewählten islamischen Rechtsschulen*, Berlin 2016, pp. 288 f.

[6] We know that Ḥanafīs do not differentiate between general and specific words and assume that both general and specific words are of that kind, that we know with certainty that a word is used in its own specific or general sense, see al-Ǧaṣṣāṣ: *al-Fuṣūl* I, p. 103; ad-Dabūsī: *Taqwīm*, pp. 96, 100; Abū Bakr Muḥammad as-Saraḫsī: *al-Uṣūl*, ed. by Abū l-Wafā al-Afġānī, Beirut 1993, I, pp. 133 f.; ʿAlāʾ ad-Dīn ʿAbdalʿazīz al-Buḫārī: *Kašf al-asrār ʿan uṣūl al-fiqh Faḫr al-Islām al-Bazdawī*, Beirut 1997, I, pp 444 f. The latter contains also *Kanz al-wuṣūl ilā maʿrifat al-uṣūl* from the famous and influential Ḥanafī scholar Abū l-ʿUsr ʿAlī b. Muḥammad al-Bazdawī (d. 482/1089), a contemporary of another famous Ḥanafī scholar, as-Saraḫsī (d. 483/1090). All citations of *Kašf al-asrār* al-Buḫārīs contain also the ideas of al-Bazdawī.

[7] Ad-Dabūsī: *Taqwīm*, p. 116; as-Saraḫsī: *al-Uṣūl*, I, pp. 163 f.; ʿAbdalʿazīz al-Buḫārī: *Kašf* I, p. 72. See also al-Ǧaṣṣāṣ: *al-Fuṣūl* I, pp. 40–46, 185.

[8] I translate *naṣṣ* as 'fixed', because the meaning is fixed by the intention or an indication of the speaker, so that the apparent meaning becomes clearer and cannot be interpreted as easily as it was the case on *ẓāhir*. Also the originally meaning of *naṣṣa – yanuṣṣu*, the root of the word *naṣṣ*, is *inter alia* to fix, determine, besides further meanings like to specify (*ʿayyana* from

meaning, that usurious sales are forbidden, but it is fixed in the meaning, that usurious sales are not identical with other allowed forms of sales, like it was claimed by the polytheistic Arabs. It is possible to interpret a fixed meaning by using an indicator, but this is more complicated than in the case of an apparent meaning due to the fact that, *inter alia*, the intent of the speaker fixes a certain meaning.[9]

When there is an apparent or fixed meaning and this meaning is even clearer due to an addition, which excludes a possible interpretation (*taʾwīl*), then the meaning is *mufassar* (explicated)[10]. The example, given by the Ḥanafīs, is Q 15:30: "Thereupon the angels prostrated themselves, all of them together". The apparent meaning is that the angels prostrated themselves. The word '*kulluhum* (all of them)' fixes the meaning that all angels prostrated themselves. This still leaves a possibility to interpret 'all angels' and specify it to a certain group among them. This possibility, however, is eliminated by the word 'together' (*ağmaʿūna*): all the angels, they all together prostrated themselves.[11]

A word is *Muḥkam* ('unambiguous'), when there is no possibility for an abrogation (*nasḫ*) of a certain *mufassar* statement. The main difference between *mufassar* and *muḥkam* is[12] that *mufassar* statements may have been abrogated or may be in an 'abrogational relation' with other statements. Such a relation is excluded for *muḥkam* statements. An example is Q 24:4 where the *qāḏif*, e. g. the person, who accuses chaste women of adultery, is excluded from being a witness in a court decision forever.[13]

We can see that there is an interdependence of the different degrees of clarity. Additional indicators and evidence make a statement clearer, at least so clear, that an abrogation and specification (*taḫṣīṣ al-ʿāmm*) can be excluded. The first two degrees allow scholars to interpret statements to gain other meanings than the apparent, according to indicators and evidence, and to specify general statements and particularize them. Nevertheless, all of what was mentioned above is not possible in cases of unclear statements.

---

taʿyīn) and to raise up (*rafaʿa*). This translation allows me to use other words for the translation of the following degrees of clarity.

9 Ad-Dabūsī: *Taqwīm*, pp. 116 f.; ʿAbdalʿazīz al-Buḫārī: *Kašf* I, pp. 72–74; as-Saraḫsī: *al-Uṣūl* I, pp. 163–165.

10 I use the word explicated due to distinguish *mufassar* from *mubayyan* and *muʾawwal*. *Mubayyan* implies a word, whose meaning is not immediately obvious and therefore should be explained by an indicator or an additional evidence (*dalīl*). Thus, *mubayyan* should be translated as *explained*. Then, it is not correct to use *explained* for the Arabic word *mufassar*. In contrast to *muʾawwal*, which is also used for the clarification of uncertain usage of words, *mufassar* here means, that an apparent meaning gets clearer and more detailed, which we can express with the word 'to explicit'. So *mufassar* can be translated as *explicated.* Then *muʾawwal* should be translated as *interpreted,* because 'to interpret' implies special knowledge in dealing with something. Due to the special knowledge – additional indicator or evidence found elsewhere in the authoritative texts – we can interpret a certain apparent meaning. Then it becomes *muʾawwal*, e. g. *interpreted.* In *mufassar* the additional indicator is in the same sentence and it is a part of the apparent meaning, so we do not need a special knowledge, through which an interpretation can be possible. Rather, in the case of *mufassar* an interpretation is excluded.

11 Ad-Dabūsī: *Taqwīm*, p. 117; as-Saraḫsī: *al-Uṣūl* I, p. 165; ʿAbdalʿazīz al-Buḫārī: *Kašf* I, pp. 77 f.

12 The other two categories, *ẓāhir* and *naṣṣ*, can also be subject of a possible abrogation.

13 Ad-Dabūsī: *Taqwīm*, p. 117; as-Saraḫsī: *al-Uṣūl* I, p. 165; ʿAbdalʿazīz al-Buḫārī: *Kašf* I, p. 80.

2.2 Degrees of Ambiguity

The first degree of unclear words is *ḫafī* (hidden, concealed). The meaning of a word is hidden not because of the word itself in its form (*ṣīġa*), rather there is some hindrance apart from the word itself (lit.: *ʿāriḍ ġayr aṣ-ṣīġa*). For example, the word 'thief (*sāriq*)' in Q 5:38 is originally used for everybody who took something in secret. However, there are also other types of stealing something in secret, but those actions are not called 'theft'. Different types of stealing something have different terms like *nabbāš* (a grave robber) or *ṭarrār* (robber, lit.: scoundrel). Thus, if we discover that similar actions do have different designations, we can conclude that the word 'thief' could be meant in a specific sense and be used for a special type of theft. So the meaning of the word 'thief' is hidden and must be discovered by active investigation (*ṭalab*) based on further indicators and evidence.[14]

When the word itself is unclear, then we do not have a case of 'hidden meaning', but a case of a *muškil* ('dubious')[15] word. Dubious words entail different competing meanings, so that the listener cannot decide which meaning is used by the speaker. The listener has to search for indicators and evidence that show us the used meaning under different opportunities. Equivocal or polysemic (*muštarak*) words are specific types of dubious words. The word *qurūʾ* for example in Q 2:228 is dubious in the meaning of 'menstruation' or 'purity'.[16]

When further research on indicators and other linguistic aspects cannot solve the equivocality of a word, then the word becomes *muǧmal* (summarized). Such words sum up different meanings and are therefore called summarizing. They are unclear as long as the speaker gives no evidence (*dalīl*) or explanation (*bayān*) of how he himself used the word.[17] If there is no such explanation, the statement becomes *mutašābih* (unclear). In sum, we can say

[14] Ad-Dabūsī: *Taqwīm*, pp. 117 f.; ʿAbdalʿazīz al-Buḫārī: *Kašf* I, p. 82; as-Saraḫsī: *al-Uṣūl* I, p. 168.

[15] *Muškil,* derived from *aškala-yuškilu*, literally means 'to be dubious, vague, difficult or become confused'. I translated *muškil* as *dubious* because of its synonym *iltibās* and its definition by the Ḥanafī scholars. *Iltibās*, respectively *iltabasa* means 'to be ambiguous, dubious and obscure'. The technical term *muškil* is used for words which have mixed up two or more meanings in one word. Therefore, it is not only 'difficult' to discover the meaning, it is dubious which of the possible meanings is used in a specific case. If we translate *muškil* as ambiguous, then we cannot technically differentiate between the ambiguity in general and its different degrees. One would give the impression as if *muškil* could be an umbrella-term. Also the translation like for example 'the problematic' is problematic in itself, because the meaning of a *muškil* is not problematic to discover, we only have some doubts, which of the possible meanings is used. Further, if we translate *muškil* as 'problematic', then it would be difficult to translate *iškāl* as 'problem', because *iškāl*, the factor which leads to "*being-muškil*" of a word, cannot be translated as 'problem'. *Iškāl* should be translated as 'doubt'. The doubt because of the mixed up meanings lead to the conclusion, that we have a dubious/*muškil* word. That doubt is more precise than other possible translation. This can especially be seen in the presumption of the Ḥanafīs that each degree of clarity has a character of certainty (*qaṭʿ*). If the word bears two or more meanings, then there is a doubt about the certain meaning and the word becomes dubious (*muškil*). But I have to say, that the translation dubious is also not *the* solution, because we have now the problem of differentiating it from *šakk*.

[16] Ad-Dabūsī: *Taqwīm*, p. 118; ʿAbdalʿazīz al-Buḫārī: *Kašf* I, p. 83; as-Saraḫsī: *al-Uṣūl* I, pp. 126 f.

[17] For *muǧmal* and the factors of summation (*iǧmāl*), see ad-Dabūsī: *Taqwīm*, p. 118; ʿAbdalʿazīz al-Buḫārī: *Kašf* I, pp. 86 f.; as-Saraḫsī: *al-Uṣūl* I, pp. 168 f. See also al-Ǧaṣṣāṣ: *al-Fuṣūl* I, pp. 63 f., 66–73.

with regards to those Quranic verses which give some information on God, like God's hand (Q 48:10) and face (Q 55:27) etc. that these verses are unclear and there is no evidence on the intent of the speaker and no explanation from the speaker. *Mutašābih* is not a category which is important for the process of deriving rules, because the *mutašābih* verses are mostly on theological and not juridical issues.[18]

A different approach to *mutašābih* can be seen by al-Ǧaṣṣāṣ. For al-Ǧaṣṣāṣ *mutašābih* statements are different from *muǧmal*, but contrary to the later Ḥanafī understanding of *mutašābih*, al-Ǧaṣṣāṣ considers them understandable like *muškil.* The example given by al-Ǧaṣṣāṣ is Q 2:222 and the different possibilities of the recitation (*qirāʾa*) of the word *yaṭhurna*. *Yaṭhurna* can also be recited as *yaṭṭahharna*, which leads to a different rule concerning the permission of sexual contact before or after cleaning oneself after the menstruation than if it were read as *yaṭhurna*.[19] Since al-Ǧaṣṣāṣ knows only two degrees of ambiguity – *muǧmal* and *mutašābih* –, his definition of *mutašābih* is similar to, but also different from how later Ḥanafī scholars interpreted *muškil*. It is also different from the concept of *mutašābih* by scholars belonging to the *mutakallimūn* tradition, like we will see below.

3. The System of the *Mutakallimūn* of Clarity and Ambiguity

Although we can say that the *mutakallimūn* and *fuqahāʾ*[20] use almost the same style of argumentation and the same methods in the process of deriving rules[21], we can see that there are different conceptual systems as far as the degrees of clarity and ambiguity is concerned. The *mutakallimūn*-tradition consists of different approaches in three schools of law, the Mālikiyya, Šāfiʿiyya and Ḥanbaliyya, and in addition to them also the Muʿtazila. Therefore, it is self-evident that different scholars have somehow different approaches, but within those group there is a common core on which I will focus. The common core is predominantly defined by the works of Abū Ḥāmid al-Ġazālī (d. 505/1111) and Abū l-Maʿālī al-Ǧuwaynī (d. 478/1085), who are both mainly influenced by Abū Bakr al-Bāqillānī (d. 403/1013).[22]

3.1 Degrees of Clarity

In contrast to the Ḥanafī tradition the *mutakallimūn* have two different degrees of clarity: *naṣṣ* and *ẓāhir*.[23] The different definitions given by scholars like al-Ǧuwaynī, al-Ġazālī, al-Bāqillānī, Abū l-Ḥusayn al-Baṣrī (d. 436/1044)

[18] Ad-Dabūsī: *Taqwīm*, p. 118; ʿAbdalʿazīz al-Buḫārī: *Kašf* I, pp. 88–95; as-Saraḫsī: *al-Uṣūl* I, pp. 169 f. See also Kurnaz: *Methoden*, pp. 279 f.

[19] Al-Ǧaṣṣāṣ: *al-Fuṣūl* I, pp. 374 f.

[20] This distinction into the Ḥanafī/*fuqahāʾ* and *mutakallamūn* tradition, to whom the Ḥanbalīs, Mālikis and Šāfiʿīs belong, goes back to the distinction of ʿAbdarraḥmān Ibn Ḫaldūn (d. 808/1406) in his *al-Muqaddima* 1–5, ed. by ʿAbdassalām aš-Šaddādī, Casablanca 2005, III, pp. 18–21.

[21] See Kurnaz: *Methoden*, pp. 454–457; David Vishanoff: *The Formation of Islamic Hermeneutics. How Sunni Legal Theorists Imagined a Revealed Law*, Connecticut 2011, pp. 270 f.

[22] Kurnaz: *Methoden*, p. 268.

[23] Muḥammad Adīb Ṣāliḥ: *Tafsīr an-nuṣūṣ fī fiqh al-islāmī*, Beirut et al. [4]1993, I, p. 141.

and ʿAbdalǧabbār (d. 415/1025) can be summarized as follows: *Ẓāhir* is the most apparent of all possible meanings of a word. Thus, unlike in the Ḥanafī tradition, *ẓāhir* does not signify a degree of certainty. Rather, it signifies a status of presumption (*ẓann*). Thus, *ẓāhir* meanings can be, according to indicators and evidence, interpreted to derive a different meaning than the apparent one.[24] Some Ḥanafīs, especially the Samarqand-Ḥanafīs, follow the *mutakallimūn* tradition concerning the epistemic status of *ẓāhir*.[25] Thus, general words are presumably general, but specific words, the so called *ḫāṣṣ* words, are definitely specific; they have a definitive quantity, but their meaning can be at the level of presumption, as far as they are *ẓāhir*.

Naṣṣ like *ẓāhir*, can be summed up as a word or statement that is fixed on one meaning and that entails that meaning with certainty. An interpretation for deriving different meanings is almost excluded or only possible with very strong evidence or indicators. Thus, *naṣṣ* meanings are paramount to *ẓāhir*.[26] Besides this possible common definition from the 5th/11th century onwards, there are differing definitions from earlier centuries like the definition of Muḥammad b. Idrīs aš-Šāfiʿī (d. 204/820) and Abdalǧabbār. Aš-Šāfiʿī says that *naṣṣ* is a statement, whose intended meaning can be discovered either through an additional indicator or directly through its own wording.[27] Abdalǧabbār defines *naṣṣ* similarly.[28] We can say, that the distinction between *naṣṣ* and *ẓāhir* was not as sharp as it was made by later scholars like al-Ǧuwaynī and al-Ġazālī.

Although there are some *mutakallimūn*-scholars who define *muḥkam* and *mufassar*, these two terms do not have an impact on the methods of deriving rules like they have for the Ḥanafī tradition.[29]

3.2 Degrees of Ambiguity

Like the degrees of clarity there are two degrees of ambiguity in the tradition of the *mutakallimūn*: *muǧmal* and *mutašābih*. Unlike in the Ḥanafī tradition, *muǧmal* is somewhat of an umbrella-term for equivocal/unclear words and statements. We can say, that *muǧmal* in the *mutakallimūn* tradition includes the concepts of *ḫafī, muškil* and *muǧmal* of the Ḥanafī tradition, insofar as *mutašābih* stands for words and statements which, like in the Ḥanafī tradition, on theological matters are not to be understood in a juridical sense. For some of the scholars from the *mutakallimūn* tradition, like al-Bāqillānī, al-Bāǧī (d. 474/1081) and Ibn ʿAqīl (d. 513/1119), the definition of *mutašābih* differs. They use *mutašābih* as an umbrella-term for unclear words. The 'unclearness' can be solved with indicators, evidence and through deep investigation.[30] Because of such

[24] Abū Ḥāmid Muḥammad al-Ġazālī: *al-Musṭaṣfā min ʿilm uṣūl al-fiqh* III, ed. by Ḥamza b. Zuhayr Ḥāfiẓ, Medina o. J., p. 37; Abū Bakr al-Bāqillānī: *at-Taqrīb wa-l-iršād aṣ-ṣaġīr* I, ed. by ʿAbdalḥamīd b. ʿAlī Abū Zunayd, Beirut ²1998, pp. 340, 349 f.; Abū l-Maʿālī al-Ǧuwaynī: *al-Burhān fī uṣūl al-fiqh* I, ed. by ʿAbdalʿaẓīm ad-Dīb, Qatar 1979, pp. 416 f.; Abū l-Ḥusayn al-Baṣrī: *al-Muʿtamad fī uṣūl al-fiqh* I, ed. by Ḫalīl al-Mays, Beirut ³2005, p. 295; Abū l-Ḥasan ʿAbdalǧabbār al-Asadābadī: *al-Muġnī fī abwāb at-tawḥīd wa-l-ʿadl* XVII, Cairo o. J., pp. 35, 37.

[25] Kurnaz: *Methoden*, p. 261. See also ibid., fn. 4.

[26] Al-Ġazālī: *al-Musṭaṣfā* III, pp. 85 f.

[27] Al-Ġazālī: *al-Musṭaṣfā* III, p. 85.

[28] Abu l-Ḥasan ʿAbdalǧabbār: *Al-Muġnī fī abwāb at-tawḥīd wa-l-ʿadl* 1–20, ed. by Ṭāhā Ḥusayn and Amīn al-Ḫūlī, Cairo o. J., XVII, pp. 35, 37.

[29] For a brief summary see Kurnaz: *Methoden*, pp. 271 f.

[30] Al-Bāqillānī: *at-Taqrīb* I, pp. 330 f.; Abū l-Walīd Sulaymān al-Bāǧī: *Iḥkām al-fuṣūl fī aḥkām al-uṣūl* I, ed. by ʿAbdalmaǧīd Turkī, Beirut ²1995, p. 176; Abū l-Wafā Ibn ʿAqīl al-Baġdādī: *al-Wāḍiḥ fī uṣūl al-fiqh* I, ed.

definitions, which mix up *mutašābih* and *muǧmal*, al-Ǧuwaynī does not distinguish between the two terms and sees them as synonymous.[31] Other scholars say that *mutašābih* is not a specific category for words. Rather, it is a title for the category of ambiguity.[32] For example, Al-Bayḍāwī (d. 685/1286) says that *mutašābih* is the 'meta category' for *muʾawwal* and *muǧmal*. Thus, *muʾawwal* and *muǧmal* are two types (*nawʿān*) from the genus (*ǧins*) *mutašābih*.[33] Apart from the definition of al-Bāqillānī, al-Bāǧī and Ibn ʿAqīl, which is similar to the definition of al-Ǧaṣṣāṣ, *mutašābih* in the *mutakallimūn*-tradition seems to be similar to the Ḥanafī use of *mutašābih*.

Although both the tradition of the Ḥanafīs and the *mutakallimūn* are very elaborate approaches, they do not concentrate on the impact of these categories on the process of deriving rules from the sources. They are only concerned with clarity and ambiguity in itself. The *mutakallimūn* also concentrate on different possibilities to clarify unclear words, the so called *bayān*. As far as I can see in the literature, Ibn Rušd is the first and only scholar who tries to systematize all methods of interpretation according to the degrees of clarity and ambiguity – his approach rests on the system of the *mutakallimūn*.

4. Systematizing the Process of Deriving Rules by Ibn Rušd: The *naṣṣ–ẓāhir–muǧmal*-Trichotomy

4.1 The Trichotomy Applied Generally on Statements

Ibn Rušd mentions four degrees of clarity and ambiguity – these are *naṣṣ, ẓāhir, muǧmal* and *muʾawwal* – and in particular has a further division of clarity with respect to the form (*ṣīġa*) of words. However, we can sum up these further division to three categories, because for Ibn Rušd *muʾawwal* is a specific type of *ẓāhir*. Thus, we can say, that Ibn Rušd uses a *ẓāhir–naṣṣ–muǧmal*-trichotomy to systematize the process of deriving rules.

This differentiation of the words into *naṣṣ, ẓāhir* and *muǧmal*, also sometimes *muʾawwal*, is for Ibn Rušd useful for the whole discipline of *uṣūl al-fiqh*. For that, he analyses the different categories of words, which are important for the process of deriving rules from the authoritative references.[34]

For Ibn Rušd, words (*alfāẓ*), which are used in only one meaning, are called *naṣṣ*. He calls those words *naṣṣ* with respect to their form (*min ǧihat aṣ-ṣīġa*). If a word indicates more than one meaning all of which are possible meanings, and if there is a need for evidence (*dalīl*) and indicators (*qarīna*) to discover which meaning is used, then the word is *muǧmal* regarding its form.

by ʿAbdallāh b. ʿAbdalmuḥsin at-Turkī, Beirut [5]1999, pp. 166 f.

[31] Al-Ǧuwaynī: *al-Burhān* I, p. 424.

[32] Faḫr ad-Dīn Muḥammad b. ʿUmar ar-Rāzī: *al-Maḥṣūl fī ʿilm uṣūl al-fiqh*, ed. by ʿĀdil Aḥmad ʿAbdalmawǧūd and ʿAlī Muḥammad Muʿawwaḍ, Sayda [2]1999, I, p. 116; II, p. 261.

[33] Nāṣir ad-Dīn ʿAbdallāh b. ʿUmar al-Bayḍāwī: *Minhāǧ al-wuṣūl ilā maʿrifat al-uṣūl*, ed. by Šaʿbān Muḥammad Ismāʿīl, Mekka 2008, p. 31.

[34] Abū l-Walīd Ibn Rušd: *aḍ-Ḍarūrī fī uṣūl al-fiqh*, ed. by Ǧamāl ad-Dīn al-ʿAlawī, Beirut 1994, p. 103.

There are also words which indicate several meanings, but where one meaning is more apparent than the others. This meaning is then called *ẓāhir* with respect to its form, as far as there are no indicators. If there are some indicators which point to one of the less obvious meanings, then the word is called *muʾawwal* with respect to its form. The difference between Ibn Rušd and the rest of the above mentioned scholars is that Ibn Rušd calls the different degrees by their known names "with respect to their form" (lit. *min ǧihat aṣ-ṣīġa*).[35]

[35] Ibn Rušd: *aḍ-Ḍarūrī*, pp. 101 f. For examples on these degrees of clarity and ambiguity see Ibn Rušd: *aḍ-Ḍarūrī*, pp. 103–105. Ibn Rušd mentions almost the same description of the degrees of clarity and ambiguity in his *Bidāyat al-muǧtahid*, but he calls there *muǧmal* as *muḥtamal*; see Abū l-Walīd Ibn Rušd: *Bidāyat al-muǧtahid wa-nihāyat al-muqtaṣid*, ed. by Abū Aws Yūsuf b. Aḥmad al-Bakrī, Jordan 2007, p. 18. For an English translation of the Introduction of *Bidāyat al-muǧtahid* see Yasin Dutton: The Introduction to Ibn Rushd's "Bidāyat al-Mujtahid", in: *Islamic Law and Society* 1/2 (1994), pp. 188–205. There are also two English translations by Nyazee in Ibn Rušd: *The Distinguished Jurist's Primer. A translation of Bidāyat Al-Mujtahid* (2 vols.), translated by Nyazee Imran Khan, London 1994–1996, and by Asadullah Yate: *Ibn Rushd as Jurist* [unpublished Ph. D. thesis], Cambridge University 1991. Besides of these translations in English there are two French translations: Averroes: Bidâyat al-mujtahid, translated by Léon Bercher, in: *Revue Tunisienne de Droit* (1955), pp. 31–37; Ahmed Laïmèche: *La Bidaya. Averroès. Manuel de l'interprète des lois et traité complet du juriste du Mariage et de sa Dissolution*, Alger 1926, and a Turkish translation Ebü'l-Velîd: İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid (Mezhepler Arası Mukayeseli İslâm Hukuku)*, translated by Ahmed Meylânî, Istanbul [2]2015. Further, we can find a brief summary of the Introduction in Spanish by Maḥmūd ʿAlī Makkī: Contribución de Averroes a la ciencia jurídica musulmana, in: *Al Encuentro de Averroes*, ed. by Andrés Martínez Lorca, Madrid 1993, pp. 15–38. Nyazee and Meylânî both translated the whole *Bidāyat al-muǧtahid*. Some *Books* of the *Bidāyat al-muǧtahid* were also translated to French by Ahmed Laïmèche: *Bidayat al moudjetahid: manuel de l'interprète des lois et traitè complet du juriste. Livre des Echanges*, Alger 1940; id.: *La Bidaya. Averroès. Manuel de l'interprète des lois et traitè complet du juriste du Mariage et de sa Dissolution*, Alger 1926; id.: *La Bidaya. Averroès. Manuel de l'interprète des lois et traitè complet du juriste du Juriste, des Donations, des Testaments, des Successions, des Jugements*, Alger 1928. For further French translations see François Viré: Le Livre de La Chasse (Averroès), extrait de la Bidāyat al-mujtahid, in: *Revue Tunisienne de Droit* (1954), pp. 231–251, and G. H. Bousquet: La 'Bidäya' d'Averroes. Le Livre de l'Interdiction, in: *Revue Algérienne de Droit* (1949), pp. 41–49.pp. 41–49. The *Book* of *Ǧihād* is also translated into English by Rudolph Peters: *Jihad in Mediaeval and Modern Islam: The Chapter of Jihad from Averroes' Legal Handbook 'Bidāyat al-mudjtahid' and the Treatise 'Koran and Fighting' by the Late Shaykh al-Azhar, Maḥmūd Shaltūt*, Leiden 1977, pp. 9–25, and the same *Book* was translated by using the English translation into Italian, see Maria Giovanna Stassola (ed.): *Italia euro-mediterranea nel Medioevo: terstimonianze di scrittori arabi*, Bologna 1983, pp. 66–74. *Aḍ-Ḍarūrī fī uṣūl al-fiqh* was recently edited, translated and commented by Ziad Bou Akl into French, see Ziad Bou Akl: *Averroès: le philosophe et la Loi*, Boston / Berlin / Munich 2015.

Why does Ibn Rušd say that a word is either *naṣṣ* and *ẓāhir* or *muǧmal* and *muʾawwal* with respect to their form? The answer is that Ibn Rušd divides not only the meanings of words according to their forms into *naṣṣ, ẓāhir* and *muǧmal*, he divides also the implicit content (or implication, Arabic: *al-mafhūm*)[36] of words into *naṣṣ, ẓāhir, muǧmal* and *muʾawwal*, depending on the strength of the indicator, leading to the implicit meaning and not the form of the word itself. Ibn Rušd mentions some types of the implication like ellipsis, alteration and metaphor. He calls these implications *maǧāz* (figurative expressions). Because of this dichotomy, each degree of clarity and ambiguity has two dimensions: with respect to the form and to the implication.[37]

According to the *uṣūl al-fiqh*, one can derive rules from *bayān*. Every statement can be a *bayān*, as far as the words used in the statement have meanings which can be understood and which are clear, either with respect to their forms or implications. Thus, all statements, from which a rule can be derived, are *bayān* and should be taken into account for the process of deriving rules. This is equivalent to *naṣṣ* and *ẓāhir*. Because of the fact, that *muǧmal* does not have a clear meaning and becomes clear only due to some evidence and indicators, *muǧmal* statements or words cannot be *bayān*, according to Ibn Rušd. *Muǧmal* itself needs a *bayān* to be clarified.[38]

Because of the assumption, that *naṣṣ* is only used in one meaning, Ibn Rušd does not give a detailed scheme of *naṣṣ* with its subcategories, like he does for *ẓāhir*. *Ẓāhir* for Ibn Rušd has two types: The obvious meaning according to the first appearance of a word and the figurative meaning according to indicators, which connect the figurative meaning with the original meaning of a word. The second type of *ẓāhir* with respect to its form is the so called *mubdal* (replaced). Replacement for Ibn Rušd means "replacement of the particular through the universal" (*ibdāl al-kullī makāna l-ǧuzʾī*) and vice versa.[39] We can see that *mubdal* has two types: the universal (*al-kullī*) and the particular (*al-ǧuzʾī*). The universal is for Ibn Rušd *al-ʿāmm*, e. g. general words, which category has many subcategories, like plurals determined by the article *alif* and *lām* (*lām at-taʿrīf*) and quantifiers like 'every' (*kull, ǧamīʿ*). General words should be understood in their general meaning, as long as there is no evidence for their more specific use. General words and expressions can also be used directly without further evidence in a specific sense. These words are called *ʿāmm yurādu bi-hi l-ḫāṣṣ* (or *al-ʿāmm wa-l-murādu bi-hi l-ḫāṣṣ*).[40]

---

[36] Weiss translates *al-mafhūm* as 'implication' with a convincing explanation of why he does not use 'signification' instead of implication, see Weiss: *The Search for God's Law*, p. 473. Bou Akl translates *al-mafhūm* in the above mentioned passage as "contenu implicite" (Bou Akl: *Averroès*, p. 241), which is very suitable for the flow of our summary of the mentioned passage in *aḍ-Ḍarūrī*.

[37] Ibn Rušd: *aḍ-Ḍarūrī*, pp. 102 f.

[38] Ibn Rušd: *aḍ-Ḍarūrī*, pp. 103 f. After that description Ibn Rušd focuses on the problem of the time of the *bayān* as a clarifier of the *muǧmal* statement, the so called problem of *taʾḫīr al-bayān*. He also focuses on the problem of the specification of general statements by particular statements, the so called *taḫṣīṣ al-ʿāmm* and its chronology, see Ibn Rušd: *aḍ-Ḍarūrī*, pp. 104–106.

[39] Ibn Rušd: *aḍ-Ḍarūrī*, p. 107. Ibn Rušd says that 'replacement' (*ibdāl*) originally is used for also all types of the figurative use of words. However, in the above-mentioned case, Ibn Rušd uses *ibdāl* in its specific meaning, e. g. as *ibdāl al-kullī makāna l-ǧuzʾī* and vice versa.

[40] Ibn Rušd: *aḍ-Ḍarūrī*, pp. 107–110. For the controversial subcategories of general words, see Ibn Rušd: *aḍ-Ḍarūrī*, pp. 110 f. For further discussions on general

The other type of *mubdal*, namely the particular (*al-ǧuzʾī*), are specific words (sg. *al-ḫāṣṣ*), like names. The crucial point is that specific words are in relation to general words specific: They are always relationally and relatively specific. This would mean that 'men' is general in relation to 'man', but it is specific in relation to 'mankind'. Specific words can also be used in a general meaning. This can be obvious like in the case of "Don't say 'Fie' to them" (Q 17:23) – it is also forbidden to go beyond saying 'Fie' – or less obvious.[41]

One of the most important points is that both types of *ẓāhir* should be taken into account according to their apparent meaning, as long as there is no evidence for a divergent meaning. If the latter is the case, the word becomes *muʾawwal*. According to Ibn Rušd, this principle is a result of inductive corroboration (*istiqrāʾ*) and the *iǧmāʿ* of the Companions to understand statements in their *ẓāhir* meaning for the process of deriving rules, as long as there is a lack of evidence for a *taʾwīl*.[42] We will see this argument later in the discussion of commands and prohibitions.

4.2 The Trichotomy Applied on Implications

Like the form of words, which are categorized into *naṣṣ, ẓāhir, muǧmal* and *muʾawwal*, Ibn Rušd categorizes the implication, in other words the implicit meaning of words, according to his trichotomy of *naṣṣ–ẓāhir–muǧmal*. It will be remembered that the implicit meaning has to be based on indicators (*qarāʾin*). Regarding this and the mentioned trichotomy, if there are indicators with a definitive (*qaṭʿī*) character and if they imply definitively only one meaning, then we have again a clarity of the degree of *naṣṣ*, concerning the implicit meaning. If those indicators are of the character of probability – if it is *ẓannī* –, then the implicit meaning is *ẓāhir*. If different indicators imply different meanings and are of the same probability, then the implicit meaning is *muǧmal*. This lack of clarity of *muǧmal* can only be solved by other evidence, which is found elsewhere.[43] For example, the use of the *argumentum a contrario* (*mafhūm al-muḫālafa* or *dalīl al-ḫiṭāb*) is conducted according to the indicators on the degree of *naṣṣ*, *ẓāhir* or *muǧmal*, which shows the scholar, whether the *argumentum a contrario* can be used in the process of deriving rules in a specific case or not.

4.3 The Trichotomy Applied on Prescriptive (*inšāʾī*) Statements

These categories are all important for informative (*aḫbār*) and prescriptive (*inšāʾī*) statements. On the other hand, only prescriptive statements are relevant for the process of deriving rules.[44] They in turn can be divided into two forms: prescriptive statements can have the grammatical form of imperatives (com-

words like *at-taḫṣīṣ* (specification), *al-istiṯnāʾ* (exception) and *at-taqyīd* (concretization), see ibid., pp. 111–117.

[41] Ibn Rušd: *aḍ-Ḍarūrī*, pp. 117 f.

[42] Ibn Rušd: *aḍ-Ḍarūrī*, pp. 107 f. Ibn Rušd also analyses the different degrees of the clear appearance of the obvious meaning. He concludes that the more often a word is used the clearer is the degree of obviousness of the *ẓāhir*. For the degrees of clarity with respect to general words see ibid., p. 110.

[43] Ibn Rušd: *aḍ-Ḍarūrī*, p. 118.

[44] Ibn Rušd: *aḍ-Ḍarūrī*, p. 121, points out, that it is not possible to divide 'demand' (*ṭalab*) as a genus (*ism al-ǧins*) into 'obligation' (*wāǧib*) and 'recommendation' (*mandūb*), rather 'command' (*amr*) can be divided into the mentioned categories. The reason is, that 'demand' is not seen as prescriptive (*inšāʾī*), but for the process of deriving rules, we need prescriptive statements like commands and prohibitions.

mand and prohibition) or the form of informative statement (*ḫabar*).[45] Therefore, Ibn Rušd goes on to focus on commands and prohibitions and asks, whether the *naṣṣ–ẓāhir–muǧmal*-trichotomy can be used for commands (*awāmir*, sg. *amr*) and prohibitions (*nawāhī,* sg. *nahy*), both with respect to their form (*ṣīġa*) and/or their implication (*mafhūm*). For that latter category, Ibn Rušd tries to find out, whether there is a specific form in the Arabic language which shows us, that a statement is used as prescription (here: *amr*), information (*ḫabar*), demand (*ṭilba*), appeal (*nidāʾ*) or supplication (*taḍarruʿ*). For Ibn Rušd, it is evident, that these types of usage do not have a specific form in language. We can only distinguish them on the basis of extra-linguistic indicators (*qarāʾin al-aḥwāl*, lit. 'indicators of condition'). For example, if a prescriptive statement is addressed from a superior to an inferior one, we can infer, that it is used as a command; and if a statement is addressed from an inferior to a superior one then it is supplication. Similarly, if two equals speak to each other, then the use of prescriptive statements can be understood as demand (*ṭilba*) and wish.[46]

Commands, according to Ibn Rušd, are a genus encompassing obligation (*wāǧib*) and recommendation (*mandūb*). The question now regarding the *naṣṣ–ẓāhir–muǧmal*-trichotomy is: Do commands have a special form, which indicates a specific meaning by itself? If so, is as the normative status of the statement obligation or recommendation at the degree of *naṣṣ* required? Or does the form require that obligation, respectively recommendation, is more apparent and that the other meaning can be seen as the normative status of the statement through interpretation (*taʾwīl*)? Or does the form require that both meanings are equally possible and thus *amr* becomes *muǧmal* concerning its result as obligation and recommendation?

According to Ibn Rušd, commands and prohibitions have specific forms, which are understood at different meanings of prescription, like threat (*taḥdīd*) and permission (*iḏn*). The question is, whether these forms themselves imply the mentioned meaning or not. Ibn Rušd points out, that this is not clear, but it is for him *a fortiori* that they have forms which imply obligation and recommendation, because these meanings are legal meanings and not ordinary general (lit. *ǧumhūriyya*) meanings. From the viewpoint of legal custom (*ʿurf šarʿī*), there is for Ibn Rušd no doubt, that these meanings comprise the meaning of command. If that is the case it is, the question is, whether a command implies always an obligation or a recommendation. Ibn Rušd gives an answer according to the *naṣṣ–ẓāhir–muǧmal*-trichotomy, but excludes *naṣṣ*: According to the majority of scholars commands are *ẓāhir* in their meaning and are understood as obligations. Only further references can show that they are meant as recommendations. On the other hand, there are scholars who have the opinion that recommendation and obligation are both equally possible and they prescribe waiting until evidence appears as to which of these two meanings is used. This position is the so-called *at-tawaqquf* and Ibn Rušd identifies it with the thought of seeing commands as *muǧmal*. For him, the majority position is the more accurate one, due to inductive corroboration: The Companions understood commands *a priori* as obligation if they were not surrounded by indicators. Also, the extralingustical indications of the Law show that commands are used in law peremp-

[45] Kurnaz: *Methoden*, pp. 356 f.

[46] Ibn Rušd: *aḍ-Ḍarūrī*, p. 120.

torily and categorically.[47] It is the same for prohibitions.[48]

4.4 The Trichotomy Applied on *qiyās*

The last impact of the *naṣṣ–ẓāhir–muǧmal*-trichotomy can be seen in *qiyās*. Besides discussing the definition of *qiyās* and the use of the word *šayʾ* for *qiyās*,[49] Ibn Rušd insists that many cases of argumentation which are called *qiyās* by the scholars are in fact cases of "replacement of the particular through the universal". That means that a particular word is used by the lawgiver, but that with this particular word a universal or general meaning is intended. Through the words used we can see that, for example, a prohibition must not be reduced to a specific case. Rather, the words used can show through some *rationem legi* and through implicit meanings that many more cases are affected through a specific statement. Thus, if the Prophet says that it is prohibited to drink from a silver cup, then we can understand through the wording of the statement that waste (*saraf*) is prohibited. The result of that is that drinking from a golden cup is also prohibited; drinking from a golden cup gets connected to the legal consequence for drinking from a silver cup.[50] Consequently, indicators (*qarāʾin*) can show us, which general meaning is intended by a specific (*ḫāṣṣ*) word, like it is the case in daily communication, where Arabs always use indicators to show what they mean. These indicators can lead, according to the *trichotomy*, to *naṣṣ* if we are certain about the implicit meaning, to *ẓāhir* if the meaning is more likely than not, thus not in the degree of certainty, but probability (lit. *akṯariyya*) or the indicators can lead to a *muǧmal*, if some meanings are of equal probability. Therefore, we have different degrees (*marātib*, sg. *martaba*) of *qiyās*, respectively *ibdāl al-ǧuzʾī makāna l-kullī*.[51]

The first degree, which is common to *naṣṣ*, is the *argumentum a fortiori:* The not-said (lit. *al-maskūt ʿanh*, 'which is over passed') is more suitable to be connected with the legal consequence of the wordly said. For example, according to Q 17:23 it is forbidden to say 'Fie' to parents, thus it is *a fortiori* forbidden to harm them physically. This type of argumentation is called *faḥwā l-ḫiṭāb* by some scholars. Others call it *mafhūm al-muwāfaqa* (congruent implication[52]) or *laḥn al-ḫiṭāb*, which Ibn Rušd does not mention. Either way, the majority of the scholars consider this type of argumentation *qiyās*.[53] Ibn Rušd refers to the discussion,

[47] Ibn Rušd: *aḍ-Ḍarūrī*, pp. 121 f. I used for the translation of '*ʿalā ǧihat al-ǧazm wa-l-qaṭʿ*' the French translation of Bou Akl: *Averroès,* p. 283.

[48] Ibn Rušd: *aḍ-Ḍarūrī*, p. 123.

[49] Ibn Rušd: *aḍ-Ḍarūrī*, pp. 124 f.

[50] Ibn Rušd says "*fa-li-ḏālika alḥaqnā bihī āniyata l-ḏahabi*"; Ibn Rušd: *aḍ-Ḍarūrī*, p. 126. The above mentioned is also an answer from Ibn Rušd against those, who declare, that *qiyās* is not valid for deriving rules from the authoritative sources. One of the most important advocates of this stance is the Ẓāhiriyya, who was wide spread in al-Andalus. By saying, that *qiyās* is a method, which allows us to see the general meaning in specific words and that we gain rules only through used words (*alfāẓ*), Ibn Rušd tries to refute the ẓāhirī stance against *qiyās.* He tries to strengthen *qiyās* and to connect this method very close to the authoritative texts. His aim, possibly, is to give *qiyās* a ẓāhirī meaning by saying "it is not more than a method to derive rules directly from the wording of the authoritative texts".

[51] Ibn Rušd: *aḍ-Ḍarūrī*, pp. 126 f.

[52] Weiss: *Search*, p. 477.

[53] Ibn Rušd: *aḍ-Ḍarūrī*, p. 127.

whether *argumentum a fortiori*, like aš-Šāfiʿī states, is a *qiyās* or not.[54]

The second degree is *qiyās fī maʿnā l-aṣl*.[55] The unsaid is as suitable as the said concerning a specific legal case. For example, it is forbidden to sell dates for dates in unequal quantities. If we consider, that raisins are somehow in the sense of dates, then raisins get connected to the above mentioned legal consequence.[56] We do not need further investigation for a *ʿilla*.

The third degree is like the second at the level of *ẓāhir*. Although it is similar to the second degree, in most cases it is less clear than the second degree. Ibn Rušd says: If we consider that a new legal case should be regarded like a similar case, to which a statement already exists, and if we connect these two according to a specific 'interest' (*maṣlaḥa*, welfare), then the unmentioned case takes over the legal consequence derived from the mentioned one (*al-manṭūq bih*). This is the so-called *al-qiyās al-muḫīl* and *al-munāsib*. According to the closeness of the connection regarding a specific *maṣlaḥa*, we have different degrees of *al-qiyās al-muḫīl*. If the mentioned connection is very close, then the *qiyās*-advocates call this type of argumentation *al-qiyās al-munāsib* and *al-mulāʾīm.* If the connection is 'intermediate' (*mutawassiṭan*), neither too close nor too wide, then it is called *al-qiyās al-munāsib* and *al-muḫīl*. If the connection is too wide and if the connection itself is based on a very general *maṣlaḥa* like if we use the word *maṣlaḥa* unqualifiedly and say "it is according to *maṣlaḥa*", the majority of the *qiyās*-advocates rejects it. They reject also the 'intermediary' range of *qiyās al-muḫīl*. For Ibn Rušd, this type of argumentation must be rejected in all its different degrees, because *maṣlaḥa* is variable and can change from time to time and situation to situation. As a consequence, no connection can be made between two cases on the ground of *maṣlaḥa*.[57] In his *Bidāyat al-muǧtahid*, where he refers to *al-qiyās al-muḫīl* as *qiyās al-maṣlaḥa*,[58] *qiyās maṣlaḥī*[59] or *al-qiyās al-mursal*,[60] he rejects it as well. But in some cases he allows the usage of *maṣlaḥa* for the mentioned *qiyās*.[61] An example for *al-qiyās al-muḫīl* is for Ibn Rušd the refutation of the exclusion of disinheritance in case of a man who divorces his wife on his deathbed with the exact intention to exclude her from inheritance.[62]

The fourth degree is *qiyās aš-šabah*. In this case the connection between the mentioned case and the unmentioned one is not due to *munāsaba* or the first two connections on the first and second degree of *qiyās*, but due to some similarity between the non-said and the said. This type of *qiyās* for Ibn Rušd has the

---

54 For a brief summary see Wael Hallaq: Non-Analogical Arguments in Sunni Juridical *Qiyās*, in: *Arabica* 36 (1989), pp. 289–296; Kurnaz: *Methoden*, pp. 305–307, Weiss: *Search*, pp. 477–482; Ramić: *Language and Interpretation*, pp. 48–55; Bou Akl: *Averroès*, pp. 455 f. In the Ḥanafī tradition *argumentum a fortiori* is called *dalālat an-naṣṣ* and is different from *qiyās*, see for example ad-Dabūsī: *Taqwīm*, p. 133; ʿAbdalʿazīz al-Buḫārī: *Kašf* I, pp. 115 f.; as-Saraḫsī: *al-Uṣūl* I, pp. 241 f.

55 He calls it *qiyās al-maʿnā* in Ibn Rušd: *Bidāyat al-muǧtahid*, p. 657.

56 I changed the given example in *aḍ-Ḍarūrī*. There we have an example on slaves.

57 Ibn Rušd: *aḍ-Ḍarūrī*, p. 128.

58 Ibn Rušd: *Bidāyat al-muǧtahid*, p. 996.

59 Ibn Rušd: *Bidāyat al-muǧtahid*, pp. 572, 968.

60 Ibn Rušd: *Bidāyat al-muǧtahid*, pp. 309, 497 (here: *qiyās mursal*), 528, 580, 629, 795, 820, 968.

61 Ibn Rušd: *Bidāyat al-muǧtahid*, p. 795. Here Ibn Rušd says, that he mentioned elsewhere, that *al-qiyās al-mursal* is refuted by the majority of the scholars, but in some cases, it is necessary to regard *maṣlaḥa* in some cases.

62 Ibn Rušd: *aḍ-Ḍarūrī*, p. 128.

status of *muǧmal*. For example, with regard to the prohibition of interest the question arises whether the *ʿilla* is storability (*iqtiyāt*), dry measure (*kayl*) or foodstuff (*ṭaʿm*, *maṭʿūm*; 'eatables').[63] Depending on which *ʿilla* is chosen, the prohibition can be more or less extensive. Although we cannot see that Ibn Rušd explicitly rejects this type of *qiyās* as he does with *al-qiyās al-muḫīl*, he is suspicious against *qiyās aš-šabah*, because according to him, the mentioned three *ʿilal* are very far-fetched. Thus, many persons, if we follow Ibn Rušd, reduce the prohibition of interest on only the explicitly mentioned things in the interest-prohibiting Ḥadīṯ.[64]

Does Ibn Rušd reject *qiyās aš-šabah*? Due to the logical structure of *aḍ-Ḍarūrī* it seems as if Ibn Rušd was rejecting *qiyās aš-šabah* because it is weaker then *qiyās al-muḫīl* and is at the degree of *muǧmal*. We know, that according to Ibn Rušd *muǧmal* is not clear enough to be a *bayān* and we need a *bayān* to gain rules (*aḥkām*). But we can see in *Bidāyat al-muǧtahid*, that he sees *qiyās aš-šabah* as the second valid type of *qiyās*.[65] And because of the lack of a clear rejection in *aḍ-Ḍarūrī* and the far reaching coherence between *Bidāyat al-muǧtahid* and *aḍ-Ḍarūrī* – although there are important differences –, we may conclude that Ibn Rušd does not reject *qiyās aš-šabah* categorically. However, he makes the reader aware of its epistemological status which is on the level of presumption (*ẓann*) and *muǧmal*.

Ibn Rušd speaks about three other types of *qiyās* – *as-sabr wa-t-taqsīm, qiyās al-ʿaks* and *qiyās aṭ-ṭard* – but he does not refer to the *naṣṣ–ẓāhir–muǧmal*-Trichotomy and therefore I forgo it. The most important point is, that Ibn Rušd understands *qiyās* as an argumentation regarding the wording of a statement. For him, it is not the connection of the unknown (*maǧhūl*) with the known (*maʿlūm*), rather it is the application of the general meaning which is inherent in the specific word. Therefore he calls *qiyās* as *ibdāl al-ǧuzʾī makāna l-kullī* ('…') according to indicators.[66] Indicators are the most important subjects besides of the *naṣṣ–ẓāhir–muǧmal*-Trichotomy in the system of Ibn Rušd.

5. The Hermeneutical Basis of the *naṣṣ–ẓāhir–muǧmal*-Trichotomy and its Limits

This unique systematization of Ibn Rušd is representative for, at least, the tradition of the so called *mutakallimūn*. But we can say that it does also not contradict the Ḥanafī tradition, because all of these different schools share the same hermeneutical basis for the *uṣūl al-fiqh*,[67] which also explains why Ibn Rušd can systematize the *uṣūl al-fiqh* according to the mentioned trichotomy, which is as follows:

The principle that "the general wording of the sources[68] is to be concerned and not the

[63] The first *ʿilla* is the Mālikite, the second the Ḥanafite and the last one the Šāfiʿite one. For the analysis of *ribā* see Ibn Rušd: *Bidāyat al-muǧtahid*, pp. 655–667.

[64] Ibn Rušd: *aḍ-Ḍarūrī*, pp. 128 f.

[65] Ibn Rušd: *Bidāyat al-muǧtahid*, pp. 18 f.

[66] Ibn Rušd: *aḍ-Ḍarūrī*, pp. 130 f.

[67] Kurnaz: *Methoden*, pp. 440 f. Because of that, the different schools of law had an influence on each other; see Kurnaz: *Methoden*, pp. 441–454.

[68] We have to admit, that not every Hadith is to be seen as general. Only some additional indicators can show, that a Hadith is to considered as general and not specific, see for example al-Ġazālī: *al-Musṭaṣfā* III, pp. 280–284. But there are also scholars, who say, that also these cases should be regarded as general statements, since there is no evidence for a specific use, see for example Ǧamāl ad-Dīn Abū ʿAmr Ibn al-Ḥāǧib: *Muḫtaṣar muntahā s-sūl wa-l-amal fī ʿilmay al-*

specific occasion" (*al-ʿibra bi-ʿumūm al-lafẓ lā bi-ḫuṣūs as-sabab*) is the most decisive hermeneutical basis of the representative trichotomy of Ibn Rušd. If the general wording of the texts in the sources is concerned, the meaning of a word is not determined by its textual or historical context. This enables scholars to say that every word has a basic meaning or can bear diverse meanings. If the word is more apparent in one meaning, then it becomes *ẓāhir* and so on (see above). The principle *al-ʿibra bi-ʿumūm al-lafẓ* thus enables the scholars to go beyond the contextual meaning of a word. But this also has some limits and carries some risks. As far as there are no contextual bindings, in principle all possible meanings can be derived from a word. Then the problem of 'summarized' (*muǧmal*) meanings occurs. If there is contextual evidence, there can be no summarized meaning because the context would show which meaning is intended by the speaker. Summarized meanings can be clarified by further evidence (*adilla*). This again shows us that the scholars create a "new juristic context" with several authoritative texts from Quran and Sunna to solve the problem of multiple meanings and to ensure not to 'read' all possible meanings into the texts. We can call this a 'relative constructivism': Scholars not only discover, rather, they 'create' meanings by using the principle *al-ʿibra bi-ʿumūm al-lafẓ* and the trichotomy, and limit possible meanings by creating a 'new juristic context'. Thus, an apparent meaning, which is ascribed to the general wording of the texts, can only be a definite meaning, the so-called *naṣṣ*, with additional evidence and indicators. And, according to the '*ʿumūm*-principle', a prescriptive statement can only be understood as *wāǧib* or *ḥarām* according to the *qarāʾin al-aḥwāl* of the law. Because of that, a command is only apparent (*ẓāhir*) in being *wāǧib*. Therefore, indicators are one of the most important aspects of the process of deriving rules.[69]

In contrast to other scholars Ibn Rušd insists on the importance of indicators (*qarāʾin*). Prescriptive statements, as well as general and specific statements, clarifying statements (especially the problem of *taʾḫīr al-bayān*) and other problems and methods of deriving rules from the authoritative texts can be solved according to indicators, as far as Ibn Rušd's system is concerned. At that point, we can see a combination of pragmatism and semantics: Words can have different meanings according to semantics but there are moments of pragmatism, which enables scholars to decide, which meaning is more relevant than other meanings by using contextual, non-textual indicators and corroborative induction (*istiqrāʾ*), e. g. the use of words in Arab language custom. Therefore, the argument of corroborative induction (*istiqrāʾ*) is for Ibn Rušd very important and can frequently be seen in the chapter on the process of deriving rules in his *aḍ-Ḍarūrī*. But it should be analysed whether such a combination is possible.[70]

If we take into account that the process of a successful communication is based on several presumptions (sg. *istiṣḥāb*),[71] we have to question whether the exclusion of the specific

uṣūl wa-l-ǧadal, ed. by Aḥmad Farīd al-Mazīdī, Beirut 2005 (2008), p. 111.

[69] The *ʿumūm*-principle enables also other relevant methods like *argumentum a fortiori, a contrario* and other implications like *dalālat al-iqtiḍā* and *al-išāra*. Consequently, the new juristic context enables the statements to have some implications, which enables the scholars to derive rules from text beyond their explicit wording.

[70] A first attempt to categorize and systematize the *uṣūl al-fiqh* in terms of pragmatics by Mohamed M. Yunis Ali: *Medieval Islamic Pragmatics. Sunni Legal Theorists' Models of Textual Communication*, Richmond 2000.

[71] Yunis Ali: *Medieval Islamic Pragmatics*, pp. 77–80.

occasion or context of a statement in the authoritative texts is justifiable. This is because the exclusion has consequences on the process of deriving rules like the problem of self-created meanings, which are regarded as intended by the speaker by referring to the wording in the statements. Therefore, Faḫr ad-Dīn ar-Rāzī (d. 606/1210) criticizes the assumption that it is possible to gain rules from textual sources which are definitive in their epistemological quality. Ar-Rāzī argues that in the process of communication – Quran and Sunna are a result of communication – we can only presumably say that the speaker uses *inter alia* a word in its literal meaning and not metaphorically. Since the entire communication is based on presumptions, we cannot be sure about the definitive meaning behind the statements in the texts and we cannot conclude on definitive rulings behind the statements.[72] But it must be emphasized that ar-Rāzī himself weakens his own critique by using the epistemological system of *at-tawātur* and *mušāhada* and says that it is in some cases possible to say that we can derive definitive rules from the textual sources.[73]

However, a minority position under the Mālikites seems to react to that issue. Some Mālikī scholars state that each statement should always be understood according to its own context – and also its specific occasion (*ḫuṣūs as-sabab*) – and that it should be taken into account to discover the *maṣlaḥa* behind a command or prohibition. Only this way, according to these Mālikī scholars, ensures that we can understand a Quranic prohibition or command according to the will of the speaker. Thus, the process of deriving rules should go this way to ensure that the *maṣlaḥa*, intended to be realized by the speaker, can be grasped.

All of these attempts have in common that Quran and Sunna are seen as scripture and texts. But if we consider that in their origins Quran and Hadith are oral speeches, which are in most of the cases a reaction or an answer to a specific relevant juristic occasion, respectively question, we have to think about the whole system of clarity and ambiguity of statements in the sources of Islamic Law.

6. Conclusion

The three categories of clarity and ambiguity, as *naṣṣ*, *ẓāhir* and *muǧmal*, take, possibly, the most important role in the process of deriving rules. This important role was, as far as I can see, first systematized and shown by Ibn Rušd in his *aḍ-Ḍarūrī*. His *trichotomy* gives us some hints of the hermeneutical bases of the *uṣūl al-fiqh* and hereby also its limits and problems. Only the apparent use of words, either in their literal (*ḥaqīqī*) or metaphorical (*maǧāzī*) meaning, can be taken into account in the process of deriving rules.

This central role of clarity and ambiguity is based on the principle *al-ʿibra bi-ʿumūm al-lafẓ lā bi-ḫuṣūs as-sabab*, which is the key principle with regards to the richness of meanings of the sources. If we invert this principle, like some Mālikī scholars do, we have to rethink the whole *uṣūl al-fiqh*, because it is no longer possible to have *ẓāhir, naṣṣ* or *muǧmal* meanings, because the context – like it is the case in pragmatics – would show which meaning is

[72] Muḥammad b. ʿUmar Faḫr ad-Dīn ar-Rāzī: *al-Maḥṣūl fī ʿilm uṣūl al-fiqh*, ed. by Ṭāhā Ǧābir Fayyāḍ al-ʿAlwānī, Beirut ²1997, I, pp. 390 f. Ar-Rāzī lists 9 types of presumptions and goes into detail concerning each presumption (*ẓann*), see ar-Rāzī: *al-Maḥṣūl* I, pp. 391–404 (*ẓann* 1) and 405 f. (*ẓann* 2–8). The consequence is, that the argumentation or the process of deriving rules is based on presumptions, so the result of an on presumption based argumentation can only be a presumption: ar-Rāzī: *al-Maḥṣūl* I, p. 407.

[73] Ar-Rāzī: *al-Maḥṣūl* I (1997), p. 408.

intended by the speaker; as long as we say that the context is always given for each statement which, however, is often not the case. The risk or danger in the latter approach is that we always have to re-construct a context and must be aware of constructing contexts for the discovery of used meanings. Here we also encounter the risk of 'self-created-meanings' ascribed by scholars to the speakers intent. After all, it should be emphasized that besides the question of contextualizing the sources, the question for an alternative epistemology of the *uṣūl al-fiqh*, which takes into account the critiques of ar-Rāzī and which regards the original being of Quran and Sunna as speeches, remains.[74]

Prof Dr phil Serdar Kurnaz is Junior Professor for Islamic Theology at the *Academy of World Religions* of the Hamburg University. His main focus lies in the field of Islamic law and ethics.

[74] For an attempt of systematizing the *uṣūl al-fiqh* in terms of a communication model see Kurnaz: *Methods*, pp. 399–405.

ZRI – Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam 9 (2017), S. 101–121

Scharia-Normen im Wandel: Zum Konzept der *Fatwa*-Wandelbarkeit zwischen Tradition und Moderne

Mahmud El-Wereny

1. Einleitung

Als *fatwā* wird eine religiöse Auskunft im Islam bezeichnet, die durch einen Mufti auf Anfrage eines Ratsuchenden (*mustaftī*) erteilt wird. Auf der Basis einer Fatwa erlangt der *mustaftī* einen auf seinen eigenen Sachverhalt bezogenen Rat, wie er sich schariagemäß verhalten soll. Ein solcher Rat kann entweder inoffiziell von einzelnen Gelehrten oder offiziell von zuständigen *iftāʾ*-Institutionen ausgesprochen werden. Die Funktion des *iftāʾ* liegt vor allem darin, schariakonforme Antworten auf neu auftretende Fragen religiöser, sozialer, politischer, wirtschaftlicher oder medizinischer Natur zu geben. Das Fatwa-Wesen hatte daher nicht nur einen enormen Einfluss auf die Entstehungsgeschichte des islamischen Normensystems, vielmehr ist es von erheblicher Bedeutung für dessen fortlaufende Weiterentwicklung sowie für die Anpassung der Muslime an neue, mit der Moderne einhergehende, Gegebenheiten unterschiedlicher Art. Denn Neues findet in islamisch geprägten Gemeinschaften Anerkennung in der Regel nur dann, wenn es durch eine Fatwa legitimiert ist. Fatwas besitzen zwar keinen bindenden Charakter wie ein Gerichtsurteil, genießen dennoch bei vielen Muslimen besondere Beachtung und werden als Wegweiser und Orientierung für ein schariagerechtes Leben angesehen.[1]

Die Erstellung von Fatwas erfordert daher nicht nur die Kenntnis der normativen Quellen (Koran, Sunna und Gelehrtenkonsens) sowie der Methoden der Normenfindung (*iǧtihād*) wie etwa der Analogiebildung (*qiyās*) und der rechtlichen Präferenz (*istiḥsān*). Vielmehr werden für die Erfüllung dieser Aufgabe weitere moralische wie fachliche Eigenschaften vorausgesetzt, so dass die Begutachtung von Fragen nach bestem Wissen und Gewissen erfolgt. Eine dieser Bedingungen ist die Kenntnis des historischen, sozialen, wirtschaftlichen und politischen Kontextes, d. h. der Lebensumstände und Bedürfnisse der Menschen. Dadurch wird gewährleistet, dass ein Mufti für einen vorliegenden Sachverhalt ein adäquates Gutachten erstellen beziehungsweise bereits tradierte Fatwas den aktuellen Umständen entsprechend anpassen kann. Diese Modifikation bzw. Wandelbarkeit von Fatwas wird unter dem Grundsatz *„taġayyur al-fatwā bi-taġayyur az-zamān wa-l-makān“* („Veränderung der Fatwa gemäß Zeit und Ort“) diskutiert.[2]

---

[1] Vgl. z. B. Šihāb ad-Dīn al-Qarāfī: *al-Iḥkām fī tamyīz al-fatāwā ʿan al-aḥkām wa-taṣarrufāt al-qāḍī wa-l-imām*, hrsg. von ʿAbd al-Fattāḥ Abū Ġudda, Beirut 1995, S. 31 ff., 43 ff. und 56 ff.; Birgit Krawietz: *Die Ḥurma. Schariatrechtlicher Schutz vor Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit nach arabischen Fatwas des 20. Jahrhunderts*, Berlin 1991, S. 29; Wael B. Hallaq: From Fatwas to *Furūʿ*: Growth and Change in Islamic Substantive Law, in: *Islamic Law and Society* 1.1 (1994), S. 29–65 (65); Harald Motzki: Religiöse Ratgebung im Islam: Entstehung, Bedeutung und Praxis des *muftī* und der *fatwā*, in: *Zeitschrift für Religionswissenschaft* 2 (1994), S. 3–23 (14 f.); Hilmar Krüger: Grundprobleme des islamischen Fatwa-Wesens, in: *Beiträge zum Islamischen Recht* III, hrsg. von Hans-Georg Ebert und Thoralf Hanstein, Frankfurt a. M. 2003, S. 9–33 (11 f.).

[2] Vgl. Ibn Qaiyim: *Iʿlām al-muwaqqiʿīn ʿan rabb al-ʿālamīn*, hrsg. von Abū ʿUbaida Mašhūr b. Ḥasan Āl Sulaimān, Dammam 2002/1423, Bd. 4, S. 337, Bd. 6, S. 113 f., 192 ff.; und ähnlich in al-Qaraḍāwī: *al-Fatwā*

Der vorliegende Beitrag geht der Frage nach, wie zeitgenössische Gelehrte im Unterschied zu traditionellen Autoritäten das Konzept der Fatwa-Wandelbarkeit auffassen und es im Kontext des 20. und 21. Jahrhunderts interpretieren. Eng damit verknüpft ist die Frage, ob es bestimmte Scharia-Normen gibt, die zeit- und ortsbedingt veränderbar sind, während andere ahistorischen Charakter besitzen und daher ewig gelten. Das Konzept der Fatwa-Wandelbarkeit zwischen Tradition und Moderne zu untersuchen bietet einen Einblick in die Anpassungsfähigkeit der Scharia-Normen in der Moderne und gilt zugleich aber auch als Barometer für den Anpassungswillen derjenigen Gelehrten, die sich dem Thema Islam und Moderne widmen. Im ersten Teil dieser Untersuchung werden die Ansichten früherer Gelehrter zum Thema Fatwa-Wandel dargestellt. In diesem Zusammenhang werden die Ansätze des Šāfiʿīten Abū Ḥāmid al-Ġazālī (gest. 1111), des Ḥanbaliten Ibn Qaiyim al-Ǧauzīya (gest. 1350), des Mālikiten Abū Isḥāq aš-Šāṭibī (gest. 1388) und des Ḥanafiten Ibn Ābidīn ad-Dimašqī (gest. 1836) herangezogen.[3] Diese Gelehrten gelten zum einen als sehr anerkannte Vertreter auf dem Gebiet des islamischen Rechts und zum anderen zählen sie zu den wichtigsten Autoren, die sich mit der Frage des Fatwa-Wandels auseinandergesetzt haben.

Für den zweiten Teil des Vergleiches werden die Ansätze moderner Gelehrter aus dem 20. und 21. Jahrhundert, wie etwa Muḥammad Abū Zahra (gest. 1974), Wahba az-Zuḥailī (gest. 2015), Muḥammad Šaḥrūr (geb. 1938) und Abdullahi an-Naʿim (geb. 1946), in vergleichender Gegenüberstellung mit den Ansichten früherer Gelehrter inhaltlich dargestellt und einer kritischen Betrachtung unterzogen. In diesem Kontext werden vor allem die Überlegungen des zeitgenössischen Yūsuf al-Qaraḍāwī (geb. 1926) thematisiert.[4] Sowohl seine intensive und eingehende Beschäftigung mit dieser Frage als auch seine Popularität und nicht zu unterschätzende Autorität unter Muslimen weltweit machen seine Ansichten in diesem Zusammenhang relevant. Seine Fatwas finden aufgrund seiner institutionellen und medialen Vernetzungen nicht nur unter Muslimen der arabischen Welt, sondern auch unter Muslimen im Westen Gehör.[5]

---

baina l-inḍibāṭ wa-t-tasayyub, Kairo 1988, S. 11 f., 52 f. Weiterführend dazu vgl. M. Abū Zahra: *Uṣūl al-fiqh*, Dammam (o. J.), S. 379–389; Wahba az-Zuḥailī: *Uṣūl al-fiqh al-islāmī* 2, Damaskus 1986, S. 1043–1050; Birgit Krawietz: Der Mufti und sein Fatwa. Verfahrenstheorie und Verfahrenspraxis nach islamischem Recht, in: *Die Welt des Orients* 26 (1995), S. 161–180; Muhammad Khaled Masud: Mufti, Fatwas and Islamic Legal Interpretation, in: *Islamic Legal Interpretation. Muftis and Their Fatwas*, hrsg. von dems., Brinkley Messick und David Powers, London 1996, S. 3–33.

[3] Zu den in dieser Arbeit zitierten Werken zählen: al-Ġazālī: *al-Mustaṣfā min ʿilm al-uṣūl* 4, hrsg. von Zuhair Ḥāfiẓ, Medina 1413/1992; Ibn Qaiyim: *Iʿlām al-muwaqqiʿīn* 4 & 6; aš-Šāṭibī: *al-Muwāfaqāt* 2, hrsg. von Mašhūr b. Ḥasan Āl Sulaimān, al-Chubar 1997; und Ibn ʿĀbidīn: Našr al-ʿurf: Fī bināʾ baʿḍ al-aḥkām ʿalā al-ʿurf, in: id.: *Maǧmūʿat rasāʾil Ibn ʿĀbidīn* 2, o. O. o. J., S. 125, verfügbar unter: ia801404.us.archive.org/9/items/FPrabden/rabden2.pdf (letzter Aufruf 06. 12. 2016).

[4] Zur Bearbeitung der vorliegenden Fragestellung werden unter anderem folgende Schriften al-Qaraḍāwīs herangezogen: *al-Fatwā baina l-inḍibāt*; *Mūǧibāt taġyyur al-fatwā fī ʿaṣrinā*, Kairo 2008, *Taǧdīd ad-dīn allaḏī nanšuduh*, Kairo 2011 und *Šarīʿat al-islām ṣāliḥa li-t-taṭbīq fī kull zamān wa-makān*, Kairo 1997 ([1]1973).

[5] Vgl. ausführlich dazu Alexander Caeiro / Mahmoud Al-Saify: Qaraḍāwī in Europe, Europe in Qaraḍāwī? The Global Mufti's European Politics, in: *Global Mufti. The Phenomenon of Yūsuf al-Qaraḍāwī*, hrsg. von Bettina Gräf und Jakob Skovgaard-Petersen, London 2009, S. 109–148; und Alexander Caeiro: Transnational *ulama*, European Fatwas, and Islamic Authority: A Case

Hinsichtlich des Forschungsstandes zum Thema *iftāʾ* im Allgemeinen gibt es Unmengen Literatur in arabischer Sprache.[6] Zum Schwerpunkt des Fatwa-Wandels sind ebenfalls einige wissenschaftliche Untersuchungen in arabischer Sprache erschienen. Diese sind, allgemein gesprochen, durch viele Wiederholungen und Überschneidungen gekennzeichnet. Eine Vielzahl dieser Publikationen befasst sich mit dem Thema in einem ideengeschichtlichen Rahmen. Sie verfolgen die *iftāʾ*-Praxis bis zu ihrem Ursprung zurück und zeichnen ihre Entwicklung bis in die Gegenwart nach.[7] In der westlichen Islamwissenschaft gibt es vergleichsweise wenige Forschungsarbeiten zum Themenfeld *iftāʾ*. Einige bieten einen allgemeinen Überblick wie beispielsweise in den Beiträgen von Krawietz: „Der Mufti und sein Fatwa“[8], Masud: „Mufti, Fatwas and Islamic Legal Interpretation“[9] und Motzki: „Religiöse Ratgebung im Islam“.[10] Andere Abhandlungen beziehen sich auf eine spezifische Frage, wie etwa die Dissertationsschriften von Schneider,[11] Krawietz[12] und Gräf.[13] Ferner liegen wertvolle Untersuchungen einiger praxisorientierter Fatwa-Sammlungen vor.[14]

Study of the European Council for Fatwa and Research, in: *Producing Islamic Knowledge. Transmission and Dissemination in Western Europe* hrsg. von Martin van Bruinessen und Stefano Allievi, London 2011, S. 121–142. Siehe zum Forschungsstand über al-Qaraḍāwī Bettina Gräf: *Medien-Fatwas@Yusuf al-Qaradawi. Die Popularisierung des islamischen Rechts*, Berlin 2010, S. 84–102; und Mahmud El-Wereny: *Mit Tradition in die Moderne? Yūsuf al-Qaraḍāwīs Methodologie der Fiqh-Erneuerung in Theorie und Praxis*, Köln 2016, S. 12–30.

6 Vgl. beispielsweise Muḥammad al-Ašqar: *al-Futiyā wa-manāhiǧ al-iftāʾ*, Amman 1993; ʿAbd ar-Raḥmān b. Muḥammad Ad-Daḫī: *al-Fatwā: Ahammīyatuhā – ḍawābituhā – āṯāruhā*, o. O. 2007; und ʿAbdallāh Ṣāliḥ b. Ġālib al-Kindī: *at-Taisīr fī l-fatwā – asbābuhū wa-ḍawābituh*, Beirut 2008.

7 Vgl. beispielsweise Ismāʿīl Koksāl: *Taġayyur al-aḥkām fī š-šarīʿa al-islāmīya*, Beirut 2000, Yūsuf Bilmahdī: *al-Buʿd az-zamanī wa-l-makānī wa-āṯāruhumā fī l-fatwā*, Damaskus 2000, Ḫalīl Maḥmūd an-Naʿrānī: *Aṯar aẓ-ẓarf fī taġyyur al-aḥkām aš-šarʿīya*, Kairo 2006; und Muḥammad Qāsim al-Mansī: *Taġayyur aẓ-ẓurūf wa-aṯaruh fī iḫtilāf al-aḥkām fī š-šarīʿa al-islāmīya*, Kairo 2010.

8 Vgl. Krawietz: Der Mufti, S. 161–180, ead.: „Frevelfurcht oder Fortbildung des islamischen Rechts“, in: *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag*, hrsg. von Aulis Aarnio et al., Berlin 1993, S. 737–747. Siehe auch: Grundprobleme, S. 9–33. Für einen Überblick über *iftāʾ* im schiitischen Recht vgl. Irene Schneider: *Iftāʾ* in der Schia, in: *Beiträge zum Islamischen Recht* III, hrsg. von Hans-Georg Ebert und Thoralf Hanstein, Frankfurt a. M. 2003, S. 73–103.

9 Vgl. Masud: Mufti, S. 3–33. Der Sammelband liefert ferner unterschiedliche Beiträge zur *iftāʾ*-Thematik. In englischer Sprache liegen ebenfalls einige Studien zum Thema *iftāʾ* vor. Vgl z. B. Basheer M. Nafi: Fatwā and War: On the Allegiance of the American Muslim Soldiers in the Aftermath of September 11, in: *Islamic Law and Society* 11.1 (2004), S. 78–116, Philip Mattar: Response to Kenneth W. Stein's Review of the Mufti of Jerusalem al-Hajj Amin al-Husayni and the Palestine National Movement, in: *International Journal of Middle East Studies* 25.1 (Feb. 1993), S. 183 f.; Mehdi Mozaffari: *Fatwa: Violence and Discourtesy*, Århus 1998; Kenan Malik: *From Fatwa to Jihad: The Rushdie Affair and Its Aftermath*, Brooklyn 2009.

10 Vgl. Motzki: Religiöse Ratgebung, S. 3–23.

11 Vgl. Irene Schneider: *Das Bild des Richters in der „adab al-qāḍī“-Literatur*, Frankfurt a. M. 1990.

12 Vgl. Krawietz: *Die Ḥurma.*

13 Vgl. Gräf: *Medien-Fatwas*.

14 Vgl. weiterführend dazu Johannes Benzing: Islamische Rechtsgutachten als volkskundliche Quelle, in: *Abhandlungen der Geistes- und Sozialwissenschaftlichen Klasse* 3, hrsg. von der Akademie der Wissenschaften und Lit, Mainz (1977), S. 1–25 (4 f., Anm. 3, 4, 6–8).

2. Das Konzept des Fatwa-Wandels: Anfänge und Entwicklung

Die Wurzeln der Fatwa-Erteilung lassen sich bis in die Frühzeit des Islam zurückverfolgen. Bereits die ersten Muslime richteten sich mit ihren Fragen an den Propheten und die rechtlich gewandten unter seinen Gefährten.[15] Muḥammad gilt nach islamischer Auffassung nicht nur als Überbringer der göttlichen Offenbarung, sondern er soll auch auf Anfrage oder ohne eine solche zu einer Vielzahl von Fragen Stellung genommen und zahlreiche Fatwas erteilt haben. Dies bestätigt der Koran mehrfach. In Sure 2 Vers 219 heißt es z. B.: „Man fragt dich [Muḥammad] nach dem Wein und dem Glücksspiel. Sag: In ihnen liegt eine schwere Sünde. Und dabei sind sie für die Menschen (auch manchmal) von Nutzen. Die Sünde, die in ihnen liegt, ist aber größer als ihr Nutzen.“ Während die in der mekkanischen Periode gestellten Fragen im Wesentlichen theologischer Natur waren, war der Gegenstand der Fragen in Medina ritueller, sozialer, politischer oder wirtschaftlicher Art. Die Fragenden waren nämlich nicht mehr Muḥammads Widersacher, die ihm kritische Fragen stellten, sondern Muslime, die lernen wollten, wie sie ihr Leben nach dem neuen Glauben zu gestalten hatten.[16] Ibn Qaiyim betrachtet den Propheten Muḥammad als den allerersten Mufti. In diesem Zusammenhang schreibt er: „Der Erste, der diese achtbare Position [*iftāʾ*] innehatte, war der Herr der Gesandten, Führer der Gottesfürchtigen und das Siegel der Propheten, der Diener Gottes und sein Gesandter [...].“[17]

Nach dem Tode Muḥammads ging die Aufgabe der Fatwa-Erteilung auf den engsten Kreis seiner Gefährten über. Insbesondere sind es die ersten Kalifen, die sich dieser Tätigkeit widmeten und sich um das Finden von Lösungen für neu aufgetretene Fragen bemühten.[18] Das Fatwa-Wesen war in dieser frühen Phase nicht an ein öffentliches Amt gebunden. Erst im Zuge der Expansionen des islamischen Reichs wurden nicht nur Ämter des Gouverneurs (*walī*) und des Richters (*qāḍī*) etabliert, sondern auch das Amt des Muftis. Ein offizielles Mufti-Amt lässt sich laut Motzki in Mekka schon vom Beginn des 2./8. Jahrhunderts an nachweisen. Unter den Umayyaden (reg. 661–750) wurde das Mufti-Amt dann auf Lebenszeit erteilt, was mit der Etablierung einer *iftāʾ*-Institution einherging. Wenngleich das Fatwa-Wesen spätestens unter den Umayyaden zu einer staatlichen Institution geworden war, gab es daneben eine private Ratgebung, die die gesamte islamische Geschichte hindurch erhalten geblieben ist. So gibt es heute neben speziellen *iftāʾ*-Institutionen[19] verschiedene informelle Formen der Fatwa-Erteilung, was zu-

---

[15] Vgl. Ibn Qaiyim: *Iʿlām al-muwaqqiʿīn* 1, S. 17 f.; ad-Daḫīl: *al-Fatwā*, S. 79 f.; al-Mansī: *Taġayyur aẓ-ẓurūf*, S. 109 ff. Für Näheres dazu vgl. u. a. Motzki: Religiöse Ratgebung, S. 3–23; Masud: Mufti, S. 4 ff.; Wael B. Hallaq: *An Introduction to Islamic Law*, Cambridge 2009, S. 8 ff.; Kamali: *Shariʿa: An Introduction*, Oxford 2008, S. 162 ff.

[16] Vgl. weiterführend dazu al-Qaraḍāwī: *al-Fatwā baina l-inḍibāt*, S. 12 f., ad-Daḫīl: *al-Fatwā*, S. 80 ff., Motzki: Religiöse Ratgebung, S. 8 f. Für Näheres zu Muḥammad als Rechtsgelehrten siehe Serdar Kurnaz: Der Prophet als juristische Autorität, in: Mark Chalîl Bodenstein et al.: *Muhammad – Ein Prophet – viele Facetten*, Berlin 2014, S. 123–148.

[17] Ibn Qaiyim: *Iʿlām al-muwaqqiʿīn* 1, S. 17.

[18] Vgl. ausführlich dazu Motzki: Religiöse Ratgebung, S. 11 ff.

[19] Heutzutage gibt es zahlreiche *iftāʾ*-Institutionen in den islamisch geprägten Ländern. Eine der ältesten und bekanntesten ist das ägyptische *Dār al-Iftāʾ*, gegründet 1897. Vgl. www.dar-alifta.org/ViewGeneral.aspx?ID=101 (letzter Aufruf 20. 12. 2016).

weilen mit dem Begriff ‚Fatwa-Chaos' (*fauḍā l-iftāʾ*) beschrieben wird.[20]

Die Berücksichtigung zeitlicher und örtlicher Gegebenheiten bei der Herausarbeitung der schariagemäßen Regeln lässt sich mehrfach in der Sunna sowie der Verfahrensweise der Prophetengefährten finden. Aus der Sunna geht in diesem Zusammenhang eine ganze Reihe von Überlieferungen hervor, die zeigen, wie eine Fatwa in Anpassung an die Umstände des *mustaftī* erstellt werden sollte. Einer Überlieferung zufolge hat Muḥammad in einer Sitzung auf eine Frage zwei unterschiedliche Antworten gegeben: Ein junger und ein alter Mann fragen, ob man seine Ehefrau während der Fastenzeit tagsüber küssen darf. Ersterem wird davon abgeraten, letzterem hingegen nicht. Das entscheidende Kriterium für Fatwa-Veränderung hier ist der Zustand des Fragenden: der alte Mann kann laut der Argumentation des Propheten seine sexuellen Triebe beherrschen und wird nicht sein Fasten durch eine sexuelle Handlung ungültig machen. Der junge Mann hingegen laufe Gefahr, genau dies zu tun.[21]

Die Rechtskenner unter den Prophetengefährten haben ebenfalls bei der Begutachtung von Fragen den Lebensumständen einen großen Stellenwert eingeräumt. Über Ibn ʿAbbās, einen Cousin des Propheten (gest. 687), wird ebenfalls berichtet, dass er einem *mus-taftī* verneinend geantwortet hat, als dieser ihn fragte, ob die Reue eines Mörders von Gott erhört wird. Ibn ʿAbbās erklärt seinen Gefährten, als diese ihm widersprachen, dass er Zorn in den Augen des Fragenden bemerkt hat. Der Fremde habe sich eine Erlaubnis für einen von ihm geplanten Mord einholen wollen.[22] Diese Berichte und dergleichen mehr zeigen unmissverständlich auf, dass die Erteilung von Fatwas nicht nur auf Grundlage der Quellentexte erfolgen soll. Vielmehr sollen die Umstände des *mustaftī*, seine Interessen sowie auch mögliche Konsequenzen der zu erstellenden Fatwas durchdacht und besonnen überprüft werden.

Auch die koranische Offenbarung bestätigt einmal mehr die Notwendigkeit, die Zeit- und Ortsumstände bei der Erteilung von Fatwas zu berücksichtigen. Als Beispiel dafür sei hier das stufenweise erfolgte Verbot des Alkoholkonsums erwähnt. In der mekkanischen und der medinensischen Phase wurde es jeweils unterschiedlich bewertet. Während der oben erwähnte Vers 2:219 zeigt, dass Wein im Zusammenhang mit dem Losspiel mehr Nach- als Vorteile hat, aber ihn (noch) nicht verbietet, verkündet der Koran in der medinensischen Periode zunächst das Verbot, in Trunkenheit das Gebet zu verrichten (Sure 4:43).[23] Schließlich legt der Koran unmissverständlich fest, dass der Alkoholkonsum prinzipiell und un-

[20] Vgl. beispielsweise Fuʾād Maṭar: *Alf fatwā wa-fatwā. Muslimūn fī mahab fauḍā al-fatāwā*, Beirut 2010; Usāma al-Ašqar: *Fauḍā al-iftāʾ*, Amman 2010; Alexandre Caeiro: *The Chaos of Fatwas: Rethinking Religion and Politics in the Arab World* [in Vorbereitung]; und Abdel-Hakim Ourghi: „Chaos der Fatwas" in Saudi-Arabien. Ein königlicher Kodifizierungsversuch, in: *Zeitschrift für Islamische Studien* 5 (2014), S. 5–24.

[21] Vgl. *Musnad al-imām Aḥmad b. Ḥanbal* 11, hrsg. von Šuʿaib al-Arnaʾūṭī et al., Beirut 1997, Hadith-Nr. 7054, S. 630f. Siehe für weitere Fallbeispiele al-Mansī: *Taġayyur aẓ-ẓurūf*, S. 128 ff. In dem Fall, dass man während der Fastenzeit im Ramadan Geschlechtsverkehr mit seiner Ehefrau hat, soll man nach prophetischen Aussagen als Strafe einen Sklaven freilassen, oder, wenn dies nicht möglich ist, zwei Monate ununterbrochen fasten, oder, falls man diese Möglichkeit nicht hat, 60 Hungrige beköstigen.

[22] Vgl. Muḥyī d-Dīn an-Nawawī: *Muqaddimat al-imām an-Nawawī li-kitāb al-maǧmūʿ šarḥ al-muhaḏḏab*, hrsg. von Muḥammad Tāmir, Kairo 1999, S. 125 f.

[23] Dort heißt es: „Ihr Gläubigen! Kommt nicht betrunken zum Gebet, ohne vorher (wieder zu euch gekommen zu sein und) zu wissen, was ihr sagt!"

bedingt zu meiden ist. Dort heißt es: „Ihr Gläubigen! Wein, das Losspiel, Opfersteine und Lospfeile sind (ein wahrer) Greuel und Teufelswerk. Meidet es! Vielleicht wird es euch (dann) wohl ergehen."[24]

Die führenden Köpfe der Rechtsschulen haben ihre Fatwas ebenfalls unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Lebenslagen der Menschen erstellt und gegebenenfalls modifiziert. So hat aš-Šāfiʿī (gest. 820), Rechtstheoretiker und Gründervater der gleichnamigen Rechtsschule, beispielsweise viele seiner Rechtsansichten erneuert, nachdem er aus dem Irak nach Ägypten auswanderte, da der dortige gesellschaftliche Kontext ein anderer war.[25] Aḥmad b. Ḥanbal (gest. 855), der Namensgeber der ḥanbalitischen Rechtsschule, geht einen Schritt weiter und stellt die Kenntnis über die Menschen und das Leben als Zugangsvoraussetzung zur *iftāʾ*-Praxis auf.[26] Neben dem mālikitischen Šihāb ad-Dīn al-Qarāfī (gest. 1285)[27] zählt der ḥanbalitische Gelehrte Ibn Qaiyim al-Ǧauzīya als Hauptvertreter des Grundsatzes der Fatwa-Veränderbarkeit gemäß Ort und Zeit. Er bespricht dieses Thema in seinem Werk: *Iʿlām al-muwaqqiʿīn ʿan rabb al-ʿālamīn.* Dort begründet er seine Theorie in erster Linie mit dem Nützlichkeitsprinzip aller Scharia-Normen. Alle Normen der Scharia zielen ihm zufolge darauf ab, das Allgemeinwohl der Menschen (*maṣāliḥ al-ʿibād*) zu gewährleisten. Da dies zeit- und ortsbedingt sei, sei die Anpassung von Fatwas auch unumgänglich, um dem Anspruch der Nützlichkeit gerecht zu werden. In diesem Zusammenhang erwähnt Ibn Qaiyim explizit fünf Gründe, die nach seinem Verständnis der Notwendigkeit der kontextbedingten Fatwa-Erteilung zugrunde liegen. Fatwas würden sich dann verändern, wenn sich die Zeiten (*azmina*), die Orte (*amkina*), die Umstände (*aḥwāl*), die Absichten (*niyāt*) oder die Gewohnheiten (*ʿawāʾid*) der Menschen veränderten. Dabei verweist er darauf, dass die Vernachlässigung dieser Kriterien bei der Begutachtung von Fragen zum Erlass von impraktikablen Fatwas führe, was wiederum im Widerspruch zum Geist und der Weisheit der Scharia stehe. Letztendliches Ziel der Scharia sei die Verwirklichung von Nutzen, Gnade (*raḥma*) und Gerechtigkeit (*ʿadl*).[28]

Die Frage, welche Sorte von Fatwas dem Wandel unterworfen werden dürfe, beantwortet Ibn Qaiyim in seinem Werk *Iġāṯat al-lahfān fī maṣāyid aš-šaiṯān.*[29] Dort unterscheidet er allgemein zwischen zwei Kategorien von Normen: (1) solchen, die jenseits zeitlicher und örtlicher Veränderungen ewige Gültigkeit beanspruchen, wie beispielsweise die *ḥudūd*-Strafen, die laut Ibn al-Qaiyim in den göttlichen Quellentexten explizit bestimmt sind. *Iǧtihād* und Modifikation in diesem Bereich auszuüben, sei aufgrund der Eindeutigkeit der Beweislage unzulässig. (2) Die zweite Kategorie umfasst hingegen solche Scharia-Normen, die der Interpretation offen stehen und kontextabhängig sind bzw. je nach Zeit und Ort verändert werden dürfen.[30] Als Beispiel dafür erwähnt er die Art und Weise, wie die *taʿzīr-*

[24] Koran 5:90. Für weitere Beispiele siehe al-Mansī: *Taġayyur aẓ-ẓurūf*, S. 114 ff.

[25] Vgl. mehr dazu M. Abū Zahra: *aš-Šāfiʿī: Ḥayātuh, ʿaṣruh wa-ārāʾuh al-fiqhīya*, Beirut 1978, S. 155 ff.; Kamali: Shariʿa, S. 81 f.; und Wael B. Hallaq: Was al-Shafiʿi the Master Architect of Islamic Jurisprudence?, in: *International Journal of Middle East Studies* 4 (1993), S. 587–605.

[26] Vgl. Ibn Qaiyim: *Iʿlām al-muwaqqiʿīn* 6, S. 113.

[27] Vgl. al-Qarāfī: *al-Iḥkām*, S. 218 f., 232 f.

[28] Vgl. Ibn Qaiyim: *Iʿlām al-muwaqqiʿīn* 4, S 337.

[29] Vgl. Ibn Qaiyim: *Iġāṯat al-lahfān fī maṣāyid aš-šaiṯān* 1, hrsg. von Muḥammad ʿAzīz Šams, Ǧidda 1432/2011, S. 570 f.

[30] Vgl. ibid., S. 570 f.

Strafe[31] vollzogen werden soll. Diese Strafe sei von den Prophetengefährten wie ʿUmar Ibn al-Ḫaṭṭāb (gest. 644) kontextspezifisch unterschiedlich durchgeführt worden. Denn es liege dafür kein konkretes Strafmaß in den Offenbarungstexten vor. Bei der Beurteilung von Fragen ähnlicher Art seien die Lebensumstände sowie die Interessen der Menschen zu berücksichtigen. Demnach bilden die Eindeutigkeit und die Aussagekraft der textuellen Beweise das entscheidende Kriterium für Ibn Qaiyim, um orts- und zeitabhängige Fatwas zu erteilen.[32]

Diese Aufteilung der Scharia-Normen in veränderbare und unveränderbare ist aber älteren Datums. Al-Ġazālī beschäftigt sich zwar nicht direkt, wie Ibn Qaiyim, mit der Frage der Fatwa-Wandelbarkeit, unterscheidet aber dafür konkreter und ausführlicher zwischen zwei Feldern der Scharia; *qaṭʿīyāt* und *ẓannīyāt*. Die Grundlage für diese Unterscheidung bildet die Beweislage: Die *qaṭʿīyāt* basieren auf eindeutigen, soliden Texten (Koran und Sunna) und sind daher kontextunabhängig und ewig gültig. Dieser Bereich umfasst nicht nur theologische Fragen (*kalāmīya*); auch rechtsmethodologische (*uṣūlīya*) sowie rechtspraktische (*fiqhīya*) Angelegenheiten sind darin mit inbegriffen. Als Beispiel für den theologischen Aspekt erwähnt er den Glauben an Gott, seine Gesandten und Engel und ähnliches. Als Beispiele zur Rechtsmethodologie nennt er die Anerkennung des *iǧmāʿ* und des *qiyās* als rechtliche Argumente (*ḥuǧǧa*) und im Bereich der Rechtspraktik nennt er die Pflicht, das Gebet zu verrichten, die Almosensteuer zu entrichten, sowie das Verbot, Unzucht (*zinā*) zu treiben, Diebstahl zu begehen oder Alkohol zu trinken. Versuche, diese Grundlagen umzudeuten und zu verändern betrachtet al-Ġazālī als sündhaft. Demgegenüber beruhen die *ẓannīyāt* auf Quellentexten, die dem *iǧtihād* zugänglich und für Interpretationen offen sind. Wenngleich hier nicht konkret die Rede von Fatwa-Wandelbarkeit ist, wird ersichtlich, dass es – nach al-Ġazālīs Verständnis – neben dem „fest stehenden" Feld der Scharia ein weiteres größeres Gebiet gibt, dessen Normen zeit- und ortsbedingt unterschiedlich ausfallen dürfen.[33]

Anders als al-Ġazālī bespricht der mālikitische Abū Isḥāq aš-Šāṭibī, der vor allem für seine *maqāṣid*-Theorie bekannt ist,[34] die Thematik der Fatwa-Wandelbarkeit in seinem Werk *al-Muwāfaqāt*.[35] Ähnlich wie Ibn Qaiyim hebt er die Notwendigkeit der orts- und zeitbedingten Fatwa-Erteilung hervor. Sein Augenmerk legt er auf die Gewohnheiten (*ʿawāʾid*) der Menschen als Grund für die Veränderung von Fatwas. Er spricht in diesem Zusammenhang zwar nicht explizit von den Kriterien Ibn Qaiyims, impliziert aber mit seinem Ansatz zu Gewohnheiten alle anderen Gründe. Denn die Veränderung von Traditionen und Gewohnheiten geht mit dem Wandel von Zeit, Ort, Umstand etc. einher. Analog zu al-Ġazālīs und Ibn Qaiyims Aufteilung der Scharia-Normen in statische und flexible unterscheidet aš-Šāṭibī ebenfalls zwischen zwei Gattungen von Gewohnheiten: (1) Es gibt Gewohnheiten, die in

[31] Die *taʿzīr*-Strafen stellen laut islamischem Recht solche Strafen dar, die nicht in den Scharia-Quellen festgelegt sind, sondern dem Ermessen des Richters anheimgestellt werden wie beispielsweise Gefängnisstrafe, Geldstrafe oder Auspeitschung. Diese bleiben unterhalb der *ḥadd*-Strafen.

[32] Vgl. Ibn Qaiyim: *Iġāṯat al-lahfān* 1, S. 571 f.

[33] Vgl. al-Ġazālī: *al-Musṯaṣfā* 4, S. 18 ff., 30–34.

[34] Vgl. mehr dazu z. B. Muhammad Khalid Masud: *Islamic Legal Philosophy: A Study of Abū Isḥāq al-Shāṭibī's Life and Thought*, Delhi 1989; und Muhammat Duran: *Zur Theorie einer teleologischen Methode in der islamischen Normenlehre: Aš-Šāṭibīs (gest. 790/1388) Konzept der Absichten der Scharia (maqāṣid aš-šarīʿa)*, Berlin 2015.

[35] Vgl. aš-Šāṭibī: *al-Muwāfaqāt* 2, S. 488–496.

den Scharia-Texten konkret an- bzw. aberkannt sind wie beispielsweise die Anordnung, Unreinheit zu beseitigen, oder die Erlaubnis, den Schambereich bei medizinischer Untersuchung zu verhüllen. Ähnlich wie die eben erwähnten Gelehrten ist die Beweislage der entscheidende Faktor für aš-Šāṭibī, um über eine gewohnheitsbezogene Handlung als feststehend oder veränderbar zu bestimmen. So sind die Quellen erster Art nach seinem Verständnis definitiv sicher und unmissverständlich klar. Sie hätten daher einen zeit- und ortsunabhängigen Gültigkeitsanspruch und dürften keinen Veränderungen ausgesetzt werden.[36] Versuche, solche feststehenden Scharia-Normen abzuändern bzw. aufzuheben, gälten als „ungültige Abrogation" (*nasḫ bāṭil*). Denn der *nasḫ* dürfte ausschließlich durch den Propheten Muḥammad als Gesetzüberbringer vorgenommen werden. Da er bereits verstorben sei, sei dies nicht mehr möglich.[37]

(2) Die zweite Kategorie umfasst solche Gewohnheiten, die zwar unter den Menschen verbreitet sind, in den Offenbarungstexten aber weder erlaubt noch verboten werden. In diesem Fall darf die Erteilung von Fatwas laut aš-Šāṭibī unter Berücksichtigung der Umstände unterschiedlich ausfallen. Denn die Gewohnheiten der Menschen seien variabel und würden sich von Zeit zu Zeit und von Ort zu Ort ändern. So würden einige Gewohnheiten an einem Ort gut (*ḥasan*) angesehen, doch an einem anderen als schlecht (*qubḥ*) empfunden. Als Beispiel dafür wird in diesem Zusammenhang unter anderem die Kopfbedeckung für Männer angeführt: Dies gelte für Muslime in Maghreb-Staaten als *ġair qabīḥ* („nicht schlecht" bzw. „einwandfrei"); für Muslime der Maschrek-Staaten[38] hingegen schon. Von den Letztgenannten wird jene Handlung als Grund für die Beeinträchtigung in der Glaubwürdigkeit eines jeden Muslims bewertet (*qadḥ*^{un} *fī l-ʿadāla*), sollte dieser als Zeuge auftreten.[39] Wenngleich aš-Šāṭibī den Fokus auf die Gewohnheiten als Faktor für die Wandelbarkeit von Fatwas legt, bleiben seine Ansichten identisch mit denen al-Ġazālīs und Ibn Qaiyims, insbesondere was die Aufteilung der Scharia-Normen in veränderbare und unveränderbare betrifft.

Ähnlich argumentiert der ḥanafitische Gelehrte Ibn ʿĀbidīn. Mit der Frage der Fatwa-Wandelbarkeit befasst er sich ausführlich in seiner Abhandlung *Našr al-ʿurf: Fī bināʾ baʿḍ al-aḥkām ʿalā l-ʿurf* („Ausbreitung der Gewohnheit [als Rechtsquelle]: Über den Aufbau einiger Normen auf der Gewohnheit").[40] Dort konzentriert er sich, ähnlich wie aš-Šāṭibī, auf die Gewohnheiten der Menschen als normgebende Quelle und ruft nachdrücklich dazu auf, dass die auf der Grundlage von Gewohnheiten erteilten Fatwas zeit- und ortsgemäß modifiziert werden sollten. Muftis dürften das hinterlassene Gewohnheitsrecht nicht unhinterfragt übernehmen, vielmehr sollten sie ihre Aufmerksamkeit auf die unterschiedlichen Bedürfnisse der Menschen richten und den zeitlichen und örtlichen Entwicklungen Rechnung tragen.[41] In dieser Hinsicht argumentiert Ibn ʿĀbidīn, dass ein starres Festhalten an gewohnheitsbedingten Scharia-Normen und ihre Übertragung auf neu aufgetretene Fragen das Leben erschwere, den Menschen Schaden zufüge und ihrem Nutzen im Wege stehe. Dies

[36] Vgl. ibid., S. 488.

[37] Vgl. ibid., S. 489.

[38] Im Allgemeinen umfasst dieser Begriff Länder wie Syrien, den Irak, den Libanon und Jordanien. Das Gegenstück, Maghreb-Staaten, umschließt Länder wie Marokko, Tunesien und Algerien.

[39] Vgl. aš-Šāṭibī: *al-Muwāfaqāt* 2, S. 489.

[40] Vgl. Ibn ʿĀbidīn: *Našr al-ʿurf* 2, S. 114–147.

[41] Vgl. ibid., S. 131.

wiederum stünde im Widerspruch zu den Grundlagen der Scharia, deren Ziel es sei, den Menschen das Leben zu erleichtern und Schaden von ihnen abzuwehren.[42] Demnach fungiert das Nützlichkeitsprinzip göttlicher Bestimmungen, wie bei Ibn Qaiyim, als das entscheidende Kriterium für die Notwendigkeit, tradierte Rechtsansichten zu modifizieren oder kontextbedingte Fatwas auszustellen.

Ähnlich wie die oben angeführten Gelehrten nimmt Ibn ʿĀbidīn eine klare Differenzierung zwischen zwei Typen von Scharia-Normen vor, wobei er lediglich andere Termini verwendet: Der erste beinhaltet Normen, die sich auf einen eindeutigen Text (*naṣṣ ṣarīḥ*) stützen und daher unveränderbar (*ṯābita*) bleiben. Der andere umfasst Normen, die auf menschlichen Bemühungen (*iǧtihād wa-raʾy*) beruhen. Nur die Rechtsauskünfte dieser Art sind nach Ibn ʿĀbidīn den Umständen entsprechend modifizierbar. Dabei geht er davon aus, dass die Findung von Normen in solchen Fällen unter Berücksichtigung der Gewohnheiten und Interessen der Menschen erfolgt und daher dem gesellschaftlichen Wandel unterliegt. Als Beispiel dafür führt er das laut Gewohnheitsrecht (*ʿurf*) geläufige Abschließen von Fabrikationsverträgen (*ʿaqd al-istiṣnāʿ*).[43] Auf der Basis eines solchen Vertrages wird vereinbart, dass man eine noch herzustellende Ware kauft. Dies steht aber nicht im Einklang mit dem islamischen Vertragsrecht, das vorsieht, dass der Verkaufsgegenstand eindeutig und bekannt sein muss. Nach der Mehrheitsmeinung muslimischer Gelehrsamkeit wird diese Vertragsform dennoch erlaubt. Begründet wird dies zum einen damit, dass die Bedingungen solcher Verträge gewohnheitsmäßig reibungslos von den Vertragspartnern erfüllt werden und zum anderen diese Verträge im Interesse (*maṣlaḥa*) der Menschen seien.[44]

Insofern kann hier festgehalten werden, dass die Beweislage aus dem Koran und/oder der Sunna das entscheidende Kriterium für die Trennung zwischen statischen und flexiblen Normen ist, die bei allen oben dargestellten Gelehrten im Grunde identisch ausfällt: Es drängt sich hier aber die Frage auf, wer das Monopol darauf hat, einen textuellen Beweis als *qaṭʿī* oder *ẓannī* bzw. die ihm entnommenen Normen als statisch oder wandelbar zu erklären. Wenn man dies mit den Ansätzen anderer Gelehrter wie etwa des Ḥanbaliten Naǧm ad-Dīn aṭ-Ṭūfī (gest. 1316) vergleicht, zeigt sich die Problematik deutlicher.[45] Er ist der Meinung, dass die Interessen der Menschen im Kontext der Wechselbeziehungen und der Sozialordnung immer Vorrang haben dürfen, auch vor solchen Scharia-Normen, die aus den Offenbarungstexten stammen. Dabei schenkt er der Unterscheidung zwischen *qaṭʿī* und *ẓannī* keinerlei Aufmerksamkeit. Diese

[42] Vgl. ibid., S. 125. Weiterführend dazu in Haim Gerber: *Islamic Law and Culture. 1600–1840*. Leiden et al. 1999, S. 105–116; und Aymen Shabana: *Custom in Islamic Law and Legal Theory: The Development of the Concepts of ʿUrf and ʿAdah in the Islamic Legal Tradition*, New York 2010.

[43] Vgl. Ibn ʿĀbidīn: *Našr al-ʿurf* 2, S. 125 f. Diese Vertragsform wird von Ibn ʿĀbidīn nicht näher definiert. Der Verständlichkeit halber sei diese hier kurz angeführt.

[44] Vgl. Muṣṭafā az-Zarqā: *al-Madḫal al-fiqhī al-ʿāmm* 1, Damaskus 1998, S. 78.

[45] Vgl. aṭ-Ṭūfī: *Risāla fī riʿāyat al-maṣlaḥa*, hrsg. von Aḥmad A. Ar-Raḥmān as-Sāyiḥ, Kairo 1993, S. 13 ff.; mehr dazu Mahmud El-Wereny: Das Konzept der *maṣlaḥa mursala*: Theoretische Rahmenbedingungen und praktische Anwendung zwischen Tradition und Moderne, in: *Electronic Journal of Islamic and Middle Eastern Law* 4. 26 (2016), S. 75–95 (84 f.); Felicitas Opwis: *Maṣlaḥa and the Purpose of the Law. Islamic Discourse on Legal Change from the 4th/10th to 8th/14th Century*, Leiden 2010, S. 200 ff.

kontroverse Position begründet er damit, dass das Nützlichkeitsprinzip (*maṣlaḥa*) das einzige Rechtsargument sei, worüber die Gelehrten allesamt einig seien. Die Quellentexte seien hingegen widersprüchlich (*mutaʿāriḍa*), vielfältig (*muḫtalifa*) und ließen Raum für Meinungsverschiedenheit unter den Gelehrten, was wiederum innerislamische Spaltung sowie Fanatismus unter den Muslimen mit sich bringe. Die Einigkeit muslimischer Gelehrter über das Nützlichkeitsprinzip als Normenfindungsquelle trage hingegen zur Einheit der muslimischen Gemeinschaft bei. Aṭ-Ṭūfīs Ansatz wird folgerichtig auf seine Sorge um die islamische Einheit sowie seinen Wunsch, diese wiederherzustellen, zurückgeführt. Dazu schreibt Opwis: „[Aṭ-Ṭūfī] desire[s] to propose a principle of law-finding that creates unity among Muslims. Time and again a[ṭ]-Ṭūfī emphasizes that his understanding of *maṣlaḥa* will end disagreement and factionalism since everybody agrees that *maṣlaḥa* is the purpose of the law.“[46]

Im Gegensatz zu den beiden oben dargestellten Positionen vertritt der ẓāhiritische Gelehrte Ibn Ḥazm (gest. 1064) die Meinung, dass die auf der Basis eines Textbeweises gegründeten Normen ewigen Charakter hätten und trotz möglicher Veränderungen von Zeit, Ort oder Zustand des Fragenden nicht abgeändert werden dürften. Nur durch einen anderen Text göttlichen Ursprungs sei eine Abänderung hinterlassener Scharia-Normen möglich. Er schenkt demnach weder der oben angeführten Zweiteilung der Texte in *qaṭʿī* und *ẓannī* noch dem *maṣlaḥa*-Prinzip jedwede Aufmerksamkeit. Vielmehr orientiert er sich primär am Wortlaut koranischer bzw. prophetischer Aussagen und bildet somit neben den oben angeführten Denkrichtungen eine dritte, eine ultrakonservative Position.[47] Die Frage, wie das Konzept der Wandelbarkeit von Scharia-Normen im Kontext des 20. und 21. Jahrhunderts verstanden wird und ob sich die oben dargestellten Ansätze im Denken zeitgenössischer Autoren widerspiegeln, ist der Gegenstand des nächsten Abschnitts.

3. Fatwa-Wandelbarkeit im 20. und 21. Jahrhundert

Wenngleich der Grundsatz der Wandelbarkeit von Scharia-Normen eine alte Tradition ist, deren Ursprung sich bis zum Koran und der Sunna zurückverfolgen lässt, und von früheren Gelehrten Anerkennung gefunden hat, hat er seit dem 19. Jahrhundert innerhalb des innerislamischen Diskurses erheblich an Bedeutung gewonnen. Im Zuge der Kolonialisierung islamischer Staaten wurden einige Gebiete des islamischen Rechts außer Anwendung gekommen, insbesondere was das Zivil- und Strafrecht betrifft. Dafür wurde eine Reihe von Gesetzen nach europäischem Vorbild eingeführt.[48] Als Folge sahen sich viele Gelehrte mit

[46] Opwis: *Maṣlaḥa*, S. 244 und El-Wereny: Das Konzept der *maṣlaḥa*, S. 84 ff.

[47] Vgl. Ibn Ḥazm: *al-Iḥkām fī uṣūl al-aḥkām* 5, hrsg. von Aḥmad Šākir, Beirut 1983, S. 5. Weiterführend zu Ibn Ḥazm siehe Amr Osman: *The Ẓāhirī Madhhab (3rd/9th–10th/16th Century): A Textualist Theory of Islamic Law*, Leiden 2014.

[48] Mit Ausnahme einiger Länder wie etwa Saudi-Arabien, die Anspruch auf vollständige Anwendung der Scharia erheben, wird seitdem in den meisten islamisch geprägten Ländern – mit Ausnahme der Türkei – lediglich das Familien- und Erbrechtvom islamischen Recht bestimmt. In der Türkei wurden seit den Reformen Atatürks im Jahre 1926 die Prinzipien des schweizerischen Familien- und Erbrechts eingeführt. Vgl. Konrad Dilger: Die Entwicklung des islamischen Rechts, in: *Der Islam III: Islamische Kultur – Zeitgenössische Strömungen – Volksfrömmigkeit*, hrsg. von Munir D. Ahmed et al., Stuttgart 1990, S. 66 ff.; und Omaia

neuen Fragen und Herausforderungen konfrontiert. Durch die Begegnung mit dem Westen wurde ihnen der wirtschaftliche, administrative sowie militärische Rückstand bewusst, in den viele muslimische Staaten geraten waren. Der Bedarf nach Reformen zur Überwindung der Rückständigkeit war allgegenwärtig. Reformdenker wie etwa Ǧamāl ad-Dīn al-Afġānī (gest. 1897), Muḥammad ʿAbduh (gest. 1905) und Muḥammad Rašīd Riḍa (gest. 1935), die sich für eine innere Reform des Islam einsetzten, gingen davon aus, dass die vermeintliche Rückständigkeit ihre Gründe in einem verkrusteten, inflexiblen Islamverständnis habe, welches vor allem auf einer blinden Übernahme tradierter Rechtsansichten und Befolgung mittlerweile überkommener Normen beruhe. Mit ihren Bemühungen zielten sie im Grunde auf eine innere Reform des Islams ab und widmeten sich in diesem Sinne einer Neuinterpretation der islamischen Quellen, um einerseits seine Lehre sowie sein Ordnungssystem wieder umfassend zur Geltung zu bringen und andererseits um adäquate Antworten auf die Fragen der Moderne entwickeln zu können.[49] Dabei waren sie bemüht, die überkommene Grenze zwischen statischen und wandelbaren Elementen der Scharia zu überschreiten, insbesondere was die Frage der Geschlechterrollen und den Umgang mit Andersdenkenden angeht.[50] Wenngleich jene Denker die Notwendigkeit der Trennung zwischen Statischem und Wandelbarem bzw. profanen und religiösen Angelegenheiten immer wieder betont haben, haben sie nach Ali Merad aber dazu keinen entscheidenden Beitrag geleistet.[51] Nichtsdestotrotz waren bzw. sind ihre Ansätze noch immer für viele Gelehrte und Intellektuelle anregend und befruchtend.[52]

Der Mainstream muslimischer Gelehrsamkeit stützt sich weiterhin auf das tradierte Verständnis der Zweiteilung göttlicher Bestimmungen in unveränderliche und veränderliche und erlaubt die Fatwa-Wandelbarkeit nur für letztere. Als Beispiel dafür seien an dieser Stelle ʿAbd al-Wahhāb Ḫallāf (gest. 1956) und Muḥammad Abū Zahra (gest. 1974) erwähnt.

Elwan: Gesetzgebung und Rechtsprechung, in: Udo Steinbach / Rüdiger Robert: *Der Nahe und Mittlere Osten. Politik, Gesellschaft, Wirtschaft, Geschichte, Kultur*. Wiesbaden 1988, S. 221–255; und Norman Anderson: *Law Reform in the Muslim World*, London 1976.

[49] Dieser Prozess wird heute in der deutschsprachigen Literatur als „Islamisierung“ bzw. „Re-Islamisierung“ bezeichnet. Vgl. z. B. Udo Steinbach: Vom islamisch-westlichen Kompromiß zur „Re-Islamisierung“, in: ders. / Werner Ende: *Der Islam in der Gegenwart*, München 1989, S. 198–212 (205); Rudolph Peters: Erneuerungsbewegungen im Islam vom 18. bis zum 20. Jahrhundert und die Rolle des Islam in der neuen Geschichte: Antikolonialismus und Nationalismus“, in: Werner Ende / Udo Steinbach: *Der Islam in der Gegenwart*, München 1989, S. 91–131, Jakob Skovgaard-Petersen: Portrait of the Intellectual as a Young Man: Rashid Rida's *Muhawarat al-muslih wa-al-muqallid* (1906), in: *Islam and Christian-Muslim Relations* 12.1 (2001), S. 93–104; und Charles C. Adams: *Islam and Modernism in Egypt. A Study of the Modern Reform Movement Inaugurated by Muhammad Abduh*, Kairo 1933, S. 107 ff., 177 ff.

[50] Vgl. Ṣalāḥ ad-Dīn al-Manǧad et al. (Hgg.): *Fatāwā al-Imām M. Rašīd Riḍā*, Beirut 2005 passim, z. B. Bd. 1, S. 81 f., 124 ff.; Bd. 6, S. 801 ff. Ausführlich dazu siehe Malcolm H. Kerr: *Islamic Reform. The Political and Legal Theories of Muḥammad ʿAbduh and Rashīd Riḍā*, Berkeley 1966; Kathrin Klausing: *Geschlechterrollenvorstellungen im Tafsir*, Frankfurt a. M. 2014, S. 53 ff., 114 f., 171 ff.

[51] Vgl. mehr dazu A. Merad et al.: Iṣlāḥ, in: *Encyclopaedia of Islam* IV, hrsg. von P. Bearman et al., Leiden ²1978, S. 141–163 (155 f.).

[52] Vgl. Stefan Conermann: Reformislam, in: *Kleines Islam-Lexikon. Geschichte – Alltag – Kultur*, hrsg. von Ralf Elger und Friederike Stolleis, München 2008, S. 260–262.

Sie stellen zwar die Beachtung der Lebenswirklichkeit und der Umstände der Menschen als Voraussetzung zum Erlangen des Mufti-Grades dar, nehmen aber, ähnlich wie die oben angeführten Gelehrten, eine klare Differenzierung zwischen Normen vor, die auf *naṣṣ qaṭʿī* und solchen, die auf *naṣṣ ẓannī*, Gewohnheiten oder Interessen der Menschen gegründet sind. Während die Normen ersterer Kategorie durch ewige Gültigkeit gekennzeichnet seien, seien letztere dem Lebenskontext entsprechend auszulegen.[53] Neben vielen weiteren Gelehrten wie Muṣṭafā az-Zarqā (gest. 1999)[54], Wahba az-Zuḥailī (gest. 2015)[55], und Ibn Baiya (geb. 1935)[56], die sich mit der Frage des Statischen und Wandelbaren in der Scharia und der damit eng verbundenen Veränderbarkeit von Fatwas befassen, hebt sich Yūsuf al-Qaraḍāwī durch seine intensive theoretische wie praktische Beschäftigung mit der Fatwa-Erteilung sowie der Notwendigkeit der Aktualisierung überkommener Rechtsansichten hervor. Im Folgenden sollen nun seine entsprechenden Überlegungen näher betrachtet werden.[57]

Der 1926 in Ägypten geborene und seit 1961 in Qatar lebende al-Qaraḍāwī gilt als einer der einflussreichsten Rechtsgelehrten der Gegenwart im arabisch-sunnitischen Raum.[58] Nach seiner Auswanderung nach Qatar konnte er seine Karriere voranbringen und durch die Nutzung neuer Medien wie des Satellitenfernsehsenders *al-Jazeera* ein internationales Publikum über die Grenzen der arabischen Welt hinaus erreichen.[59] Seine über 170 Publikationen, die teilweise in diversen europäischen, asiatischen und afrikanischen Sprachen übersetzt vorliegen, sind für die Steigerung seines Bekanntheitsgrades ebenso von fundamentaler Bedeutung, auch wenn sie allgemein gesehen zahlreiche Wiederholungen und Überschneidungen aufweisen.[60] Durch seine Präsenz in unterschiedlichen Bereichen wie den Massenmedien[61] und zahlreichen islamischen Institutionen wie dem *European Council for*

---

[53] Vgl. ʿAbd al-Wahhāb Ḫallāf: *ʿIlm uṣūl al-fiqh*, Kairo 2002, S. 84 ff., 216–220; Abū Zahra: *Uṣūl al-fiqh*, S. 273 ff., 287 f., 401 f.

[54] Vgl. az-Zarqā: *al-Madḫal* 2, S. 945 f., 958 f., 1006f.

[55] Vgl. dazu Wahaba az-Zuḥailī / Ǧamāl ʿAṭīya: *Taǧdīd al-fiqh al-islāmī*, Beirut 2000, S. 172 ff., 190 ff.

[56] Vgl. dazu ʿAbdallāh Ibn Baiya: *Ṣināʿat al-fatwā wa-fiqh al-aqallīyāt*, Rabat 2004, S. 248–252.

[57] Siehe ausführlich dazu El-Wereny: Mit Tradition, S. 77–86. Dort wurde al-Qaraḍāwīs Konzept zum Fatwa-Wandel mit einer anderen Fragestellung eingehend behandelt.

[58] Vgl. Gräf: Medien-Fatwas, S. 120 f. Ausführlich zu al-Qaraḍāwīs Person und Denken in Mahmud El-Wereny: Reichweite und Instrumente islamrechtlicher Normenfindung in der Moderne: Yūsuf al-Qaraḍāwīs *iǧtihād*-Konzept, in: *Die Welt des Islam* 58.1 (2018), S. 65–100.

[59] Vgl. ausführlich dazu Gräf: Medien-Fatwas, S. 218 ff.; Jakob Skovgaard-Petersen: The Global Mufti, in: *Globalization and the Muslim World. Culture, Religion, and Modernity*, hrsg. von Birgit Schaebler und Leif Stenberg, Syracuse 2004, S. 153–165.

[60] Es lassen sich zahlreiche Wiederholungen in seinen Schriften feststellen. Einige bereits veröffentlichten Werke werden ferner mehrfach reproduziert. Vgl. beispielsweise al-Qaraḍāwī: *Min hadī al-islām: fatāwā muʿāṣira* 3, Kuwait o. J., S. 451–513; und id.: *Fatāwā min aǧl filasṭīn*, Kairo 2010, S. 7–137; El-Wereny: Mit Tradition, S. 41.

[61] Weiterführend dazu vgl. Gräf: Medien-Fatwas, S. 119–123.

Fatwa and Research (ECFR)[62] und der *International Union of Muslim Scholars* (IUMS)[63] erlangte er weltweite Popularität. Vor diesem Hintergrund stoßen seine Ansichten und Fatwas auf große Resonanz, die sich in Kritik seitens salafistisch geprägter Autoren und Anerkennung seitens seiner Anhänger und Sympathisanten beobachten lässt.[64]

Ähnlich wie die Reformtheologen des 19. und 20. Jahrhunderts[65] sowie zeitgenössische Gelehrte wie az-Zuḥailī, Abū Zahra und ʿAbdallāh b. Baiya[66] vertritt al-Qaraḍāwī ebenfalls die Ansicht, dass alle Scharia-Normen absolute und universale Gültigkeit besitzen. Er sieht in der Befolgung der Scharia-Vorschriften in allen Lebensbereichen die Lösung für alle Probleme der muslimischen Gesellschaften. Ohne zwischen religiös-ethischer und rechtlicher Seite der Scharia zu unterscheiden, erachtet er die Scharia-Bestimmungen gänzlich als bindend für alle Muslime, wo und wann sie auch immer leben.[67] Diese angedachte Lösung könne aber nicht per Dekret eingeführt werden. Die Implementierung von Scharia-Regelungen ins alltägliche Leben sollte vielmehr allmählich und stufenweise erfolgen. Aus dieser Überzeugung heraus ruft al-Qaraḍāwī zu einer „islamischen Erweckungsbewegung", der so genannten *ḥarakat aṣ-ṣaḥwa al-islāmīya*[68] auf, die alle Schichten, Geschlechter und Gruppen der Gesellschaft umfassen und weltweit für die Wiedererrichtung einer weltumspannenden islamischen Gemeinschaft eintreten soll.[69] Innerhalb dieser Gemeinschaft sollen die Muslime ihr Leben nach den islamischen Werten und Normen ausrichten können. Um diesen Ansprüchen gerecht zu werden, plädiert al-Qaraḍāwī, ähnlich wie die eben erwähnten Gelehrten, für die Erneuerung des islamischen Normensystems (*taǧdīd al-fiqh al-islāmī*).[70] Ein elementarer Bestandteil der angestrebten *fiqh*-Erneuerung ist die Mo-

[62] Vgl. *Al-Maǧlis al-Ūrūbbī li-l-Iftāʾ wa-l-Buḥūṯ* (European Council for Fatwa and Research), unter: e-cfr.org/new/members (letzter Aufruf 15. 05. 2016), sowie u. a. Mathias Rohe: *Iftāʾ* in Europa, in: *Beiträge zum Islamischen Recht* III, hrsg. von Hans-Georg Ebert und Thoralf Hanstein, Frankfurt a. M. 2003, S. 33–35; Bettina Gräf / Alexandre Caeiro: The European Council for Fatwa and Research and Yusuf al-Qaradawi, in: *Islamist Movements in Europe: Public Religion and Islamophobia in the Modern World*, hrsg. von Frank Peter und Rafael Ortega, London 2014, S. 119–125.

[63] Mehr dazu siehe Bettina Gräf: Yusuf al-Qaradawi und die Bildung einer ‚globalen islamischen Autorität' " (21. 04. 2005), in: *Qantara.de*, unter: de.qantara.de/-inhalt/internationale-vereinigung-muslimischer-gelehrter-yusuf-al-qaradawi-und-die-bildung-einer (letzter Aufruf 06. 04. 2016).

[64] Für Näheres dazu vgl. El-Wereny: Mit Tradition, S. 291 ff.

[65] Vgl. weiterhin dazu Ana Belén Soage: Shaykh Yusuf al-Qaradawi: Portrait of a Leading Islamist Cleric, in: *MERIA Journal* 12.1 (2008), S. 51–68 (56).

[66] Vgl. Ibn Baiya: *Iṭārāt taǧdīdīya fī ḥuqūl al-uṣūl*, Ǧidda 2013, S. 16 f.; az-Zuḥailī: *Taǧdīd*, S. 157 f.

[67] Vgl. al-Qaraḍāwī: *Šarīʿat al-islām*, S. 5, 11; ders.: *al-Ḥall al-islāmī farīḍa wa-ḍarūra*, Beirut 1974, S. 6, 47.

[68] Zu dem Thema „islamisches Erwachen" (*aṣ-Ṣaḥwa al-islāmīya*) verfasste al-Qaraḍāwī zur Rechtleitung dieser Bewegung u. a. *aṣ-Ṣaḥwa al-islāmīya bain al-ǧuḥūd wa-taṭaruf* ([1]1982), *aṣ-Ṣaḥwa al-islāmīya wa-humūm al-waṭan*, und *aṣ-Ṣaḥwa al-islāmīya min al-murāhaqa ilā r-rušd,* Kairo 2002.

[69] Vgl. al-Qaraḍāwī: *aṣ-Ṣaḥwa al-islāmīy wa-humūm al-waṭan al-ʿarabī wa-l-islāmī*, Kairo 2008 ([1]1988), S. 18 f. Für Näheres dazu siehe z. B. Armando Salvatore: *Islam and the Political Discourse of Modernity*, Berkshire 1997; Nadia Wardeh: *Yūsuf al-Qaraḍāwī and the "Islamic Awakening" of the Late 20th Century*, Montreal 2001.

[70] Vgl. al-Qaraḍāwī: *al-Fiqh al-islāmī baina al-aṣāla wa-t-taǧdīd*, Kairo 1986. Ausführlich dazu Mahmud El-Wereny: 'Islamic Law between Originality and Renewal': Yūsuf al-Qaraḍāwī's Theory of the Renewal of Islamic Law, in: *Journal of Islamic Studies and Culture* (*JISC*) 4.1 (June 2016), S. 1–12, id.: Mit Tradition,

difikation tradierter Rechtsansichten. Den Grundsatz der Fatwa-Wandelbarkeit je nach Zeit und Ort erachtet al-Qaraḍāwī in diesem Zusammenhang als „eines der Elemente der Ewigkeit, des Reichtums und der Flexibilität [der Scharia], welche sie zu jeder Zeit und an jedem Ort gültig machen."[71]

Al-Qaraḍāwīs Appell zur Modifikation traditioneller Rechtsansichten und der Notwendigkeit, kontextgemäß Fatwas zu erteilen, manifestiert sich in seiner 2008 erschienenen Schrift *Mūǧibāt taġayyur al-fatwā fī ʿaṣrinā*. Wenngleich er dabei Ibn Qaiyim ständig zitiert und die theoretische Herausarbeitung der fünf Gründe für den Fatwa-Wandel auf ihn zurückführt, hält er sich nicht an seine Konzeption. Er geht über die von seinem Gewährsmann vorgeschlagenen Anlässe der Fatwa-Veränderung hinaus und fügt sechs weitere hinzu: Eine inhaltliche Überarbeitung überkommener Rechtsentscheidungen sei nicht nur vonnöten, wenn sich Zeiten, Orte, Gewohnheiten etc. änderten. Vielmehr sei sie auch notwendig, wenn sich der Kenntnisstand (*taġayyur al-maʿlūmāt*), die Bedürfnisse der Menschen (*ḥāǧāt an-nās*), ihre Fähigkeiten und Möglichkeiten (*qudrāt an-nās wa-imkānīyātuhum*), ihre sozialen, wirtschaftlichen und politischen Umstände (*al-auḍāʿ al-iǧtimāʿīya wa-l-iqtiṣādīya wa-s-siyāsīya*), sowie ihre Anschauungen und Denkweisen (*ar-raʾy wa-l-fikr*) änderten. Ferner erfolge eine Fatwa-Veränderung, wenn sich in der Regel verbotene oder verpönte Dinge unter den Menschen stark verbreiteten, so dass man auf sie nicht mehr verzichten könne, das so genannte *ʿumūm al-balwā* („allgemein notwendig gewordene Angelegenheiten").[72] Es kann diesbezüglich festgehalten werden, dass al-Qaraḍāwīs Versuch, die von Ibn Qaiyim erwähnten Gründe für die Fatwa-Veränderbarkeit auszuweiten, als redundant zu bewerten ist. Denn die Veränderung von Zeit, Raum, Umständen und Traditionen etc. impliziert bereits die von al-Qaraḍāwī vorgeschlagenen Gründe.

In einem weiteren Schritt bemüht sich al-Qaraḍāwī, seine vorgenommene Erweiterung zu rechtfertigen. Für diesen Zweck stellt er zum einen – ähnlich wie etwa Ibn Qaiyim und Ibn ʿĀbidīn – eine direkte Verbindung zwischen diesen Gründen und der Verwirklichung des Wohls der Menschen (*maṣlaḥat al-ḫalq*) her. Dazu schreibt er: „Wir müssen die erwähnten Unterschiede und Veränderungen berücksichtigen, um Gerechtigkeit und Nutzen [unter den Menschen] zu verwirklichen, wonach die Scharia mit all ihren Normen strebt."[73] Zum anderen bedient er sich der Bezugnahme auf den Koran, die Sunna des Propheten sowie die Verfahrensweise früherer Rechtsgelehrter, wie im Folgenden anhand von ausgewählten Beispielen gezeigt wird.[74]

Den Fatwa-Wandel aufgrund der Veränderung der Fähigkeiten und Möglichkeiten der Menschen (*qudrāt an-nās wa-imkānīyātuhum*) illustriert al-Qaraḍāwī unter anderem an der Aussage des Propheten, demzufolge ein Reisender nach langer Abwesenheit nicht nachts nach Hause kommen sollte. Er könne dadurch seiner Familie bzw. seiner Frau den Eindruck vermitteln, er traue ihr nicht oder er spioniere ihr nach. Hier vertritt al-Qaraḍāwī eine gegenteilige Ansicht und argumentiert, dass man heute die Möglichkeit hat, seine Ehefrau per Te-

S. 100 ff.; für die Theorien anderer Gelehrter siehe z. B. Ibn Baiya: *Iṯārāt taǧdīdīya*; az-Zuḥailī: *Taǧdīd*, S. 157 f.

[71] Al-Qaraḍāwī: *Mūǧibāt*, S. 22.

[72] Al-Qaraḍāwī stellt die Verbreitung des Fernsehens als eine der allgemein notwendig gewordenen Angelegenheiten dar. Vgl. ibid., S. 23 f., 93.

[73] Vgl. ibid., S. 41, 63.

[74] Da seine Ausführungen in dieser Hinsicht zahlreiche Wiederholungen aufweisen, wird an dieser Stelle auf eine detaillierte Wiedergabe dieser verzichtet. Es sollen hier der Verständlichkeit halber einige Beispiele kurz dargestellt werden.

lefon, E-Mail oder Brief über seine Ankunftszeit zu informieren und somit diese Unannehmlichkeiten zu vermeiden. Zur Rechtfertigung dieses Widerspruchs beruft er sich auf die heutigen technischen Entwicklungen, die zu Lebzeiten des Propheten nicht vorhanden waren. Muḥammad habe nach den Umständen seiner Zeit geurteilt. Man hätte zu jener Zeit als Verkehrsmittel Kamele und Pferde gehabt, so dass man seine Ankunftszeit nicht genau bestimmen konnte. Heute hingegen gebe es andere Verkehrs- sowie Kommunikationsmöglichkeiten, die das möglich machten. Diese Veränderungen erfordern nach al-Qaraḍāwīs Verständnis, dass jenes vom Propheten verlautbarte Verbot modifiziert wird.[75]

Zum Kriterium der Fatwa-Modifikation infolge der Veränderung der sozialen, wirtschaftlichen und politischen Lage führt al-Qaraḍāwī ein Fallbeispiel an, das sich unter Muslimen außerhalb islamisch geprägter Gesellschaften ereignet.[76] Es dreht sich hier um die Frage, ob es Muslimen im Westen erlaubt sei, Nichtmuslime zu ihren nationalen oder religiösen Feiertagen zu beglückwünschen. Eingedenk der muslimischen Minderheitensituation kommt er zu dem Schluss, dass aus scharia rechtlicher Sicht nichts dagegen spreche (*lā arā baʾsᵃⁿ*), dass Muslime Andersgläubigen zu ihren Feierlichkeiten schriftlich oder mündlich gratulierten und mit ihnen Geschenke austauschten. Vorausgesetzt sei jedoch, dass sie sich von verbotenen Dingen fernhalten und nichts Verbotenes wie Alkohol oder Schweinefleisch schenken.[77]

Zu Untermauerung dieser Meinung, die im Widerspruch zu Ansichten früherer Gelehrter wie Ibn Qaiyim und Ibn Taimīya steht, stützt sich al-Qaraḍāwī auf den Grundsatz der Notwendigkeit der Fatwa-Veränderung aufgrund der veränderten sozioökonomischen Verhältnisse: Der Westen habe heutzutage die wirtschaftlich-politische und kulturelle Führung inne. Daher müssten jene Muslime mit Nichtmuslimen in Kontakt treten und eine gute Beziehung mit ihnen pflegen. Dies wiederum bedürfe der Modifikation jener Fatwas, die im Gegensatz dazu stehen. Frühere Autoritäten wie Ibn Taimīya hätten gemäß ihren damaligen Lebensbedingungen geurteilt. Hätte dieser beispielsweise in der heutigen Zeit gelebt und die weltweite und grenzenlose Vernetzung der Menschen und den Vorsprung der Nichtmuslime in Wissenschaft und Technik

[75] Vgl. al-Qaraḍāwī: *Mūǧibāt*, S. 82 f.

[76] Vgl. ibid., S. 84 f. Für Muslime in einer Minderheitensituation hat al-Qaraḍāwī ein spezielles Konzept verfasst, das sogenannte *fiqh al-aqallīyāt al-muslima*. Im Rahmen dieses Konzeptes behandelt al-Qaraḍāwī die Frage, ob das islamische Recht für Muslime der Minderheiten anders ausgelegt werden darf. Er bejaht diese Frage und spricht dabei von einem speziellen situationsorientierten und zeitgenössischen Normensystem (*fiqh wāqiʿī muʿāṣir*), das die Änderungen der Zeit, des Ortes, der Gewohnheit, der Situation und der Umstände der Muslime außerhalb muslimischer Gesellschaften berücksichtigt. Dort stellt er den Grundsatz des Fatwa-Wandels als grundlegendes Prinzip der Normenfindung für die Minderheiten, um adäquate Lösungen bieten zu können. Begründet wird dies vor allem damit, dass Muslime in westlichen Gesellschaften anderen politischen, wirtschaftlichen und sozialen Umständen unterliegen, als jene in islamisch geprägten Ländern. Vgl. al-Qaraḍāwī: *Fī fiqh al-aqallīyāt al-muslima. Ḥayāt al-muslimīn wasaṭ al-muǧtamaʿāt al-uḫrā*, Kairo 2001, S. 6, 24, 29, 36 und 44 f. Näheres dazu in Albrecht: Islamisches Minderheitenrecht, S. 64 ff.; Mahmud El-Wereny: *Normenlehre des Zusammenlebens: Religiöse Normenfindung für Muslime des Westens. Theoretische Grundlagen und praktische Anwendung*, Frankfurt a. M. 2018, S. 136 ff.

[77] Vgl. al-Qaraḍāwī: *Fī fiqh al-aqallīyāt*, S. 149 f. Für weitere Beispiele siehe El-Wereny: Normenlehre, insb. S. 179 ff.

gesehen, hätte er seine Meinung auf Grundlage dieser Umstände geändert, so al-Qaraḍāwī.[78]

Hinsichtlich der Frage nach den veränder- und unveränderbaren Scharia-Normen zieht al-Qaraḍāwī, ähnlich wie die oben angeführten Gelehrten, eindeutige Grenzen zwischen zwei Kategorien von Normen:[79] (1) Die erste Kategorie, die so genannte „geöffnete Zone" (*al-minṭaqa al-maftūḥa*), umfasst die veränderbaren Scharia-Normen, die dem zeitlichen oder örtlichen Wandel unterliegen. Das entscheidende Charakteristikum für ihre Wandelbarkeit ist, wie ebenfalls die früheren Gelehrten argumentieren, die Quellenlage: Die Normen dieser Kategorie basieren auf mehrdeutigen bzw. nicht hundertprozentig sicheren Belegen (*nuṣūṣ ẓannīyat aṯ-ṯubūt au d-dalāla*). Die Deduzierung von Normen erfolge in diesem Kontext mittels *iǧtihād* unter besonderer Berücksichtigung von Interessen und Gewohnheiten der Menschen. Daher könne sie aufgrund der Veränderbarkeit des Nutzens bzw. der Bräuche der Menschen von Ort zu Ort und von Zeit zu Zeit unterschiedlich ausfallen.[80]

(2) Die zweite Kategorie wird als die „geschlossene Zone" (*al-minṭaqa l-muġlaqa*) bezeichnet und umfasst statische unveränderbare Normen (*ṯawābit*), die nicht vom gesellschaftlichen Wandel beeinflusst sind und losgelöst von zeitlichen und örtlichen Gegebenheiten universelle Gültigkeit beanspruchen. Zu dieser Kategorie zählt al-Qaraḍāwī ähnlich wie al-Ġazālī glaubensbezogene Fragen (*ʿaqīda*), gottesdienstliche Handlungen (*ʿibādāt*) und moralische Pflichten bzw. Verbote (*aḫlāq*).[81] Dazu kommen weitere Aspekte wie etwa Erbangelegenheiten zwischen Mann und Frau, die *ḥudūd*-Strafen und die Ehe- und Scheidungsregeln.[82] Al-Qaraḍāwī stellt in dieser Hinsicht keine Ausnahme dar. Viele weitere Gelehrte wie etwa Abū Zahra und az-Zuḥailī vertreten die gleiche Position. Ihr entscheidendes Kriterium ist dabei die Beweislage, auf die sich jene Bestimmungen stützen. Sie müssen sowohl *qaṭʿī ṯ-ṯubūt* als auch *qaṭʿī d-dalāla* sein; d. h. sowohl in ihrer Authentizität als auch in ihrer Bedeutung gesichert und eindeutig sein.[83] Die Frage, wer über die Eindeutigkeit eines Verses oder

---

[78] Vgl. al-Qaraḍāwī: *Fī fiqh al-aqallīyāt*, S. 150.

[79] Vgl. al-Qaraḍāwī: *Mūǧibāt*, S. 25. Auch in seinem *iǧtihād*-Verständnis zieht al-Qaraḍāwī Grenzen zwischen solchen Scharia-Belegen, die *iǧtihād*-offen sind, und solchen, die dem *iǧtihād* unzugänglich und daher unveränderbar bleiben. Für Näheres dazu El-Wereny: Reichweite, S. 76 ff.

[80] Vgl. al-Qaraḍāwī: *Šarīʿat al-islām*, S. 108; az-Zuḥailī: *Taǧdīd*, S. 180 f.

[81] Zu dieser aus der Sicht al-Qaraḍāwīs und az-Zuḥailīs unveränderbaren Kategorie zählen die Glaubenssäulen (*arakān al-imān*) wie der Glaube an Gott, seine Engel, seine Gesandten und seine Schriften sowie die fünf Säulen des Islam (*arkān al-islām*) wie das Gebet, das Fasten, die Sozialpflichtabgabe und die Pilgerfahrt. Sie beinhaltet weitere moralische Werte, wie Reinheit, Keuschheit, Geduld, Rechtschaffenheit und Gerechtigkeit, oder Verbote, wie Mord, Diebstahl, Unzucht etc. Vgl. al-Qaraḍāwī: *Šarīʿat al-islām*, S. 105 f., ders.: *Taǧdīd ad-dīn*, S. 26; *aṣ-Ṣaḥwa al-islāmīy wa-humūm al-waṭan*, S. 51–54.

[82] Vgl. al-Qaraḍāwī: *Min aǧli ṣaḥwa rāšida*, Kairo 2001, S. 44 f. Wie oben gezeigt, will al-Qaraḍāwī alle Scharia-Regeln nicht von heute auf morgen umgesetzt wissen, vielmehr setzt er dafür voraus, dass Probleme muslimischer Gesellschaften wie Armut, Korruption und Tyrannei zuvor beseitigt werden. Für Näheres dazu El-Wereny: Reichweite, S. 78 f.

[83] Vgl. Abū Zahra: *Uṣūl*, S. 94–100; az-Zuḥailī: *Taǧdīd*, S. 172 ff., 190 f. Ḫallāf sieht hingegen, dass nur die Bereiche der *ʿibādāt* und *aḥwāl šaḫṣīya* ("Personalstatut") unveränderbar sind. Die Umsetzung anderer Scharia-Normen in Bezug auf das Zivil- und Strafrecht sei hingegen kontextbedingt auszulegen. Da der Koran jene Vorschriften nur allgemein angesprochen habe, hänge ihre Einführung mit der *maṣlaḥa* der Menschen zusammen. Vgl. Ḫallāf: *ʿIlm uṣūl*, S. 33 f.

dessen Mehrdeutigkeit entscheidet, bleibt hier ebenfalls, wie oben gezeigt, fragwürdig, insbesondere wenn man diesen Standpunkt mit den Überlegungen anderer zeitgenössischer Intellektueller wie Šaḥrūr und an-Naʿim vergleicht. Auf unterschiedliche Art und Wiese sind sie bemüht, diese Grenzen aufzuheben und die sogenannte ‚geschlossene Zone' der Scharia-Normen zu betreten.[84]

Mit Ausnahme des Ritus betrachtet Šaḥrūr alle Scharia-Normen als Gegenstand der situationsbedingten menschlichen Auslegung. Nur der Text an sich sei *ṯābit* („fest"), dessen Inhalt hingegen *mutaḥarrik* („beweglich"). Der Großteil der Scharia-Normen sei demnach im Kontext zu verstehen und umzusetzen. Aus seiner Sicht ist die kontinuierliche Erneuerung tradierter Normen je nach Zeit und Ort unumgänglich, um eine praktische Umsetzung der Normen gewährleisten zu können. Nur dadurch könne die universale Gültigkeit des Wortes Gottes erhalten bleiben. Dementsprechend steht er jeder Verabsolutierung historisch bedingter Scharia-Normen ablehnend gegenüber und betont nachdrücklich die Notwendigkeit der Revision hinterlassener rechtlicher Meinungen, Traditionen und Diskussionen. Jene geerbten Interpretationen der Scharia seien relativ und potenziell fehlbar. Durch den direkten Rückgriff auf die autoritativ anerkannten Grundtexte seien sie immer zu revidieren und zu korrigieren.[85] Unter den *ḥudūd*-Strafen will er, im Gegensatz zu Gelehrten wie al-Qaraḍāwī und az-Zuḥailī, nicht das klassisch vorherrschende Verständnis von Strafmaßen verstehen, vielmehr deutet er den Begriff *ḥudūd* (sg. *ḥadd*) nach seinem wörtlichen Sinne als Grenze und unterscheidet dabei zwischen einer Höchstgrenze (*ḥadd aʿlā*) und einer Mindestgrenze (*ḥadd adnā*) göttlicher Bestimmungen. Demjenigen, der sich an diesen Begrenzungen hält, ist am Tag des Jüngsten Gerichts das Paradies versprochen, demjenigen, der sie übertritt, das Höllenfeuer.[86] Šaḥrūrs reformistische Versuche erregten zwar Aufmerksamkeit und Ansehen, stoßen aber im Großen und Ganzen eher auf Ablehnung und scharfe Kritik.[87]

In seinem Ansatz greift an-Naʿim auf die Überlegungen seines Lehrers Maḥmūd Ṭāhā (gest. 1985) zurück und appelliert ähnlich wie dieser für eine klare Differenzierung zwischen den in Mekka und den später in Medina verlautbarten Normen.[88] Erstere, die sich in erster Linie mit Fragen theologischer Natur beschäftigen, hätten einen ewigen Charakter und seien kontextunabhängig gültig. Diese normative Kategorie allein bilde die unveränden

[84] Viele weitere Gelehrte setzen sich für eine neue Lesart göttlicher Texte ein und stehen jener strikten Aufteilung der Scharia-Normen in *ṯābit* („fest") und *mutaġayyir* („veränderlich/beweglich") kritisch gegenüber. Vgl. z. B. Ṭāhā Ǧābir al-ʿAlwānī: *Naḥwa at-taǧdīd wa-l-iǧtihād: Murāǧaʿāt fī al-manẓūma al-maʿrifīya al-islāmīya: Aulan al-fiqh wa-uṣūluh*, Kairo 2008; id.: *Issues in Contemporary Islamic Thought*, London 2005; sowie Muḥammad Salīm al-ʿAuwā: *al-Fiqh al-islāmī fī ṭarīq at-taǧdīd*, Kairo 2006.

[85] Vgl. Muḥammad Šaḥrūr: *al-Kitāb wa-l-qurʾān*, Damaskus 1990, S. 90 f.; id.: *Naḥwa uṣūl ǧadīda li-l-fiqh al-islāmī. Fiqh al-marʾa (al-waṣīya – al-irṯ – al-qawāma – at-taʿaddudīya – al-libās)*, Damaskus 2000. Ausführlich dazu Thomas Amberg: *Auf dem Weg zu neuen Prinzipien islamischer Ethik: Muhammad Shahrour und die Suche nach religiöser Erneuerung in Syrien*, Würzburg 2009 passim, z. B. S. 182 ff.; 376 f.

[86] Vgl. ausführlich dazu Šaḥrūr: *al-Kitāb*, S. 453 ff.; Amberg: Auf dem Weg, S. 185.

[87] Vgl. dazu beispielsweise Salīm al-Ǧābī: *al-Qirāʾa al-muʿāṣira li-d-duktūr M. Šaḥrūr muǧarrd tanǧīm*, Damaskus 1992; Aḥmad ʿImrān: *al-Qirāʾa al-muʿāṣira li-l-qurʾān fī l-mīzān*, Beirut 1995.

[88] Vgl. dazu Ustāḏ Mahmoud Mohamed Taha: *The Second Message of Islam* [übersetzt und kommentiert von an-Naʿim], Syracuse 1987.

derbare Grundlage des islamischen Glaubens und sei überzeitlich und universal. Letztere befassen sich primär mit der Regelung zwischenmenschlicher Beziehungen und der Erstellung einer Sozialordnung für die ersten Muslime in Medina. Diese unterlägen dem gesellschaftlichen Wandel und seien zeit- und ortsbedingt auszulegen, da ihre Formulierung in Zusammenhang mit den Umständen der Muslime des 7. Jahrhunderts stehe.[89] Auf diesem Wege werden umstrittene Fragen wie die *ḥudūd*-Strafen, die Erbangelegenheiten zwischen Mann und Frau als Teil der islamischen Geschichte betrachtet, die heute keine autoritative Gültigkeit mehr haben sollten.[90] Nichtsdestotrotz wurde Ṭāhā wegen seiner Thesen der Apostasie bezichtigt und zum Tode verurteilt. Auch sein Schüler an-Naʿim musste den Sudan verlassen und ins Exil in die USA gehen, wo er seither lehrt.[91]

Während sich insofern zwei Gegenpositionen bilden, vertreten salafistisch geprägte Gelehrte wie z. B. Ibn Bāz (gest. 1999) und Ibn ʿUṯaimīn (gest. 2001) eine dritte Position: Die so genannten Traditionalisten bzw. Neo-Ẓāhiriten stehen, ähnlich wie Ibn Ḥazm, dem Prinzip der Fatwa-Wandelbarkeit sowie jeder Veränderung des althergebrachten intellektuellen Rechtserbes ablehnend gegenüber, ohne dabei zwischen Scharia-Normen, die auf einem *naṣṣ qaṭʿī* oder jenem, die auf einem *naṣṣ ẓannī* beruhen, zu unterscheiden. Sie stützen ihre Weltanschauung auf die über Jahrhunderte tradierten Normen und Vorschriften und halten sich somit wortgetreu an die Aussagen des Korans, der Sunna sowie die Lebensweise der Altvorderen (*as-salaf aṣ-ṣāliḥ*). Vertreter dieser Denkschule erkennen den Grundsatz der Fatwa-Veränderung je nach Zeit und Ort nur in jenem Fall an – und dann für alle Bereiche der Scharia – wenn eine zwingende Notwendigkeit vorliegt. Als Beispiel dafür wird die schariagemäß eingeräumte Möglichkeit angeführt, im Notfall Schweinefleisch zu verzehren, wenngleich dies islamisch strikt verboten sei.[92] Schaut man genauer hin, stellt man fest, dass die Begründung in diesem Fall nicht auf dem Grundprinzip der Fatwa-Wandelbarkeit basiert, sondern auf einer rechtlichen Maxime (*qāʿida fiqhīya*), der zufolge Notwendigkeiten Verbotenes erlauben (*aḍ-ḍarūrāt tubīḥ al-maḥẓūrāt*).[93]

---

[89] Für Näheres dazu siehe Abdallah an-Naʿim: *Islam and the Secular State: Negotiating the Future of Shariʿa*, Cambridge et al. 2008, S. 134 ff.

[90] Vgl. ausführlich dazu An-Naʿim: *Islam and the Secular State*, S. 134 f., Šaḥrūr: *Naḥwa uṣūl*, passim, z. B. S. 125 ff.; 219 ff.; ähnlich Mouhanad Khorchide: *Islam ist Barmherzigkeit: Grundzüge einer modernen Religion*, München 2012, S. 134 ff.

[91] Vgl. ausführlich dazu Reinhard Schulze: *Islamischer Internationalismus im 20. Jahrhundert*, Leiden et al. 1990, S. 377 ff. Ein ähnlicher Fall ist am Beispiel Naṣr Ḥāmid Abū Zaid (gest. 2010) in Ägypten zu beobachten. Wegen seiner Theorien zur Historisierung des Korans wurde er der Apostasie bezichtigt und von seiner Frau zwangsgeschieden. Daraufhin entschied er sich für das europäische Exil, wo er seine Tätigkeit als Professor an unterschiedlichen Universitäten Europas bis zu seinem Tode 2010 fortsetzte. Vgl. ausführlich dazu Nasr Hamid Abu Zaid: *Ein Leben mit dem Islam*, hrsg. von Kermani Navid, Freiburg i. Br. u. a. 1999. Weiterführend dazu vgl. Thomas Hildebrandt: Nasr Hamid Abu Zaid. Interpretation – Die andere Seite des Textes, in: Katajun Amirpur / Ludwig Ammann: *Der Islam am Wendepunkt. Liberale und konservative Reformer einer Weltreligion*, Freiburg i. Br. 2006, S. 127–135.

[92] Vgl. The General Presidency of Islamic Research and Ifta (Hg.): *Taġayyur al-fatwā bi-taġayyur az-zamān*, in: *Miǧallat al-Buḥūṯ al-Islāmīya* 99 (1434/2013), S. 272–274.

[93] Vgl. El-Wereny: Mit Tradition, S. 210; ausführlich dazu W. P. Heinrichs: Ḳawāid Fikhiyya, in: *Encyclopaedia of Islam* XII, hrsg. von P. Bearman et al., Leiden

Demnach stehen die Vertreter dieser Position dem Konzept der Fatwa-Wandelbarkeit im praktischen Sinne ablehnend gegenüber. Dies wird anhand des folgenden Beispiels deutlicher: Nach der Auffassung dieser Denkschule ist es Frauen beispielsweise verboten, alleine ohne *maḥram* zu verreisen. Denn der Prophet habe gesagt: „Eine Frau darf nur reisen, wenn ein *maḥram* dabei ist."[94] Al-Qaraḍāwī versteht diesen Hadith nicht buchstabengetreu und argumentiert, dass diese prophetische Aussage zeit- und ortsabhängig auszulegen sei. Der Prophet hätte das verboten, da der Kontext ein anderer war. Man habe damals keine Züge oder Flugzeuge gehabt, worin viele Menschen mitreisten. Folgerichtig sei die Begründung, die Frau sei allein (*ḫalwa*) und käme zusammen (*iḫtilāṭ*) mit fremden Männern, auf dessen Grundlage der Prophet dieses Verbot verlautbart hatte, nicht mehr haltbar und obsolet, so al-Qaraḍāwī.[95]

4. Zusammenfassung

Aus dem Dargestellten geht folgendes hervor: Der Grundgedanke der Normenanpassung an zeitliche und örtliche Veränderungen geht grundsätzlich auf koranische und prophetische Texte zurück. Prophetengefährten sowie frühe Rechtsgelehrte erkannten dieses Prinzip an und setzten es auf unterschiedliche Weise um. Wenngleich die führenden Köpfe der Rechtsschulen der Lebenswirklichkeit bei der Begutachtung von Fragen auf theoretischer (wie etwa Aḥmad b. Ḥanbal) und praktischer Ebene (wie etwa aš-Šāfiʿī) Aufmerksamkeit geschenkt haben, ist die erste intensive Auseinandersetzung mit dem Grundsatz der Wandelbarkeit von Scharia-Normen auf den ḥanbalitischen Ibn Qaiyim zurückzuführen. Seine Grenzziehung zwischen Statischem und Wandelbarem, was sich bei früheren Gelehrten wie al-Ġazālī feststellen lässt sowie bei den nachfolgenden Gelehrten wie aš-Šāṭibī und Ibn ʿĀbidīn erhalten bleibt, stützt sich auf die Beweiskraft der Quellentexte. Demnach unterscheidet man zwischen *qaṭʿīyāt* und *ẓannīyāt* bzw. *ṯawābit* und *mutaġayyirāt*. Während erstere einen universellen Charakter besitzen und für alle Musliminnen und Muslime für alle Zeiten und an allen Orten gelten, unterliegen letztere dem gesellschaftlichen Wandel und sind kontextabhängig veränderbar. Dabei dienen Instrumente wie Gewohnheiten oder Interessen der Menschen als Entscheidungskriterium.

Demgegenüber räumt aṭ-Ṭūfī – und zwar nur im Rahmen der zwischenmenschlichen Beziehungen (*muʿāmalāt*) – dem Allgemeinwohl und Nutzen der Menschen immer Vorrang vor dem *naṣṣ* ein, unabhängig von der Differenzierung zwischen *qaṭʿī* und *ẓannī*. Eine dritte gegensätzliche Position nimmt Ibn Ḥazm ein. Er ignoriert sowohl eine Unterscheidung zwischen *qaṭʿī* und *ẓannī*, wie von al-Ġazālī und Ibn Qaiyim später vorgeschlagen wurde, als auch das Nützlichkeitsprinzip aṭ-Ṭūfīs. Der Text allein sei das entscheidende Kriterium

[2]2004, S. 517 f.; id.: *Qawāʿid* as a Genre of Legal Literature, in: *Studies in Islamic Legal Theory*, hrsg. von Bernard G. Weiss, Leiden 2002, S. 365–384. Für einen tieferen Einblick in die Thematik siehe Ḫadiǧa Musa: Legal Maxims as a Genre of Islamic Law Origins, Development and Significance of *Al-Qawāʿid al-Fiqhiyya*, in: *Islamic Law and Society* 21 (2014), S. 325–365; Kamali: Shariʿah, S. 141–162.

[94] Vgl. Ibn Bāz: *Mā ḥukm safar al-marʾah bidūn maḥram*, unter: www.binbaz.org.sa/fatawa/674 (letzter Aufruf 22. 02. 2017). *Maḥram* (Pl. *maḥārim*) bezieht sich hier auf einen Mann, der mit der Frau in einem Verwandtschaftsverhältnis steht, das eine Heirat zwischen den beiden für immer ausschließt.

[95] Vgl. al-Qaraḍāwī: *Ḥaǧǧ al-marʾa bi-lā maḥram* (10. 09. 2015), unter: www.qaradawi.net/new/Articles-5429 (letzter Aufruf 25. 02. 2017).

für die Erteilung und gegebenenfalls Abänderung von Normen.

Diese drei unterschiedlichen Ansätze können zum einen auf das individuelle Textverständnis des jeweiligen Gelehrten und zum anderen auf den jeweiligen Lebenskontext zurückgeführt werden. Diese klassischen Konzepte spiegeln sich im Denken zeitgenössischer Gelehrter des 20. und 21. Jahrhunderts direkt oder indirekt wider: Ein großer Teil hielt an der Zweiteilung zwischen *qaṭʿī* und *ẓannī* fest, andere gingen aber dann daran, sie auf unterschiedliche Weise auszuarbeiten und neu zu interpretieren; eine dritte Gruppe hingegen lehnt beide Optionen ab und verharrt am Wortlaut des Textes:

Die erste Denkrichtung, beispielsweise repräsentiert durch Abū Zahra, al-Qaraḍāwī und az-Zuḥailī, orientiert sich an den Ansätzen früherer Gelehrter und unterscheidet genauso zwischen festen und beweglichen Scharia-Normen. Ihr Ausgangspunkt ist hierbei, wie anhand von al-Qaraḍāwīs Theorie gezeigt, die Wiedereinführung der Scharia in allen Lebensbereichen, nachdem sie in großen Teilen durch die Kolonialisierung islamischer Staaten aufgehoben wurde. Auch wenn die Vertreter dieser Richtung den Lebenswandel und somit auch die Wandelbarkeit von Scharia-Normen anerkennen, beschränken sie dies nur auf einen Bereich der Scharia, ohne dabei neue Entwicklungen und Erfordernisse des modernen Lebens zu beachten. Da der erlaubte Normenwandel nach dieser Meinung ausschließlich im *mutaġayyrāt*-Bereich erfolgen darf, wie oben dargestellt, könnten viele Themenkomplexe wie die Erbfrage zwischen Mann und Frau und *ḥudūd*-Strafen nicht verändert werden und folglich im Kontrast zu den internationalen Menschenrechten sowie weiteren Errungenschaften der Moderne wie beispielsweise Gleichberechtigung und Frauenrechten stehen. Die Überlegungen al-Qaraḍāwīs und seiner Schule bleiben eher traditionell und eklektisch. Nichtsdestotrotz sind sie durch die Nutzung unterschiedlicher Massenmedien und internationale Vernetzung unter Muslimen in islamisch wie nichtislamisch geprägten Ländern stark vertreten. Dies lässt sich an al-Qaraḍāwīs Funktion als Präsident der IUMS und Vorsitzender des ECFR als Beispiel erkennen.

Die zweite Denkströmung, vertreten von zeitgenössischen Intellektuellen wie Šaḥrūr und an-Naʿim, geht einen Schritt weiter und strebt entweder eine historische Kontextualisierung tradierter Normen an oder zieht konkrete Grenzen zwischen mekkanischen und medinensischen Offenbarungen. Demnach erachtet sie nur die theologischen Glaubensgrundlagen, die rituellen Pflichten sowie die Regelungen mit ethischem Charakter als unveränderbare Prinzipien des Islam. Alle anderen Regelungen, die vor allem die zwischenmenschlichen Beziehungen betreffen, unterliegen dem Wandel von Zeit und Ort (dazu gehören Geschlechterrollen, Erbregelungen, Kleidungsordnung und Körperstrafen). Sie reduziert die Scharia demnach auf eine Menge an theologischen und ethischen Grundlagen und öffnet sie somit konsequent für den Gedanken der Allgemeinen Menschenrechte, Gleichberechtigung und Demokratie etc. Trotz dieser Bemühungen, Islam und Moderne einander anzunähern, stoßen diese Ansätze eher auf Ablehnung und Kritik.

Im Gegensatz zu diesen zwei Denkschulen nehmen salafistisch geprägte Autoren eine dritte Position ein. Sie orientieren sich, ähnlich wie der ẓāhiritische Ibn Ḥazm, am Wortlaut des koranischen bzw. prophetischen Textes und sehen in den Quellentexten die einzigen definitiven Kriterien für die Findung von Normen bzw. für die Modifikation bereits erteilter Fatwas. Dabei spielt eine Differenzierung zwischen *qaṭʿī* oder *ẓannī* keine Rolle. Ebenso wenig wird dem Kontext, in dem die Normen verlautbart werden, den Gewohnheiten oder dem Wohl der Menschen Aufmerk-

samkeit geschenkt. Wenngleich ihre Ansichten der Lebenswirklichkeit fernbleiben und nicht selten im Widerspruch zu Menschenrechten und demokratischen Grundwerten ausfallen, finden ihre Fatwas verglichen mit den Theorien moderner Autoren eher mehr Anerkennung und durch die Nutzung von Medien größere Popularität.

In Anbetracht des Dargestellten kann abschließend angemerkt werden, dass diese über die islamische Geschichte hin erhalten gebliebenen Begrenzungen zwischen *qaṭʿīyāt* und *ẓannīyāt* bzw. *ṯawābit* und *mutaġayyrāt* von Menschen entwickelt wurden. Auch wenn diese Grenzziehung im Grunde auf den Quellentexten basiert, ist sie nicht als ewig gültig zu betrachten, vielmehr soll sie entsprechend zeitlicher und örtlicher Gegebenheiten und Entwicklungen modifiziert werden, wie von früheren Gelehrten wie aṭ-Ṭūfī sowie zeitgenössischen Intellektuellen wie Šaḥrūr und an-Naʿim auf unterschiedliche Weise angestrebt wurde bzw. wird. Da solche Stimmen jedoch keine weitläufig anerkannten religiöse Autoritäten unter den Muslimen darstellen – vielmehr werden sie aufs Schärfste kritisiert und bekämpft – seien muslimische Gelehrte allesamt sowie islamische Institutionen, vor allem jene, die von hohem Rang sind und deren Ansichten großen Anklang finden, wie etwa al-Azhar in Ägypten, angehalten, altüberkommene Scharia-Normen und Rechtsansichten zeitgemäß zu überdenken und dies durch unterschiedliche Massenmedien zu popularisieren. Für Muslime in Deutschland hat die an manchen deutschen Universitäten neu eingeführte islamische Theologie als ordentlicher Studiengang diese Aufgabe zu übernehmen. Sie dürfte meines Erachtens künftig in der Lage sein, hierzu einen wichtigen Beitrag zu leisten.

Dr. Mahmud El-Wereny, Mitglied der GAIR, ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Demokratieforschung der Universität Göttingen. Er lehrt und forscht zu folgenden Schwerpunkten: Islamisches Recht, politischer Islam und schiitischer Islam

ZRI – Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam 9 (2017), S. 123–134

Zum Stand der *maqāṣid aš-šarīʿa* in den rechtsmethodologischen Überlegungen vor aš-Šāṭibī (gest. 1388)

Ahmed Abdelemam A. Ali

Abstract

Dieser Beitrag geht der Fragestellung nach, wie das Konzept von *maqāṣid* vor aš-Šāṭibī (gest. 1388) thematisiert wurde. Es wird untersucht, wie Vordenker die Absichten der Scharia wahrgenommen und im Rahmen von *uṣūl al-fiqh* behandelt haben. Diese Behandlung wird anhand der Überlegungen der Rechtsmethodologen al-Ǧuwainī (gest. 1085), al-Ġazālī (gest. 1111) und Ibn ʿAbd as-Salām (gest. 1262) durchgeführt. Diese Auswahl begründet sich damit, dass sie einen wichtigen Beitrag zum Konzept der *maqāṣid* geleistet haben. Für die Abhandlung werden jene Schriften dieser Gelehrten analysiert und aufgegriffen, die mit dem Konzept von *maqāṣid* zu tun haben. Im Bedarfsfall wird einschlägige Sekundärliteratur herangezogen. Ziel dieses Beitrags ist es, begriffliche Klarheit zu schaffen und die historische Diskussion um die *maqāṣid* in jener frühen Phase zu erörtern.

Einleitung[1]

Es wird die Auffassung vertreten,[2] dass eine systematische Auseinandersetzung mit der *maqāṣid*-Konzeption erst bei aš-Šāṭibī stattfand.[3] Ihm wird eine wichtige Rolle bei der Etablierung der *maqāṣid* beigemessen. Hassaballah ist der Ansicht, dass aš-Šāṭibī in seinem Werk *al-mūwāfaqāt* einen gänzlich neuen Beitrag geleistet hat.[4] Der vorliegende Artikel geht von der Annahme aus, dass die *maqāṣid* mit aš-Šāṭibī zwar sehr eng verbunden waren und erst bei ihm unabhängig erörtert wurden. Jedoch fand die *maqāṣid*-Diskussion vor ihm statt, auch wenn das dezentralisiert und verstreut[5] geschah. Ar-Raisūnī meint zu Recht, dass die Absichten der *šarīʿa* schon früh, seit dem Entstehen der islamischen Religion wahrgenommen und begriffen wurden. Nach Kamāl Imām soll zwischen den *maqāṣid* als Erscheinung (*ẓāhira*)[6] und als Lehre und systematischem Konzept differenziert werden.[7] Im Zuge der islamischen Rechtstradition wurden zwar die Idee und Vorstellung der *maqāṣid* präsent und

[1] Im Artikel werden die Termini „maqāṣid, Absichten, Ziele und Zwecke der Scharia“ als Synonyme verwendet. Mit der synonymen Begriffsverwendung orientiere ich mich an der zeitgenössischen, gängigen Praxis wissenschaftlicher Literatur zum Thema.

[2] Darauf hat u. a. ar-Raisūnī hingewiesen, siehe dazu A. ar-Raisūnī: *Naẓarīyat al-maqāṣid ʿinda al-imām aš-Šāṭibī. Almaʿhad al-ʿālamī li-l-fikr al-islāmī* (1995), S. 39.

[3] Vgl. ebd., S. 36.

[4] Vgl. Ali Hassaballah: *Uṣūl at-tašrīʿal-islāmīdār al-maʿārif*, Kairo [5]1976, S. 16.

[5] Vgl. aṭ-Ṭāhir Ibn Ašūr: *Maqaṣid aš-šarīʿa al-islāmiya*, Jordanien [2]2001, S. 174.

[6] Hier ist gemeint, dass sich die *maqāṣid* als *zāhira* (dt. ‚Erscheinung bzw. Phänomen‘) bis in die Zeit von Mohammed ausdehnen. Sie fanden in der Praxis von Mohammed, seiner Gefährten und den Rechtsschulen Anwendung. Das Konzept von *maqāṣid* ist essentiell für sämtliche islamische Wissenschaften von Bedeutung und verbindet sich in diesem Sinne mit u. a. *uṣūl al-fiqh*, *ḥadīṯ* und mit *tafsīr*. Vgl. hierzu Kamāl Imām: *ad-dalīl al-ʾiršādī ʾilā maqāṣid aṣ-ṣarīʿa. Muʾassasat al-furqān lil turās al-islāmī*, Wimbledon2007, S. 8.

[7] Vgl. ibid.

in der praktischen Umsetzung berücksichtigt. In die theoretische systematische Diskussion wurden sie jedoch gleichzeitig mit der Beschäftigung der Rechtsmethodologen mit *uṣūl al-fiqh* eingebracht. Darauf, wie sie die Termini[8] bei der Thematisierung der *maqāṣid* verwendet und wie sie das Thema in ihre Arbeit integriert und ausgearbeitet haben, wird im Folgenden eingegangen.

I *Maqāṣid aš-šarīʿa*: Begriffserklärung

1. Die Scharia (arab. *aš-šarīʿa*)

Im allgemeinen Sprachgebrauch ist das Wort *šarīʿa* vom arabischen Verb *šaraʿa* (‚den Weg weisen, vorschreiben') abgeleitet und bedeutet ‚Wasserstelle' bzw. ‚Weg zur Tränke, deutlich gebahnter Weg'[9] In der Terminologie bezeichnet das Wort *šarīʿa* das, was die Menschen von Gott durch die Propheten verkündet erhalten, und zwar zwecks ihrer Rechtleitung zum wahren Glauben und guten Handeln.[10] Der Definition nach gliedert sich die *šarīʿa* in Glaubenssystem (*ʿaqīda*), Normensystem (*fiqh*) und Moralsystem (*aḫlāq*). Viele spätere Islamgelehrte beschränken jedoch die *šarīʿa* auf die praktischen Bestimmungen (*fiqh*).[11] D. h. die Glaubensfragen im engeren Sinne behandelt die *šarīʿa* nicht.[12]

2. Die Definition von *maqāṣid*

Der Terminus *maqāṣid* ist die Pluralform von *maqṣid* und wird vom Verb *qaṣada* abgeleitet, das ‚beabsichtigen, bezwecken' bedeutet. Das Verb *qaṣada* hat etymologisch gesehen folgende Bedeutungen:‚die Gerechtigkeit, Mitte, Mäßigkeit und Geradheit des Weges'. Demnach sind die *maqāṣid* die ‚Zwecke, Ziele, Intentionen und Absichten'. Der Ausdruck *maqāṣid* bezeichnet den teleologischen Ansatz beim Umgang mit dem religiösen Text bzw. den rechtlichen Bestimmungen. Das Wort *maqāṣid* kommt in den *uṣūl*-Werken und Schriften der Rechtsgelehrten mit verschiedenen Synonymen bzw. bedeutungsnahen Termini vor:[13] *al-ʿilla*, *al-ḥikma* und *al-maṣlaḥa*.

II Zwecke der Scharia (*maqāṣid aš-šarīʿa*): Fachterminologische Definition

Die heutige Forschung im Bereich der *maqāṣid* weist darauf hin, dass für die *maqāṣid aš-šarīʿa* als *terminus technicus* keine einheitliche Definition bei den frühen *uṣūl*-Gelehrten zu finden ist.[14] Sie haben jedoch, wie bereits erwähnt, für die Thematisierung der *maqāṣid* sowohl auf theoretischer als auch praktischer Ebene einen unterschiedlichen Fachwortschatz herangezogen. Der Grund dafür liegt in erster Linie darin, dass den damaligen Gelehrten die Bedeutung von *maqāṣid* in ihrem zeitgenössischen alltäglichen Weltwissen präsent war.[15] Ar-Raisūnī vertritt ebenfalls diese Ansicht und begründet die Nichtberücksichtigung aš-Šāṭibīs der fachlichen Definition der *maqāṣid wie folgt:* Die *maqāṣid*-Lehre orientiere sich zumeist an den Fachgelehrten und Eliten, die ihrerseits mit dem Konzept der *maqāṣid* vertraut

---

8 Wie *maqāṣid*, *ʿilla*, *ḥikma* und *maṣlaḥa*.

9 Vgl. Ibn Manẓūr: *Lisān al-ʿArab* 8, S. 175–177.

10 Y. al-ʿĀlim: *al-Maqāṣid al-ʿĀmma li-š-šarīʿa al-islāmīya* (1994), S. 20.

11 Wie u. a. Šaltūt (gest. 1963), al-Qaraḍāwī, ʿŪda. Diese Unterscheidung zwischen *fiqh* und *šarīʿa* ist von Bedeutung, weil viele rechtliche Normen (*aḥkām*) der Wandelbarkeit unterliegen.

12 A. J. Wensinck / J. H. Kramers (Hgg.): *Handwörterbuch des Islam* (1941), S. 674.

13 Vgl. N. al-Ḫadmī: *ʿIlm maqāṣid aš-šarīʿa* (2001), S. 14 f.

14 Vgl. ibid.; vgl. hierzu auch Y. al-Badawī: *Maqāṣid aš-šarīʿa ʿinda ibn Taimīya* (2000), S. 45 f.

15 Vgl. ibid.

seien. Daher könne die Begriffsbestimmung als bekannt vorausgesetzt werden.[16]

Die Frage ist nun: wie entwickelte sich das *maqāṣid*-Denken historisch unter den *uṣūl*-Gelehrten und ab wann kann die Rede von einer wissenschaftlichen, systematischen Auseinandersetzung sein?

III Historische Entwicklung des *maqāṣid*-Konzepts

1. *Maqāṣid* in der Zeit vor den Rechtsschulen

Betrachtet man die rechtlichen Urteile in der Zeit des Propheten Muḥammad, so kann man feststellen, dass zu jener Zeit immer wieder auf die Zweckmäßigkeit und Rationalität der *šarīʿa* Wert gelegt wurde. Die Einbindung der *maqāṣid* in die Rechtsprechung hat ihre Wurzeln in der Art und Weise, wie Muḥammad Urteile gefällt hat.[17] In jener Zeit kann selbstverständlich nicht die Rede von einer systematischen und methodischen Behandlung der *maqāṣid*-Lehre sein. Allerdings war der Umgang des Propheten mit dem religiösen Text deutlich den Zwecken der *šarīʿa* gerecht und bildete für spätere Entwicklungen eine Grundlage der Rechtsfindung.[18] Der Prophet hat selbst rechtliche Bestimmungen verändert, um den Geist der *šarīʿa* zu verwirklichen. Hier lässt sich u. a. das Beispiel des Besuchsverbots von Friedhöfen anführen. In der ersten Zeit des Islam verbot der Prophet den Muslimen, die Gräber zu besuchen, weil diese noch einen Kultstatus hatten. In einem *Ḥadīṯ* steht: „Ich hatte euch verboten, die Gräber zu besuchen, nun könnt ihr die Gräber besuchen“, in einem anderen allerdings: „Besucht die Friedhöfe, denn dies erinnert euch an das Jenseits.“[19]

In der Frühphase des Islam verbot der Prophet Muḥammad den Muslimen, die Gräber zu besuchen, weil die Menschen in jener Zeit die Verstorbenen verehrten und Muḥammad diese Tradition als verwerflichen Ahnenkult abschaffen wollte. Später, nachdem der Glaube im Herzen der Gläubigen gefestigt wurde, erlaubte er ihnen den Besuch und argumentierte für diese Entscheidung damit, dass der Besuch der Friedhöfe an das Jenseits erinnere. Diese Herangehensweise des Propheten bestätigt, dass er sich bewusst am Zweck der *šarīʿa* orientiert. Darüber hinaus hat er das Ziel in derselben Überlieferung betont, indem er sagte, dass der Gräberbesuch sie des Jenseits gedenken lässt.

Bei vielen anderen Anlässen widmete sich Muḥammad der zweckorientierten Betrachtung der *šarīʿa*. Auch seine Gefährten haben durch das vorbildliche Handeln Mohammeds diese Methode vermittelt empfangen. In ihren rechtlichen Entscheidungen fanden sich eindeutige Bezüge zur Beachtung der Absichten der *šarīʿa*. Al-Ǧuwainī unterstreicht, dass die Gefährten das zweckorientierte Denken durch das jahrelange Begleiten des Propheten erworben haben.[20] Sie haben die *maqāṣid* nicht zugunsten des Wortlautes vernachlässigt. Große

---

[16] A. ar-Raisūnī: *Naẓarīyat al-maqāṣid ʿinda al-imām aš-Šāṭibī*, S. 17.

[17] Vgl. Serdar Kurnaz: Der Diskurs über maqāṣid aš-šarīʿa – Eine begriffshistorische Untersuchung, in: *Maqāṣid aš-šarīʿa. Die Maximen des islamischen Rechts*, hrsg. von J. Ben Abdeljelil und Serdar Kurnaz (2014), S. 101, 110.

[18] In diesem Zusammenhang wird auf eine Dissertation hingewiesen, die sich mit den frühislamischen Grundlagen der Rechtsergründung befasst: W. J. Bauer: *Aishas Grundlagen der Islamrechtsergründung und Textinterpretation* (2011) [Diss.].

[19] Vgl. Muhammed al-Albānī: *Ṣaḥīḥ al-ǧāmiʿ aṣ-ṣaġīr wa ziyādatuh* 1([3]1988), S. 841, *ḥadīṯ* Nr. 4584.

[20] Vgl. ʿA. A. al-Ǧuwainī: *Al-burhān fī uṣūl al-fiqh* (1997), S. 6 f.

Prophetengefährten hoben das teleologische Denken bei der Rechtsprechung hervor. Als eine wichtige Figur, die im Bereich der *maqāṣid* stets zitiert wird, kann ʿUmar b. al-Ḫaṭṭāb genannt werden.[21] Er hat in vielen Vorfällen auf sein eigenes Rechtsverständnis verwiesen und den Sinn der *šarīʿa* bevorzugt. Die Sanktion des Diebstahls hat ʿUmar im Jahre der Hungersnot nicht ausgeführt.[22] Den Anteil für *al-muʾallafa qulūbuhum*[23], der im Koran (9:60) klar erwähnt ist, hat er aus zweckorientierendem Kalkül nicht gegeben.[24] Somit ist festzuhalten, dass sowohl der Prophet als auch seine Gefährten dem Geist der *šarīʿa* Rechnung getragen haben.

2. *Maqāṣid* in den Rechtsschulen

Die bekannten Grundmaximen des *fiqh* (*al-qawāʿid al-fiqhīya*)[25], die der *muǧtahid* auf die anstehenden Einzelfälle anwendet[26] und in deren Rahmen sämtliche Rechtsnormen in verschiedenen Themenkomplexen des *fiqh* bewertet wurden, verstehen sich in diesem Zusammenhang als eine Berücksichtigung der *maqāṣid*. Die Anwendung der zur Rechtsfindung herangezogenen Rechtsinstrumente und Methoden wie u. a. der Analogieschluss (*al-qiyās*), das Für-nützlich-Halten (*al-istiṣlāḥ*) und das Für-gut-Halten (*al-istiḥsān*) sind unmittelbarer Ausdruck der Einbeziehung des zweckrationalen Denkens bei den Rechtsschulen.

Es sei aber hier darauf aufmerksam gemacht, dass die Rechtsschulen den teleologischen Ansatz in ihrer Arbeit nicht in gleichem Maße eingeführt haben. Die besondere Affinität der Ḥanafiten zur persönlichen Rechtsmeinung (*ar-raʾy*) des Gelehrten hat die Ausprägung des Für-gut-Haltens in dieser Rechtsschule bewirkt.[27] Im Rahmen dieser Methode wurde zugunsten der *maṣlaḥa* geurteilt, die nach der Definition von al-Ġazālī als Synonym für *maqāṣid* verstanden wird.[28] Die mālikitische Schule ist für die Berücksichtigung der *maṣlaḥa* am meisten bekannt und sieht in ihr eine eigenständige Rechtsquelle. Was die Šāfiʿīten und Ḥanafiten betrifft, so integrieren diese die *maṣlaḥa* in ihr jeweiliges Verständnis von *istiḥsān* bzw. *qiyās*.[29] Die Ḥanbaliten – mit Ausnahme einiger ihrer Gelehrten wie aṭ-Ṭūfī (gest. 1316) – legen auf die *maqāṣid* wenig Wert. Für sie finden die *maqāṣid* bzw. *maṣāliḥ* erst Gebrauch, wenn kein Text existiert.[30]

Nach dieser kurzen Darstellung der diversen Einstellungen von Rechtsschulen zur Einführung der *maqāṣid* im Prozess der Urteilsfindung lässt sich feststellen, dass auch die frühen Rechtsgelehrten die *maqāṣid* in variierenden Graden beachtet haben.[31]

---

[21] Vgl. Kurnaz, S. 111.

[22] Ebd., S. 112.

[23] *Muʾallafa qulūbuhum* sind diejenigen, deren Herzen für den Islam gewonnen werden sollten. Nach dem Wortlaut des Koran (9:60) wurde dieser Gruppe ein Anteil der Almosensteuer gegeben. Umar vertrat die Meinung, dass der Islam nun so stark geworden war, dass man keine Unterstützung von diesen mehr brauchte.

[24] Zahlreiche Studien haben die teleologische Herangehensweise ʿUmars mit der *šarīʿa* behandelt. Siehe u. a. H. al-Bašdarī: Al-fiqh al-maqāṣidī ʿinda al-imām ʿUmar b. al-Ḫaṭṭāb (2010).

[25] Zu ihnen gehören u. a. „die Angelegenheiten sind nach ihren Intentionen beurteilt“, „der Schaden ist aufzuheben“, „Beschwerlichkeit zieht Erleichterung nach sich.“

[26] Vgl. Birgit Krawietz: Die Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam (2002), S. 237 ff.

[27] Vgl. Hans-Georg Ebert / Julia Heilen: Islamisches Recht. Ein Lehrbuch (2016), S. 65.

[28] Vgl. ebd., S. 66.

[29] Vgl. ebd.

[30] Vgl. Wahba az-Zuḥailī: Uṣūl al-fiqh al-islāmī (1986), S. 797.

[31] Vgl. Kurnaz, S. 114.

IV *Maqāṣid* und Rechtsquellenlehre (*uṣūl al-Fiqh*)

Die muslimischen Gelehrten gehen von der Prämisse aus, dass Gott mit der *šarīʿa* ein spezifisches Ziel verfolgt: das Wohl seiner Geschöpfe. Es wurde in der Rechtsgelehrsamkeit thematisiert, dass sie bestrebt sind, mittels rationaler Bemühungen in ihren rechtlichen Überlegungen den göttlichen Zielen nahe zu kommen.[32] Es ist in diesem Zusammenhang von Bedeutung zu erwähnen, dass in der systematischen Behandlung und bei der Kodifizierung des *uṣūl al-Fiqh* sich Schulen in Bezug auf den Umgang mit den religiösen Rechtsquellen etablierten. Die Erschließung der rechtlichen Bestimmungen (*al-aḥkām*) ergab sich aus dem Vorgehen jener Schulen:

Die erste Methode gehört der šafiʿītischen Schule[33], bei der die Deduktion (*al-istidlāl*) Anwendung fand. Diese Schule legte von vornherein getrennt von den Rechtszweigen (*furūʿ al-Fiqh*) und den praktischen Normen die theoretischen *uṣūl*-Regeln fest und suchte im Nachhinein die Beweise dafür aus den Quellen.[34] Für diese Schule stellte der religiöse Text (Qurʾān und *Sunna*) eine zentrale Wichtigkeit dar.[35] Als berühmtestes Standardwerk dieser Methode gilt *ar-Risāla* von aš-Šāfiʿī (gest. 820).

Die andere Methode vertritt die Schule der Induktion (*madrasat al-istiqrāʾ*)[36]. Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass sie die abstrakten methodologischen Grundlagen bzw. Regeln aus der rechtlichen Praxis ermittelt. Ḥanafitische Gelehrte setzten sich erst mit den Schlussfolgerungen und Antworten der eigenen Schule auseinander, um die tatsächlichen Gründe für die Interpretation herauszuarbeiten und den Zusammenhang der Texte mit bestimmten Kontexten zu untersuchen, da letztere die verschiedenen Rechtsmeinungen rechtfertigen.[37] Beispiele für die Vorgehensweise der Ḥanafiten finden sich in der Literatur von u. a. al-Karḫī (gest. 1029) und al-Bazdāwī (gest. 1089).

Die dritte Methode, die von den beiden anderen Ansätzen profitiert hat, ist die Denkschule der *maqāṣid*. Sie setzte sich nicht nur für die Etablierung der methodischen Regeln ein, sondern wandte diese auf die praktischen Rechtszweige an. Zu den Aufgaben dieser Schule gehörte ebenfalls die Suche nach den Intentionen hinter den Rechtsnormen. Diese Schule, wie Ramadan sie beschreibt, etabliert einen allgemeinen Ansatz indem sie von der einzelnen Untersuchung der tatsächlichen Gründe (*al-ʿilal*) absah, um die Ziele der in den Schriftquellen vorhandenen Normen im Allgemeinen aufzuzeigen. Es handelte sich um den Versuch, die *maqāṣid* der *šarīʿa* zu entnehmen und zu klassifizieren und somit eine allgemeine Philosophie des islamischen Rechts zu begründen. Sie beabsichtigen, so Ramadan, nicht, dass sich damit eine neue *uṣūl-Schule* etablieren würde. Durch die Synthese deduktiver und induktiver Beiträge vergangener Schulen und durch die Festlegung der höheren Ziele der Schriftquellen, die später als *madrasat al-maqāṣid* bekannt wurde, öffnete sich ein Weg für eine notwendige und strukturelle

[32] Vgl. E. Kepplinger: Maqāṣid ash-sharīʿa (Ziele der Scharia) Die teleologische Methode der maqāṣid und deren Relevanz für islamisches (Rechts-)Denken, in: Die Vielfalt Islamischer Wirklichkeiten: Neue Ansätze in den Islamischen Studien an der Universität Wien, hrsg. von el-K. Abdaoui und Y. V. Hentschel (2017), S. 39.

[33] Es heißt auch *madrasat al-mutakallimūn*.

[34] Wie u. a. Qurʾān, *Sunna*, Sprache, Logik.

[35] Vgl. T. Ramadan: Radikale Reform: Die Botschaft des Islam für die moderne Gesellschaft [aus dem Englischen übersetzt] (2009), S. 64 ff. Vgl. hierzu auch M. AbūZahra: Uṣūl al-fiqh (1958), S. 17–24.

[36] Es heißt auch ‚die Schule der *fuqahāʾ*‘.

[37] Vgl. Ramadan: Radikale Reform, S.76 ff.

Einbettung des menschlichen und sozialen Umfeldes in die praktische Umsetzung des Rechts.[38]

Wie entwickelte sich aber das teleologische Denken systematisch im *uṣūl al-Fiqh*? Welche Stellung hatte es in den *Uṣūl*-Werken? Um diesen Fragen nachzugehen, wird im Folgenden auf die Behandlung der *maqāṣid* bei den oben genannten *Uṣūl*-Gelehrten eingegangen.

1. Die *Maqāṣid* vor aš-Šāṭibī

Wie eingangs betont wurde, verankert sich zwar seit der Entstehung des Islam der Einfluss der *maqāṣid* im Denken und Wirken der früheren Muslime, jedoch fand die theoretische und systematische Auseinandersetzung mit dieser Lehre ihren Beginn schrittweise in der Zeit der Kodifizierung von *uṣūl al-Fiqh*. Um den Rahmen dieser Untersuchung nicht zu sprengen, wird im Folgenden ausschließlich auf die Gelehrten eingegangen.

1.1 Al-Ǧuwainī (gest. 1085)

Obwohl der Terminus *maqāṣid* bei vorherigen Gelehrten, wie u. a. dem Mystiker at-Tirmiḏī[39] (gest. 932), bereits erwähnt und verwendet wurde, erfährt er erstmals bei al-Ǧuwainī seine systematische und spezifische Anwendung.[40] Al-Ǧuwainī gilt als einer der wichtigsten Rechtsmethodologen, der die späteren Generationen stark beeinflusste. Er verwendet neben dem Begriff *maqāṣid* auch seine Ableitungen und Synonyme *maqṣūd*, *qaṣd*, *ġaraḍ* etc., in seinen Werken sehr oft. Das deutet auf seine intensive Beschäftigung mit der teleologischen Perspektive hin.[41]

Die Bedeutung seines Beitrags lässt sich in seinem bekannten Buch *al-Burhān* manifestieren. Darin schildert er selbst diese Wichtigkeit, indem er sich für die Berücksichtigung der *maqāṣid* wie folgt ausspricht: „Wenn man nicht begreift, dass hinter den Geboten und Verboten Absichten und Zwecke stehen, dann kann man die Grundlage und Natur der *šarīʿa* nicht wahrnehmen.“[42] Al-Ǧuwainī wendet diesen Ansatz in seinem Buch im Abschnitt *Einteilungen der rationalen Gründe und Fundamente* an. Dort stellt er die Ansichten der Gelehrten hinsichtlich der Begründbarkeit der rechtlichen Bestimmungen dar, dann führt er Beispiele aus ihren Interpretationen und Begründungen sowie deren Wirkungen auf die Analogieschlüsse der Normen auf und bezeichnet schließlich das Dargestellte als „Fundamente der *šarīʿa*, die in einem Fünfermodell dargelegt werden.“[43] Dieses Modell war zweifelsohne für den *maqāṣid*-Ansatz maßgeblich und für die nachfolgenden Gelehrten bis heute inspirierend. Hier soll die Aufmerksamkeit darauf gelenkt werden, dass al-Ǧuwainī selbst diese fünffache Einteilung der rationalen Rechtsgründe bzw. Zwecke auf ein Dreiermodell reduziert hat, das im Folgenden bei seinem Schüler al-Ġazālī zu finden ist.[44]

---

[38] Vgl. ebd., S. 83 f.

[39] Al-Ḥākim at-Tirmiḏī gilt als erster Gelehrter, bei dessen Werken der Begriff *maqāṣid* Gebrauch findet. Sein Buch *Das Gebet und seine Absichten* trägt im Titel das Wort *maqāṣid*.

[40] Vgl. ar-Raisūnī: Naẓarīyat al-maqāṣid ʿinda al-imām aš-Šāṭibī, S. 47 ff.

[41] Vgl. M. S. Duran: Zur Theorie einer teleologischen Methode in der islamischen Normenlehre. Aš-Šāṭibīs (gest. 790/1388) Konzept der Absichten der Scharia (Maqāṣid aš-Šariʿa) (2015), S. 138 f.

[42] Vgl. al-Ǧuwainī: al-Burhān fī uṣūl al-fiqh , S. 295.

[43] Vgl. L. el-Mallouki: Zweckrationales Denken, S. 68 ff. Vgl. hierzu auch Vgl. Al-Ǧuwaynī: Al-Burhān fi uṣūl al-Fiqh 1 (1399 n. H.), S. 923–927.

[44] Vgl. ar-Raisūnī: Naẓarīyat al-maqāṣid ʿinda al-imām aš-Šāṭibī, S. 51.

1.2 Al-Ġazālī (gest. 1111)

Der in vielen Gebieten der islamischen Wissenschaften[45] produktiv verfassende Gelehrte al-Ġazālī ist der Nachfolger von al-Ǧuwainī im Hinblick auf die systematische Etablierung der *maqāṣid*-Betrachtungsweise. Al-Ġazālī behandelt sukzessiv die Theorie von *maqāṣid* in seinen *Uṣūl*-Werken. Opwis meint:

> In two of his works on legal theory, Shifāʾ al-ġalīl and al-Mustasfa min ʿilm al-usūl, he treats in detail the question of deriving rulings that are not directly anchored in the sources of Islamic law.[46]

In *Šifāʾ al-ġalīl* thematisiert er im Kapitel *Analogieschluss* die angemessene bzw. kongruente Bedeutung (*al-munāsib*) als Mittel zur Festlegung des Rechtsgrundes (*taḥdīd al-ʿilla*). Damit *al-munāsib* als ein deutliches und unbestrittenes Zeichen für die *ʿilla* der Normbestimmung gilt, setzt al-Ġazālī voraus, dass dadurch ein Nutzen (*maṣlaḥa*) herbeigeführt oder ein Schaden abgewehrt wird.[47] Er setzt in diesem Sinne fort, dass in der *šarīʿa* die Erhaltung des menschlichen Lebens, der Vernunft, des Geschlechtes und des Vermögens definitiv berücksichtigt werden müssen. Für die Verwirklichung dieser Zwecke führt al-Ġazālī Beweise aus dem Qurʾān an und weist zugleich darauf hin, dass demnach alle angemessenen Sinne zur Beachtung der *maqāṣid* beitragen. Das heißt, alles, was die Zwecke schützt, ist kongruent und *vice versa*.[48]

Aufbauend auf dem fünffachen Modell seines Lehrers findet sich bei al-Ġazālī zwar ebenfalls eine fünffache Unterteilung für die *maqāṣid*, die er jedoch in seinem früheren Werk auf ein Dreistufenmodell reduziert und primär nach ihrer Dringlichkeit wie folgt einteilt: notwendige *maqāṣid* (*ḍarūrīyāt*), bedürfnisorientierte *maqāṣid* (*ḥāǧīyāt*) und verbesserungsorientierte *maqāṣid* (*taḥsīnāt*), wobei diese vordergründig ausgearbeitet werden.

Resümierend lässt sich in dieser Phase der Theorie feststellen: Die *šarīʿa* bezweckt die Erhaltung der Notwendigkeiten des menschlichen Lebens. Die *maqāṣid* beschränkten sich auf vier Zwecke, unter denen die Religion nicht erwähnt wurde. Nach al-Ġazālī gliedern sich die *maqāṣid* zwar in religiöse und weltliche Zwecke, jedoch wurde von ihm keine Erläuterung für den Unterschied zwischen diesen beiden Klassen angeboten.

In seinem methodologischen Werk *al-Musṭaṣfā*, das als ein bedeutender Beitrag von al-Ġazālī zum *uṣūl al-fiqh* eingeordnet wird, arbeitet al-Ġazālī die *maqāṣid*-Konzeption weiter aus. Diesmal behandelt er die *maqāṣid* unter dem Abschnitt *al-istiṣlāḥ* (‚Für-nützlich-Halten'), wo er *al-maṣlaḥa al-mursala* (‚ungeschütztes Interesse, allgemeines Interesse') anspricht und es an die Bewahrung der Zwecke der *šarīʿa* bindet.[49, 50] Er bringt diese Definition deutlich zum Ausdruck und betont, dass mit *maṣlaḥa* die Bewahrung der Absicht der *šarīʿa* zu verstehen ist. Die grundlegende Absicht der *šarīʿa* liegt, so al-Ġazālī, im Schutz der fünf Güter:[51] Schutz der Religion, des Lebens, der

---

45 Wie u. a. Mystik, Philosophie und *uṣūl al-fiqh*.

46 Vgl. F. Opwis: Maṣlaḥa and the Purpose of the Law: Islamic Discourse on Legal Change from the 4th / 10th to 8th / 14th Century (2010), S. 65.

47 Vgl. A. H. al-Ġazālī: Šifāʾ al-ġalīl fī bayān aš-šubah wa-l-muḫaiyal fī masālik at-taʿlīl (1971), S. 159 f.

48 Vgl. ebd.

49 Vgl. A. H. al-Ġazālī: al-Musṭaṣfā min ʿilm al-uṣūl 1 (1997), S. 414 ff.

50 Vgl. Ebert / Heilen: Islamisches Recht, S. 66.

51 Hier fügt al-Ġazālī die Religion zu den Absichten der *šarīʿa* hinzu.

Vernunft, der Nachkommenschaft[52] und des Vermögens.[53]

Al-Ġazālī argumentiert für seine Ansicht mit zahlreichen Beispielen der Rechtsnormen, die ihm zufolge auf die Berücksichtigung der fünf Werte abzielen: So vollziehe die *šarīʿa* mit der Wiedervergeltung den Schutz des Lebens, mit der Diebstahlstrafe die Erhaltung des Vermögens, mit dem Alkoholverbot die Bewahrung des Verstandes, mit dem Verbot der außerehelichen Beziehungen den Schutz der Nachkommenschaft usw.[54]

Al-Ġazālī klassifiziert *al-maṣlaḥa* je nach ihrer *šarīʿa*-tischen Anerkennung und Quellenmäßigkeit in *muʿtabara*, für die ein autoritativer Beweis (*dalīl*) vorliegt und die im Analogieschluss Anwendung findet, *mulġāt* (für nichtig erklärtes Interesse), die in der *šarīʿa* durch eine Rechtsquelle auf Ablehnung stößt und *maṣlaḥa mursala*, für die im Text kein Beweis, weder für Anerkennung noch für Ablehnung, steht.[55]

In Hinsicht auf ihre Notwendigkeit werden die *maṣāliḥ* bzw. *maqāṣid* bei al-Ġazālī in drei Stufen kategorisiert. Im Gegensatz zu seinem ersten Werk *Šifāʾ al-ġalīl* wird diese Einteilung in *Musṭaṣfā* näher erläutert und mit Beispielen belegt: Die notwendigen *maqāṣid* (*ḍarūrīyāt*), die bedürfnisorientierten *maqāṣid* (*ḥāǧīyāt*) und die verbesserungsorientierten *maqāṣid* (*taḥsīnāt*).

Bewertende Haltung zur teleologischen Konzeption von al-Ġazālī

Während al-Ġazālī unbestritten zu den ersten Gelehrten hinsichtlich der systematischen Etablierung der *maqāṣid*-Theorie zählt, erweist sich sein Beitrag zur teleologischen Perspektive als nicht reibungslos. Obgleich er die Konzeption der *maqāṣid* durch u. a. die Abhandlung der *maṣlaḥa* weitgehend ausarbeitet und diese als qualitatives Rechtsargument einstuft, das bei der Einteilung der Rechtsnormen herangezogen wird, unterliegt sein Konzept teilweise der Widersprüchlichkeit. Das lässt sich daran veranschaulichen, dass er *al-istiṣlāḥ* nicht als richtige, sondern als scheinbare Quelle (*maṣdar mafhūm*) betrachtet.[56] Darüber hinaus beschränkt der Rechtsmethodologe die Anwendung von *maṣlaḥa mursala* durchaus auf die erste der Kategorien, die Notwendigkeiten.[57] Nach ihm seien die zu berücksichtigenden Angelegenheiten der Stufe der *ḥāǧīyāt* und *taḥsīnāt* allein, ohne Berufung auf einen religiösen autoritativen Text, nicht verwertbar.[58] Somit sieht er die *maṣlaḥa* als solche nicht als eigenständige Rechtsquelle an, wie Qurʾān, *Sunna* oder Konsens, sondern als abhängig von einem anderen Rechtsargument. Diese Einstellung von al-Ġazālī unterscheidet sich beispielweise von den Ḥanafiten und Mālikiten, die von *istiḥsān* und *istiṣlāḥ* als unabhängige Methoden Gebrauch machen. Diese zwei Normenquellen an

---

52 Damit ersetzt er das Wort *buḍʿ* (‚Keuschheit, Geschlecht') durch *nasl* (‚Nachkommenschaft'). Daraus lässt sich erschließen, dass die Theorie von *maqāṣid* seit ihrer Entstehung weitere Entwicklungen erfährt.

53 Vgl. al-Ġazālī: al-Musṭaṣfā, S. 417.

54 Vgl. ebd. An dieser Stelle sei angemerkt, dass die *maqāṣid* mit den Sanktionen in Verbindung gebracht werden. Es scheint zu sein, dass die Sanktionen der Festlegung der allgemeingültigen *maqāṣid* zugrunde liegen. Siehe hierzu al-Qaraḍāwī: Dirāsa fī-fiqh al-maqāṣid, S. 27 f.

55 Vgl. al-Ġazālī: al-Musṭaṣfā, S. 414 ff.

56 Vgl. Duran, Zur Theorie einer teleologischen Methode in der islamischen Normenlehre,S. 149. Hierzu auch al-Ġazālī: al-Musṭaṣfā, S. 420.

57 Vgl. Mahmud el-Wereny: Das Konzept der maṣlaḥa mursala: Theoretische Rahmenbedingungen und praktische Anwendung zwischen Tradition und Moderne, in: *Electronic Journal of Islamic and Middle Eastern Law* 4.4 (2016), S. 82 ff.

58 Vgl. al-Ġazālī: al-Musṭaṣfā, S. 420.

sich basieren auf der Idee des Allgemeinwohls (*maṣlaḥa*).

Die Unklarheit der Ansicht von al-Ġazālī kann folgendermaßen deutlich erkannt werden:

> Die Absichten der Scharia legt er als die notwendige und hinreichende Bedingung für das Gemeinwohlprinzip fest, um willkürliche Interpretation auszuschließen. Während er die maṣlaha als eine autonome Normenquelle ablehnt, sieht er die teleologische Abwägung bei der Normenstellung nicht nur als gültig, sondern sogar als notwendig.[59]

Hinzu kommt ebenfalls, dass al-Ġazālī den Šāfiʿīten angehört, die prinzipiell gegenüber dem Ansatz von *istiḥsān* skeptisch waren. Eine Kritik, die sich hier an der Theorie von al-Ġazālī üben lässt, ist, dass er die *maqāṣid* auf die Berücksichtigung der Interessen der Individuen reduziert. Auf Angelegenheiten des Kollektiven hat er zwar wenig aussagekräftig bei der genaueren Bestimmung der *maṣlaḥa mursala* hingewiesen, indem ihr hinsichtlich ihres Verhältnisses zu den normativen Quellen die Eindeutigkeit (*qaṭʿīya*), Allgemeingültigkeit (*kullīya*) und Notwendigkeit (*ḍarūrīya*) zukommt. Eine ausführliche Ausarbeitung für Beispiele der die Gemeinschaft betreffenden *maqāṣid* nimmt er jedoch kaum vor.

Trotz diesen strengen Voraussetzungen bei der Anwendung der *maṣlaḥa*, die al-Ġazālī festlegte, wurde sein Beitrag zur *maqāṣid*-Theorie von nachfolgenden Generationen häufig zitiert und größtenteils unverändert übernommen. Nach El Mallouki waren die Prinzipien, die al-Ġazālī in Bezug auf die *maqāṣid* der *šarīʿa* aufgestellt hat, die Grundsätze, an denen sich nahezu alle Gelehrten der *uṣūl al-fiqh* für mehrere Jahrhunderte nach ihm orientiert haben und an denen sich auch heute noch viele orientieren.[60]

Die systematischen Überlegungen zu den *maqāṣid* setzten sich nach al-Ġazālī fort. Sein Beitrag zum *maqāṣid*-Denken prägte weitgehend die Auseinandersetzung der nachfolgenden Gelehrten mit dieser Thematik. Das lässt sich an einem Werk wie *al-Maḥṣūl* von ar-Rāzī (gest. 1209) ohne Weiteres manifestieren. In diesem Werk übernimmt der Qurʾān-Exeget und Rechtsgelehrte die teleologische Betrachtungsweise al-Ǧuwainīs und insbesondere al-Ġazālīs, dessen Vorstellung von der *maṣlaḥa* bei ar-Rāzī vollständig rezipiert wird. Dem letzteren wird zugeschrieben, dass es durch eine deutliche und befürworte Einstellung zur rationalen Begründbarkeit der Rechtsurteile gekennzeichnet ist.[61]

Eine exponierte Position auf der historischen Laufbahn der *maqāṣid* kommt dem šafiʿītischen Rechtsmethodologen Saif ad-Dīn al-Āmidī (gest. 1233) zu. In seinem *Uṣūl*-Werk *al-Iḥkām fi uṣūl al-aḥkām* geht er im Zuge der Behandlung der Analogie auf die teleologische Wahrnehmung der rechtlichen Bestimmungen ein. Dort diskutiert er das bekannte dreifache Modell, indem er von der Einteilung al-Ġazālīs zwar nicht abweicht, jedoch versucht, die *maqāṣid* zur Gewichtung der widersprechenden Rechtsurteile und Analogieschlüsse einzusetzen.[62]

---

[59] Duran, Zur Theorie einer teleologischen Methode in der islamischen Normenlehre, S. 151 f.

[60] Vgl. Lahib el-Mallouki: Zweckrationales Denken, S. 76 ff. Vgl. hierzu auch al-Yūbī: Maqāṣid aš-šarīʿa al-islāmīya wa-ʿalāqatuhā bi-l-adilla aš-šarʿīya (1998), S. 52.

[61] Vgl. ar-Raisūnī: Naẓarīyat al-maqāṣid ʿinda al-imām aš-Šāṭibī, S. 56 f.

[62] Vgl. al-Āmidī: al-Iḥkām fiuṣūl al-aḥkām. Dār aṣ-ṣamiʿī 3 (2003), S. 343 ff.

Erwähnenswert bei al-Āmidī in Bezug auf die *maqāṣid* ist seine ausdrückliche Einschränkung der Notwendigkeiten (*ḍarūrīyāt*) auf die Anzahl fünf. Dies begründet er damit, dass dies mit der Realität zu tun habe und außer diesen keine weiteren vorhanden seien.[63]

Hier ist es relevant darauf hinzuweisen, dass die Begrenzung der allgemeingültigen *maqāṣid* auf die Anzahl fünf einen historischen Hintergrund aufweist. In der Argumentation al-Āmidīs lesen wir, dass diese durch die Beobachtung der Lebenswirklichkeit zu verstehen ist. Da die Lebensumstände jedoch wandelbar sind, soll die *maqāṣid*-Anzahl offen bleiben.[64]

Darüber hinaus thematisiert al-Āmidī die Reihenfolge und Priorisierung der fünf Zentralzwecke und bietet eine andere Priorisierung als die al-Ġazālīs an, worüber andere frühere Gelehrte bereits nachdachten. Ar-Raisūnī zufolge erfolgte nach ar-Rāzī und al-Āmidī keine Erneuerung im Bereich der *maqāṣid*-Theorie. Jene Zeit war ausschließlich durch Zusammenfassungen und Kommentare von Werken vorheriger Gelehrter gekennzeichnet. Während u. a. Ibn al-Ḥāǧib (gest. 1248) hinsichtlich der Priorisierung der *maqāṣid* von al-Āmidī beeinflusst war, befolgte al-Baidāwī (gest. 1286) die Einteilung ar-Rāzīs der *maqāṣid* in jenseitige und diesseitige.[65]

In diesem Zusammenhang sei gesagt, dass in jener Phase der Systematisierung der *maqāṣid*-Theorie zum ersten Mal ein neuer Zweck zu den fünf Zentralzwecken addiert wurde,[66] und zwar die Ehre (*al-ʿirḍ*). Unabhängig von den bestrittenen Auffassungen der damaligen Gelehrten darüber, ob die Ehre als notwendiger oder erforderlicher Zweck eingestuft werden soll, deutet diese Ergänzung um einen sechsten Zweck klar darauf hin, dass die Tür für die Hinzufügung neuer nötigen Zwecke nicht geschlossen war.

1.3 Al-ʿIzz b. ʿAbd as-Salām (gest. 1262)

Wenn hinsichtlich der praktischen Umsetzung des *maqāṣid*-Denkens im Rechtssystem ein Gelehrter der damaligen Zeit prominent angeführt wird, so ist es Ibn ʿAbd as-Salām, der nachdrücklich zu den ersten Wissenschaftlern gehörte, die die Rechtsurteile mit dem *Maṣlaḥa*-Prinzip eng verbunden und ihre Zweckmäßigkeit stark betont haben.

Trotz seiner vergleichsweise geringen wissenschaftlichen Produktion auf dem Gebiet der Rechtsmethodologie hat Ibn ʿAbd as-Salām den nachfolgenden Gelehrten ein signifikantes Werk, die *Qawāʿid al-aḥkām fī maṣāliḥ al-anām*, hinterlassen, in dem er ausführlich den Versuch unternimmt, die Struktur des *fiqh* mit dessen sämtlichen Rechtsbestimmungen auf der Grundlage des Konzepts ‚Herbeiführung des Nutzens und Abwehr des Schadens' aufzubauen. Seiner Ansicht nach hängt die Wichtigkeit einer Norm davon ab, welchen Nutzen sie ermöglicht und welches Übel sie verhindert.[67] Bemerkenswert in diesem Buch ist, dass er die bekannte *maqāṣid*-Einteilung der vorherigen Rechtsmethodologen, wie das dreifache Modell von al-Ġazālī, nicht eins zu eins rezipiert,[68] sondern die *maqāṣid* auf einen

[63] Vgl. ar-Raisūnī: Naẓarīyat al-maqāṣid ʿinda al-imām aš-Šāṭibī, S. 59 f.

[64] Vgl. el-Mallouki: Zweckrationales Denken, S. 68 ff.

[65] Vgl. ar-Raisūnī: Naẓarīyat al-maqāṣid ʿinda al-imām aš-Šāṭibī, S. 60 ff.

[66] Die Gelehrten wie al-Qarāfī (gest. 1285), aṭ-Ṭūfī (gest. 1316) und Ibn as-Subkī (gest. 1369) haben die Ehre in die Notwendigkeiten einbezogen.

[67] Vgl. ʿAbd as-Salām: Qawāʿid al-aḥkām fī-maṣāliḥ al-anām. Dār al-qalam 1 (2002), S. 19.

[68] Er hat trotzdem oberflächlich an einer Stelle des Buches darauf hingewiesen, dass alle Religionen sich darin einig sind, den Schutz des Lebens, des Geschlechts, des Vermögens und der Ehre zu gewährleisten. Siehe dazu Band 1, S. 8.

allgemeingültigen *maqṣid* beschränkt, nämlich *ǧalb al-maṣlaḥa wa-darʾ al-mafsada*. In diesen *maqṣid* fallen dann sämtliche Maximen beispielweise u. a. die Förderung der Erleichterung, die Beseitigung von Schaden und die Verwirklichung der Gerechtigkeit.[69] Die Eingliederung der *maqāṣid* in notwendige, bedürftige und ergänzende findet im Rahmen seiner Kategorisierung der *maṣāliḥ* in diesseitige und jenseitige zwar eine kurze und bündige Erwähnung, jedoch führt er dafür im Gegenteil zu seiner im Buch ansonsten üblichen Methode der ausführlichen Beweisführung keine Beispiele an. Nach Omar behandelt der Imām Ibn ʿAbd as-Salām die fünf tradierten *maqāṣid* (*al-kullīyāt al-ḫams*) weder in einem separaten Kapitel noch zieht er die diesbezüglich bei seinen Vorgängern bekannten Termini heran. Stattdessen sind sieverstreut im ganzen Buch erwähnt.[70]

Eine große Leistung Ibn ʿAbd as-Salāms in der *maqāṣid*-Lehre lässt sich offensichtlich in diesem Werk durch seine tiefe Untersuchung der Priorisierungsfrage und des Gleichgewichts zwischen Nutzen und Schaden feststellen. Anhand von hundert Beispielrechtsfällen zeigt er klar mit dieser Methode die Flexibilität und Rationalität der islamischen Rechtswissenschaft, indem er die vielfachen Aspekte des Nutzens und des Schadens ausführlich erläutert. Der Nutzen kann ihm zufolge Schaden enthalten und umgekehrt. Aus dieser Annahme ist klar ersichtlich, dass zwischen Nutzen und Schaden ein Gleichgewicht herzustellen ist, um angemessene Rechtsurteile abzuleiten und ihre Zweckmäßigkeit zu begreifen.[71]

Der Berufung auf die Vernunft des Menschen beim Bestimmen des Nutzens und Schadens wird bei dem ‚König der Gelehrten' starkes Gewicht beigemessen. Ihm zufolge sind die weltlichen *Maṣāliḥ* und ihre Gründe durch Leben und Erfahrung erkennbar. Daher könnten die Menschen ohne die *šarīʿa* viele ihrer Prinzipien und Normen durch den eigenen Verstand erfassen.[72] Der Gelehrte äußert sich darüber wie folgt:

> wer zwischen Nutzen und Schaden gewichten will, soll das vor allem seinem Verstand überlassen, indem man davon ausgeht, dass die Scharia darüber schweigt. Die mittels der Vernunft begutachteten Urteile werden in diesem Fall der Scharia nicht widersprechen.[73]

Schließlich sei hier darauf hingedeutet, dass der Beitrag von Ibn ʿAbd as-Salām im engeren Sinne nicht der systematischen Entwicklung der *Maṣlaḥa*-Theorie gilt. Seine ausführliche Untersuchung war jedoch für die späteren Generationen bedeutend, ein besonderes Bewusstsein für die Absichten der *šarīʿa* zu entwickeln.[74]

Fazit

Die Frage, mit der sich der vorliegende Beitrag beschäftigt, ist, wie das *maqāṣid*-Denken in der Zeit vor aš-Šāṭibī thematisiert wurde. Die

---

[69] Vgl. www.alihyaa.ma/Article.aspx?C=5744#_edn7 (letzter Aufruf 28. 10. 2017).

[70] Vgl. O. Omar: Maqāṣid aš-šariʿa ʿinda al-imām al-ʿIzz b. ʿAbd as-Salām (2003), S. 146 ff.

[71] Zur Gewichtung zwischen Nutzen und Schaden siehe as-Salām: Qawāʿid al-aḥkām fī-maṣāliḥ al-anām, S. 85–117.

[72] Vgl. as-Salām: Qawāʿid al-aḥkām fī maṣāliḥ al-anām, S. 13 ff. Vgl. hierzu Duran: Zur Theorie einer teleologischen Methode in der islamischen Normenlehre, S. 154 f.

[73] Vgl. as-Salām: Qawāʿid al-aḥkām fī maṣāliḥ al-anām, S. 13 ff.

[74] Vgl. Duran: Zur Theorie einer teleologischen Methode in der islamischen Normenlehre, S. 155 f.

Untersuchung zeigte, dass die *maqāṣid* in der Bedeutung von Geist und Sinn der *šarīʿa* seit der Zeit Muhammeds und seiner Gefährten wahrgenommen und in die Ableitung der Rechtsnormen einbezogen wurde. Die erste theoretische Auseinandersetzung begann zwar erst mit den Rechtsmethodologen, jedoch fanden die *maqāṣid* ihre praktische Anwendung schon vorher in der Arbeit der Rechtsschulen. Obgleich der Terminus *maqāṣid* bei vorherigen Gelehrten, wie dem Mystiker at-Tirmiḏī bereits erwähnt und verwendet wurde, erfährt er erstmals bei al-Ǧuwainī seine spezifische Anwendung. An dieser Stelle lässt sich die Erkenntnis ableiten, dass die Definition von *maqāṣid* bei den früheren Rechtsgelehrten nicht sehr stark über die Bedeutung von *maṣlaḥa* hinausging. Ihre Untersuchungen zur Erschließung der Absichten der *šarīʿa* waren etwa gleichartig. Dabei fokussierten sie sich auf das Verstehen der Absichten, die Gott hinter den rechtlichen Urteilen festlegt, und durch die die Interessen der Menschen berücksichtigt werden. Eine systematische Ausarbeitung der *maqāṣid* fand bereits vor aš-Šāṭibī bei den genannten *uṣūl*-Gelehrten statt, auch wenn diese beispielweise in Bezug auf ihre Wechselbeziehung zu anderen Rechtsinstrumenten bzw. ihre Einteilungen unterschiedliche Wege eingeschlagen haben. Übereinstimmend sind die behandelten Rechtsmethodologen der Meinung, dass die *šarīʿa* bestimmte Ziele berücksichtigt, die zum Guten führen und Schaden verhindern.

Es ergibt sich ebenso aus der Abhandlung, dass die *maqāṣid* bei den behandelten Gelehrten zwar aus der *Uṣūl*-Wissenschaft hervorgebracht wurden, aber die *Uṣūl*-Gelehrten diese in unterschiedlichen Kapiteln thematisierten. Während al-Ǧuwainī die *maqāṣid* im Kapitel zu Analogie und Begründbarkeit der Rechtsnormen behandelt, findet sie bei al-Ġazālī im Kapitel der *maṣlaḥa* intensive Erwähnung.

Es ist in diesem Rahmen festzustellen, dass sich in jener Phase die Termini inhaltlich bereits entwickelt und erweitert haben, so wurden beispielweise die Begriffe wie *mazǧarathat as-sitr* von al-Āmirī bei al-Ǧuwainī als *ʿiṣmat al-furūǧ* verwendet und bei al-Ġazālī als *ḥifẓ an-nasl*.

Ahmed Abdelemam A. Ali ist Doktorand am Orientalischen Institut der Universität Leipzig und wissenschaftlicher Mitarbeiter an der SISD an der Al-Azhar Universität.

ZRI – Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam 9 (2017), S. 135–154

Zur Mitwirkung von Frauen an den Fiqh-Institutionen

Ahmed Gad Makhlouf

I Thematik

Obwohl die Konzepte *iǧtihād* (eigenständige Rechtsfindung) und *iftāʾ* (Erteilung der Rechtsgutachten) grundlegende Bestandteile des islamischen *Fiqh*-Wesens repräsentieren, welche die Entwicklung des islamischen Rechts maßgeblich beeinflussen und in der islamwissenschaftlichen Forschung seit vielen Jahren thematisiert werden, wird über gewisse Fragen bzw. Teilfragen nach wie vor nur selten reflektiert. Eine dieser vernachlässigten Fragestellungen ist die Mitwirkung von Frauen an der *Fiqh*-Praxis als *muftī* oder *muǧtahid*.[1]

Da diese Frage nicht Teil des Themenbereichs der klassischen islamischen Rechtswissenschaft war, existieren dazu keine älteren Monographien oder eigenständigen Kapitel in der früheren Rechtsliteratur. Allerdings hat das zunehmende Postulat der Frauen, an den *Fatwa*-Ämtern und den Institutionen des kollektiven *iǧtihād* bzw. den Rechtsakademien teilnehmen zu dürfen, in den letzten Jahrzehnten in den Medien für Diskussionen gesorgt.

Vor diesem Hintergrund hat der vorliegende Aufsatz zum Ziel, die gegenwärtige Debatte über diese Problematik zu rekonstruieren. Hierfür ist es vorweg unabdingbar, die Mitwirkung von Frauen am *iǧtihād* bzw. an der *iftāʾ* aus einer islamisch-normwissenschaftlichen Perspektive zu untersuchen. Dabei soll eine zentrale Frage diskutiert werden, nämlich, ob Frauen aus Sicht der Scharia den *iǧtihād* praktizieren und Rechtsgutachten erteilen dürfen und ob es ihnen somit erlaubt ist, sich an *Fiqh*-Institutionen wie Fatwa-Ämtern oder Rechtsakademien zu beteiligen, oder ob es dafür mögliche Einwände gibt. Eine Antwort auf diese Frage kann sowohl in klassischen als auch in modernen Schriften muslimischer Autoren im Zusammenhang mit der Darstellung der Voraussetzungen für die Berechtigung zur *iǧtihād*-Praxis und der Qualifikationen für die Befugnis zur Erstellung rechtlicher Gutachten sowie im Rahmen der Untersuchung der Frage, ob eine Frau das Richteramt (*qaḍāʾ*) übernehmen darf, gefunden werden. Anschließend soll diese Frage zudem unter Rekurs auf die islamischen Rechtsquellen wie Koran, Sunna und Konsens, bearbeitet werden.

---

[1] Zu den wenigen Ausnahmen, abgesehen von den Unterschieden zwischen der (schiitischen) *marǧaʿiyya* und der (sunnitischen) *iftāʾ*, gehört Katajun Amirpur: Die zeitgenössische Diskussion um *marǧaʿīya* weiblicher Rechtsgelehrter in Iran, in: *Zeitschrift der Deutschen Morgenländischen Gesellschaft. Supplement XI: XXVI*. Deutscher Orientalistentag (1995), S. 402–410. Zu einer forcierten Auseinandersetzung mit dem rechtswissenschaftlichen Diskurs in Iran siehe Miriam Popal: *Die Scharia, das religiöse Recht – ein Konstrukt? – Überlegungen zur Analyse des islamischen Rechts anhand rechtsvergleichender Methoden und aus Sicht post-kolonialer Kritik*, Frankfurt am Main [u. a.] 2006. Außerdem zum Thema Zainab Alwani: Muslim Women as Religious Scholars: A Historical Survey, in: *Muslima Theology: The Voices of Muslim Women Theologians*, hrsg. von Ednan Aslan, Frankfurt am Main 2013, S. 45–59; Roswitha Badry: Zum Profil Weiblicher ‚ulamaā': Neue Rollenmodelle Für ‚islamische Feministinnen'?, in: *Die Welt des Islams* 40.1 (2000), S. 7–40.

II Qualifikationen zur Ausübung der islamischen Rechtsfindung

Die (gemäß den Sunniten) für die *iǧtihād*-Praxis erforderlichen Qualifikationen wurden seit aš-Šāfiʿī (gest. 204/820), der als Gründer der islamischen Rechtstheorie angesehen wird, diversen Änderungen unterworfen. Letzterer gilt allgemein als der erste Gelehrte, welcher jene Voraussetzungen in seinem Werk *ar-Risāla* behandelt hat. Dabei geht es summarisch um die Kenntnis der koranischen Disziplinen, der Sunna, der Konsensentscheidungen und der arabischen Sprache sowie um Scharfsinnigkeit.[2] Später lässt sich bei manchen Gelehrten eine Verschärfung der Kriterien und bei anderen dagegen eine Erleichterung beobachten. Zusammenfassend kann jedoch festgehalten werden, dass ein Rechtsgelehrter, der den *iǧtihād* praktizieren will, neben der Zugehörigkeit zum Islam, der Volljährigkeit und der geistigen Fähigkeit, die folgenden Kenntnisse vorweisen muss:[3]

- Kenntnis des Korans, insbesondere von Koranversen, die für das Recht unmittelbar von Relevanz sind. Außerdem werden Kenntnisse in weiteren Koranwissenschaften wie der Koranauslegung (*at-tafsīr*), der Anlässe der Herabsendung (*asbāb an-nuzūl*) und der Abrogationslehre (*an-nāsiḫ wa-l-mansūḫ*) von ihm verlangt.
- Kenntnis der *Ḥadīṯe*, vor allem derjenigen, die für das Recht eine wesentliche Rolle spielen. Hinzu kommt die Beherrschung der *Ḥadīṯ*-Wissenschaften, beispielsweise der Überlieferer-Kritik *(ʿilm ar-riǧāl)*, der Entstehungsgeschichte der Überlieferungen (*sabab wurūd al-ḥadīṯ*) und der Abrogation von *Ḥadīṯen*.
- Kenntnis der Konsensentscheidungen.
- Nachgewiesene Arabischkenntnisse. Ferner sollte der Gelehrte Kenntnisse im Bereich der Sprachwissenschaften, Syntax, Flexion und Rhetorik nachweisen können.
- Kenntnis der *uṣūl al-fiqh* (der Rechtstheorie).
- Berücksichtigung der Ziele bzw. Hintersinne der Scharia (*maqāṣid aš-šarīʿa)*. Diese Bedingung wurde zum ersten Mal von aš-Šāṭibī (gest. 1388) in seinem Buch *al-Muwāfaqāt* formuliert.
- Rechtschaffenheit und Pietät: Diese Kriterien werden jedoch nicht als Gültigkeitsbedingung (*šarṭ ṣiḥḥa*) angesehen, sondern als Bedingung für die Akzeptanz des *iǧtihād* von Seiten der muslimischen Gesellschaft.

Daneben gibt es andere, umstrittene, Voraussetzungen wie die Kenntnis der *uṣūl ad-dīn* (Grundlagen der Religion), der Logik (*manṭiq*) und der rechtspraktischen Fragen (*furūʿ*).

Bei der Durchsicht einiger *uṣūl*-Werke – sowohl früherer als auch späterer – die die Qualifikationen zum *iǧtihād* untersuchen, lassen sich zwei wesentliche Feststellungen identifizieren. Zum einen wird das männliche Geschlecht für die *iǧtihād*-Praxis nicht vorausgesetzt.[4] Zum anderen gibt es viele Gelehrte, die

---

[2] Vgl. Muḥammad ibn Idrīs aš-Šāfiʿī: *ar-Risāla*, Beirut o. J., S. 509–512.

[3] Vgl. Nādya al-ʿUmarī: *al-iǧtihād fī-l-Islām*, Beirut [3]1985, S. 59 f.; Wael B. Hallaq: Was the Gate of Ijtihad Closed?, in: *International Journal of Middle East Studies* 16.1 (1984), S. 3–41 (5 ff.); Ǧalāl ad-Dīn as-Suyūṭī: *Taysīr al-iǧtihād*, Alexandria 2004, S. 31–44; Birgit Krawietz: *Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam*, Berlin 2002, S. 360 f.; Wahba az-Zuḥaylī: *Uṣūl al-Fiqh al-Islāmī* (2 Bde.), Damaskus 1986, Bd. 2, S. 1043 ff. und Yūsuf al-Qaraḍāwī: *al-Iǧtihād fī-š-Šarīʿa al-Islāmiyya*, Kuwait 1996, S. 17–56.

[4] Vgl. aš-Šāfiʿī (o. J.), S. 509–512; ʿAlī ibn abū al-Āmidī: *al-Iḥkām fī uṣūl al-aḥkām* (4 Bde.), Beirut 1985, Bd. 4, S. 397 f.; Kamāl ad-dīn Ibn al-Humām: *at-Taḥrīr fī uṣūl al-fiqh*, Kairo 1351 H, S. 523 f.; Badr ad-dīn az-Zarkašī: *al-Baḥr al-muḥīṭ fī uṣūl al-fiqh* 6, Kairo [2]1992, S. 199 ff.; Muḥammad aš-Šawkānī: *Iršād al-fuḥūl ilā taḥqīq al-ḥaqq min ʿilm al-uṣūl* 2, Riyad 2000, S. 1027–1934; ad-Dihlāwī (1995), S. 20–24; Hallaq (1984), S. 5 ff.; as-Suyūṭī (2004), S. 31–44; Krawietz (2002),

den Anspruch der Frauen auf den *iǧtihād* ausdrücklich unterstützen. Die Mehrheit dieser Gelehrten gehört der schafiitischen Rechtsschule an,[5] wie beispielsweise as-Samaʿānī (gest. 489/1096),[6] al-Ġazālī (gest. 505/1111),[7] al-Māwardī (gest. 450/1058),[8] Tāǧ ad-Dīn ibn as-Subkī (gest. 771/1370),[9] al-Maḥallī (gest. 864/1460)[10] und as-Suyūṭī (gest. 911/1505).[11] Allerdings sprechen sich auch einige Gelehrte anderer Schulen für die Berechtigung von Frauen aus, den *iǧtihād* zu praktizieren, sofern sie die erforderlichen Bedingungen dafür erfüllen können, wie Ibn Amīr al-Ḥāǧǧ (gest. 879/1474) und Ibn Nuǧaym (gest. 970/1563) von den Ḥanafiten[12] und der ḥanbalitische al-Mardāwī (gest. 885/1480)[13] sowie Ibn Rašīq (gest. 632/1235), Ibn Būnā (gest. 1220/1805) und Ibrāhīm al-ʿAlawī (gest. 1233/1818) von den Mālikiten.[14] Zudem räumen etliche gegenwärtige Autoren Frauen dieses Recht ausdrücklich ein, wie etwa al-Būṭī (gest. 2013), al-Kubaysī, al-Fāsī, al-Ḫaṭīb, Hītū, aš-Šahīd, an-Nadwī und aš-Šāwī.[15] So unterstreicht auch al-ʿUmarī, dass entsprechend der Meinung der Mehrheit das männliche Geschlecht keine Voraussetzung für den *iǧtihād* darstelle. Bedauerlicherweise führt sie jedoch keine Beispiele für die Apologeten der Mindermeinung an.[16] Ähnlich stellt Ismāʿīl fest, dass nur wenige Gelehrte – jedoch ohne Beispiele zu nennen – das Mann-Sein als Prämisse für die *iǧtihād*-Praxis fordern. Dennoch plädiert er selbst gegen diese Ansicht.[17]

Zur Erteilung rechtlicher Gutachten müssen die folgenden Voraussetzungen erfüllt werden:[18]

S. 360 f.; az-Zuḥaylī (1986), Bd. 2, S. 1043 ff. und al-Qaraḍāwī (1996), S. 17–56.

5 Vgl. az-Zuḥaylī (1986), Bd. 2, S. 1157.

6 Vgl. Abū Muẓaffar as-Samaʿānī: *Qawāṭiʿ al-adilla fī uṣūl al-fiqh* 5, Riyad 1998, S. 9.

7 Vgl. Ǧalāl ad-dīn as-Suyūṭī: *ar-radd ʿalā man aḫlada ilā al-arḍ wa ǧahila anna al-iǧtihād fī kuli ʿaṣrin farḍ*, Kairo o. J., S. 88; Abū Ḥāmid al-Ġazālī: *al-Manḫūl min taʿlīqāt al-uṣūl*, Damaskus ²1980, S. 463.

8 Vgl. Abū al-Ḥasan al-Māwardī: *al-Ḥāwī al-Kabīr* 16, Beirut 1994, S. 156.

9 Vgl. Tāǧ ad-dīn Ibn as-Subkī: *Ǧamʿ al-ǧawāmiʿ fī uṣūl al-fiqh*, Beirut ²2002, S. 119.

10 Vgl. Ǧalāl ad-dīn al-Maḥallī: *al-Badr aṭ-ṭāliʿ fī ḥall ǧamʿ al-ǧawāmiʿ* 2, Beirut 2005, S. 383.

11 Vgl. Ǧalāl ad-dīn as-Suyūṭī: *Šarḥ al-kawkab as-sāṭiʿ naẓm ǧamʿ al-ǧawāmiʿ* 2, Kairo 2000, S. 401.

12 Vgl. Ibn Amīr (1996), Bd. 3, S. 392 und Ibn Nuǧaym (1997), Bd. 6, S. 446; Muḥammad Ibn Amīr al-Ḥāǧǧ: *Kitāb at-taqrīr wa-t-taḥbīr*, Beirut 1996.

13 Vgl. al-Mardāwī (2000), Bd. 8, S. 3880.

14 Vgl. al-Ḥusayn Ibn Rašīq: *Lubāb al-maḥṣūl fī ʿilm al-uṣūl* 2, Dubai 2001, S. 713; al-Muḫtār Ibn Būnā: *Durar al-uṣūl*, Mauretanien 2006, S. 116 und ʿAbd Allāh al-ʿAlawī: *Našr al-bunūd šarḥ marāqī as-suʿūd* 2, o. O. 2005, S. 606.

15 Vgl. Roswitha Badry: Die zeitgenössische Diskussion um den islamischen Beratungsgedanken (šūrā) unter dem besonderen Aspekt ideengeschichtlicher Kontinuitäten und Diskontinuitäten, Stuttgart 1998, S. 330 f., 334; Ḥamad al-Kubaysī: Raʾy al-islām fī išrāk al-marʾa fī muʾsassāt aš-šūrā, in: aš-Šūrā fī-l-islām (1990), S. 1063–1116, S. 1091; Muḥammad Ḥasan Hītū: al-iǧtihād wa aṣnāf al-muǧtahidīn, in: Maǧallat aš-šarīʿa wa-d-dirāsāt al-islāmiyya 2.4 (1985), S. 223–260, 241; El-Shahed (2007), S. 74; Muḥammad Akram an-Nadwī: Al-Muhaddithat – The Women Scholars in Islam, Oxford et al. 2007, S. 274, 284 f. und Tawfiq aš-Šāwī: Fiqh aš-šūrā wa-l-istišāra, Kairo ²1992, S. 222 f.

16 Vgl. al-ʿUmarī (³1985), S. 62.

17 Vgl. Šaʿbān Ismāʿīl: Uṣūl al-fiqh al-muyassr 2, Beirut 2008, S. 293.

18 Vgl. Ibn Ḥamdān (1380 H), S. 13; Abū Bakr al-Ḫaṭīb: al-Faqīh wa-l-mutafaqqih 2, Kairo 2007, S. 330 ff.; al-Mawsūʿa al-fiqhiyya (45 Bde.), Kuwait 1983–2006, 1995, Bd. 32, S. 27 f.; Muḥammad Ašqar: al-Futyā wa manāhiǧ al-iftāʾ, Kuwait 1976, S. 26 ff.; Ḥāfiẓ Anwar: Wilāyat al-marʾa fī-l-fiqh al-islāmī, Riyad 1420 H, S. 314 f.; Krawietz (2002), S. 409 f.

- Zugehörigkeit zum Islam,
- Volljährigkeit (*bulūġ*),
- geistige Gesundheit bzw. Verstandesreife (*ʿaql*),
- Rechtschaffenheit (*ʿadāla*): Die breite Masse der Gelehrten ist sich darüber einig, dass eine Fatwa von einem Frevler (*fāsiq*) nicht als rechtmäßig betrachtet werden kann.[19]
- Fähigkeit zum *iǧtihād*: Die Mehrheit der Gelehrten vertritt die Auffassung, dass niemand ein Rechtsgutachten erteilen darf, der nicht zum *iǧtihād* qualifiziert ist.[20] Von dieser Ansicht distanzieren sich jedoch die Ḥanafiten. Sie gehen davon aus, dass der *iǧtihād* nicht als Gültigkeitsbedingung (*šarṭ ṣiḥḥa*), sondern nur als Prioritätskriterium (*šarṭ awlawiyya*) anzusehen ist. Mit anderen Worten wird die Erteilung rechtlicher Gutachten durch einen *muǧtahid* präferiert, solange hierfür ein solcher zur Verfügung steht. Eine ähnliche Meinung wird von dem schafiitischen Ibn Daqīq al-ʿĪd (gest. 1302) vertreten.[21] Manche Autoren verwenden an der Stelle von *iǧtihād* die Bezeichnung *ʿilm* (Wissen).[22] Unter letzterer Bezeichnung sind rechtliche Kenntnisse im religiösen Bereich zu verstehen, die für das Erreichen des *iǧtihād*-Rangs unabdingbar sind. Diese Ansicht findet in der Einigkeit der *uṣūl*-Gelehrten über die Gleichstellung des *muftī* und des *muǧtahid* ihre Bestätigung.[23]
- Scharfsinnigkeit und Intelligenz;
- Lebenserfahrung und soziale Kompetenz.

Darüber hinaus sollten vom Mufti während des Fatwa-Prozesses noch bestimmte Verhaltensregeln (*ādāb*) berücksichtigt werden.[24]

In diesem Kontext gesteht sowohl die frühe als auch moderne Rechtsliteratur der Frau das Recht auf Fatwa-Erlassung zu. Viele (vor allem klassische) Autoren sehen im weiblichen Geschlecht kein Hindernis für die Fatwa-Erstellung. Laut vieler zeitgenössischer Autoren besteht unter Rechtsgelehrten darüber sogar ein Konsens.[25]

Im schiitischen Verständnis kann eine Frau die *iǧtihād*-Stufe erlangen. Allerdings dürfe sie ausschließlich für sich selbst und nicht für andere Rechtsnormen ermitteln, d. h., sie ist nicht dazu befugt *marǧiʿ taqlīd* zu werden.

---

[19] Vgl. Al-Mawsūʿa al-fiqhiyya 32 (1995), S. 27.

[20] Vgl. Ibn Ḥamdān (1380 H), S. 13; Šams ad-dīn Ibn Mufliḥ: Uṣūl al-fiqh 4, Riyad 1999, S. 1555; ʿAbd al-ʿAlī al-Anṣārī: Fawātiḥ ar-raḥmawat 2, Beirut 2002, S. 435; as-Samaʿānī (1998), Bd. 5, S. 133; al-Mawsūʿa al-fiqhiyya (1995), Bd. 32, S. 27; al-Ašqar (1976), S. 27; Anwar (1420 H), S. 314; Krawietz (2002), S. 410; az-Zuḥaylī (1986), Bd. 2, S. 1067 und Muḥammad Abū Zahra: Uṣūl al-fiqh, Kairo 1959, S. 401.

[21] Vgl. Ibn al-Humām (2003), Bd. 7, S. 237; al-Ašqar (1976), S. 27; al-Mawsūʿa al-fiqhiyya (1995), Bd. 32, S. 28.

[22] Vgl. al-Ḫaṭīb (2007), Bd. 2, S. 330; Krawietz (2002), S. 410; Muḥammad al-Ḫuḍarī: *Uṣūl al-fiqh*, Kairo [6]1969, S. 382, und Abū Ḥāmid al-Ġazālī: *al-Mustaṣfā min ʿilm al-uṣūl* 2, Beirut [3]1993, S. 390.

[23] Vgl. ʿAbd ar-Raḥmān al-Kalībūlī: *Maǧmaʿ al-anhur fī šarḥ multaqā al-abḥur* 3, Beirut 1998, S. 215; *al-Mawsūʿa al-fiqhiyya* 32 (1995), S. 28 und aš-Šawkānī (2000), Bd. 2, S. 1082.

[24] Zu den Verhaltensregeln des Muftis Birgit Krawietz: Der Mufti und sein Fatwa: Verfahrenstheorie und Verfahrenspraxis nach islamischen Recht, in: *Die Welt des Orients* 26 (1995), S. 161–180; Krawietz (2002), S. 409–414, und Ibn Ḥamdān: *ṣifat al-fatwā al-muftī wa-l-mustaftī*; al-Ašqar: *al-futyā wa manāhiǧ al-iftāʾ*.

[25] Zu den klassischen Werken gehören z. B. al-Māwardī (1994), Bd. 16., S. 50; Muḥī ad-dīn an-Nawawī: *Kitāb al-maǧmūʿ šarḥ al-muhaḏḏab* 1, Kairo 1980, S. 74; Samaʿānī (1998), Bd. 5, S. 9, und Ibn Mufliḥ (1999), Bd. 4, S. 1545. Zu den Modernen: *al-Mawsūʿa al-fiqhiyya* 32 (1995), S. 26; al-Ašqar (1976), S. 26; Anwar (1420 H), S. 315; Krawietz (2002), S. 409; an-Nadwī (2007), S. 281, und Muḥammad Saʿīd al-Būṭī: Ḫaṣāʾiṣ aš-šūrā wa muqawimāti-hā, in: *aš-Šūrā fī-l-islām* (1989), S. 481–637. Doris Decker: *Frauen als Trägerinnen religiösen Wissens – Konzeptionen von Frauenbildern in frühislamischen Überlieferungen bis zum 9. Jahrhundert* 2, Stuttgart 1989, S. 527.

Gemäß dem schiitischen Recht sind folgende Bedingungen zu beachten, um als Autorität in juristischen Fragen (*marǧiʿ taqlīd*) fungieren zu können und dazu berechtigt zu sein, Fatwas zu erstellen: Volljährigkeit, Vernunft, Anhängerschaft in der Zwölferschia, *iǧtihād*-Kompetenz, eheliche Geburt und Gerechtigkeit.

Als umstrittene Prämisse gilt hingegen das Leben des *marǧiʿ*. Von vielen Groß-Ayatollahs, wie al-Ḫumaynī (gest. 1989), Muntaẓirī (gest. 2009), Nāṣir Makārim Šīrāzī (geb. 1926) und al-Burūǧirdī (gest. 1961) wird auch das männliche Geschlecht als Bedingung für die *marǧiʿiyya* aufgestellt. Es gibt sogar Rechtsgelehrte, welche von einem Konsens über die Voraussetzung des Mann-Seins für die *marǧiʿiyya* sprechen, wie Šahīd aṯ-Ṯānī (gest. 1558) und Ǧaʿfar Šaštarī (gest. 1612). Demgegenüber wird bei anderen Gelehrten, wie z. B. Mīrzā Šīrāzī (gest. 1895), Abū al-Ḥasan al-Iṣfahānī (gest. 1946) und Mīrzā al-Qummī (gest. 1815 oder 1816) dieses Kriterium nicht erwähnt.

In der heutigen Zeit zeigen sich einige Rechtswissenschaftler aufgeschlossener und sprechen sich häufig für das Recht von Frauen auf die *marǧiʿiyya* aus, darunter Ayatollah Muḥammad Ḥasan Naǧafī und Muḥaqqid Dāmād.[26] Ebenso fördert der Großayatollah Muḥammad Ḥusayn Faḍlallāh (gest. 2010) die Ausübung der *marǧiʿiyya*-Position durch die Frauen und hebt hervor, dass in der Scharia kein Einwand für die Ausübung dieser Tätigkeit von Seiten der Frauen auszumachen sei.[27]

In diesem Kontext gilt es, noch eine Nuancierung zwischen *iftāʾ* und *iǧtihād* vorzunehmen, selbst wenn es in beiden Fällen auf den ersten Blick um die Ermittlung rechtlicher Normen geht. Ein grundlegender Unterschied besteht darin, dass *iftāʾ* nur reale Rechtsfälle untersucht, über die der Fatwa-Suchende (*mustaftī*) ein juristisches Gutachten anfordert, während sich der *iǧtihād* sowohl mit faktischen als auch hypothetischen Fällen auseinandersetzt, selbst wenn keine bestimmte Anfrage auf eine rechtliche Bestimmung vorliegt.[28] Außerdem widmet sich der *iǧtihād* lediglich präsumtiv erwiesenen Fragen (*masāʾil ẓanniyya*), wohingegen sich die *iftāʾ* – je nach Frage des Fatwa-Suchenden – sowohl mit präsumtiv als auch mit definitiv erwiesenen Fragen (*masāʾil qaṭʿiyya*) befasst. Darüber hinaus ist der *iǧtihād*-Prozess eines Gelehrten beendet, sobald er selbst die juristische Entscheidung getroffen hat. Demgegenüber ist die *iftāʾ* erst abgeschlossen, wenn der Mufti dem Fragenden das Rechtsgutachten mitteilt.[29]

Was das Richteramt betrifft, so umfasst dieses im Allgemeinen die folgenden Kriterien: Zugehörigkeit zum Islam, Freiheit, Rechtsfähigkeit, männliches Geschlecht, *iǧtihād*, Integrität, Sehkraft und Gehör.[30]

Hinsichtlich der Frage, ob es der Frau erlaubt ist, das Richteramt zu bekleiden, lässt sich eine Meinungsverschiedenheit konstatieren. Es zeigt sich, dass die breite Masse der Rechtsgelehrten, zu welchen Mālikiten, Schafiiten und Ḥanbaliten gehören, es Frauen untersagen, als Richter tätig zu sein. Abū Ḥanīfa (gest. 767) erlaubt hingegen Frauen, das Richteramt außer in den *ḥadd*-Fällen auszuüben.

Daneben vertreten einige Gelehrten die Auffassung, dass Frauen in jedem Fall dazu berechtigt sind, als Richter ernannt zu werden. Diese Überzeugung geht vor allem auf

---

[26] Vgl. Amirpur (1995), S. 402–405, 408 f.

[27] Vgl. Muḥammad Ḥusayn Faḍlallāh: *al-iǧtihād bayna asr al-māḍī wa āfāq al-mustaqball*, Casablanca / Beirut 2009, S. 379 f.

[28] Vgl. Abū Zahra (1959), S. 401; Krawietz (2002), S. 354 f., und az-Zuḥaylī (1986), Bd. 2, S. 1067.

[29] Vgl. *al-Mawsūʿa al-fiqhiyya* 32 (1995), S. 21.

[30] Vgl. Irene Schneider: *Das Bild des Richters in der „Adab-al-qāḍī"-Literatur*, Frankfurt am Main / Bern / New York / Paris 1990, S. 230 ff.; Anwar (1420 H), S. 217 f.; Maǧīd Abū Ḥuǧayr: *al-Marʾa wa-l-ḥuqūq as-siyāsiyya fī-l-islām*, Riyad 1997, S. 343–358.

den Ẓāhirten Ibn Ḥazm (gest. 1064)[31] zurück. Ebenso wird diese Auffassung dem ḥanafitischen Muḥammad ibn al-Ḥasan (gest. 805), dem mālikitischen Ibn al-Qāsim (gest. 806), aṭ-Ṭabarī (gest. 923) und dem schafiitischen Abū al-Faraǧ ibn Ṭarār (gest. 1000) sowie einigen modernen Intellektuellen zugeschrieben.

Die Vertreter dieser Richtung gehen davon aus, dass es zwischen dem Richterspruch und der Erteilung des Rechtsgutachtens einen Analogieschluss gibt. Daraufhin sei Frauen das Richteramt genauso erlaubt, wie die Fatwa-Erteilung. Von der gegnerischen Seite wird dieser Analogieschluss – aufgrund des Unterschieds zwischen beiden Ämtern – für unrechtmäßig bzw. nichtig erklärt. Von einem Verbot der Fatwa-Erteilung durch Frauen ist jedoch nicht die Rede.

In diesem Zusammenhang sollte noch auf einen wesentlichen Unterschied zwischen dem Richteramt und der Fatwa-Erteilung verwiesen werden. Dieser besteht darin, dass das Urteil eines Richters verbindlich ist, während dies bei der Fatwa eines Rechtsgutachters nicht der Fall ist.[32] Von besonderem Interesse ist hierbei, dass die Erlassung von Rechtsgutachten durch Frauen von den Opponenten akzeptiert wird.

In der imāmatischen Rechtsschule werden Frauen, laut der vorherrschenden Meinung, von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen. Als Rechtfertigung wird hierfür eine Überlieferung des sechsten Imams Ǧaʿfar aṣ-Ṣādiq (gest. 765) vorgebracht. Bei der Befragung von Letzterem zu seiner Meinung nach dem Richteramt, erwiderte jener wie folgt: „*lākin unẓirū ilā raǧulin minkum* […]“ (‚Sucht doch dafür einen Mann unter euch‘).

Diese Stellungnahme stößt jedoch heutzutage auf Kritik. Naǧafī widerlegt jene Auffassung, indem er auf die Ambivalenz dieser Tradition verweist aufgrund welcher die Frauen nicht zwangsläufig vom Richterwesen ausgeschlossen werden dürften. Seine Argumentation gründet auf der Doppeldeutigkeit des arabischen Worts *raǧul*, welches sowohl die Bedeutung Mann als auch Frau annehmen kann. Ferner erklärt er diese überlieferte Aussage dadurch, dass es zu jener Zeit des Imams ausschließlich männliche Richter gab. Außerdem betont Naǧafī, dass zwischen Richteramt und Fatwa-Erteilung keine Analogie bestehe.[33] Auch Faḍlallāh sieht hinsichtlich dieser Frage noch Überprüfungsbedarf. Diesen begründet er zum einen mit der zweifelhaften Authentizität der Überlieferungskette der zugrunde liegenden Texte und zum andern mit den Differenzen zwischen den Aufgaben und Richtlinien der Arbeit eines Richters in der Vergangenheit, in der ein Richter viel umfangreichere Aufgaben und Rollen im Richterwesen zu übernehmen hatte und in der heutigen Zeit, in welcher es zu einer deutlichen Einschränkung seiner Tätigkeiten kam.[34]

III Beweisführung

Im Folgenden soll die Argumentation sowohl von Befürwortern als auch von Gegnern der Befugnis der Frauen zur *iǧtihād*-Praxis sowie zur Erteilung von Rechtsgutachten basierend auf den verschiedenen islamischen Rechtsquellen dargestellt werden. Dabei handelt es sich um den Koran, die Sunna, Aussagen muslimischer Rechtsgelehrten (Konsens) und um rationale Argumente:

[31] Abū Muḥammad Ibn Ḥazm: *Aṣḥāb al-futyā min aṣ-ṣaḥāba wa-t-tābiʿīn wa man baʿdihim ʿalā marātibihim fī kaṯrat al-futyā*, Beirut 1995.

[32] Vgl. Anwar (1420 H), S. 219 ff., 245; Abū Ḥuǧayr (1997), S. 359–365); al-Kubaysī (1990), Bd. 3, S. 1097–1102, und al-Māwardī (1994), Bd. 16, S. 156.

[33] Vgl. Amirpur (1995), S. 407.

[34] Vgl. Faḍlallāh (2009), S. 378.

Koran

Zwar kommt der Begriff iğtihād im Koran nicht vor, allerdings werden von vielen muslimischen Gelehrten „Versuche unternommen, zu beweisen, dass der Koran an verschiedenen Stellen die Menschen bzw. die Muslime, in dieser oder jener Form zu eigenständiger Urteilsfindung auffordert."[35]

Von zahlreichen Autoren wird der Vers 4:83 als Grundlage für die Anforderung zur *iğtihād*-Praxis betrachtet:

> Und wenn etwas von Frieden oder Furcht zu ihnen dringt, verbreiten sie es; hätten sie es aber vor den Gesandten und vor jene gebracht, die unter ihnen Befehlsgewalt haben, dann würden sicherlich die unter ihnen, die es entschleiern können, es verstanden haben.

Al-ʿUmarī meint, dass nach der Auslegung von Ibn ʿAbbās (gest. 687), al-Ḥasan al-Baṣrī (gest. 728), Muǧāhid (gest. 722) und aḍ-Ḍaḥāk (gest. 100 H) die Befehlshaber in diesem Vers „die Gelehrten" seien. Dieser Vers ermögliche den Gelehrten – ohne die weiblichen Gelehrten auszuschließen – die Deduktion von Rechtsnormen.[36]

Die Argumentation, die diesem Vers zugrunde liegt, geht auf al-Ġazālī und al-Āmidī zurück.[37] Überdies lenkt al-Kubaysī die Aufmerksamkeit auf weitere Koranstellen, welche die Gleichstellung von Mann und Frau bezüglich gesellschaftlicher Rechte und Aufgaben thematisieren, wie z. B. Sure 9, Vers 71: „Die gläubigen Männer und die gläubigen Frauen sind einer des andern Beschützers. Sie gebieten das Rechte und verbieten das Verwerfliche […]." In diesem Vers gehe es um die Gleichberechtigung von Männern und Frauen hinsichtlich einer der kennzeichnenden gesellschaftlichen Aufgaben im Islam, und zwar das Gebieten des Rechten und Verbieten des Verwerflichen (*al-amr bi-l-maʿrūf wa-n-nahī ʿan al-munkar*). Andere Beispiele sind 60:12 und 3:61.[38]

Laut dem ehemaligen Scheich der Azhar, Maḥmūd Šaltūt (gest. 1963), bildet *al-amr bi-l-maʿrūf wa-n-nahī ʿan al-munkar* die höchste Verantwortung im Islam, welche sowohl Männer als auch Frauen zu tragen hätten.[39] Außerdem werden in Verbindung mit dieser Thematik Koranstellen zitiert, deren Betonung auf dem Vorrang der Gelehrten vor den Unwissenden liegt, beispielsweise (39:9) und (58:11).

Auch wenn in diesen Versen eine Verwendung der maskulinen Form zu konstatieren ist, beziehen sie sich gleichermaßen auf Mann und auf Frau, solange es keinen kontextuellen Hinweis darauf gibt, der die entsprechende Bedeutung auf eines der beiden Geschlechter beschränkt.[40] Demgegenüber stützen sich die schiitischen Opponenten der *marǧiʿiyya* der Frau (Autorität in juristischen Fragen) und die sunnitischen Gegner, die die Übernahme von Führungspositionen und Positionen von gesellschaftlicher Relevanz durch die Frau ablehnen, auf den folgenden Vers 4:34: „Die Männer sind die Verantwortlichen über die Frauen, weil Allah die einen vor den anderen ausgezeichnet hat und weil sie von ihrem Vermögen hingeben […]."

Von den Befürwortern des Anspruchs von Frauen auf die Ausübung jener Positionen wird die Bedeutung des vorangehenden Verses auf die Verantwortung der Männer für die

---

35 Poya (2003), S. 46.

36 Vgl. al-ʿUmarī ([3]1985), Bd. 2, S. 260 f. Dazu vgl. al-Qaraḍāwī (1996), S. 77.

37 Vgl. al-Ġazālī (1995), Bd. 2, S. 254, und al-Āmidī (1985), Bd. 4, S. 289

38 Vgl. al-Kubaysī (1990), Bd. 3, S. 1087 ff.

39 Vgl. Maḥmūd Šaltūt: al-Islām ʿaqīda wa šarīʿa, Kairo [18]2001, S. 225.

40 Vgl. al-Kubaysī (1990), Bd. 3, S. 1080; Anwar (1420 H), S. 519; Muṣṭafā as-Sibāʿī: *al-Marʾa bayna al-fiqh wa-l-qānūn*, Beirut [7]1999, S. 133.

familiären Angelegenheiten und ehelichen Beziehungen restringiert. Diese Art des Verständnisses verstärke sich unter Berücksichtigung des Offenbarungsanlasses dieser Koranstelle, auf welche Koranexegeten wie aṭ-Ṭabarī und al-Qurṭubī hinwiesen, nämlich ein Streit zwischen zwei Ehepartnern. Ayatollah Muḥammad Ḥasan Naǧafī führt weiter aus, dass der letzte Versteil „weil sie von ihrem Vermögen hingeben" die Bezugnahme auf das häusliche Leben verdeutliche. Somit ließen sich anhand dieser Koranstelle keine Einwände gegen die Fatwa-Erstellung durch Frauen oder gegen die *marǧiʿiyya* der Frau vorbringen.[41] „Außerdem bedeute das Erstellen einer fatwā keine „Herrschaft über den Mann […]". Die Herrschaft werde vom Recht selbst ausgeübt, und nicht von der Person, die das Recht auslege."[42]

Sunna

In der Sunna wird der Anspruch von Frauen auf das Studium der religiösen Wissenschaften, so viele Befürworter, expliziter formuliert. In dem *Ḥadīṯ* „Der Erwerb von Wissen ist eine Pflicht jedes Muslims" (*ṭalab al-ʿilm farīḍa ʿalā kull muslim*) umfasst das Wort „Muslim" sowohl Männer als auch Frauen.[43] Allerdings ist die Beurteilung der Überlieferungswege dieses *Ḥadīṯ* unter muslimischen Gelehrten strittig. Während einige Gelehrte seine Überlieferungskette als schwach (*ḍaʿīf*) betrachten, halten andere diese für gut (*ḥasan*), oder bewerten sogar einzelne Tradierungswege als gesund (*ṣaḥīḥ*).[44] As-Suyūṭī (gest. 1505) hat ein Traktat über diesen *Ḥadīṯ* geschrieben, in dem er etwa 50 Überlieferungswege aufzeigt, welchen diesen *Ḥadīṯ* als *ḥasan* einschätzen.

Hingegen findet die Semantik des Ḥadīṯ unter den muslimischen Gelehrten, wie Šams ad-Dīn as-Saḫāwī (gest. 1497) und an-Nawawī (gest. 1277), der die Überlieferungskette des *Ḥadīṯ* für schwach hält, größere Unterstützung.[45] Ferner hob Rašīd Riḍā (gest. 1935) hervor, dass die muslimischen Gelehrten über den Text des *Ḥadīṯ* und darüber, dass er sowohl Männer als auch Frauen betrifft, einig seien.[46]

Zur Untermauerung dieser Behauptung kann als Beispiel der Fall herangezogen werden, als der Prophet der Bitte von Frauen nachkommt und ihnen einen Tag zugesteht, an denen ausschließlich sie ihre religiösen Fragen an ihn richten können. Diesem Ereignis widmet al-Buḫārī (gest. 256/870) in seiner *Ḥadīṯ*-Sammlung ein Unterkapitel mit dem Titel *hall yuǧʿall li-n-nisāʾ yawm ʿalā ḥidā fī-l-ʿilm*? (Sollte für das Studium religiösen Wissens ein Tag allein für Frauen bestimmt werden?).[47] Ferner geht aus der Situation, in der eine Frau den Propheten in Anwesenheit von dessen Frau ʿĀʾiša fragt, was eine Frau machen soll, wenn sie einen feuchten Traum hat, deutlich die prophetische Unterstützung des Erwerbs

---

[41] Vgl. al-Kubaysī (1990), Bd. 3, S. 1101; Amirpur (1995), S. 406, und Abū Ḥuǧayr (1997), S. 369 ff. Dazu Muḥammad Ibn Ǧarīr aṭ-Ṭabarī: *Ǧāmiʿ al-bayān fī tafsīr al-Qurʾān* (24 Bde.), Beirut 2000, Bd. 8, S. 290 f. und Muḥammad Ibn Aḥmad al-Qurṭubī: *al-Ǧāmiʿ li-aḥkām al-Qurʾān* (24 Bde.), Beirut 2006, Bd. 6, S. 278 f.

[42] Amirpur (1995), S. 406.

[43] Vgl. al-Kubaysī (1990), Bd. 3, S. 1080; Anwar (1420 H), S. 519 f. In einer Version dieser Überlieferung wird noch das Wort *wa muslima* (jede Muslimin) hinzufügt. Diese wird aber von vielen Ḥadīṯ-Wissenschaftlern für schwach erklärt. Vgl. Šams ad-Dīn as-Saḫāwī: *al-Maqāṣid al-ḥasana fī bayān al-aḥādīṯ al-muštahara ʿalā l-alsina*, Beirut 1985, S. 442.

[44] Vgl. as-Saḫāwī (1985), S. 442.

[45] Vgl. Ǧalāl ad-Dīn as-Suyūṭī: *Ǧuzʾ fī ṭurq ḥadīṯ ṭalab al-ʿilm farīḍa*, ʿAmmān / Jordanien 1988, S. 14. Dazu as-Saḫāwī (1985), S. 442.

[46] Vgl. Muḥammad Rašīd Riḍā: *Ḥuqūq an-Nisāʾ fī-l-islām wa ḥaẓuhun min al-iṣlāḥ al-muḥammadī al-ʿām*, Beirut 1984, S. 18 f.

[47] Vgl. al-Kubaysī (1990), Bd. 3, S. 1080; Anwar (1420 H), S. 520.

von Fiqh-Wissen durch Frauen hervor. Auf diese Frage antwortete der Prophet, sie solle eine rituelle Ganzkörperwaschung (*taġtasil*) vollziehen, falls dieser Traum bei ihr ein Feuchtwerden hervorruft. Da sagte ʿĀʾiša der Frau: „Du hast die intimsten Dinge der Frauen enthüllt." Der Prophet erwiderte: „Warte ʿĀʾiša, halte die Frauen der Anṣār nicht vom Studium des *Fiqhs* ab." Außer dieser Frage wurden noch einige andere religiöse Fragen von Frauen an den Propheten gestellt.[48] Unter Berücksichtigung dieser *Ḥadīṯe* äußert sich Decker zu dieser Thematik auf folgende Weise: „Erste Hinweise auf eine intendierte Wissensrezeption von Seiten der Frauen liefern [...] die vielen an Muḥammad gerichteten Fragen, die Teilnahme an seinen Predigten und die Diskussionen der Gläubigen untereinander".[49] Im Anschluss an seine Untersuchung in Bezug auf Frauen als Trägerinnen religiösen Wissens in frühislamischen Überlieferungen bis zum 9. Jahrhundert stellt Decker fest:

> Die Überlieferungen lassen Frauen nämlich religiöses Wissen nicht nur passiv aufnehmen, sondern sich eingehend damit beschäftigen, indem sie es reflektierten, kritisch hinterfragten, interpretierten, problematisierten und applizierten – über den akkumulierten Wissensfundus wurden auf einer abstrakten, intellektuellen Ebene Diskurse geführt.[50]

Dazu bestätigt er: „Im Bereich des Wissenstransfers werden Frauen ebenfalls als äußert aktiv beschrieben, und es kristallisieren sich diesbezüglich einige Besonderheiten in den Überlieferungen heraus"[51]. Ebenso „kann konstatiert werden, dass die Überlieferungen einige Frauen durch bestimmte Beschreibungen als anerkannte religiöse Autoritätsträgerinnen [Rechtsgelehrte u. a.] auszeichnen".[52]

In diesem Zusammenhang soll noch auf einen *Ḥadīṯ* verwiesen werden, der üblicherweise als Grundlage für die Disqualifizierung der Frauen von dem Innehaben von Führungsrollen in einem Land oder anderen höheren Ämtern, wie jenem des Richteramtes oder der *marǧiʿiyya* bei Schiiten, betrachtet wird: Als der Prophet erfahren hatte, dass die Perser ihre Führung einer Frau übergeben haben, sagte er: „Eine Gemeinschaft, die ihre Angelegenheiten einer Frau übergibt, wird niemals Erlösung erfahren." (*lan yufliḥa qawmun wallaw amrahum imraʾatan*).[53]

Die Befürworter des Rechts von Frauen auf die Ausübung dieser Ämter berufen sich bei ihrer Verteidigung auf zwei Aspekte, und zwar die Auswertung der Überlieferungskette und den Gültigkeitsbereich dieser Tradition. Mit Bezug auf ersteres Kriterium verweisen sie darauf, dass der vorangehende *Ḥadīṯ aḥād* ist, das heißt nur von einzelnen Prophetengefährten überliefert wurde. Darüber hinaus hebt Ayatollah Naǧafī hervor, „daß diese Überlieferung eine sehr schwache Tradentenkette (*isnād*) habe und nicht in allen bedeutenden schiitischen Traditionssammlungen enthalten sei."[54]

Was den zweiten Bezugspunkt ihrer Argumentation betrifft, so tendieren etliche Autoren dazu, den *Ḥadīṯ* restriktiv zu interpretieren, indem sie das Verbot auf die Bekleidung der Führungsposition eines Landes begrenzen. Abgesehen davon sei der Frau die Übernahme anderer Ämter erlaubt.[55] In diesem Kontext sollte ein Fatwa des Majelis Tarjih der *Muḥammadiyya* Erwähnung finden: In seinen Augen kann mittels der Überprüfung der historischen

---

48 Vgl. al-Ḫaṭīb (2007), Bd. 1, S. 177.

49 Decker (2013), S. 133.

50 Decker (2013), S. 371.

51 Ebd., S. 380.

52 Decker (2013), S. 384.

53 Amirpur (1995), S. 407.

54 Ebd., S. 407.

55 Vgl. Abū Ḥuǧayr (1997), S. 187 ff.

Verhältnisse dieser Tradition vor Augen geführt werden, dass die Causa für dieses Verbot in den mangelnden Kenntnissen und Erfahrungen in öffentlichen Angelegenheiten seitens der Frauen liegt. Gegenwärtig hätten jedoch Frauen den gleichen Zugang zu Bildung wie Männer und sie würden über die gleiche Erfahrung im Alltagsleben und in den öffentlichen Angelegenheiten wie Männer verfügen. Dementsprechend existiere kein Anlass mehr für ein solches Verbot und Frauen sei es deshalb heutzutage erlaubt Führungspositionen, wie die des Richteramts, der Direktion einer Firma, in einem Ministerium oder in der Staatsführung, zu übernehmen.[56]

- Konsens: Resultierend aus der obigen Darstellung der Meinungen der Gelehrten über die Frage, ob eine Frau den *iǧtihād* praktizieren und Rechtsgutachten erteilen darf, kann von einer Einigkeit der (sunnitischen) Rechtsgelehrten oder zumindest von einer überwiegenden Meinung der Gelehrten hinsichtlich der Erlaubnis der *iǧtihād*-Praxis und Fatwa-Erteilung für Frauen gesprochen werden. Diese Ansicht wird auch von manchen schiitischen Stimmen vertreten.
- Rationales Argument bzw. Praxis: Hierbei geht es um die praktische Ausübung einiger Frauen des *iǧtihād* und der Fatwa-Erteilung im Laufe der islamischen Geschichte. Zur Bekräftigung ihrer Auffassung referieren die Verfechter des Anspruchs von Frauen auf den *iǧtihād* und die Fatwa-Erteilung auf Frauen, die für die Erstellung von Rechtsgutachten, vornehmlich in der frühislamischen Zeit, bekannt waren. Als prominentestes Beispiel gilt ʿĀʾiša, die Frau des Propheten.[57]

So wurden zahlreiche ihrer Fatwas überliefert. Darüber hinaus richteten Männer und Frauen häufig an sie religiöse Fragen. Außer ʿĀʾiša waren auch andere Prophetenfrauen und –gefährtinnen, wie Umm Salama, Ḥafṣa und Umm ʿAṭiyya, für die Fatwa-Erteilung bekannt.

In seinem Werk *Iʿlām al-muwaqqiʿīn ʿan Rabb al-ʿālamīn* zählt Ibn al-Qayyim (gest. 1350) über 20 Prophetengefährtinnen auf, die Fatwas erteilen.[58] Ibn Ḥazm nennt in seinem Buch *Aṣḥāb al-futyā min aṣ-ṣaḥāba wa-ʾt-tābiʿīn wa-man baʿdahum ʿalā marātibihim fī kaṯrat al-futyā* 452 Muftis vom Beginn der Zeit der Prophetengefährten bis zu seiner Zeit, unter denen etwa 25 Frauen waren. Seine Liste beginnt mit ʿĀʾiša als Person, die am häufigsten in ihrer Zeit Fatwas erteilte. Die rechtlichen Meinungen ʿĀʾišas fanden Anerkennung und wurden sogar oft den Ansichten anderer Prophetengefährten vorgezogen.[59] In diesem Zusammenhang hat Badr ad-Dīn az-Zarkašī (gest. 1392), ein Buch über ʿĀʾišas Berichtigung (unzutreffender) Ansichten anderer Prophetengefährten verfasst. Es handelt sich dabei um die Fälle, in denen die Auffassungen von ʿĀʾiša vor jenen anderer Prophetengefährten Priorität hatten.[60]

Ferner gab es in der Zeit der Gefährten des Propheten und der folgenden Generation andere Frauen, deren juristische Gutachten das Vertrauen des Publikums bzw. der Gelehrten gewinnen konnten, wie z. B. Fāṭima bint Qayis, Umm ad-Dardāʾ und ʿAmāra bint ʿAbd ar-Raḥmān, auf deren Fatwas Mālik (gest. 795)

---

[56] Vgl. Syamsul Anwar: Fatwā, Purification and Dynamization: A Study of Tarjīḥ in Muhammadiyah, in: *Islamic Law and Society* 12.1: Fatwās in Indonesia (2005), S. 27–44, 41 ff.

[57] Vgl. Anwar (1420 H), S. 317; Krawietz (2002), S. 409.

[58] Vgl. Ibn al-Qayyim (1423 H), Bd. 2, S. 18 ff.; Anwar (1420 H), S. 317.

[59] Siehe ʿAlī Ibn Aḥmad Ibn Ḥazm: *Aṣḥāb al-futyā min aṣ-ṣaḥāba wa-ʾt-tābiʿīn: wa-man baʿdahum ʿalā marātibihim fī kaṯrat al-futyā*, Beirut 1995.

[60] Siehe Badr ad-Dīn az-Zarkašī: *al-iǧāba li-irād mā istadrakathu ʿĀʾiša ʿalā aṣ-Ṣaḥāba*, Beirut 2004. Sowie Ǧalāl ad-Dīn as-Suyūṭī: *ʿAyn al-iṣāba fī istidrāk ʿĀʾiša ʿalā aṣ-ṣaḥāba*, Kairo 1988.

in seinem Werk *al-Muwaṭṭaʾ* verweist.[61] Diesbezüglich erläutert an-Nadwī:

> The strongest evidence for the respect that was accorded to women's right to independent reasoning within the same boundaries as men, is that they publicly held to, and continued to teach, opinions that had been publicly refused.[62]

Nichtsdestoweniger ist die Berichterstattung in den Quellen über die weiblichen Muftis bzw. Frauen, die in den folgenden Jahrhunderten den *iǧtihād* ausübten, relativ rar und oberflächlich. In einer Studie über die Generationen (*ṭabaqāt*) der muslimischen Rechtswissenschaftlerinnen (*faqīhāt*) ab dem 2. bis zum 13. Jahrhundert des islamischen Kalenders, stellt Zaynab Abū al-Mağd fest, dass die Zahl der *faqīhāt* in der *ṭabaqāt*-Literatur[63] der verschiedenen sunnitischen Rechtsschulen nur 59 Frauen beträgt.

Im *Ṭabaqāt al-fuqahāʾ al-ḥanābila*, das die Biographiensammlung von sechs Generationen der ḥanbalitischen Rechtsgelehrten umfasst, sind lediglich sechs Biographien von Frauen enthalten. In seinem im 8./14. Jahrhundert geschriebenen *ṭabaqāt*-Werk *Ḏayl ʿalā ṭabaqāt al-ḥanābila* erwähnt Ibn Rağab (gest. 795/1393) noch fünf Rechtswissenschaftlerinnen. Der im 10./16. Jahrhundert verstorbene Ḥanafit Ibn al-Mibrad (gest. 909/1500) schreibt ein Supplement zum Buch von Ibn Rağab mit dem Titel *al-Ǧawhar al-munḍad fī ṭabaqāt mutaʾaḫirī aṣḥāb Aḥmad*, in dem er noch zwei Frauenbiographien hinzufügt.

Was die schafiitische *ṭabaqāt*-Literatur betrifft, so enthalten, laut Abū al-Mağd, weder *Ṭabaqāt aš-šāfiʿiyya* von Tāğ ad-dīn ibn as-Subkī noch *Ṭabaqāt al-fuqahāʾ aš-šāfiʿiyya* von Abū ʿĀṣim al-ʿAbbādī (gest. 458/1066) noch *Ṭabaqāt aš-šāfiʿiyya* von Taqī ad-dīn ibn Qāḍī Šuhba (gest. 851/1448) eine weibliche Biographie. Im Buch *al-ʿUqd al-muḏahhab fī ṭabaqāt ḥamalat al-maḏhab* liefert der schafiitische Ibn al-Mulaqqin (gest. 804/ 1401) vier Biographien von *faqīhāt*. Hinsichtlich der ḥanafitischen *ṭabaqāt*-Werke[64] gibt es, so die Verfasserin, überhaupt keine Biographie von einer ḥanafitischen Rechtswissenschaftlerin. Ebenso enthalten die *ṭabaqāt* der mālikitischen Schule keine *faqīha*.[65] Außerdem liegt der Untersuchung eine große Zahl an Biographiensammlungen zugrunde, die sowohl allgemeine Biographienquellen aus jedem Jahrhundert als auch spezifische Biographiensammlungen von Frauen wie *ar-Rawḍa al-fayḥāʾ fī tawārīḫ an-nisāʾ* von Ibn al-Ḫaṭīb al-ʿUmarī (gest. 1817) und das moderne Werk *Aʿlām an-nisāʾ* von ʿUmar Kaḥāla beinhalten. Des Weiteren werden auch historische Quellen verschiedener islamischer Länder verwendet. Dadurch gelingt der Autorin die Entwicklung einer zeitlichen und geographischen Karte der *faqīhāt*. Geographisch gesehen verbreiten sich die *faqīhāt* allgemein in den Großstädten, vor allem im Irak vor dem Zerfall des abbasidischen Kali-

---

61 Vgl. an-Nadwī (2007), S. 283 ff.

62 Ebd., S. 284 f.

63 Die „*Ṭabaqāt*-Literatur sammelt Biografien von bestimmten Personengruppen unter chronologischen Gesichtspunkten." Maria Senoglu: „Sie weinte und fiel in Ohnmacht." – die weibliche Heiligenfigur im Spiegel der Ṭabaqāt-Literatur, Hamburg 2012, S. 31.

64 Hier handelt es sich um *al-Ǧawāhir al-maḍiyya fī ṭabaqāt al-ḥanafiyya* von Abū al-Wafāʾ (gest. 775 H), *aṭ-Ṭabaqāt as-saniyya fī tarāǧim al-ḥanafiyya* von Taqī ad-dīn al-Ġazzī (gest. 1010 H) und das Werk *al-Fawāʾid al-bahiyya fī tarāǧim al-ḥanafiyya* von Abū al-Ḥasnāt al-Laknawī (gest. 1887).

65 Damit sind gemeint: *ad-Dībāǧ al-muḏahhab fī maʿrifat ʿulamāʾ al-maḏhab* von Ibn Farḥūn (gest. 1397), *al-Yawāqīt aṯ-ṯamīna fī aʿyān maḏhab ʿālim al-madīna* von Ẓāfir al-Azharī (gest. 1907) und das *Buch Šaǧarat an-nūr aḏ-ḏakiyya fī ṭabaqāt al-mālikiyya* von Muḥammad ibn Maḫlūf (gest. 1941).

fats (656/1258) und anschließend auch in Ägypten und Syrien. Im Vergleich dazu fanden sich nur wenige *faqīhāt* in Nordafrika, im Jemen und in Ḥiǧāz, sowie in Andalusien. Zeitlich werden die Rechtswissenschaftlerinnen drei Epochen zugeordnet. Die erste Epoche lässt sich zwischen dem 2./8. und 7./13. Jahrhundert abgrenzen. In dieser Zeit siedelten sich die in dieser Studie identifizierten 14 *faqīhāt* – welche den vier Rechtsschulen angehören – vor allem im Irak an. In der zweiten Epoche, die sich vom 6./12. bis zum 10./16. Jahrhundert erstreckt, kulminiert die Beschäftigung der Frauen mit dem *Fiqh* und der Fatwa-Erteilung. In den Quellen der o. g. Studie wurden etwa 40 *faqīhāt* gefunden, die sich vor allem in Ägypten und Syrien niederließen. Im Gegensatz dazu finden sich in den Biographiensammlungen der letzten Phase (11./17.–13./19. Jahrhundert) selten Hinweise auf *faqīhāt*. Lediglich fünf Namen von weiblichen Rechtsgelehrten lassen sich ausfindig machen, die in verschiedenen Ländern verstreut waren.[66]

Angesichts dieser Studie fällt ins Auge, dass die Mehrheit der Rechtswissenschaftlerinnen (40 *faqīha*) zwischen dem 6./12. und 10./16. Jahrhundert auszumachen ist, d. h. zum großen Teil während der Mamlukenzeit (1250–1517). Als mögliche Erklärung für jene Beobachtung lässt sich anführen, „dass die Bildungschancen von Frauen dieser Epoche, zumindest in der oberen Mittelschicht, weitaus günstiger waren, als bisher angenommen wurde.“[67]

In seiner Biographiensammlung zu den muslimischen Rechtswissenschaftlerinnen *Faqīhāt ʿālimāt* zählt Muḥammad Ḫayr Ramaḍān nach der Generation der Prophetengefährtinnen 49 *faqīhāt* auf. Für die begrenzte Anzahl von *faqīhāt bzw.* Rechtsgeberinnen identifiziert Krawietz den folgenden Grund:

> Die naheliegende Vermutung, daß die innerhalb der Scharia zahlreich vorhandenen ‚Frauenthemen‘ vorzugsweise ‚binnengeschlechtlich‘ erörtert werden, trügt und geht eher auf westliche als islamische Befindlichkeit zurück. Für einen islamischen Rechtsgelehrten ist es selbstverständlich, über profunde Kenntnisse beispielsweise auf dem Gebiet der Monatsblutung zu verfügen. Ihren Detailproblemen wird er die gleiche Sorgfalt angedeihen lassen wie staats- oder völkerrechtlichen Fragen.[68]

Irene Schneider reflektiert die Ursache für die Abnahme des Anteils von Frauen in den Biographiensammlungen, insbesondere ab dem 11. Jahrhundert, wie folgt:

> Ist die zunehmende Institutionalisierung der Bildung ab dem 11. Jahrhundert, die Einführung von wissenschaftlichen Curricula und Abschlüssen an den Institutionen als Voraussetzung für den Eintritt in den Staatsdienst dafür verantwortlich? Bezeichnenderweise finden sich hier keine Frauen, weder als Lehrende noch als Studierende.[69]

---

[66] Vgl. Zaynab Abū al-Maǧd: Lumaʿ al-išarāt fī ṭabaqāt an-nisāʾ al-faqīhāt, in: *Maǧallat al-marʾa wa-l-ḥaḍāra* 2 (2001), S. 55–81, 55–72, www.aswic.org/-PeriodicalsDetails.aspx?Id=78 (letzter Aufruf 15. 06. 2016).

[67] Renate Jacobi: Gelehrte Frauen im islamischen Spätmittelalter, in: *Nonne, Königin und Kurtisane – Wissen, Bildung und Gelehrsamkeit von Frauen in der Frühen Neuzeit*, Königstein im Taunus 2004, S. 225–246, 228.

[68] Krawietz (2002), S. 409. Dazu auch Roswitha Badry: Zum Profil Weiblicher ‚ulamaā‘: Neue Rollenmodelle Für ‚islamische Feministinnen‘?, in: *Die Welt des Islams* 40.1 (2000), S. 7–40, 15 ff. Anm. 26.

[69] Irene Schneider: *Der Islam und die Frauen*, München 2011, S. 202 f.

Auf ähnliche Weise weist Zaynab Abū al-Mağd darauf hin, dass Frauen das Recht auf Fatwa-Erteilung seit dem Osmanischen Reich entzogen worden sei.[70] Hinzu kommt, dass die Verfasser von Biographiensammlungen es oft versäumt haben, Frauen zu erwähnen, da viele Details und Facetten des Lebens von Frauen unzugänglich bzw. geheim waren.[71]

Selbstverständlich kann nicht davon ausgegangen werden, dass alle oben als Rechtswissenschaftlerinnen bezeichneten Frauen tatsächlich Muftis waren oder den *iğtihād*-Rang erreichten. Durchaus vorstellbar ist indes, dass viele von ihnen mit der Erteilung von Rechtsgutachten für andere Frauen, insbesondere zu Fragen, die vorrangig für Frauen relevant waren, betraut waren, was laut der islamischen Rechtstheorie als Teil-*iğtihād* (*iğtihād mutağazziʾ* oder *ğuzʾī*) bezeichnet wird. In einer Biographiensammlung von berühmten Frauen im persischsprachigen Raum von Muḥmmad Ḥasan Rağabī erwähnt der Autor ca. 600 Frauen, welche hauptsächlich in den mittelalterlichen Iran einzuordnen sind. Als *muğtahid* bezeichnet der Autor fünf Frauen – vier davon aus dem 19./20. Jh. – sowie weitere zehn als *faqīh*.[72]

In diesem Kontext hebt Zainab Alwani hervor, dass die Frauen eine wichtige und gleichzeitig untergeschätzte Rolle in verschiedenen Phasen der islamischen Jurisprudenz spielten. Allerdings sei die Tradition der Rechtswissenschaft im Allgemeinen von einem Mangel an Frauenstimmen geprägt. Diese geringe Vertretung der Frauen habe eine starke Einschränkung ihrer Rechte in vielen Bereichen, wie jenem der Ehe, Scheidung, Erbschaft, Finanzen und dem Kommerz bedingt.[73]

Schließlich sollen noch fünf prägnante Beispiele bedeutender Frauen angeführt werden, die für die Fatwa-Erteilung in der islamischen Geschichte bekannt waren. Außer der Frau des Propheten ʿĀʾiša[74] und anderen Prophetengefährtinnen gab es in den folgenden Generationen andere Frauen, die Fatwas zu erlassen pflegten:

- Ḫadīğa bint Saḥnūn at-Tanūḫī (gest. 270/883): Sie war eine Rechtswissenschaftlerin der mālikitischen Schule und Tochter des prominenten mālikitischen Imām Saḥnūn ibn Saʿīd at-Tanūḫī (gest. 854). Gleichzeitig galt sie als Beraterin ihres Vaters in verschiedenen wichtigen Angelegenheiten. So übernahm er das Richteramt erst nach der Beratung mit seiner Tochter. Zudem pflegte sie den Frauen ihrer Zeit Rechtsgutachten zu erteilen.[75]
- Amat al-Wāḥid (Sutayta) bint al-Ḥusayn ibn Ismāʿīl al-Maḥāmilī (gest. 377/987): Die schafiitische Rechtswissenschaftlerin war die Tochter des schafiitischen Richters al-Ḥusayn ibn Ismāʿīl al-Maḥāmilī (gest. 330/941). Sie kannte den Koran auswendig, studierte das schafiitische Recht, die Lesarten des Korans, das Erbrecht, Mathematik, Grammatik u. a. Amat al-Wāḥid hatte sehr gute Kenntnisse im schafiitischen Recht und pflegte es, Fatwas zusammen mit dem berühmten schafiitischen Rechtsgelehrten Ibn Abū Hurayra (gest. 345/956)

[70] Vgl. Abū al-Mağd (2001), S. 72.

[71] Vgl. Muḥammad Ḫayr Ramaḍān: *Faqīhāt ʿālimāt*, Riyad ²2000, S. 15.

[72] Vgl. Badry (2000), S. 13 ff.

[73] Vgl. Zainab Alwani: Muslim Women as Religious Scholars: A Historical Survey, in: *Muslima Theology: The Voices of Muslim Women Theologians*, hrsg. von Ednan Aslan, Frankfurt am Main 2013, S. 45–59, 54 f.

[74] Zu ausführlichen Informationen über ʿĀʾiša als Rechtswissenschaftlerin und Mufti siehe Wolfgang Johann Bauer: *Aishas Grundlagen der Islamrechtsergründung und Textinterpretation – vergleichende Untersuchungen*, Frankfurt am Main et al. 2012.

[75] Vgl. Ramaḍān (²2000), S. 25 f.; vgl. ʿUmar Kaḥāla: *Aʿlām an-nisāʾ fī ʿālamay al-ʿarab wa-l-islām* 1, Beirut o. J. (1959), S. 332 f.

- zu erlassen. Daneben unterrichtete sie Frauen in verschiedenen Wissenschaften und war Spezialistin im Erbrecht.[76]
- Fāṭima bint Muḥammad as-Samarqandī (gest. 581/1185): Sie war eine Rechtswissenschaftlerin der ḥanafitischen Schule, Tochter des ḥanafitischen Gelehrten Muḥammad ibn Aḥmad as-Samarqandī (gest. ca. 540/1145) und die Frau des berühmten ḥanafitischen Rechtswissenschaftlers ʿAlāʾ ad-Dīn al-Kāsānī (gest. 587/1191). Des Wieteren unterrichtete sie und verfasste Texte auf dem Gebiet der Rechts- und Ḥadīṯ-Wissenschaft. Der König al-ʿĀdil Nūr ad-Dīn ibn Zengī (gest. 569/1174) bat sie in verschiedenen Angelegenheiten und rechtlichen Fragen um ihren Rat. Außerdem erließ sie regelmäßig Fatwas. Vor ihrer Heirat wurden die Fatwas von ihr und ihrem Vater unterschrieben. Nach der Heirat setzte auch ihr Mann seine Unterschrift unter die Fatwas. Fāṭima lebte und starb in Aleppo im Jahre 581/1185.[77]
- Fāṭima bint ʿAbbās al-Baġdadiyya (gest. 714/1315): Sie war eine ḥanbalitische Rechtswissenschaftlerin und Mufti. Fāṭima wird u. a. als fromm, asketisch und keusch bezeichnet. Sie verfügte über ausgezeichnete Kenntnisse im Bereich der Rechtswissenschaft, sodass Ibn Taymiyya (gest. 728/1328) sie für ihr Verständnis der Rechtswissenschaft lobte. Sie lehrte die Frauen zunächst in Damaskus, dann siedelte sie nach Kairo um, wo sie große Anerkennung fand. Fāṭima ist am 16. März 1315 in Kairo verstorben.[78]
- ʿĀʾiša bint Yūsuf al-Bāʿūniyya (gest. 922/1516): Die Rechtsgelehrte und Dichterin war die Tochter des schafiitischen Richters Yūsuf al-Bāʿūnī (gest. 880/1475). Es ist anzunehmen, dass auch sie wie ihr Vater schafiitisch war. Allerdings studierte sie die vier Rechtsschulen und wurde für das Unterrichten und die Fatwa-Erteilung lizenziert. Sie erteilte Fatwas entsprechend den vier verschiedenen Rechtsschulen und schrieb mehrere Bücher wie *Durar al-ġāʾiṣ fī baḥr al-muʿǧizāt wa-l-ḫaṣāʾiṣ* und *al-Fatḥ al-ḥaqqī min minaḥ at-talaqqī*. ʿĀʾiša starb in Damaskus.[79]

Es kommt deutlich zum Vorschein, dass eine Vielzahl der Rechtswissenschaftlerinnen bzw. Rechtsratgeberinnen (sowie anderer Wissenschaftlerinnen) aus einem wissenschaftlichen Milieu stammen. Entweder ihre Väter, Ehemänner, Brüder oder andere Verwandte waren Gelehrte. Somit kann man von Wissenschaftler-Familien sprechen.[80]

IV Heutige Debatte

Im Laufe der Reformbewegung ab dem 19. Jahrhundert erlebte die Rechtsposition der Frauen, insbesondere bezüglich der Bildung, einen erneuten Aufschwung.[81] Zu den Vertretern dieser Einschätzung gehören vor allem Muḥammad ʿAbduh (gest. 1905), ʿAbd al-Raḥmān al-Kawākibī (gest. 1902) und der Scheich al-Azhar Muṣṭafā al-Marāġī (gest. 1945).[82] Einer der bedeutendsten Befürworter der Ausbildung von Frauen in der Azhar war ʿAbd al-ʿAzīz Ǧāwīš (gest. 1929). Dieser unter-

[76] Vgl. Abū al-Maǧd (2001), S. 59; Kaḥāla (1959), Bd. 1, S. 89 f.

[77] Vgl. Kaḥāla (1959), Bd. 4, S. 94 f.

[78] Vgl. Ramaḍān (²2000), S. 62 f.; Jakobi (2004), S. 241, und Abū al-Maǧd (2001), S. 67.

[79] Vgl. Abū al-Maǧd (2001), S. 74 f.; Kaḥāla (1959), Bd. 3, S. 196 f.

[80] Beispiele dafür bei Abū al-Maǧd (2001), S. 62 ff.; vgl. auch Jacobi (2004), S. 233 ff., sowie im schiitischen Raum. Vgl. Badry (2000), S. 18 ff.

[81] Vgl. Mathias Rohe: *Das islamische Recht – Geschichte und Gegenwart*, München 2009, S. 171, und Badry (1998), S. 601.

[82] Vgl. El-Shahed (2007), S. 72 f.

stützte die Gründung von speziellen Institutionen, die sich für die Ausbildung von Frauen in den verschiedenen religiösen und arabischen Wissenschaften einsetzen. Später wurden in der Azhar – sowie in weiteren arabischen und islamischen Ländern – verschiedene Fakultäten für Frauen eröffnet, die ihre Bildung auf dem Gebiet der Religion und Naturwissenschaften fördern.[83]

Eine ausschlaggebende Entwicklung für die gegenwärtige Diskussion über die Berechtigung von Frauen, sich an den Fatwa- und *iǧtihād*-Institutionen zu beteiligen, repräsentiert das Aufkommen der kollektiven Form des *iǧtihād* und der Fatwa-Erteilung in den ersten Dekaden des 20. Jahrhunderts – abgesehen von der zunehmenden Beschäftigung mit der Gender-Frage in verschiedenen Lebensbereichen in den letzten Jahrzehnten. Somit kommt es zur Umwandlung der individuellen Fatwa-Erlassung in eine kollektive Form (*iftāʾ ǧamāʿī*), an der mehrere Rechtsgelehrte verschiedener Rechtsschulen und sogar unterschiedlicher Konfessionen teilnehmen und zusammen an der Ermittlung rechtlicher Normen arbeiten. Zu den frühsten Beispielen dieser neuen Richtung gehören der *Majelis Tarjih* der *Muḥammadiyya* (1927) und die *laǧnat al-fatwā* (Fatwa-Kommission) der Azhar (1935). In späterer Zeit wurden innerhalb vieler offizieller Fatwa-Ämter Fatwa-Kommissionen bzw. Fatwa-Räte geschaffen, welche die Rechtsgutachten auf Basis einer kollektiven Rechtsfindung (*iǧtihād*) erstellen, wie in Malaysia (1968), Kuwait (1969), Saudi-Arabien (1971), Jordanien (1973) und im Sudan (1979). Ebenso wurden allmählich ab der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts zahlreiche Rechtsakademien (*maǧāmiʿ fiqhiyya*) innerhalb und außerhalb der islamischen Welt geschaffen. Zu den wichtigsten *Fiqh*-Akademien zählen die „Akademie für islamische Untersuchungen" (*maǧmaʿ al-buḥūṯ al-islāmiyya*) der Azhar, die im Jahre 1961 eingerichtet wurde, die „Akademie für das islamische Recht" (*maǧmaʿ al-fiqh al-islāmī*) in Mekka/Saudi-Arabien der Islamischen Weltliga (1978) sowie „Die internationale Akademie für das islamische Recht" (*maǧmaʿ al-fiqh al-islāmī ad-dawlī*) die in Jedda/Saudi-Arabien im Jahre 1983 von der Organisation für Islamische Zusammenarbeit (OIC) gegründet wurde. Im Jahre 1988 wurde die „Akademie für das islamische Recht" (*maǧmaʿ al-fiqh al-islāmī*) in Indien ins Leben gerufen. Seit 1997 besteht mit dem „European Council for Fatwa and Research", der seinen Sitz in Dublin hat, auch ein kollektives *iǧtihād*-Gremium in Europa.

Diese neuen kollektiven Gremien bildeten und bilden noch heute selbstverständlich eine günstigere Gelegenheit für eine mögliche Mitwirkung von Frauen verglichen mit den alten individuellen Institutionen, deren Arbeit auf einzelnen Muftis oder *muǧtahids* beruht. Daraus resultierend wird seit den letzten Jahrzehnten eine lebhafte Diskussion über den Anspruch der Frau auf eine offizielle Fatwa-Position geführt. Ende der 1990er Jahre rief die ehemalige Dekanin der Fakultät für islamische Studien für Frauen und Professorin für vergleichende Rechtswissenschaft an der al-Azhar Universität, Suʿād Ṣāliḥ, zur Ernennung einer offiziell zuständigen Ratgeberin in Frauenfragen im Fatwa-Amt auf. In einem Interview mit der Zeitung aš-Šarq al-awsaṭ am 02. März 2003 erklärt Ṣāliḥ, dass sie ihre Aufforderung zunächst an den ägyptischen Groß-Mufti Naṣr Farīd Wāṣil (Amtszeit 1996–2002) und dann ein weiteres Mal an den damaligen Groß-Mufti (2002–2003) und aktuellen Rektor der Azhar (seit 2010) Aḥmad aṭ-Ṭayyib gerichtet habe.

---

[83] Vgl. ʿĀṭif Muṣṭafā: Min turāṯ al-Hilāl: al-marʾa fī-l-azhar bayna al-ams wa-l-yawm, in: *Maǧallat al-Azhar*, Kairo 2012, S. 1394–1397, 1396 f.

Dieses Postulat stieß bei beiden Muftis auf Zustimmung. Sie musste jedoch erfahren, dass die Befugnis dazu nur durch den Rektor der Azhar erteilt werden könne. Laut Ṣāliḥ hat der damalige Scheich der Azhar Sayyid Ṭanṭāwī (Amtszeit 1996–2010) die Ernennung einer Frau sowohl als Frauen-Mufti im Fatwa-Amt als auch als Mufti in der Fatwa-Kommission (*laǧnat al-fatwā*) der Azhar abgelehnt. In ihrer Argumentationsführung der Berechtigung von Frauen zum Innehaben einer Fatwa-Position betont Ṣāliḥ den Konsens der Rechtsgelehrten darüber, dass das männliche Geschlecht keine Vorbedingung für die Fatwa-Erteilung bildet. Außerdem stützt sie sich auf den Koranvers 9:71 und stellt fest, dass die Arbeit eines Muftis im Bereich des Gebietens des Rechten und Verbietens des Verwerflichen (*al-amr bi-l-maʿrūf wa-n-nahī ʿan al-munkar*) liege, in dem Männer und Frauen gemäß dieser Koranstelle gleichgestellt seien. Darüber hinaus ist Ṣāliḥ der Auffassung, dass die Frau zur Arbeit als Groß-Mufti, Richterin und sogar als Staatsführerin berechtigt sei.[84] In diesem Zusammenhang hebt Zaynab Abū al-Maǧd hervor, dass dieser Appell eine Debatte innerhalb der Azhar-Universität und des ägyptischen Fatwa-Amts initiierte und von vielen Gelehrten der Azhar zurückgewiesen wurde. Der Grund dafür liege nicht in einem religiösen Verbot, sondern in verwurzelten Gewohnheiten und Bräuchen.[85]

Der folgende Groß-Mufti Ägyptens ʿAlī Ǧumʿa (2003–2013) brachte 2005 zum Ausdruck, dass Frauen nach dem islamischen Recht lediglich die Kalifatsposition nicht einnehmen dürften, welche heutzutage ohnehin nicht mehr existiert. Ansonsten sei es ihr erlaubt, das staatliche Fatwa- und Richteramt sowie die Staatsführung zu bekleiden.[86]

Infolgedessen wurde diese Frage von vielen Intellektuellen allerlei islamischer Länder erörtert.[87] Zahlreiche Autorenhaben, wie zuvor erwähnt, bestätigt, dass laut der Scharia Frauen prinzipiell die *iǧtihād*-Praxis und die Fatwa-Erteilung zugestanden wird. In den letzten Jahren wurde das Recht von Frauen auf Fatwa-Erteilung in verschiedenen arabischen Ländern durch etliche Großmuftis offiziell vorangetrieben. In einigen offiziellen Fatwa-Ämtern wurden sogar Kurse abgehalten, um Frauen mit den entsprechenden Qualifikationen für die Fatwa-Erteilung auszustatten. Zu den ersten öffentlichen praktischen Aktionen gehört die Ernennung zweier weiblicher Vize-Muftis im Jahre 2005 in der Türkei in den Städten Antalya und Kayseri.[88] Danach präsentierte der syrische Groß-Mufti Aḥmad Badr Ḥassūn am 10. Juni 2008 einen Bericht über sein aktuelles Projekt, welches die Ausbildung von Frauen für offizielle Fatwa-Positionen zum Ziel habe. Letzteres richte sich an Absolventinnen der Scharia-Fakultät. Jene werden sodann als Muftis in einem Bereich im Fatwa-Amt eingesetzt, der sich mit Fragestellungen von Frauen auseinandersetzt, und als Mitglieder in den Fatwa-Rat aufgenommen.[89] Auch in den Vereinigten Arabischen Emiraten erhoben einige Frauen, darunter auch die Schriftstellerin Widād Lūtāh, den Anspruch

---

[84] Vgl. archive.aawsat.com/details.asp?article=15-5703&issueno=8860#.VdTCofntmko (letzter Aufruf 20. 06. 2016).

[85] Vgl. Abū al-Maǧd (2001), S. 72 f.

[86] Vgl. www.alarabiya.net/articles/2005/03/16/11-294.html (letzter Aufruf 20. 06. 2016).

[87] Vgl. diepresse.com/home/panorama/religion/51-9404/Dubai_Erste-weibliche-Muftis-bereits-2010, derstandard.at/2161801/Erstmals-weibliche-Vize-Muftis-in-der-Tuerkei und www.al-jazirah.com/2016/20160616/ar1.htm (letzter Aufruf 15. 08. 2016).

[88] Vgl. derstandard.at/2161801/Erstmals-weibliche-Vize-Muftis-in-der-Tuerkei (letzter Aufruf 15. 08. 2016).

[89] Vgl. www.alarabiya.net/articles/2008/06/10/51-311.html und foreignpolicyblogs.com/2008/07/04/-women-muftis-in-syria (letzter Aufruf 20. 06. 2016).

auf die Position des Muftis.[90] Infolgedessen hat das Fatwa-Zentrum in Abu Dhabi im Jahre 2008 einen „Fatwa-Hotline-Dienst" eingerichtet. Zur Beantwortung der gestellten Fragen wurden neben Männern auch einige weibliche Muftis aus Marokko zur Verfügung gestellt.[91] In Dubai plante das Fatwa-Amt Ende 2009, ab dem folgenden Jahr Frauen nach bestandenem Qualifikationskurs als Muftis einzusetzen.[92] 2012 gab es 12 Frauen als Bewerberinnen für einen dreijährigen Kurs, der vom ägyptischen Fatwa-Amt für die Qualifizierung zum Mufti-Rang organisiert wurde.[93]

Ebenso wurden im letzten Jahrzehnt Stimmen laut, Frauen in die Institutionen des kollektiven *iǧtihād* bzw. in die Rechtsakademien zu inkludieren. Diese Euphorie ist zum einen darauf zurückzuführen, dass bisher Fragen, die das weibliche Geschlecht betreffen, ausschließlich von männlichen Gelehrten behandelt wurden und somit die Teilhabe von Frauen eine Bereicherung in diesem Bereich darstellen würde. Zum anderen kann nur durch die Beteiligung von Frauen garantiert werden, dass ihre gesellschaftlichen Interessen Beachtung finden. Von den meisten Gremien des kollektiven *iǧtihād*, vor allem von den wichtigen unter ihnen, blieb eine eindeutige Reaktion darauf aus.[94] Die fehlende gleichberechtigte Teilhabe von Frauen bildet einen Kritikpunkt, der an die Rechtsakademien oder Fatwa-Ämter herangetragen wird.

Für den Zeitraum vom 14.–16. März 2006 berief die Fakultät der Islamwissenschaft und Arabistik für Frauen an der Azhar-Universität eine Konferenz über die Lage der Frau im islamischen Recht und in der modernen Kultur ein. An dieser Tagung nahmen Repräsentanten aus 20 Ländern teil. Die Arbeit der Konferenz mündete in die Entscheidung, qualifizierten Frauen die Chance bieten zu wollen, sich an den *Fiqh*-Akademien zu beteiligen.[95] Infolge der Resolution der islamischen Rechtsakademie der islamischen Weltliga – welche im Jahre 2006 die *Misyār*-Ehe[96] für legitim erklärte – kritisierte die saudische Schriftstellerin und Mitglied der internationalen Union für muslimische Gelehrte, Suhayla Zayn al-ʿĀbidīn, den Umgang der Akademie mit dieser Frage und die getroffene Entscheidung, da letztere den durch die Scharia aufgestellten Bedingungen für die Ehe nicht gerecht werde und somit zu Ungunsten der Frauen sei. Solch eine Fehlentscheidung lasse sich laut Zayn al-

---

[90] Vgl. archive.arabic.cnn.com/2009/entertainment/3/19/Women.Muftis/index.html (letzter Aufruf 20. 06. 2016).

[91] Vgl. www.theguardian.com/world/2016/aug/-20/heard-everything-women-fatwa-hotline-abu-dhabi (letzter Aufruf 15. 08. 2016).

[92] Vgl. arabic.cnn.com/2009/entertainment/11/5/-Women.Muftis/index.html und diepresse.com/home-/panorama/religion/519404/Dubai_Erste-weibliche-Muftis-bereits-2010 (letzter Aufruf 25. 06. 2016).

[93] Vgl. www.elwatannews.com/news/details/1020-54 (letzter Aufruf 25. 06. 2016).

[94] Eine Ausnahme bildet der *Council of Islamic Ideology* in Pakistan, der im Jahre 1974 gegründet wurde. Laut Art. 228 des pakistanischen Grundgesetzes von 1973 besteht der Council aus 8 bis 15 Mitgliedern, unter denen zumindest eine Frau sein muss. Vgl. Diyāb ʿAṭā: al-iǧtihād al-ǧamāʿī fī Bākistān, in: *Abḥāṯ nadwat al-iǧtihād al-ǧamāʿī fī-l-ʿālam al-islāmī* 1, Abu Dhabi 1996, S. 575–597, 584 f. Ebenso sind auch unter den Mitgliedern des Majelis Tarjih der *Muḥammadiyya*-Bewegung in Indonesien Frauen vertreten. Zudem gibt es innerhalb des Central Boards der Organisation einen Bereich, der sich Angelegenheiten widmet, die Frauen und die Familie betreffen. Vgl. Anwar (2005), S. 35 Fn. 16. Auch die sudanische Rechtsakademie hat zwei weibliche Mitglieder ebenso wie der FCNA.

[95] Vgl. iicwc.org/lagna_I0I/iicwc/iicwc.php?id=-583 (letzter Aufruf 25. 06. 2016).

[96] Eine Eheform, in der die Frau auf einige ihrer Rechte wie die Unterkunft, den Unterhalt und das stabile Zusammenleben verzichtet.

ʿĀbidīn auf die fehlende Beteiligung von Rechtswissenschaftlerinnen an der Arbeit der *Fiqh*-Akademie zurückführen. Deswegen verlangt sie ausdrücklich die Mitgliedschaft von Frauen in den Rechtsakademien.[97] Ein weiterer Aufruf zugunsten der Beteiligung von Frauen an den Rechtsakademien ging von der fünften internationalen Konferenz des Globalen Forums für die Moderation (*al-muntadā al-ʿālamī li-l-wasaṭiyya*) in Jordanien aus. Diese Tagung, an der Vertreter aus 51 Staaten anwesend waren, fand vom 25. bis 26. Juli 2009 statt und hatte Frauenangelegenheiten in islamischen Gesellschaften und die Herausforderungen der Zeit zum Thema.[98] In den folgenden Jahren waren derartige Aufrufe forciert unter saudischen Frauen zu beobachten.[99]

Im wissenschaftlichen Milieu lassen sich hinsichtlich dieser Thematik die Ansichten der Gelehrten, zu denen auch viele Mitglieder dieser Rechtsakademien zählen, in drei Parteien unterteilen. Theoretisch gesehen räumen alle drei Gruppen Frauen das Recht ein, den *iǧtihād* zu praktizieren und somit an den *Fiqh*-Akademien teilzuhaben. Trotzdem herrscht bezüglich ihrer aktuellen Situation ein Meinungsstreit. Eine erste Gruppe konstatiert ein derzeitiges Defizit an Frauen, welche über die nötigen wissenschaftlichen Kompetenzen verfügen. Diese mangelnde Qualifizierung der Frauen bilde das hauptsächliche Hindernis für ihre Teilnahme an den Rechtsakademien. Zu den Verfechtern dieser Meinung gehören ʿAlī Ǧumʿa, ehemaliger Großmufti Ägyptens und Mitglied der internationalen Rechtsakademie der OIC und der Forschungsakademie der Azhar,[100] ʿAbd Allāh an-Naǧǧār, Mitglied der Forschungsakademie der Azhar und Experte der internationalen Rechtsakademie der OIC[101] und die Professorin der Rechtswissenschaft an der König- Fayṣal-Universität, Maryam bint Rašīd at-Tamīmī.[102]

ʿAlī al-Ḥakamī, Mitglied der *Fiqh*-Akademie der islamischen Weltliga und der Körperschaft der großen Gelehrten, erklärt die Mitwirkung von Frauen an den *Fiqh*-Akademien für überflüssig. Die Arbeit in diesen Institutionen bilde eine repräsentative Pflicht (*farḍ kifāya*), die jedoch von den männlichen Mitgliedern der verschiedenen Rechtsakademien allein erfüllt werden könne.[103] Diese Auffassung wird der Professorin für Rechtswissenschaft an der *Umm al-Qurā*-Universität, Afnān Tilimisānī, zugeschrieben. Weiterhin vertritt sie die Ansicht, dass eine Teilnahme von Frauen an den Rechtsakademien nicht nötig sei und es sich vielmehr um eine bloße Modeerscheinung handle, dass Frauen sich in alle Lebensbereiche einmischen wollen.[104]

Ganz im Gegenteil dazu geht die dritte Gruppierung sowohl vom Vorhandensein qualifizierter Rechtswissenschaftlerinnen als auch von der Notwendigkeit der Teilnahme von Frauen aus. Einer der eifrigsten Befürworter

---

[97] Vgl. www.alarabiya.net/views/2006/04/28/232-50.html (letzter Aufruf 25. 06. 2016).

[98] Vgl. www.maghress.com/attajdid/52002 (letzter Aufruf 25. 06. 2016).

[99] Vgl. archive.aawsat.com/details.asp?issueno=1-0261&article=401131#.VddAW_ntmko und www.okaz.com.sa/okaz/osf/20090423/Con200904232725-01.htm (letzter Aufruf 25. 06. 2016). Der Grund dafür ist möglicherweise die Existenz verschiedener Institutionen des kollektiven *iǧtihād* in Saudi-Arabien, nämlich die *Fiqh*-Akademie der islamischen Weltliga, die Rechtsakademie der OIC und die ständige Forschungskommission der Körperschaft der großen Gelehrten. Allerdings wurde 2011/2012 beschlossen, eine neue saudische *Fiqh*-Akademie zu gründen.

[100] In einem persönlichen Gespräch am 02. 03. 2015.

[101] In einem persönlichen Gespräch am 01. 03. 2015.

[102] Vgl. www.okaz.com.sa/okaz/osf/20090423/Con-20090423272501.htm (letzter Aufruf 25. 06. 2016).

[103] Vgl. www.okaz.com.sa/okaz/osf/20090423/Con-20090423272503.htm (letzter Aufruf 25. 06. 2016).

[104] Vgl. www.okaz.com.sa/okaz/osf/20090423/Con-20090423272501.htm (letzter Aufruf 25. 06. 2016).

dieser Richtung ist das guineische Mitglied der internationalen Rechtsakademie der OIC, Quṭb Muṣṭafā Sānū, der in den heutigen Herausforderungen der muslimischen Gesellschaften in diversen Lebensbereichen einen dringenden Grund sieht, Frauen in *iǧtihād*-Institutionen aufzunehmen, da diese insbesondere bei der Behandlung von familiären Problemen einen entscheidenden Beitrag leisten könnten. Ferner fordert er, die (falschen) Bräuche und Gewohnheiten zu überwinden, aufgrund derer Frauen von den Rechtsakademien ausgeschlossen werden.[105]

Zu den Vertretern dieser Richtung gehört Yūsuf al-Qaraḍāwī, Präsident des European Council for Fatwa und Research und Mitglied verschiedener Rechtsakademien. Während seines Treffens mit dem Scheich der Azhar, Aḥmad aṭ-Ṭayyib, im März 2013, postulierte al-Qaraḍāwī die Aktivierung der Rolle von Frauen und ihrer Mitwirkung im Bereich der Fatwa-Erstellung sowie ihrer Mitgliedschaft in der Forschungsakademie der Azhar. Diese Vorschläge stießen bei aṭ-Ṭayyib auf Zustimmung und er plante daraufhin, als Präsident der Akademie, die Diskussion dieser Themen in die folgenden Sitzungen der Akademie ein.[106] Infolge der politischen Ereignisse und Umwälzungen, die sich in den letzten Jahren in Ägypten vollzogen, kann jedoch noch nicht von praktischen Schritten in Richtung einer Realisierung gesprochen werden.

Angesichts der Forderungen von Seiten der Frauen und der allmählich zunehmenden Tendenz mehrerer Gelehrtern, diesen Forderungen Rechnung zu tragen, kann am Ende dieser Abhandlung eine Mitwirkung von Frauen an den Fatwa- und *iǧtihād*-Institutionen, selbst wenn diese nur sukzessive eintreten wird, prognostiziert werden.

Begünstigt wird diese Einschätzung durch die gegenwärtige Transformation der Fatwa-Erteilung und der *iǧtihād*-Praxis in eine kollektive Form, wodurch die Chancen der Beteiligung von Frauen nie zuvor so hoch waren wie gegenwärtig. Die Partizipation von Frauen eröffnet die Möglichkeit, juristische Fragen – insbesondere in familiären und gesellschaftlichen Angelegenheiten, welche in der Vergangenheit ausschließlich von Männern behandelt wurden – zukünftig aus neuen und vielseitigeren Perspektiven zu diskutieren und zu erschließen. Daraus ergeben sich Spekulationen über eine größere Flexibilität und eine höhere Berücksichtigung verschiedener Gesellschaftsmitglieder und deren Rechtsauffassungen. Auf diese Weise würde auch ein weiterer Schritt in Richtung der von den Rechtsakademien beanspruchten Erneuerung des islamischen Rechts gemacht werden.

V Fazit

Eine Überprüfung der Beschäftigung zahlreicher Rechtsgelehrter – sowohl in der frühen als auch in der gegenwärtigen Rechtsliteratur – mit den Voraussetzungen bzw. Qualifikationen für die Ausübung des *iǧtihād*, *iftāʾ* oder *qaḍāʾ*, zeigt eine weitgehende Anerkennung bzw. sogar einen Konsens hinsichtlich des Rechts von Frauen, den *iǧtihād* und die *iftāʾ* zu praktizieren.

In Hinblick auf die Auseinandersetzung mit dieser Thematik anhand der diversen islamischen Rechtsquellen stützt sich die Legitimation für die Tätigkeit von Frauen als *muftī* oder *muǧtahid* bzw. die Tatsache, sie als religiöse Autoritäten anzuerkennen, nicht nur auf den Vers 4:83, welcher die *iǧtihād*-Praxis legitimiert, ohne dabei eine Beschränkung auf männliche Gelehrte vorzunehmen, sondern

[105] Vgl. Quṭb Sānū: *al-iǧtihād al-ǧamāʿī al-manšūd fī ḍawʾ al-wāqiʿ al-muʿāṣir*, Beirut 2006, S. 277 ff., 292.

[106] Vgl. www.ahram.org.eg/NewsQ/201210.aspx (letzter Aufruf 25. 06. 2016).

auch auf den Koranvers 9:71. Dieser Vers repräsentiert eine Analogie zur Gleichberechtigung von Männern und Frauen, das Rechte zu gebieten und das Verwerfliche zu verbieten (*al-amr bi-l-maʿrūf wa-n-nahī ʿan al-munkar*). Was die Sunna anbelangt, so basiert die Zulässigkeit der Teilnahme von Frauen an den *Fiqh*-Institutionen auf Ḥadīṯen, welche die Mitwirkung der Frauen am Wissenstransfer befürworten. Überdies begründet sich das Recht von Frauen auf diese Tätigkeit durch die praktische Ausübung einiger Frauen des *iǧtihād* und der Fatwa-Erteilung in verschiedenen Epochen der islamischen Geschichte, vornehmlich in der Frühzeit.

Mit der Schaffung von Fatwa-Gremien und Rechtsakademien als Motor für die Partizipation von Frauen im 20. Jahrhundert wurde in den letzten Jahrzehnten eine heftige Debatte ausgelöst. Daraufhin machten sich viele Intellektuelle in unterschiedlichen islamischen Ländern für die Beteiligung von Frauen an diesen Institutionen stark. Bezüglich ihrer Mitwirkung an Fatwa-Ämtern ließen sich erste positive offizielle Maßnahmen konstatieren, die in der Einstellung zweier weiblicher Vize-Muftis in der Türkei bestanden. Daran schloss sich zudem im Jahre 2008 die Einsetzung von weiblichen Muftis im „Fatwa-Hotline-Dienst“ in den Vereinigten Arabischen Emiraten an. Trotz der Anerkennung bzw. Befürwortung von Frauen durch zahlreiche Gelehrte, wurden bisher in den meisten Institutionen noch keine Frauen aufgenommen. Nichtsdestoweniger ist in naher Zukunft eine Änderung dieser Situation zu erwarten.

Ahmed Gad Makhlouf, Mitglied der GAIR, promovierte im Fach Islamwissenschaft an der Universität Bamberg und ist derzeit Mitarbeiter in dem von der Fritz-Thyssen-Stiftung geförderten Projekt „Die Internationalisierung des islamischen Rechts am Beispiel der Fiqh-Akademie der islamischen Weltliga“ und Lehrbeauftragter am Lehrstuhl für Islamwissenschaft der Universität Bamberg.

ZRI – Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam 9 (2017), S. 155–178

„Menschenwürde/*Karāma*(*t*)“: Zur Frage eines möglichen Konsenses in der Menschenrechtsdebatte am Beispiel der Islamischen Republik Iran

Anja Pistor-Hatam / Kerstin von der Decken

I Einleitung*

„Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren.“ So lautet Artikel 1 Satz 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) von 1948.[1] Dieser Anspruch auf Gleichheit an Menschenwürde und an Menschenrechten ist universell, denn er gilt für alle Menschen, gleich welcher Herkunft, welchen Geschlechts, welcher Religion oder Weltanschauung. Doch welchen Begriff von ‚Würde‘ vertritt die AEMR? Und wie ist dieser in verschiedene Sprachen zu übersetzen? Meint der moderne arabisch-persische Begriff *karāmat al-insān* tatsächlich dasselbe wie ‚Menschenwürde‘ oder ‚dignity‘? Welchen Einfluss haben religiöse Konnotationen auf die Deutung eines solchen Begriffs und daraus folgend auf die Bedeutung von Menschenwürde in unterschiedlichen Gesellschaften?

Der Anspruch der Menschenrechte auf universelle Gültigkeit wurde und wird vielfach kritisiert und in Frage gestellt. Eine besondere Rolle spielt dabei das islamische Menschenrechtsverständnis. Zwar haben sich neben dem universellen, von den Vereinten Nationen geschaffenen verbindlichen Menschenrechtssystem insgesamt vier regionale verbindliche Menschenrechtssysteme (das europäische, das inter-amerikanische, das afrikanische und das arabisch-islamische) entwickelt, die das universelle Menschenrechtssystem ergänzen und teilweise abändern.[2] Anders als das universelle und alle anderen regionalen Menschenrechtssysteme ist jedoch das arabisch-islamische das einzige System, das die Menschenwürde und die Menschenrechte aus einer Religion, in diesem Fall aus dem Islam, ableitet.[3]

---

* Vielen Dank an Arash Guitoo für die Unterstützung bei der Beschaffung und ersten Durchsicht der persischen Texte sowie an Lutz Berger für die kritische Lektüre einer ersten Version dieses Artikels.

1 Resolution der UN-Generalversammlung vom 10. Dezember 1948, A/RES/217 A (III).

2 Vgl. überblicksartig Thomas Buergenthal / Daniel Thürer: *Menschenrechte*, Zürich 2010, S. 185–336.

3 Einen Überblick gibt Kerstin Odendahl: Das arabisch-muslimische Menschenrechtssystem, in: *Herausforderungen an Staat und Verfassung. Völkerrecht – Europarecht – Menschenrechte. Liber Amicorum für Torsten Stein zum 70. Geburtstag*, hrsg. von Christian Calliess, Baden-Baden 2015, S. 1007–24; siehe auch Anne Duncker: Ungleiches Recht für alle? Zur Rechtsgleichheit in islamischen Menschenrechtserklärungen, in: *Orient* 4 (2004), S. 565–581; Hatem Elliesie (Hg.): *Islam und Menschenrechte, Beiträge zum Islamischen Recht* VII, Frankfurt am Main 2010; Mohamed Ali Halouani: Menschenwürde und Demokratie, in: *Erziehung und Demokratie. Europäische, muslimische und arabische Länder im Dialog*, hrsg. von, Christoph Wulf, Fatahi Triki und Jaques Poulain (Hgg.), Berlin 2009, S. 45–50; Ann Elizabeth Mayer: *Islam and Human Rights: Tradition and Politics*, Boulder/Col. 1991; Jaques Waardenburg: Human Rights, Human Dignity and Islam, in: *Temenos. Studies in Comparative Religion* 27 (1991), S. 151–182.

Dementsprechend weichen die islamischen bzw. islamisch beeinflussten Menschenrechtsdokumente in mehrfacher Hinsicht vom universellen Menschenrechtsstandard und von den anderen regionalen Menschenrechtssystemen ab. Das gilt sowohl für die unverbindlichen islamischen Menschenrechtserklärungen wie die „Universal Islamic Declaration of Human Rights“ von 1981[4] und die „Kairoer Erklärung der Menschenrechte im Islam“ von 1990,[5] als auch für die verbindliche Arabische Charta der Menschenrechte von 2004.[6] Die Unterschiede resultieren im Wesentlichen aus der Berufung auf die Scharia und das daraus folgende abweichende Menschenrechtsverständnis.

Einzelne muslimische Autor*innen bemühen sich, Möglichkeiten der Vereinbarkeit der Menschenrechte mit dem aus Koran und Sunna abgeleiteten islamischen Recht aufzuzeigen bzw. betreiben unter Umgehung der Rechtsgelehrsamkeit früherer Zeiten eigene Koranexegese.[7] Allerdings weist z. B. Abdulaziz Sachedina (geb. 1942) darauf hin, dass seine dahingehenden Überlegungen auf massive Kritik stoßen. Der Autor, Professor für Islamwissenschaft in den USA, berichtet von seinen Erfahrungen bei der Übersetzung eines seiner Werke in die persische Sprache:

> The entire exercise of translating *The Islamic Roots of Democratic Pluralism* into Persian underscored the ongoing problems in cross-cultural communication and legitimization, and the domination of certain secular claims of inclusiveness and universalism of the language of modern international public order.[8]

Sein Vertrauen in die Allgemeingültigkeit einer Ausdrucksweise, sei sie religiös oder säkular, die interkulturell einsetzbar ist, wurde durch sein Übersetzungsprojekt zutiefst er-

---

[4] Im Jahre 1981 verabschiedete der *Islamic Council of Europe*, eine hauptsächlich von islamischen Gelehrten getragene Nichtregierungsorganisation, die *Universal Islamic Declaration of Human Rights*, in: *The International Journal of Human Rights* 1998, S. 102 ff. Sie ist auch zu finden unter www.alhewar.com/ISLAMDECL.html (letzter Aufruf 05. 01. 2018).

[5] Im Jahre 1990 verkündete die damalige *Organisation of the Islamic Conference* (OIC, 2011 umbenannt in *Organisation of Islamic Cooperation*), eine internationale Organisation, in der sich alle mehrheitlich islamischen Staaten zusammengeschlossen haben, die *Cairo Declaration on Human Rights in Islam* (Annex-I to Resolution No. 49/19-P). Die Resolution gehört zu den *Resolutions on Political, Legal and Information Affairs, adopted during the 19th Islamic Conference of Foreign Ministers, Cairo, 31. 7.–5. 8. 1990*. Ihr Wortlaut ist zu finden unter www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/FMRpdfs/Human-Rights/cairo.pdf (letzter Aufruf 05. 01. 2018).

[6] Arab Charter on Human Rights, 22. 05. 2004, in: *International Human Rights Reports* 12 (2005), S. 893. Deutsche Übersetzung unter www.un.org/depts/german/menschenrechte/arab.pdf (letzter Aufruf 05. 01. 2018). Die Charta wurde bis 2017 von zehn Staaten unterzeichnet. www.humanrights.ch/de/internationale-menschenrechte/regionale/arabische-charta (letzter Aufruf 05. 01. 2018).

[7] Rotraud Wielandt: Menschenwürde und Freiheit in der Reflexion zeitgenössischer muslimischer Denker, in: *Freiheit der Religion – Christentum und Islam unter dem Anspruch der Menschenrechte*, hrsg. von Johannes Schwartländer, Mainz 1993, S. 179–209 (186); siehe auch Roswitha Badry: ‚Universale‘ oder ‚Scharia‘-Normen? Bemerkungen zur zeitgenössischen Menschenrechtsdebatte unter arabischen Muslimen, in: *Deutung des Wortes – Deutung der Welt im Gespräch zwischen Islam und Christentum*, hrsg. von Notger Slenczka, Leipzig 2015, S. 48–71.

[8] Abdulaziz Sachedina: *Islam and the Challenge of Human Rights*, Oxford 2009, S. 4. Siehe auch seinen Kommentar zur *Kairoer Erklärung der Menschenrechte im Islam*, ibid., S. 27.

schüttert. Als Krux beschreibt der Autor, dass es unmöglich gewesen sei, „to formulate postulates about so-called universal notions of democracy, pluralism and human rights without taking into consideration contextual and communitarian interpretations imposed upon the inclusive language of secular and religious texts.“[9] Wolle man muslimisch geprägte Gesellschaften von der Bedeutung der Menschenrechte überzeugen, sei es notwendig zu erklären, warum Menschen überhaupt *Rechte* hätten. Schließlich liege die Betonung in solchen Gesellschaften auf den *Pflichten* des Menschen. Als Schlüssel zum Verständnis können nach Sachedinas Ansicht die Menschenwürde und die gleichberechtigte Erschaffung des Menschen durch Gott dienen.

Im Dialog zwischen Anhänger*innen verschiedener Überzeugungen könne ein Konsens dahingehend erreicht werden, dass in der Verbindung der menschlichen Handlungsmacht mit der Menschenwürde die Besonderheit des Menschseins zum Ausdruck komme, das einen Anspruch auf unveräußerliche Menschenrechte habe.[10]

Der Begriff der „Würde“, wie er in der AEMR niedergelegt ist, geht jedoch von einem Menschenbild aus, wie es die Aufklärung hervorbrachte. Demnach hat der Mensch aufgrund seines Menschseins eine natürliche Würde inne, sie wird ihm nicht länger von Gott verliehen.[11] Die so begründete säkulare Menschenwürde ist damit auch nicht an die Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft oder gar an den ‚wahren Glauben‘ gebunden, sondern allein an die *conditio humana*. Da das islamische Konzept der menschlichen Würde, wie noch genauer zu zeigen sein wird, jedoch durch den Glauben bedingt ist, stellt sich die Frage, ob ein universelles Konzept von Menschenwürde mit den sich daran anschließenden Ansprüchen und den auf diese Würde gründenden Rechten des Individuums mehr sein kann als ein normsetzendes Konzept. Kann ein normativer Konsens in Hinblick auf ein Prinzip der menschlichen Würde erreicht werden, falls man auf religiöse Überzeugungen gründende Vorstellungen von Menschenwürde einbezieht?[12] Wäre es dafür hilfreich, die Rawlsche „Idee eines übergreifenden Minimalkonsenses“ (*overlapping consensus*)[13] zu bemühen, wie Bielefeldt vorschlägt? Ist es möglich, unter Bezugnahme auf die Menschenwürde tatsächlich einen „kritischen Ausgleich“ (*critical reconciliation*) zwischen den miteinander konkurrierenden religiösen Traditionen und modernen Menschenrechtsstandards zu erzielen?[14]

---

[9] Sachedina: *Islam*, S. 4.

[10] Ibid., S. 12 f.

[11] Cf. Panajotis Kondylis: Würde, in: *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland* 7, hrsg. von Otto Brunner, Werner Conze und Reinhart Koselleck, Stuttgart 1978, S. 637–677 (665).

[12] Siehe hierzu Heiner Bielefeldt: Muslim Voices in the Human Rights Debate, in: *Human Rights Quarterly* 17 (1995), S. 587–617 (594).

[13] Siehe hierzu John Rawls: *Political Liberalism* [Expanded Edition], New York ³2005, S. 135–172. Bielefeldt betrachtet die Menschenrechte als „Kern eines *overlapping consensus*“. Heiner Bielefeldt: *Philosophie der Menschenrechte. Grundlagen eines weltweiten Freiheitsethos*, Darmstadt 2005, S. 145; Bielefeldt: Muslim Voices, S. 594, und Heiner Bielefeldt: ‚Westliche‘ versus ‚islamische‘ Menschenrechtskonzeptionen?, in: *Islam und Menschenrechte* (*Islam and Human Rights* / حقوق الإنسان و الإسلام), *Beiträge zum Islamischen Recht* VII, Leipziger Beiträge zur Orientforschung 26, hrsg. von Hatem Elliesie, Frankfurt am Main et al., S. 99–119 (116 f.).

[14] Cf. Bielefeldt: Muslim Voices, S. 606. Bielefeldt macht selbst darauf aufmerksam, dass es grundle-

Um diesen Fragen nachzugehen, werden im Folgenden einige rechtsphilosophische, völkerrechtliche sowie islamwissenschaftliche Überlegungen zum Begriff der „Menschenwürde“ angestellt. Daran anschließend wird die Diskussion einflussreicher iranisch-schiitischer Rechtsgelehrter wiedergegeben, die einen Eindruck davon vermitteln soll, wie die offizielle Debatte zu diesem Thema in der Islamischen Republik Iran (IRI) verläuft. Mit der Gründung der Islamischen Republik und der Etablierung einer Verfassung im Jahre 1980 begann in Iran eine intensive Auseinandersetzung um die Frage der Vereinbarkeit von islamischem Recht schiitischer Prägung mit den vom Völkerrecht geschaffenen und garantierten Menschenrechten.[15] Bis heute sind es vor allem iranisch-schiitische Rechtsgelehrte, die die AEMR vor dem Hintergrund des islamischen Rechts diskutieren und einen Beitrag zur möglichen Vereinbarkeit von Islam und universellen Menschenrechten leisten bzw. diese Vereinbarkeit bestreiten.[16] Die von ihnen angeführte Kategorie einer „erworbenen Menschenwürde“ ist, wie gezeigt werden wird, mit dem Gedanken der gleichen Würde aller Menschen unvereinbar.

II Menschenwürde und Menschenrechte

1. Rechtsphilosophische Überlegungen

In seinem Beitrag „Gleiche Würde, gleiche Rechte“ konstatiert Stepanians, es bestehe zwischen dem Begriff der Menschenwürde und dem eines Menschenrechts ein innerer Zusammenhang. Die Menschenwürde könne nicht verletzt werden, ohne gleichzeitig ein Menschenrecht zu verletzen.[17] Menschenrechte existierten demzufolge, um die Menschenwürde zu schützen, während letztere gleichsam das Fundament der Menschenrechte bilde.[18] Seinen politisch-rechtlichen Gehalt habe der Begriff der Menschenwürde erst durch seine nach 1945 erfolgte „explizite begriffliche Verklammerung mit den Menschenrechten“ erhalten.[19]

> Der Beitrag des Menschenwürdebegriffs zum Verständnis der Menschenrechte ist demnach primär theoretischer Natur, und zwar in dreifacher Hinsicht: Erstens besteht er in einem Zugewinn an begrifflicher Klarheit, weil er den Kern der axiologischen Komponente des Menschenrechtsbegriffs hervorhebt. Zweitens wird durch den Verweis auf die Würde als Quelle subjektiver Rechte klargestellt, daß die Menschenrechte uns nicht unmittelbar aufgrund unseres Menschseins im rein biologischen Sinne der Zugehörigkeit zur Gattung *homo sapiens* zukommen, sondern aufgrund jenes biologisch, sozial und kulturell geprägten Ensembles von Werten, die ein menschenwürdiges Leben in menschlicher Gemeinschaft ausmachen. Die Menschenrechte sind also genau genommen zunächst Menschen*würde*rechte. Damit hängt drittens zusammen, daß der Würdebegriff deutlicher als der eines Menschenrechts hervorhebt, daß das Wohl des menschlichen Individuums der entscheidende normative Maßstab ist. Die Menschenwürde ist die normative Quelle der anderen Personen durch die Menschenrechte auferlegten Pflichten.[20]

gende Spannungen zwischen islamischen Rechtsvorstellungen und den Anforderungen der Menschenrechte gibt. Ibid., S. 601.

[15] Cf. Constance Arminjon Hachem: *Les droits de l'Homme dans l'islam shi'ite. Confluences et lignes de partages*, Paris 2017, S. 236 f.

[16] Ibid., S. 77, 236 f.

[17] Markus Stepanians: Gleiche Würde, gleiche Rechte, in: *Menschenwürde – Annäherung an einen Begriff*, hrsg. von Ralf Stoecker, Wien 2003, S. 81–101 (81).

[18] Ibid., S. 82.

[19] Ibid., S. 85.

[20] Ibid., S. 90.

Nicht von ungefähr kristallisierte sich der Begriff der ‚Menschenwürde‘ in dieser Form nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs heraus. Mit dem Entzug ihrer staatsbürgerlichen Rechte wurde insbesondere den jüdischen Bürgerinnen und Bürgern Deutschlands, Österreichs und anderer von den Nationalsozialisten beherrschter Gebiete das Recht, Rechte zu haben [H. Arendt] abgesprochen und ihnen damit Würde aberkannt. Enteignung, Vertreibung und Ermordung von Millionen Menschen folgten. Im Angesicht dieser Ungeheuerlichkeiten stellte Arendt zu Recht die Frage, ob es überhaupt Menschenrechte gebe, die sich allein auf die Tatsache des Menschseins gründeten.[21] Obwohl nur ein Staat die „natürlichen Rechte von Menschen in Gesellschaften verwirklichen könne“, habe sich derselbe Staat als „Hauptbedrohung der Menschenrechte erwiesen.“[22] Dennoch folgerte Arendt, das einzige Menschenrecht sei das Recht, Rechte zu haben, also einer politisch organisierten Gemeinschaft anzugehören und in diesem Beziehungssystem nach den eigenen Handlungen und Meinungen beurteilt zu werden.[23]

Forst entwickelt darüber hinaus das „Recht auf Rechtfertigung“, da die Anerkennung der Würde des Menschen bedeute, „jede Person (auch sich selbst) als Wesen mit einem Recht auf Rechtfertigung all jener Handlungen zu sehen, die es in moralisch relevanter Hinsicht betreffen – und zu sehen, dass jede moralische Person zu solcher Rechtfertigung verpflichtet ist“.[24] Das von Arendt postulierte Beziehungssystem ist bei Forst der „gemeinsame Rechtfertigungsraum“ bzw. die „moralische Rechtfertigungsgemeinschaft“, deren Mitglieder einander Rechtfertigung schulden.[25] Wenn sich die Würde des Menschen darauf gründe, ein Recht auf Rechtfertigung zu haben, sei diese Würde nicht an eine „rein ‚westliche‘, nicht verallgemeinerbare Vorstellung“ von Würde gebunden. In jeder „Kultur“ – bzw. Gesellschaft – könne die einzelne Person ihr Recht auf Rechtfertigung und Teilhabe einfordern, indem sie an das Selbstverständnis ebendieser Gesellschaft appelliere.[26]

Menschenwürde ist also normativer Natur, denn sie ist direkt mit den Rechten und Ansprüchen eines Menschen an andere Menschen verbunden. Sie kann, so Baumann, nicht verloren werden und steht in keinem Zusammenhang mit Verdiensten[27] – das bedeutet, sie wird auch nicht erworben. Da der Mensch ein Bedürfnis nach Anerkennung habe und sein

---

[21] Jürgen Förster: Das Recht auf Rechte und das Engagement für eine gemeinsame Welt. Hannah Arendts Reflexionen über die Menschenrechte, in: *HannahArendt.net. Zeitschrift für politisches Denken / Journal for Political Thinking* 5 (2009), S. 1–23 (15.)

[22] Christoph Menke / Arnd Pollmann: *Philosophie der Menschenrechte zur Einführung*, Hamburg 2007, S. 19.

[23] Hannah Arendt: Es gibt nur ein einziges Menschenrecht, in: *Die Wandlung* 4 (1949), S. 754–770 (760 f.). Im Grundgesetz erscheint die Menschenwürde laut Augustin als „das allgemeine Recht auf Rechte“. Angela Augustin: Argumentationsmuster: Menschenwürde im Zusammenspiel von Recht und Philosophie, in: *Menschenwürde – Annäherung an einen Begriff*, hrsg. von Ralf Stoecker, Wien 2003, S. 105–118 (108).

[24] Rainer Forst: Die Würde des Menschen und das Recht auf Rechtfertigung, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 53 (2005), S. 589–596 (590).

[25] Ibid., S. 596.

[26] Ibid., S. 595.

[27] Peter Baumann: Menschenwürde und das Bedürfnis nach Respekt, in: *Menschenwürde – Annäherung an einen Begriff*, hrsg. von Ralf Stoecker, Wien 2003, S. 19–34 (20).

Respekt vor sich selbst von dieser Anerkennung abhänge, schuldeten Menschen einander diesen Respekt.[28]

Selbst wenn es nach Ansicht von Herrmann zur Zeit aussichtslos und illusorisch ist, eine „gemeinsame Wertbasis“ für die Menschenwürde zu finden, die weltweit akzeptiert würde, sieht sie einen pragmatischen Grund für die Beibehaltung des Begriffs: Er diene der „Koalition gegen Diskriminierung und Vernichtung von Menschen“.[29] Mit dieser Feststellung verweist Herrmann zurück auf den Ursprung des Konzepts von Menschenwürde, wie es in Arendts Überlegungen und in der AEMR aufscheint.

2. Völkerrechtliche Überlegungen

Nicht nur aus rechtsphilosophischer Sicht[30] stellt die Menschenwürde den Kern und den Ursprung der Menschrechte dar. Auch die zahlreichen völkerrechtlichen Menschenrechtsverträge und -dokumente der Vereinten Nationen, die einen universellen Geltungsanspruch haben, basieren auf diesem Grundkonnex. Bereits vor Verabschiedung der AEMR im Jahr 1948 stellte die UN-Charta von 1945[31] die Verbindung zwischen Menschenwürde und Menschenrechten her: „Wir, die Völker der Vereinten Nationen, [...] entschlossen, unseren Glauben an die Grundrechte des Menschen, an Würde und Wert der menschlichen Persönlichkeit, an die Gleichberechtigung von Mann und Frau [...] erneut zu bekräftigen“.[32]

Stehen in diesen frühen Dokumenten die Menschenwürde und die Menschenrechte noch nebeneinander, so stellen spätere Dokumente klar, dass die Menschenwürde der Entstehungsgrund für die Menschenrechte ist.

Besonders deutlich proklamieren dies die beiden großen UN-Menschenrechtspakte von 1966, der „Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte“[33] und der „Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte“:[34]

> in der Erwägung, dass nach den in der Charta der Vereinten Nationen verkündeten Grundsätzen die Anerkennung der allen Mitgliedern der menschlichen Gesellschaft innewohnenden Würde und der Gleichheit und Unveräußerlichkeit ihrer Rechte die Grundlage von Freiheit, Gerechtigkeit und Frieden in der Welt bildet; in der Erkenntnis, *dass sich diese Rechte aus der dem Menschen innewohnenden Würde herleiten*.[35]

---

[28] Ibid., S. 30. Siehe auch Mohamed Ali Hourani: Menschenwürde und Demokratie, S. 45.

[29] Martina Herrmann: Pragmatische Rechtfertigung für einen unscharfen Begriff von Menschenwürde, in: *Menschenwürde – Annäherung an einen Begriff,* hrsg. von Ralf Stoecker, Wien 2003, S. 61–79 (71).

[30] Vgl. auch Heiner Bielefeldt: Die Würde des Menschen – Fundament der Menschenrechte, in: *Recht und Moral*, hrsg. von Hans-Jörg Sandkühler, Hamburg 2010, S. 105–133; Jörn Müller: Menschenwürde als Fundament der Menschenrechte: Eine begründungstheoretische Skizze, in: *Die großen Kontroversen der Rechtsphilosophie*, hrsg. von Bernward Gesang und Julius Schälike, Paderborn 2011, S. 99–124. Ablehnend hingegen Dieter Birnbacher: Kann die Menschenwürde die Menschenrechte begründen?, in: *Die großen Kontroversen der Rechtsphilosophie*, hrsg. von Bernward Gesang und Julius Schälike, Paderborn 2011, S. 77–98.

[31] Charta der Vereinten Nationen, 26. 06. 1945 (BGBl. 1973 II, S. 431).

[32] Zweiter Erwägungsgrund der Präambel.

[33] Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, 19. 12. 1966 (BGBl. 1973 II, S. 1534).

[34] Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, 19. 12. 1966 (BGBl. 1973 II, S. 1570).

[35] Erster und zweiter Erwägungsgrund der beiden Pakte; jeweils identischer Wortlaut; Hervorhebung durch Verfasserinnen.

Alle weiteren, speziellen UN-Menschenrechtsverträge, wie beispielsweise die Antirassismuskonvention von 1965[36] oder die Kinderrechtskonvention von 1989,[37] nehmen in ihren Präambeln Bezug auf die AEMR bzw. verweisen auf den in der UN-Charta verankerten Grundsatz der angeborenen Würde und Gleichheit aller Menschen.

Geht man also aus rechtsphilosophischer und völkerrechtlicher Sicht davon aus, dass die Menschenwürde die Grundlage der Menschenrechte bildet, sie für alle Menschen gleich gilt und universell besteht und verpflichtet,[38] so ist die Frage zu klären, ob die Menschenwürde denn auch tatsächlich weltweit gleich verstanden wird. Auf welchen Würdebegriff berufen sich heutige Muslim*innen, wenn sie von *karāma* sprechen, also demjenigen arabischen Terminus, der, abgeleitet aus dem Koran, von ihnen für „Würde“ verwendet wird? Und welcher Würdebegriff liegt der offiziellen, d. h. maßgeblich von schiitischen Rechtsgelehrten geführten Debatte in Iran zugrunde, die uns als Fallbeispiel dient?

3. Islamwissenschaftliche Überlegungen

Grundsätzlich lässt sich sagen – und das ist sicherlich nicht überraschend – dass es keine einheitliche muslimische Ansicht in Hinblick auf das Konzept der ‚Menschenwürde‘ gibt.[39] Gleichzeitig werden Menschenrechte und -würde in muslimischen Ländern seit Verabschiedung der AEMR intensiv erörtert, was man nicht zuletzt an der Verkündung der eingangs erwähnten islamischen Menschenrechtserklärungen und der Verabschiedung der Arabischen Charta der Menschenrechte erkennt. Zu unterscheiden sind in dieser Debatte die religiösen bzw. politischen Positionen sowohl der Menschenrechtserklärungen von Organisationen, als auch der Bemühungen einzelner muslimischer Autor*innen. Während die „Kairoer Erklärung der Menschenrechte im Islam“ den Islam als gemeinsames Merkmal in den Mittelpunkt stellt und dabei auch nicht zwischen Sunniten und Schiiten unterscheidet, ist die Arabische Charta der Menschenrechte geprägt von pan-arabisch nationalistischen Vorstellungen. Daher schließt sie, auch wenn sie auf die Kairoer Erklärung und die Scharia verweist, nicht-muslimische Araber*innen ein, aber nicht alle Muslim*innen.[40]

In einem islamischen Kontext müssen nach Ansicht der Rechtsgelehrten Neuerungen immer dahingehend geprüft werden, ob sie mit dem Islam, und das heißt Koran, Sunna und dem daraus abgeleiteten islamischen Recht, übereinstimmen bzw. daraus herzuleiten sind. Im Koran[41] findet sich in Sure 17, Vers 70 die Aussage, „Und wir haben die Kinder Adams

[36] Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, 07. 03. 1965 (BGBl. 1969 II, S. 962).

[37] Konvention über die Rechte des Kindes, 20. 11. 1989 (BGBl. 1992 II, S. 121).

[38] Dietmar von der Pfordten: Menschenwürde, München 2016, S. 104 f.; Tore Lindholm: Article 1, in: *The Universal Declaration of Human Rights – A Common Standard of Achievement*, hrsg. von Gudmundur Alfredsson und Asbjørn Eide, The Hague / Boston / London 1999, S. 61.

[39] Zu den unterschiedlichen Voraussetzungen cf. Wielandt: *Menschenwürde*, S. 184.

[40] Cf. Holger Scheel: *Die Religionsfreiheit im Blickwinkel des Völkerrechts, des islamischen und ägyptischen Rechts*, Berlin 2007, S. 57.

[41] Alle Koranzitate aus *Der Koran*. Übersetzung von Adel Theodor Khoury unter Mitwirkung von Muhammad Salim Abdullah, Gütersloh 1987.

geehrt/den Kindern Adams Ehre erwiesen (*wa-karramnā banī Ādam*)“. Sprecher ist im Koran Gott, der damit nach moderner muslimischer Deutung die Menschenwürde (arab. *karāmat al-insān*) begründet.[42]

Viele überwiegend sunnitische Theologen, Philosophen oder Rechtsgelehrte beiderlei Geschlechts, die aus diesem Vers die koranische Begründung der Menschenwürde herleiten, sehen die menschliche Ehre oder Würde als von Gott dem Menschen durch den Schöpfungsakt gegeben an, weshalb sie weder verdient werden muss noch verloren werden kann. Die Würde/Ehre des Menschen ergebe sich „allein daraus, wie Gott den Menschen gewollt und wozu er ihn bestimmt hat“, d. h. es handele sich um eine „Würde ohne Würdigkeit“.[43] Daher sei die Gottesstellvertreterschaft des Menschen als eine Würde anzusehen, die an Freiheit und Verantwortlichkeit gebunden und damit allen Menschen eigen und unverlierbar sei.[44]

Zugleich ist der Mensch (Adam), so eine weitere angeführte Begründung, nach gemeinislamischem Verständnis Stellvertreter/Nachfolger Gottes auf Erden (arab. *ḫalīfa*, Koran 2:30),[45] da er – im Gegensatz zu anderen Lebewesen – über intellektuelle Begabungen und moralische Qualitäten verfüge und bereit gewesen sei, das ihm anvertraute Gut/die Treuhänderschaft (arab. *amāna*, Koran 33:72) zu übernehmen. Hinzu kommt im Laufe des 20. Jahrhunderts noch die Begründung, der Mensch verfüge über einen freien Willen und könne zwischen Gut und Böse unterscheiden.[46] Das anvertraute Gut wird sowohl als Stellvertreterschaft des Menschen als auch als seine – im Vergleich zu Gott relative – Freiheit oder Kreativität gedeutet.[47]

Das Postulat von der „Würde ohne Würdigkeit“ wird ebenso wie die von der AEMR deklarierte gleiche Würde aller Menschen von einem wesentlichen Teil der muslimischen Diskutant*innen nicht geteilt. Ihrer Ansicht nach ist die Grundbedingung der Stellvertreterschaft an die Verpflichtung geknüpft, als Muslim*innen den göttlichen Willen, wie er im Koran offenbart wurde, zu erfüllen. Wer also gegen den „förmlichen Einsetzungsvertrag“ des Menschen verstößt, erhält auch keine Würde. Somit sind sowohl Nichtmuslim*innen als auch muslimische „Sünder*innen“ von der an die Stellvertreterschaft gebundenen Würde ausgeschlossen.[48] Gehorsam gegenüber Gott ist nach dieser Auffassung eine Verpflichtung. Freiheitsrechte ergeben sich ausschließlich aus dem Befolgen von Rechtsvorschriften und sozialethischen Prinzipien der Offenbarung. Diejenigen Autor*innen, die sich auf den von Gott gewollten freien Gehorsam

---

[42] Cf. Wielandt: *Menschenwürde*, S. 187.

[43] Ibid., S. 191.

[44] Rotraud Wielandt: Die Würde des Stellvertreters Gottes. Zur Interpretation eines Koranworts bei zeitgenössischen muslimischen Autoren, in: *In Würde leben. Interdisziplinäre Studien zu Ehren von Ernst Ludwig Grasmück*, hrsg. von Rainer Bucher et al., Luzern 1998, S. 170–187 (186 f.).

[45] Wielandt: Würde des Stellvertreters, S. 170. Zur Entwicklung des *ḫalīfa*-Begriffs siehe auch Rüdiger Braun: Textautorität und Dekanonisierung – Zeitgenössische muslimische Zugänge zum säkularen Topos Menschenwürde im Horizont einer historisch sensibilisierten Exegese des Qur'ān, in: *Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam* 8 (2016), ul.qucosa.de/api/qucosa%3A23375/attachment/ATT-0/#page=109 (letzter Aufruf 16. 07. 2018), S. 107–117 (110 f.).

[46] Wielandt: *Würde des Stellvertreters*, S. 175.

[47] Wielandt: *Menschenwürde*, S. 194.

[48] Ibid., S. 182 f.

berufen, sehen hingegen die Selbstverpflichtung des Menschen als einen freien Akt an.[49]

Bekannte zeitgenössische muslimische Autoren wie Sachedina und Mohammad Hashim Kamali, bis 2007 Professor für Islamisches Recht an der *International Islamic University of Malaysia*, sind sich darin einig, dass sich der Islam unter Bezug auf die Menschenwürde mit den Menschenrechten in Einklang bringen lässt. Beide publizieren auf Englisch und interpretieren die religiösen Quellen unter modernen Vorzeichen. Ähnlich verhält es sich mit dem iranisch-schiitischen Rechtsgelehrten Moḥsen Kadīvar (geb. 1959), dessen Texte teilweise auch auf Deutsch oder Englisch vorliegen.[50] Wegen seiner kritischen Auseinandersetzung mit Khomeinis Lehren wurde er 1999 zu mehreren Monaten Gefängnis verurteilt. Seit 2009 lebt und lehrt Kadīvar in den USA.[51]

Während sich laut Arendt der Staat, der die „natürlichen Rechte von Menschen in Gesellschaften verwirklichen könne“ als „Hauptbedrohung der Menschenrechte erwiesen“[52] hat, und die AEMR vor allem die Rechte des Individuums beschreibt, das diese auch gegen einen Staat durchsetzen können muss, hat sich laut Kamali die Ansicht erhalten, der Islam gehe von einer grundsätzlichen Harmonie zwischen Individuum und Staat aus. Sofern der Staat dafür sorge, dass die Scharia durchgesetzt werde, habe er seinen wesentlichen Zweck, für Gerechtigkeit zu sorgen, erfüllt. In diesem Fall sollte es keinen Konflikt zwischen den Rechten der/des einzelnen und der staatlichen Gewalt geben.[53]

Sehe man die Menschenrechte als Ausdruck des Respekts für die Menschenwürde an, so Kamali, könnten die Menschenrechte eine glaubwürdige Grundlage in verschiedenen kulturellen Traditionen erhalten. Das islamische Verständnis der Menschenrechte gründe auf der Menschenwürde und sei gleichzeitig eng verbunden mit den menschlichen Pflichten. „Dignity thus becomes a reality when there is a balanced emphasis on rights and obligations.“[54]

Kamali begreift die Menschenwürde als Ausdruck göttlicher Gnade, die nicht auf verdienstvollem Verhalten gründet und allen Menschen zusteht.[55] Und er beruft sich auf das koranische Wort, „Es gibt keinen Zwang in der Religion“ (*Lā ikrāha fī d-dīn*, Koran 2:256), um zu begründen, dass die Menschenwürde selbst dann respektiert werde, wenn jemand den Islam ablehne.[56] Alle Menschen seien vor dem Angesicht Gottes gleich, der einzige Grund für die Überlegen-heit der einen gegenüber den anderen sei die Frömmigkeit (arab. *taqwā*).[57]

> It may be said in conclusion that the commitment of the *Sharīʻah* to the dignity of man is so strong and pervasive as to warrant the identification of human dignity as one of the higher goals and objectives (*maqāṣid*) of the *Sharīʻah*. This means that the dignity of man is identified as a strategic value of overall significance, and therefore all measures are

[49] Wielandt: *Menschenwürde*, S. 198 f. Siehe hierzu auch Gudrun Krämer: *Gottes Staat als Republik. Reflexionen zeitgenössischer Muslime zu Islam, Menschenrechten und Demokratie*, Baden-Baden 1999, S. 148 f.

[50] Cf., Mohsen Kadīvar: *Gottes Recht und Menschenrechte. Eine Kritik am historischen Islam*. Übersetzt und eingeleitet von Armin Eschraghi, Freiburg 2017.

[51] Zu Kadīvar s. u.

[52] Menke/Pollmann: *Philosophie der Menschenrechte*, S. 19.

[53] Mohammad Hashim Kamali: *The Dignity of Man: An Islamic Perspective*, Cambridge 2002, S. xiv.

[54] Ibid., S. xv.

[55] Ibid., S. 1.

[56] Ibid., S. 39.

[57] Ibid., S. 45.

> devised to protect and promote human dignity are a priori upheld and sanctified by the *Sharī'ah*.[58]

Auch Sachedina stellt die Menschenwürde ins Zentrum einer möglichen Annäherung islamischer Gebote an die Menschenrechte. Er sieht Menschenwürde in direktem Zusammenhang mit der Gleichheit aller Menschen in ihrer Erschaffung. Obwohl die Menschen mit Verstand und dem Vermögen, richtig von falsch unterscheiden zu können, erschaffen worden seien, benötigten sie doch die ständige Anleitung ihres Schöpfers.[59] In dieser islamischen Ordnung herrsche das Gemeinwohl vor, während der einzelne Mensch seine Verantwortung wahrnehmen und seine Pflichten gegenüber der Gemeinschaft erfüllen müsse.[60] Die in der AEMR vorausgesetzte Autonomie des Individuums, das seine Rechte einfordere, ohne sich an den Grundsatz der Gegenseitigkeit gebunden zu fühlen, sei nicht mit der Betonung von Gemeinschaft und Beziehung zu vereinbaren, wie sie in der islamischen Tradition zu finden sei. Der die AEMR prägende Säkularismus werfe zudem gewichtige Fragen in Hinblick auf die Beziehung von Religion und Staat auf, da dieser in der rechtlichen und theologischen Anthropologie des Islams nicht vorhanden sei.[61] Sachedina plädiert für den Versuch einer Annäherung islamischer Glaubenslehren an den Universalismus der Menschenrechte, benennt jedoch gleichzeitig klar die schwierige Ausgangssituation:

> Respect for the dignity of all humans is a key element in the principle of coexistence among peoples of different faiths and cultures, and yet the denial of extending that equal dignity to all humans, regardless of their color, creed, or sex is at the heart of violations of human rights in these [i. e. Muslim] societies.[62]

4. Zwischenfazit

Fasst man die Aussagen der hier zitierten Autorinnen und Autoren zusammen, so gelangt man zu dem Schluss, dass es zumindest einen Konsens dahingehend geben kann, dass die Menschenwürde als Fundament von Menschenrechten dient. Während jedoch Stepanians in diesem Zusammenhang hervorhebt, das Wohl des menschlichen *Individuums* sei der entscheidende normative Maßstab, betont Sachedina das *Gemeinwohl*, das im Mittelpunkt der islamischen Ordnung stehe. Arendt fordert das Recht, Rechte zu haben, welches sich nur in einer politisch organisierten *Gemeinschaft* umsetzen ließe. In dieser Gemeinschaft allerdings müsse der Mensch nach seinen Handlungen und Meinungen beurteilt werden. Dies ließe sich mit dem von Sachedina angeführten Gemeinwohl verbinden, das aus islamischer Perspektive jedoch unauflösbar mit den *Pflichten* des Menschen einhergeht. Unter ‚Pflichten‘ verstehen die Autorinnen und Autoren jedoch unterschiedliche Dinge: Stepanians spricht von der Menschenwürde als ‚normativer Quelle‘, aus der sich die aus den Menschenrechten hervorgehenden Pflichten anderen Menschen gegenüber ergäben. Traditionelle oder islamistische Muslim*innen vertreten hingegen die Ansicht, die hervorragendste Pflicht des Menschen sei sein *Gehorsam* gegenüber Gott. Erst wenn sich *Rechte und Pflichten* die Waage halten, kann laut Kamali *Würde* entstehen. Sachedina zufolge verlangt das Gemeinwohl zudem, dass der einzelne Mensch seine Verantwortung wahrnehmen und seine Pflichten gegenüber der Gemeinschaft erfüllen muss.

---

58 Ibid., S. 102.

59 Sachedina: *Islam*, S. 12.

60 Ibid.

61 Ibid., S. 6 f.

62 Ibid., S. 201.

Die *Selbstverpflichtung* des Menschen wiederum wird von denjenigen muslimischen Autoren, die meinen, Gott wünsche den freien Gehorsam, als freier Akt angesehen, Zwang widerspreche dem Koranwort, „Es gibt keinen Zwang in der Religion“.

Ließe sich die von Forst geforderte „moralische Rechtfertigungsgemeinschaft“ mit dem islamischen Gemeinwohl vereinbaren? In einer mehrheitlich muslimischen Gesellschaft, in der demokratische Spielregeln gelten, sollten einzelne Personen ihr Recht auf Rechtfertigung und ihre Teilhabe einfordern können. Sachedina zufolge ist dies in den meisten muslimisch geprägten Staaten jedoch nicht möglich, da gleiche Würde nicht allen Menschen zugestanden werde. Dies wiederum führt uns zu einem bereits diskutierten Grundproblem: Solange Menschenwürde im Sinne der Mehrheit muslimischer Autor*innen eben nicht eine ‚Würde ohne Würdigkeit‘, sondern davon abhängig ist, ob ein Mensch im Sinne der Scharia ein guter, frommer Muslim ist, sind gleiche Rechte wie das Recht auf Rechtfertigung und gleichberechtigte Teilhabe ausgeschlossen.[63]

Unabhängig von der jeweiligen Staatsform, die den Bürgerinnen und Bürgern eines Staates mehr oder weniger Rechte zugesteht, sind rechter Glaube und Frömmigkeit Kriterien, die Menschen zwar nach ihren Meinungen bzw. ihrem Glauben und ihren Handlungen – im religiösen Sinne – beurteilen, ihnen aber keine *Gleichheit* in Würde und Teilhabe zugestehen. Legt man die Scharia zugrunde, werden Menschen unterteilt in Muslim*innen (je nach Lesart stehen die Angehörigen der jeweils eigenen islamischen Glaubensrichtung eine Stufe höher)[64] und Nichtmuslim*innen. Letztere wiederum teilen sich in Angehörige anerkannter monotheistischer Religionen (Judentum, Christentum, Zoroastrismus) und Polytheist*innen. Allerdings können diese auch Vertragspartner*innen von Muslim*innen sein, wodurch ihnen in muslimischen Gesellschaften Rechte gewährt werden.[65] Wer sich auf die Scharia beruft, geht daher nicht von der *Gleichheit* aller Menschen aus, denen gleiche Würde qua Geburt inhärent ist. Stattdessen beurteilt er oder sie die Menschen nach ihrer Zugehörigkeit zum Islam und nach dem Grad ihrer Frömmigkeit. Dieser Standpunkt wird im Folgenden anhand der offiziellen iranischen Staatsdoktrin genauer erläutert.

III Angeborene und erworbene Menschenwürde: Iranisch-schiitische Standpunkte

1. Völkerrechtliche Ausgangslage

Die AEMR ist kein völkerrechtlicher Vertrag, sondern nur eine Resolution der UN-Generalversammlung aus dem Jahr 1948.[66] Iran gehörte zu den Gründungsmitgliedern der Vereinten Nationen und stimmte am 10. Dezem-

---

[63] Darauf verweist auch die Arabische Charta der Menschenrechte in Art. 3, Abs. 3.

[64] Siehe Moḥsen Kadīvar: *Ḥaqq on-nās. Eslām va ḥoqūq-e bašar* [*Menschenrecht. Der Islam und die Menschenrechte*], Teheran 1386hš (2007/8), S. 88.

[65] Cf. Waardenburg: *Human Rights*, S. 171; Moḥsen Kadīvar: Ḥaqq on-nās und Aṣġarī, Moḥammad Ǧavād: Karāmat-e ahl-e ketāb dar neżām-e ḥoqūq-e eslām [Die Würde der Schriftbesitzer in der islamischen Ordnung], in: *Maǧmūʿe-ye āṯār-e hamāyeš-e bein-ol-melalī-ye Emām Ḫomeynī va qalamrou-e dīn. Oṣūl va mabānī-ye karāmat-e ensān* 1, Teheran 1386 hš/2007, S. 63–97 (69)

[66] Zu ihrer Entstehungsgeschichte vgl. Bardo Fassbender: *Menschenrechteerklärung*, München 2009, S. 6–15; Johannes Morsnik: *The Universal Declaration of*

ber 1948 für die AEMR.[67] Als Resolution der UN-Generalversammlung war und ist die AEMR als solche völkerrechtlich unverbindlich. Allerdings sind die in der AEMR genannten Menschenrechte mittlerweile in so viele verbindliche Verträge und nationale Verfassungen aufgenommen und weltweit anerkannt worden, dass die Mehrzahl der in der AEMR verankerten Menschenrechte heute als Bestandteil des geltenden und verbindlichen Völkergewohnheitsrechts gilt.[68] Daher ist Iran – auch nach seiner Umwandlung in eine Islamische Republik – an den gewohnheitsrechtlich geltenden Inhalt der AEMR gebunden.

Darüber hinaus ist die IRI verpflichtet, weitere UN-Menschenrechtsverträge einzuhalten, die sie ratifiziert hat:[69] den *Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte* (seit 1975), den *Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte* (seit 1975), die *Antirassismuskonvention* (seit 1968), die *Kinderrechtskonvention* (seit 1994) und die *Behindertenrechtskonvention* (seit 2009).

Die IRI hat sich aber nicht nur dem universellen Menschenrechtssystem der Vereinten Nationen – zumindest teilweise[70] – unterworfen. Als islamischer Staat hat sich Iran auch an den Bemühungen um die Schaffung einer spezifisch islamischen Lesart der Menschenrechte beteiligt. Das in diesem Zusammenhang wichtigste Dokument ist die eingangs erwähnte „Kairoer Erklärung der Menschenrechte im Islam“ von 1990. Sie wurde von der „Organisation of Islamic Cooperation“ (OIC) und damit von allen islamischen Staaten gemeinsam erarbeitet. Zwar handelt es sich um ein rechtlich unverbindliches Dokument, doch stellt es den Referenzenrahmen für alle später erarbeiteten Menschenrechtsverträge im (arabisch-)islamischen Raum dar.[71] Der wichtigste Menschenrechtsvertrag, der sich u. a. auf die Kairoer Erklärung beruft, ist die Arabische Menschenrechtscharta von 2004. Diese ist für Iran allerdings ohne Relevanz. Maßgeblicher völkerrechtlicher Orientierungsrahmen bleibt für die IRI also die Kairoer Erklärung – aber auch die oben erwähnten, von ihr ratifizierten UN-Menschenrechtsverträge.

Durch die Kodifizierung des islamischen Rechts schiitischer Prägung in der Islamischen Republik widersprechen sowohl die Verfassung der IRI als auch weitere Gesetzestexte den in der AEMR und zusätzlichen UN-Verträgen proklamierten Menschenrechten in eklatanter Weise.[72] Die wiederholten und gravie-

---

Human Rights – Origins, Drafting, and Intent, Philadelphia 1999, S. 1–35.

[67] Insgesamt stimmten 48 Staaten dafür, acht enthielten sich, Gegenstimmen gab es nicht. Vgl. die Nachweise bei Fassbender: *Menschenrechtserklärung*, S. 14.

[68] Vgl. Christian Tomuschat: *Human Rights between Idealism and Realism*, Oxford ²2008, S. 37 f.

[69] Die Iran bindenden UN-Menschenrechtsverträge sind abrufbar unter tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=81&Lang=EN (letzter Aufruf 05. 01. 2018).

[70] Nicht ratifiziert hat die IRI u. a. die *Antifolterkonvention* von 1984, die *Frauenrechtskonvention* von 1979, die *Wanderarbeitnehmerkonvention* von 1990 und die *Konvention gegen das Verschwindenlassen* von 2006.

[71] Odendahl: *Menschenrechtssystem*, S. 1013; siehe auch Scheel: *Religionsfreiheit*, S. 80–82.

[72] Siehe hierzu u. a. Anja Pistor-Hatam: Non-understanding and Minority Formation in Iran, in: *Iran* 55 (2017), S. 87–98; Irene Schneider: *Civil Society and Legislation: Development of Human Rights Situation in Iran* (2008), S. 386–414; Arash Sarkohi: *Der Demokratie- und Menschenrechtsdiskurs der religiösen Reformer in Iran und die Universalität der Menschenrechte*, Würzburg 2014; Ramin S. Moschtaghi: *Die menschenrechtli-*

renden Verstöße Irans gegen die Menschenrechte[73] haben dazu geführt, dass die IRI zu den wenigen Staaten gehört, für die der UN-Menschenrechtsrat einen Sonderberichterstatter ernannte, der 2011 eingesetzt wurde.[74] Aus diesen Gründen ist ein Blick auf die im Lande geführte Debatte um Menschenrechte und Menschenwürde vor dem Hintergrund der Frage nach einem möglichen Konsens besonders ergiebig.

2. Menschenwürde und Menschenrechte aus der Sicht iranisch-schiitischer Rechtsgelehrter

Von entscheidender Bedeutung für die Frage nach Menschenwürde und Menschenrechten in Iran ist die persische Terminologie: Welche Begriffe mit welcher Bedeutung werden von den Autor*innen verwendet, wenn sie ‚Menschenwürde‘ diskutieren? Moḥammad Ǧavād Aṣġarī (geb. 1978), ein schiitischer Rechtsgelehrter, der nicht nur über eine Ausbildung an einer klassischen theologischen Hochschule verfügt, sondern auch ein Universitätsstudium in schiitischer Theologie absolviert hat, diskutiert die Bedeutungen von *karāmat*. Dadurch wird deutlich, wie groß das Bedeutungsfeld dieses Begriffs ist, der im Persischen für ‚Würde‘ steht: Ehre, Achtung/Ehrerbietung, Ruhm, Ansehen, Erhabenheit, Autorität, Einfluss, Prestige, Reputation, Ruf; Großmut, Hochherzigkeit, Güte, Freigebigkeit, Großmut, Edelmut. „*Karāmat* ist weit entfernt von jeder Niedrigkeit und Gemeinheit und erreicht Ehre und Erhabenheit, denn wer diese Eigenschaft besitzt, den bezeichnen wir als edelmütig/freigebig/gütig (*karīm*).“[75] Der Begriff der Würde (*karāmat*) sei weit entfernt von Unreinlichkeit und Schmutz und trage die vollkommenste Bedeutung des Lebens in sich, dessen Sinn und Quelle Gott selbst als höchste Stufe der existierenden Würde sei.[76] Aṣġarī kritisiert die AEMR, da sich ihr Würdebegriff nur auf diese angeborene Würde beschränke:

> Doch leider haben einige rechtliche Ordnungen der Welt, darunter die universellen Menschenrechte, nach Ansicht des Westens in

---

che Situation sunnitischer Kurden in der Islamischen Republik Iran. Probleme der Verwirklichung der Menschenrechte in einer stark religiös geprägten Rechtsordnung im Spannungsfeld zwischen Völkerrecht, iranischem Verfassungsrecht und schiitischem religiösem Recht, Heidelberg 2010.

[73] Vgl. etwa die ausführliche Analyse von Reza Afshari: *Human Rights in Iran. The Abuse of Cultural Relativism*, Philadelphia 2001.

[74] Human Rights Council: Resolution 16/9, Situation of Human Rights in the Islamic Republic of Iran, 08. 04. 2011, A/HRC/RES/16/9. Der jüngste Bericht der derzeitigen Berichterstatterin Asma Jahangir ist der „Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Islamic Republic of Iran“, 17 March 2017. Bisher erhält die Sonderberichterstatterin jedoch kein Einreisevisum, da Iran ihre Ernennung, wie auch diejenige ihrer Vorgänger, als politischen Akt ohne rechtliche Grundlage ansieht. Gleichzeitig erklärte der außenpolitische Sprecher des Landes im Frühjahr 2016, Iran sei verpflichtet, die Situation der Menschenrechte zu verbessern und arbeite daher mit dem UN-Menschenrechtsrat zusammen. *Iran-Report* der Heinrich-Böll-Stiftung 4/16, S. 9 f. Zur Stellungnahme des außenpolitischen Sprechers siehe auch Vākoneš-e Ǧāber-e Anṣārī be-qaṭ‘-nāme-ye ḥoqūq-e bašar [Reaktion von Ǧāber Anṣārī auf die AEMR] www.tabnak.ir/fa/news/548610 (letzter Aufruf 08. 01. 2016).

[75] Aṣġarī: Karāmat-e ahl-e ketāb, S. 66:
کرامت، دور شدن از هر پستی و فرومایگی و نایل شدن به شرافت و بزرگواری تعریف شده است که به دارنده این صفت، کریم می گویند.
Karāmat, dūr šodan az har pastī va forū-māyegī va nāyel šodan be-šarāfat va bozorg-vārī ta‘rīf šode ast ke be-dārande-ye īn ṣefat, karīm mī-gūyand. [Alle Übersetzungen aus dem Persischen von A. Pistor-Hatam.]

[76] Ibid.

> der Moderne die Menschenwürde auf die angeborene Würde beschränkt und sprechen nicht von der höheren Würde, die wir ‚erworbene Würde‘ (*karāmat-e arzešī*) nennen. Im Ergebnis halten sie dadurch die Vervollkommnung des Menschen auf dem Wege ‚der Vollendung‘ auf.[77]

Zwar komme der erworbenen Würde vom Standpunkt der Religion besondere Bedeutung zu, da jemand, der einen höheren Grad an Vollkommenheit erreicht habe, mehr Achtung erfahre. Doch sei die erworbene Würde in Hinblick auf die allgemeinen Menschenrechte und damit verbundene soziale Pflichten nicht von Bedeutung, so Aṣġarī. Schließlich bilde die angeborene Würde die Grundlage der Menschenrechte in individueller und gesellschaftlicher Hinsicht.[78] Gott habe den Menschen Würde verliehen, nicht den Muslimen oder den Rechtgläubigen. Daher sei allen Menschen, ob Muslime oder nicht, diese angeborene Würde eigen. Ebenso verhalte es sich mit dem Recht auf Leben, das laut Koran für alle Menschen gelte:

> Wenn einer jemanden tötet, jedoch nicht wegen eines Mordes oder weil er auf Erden Unheil stiftet, so ist es, als hätte er die Menschen alle getötet. Und wenn jemand ihn am Leben erhält, so ist es, als hätte er alle am Leben erhalten [...].[79]

Ṭayyebe Ṣādeqpūr, Absolventin der Theologischen Hochschule für Frauen, az-Zahrāʾ, in Qom, nennt sieben Gründe, warum der Mensch die ihm *qua* Geburt von Gott verliehene Würde verdient habe: seine göttliche Seele, seine Erschaffung durch Gott, sein menschlicher Verstand, weil sich in ihm alle Elemente der Schöpfung vereinigten, weil er das Ziel der Schöpfung sei, weil er sich auf der Suche nach Vollkommenheit und Wahrheit befinde und ständig lerne sowie aufgrund des Willens und der Freiheit des Menschen.[80]

Mit Moḥammad Taqī Mesbāḥ-Yazdī (geb. 1924) setzt sich ein hochrangiger und politisch einflussreicher schiitischer Rechtsgelehrter und Vertreter des herrschenden Klerus mit der AEMR auseinander. Im Mittelpunkt seiner Ausführungen steht das Recht Gottes auf die Erfüllung der von ihm vorgegebenen Pflichten durch den Menschen.[81] Dieses göttliche Recht ist laut Mesbāḥ Yazdī der Ursprung allen Rechts.

---

[77] Ibid, S. 68:
ولی متأسفانه بعضی از نظام های حقوقی دنیا، واز آن جمله حقوق جهانی بشر از دیدگاه غرب، دردوران معاصر کرامت انسانی را منحصر به همین کرامت ذاتی نموده و از کرامت وحیثیت بالاتر که ما آن را «کرامت ارزشی» می نامیم، سخنی به میان نمی آورند. در نتیجه، حرکت کمالی انسان ها را درمسیر«تکامل» متوقف می سازند
Valī mota'assefāne ba'žī az neẓām-hā-ye ḥoqūqī-ye donyā, va ān ǧomle ḥoqūq-e ǧahānī-ye bašar az dīd-gāh-e ġarb, dar dourān-e mo'āṣer karāmat-e ensānī-rā monḥaṣer be-hamīn karāmat-e ẕātī nemūde va az karāmat-e vaḥšīyat-e bālātar ke mā ān-rā ‚karāmat-e arzešī‘ mī-nāmīm, soḫanī be-miyān nemī-āvarand. Dar natīǧe, ḥarakat-e kamālī-ye ensān-hā-rā dar masīr-e ‚takāmol‘ motavaqqef mī-sāzand. Der Autor verweist hier auf Koran 49:13: „[...] Der Angesehenste von euch bei Gott, das ist der Gottesfürchtigste von euch [...].“

[78] Aṣġarī: Karāmat-e ahl-e ketāb, S. 68.

[79] Koran 5:32. Khoury ergänzt in einer Fußnote auf S. 83: „so ist es [in Hinblick auf die Bestrafung], als hätte er die Menschen alle getötet“. Aṣġarī weist ausdrücklich darauf hin, dass es im Koran heißt „*man qatala nafsan*“ („einen Menschen“) und nicht „*man qatala musliman*“ („einen Muslim“). Aṣġarī: *Karāmat-e ahl-e ketāb*, S. 74.

[80] Ṭayyebe Ṣādeqpūr: Karāmat-e ensānī dar qor'ān [Die Menschenwürde im Koran], in: *Bayyenāt* 53 (1386 hš/2007), S. 51–67 (51 f.).

[81] Moḥammad Taqī Mesbāḥ Yazdī: *Negāhī gozarā be ḥoqūq-e bašar az dīdgāh-e eslām* [*Ein Blick auf die Menschenrechte aus islamischer Perspektive*], Qom 1388hš/2009, S. 52. Der erste Kommentar eines iranischen Klerikers zur AEMR erschien 1966. Cf. Arminjon Hachem: *Les droits de l'Homme*, S. 74. Die Autorin stellt in dieser Arbeit einige der bedeutendsten iranisch-

Ohne das Recht Gottes genieße kein einziges Recht Anspruch auf Wahrheit. Daher habe Gott als Schöpfer der Welt und der Menschen die rechtliche Herrschaft inne. Göttliches Recht sei somit der Ausgangspunkt des Menschenrechts.[82] Nach islamischer Auffassung, so Mesbāḥ Yazdī, gebe es zwei Arten von Würde, nämlich die dem Menschen von Gott gegebene – also angeborene – und diejenige Würde, die sich der Mensch durch seine Taten erwerbe.[83] Mit dieser Unterscheidung zwischen angeborener und erworbener Würde spricht Mesbāḥ Yazdī den Kerngedanken der iranisch-schiitischen Diskussion an.

Die Allgemeingültigkeit der AEMR stellt Mesbāḥ Yazdī insofern grundsätzlich in Frage, als er die Ansicht vertritt, Religionsfreiheit und Religionsausübung seien unabhängig voneinander. Schließlich gebe es religiöse Riten, die nicht mit der AEMR übereinstimmten. Zur Erfüllung dieser rituellen Erfordernisse müssten Gläubige u. U. Dinge tun, die mit der Freiheit anderer Menschen oder sogar mit deren Recht auf Leben nicht übereinstimmten.[84] In der Erklärung sei zudem allein von Rechten die Rede, obwohl der Mensch auch Pflichten habe.[85] Rechte und Pflichten seien nicht voneinander zu trennen.[86] Von großer Bedeutung sei das Thema der Menschenwürde in der AEMR. Um nicht gegen die Menschenwürde zu verstoßen, seien demütigende, grobe und grausame Strafen verboten. Aber wer entscheide, ob eine Strafe demütigend sei? Wie werde darüber ein nationaler oder internationaler Konsens hergestellt?[87] Gebe es möglicherweise auch Grenzen für den Schutz der Menschenwürde, z. B. im Falle blutrünstiger oder unrechtmäßiger Herrscher?[88]

Im Koran, so Mesbāḥ Yazdī, fänden sich mehrere Verse, die sich der Menschenwürde widmeten. Um zu belegen, dass Gott den Menschen vor allen anderen Lebewesen ausgezeichnet habe, führt er den bereits erwähnten Vers 17:70 an, „Und wir haben die Kinder Adams geehrt/den Kindern Adams Ehre erwiesen.“ Obwohl Gott dem Menschen verzeihen könne, sei dessen ihm durch die Gnade Gottes verliehene Würde nicht absolut, denn durch seine Taten könne er niedriger werden als Tiere.[89] Dies bedeute folglich, dass die Würde, die allen Menschen gegeben worden sei, nicht allen Menschen Ehre bringe. Erst

---

schiitischen Rechtsgelehrten und deren Aussagen zu verschiedenen Menschenrechten vor. Der Begriff der „Würde“ findet bei diesen Autoren allerdings kaum Beachtung. Mit Ausnahme von Moḥsen Kadīvar und Moḥammad Moğtahed Šabestarī stimmen ihre Standpunkte weitgehend mit denen von Mesbāḥ Yazdī überein.

82 Mesbāḥ Yazdī: *Negāhī*, S. 53–55. Hierbei handelt es sich um eine gemeinislamische Aussage.

83 Ibid., S. 74.

84 Moḥammad Taqī Mesbāḥ Yazdī: *Naẓarīye-ye ḥoqūqī-ye eslām* [*Die rechtliche Ansicht des Islams*] 1, Qom 1391hš (2012/13), S. 246 f.

85 Diese Aussage von Mesbāḥ Yazdī ist allerdings in einer solchen Absolutheit falsch. Art. 29 AEMR lautet: „Jeder hat Pflichten gegenüber der Gemeinschaft, in der allein die freie und volle Entfaltung seiner Persönlichkeit möglich ist.“

86 Mesbāḥ Yazdī: *Naẓarīye-ye ḥoqūqī*, S. 247.

87 Ibid., S. 248.

88 Mesbāḥ Yazdī führt als Beispiele hier Dschingiz Khan als „blutrünstigen Eroberer“ und Israel als „unrechtmäßige Besatzungsmacht“ an.

89 Mesbāḥ Yazdī: *Naẓarīye-ye ḥoqūqī*, S. 253 f. Der Autor zitiert an dieser Stelle u. a. Koran 8:55: „Die schlimmsten Tiere bei Gott sind die, die ungläubig sind und weiter nicht glauben“; Koran 47:12: „Gott läßt diejenigen, die glauben und gute Werke tun, in Gärten eingehen, unter denen Bäche fließen. Diejenigen aber, die ungläubig sind, genießen und essen, wie das Vieh frißt; das Feuer ist ihre Bleibe.“

durch seine Taten und sein richtiges Betragen vermöge der Mensch, Ehre zu erlangen.[90] Nach dem Islam verfüge der Mensch dementsprechend über eine durch Gottes Gnade ‚erschaffene Würde‘ (*karāmat-e takvīnī*), deren größte Wohltaten Verstand und Vernunft seien. Da der Mensch diese erschaffene Würde besitze, müsse er seine damit verbundenen Pflichten erfüllen, sonst sei er niedriger als das gemeinste Tier. Seine ihm verliehene Würde sei an das Pfand der Erfüllung seiner Pflichten geknüpft. Auf diese Weise zeige der Mensch, dass er Gottes Diener sei. Wer sich aus diesem Dienst an Gott löse, verliere seine Würde und seine Ehre.[91]

Es stelle sich die Frage, ob der Mensch in jeder Situation Träger von Würde sei. Welches sei denn der Ursprung dieses Rechts? Im Gegensatz zu den Rechtsphilosophen, die keine klare Erklärung hinsichtlich des Ursprungs des Rechts auf Würde vorzuweisen hätten, so Mesbāḥ Yazdī, gebe es im Islam deutliche Belege für die Menschenrechte. Nach dem Islam habe Gott den Menschen für einen bestimmten Zweck erschaffen und ihm jegliche Gnade verliehen, die er für die Erreichung des Ziels seiner Erschaffung, d. h. in die Nähe Gottes und zur Vollendung zu gelangen, benötige. Dazu gehöre sein Recht auf Leben, welches ihm von Gott verliehen worden sei. Dieses Recht auf Leben zähle zu den wichtigsten Menschenrechten, eine Verletzung dieses Rechts zu den größten Vergehen.[92] Allerdings, so der Autor weiter, habe Gott die Begrenzung des Rechts auf Leben durch rechtliche Vorschriften festgelegt.[93] Bestimmten Personen sei es gestattet zu töten, um z B. das Recht auf Vergeltung auszuüben oder einen Mörder hinzurichten.[94]

Der Koran, so Mesbāḥ Yazdī, spreche in Sure 49, Vers 13 jedoch auch von der erworbenen Würde: „[...] Der Angesehenste von euch bei Gott, das ist der Gottesfürchtigste von euch [...].“ Tatsächlich seien diejenigen Menschen, die am tugendhaftesten und frömmsten seien, diejenigen mit der meisten Würde und Ehre. Im Koran bestehe nämlich ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Frömmigkeit und Würde: je größer die Frömmigkeit, desto größer die Würde. Dabei sei die Frömmigkeit eine freiwillige und erworbene Handlung, keine gottgegebene Eigenschaft, denn der Mensch müsse in Kenntnis der göttlichen Gebote die Frömmigkeit bewusst und freiwillig in sich schaffen.[95]

Moḥammad Taqī Ǧaʿfarī Tabrīzī (1925–1998) einer der bedeutendsten hochrangigen iranischen Rechtsgelehrten seiner Zeit, der sich vor allem der Philosophie widmete, kategorisiert diejenigen Menschen, die ihre Würde verlieren, wie folgt: Falls jemand das Recht auf Würde anderer Menschen nicht anerkenne oder missachte, weil er der Leidenschaft fröne, eigensinnig oder lüstern sei, sei er niedriger als Tiere. Da Gott auch Tieren eine Würde verliehen habe, würde man diese kränken, ordne man solche Menschen den Tieren zu.[96]

---

[90] Mesbāḥ Yazdī: *Naẓarīye-ye ḥoqūqī*, S. 254. In den persischen Texten werden verschiedene Begriffe für ‚Würde‘, ‚Ehre‘ oder ‚Ruf‘ synonym gebraucht. S. o.

[91] Ibid., S. 255. Siehe hierzu auch Aṣġarī: *Karāmat-e ahl-e ketāb*, S. 1.

[92] Mesbāḥ Yazdī: *Naẓarīye-ye ḥoqūqī*, S. 259. Verweis auf Koran 4:94: „Und wer einen Gläubigen vorsätzlich tötet, dessen Lohn ist die Hölle; darin wird er ewig weilen [...]“.

[93] Gemeint sind Strafen, die im Koran für bestimmte Vergehen festgelegt sind.

[94] Mesbāḥ Yazdī: *Naẓarīye-ye ḥoqūqī-ye eslām*, S. 260.

[95] Ibid., S. 262.

[96] Moḥammad Taqī Ǧaʿfarī Tabrīzī: Ḥaqq-e karāmat-e ensānī [Das Recht der Menschenwürde], in: *Našrīye-*

Wer die Würde anderer Menschen aus Unwissenheit verletze, verliere seine eigene Würde nicht, wer dies jedoch aus Ignoranz tue, gehe seiner Würde verlustig.[97]

Ǧaʿfarī Tabrīzī geht noch genauer auf die Unterschiede zwischen angeborener und erworbener Würde ein, indem er sechs Gruppen von Menschen unterscheidet, die diesen beiden Stufen von Würde zugeordnet würden. Dem ersten oder Naturmenschen fehle die geistige Reife, Lehre und Gesetz – gemeint sind die religiösen Gebote – zu begreifen, sie anzunehmen und danach zu leben. Er habe einen ungeöffneten Verstand, von der Menschlichkeit nur die körperliche Gestalt und seine Persönlichkeit befinde sich im Zustand eines Samenkorns, welches auf dem Feld ausgesät worden sei. Laut Koran 17:70 wohne ihm die gottgegebene angeborene Würde inne.[98] Zur zweiten Gruppe zählt Ǧaʿfarī Tabrīzī Menschen, die über eine relative geistige Reife verfügten und in der Lage seien, ihr Leben auf der Grundlage der Lehren und Gesetze zu führen. Gegenüber den Angehörigen der ersten Gruppe seien diese Menschen in Hinblick auf ihre Pflichterfüllung und ihre verstandesmäßigen Leistungen von größerer Würde und größerem Nutzen[99] – denn sie erwürben bereits Würde, während die Angehörigen der ersten Stufe dazu offensichtlich nicht in der Lage seien. Auf jeder Stufe, die der Mensch auf dem Wege Gottes voranschreite, so Ǧaʿfarī Tabrīzī weiter, erlange der Mensch zusätzliche Würde.[100] Zur dritten Gruppe zählt der Autor all jene, die an die Existenz eines mächtigen und allwissenden Ursprungs glaubten und das Ziel der höchsten Vollkommenheit verfolgten. Sie erwiesen diesem Ziel gebührende Aufmerksamkeit, seien frei vom Verlangen nach Vergnügungen und Selbstsucht und spürten ein Bedürfnis nach Aufopferung.[101] Angehörige der vierten Gruppe gehörten zu den Anhänger*innen der vermittels der Propheten von Gott gesandten Offenbarungen, d. h. den vier abrahamitischen Religionen Judentum, Christentum, Zaratustrismus und Islam. Aufgrund ihres Glaubens verfügten diese Menschen über mehr Würde und Ehre als die Mitglieder der drei anderen Gruppen. Zur Vermehrung der erworbenen Würde und Ehre habe diese vierte Gruppe durch ihren Gehorsam gegenüber den Propheten eine wichtige Stufe zur Vollkommenheit erklommen.[102] Laut Ǧaʿfarī Tabrīzī stehen Muslim*innen auf der fünften Stufe. Sie glaubten an alle Gesandten Gottes und an diejenige Religion, die seit Noah, Abraham, Moses, Jesus und Muhammad die universelle Religion sei.[103] Auf der sechsten Stufe schließlich befänden sich diejenigen, die an den Islam glaubten und deren Reife und Vollkommenheit die Stufe der Frömmigkeit erreicht habe, denn die höchste Stufe der Würde sei den frommen Menschen vorbehalten.[104] Solche Menschen zeichneten sich dadurch aus,

---

ye ḥoqūq-e dāneškade-ye ḥoqūq va ʻolūm-e siyāsī (*Dānešgāh-e Tehrān*) 27 (1370hš/1991–92), S. 77–98 (84).

[97] Ibid., S. 85. Siehe hierzu auch Aṣġarī: *Karāmat-e ahl-e ketāb*, S. 1.

[98] Ǧaʿfarī Tabrīzī: *Ḥaqq-e karāmat*, S. 89–91. Ein anderer Autor spricht davon, dass die Würde eine ‚Perle‘ sei, die Gott dem Menschen gegeben habe. Seyyed Mehdī Pūrḥoseinī: Karāmat-e ensānī va qānūn-e asāsī-ye ǧomhūrī-ye eslāmī-ye Īrān [Die Menschenwürde und die Verfassung der Islamischen Republik Iran], in: *Portāl-e ǧāmeʻ-e ʻolūm-e ensānī* (2007), S. 1.

[99] Ǧaʿfarī Tabrīzī: *Ḥaqq-e karāmat*, S. 89–91.

[100] Ibid., S. 91.

[101] Ibid., S. 91 f.

[102] Ibid., S. 92.

[103] Ibid., S. 92 f.

[104] Ibid., S. 94.

dass sie ihr Selbst vor Schmutz und verderblichen Taten schützten und nach Vollkommenheit strebten. Jeder Mensch, der einer der Gruppen zwei bis sechs angehöre, könne seine animalischen Instinkte zügeln und von seiner menschlichen Frömmigkeit Gebrauch machen. Auf diese Weise könne er auf alle Stufen menschlich-göttlicher Würde gelangen. Das Recht auf Würde sei ein Gebot, kein Recht im Sinne der Rechtswissenschaften oder im terminologischen Sinne wie das Recht auf Bildung, Freiheit und Gleichheit.[105]

Ebenso wie das Recht auf Leben zählt laut Mesbāḥ Yazdī die Würde des Menschen in der Gesellschaft zu den wichtigsten Rechten. Als Sozialwesen müsse sich der Mensch in einer Gesellschaft zu einem nützlichen Individuum entwickeln. Damit sich diese Entwicklung vollziehen könne, dürfe der Mensch nicht Kränkung und Erniedrigung ausgesetzt werden. Denn ein Mensch, dessen Ehre beleidigt und der Verachtung ausgesetzt sei, könne keine Persönlichkeit entwickeln und werde heimgesucht von Angst, Erschütterung und Verzweiflung.[106] Deshalb habe der Islam mehr noch als alle anderen Religionen das Recht des Menschen auf gesellschaftliche Würde und Ehre als Notwendigkeit anerkannt.[107] Das Ziel des gesellschaftlichen Lebens und seiner Rechtsordnung bestehe darin, den einzelnen Menschen über seine Grundlagen hinauswachsen zu lassen, damit er zu größerer Vollkommenheit gelange. Von Gott erhalte der Mensch für größere Frömmigkeit mehr Würde. Wer die gesellschaftlichen Regeln besonders gut befolge, habe den größten Nutzen von rechtlicher Würde. Hingegen stehe die individuelle Würde, die der/die einzelne durch seine/ihre Frömmigkeit erworben habe, in keinerlei Verbindung zu den gesellschaftlichen Regeln und Gesetzen. Sie habe jedoch Einfluss auf die anderen Mitglieder der Gesellschaft, wenn jemand der Gemeinschaft diene. Die rechtliche Würde sei unabhängig von der individuellen Würde. Wer auch immer unter dem Schutz des islamischen Staates lebe, ob Muslim*in, Ungläubige/r mit Schutz-[108] oder mit Vertragsstatus,[109] genieße rechtliche, d. h. materielle und spirituelle Sicherheit. Im Falle eines Angriffs habe diese Person das Recht, sich an die islamischen Gerichte zu wenden.[110] Für alle genannten Personen gälten die Bürgerrechte.[111] Grundlage der rechtlichen Würde sei es, sich der islamischen Ordnung zu fügen. So hätten alle Menschen, die diese Ordnung akzeptierten, diese Würde inne und die Gerichte seien verpflichtet, sie, sofern sie im Besitz der Staatsangehörigkeit der Islamischen Republik seien, gleich zu behandeln. Sollte ein/e Staatsbürger/in den Gedanken hegen, gegen die Rechtsordnung der IRI zu kämpfen, behindere er/sie sowohl seine/ihre eigene Vervollkommnung als auch diejenige seiner/ihrer Mitbürger*innen und stelle sich gegen die Ordnung der Schöpfung. In diesem Fall könne er/sie nicht länger am Recht auf Würde und den gesellschaftlichen Rechten teilhaben. Diese Rechte verfielen für Zerstörer auf Erden und für Verschwörer gegen die Rechtsordnung.[112]

Auch der Rechtsgelehrte Āmanollāh Šafiʾī, dem es erlaubt ist, offizielle Aussagen zu den

[105] Ibid., S. 94.

[106] Mesbāḥ Yazdī: *Naẓarīye-ye ḥoqūqī-ye eslām*, S. 260.

[107] Ibid., S. 260 f. An dieser Stelle verweist der Autor auf Überlieferungen vom Propheten Muhammad.

[108] D. h. Angehörige/r einer anerkannten monotheistischen Religion, s. o.

[109] S. o.

[110] Mesbāḥ Yazdī: *Naẓarīye-ye ḥoqūqī-ye eslām*, S. 263 f.

[111] Ibid., S. 265.

[112] Ibid., S. 267.

Gedanken von Ayatollah Khomeini[113] zu publizieren, beschäftigt sich in einem Beitrag mit der Würde. Seiner Meinung nach hat die angeborene Würde für den Menschen nur insofern einen Nutzen, als er Mitglied einer Gesellschaft ist und als Bürger in Erscheinung tritt. Erst dann erhalte der Schutz der Menschenwürde einen Sinn. Nur wenn sich ein Mensch in einem Staat niederlasse, der seine Würde als Bürger schütze, erhalte der ‚Bürgermensch‘ Rechte, deren Grundlage die Menschenwürde sei.[114] Regierungen seien Wächterinnen über Würde und Bürgerrechte. Dieser Schutz seiner Würde und Rechte sorge dafür, dass der Bürger den Staat akzeptiere.[115] Menschen- und Bürgerrechte stützten sich auf dieselbe Grundlage, d. h. die angeborene Würde.[116] Ein weiterer Autor verweist auf die Verfassung der IRI, die großen Wert auf die erworbene Würde des Menschen lege. Die Grundlage der Rechtsgleichheit aller Bürger*innen der IRI ergebe sich daher aus den Artikeln 19 und 20 der Verfassung.[117]

Bei einem Blick in die Verfassung der IRI wird allerdings deutlich, dass der Begriff ‚Würde‘ darin nicht erwähnt wird. Artikel 19 stützt sich auf das Gebot der Gleichheit aller Muslim*innen, indem er die Gleichheitsrechte unterschiedlicher muslimischer Bevölkerungsgruppen betont. Artikel 20 wiederum legt fest, dass der gleiche Schutz durch das Gesetz nur im Rahmen der zwölferschiitischen Auslegung des islamischen Rechts gilt, nach dem es unterschiedliche Rechte für unterschiedliche Menschen gibt.[118]

> Iraner genießen unabhängig von der Zugehörigkeit zu ihrer Volksgruppe oder ihrem Stamm gleiche Rechte. Hautfarbe, Rasse, Sprache und ähnliche Merkmale begründen keine Privilegien.[119]
> Jedes Mitglied des Volkes, ungeachtet ob Frau oder Mann, genießt gleichermaßen den Schutz des Gesetzes *unter Berücksichtigung islamischer Prinzipien*, alle menschlichen, politischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte.[120]

Laut Aussagen der hier zitierten iranisch-schiitischen Autor*innen gibt es – im Unterschied zu den sunnitischen Vorstellungen – zwei Arten von Würde: Erstens die angeborene oder erschaffene, von Gott gegebene Würde, mit der Er den Menschen vor allen anderen Lebewesen auszeichnet. Kommt der Mensch seinen damit verbundenen Pflichten nicht nach, verliert er diese Würde und steht somit auf einer Stufe noch unter dem gemeinsten Tier. Aus der angeborenen ergibt sich auch die rechtliche oder gesellschaftliche Würde und Ehre, die allen Staatsbürger*innen der IRI zukommt, solange sie sich der islamischen Ordnung fügen. Andernfalls verlieren sie diese Würde und die damit verbundenen Rechte.

---

[113] Zu dessen antiimperialistischer Polemik gegen die UNO und ihre Organisationen im Allgemeinen und die AEMR im Besonderen cf. Arminjon Hachem: *Les droits de l'Homme*, S. 75.

[114] Āmanollāh Šafiʾī: „Karāmat-e ensānī va ḥaqq-e šahravandī bā takiye bar oṣūl-e eslām va dīdgāh-e Emām Ḫomeinī“ [Die Menschenwürde und das Bürgerrecht gestützt auf die Grundlagen des Islams und die Ansichten von Imam Khomeini], in: imam-khomeini.ir/fa/n24271 (letzter Aufruf 27. 02. 2017), S. 4 f. Hierbei handelt es sich um eine offizielle Startseite im Internet, die von höchster Stelle in Iran veröffentlicht wird.

[115] Ibid., S. 6 f.

[116] Ibid., S. 29.

[117] Pūrḥoseinī: Karāmat-e ensānī, S. 3.

[118] Cf. Moschtaghi: *Menschenrechtliche Situation*, S. 119.

[119] Art. 19 der Verfassung der IRI, zit. n. Moschtaghi: *Menschenrechtliche Situation*, S. 117.

[120] Art. 20 zit. n. ibid. [Hervorhebung A. P.-H.]. Ähnliches steht in der Kairoer Erklärung von 1990, s. o.

Nur als Bürger erhält der Mensch Rechte, deren Grundlage die Menschenwürde ist. Zudem bildet die angeborene Würde die Grundlage der Menschenrechte, die für alle Menschen, gleich welchen Glaubens, gilt. Zweitens gibt es die erworbene Würde, also diejenige, die sich der Mensch durch seine Taten auf dem Wege der Vervollkommnung erwirbt und wodurch er Ehre erlangt. Je größer Tugendhaftigkeit und Frömmigkeit, desto größer die Würde. Obwohl zumindest laut Ǧaʿfarī Tabrīzī Angehörige der sog. abrahamitischen Religionen bereits eine wichtige Stufe zur Vollkommenheit erklommen haben, können ausschließlich Muslim*innen die höchsten Stufen der erworbenen Würde erreichen, da nur sie in Kenntnis der göttlichen Gebote die notwendige Frömmigkeit in sich schaffen. Diese erworbene Würde wird aus Koran 49:13 abgeleitet.

IV Zur Frage eines möglichen Konsenses: Fazit

Grundlegend für die Diskussion des Begriffs der ‚Menschenwürde‘ in der Islamischen Republik Iran ist deren Staatsverfassung, die sich wiederum auf Koran, Sunna und die Überlieferungen der zwölf Imame[121] sowie das daraus abgeleitete Recht (Scharia) gründet. Maßgebend für die Staatsform des von einem obersten Rechtsgelehrten, dem ‚Revolutionsführer‘, geleiteten Gemeinwesens war Ayatollah Khomeini, der die Verfassung entsprechend prägte. Um eine ‚islamische Verfassung‘ zu erstellen, wurde das islamische Recht schiitischer Prägung im Sinne Khomeinis und seiner Gefolgsleute kodifiziert.

Kritik an der Herrschaft des obersten Rechtsgelehrten (pers. *velāyat-e faqīh*) übte eine ganze Reihe von anderen schiitischen Gelehrten, die dafür unter Hausarrest gestellt wurden. Ein prominenter Kritiker und Rechtsgelehrter, der sich zudem intensiv mit den Menschenrechten auseinandergesetzt hat, ist Moḥsen Kadīvar. Seiner Ansicht nach erkannte Khomeini, dass die traditionelle Rechtsgelehrsamkeit in ihrem Bemühen, zeitgenössische Probleme mit Hilfe schariatsrechtlicher Gebote zu lösen, scheitern musste. Also präsentierte er Kadīvar zufolge die Lösung in der absoluten Autorität und Führerschaft eines Rechtsgelehrten, der den islamischen Staat leitet.[122] Mit Hilfe des im schiitischen Islam verankerten Rationalismus und der daraus abgeleiteten Erlaubnis der Rechtsgelehrten, selbst Recht zu schöpfen, könne der religiöse Führer (pers. *rahbar*) alle Rechtsvorschriften annullieren, die nicht zeitgemäß seien oder nicht dem staatlichen Interesse dienten. Gleichzeitig könne er neue Vorschriften erlassen. Falls also, so Kadīvar, ein Staat existiere, der Khomeinis Vorstellungen entspreche und es im Interesse dieses Staates liege, die Menschenrechte zu akzeptieren, könnte dieser Staat dann nicht die Umsetzung von Vorschriften verhindern, die die Menschenrechte verletzten? Zweifellos sei dies möglich. In diesem Fall müsse sich der Staat, um seine Interessen durchzusetzen, von der *traditionellen* Rechtsgelehrsamkeit lösen.[123] Allerdings stelle die Verfassung der IRI den ‚Höhepunkt‘ der Bemü-

[121] Im zwölferschiitischen Islam kommt den zwölf Imamen als Nachfahren und damit rechtmäßigen Nachfolgern des Propheten Muhammad (Nachkommen aus der Ehe seiner Tochter Fatima mit seinem Cousin Ali) besondere Bedeutung zu.

[122] Zu Kadīvars Kritik an Khomeinis Staatsverständnis cf. Arminjon Hachem: *Les droits de l'Homme*, S. 243–246.

[123] Mohsen Kadīvar: Human Rights and Intellectual Islam, in: *New Directions in Islamic Thought. Exploring Reform and Muslim Tradition*, hrsg. von Kai Vogt et al.,

hungen traditioneller schiitischer Gelehrter dar, sich mit den Menschenrechten auseinanderzusetzen, indem sie die Unterscheidung zwischen Muslimen und Nichtmuslimen, zwischen Schiiten und Sunniten offiziell bestätige.[124]

> Unless *fuqahā'* [Rechtsgelehrte, P.-H.] are allowed to formulate opinions (*iǧtihād*) on primary religious principles (*uṣūl*) and unless there is a fundamental transformation in their way of thinking, the conflict between Islamic countries' laws and the notion of human rights is irresolvable in these areas.[125]

Wie die oben zitierten iranisch-schiitischen Autoren deutlich vor Augen führen, hat Kadīvar in Hinblick auf die IRI recht. Ein Verständnis von Menschenwürde, das diese allen Menschen zugesteht, unabhängig nicht nur von ihrer Herkunft, ihrer Hautfarbe und ihrem Geschlecht, sondern auch unabhängig von ihrer Religion oder Weltanschauung, ist mit dem Begriff von ‚Würde', wie er im offiziellen Diskurs der IRI verwendet wird, nicht vereinbar. Selbst wenn man die ‚Pflichten' mit einbezieht und nicht nur ‚Rechte' gelten lässt, müsste auch in diesem Fall genau geprüft werden, welche ‚Pflichten' gemeint sind. Wer die Gott – also an bestimmte religiöse Überzeugungen gebundene – geschuldeten Pflichten nicht erfüllt, verliert nach diesen Vorstellungen seine Würde. Jedoch hat der Mensch auch im Sinne dieser Vorstellungen Pflichten gegenüber der Gesellschaft, in der er lebt. Diese ließen sich vielleicht sogar mit denjenigen Pflichten in Einklang bringen, die nach Stepanians allen durch die Menschenrechte auferlegt werden und deren normative Quelle die Menschenwürde ist.[126]

Folgt man Baumann, dann steht das Postulat vom Verlust der angeborenen Würde durch mangelnde Pflichterfüllung gegenüber Gott bzw. durch Verstöße gegen die gottgewollte Ordnung ebenso wie der Erwerb von Würde durch Frömmigkeit in eklatantem Widerspruch zum normativen Gehalt der Menschenwürde nach der AEMR: Sie wird weder durch Verdienste erworben, noch kann sie verloren werden.[127] Falls ein Konsens in Hinblick auf die Menschenwürde zumindest mit der IRI nicht möglich und im Falle anderer muslimisch geprägter Gesellschaften ähnlich schwierig ist, sollte man ihn nicht dennoch aus *pragmatischen* Gründen beibehalten?[128] Die Tatsache, dass hochrangige Vertreter der IRI sich mit dem Begriff der ‚Menschenwürde' in der

London / New York 2009, S. 47–68 (59 f.). Zu Kadīvars Vorstellungen bezüglich eines ‚Reformislams' bzw. eines ‚spirituellen Islams' cf. Arminjon Hachem: *Les droits de l'Homme*, S. 223–290 und Katajun Amirpur: *Unterwegs zu einem anderen Islam. Texte iranischer Denker*, Freiburg u. a. 2009; zu seinen Ansichten in Hinblick auf Menschenrechte und ‚religiöse Minderheiten' cf. Kadīvar: *Gottes Recht*; sowie Anja Pistor-Hatam: Religious Minorities in the Islamic Republic and the 'Right to Have Rights', in: *Irannamag* (2018) [in Vorbereitung].

[124] Kadīvar: *Human Rights*, S. 62.

[125] Ibid., S. 63.

[126] Cf. Stepanians: Gleiche Würde, gleiche Rechte, S. 90.

[127] Baumann: Menschenwürde, S. 20. Keinen Grund zum Optimismus sieht Kalisch, da das islamische Rechtsdenken nicht allen Menschen die gleichen unantastbaren Rechte einräume. Muhammad Kalisch: Islam und Menschenrechte: Betrachtungen zum Verhältnis von Religion und Recht, in*: Islam und Menschenrechte* (*Islam and Human Rights* / حقوق الإنسان و الإسلام), *Beiträge zum Islamischen Recht VII, Leipziger Beiträge zur Orientforschung* 26, Beiträge zum Islamischen Recht, hrsg. von Hatem Elliesie, Frankfurt am Main et al. 2010, S. 49–72 (63).

[128] Cf. Herrmann: Pragmatische Rechtfertigung, S. 71.

AEMR überhaupt auseinandersetzen und sich ihre Regierung regelmäßig von den Vereinten Nationen vorwerfen lassen muss, die Menschenrechte zu verletzen, spricht dafür. Könnte man darüber hinausgehend möglicherweise noch einen ‚übergreifenden Minimalkonsens‘ nach Rawls erzielen, der dem Ideal der universellen Menschenrechte und damit auch der ‚Menschenwürde‘ näher käme?

Rawls’ ‚übergreifender Minimalkonsens‘ ist Bestandteil seiner idealen Theorie, mit deren Hilfe er eine Vision entwickelt, um die weniger ideale Welt zu verändern. Politische Stabilität könne erreicht werden, wenn alle Mitglieder einer Gesellschaft eine Reihe grundlegender Prinzipien aus unterschiedlichen Gründen akzeptierten.[129] Um ein solches ‚Modul‘ von Prinzipien zugunsten eines ‚übergreifenden Minimalkonsenses‘ in Hinblick auf die Menschenrechte zu entwickeln, verzichtet Rawls darauf, übergreifende moralische Lehren oder philosophische Vorstellungen von der menschlichen Natur einzubeziehen. Stattdessen geht er davon aus, dass grundlegende Menschenrechte die kleinstmögliche Richtschnur geregelter politischer Institutionen innerhalb einer gerechten Ordnung bilden. Innerhalb dieser gesellschaftlichen Ordnung müssten zumindest grundsätzliche Rechte wie das Recht auf Leben und Sicherheit sowie Eigentum, das Recht auf Auswanderung, ein gewisses Maß an Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit (*association*) und die Herrschaft des Gesetzes garantiert sein: „These laws we refer to as human rights.“[130] Ein auf diese grundsätzlichen Rechte, d. h. die sogenannten „natürlichen (*feṭrī*) Rechte“[131] begrenzter übergreifender Minimalkonsens könnte mit den hier zitierten Autor*innen möglicherweise erreicht werden.

Allerdings begegnet der Ansatz von Rawls einer Reihe grundlegender Bedenken. Zum einen gibt es im Bereich der Menschenrechte keine ‚höherrangigen‘ oder ‚niederrangigen‘ Rechte. Mit der irreführenden Bezeichnung ‚human rights‘ bezeichnet Rawls aber offenbar die seiner Ansicht nach wesentlichen Rechte. Selbst wenn man davon ausginge, dass es ‚wesentliche‘ und ‚weniger wesentliche‘ Menschenrechte gäbe, so fehlen aber, zum anderen, in seiner Liste zahlreiche absolut anerkannte Rechte wie das Folterverbot, das Verbot der Rassendiskriminierung, die Religionsfreiheit und die Gleichheit der Geschlechter. Vor allem aber fehlt die Grundannahme, dass die Menschenrechte für alle Menschen gleichermaßen gelten. Wesentlicher Bestandteil der Menschenrechte als Gleichheitsrechte[132] ist aber gerade dieses Kernelement:

> Ohne den Gleichheitsanspruch wären Freiheitsrechte lediglich Privilegien einer bevorzugten Gruppe, aber eben keine allgemeinen *Menschen*rechte. Und ohne die freiheitliche Ausrichtung wiederum könnte von Gleich*berechtigung* gar keine Rede sein. Der Gleichheitsanspruch der Menschenrechte zielt eben nicht auf abstrakte Gleichförmigkeit, sondern auf das effektiv gleiche Recht aller Menschen, ihre je ‚besonderen‘ eigenen

[129] Cf. John Rawls: The Law of Peoples, in: Stephen Shute / Susan Hurley: *On Human Rights. The Oxford Amnesty Lectures*, Oxford 1993, S. 42–67; ders.: *Political Liberalism. Expanded Edition*, New York [3]2005; Artikel ‘John Rawls’, in: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*: plato.stanford.edu/entries/rawls (letzter Aufruf 29. 06. 2017). Siehe hier-zu auch Charles Taylor: Conditions on an Unforced Consensus on Human Rights, in: *The East Asian Challenge for Human Rights*, hrsg. von Joanne R. Bauer und Daniel Bell, Cambridge 1999, S. 124–44.

[130] Rawls: *Law of Peoples*, S. 68.

[131] Cf. z. B. Arminjon Hachem: *Les droits de l’Homme*, S. 110.

[132] Siehe Bielefeldt: *Menschenrechtlicher Universalismus*, S. 111.

> Lebensentwürfe zu finden und zu verwirklichen. Insofern geht es bei den Menschenrechten immer schon um eine ‚Gleichheit ohne Angleichung‘.[133]

Dem widersprechen die Aussagen der Mehrheit der hier zitierten Autor*innen sunnitischer wie schiitischer Provenienz, die auf der Grundlage des islamischen Rechts das Verhältnis des Menschen zum Islam in den Mittelpunkt stellen und daher nicht allen Menschen dieselben Rechte zugestehen.[134] Insofern führt der Rawlsche Ansatz an dieser Stelle ohnehin nicht weiter.

Wie gezeigt werden konnte, führt aber auch eine Diskussion über den Begriff der ‚Menschenwürde‘ nicht zum gewünschten Ergebnis eines übergreifenden Minimalkonsenses, da die enge Verbindung von ‚Würde‘ mit ‚Ehre‘, wie sie das koranische *karāma* nahelegt, nicht mit dem in der AEMR verwendeten Terminus und seiner modernen, säkularen Konnotation übereinstimmt. Diese versteht ‚Menschenwürde‘ als die „wesentliche Gleichheit aller Menschen“,[135] während der Ehrbegriff der islamischen ‚Würde‘ an „Rollenerwartungen, Statuspositionen oder auch persönliche Verdienste geknüpft wird“.[136] Frömmigkeit als persönlicher, individueller Verdienst um die zu erwerbende Würde verbindet sich im Kontext der hier diskutierten Aussagen iranischer Autor*innen – und darüber hinaus auch vieler anderer Muslim*innen – mit Pflichten gegenüber Gott sowie mit dem Gemeinwohl.

Der englische Begriff *dignity* aus der AEMR wurde im Arabischen und Persischen mit *karāma(t)* übersetzt und auf der Grundlage des Korans mit einer islamischen Tradition und Bedeutung versehen. Dadurch wurde ein Bedeutungswandel ausgelöst, der bei Übertragungen in eine andere Sprache und einen anderen historischen, religiösen und gesellschaftlichen Kontext fast zwangsläufig eintritt, aber nicht in jedem Fall eine so gravierende Veränderung der Konnotation zur Folge hat. Mithin kann der Begriff der ‚Menschenwürde‘ in seiner derzeitigen Übersetzung nicht zur Grundlage eines wie auch immer gearteten Konsenses dienen. Dieser ist unter den gegebenen Umständen nicht herzustellen, es sei denn – zumindest bedingt – mit einzelnen muslimischen Vordenkern wie Sachedina oder Kadīvar. Die Idee von der angeborenen, unveräußerlichen und gleichen Würde aller Menschen, einer ‚Würde ohne Würdigkeit‘, ist zumindest in mehrheitlich muslimischen Gesellschaften nicht unbedingt mehrheitsfähig.[137] Im offiziellen Diskurs der Islamischen Republik Iran wird der Vorstellung der gleichen Würde aller Menschen sogar deutlich widersprochen.

---

[133] Ibid., S. 111 f. Duncker sagt dazu kurz und bündig: „Klar ist, dass ein ‚menschenrechtlicher Kernbestand‘, der einer Rechtsgleichheit aller Menschen entbehrt, ad absurdum geführt wird.“ Duncker: *Ungleiches Recht*, S. 577.

[134] Cf. Kalisch: *Islam und Menschenrechte*, S. 63.

[135] Heiner Bielefeldt: Menschenrechtlicher Universalismus ohne eurozentrische Verkürzung, in: *Gelten Menschenrechte universal? – Begründungen und Infragestellungen*, hrsg. von Günther Nooke et al., Freiburg 2008, S. 98–141 (107).

[136] Ibid.

[137] Wielandt weist zurecht darauf hin, daß die Art und Weise, wie von Muslim*innen mit dem modernen Menschenrechtsdenken und dessen prägenden Begriffen umgegangen wird, je nach Sozialisation sehr unterschiedlich ist. Wielandt: *Menschenwürde*, S. 183. Zur Religionsfreiheit in Ägypten cf. Johanna Pink: The Concept of Freedom of Belief and Its Boundaries in Egypt: The Jehova's Witnesses and the Baha'i Faith Between Established Religions and an Authoritarian State, in: *Culture and Religion* 6 (2005), S. 135–60.

Daher ist Herrmann zuzustimmen, wenn sie es für zurzeit aussichtslos und illusorisch hält, eine ‚gemeinsame Wertbasis‘ für die Menschenwürde zu finden, die weltweit akzeptiert würde. Es bleibt der pragmatische Grund für die Beibehaltung des Begriffs, um gegen Diskriminierung und Gewalt gegen Menschen vorzugehen.[138] Ebenso wie die Erklärung der Menschenrechte insgesamt, die als „the last utopia“[139] bezeichnet wurde, stellt der Begriff der ‚Menschenwürde‘ nach der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte* ein Ideal dar, über dessen Bedeutung auf lange Sicht wohl kein Konsens zu erzielen sein wird.

Ein Konsens könnte sich nur dann ergeben, wenn der in der AEMR und anderen UN-Menschenrechtsverträgen verwendete Begriff der Menschenwürde nicht mit dem religiös vorgeprägten Begriff *karāma(t)* übersetzt, sondern durch einen anderen oder neu geschaffenen Begriff ersetzt würde. Rechtlich wäre eine solche neue Wortkreation nichts Ungewöhnliches. Im Gegenteilt: Entstehen neue Begriffe/Konzepte auf völkerrechtlicher Ebene, so ist es die Aufgabe der Staaten, dafür die entsprechenden (und passenden!) Begriffe auf nationaler Ebene zu entwickeln. Die Aneignung fremder Konzepte und Begriffe sowie der Deutungswandel bereits vorhandener Begriffe auch koranischen Ursprungs, lässt sich im Arabischen, Osmanischen und Persischen vor allem seit dem 19. Jahrhundert beobachten. Moderne politische Ideen wurden aus europäischen Sprachen, namentlich dem Französischen, übernommen. Um sie in den genannten Sprachen wiederzugeben, bediente man sich – der als notwendig erachteten Vereinbarkeit mit dem Islam wegen – auch hier gerne entweder koranischer Termini (*milla, umma* für ‚Nation‘) oder bildete Entlehnungen (*dīmūqrāṭīya*), falls dies nicht möglich war. Allerdings verändert eine terminologische Neuschöpfung nicht unbedingt die mit ihrem Inhalt verbundenen Denkmuster.

Die völkerrechtlichen Konsequenzen des dargestellten Umgangs mit dem Begriff der Menschenwürde hat die Islamische Republik Iran selbst zu tragen. Eine Berufung auf das eigene innerstaatliche Recht und die eigene Rechtsauffassung rechtfertigt nicht die Verletzung völkerrechtlicher Verträge[140] – auch und erst recht nicht die Verletzung von UN-Menschenrechtsverträgen. Insofern wird der UN-Menschenrechtsrat weiterhin die Verletzung von Menschenrechten durch Iran anprangern.[141]

Prof. Dr. Anja Pistor-Hatam hat die Professur für Islamwissenschaft an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel inne. Sie ist Mitglied der Akademie der Wissenschaften in Hamburg und seit Juni 2014 Vizepräsidentin ihrer Universität.

Prof. Dr. Kerstin von der Decken hat die Professur für Öffentliches Recht mit Schwerpunkt Völkerrecht, Europarecht und Allgemeine Staatslehre an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel inne und ist eine von drei Direktoren des Walther-Schücking-Instituts für Internationales Recht Kiel. Sie ist Mitglied der Akademie der Wissenschaften in Hamburg.

---

[138] Herrmann: *Pragmatische Rechtfertigung*, S. 71.

[139] Samuel Moyn: *The Last Utopia. Human Rights in History*, Cambridge/Mass. u. a. 2010.

[140] Vgl. Art. 27 Satz 1 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge, vom 23. 05. 1969.

[141] Siehe zuletzt UN-Resolution zur Lage der Menschenrechte in Iran, 14. 11. 2017, undocs.org/A/C.3/72/L.41 (letzter Aufruf 05. 01. 2018).

ZRI – Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam 9 (2017), S. 179–204

Walking a Tightrope: Balancing Law, Religion and Gender Equality in the Aftermath of the Indian Supreme Court's *Triple ṭalāq Ban*

Tanja Herklotz

I. Introduction

In August 2017, the Indian Supreme Court gave its long-awaited judgment in the case *Shayara Bano v Union of India*.[1] The Court in a three-to-two decision invalidated the Muslim practice of divorce by triple *ṭalāq* (*ṭalāq-e-bid-dat*) – a form of instant divorce at the initiative of the husband which became effective when he pronounced the word '*ṭalāq*' thrice in one sitting. This form of divorce required no state intervention, was deemed effective forthwith and irrevocable, and the sole prerogative of the husband. The judgment considered five writ petitions filed by Muslim women who had been divorced by way of triple *ṭalāq*. Among them was Shayara Bano, one of the named petitioners. In her attempt to have triple *ṭalāq* declared unconstitutional, Shayara Bano was supported by a number of Muslim women's rights groups that considered the practice gender discriminatory and had long campaigned for a reform of the so-called 'Muslim personal law'. Their attempt was opposed by the All India Muslim Personal Law Board (AIMPLB) that argued against the ban of triple *ṭalāq* and for maintenance of the legal status quo.

By historically contextualising this judgment, this paper argues, that *Shayara Bano* was a deviation from the earlier position of the Indian State vis-à-vis Muslim personal law and might even mark a historical turning point. While the State had previously refrained from interfering in this domain, and thereby practically granting the Muslim clergy authority over the interpretation of the community's personal laws, it now assumed some new authority in this area. The paper further analyses the developments that followed the *Shayara Bano* case. It therefore largely draws on newspaper articles and blog posts as sources. It argues that *Shayara Bano* has brought about both potential benefits and risks: On the one hand, the landmark judgment has been a great step forward in the advancement of gender equality and has been hailed as a boon by women's groups. It has initiated a new discourse on gender equality in the Indian legal system and may well back up other movements in their attempts to pursue legal activism for social change. On the other hand, in the wake of *Shayara Bano* there have also been incidences where under the guise of women's rights, Hindu nationalist political parties and other forces pursue anti-Muslim politics. The drafting of the Muslim Women (Protection of Rights on Marriage) Bill 2017, passed by the Indian lower house of parliament in December 2017, which attempts to criminalise Muslim husbands who pronounce triple *ṭalāq* with up to three years of imprisonment is one such worrying example.

This paper will first provide an overview of the Indian personal law system in its constitutional context (II). It will then depict three particular actors that largely shape the dis-

[1] *Shayara Bano v Union of India and Others* AIR 2017 SC 4609.

course around Muslim personal law: the Indian State; the Muslim clergy; and Muslim women's organisations – and the arguments that these actors deploy to advance their interests (III). In sections (IV) and (V), the paper will demonstrate the extent to which *Shayara Bano* was a deviation from the state's earlier positioning vis-à-vis Muslim personal law. Firstly, using a number of examples, it will be demonstrated that the State largely refrained from any interference with Muslim personal law until *Shayara Bano* (IV). Secondly, a contextualised analysis of the *Shayara Bano* case in which both the Muslim clergy and the Muslim women's groups played a significant role will show that this was indeed a landmark decision that shackled the power balances between the three actors (V). Against this backdrop, the paper will engage with the potentials and risks that the judgment produced (VI), before finishing with a brief concluding section that addresses possible future directions the three actors could move to (VII).

II. Personal Laws in the Indian Constitutional Context

Why was it possible in the first place for Shayara Bano's husband to divorce his wife by way of triple *ṭalāq*? The reason lies in the fact that in India, Muslims, like other religious communities (particularly Hindus, Christians and Parsis[2]), are granted the right to govern the family and property matters of their community members according to religion-based personal laws. Such personal law systems, which exempt family and inheritance law from the purview of state law are also known in other post-colonial contexts.[3] Notwithstanding the debates about a replacement of the Indian personal law system with a Uniform Civil Code (UCC) which date back to pre-Independence times,[4] to date, the personal laws have been maintained and the constitution's directive principle to "endeavour to secure for the citizens a uniform civil code" (Article 44) remains unfulfilled.

Notably, the different personal laws cannot be taken to be single homogenous sets of rules. As Werner Menski points out, Hindu personal law is "a *family* of laws rather than one single unit".[5] The same can be said for Muslim personal law which in its present form is a conglomerate of norms based on religious scriptures and Anglo-Saxon principles which found their way into the Indian personal law system through the administration of these laws by the British during colonialism.[6]

---

[2] Buddhists, Jains and Sikhs are counted in the Hindu-category: see for instance, Hindu Marriage Act 1955, s 2(1) (b). See also explanation II to Article 25 of the Indian Constitution.

[3] See for instance Alamgir Muhammad Serajuddin: *Muslim Family Law, Secular Courts and Muslim Women of South Asia: A Study in Judicial Activism*, Karachi 2011; Yüksel Sezgin: *Human Rights under State-Enforced Religious Family Laws in Israel, Egypt, and India*, Cambridge 2013.

[4] Granville Austin: Religion, Personal Law, and Identity in India, in: *Religion and Personal Law in Secular India: A Call to Judgment*, ed. by Gerald James Larson, Bloomington 2001.

[5] Werner Menski: *Hindu Law: Beyond Tradition and Modernity*, New Delhi 2003, p. xvi (his emphasis).

[6] See for instance Archana Parashar: *Women and Family Law Reform In India: Uniform Civil Code and Gender Equality*, New Delhi 1992; Menski: *Hindu Law* (n. 5); Siobhan Mullally: Feminism and Multicultural Dilemmas in India: Revisiting the Shah Bano Case, in: *Oxford Journal of Legal Studies* 24.4 (2004), pp. 671–692; Rina Verma Williams: *Postcolonial Politics and Personal Laws: Colonial Legacies and the Indian State*, New Delhi 2006.

Muslim personal law consists of some codified laws and large parts of uncodified and customary rules. The customary rules again vary along the lines of the Shia and Sunni divide, different schools of thought as well as different regions. Among the codified laws are the Muslim Personal Law (Shariat) Application Act of 1937 and the Dissolution of Muslim Marriages Act, 1939, which both date back to colonial times.

From a gendered point of view, the personal laws of all religious communities – and not only those of the Muslim community – are problematic as they contain inherent inequalities between men and women, for instance with regard to inheritance rights, polygamy, divorce grounds, child adoption or guardianship rights.[7] These inequalities conflict with the constitutional right to equality enshrined in Articles 14 (equality before the law) and 15 (no discrimination on grounds of religion, race, caste, sex or place of birth) and would thus, on the basis of Article 13, have to be declared unconstitutional.[8] Some of the personal law provisions might further be regarded as in conflict with the right to life, guaranteed under Article 21 and generally interpreted in a broad sense as including personal liberty and the right to live with human dignity.[9] They could also be seen as problematic with regard to international human rights law, such as the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) or the Universal Declaration of Human Rights.[10]

On the other hand, it is also argued, that (at least some) practices that fall within the ambit of personal laws are protected under Article 25, which deals with the right to freedom of religion and includes freedom of conscience and free profession, practice and propagation of religion. According to Article 25(1), freedom of religion is, however, subject to public order, morality and health and to the other fundamental rights provisions. A balancing with

---

[7] For a more in-depth analysis of the problematic aspects of different personal laws see, Flavia Agnes: *Family Law Volume I: Family Laws and Constitutional Claims*, New Delhi 2011; Laura Dudley Jenkins: Diversity and the Constitution in India: What is Religious Freedom?, in: *Drake Law Review* 57.4 (2009); Archana Parashar: Just Family Law: Basic to all Indian Women, in: *Men's Laws, Women's Lives: A Constitutional Perspective on Religion, Common Law and Culture in South Asia*, ed. by Indira Jaising, New Delhi 2005.

[8] Article 13(1) of the Indian constitution provides that "[a]ll laws in force in the territory of India immediately before the commencement of this Constitution, in so far as they are inconsistent with the provisions of this Part [part III – the fundamental rights], shall, to the extent of such inconsistency, be void". Article 13(2) states that "[t]he State shall not make any law which takes away or abridges the rights conferred by this Part and any law made in contravention of this clause shall, to the extent of the contravention, be void." Whether or not the personal laws can be tested against the equality provisions is debated. The Mumbai High Court in *The State of Bombay v. Narasu Appa Mali* AIR 1952 Bom 84 held that (uncodified) personal laws were not "laws in force" within the purview of Article 13 of the Constitution and were therefore not void even when they came into conflict with fundamental rights. The Supreme Court held a different view in an obiter dictum in *C Masilamani Mudaliar & Ors v The Idol of Sri Swaminathaswami Thirukoil* AIR 1996 SC 1697 and also tested the personal laws against fundamental rights in a number of cases, most recently in *Shayara Bano*.

[9] *Maneka Gandhi vs. Union of India*, 1978 SCR (2) 621.

[10] It is worthwhile to note here that while India signed and ratified the CEDAW in 1980 and 1993 respectively, it made reservations to specific provisions. Most importantly, the Indian Government declared with regard to Articles 5 (a) and 16 (1) of the CEDAW, that it ensures "these provisions in conformity with its policy of non-interference in the personal affairs of any Community without its initiative and consent".

the right to equality would thus be necessary here. Furthermore, according to Article 25(2) (b), the same article does not "prevent the State from making any law [...] providing for social welfare and reform". Under this subsection, for instance, the provisions of the Hindu Marriage Act, 1956, have been considered to be protected.[11]

In addition, there are other constitutional provisions that play a role in the engagement with religion-based personal laws. One such provision is the principle of secularism, that is enshrined in the constitution's preamble and which the Supreme Court regards as part of the Constitution's "basic structure."[12] While at first sight, religion-based personal laws might be seen as in conflict with this principle, it is noteworthy that in India, secularism is generally understood slightly different than in European countries or in the USA: not as a strict divide between church and state, but as a principle of equal protection of all religions and equal distance towards all of them.[13] Secularism is then not necessarily a hindrance to the existence of personal laws. Another key provision is the previously mentioned Article 44, which calls for the introduction of a Uniform Civil Code. Article 44 is, however, not a fundamental right, but a directive principle, i. e. a non-enforceable guideline to the state. A law cannot be declared unconstitutional on the sole ground that it contravenes a directive principle.[14]

In the discourse around personal laws, Muslim personal law certainly has a special role. The Muslim community – which in itself is obviously not a homogenous block, but a group that is disaggregated in terms of caste, race, class and of the urban-rural divide[15] – is India's largest minority community comprising 172 Million people.[16] While this seems to be an impressive number, in a huge country such as India, this only constitutes 14.2 % of the whole population. Ever since Independence, India has time and again witnessed acts of hostility between Hindus and Muslims on varying scales and in varying degrees. Indian Muslims have suffered in particular from violent actions of Hindu nationalists who believe that India should be a country for Hindu's only. Against this backdrop, Muslim personal law has regularly functioned as a crucible in which larger conflicts between different religious groups are concentrated. For some, Muslim personal laws are a crucial marker of Muslim minority identity, which grants them a feeling of belonging. For others, the laws are an example where Muslims are unfairly being granted more rights than other parts of the population.

---

[11] See, for instance, Vijaya Narain Shukla / Mahendra Pal Singh: *V. N. Shukla's Constitution of India*, Lucknow [12]2013, on Article 25.

[12] *S. R. Bommai v. Union of India* (1994) 2 SCC1.

[13] Gary Jeffrey Jacobsohn: *The Wheel of Law: India's Secularism in Comparative Constitutional Context*, Princeton 2003, pp. xii ff.; Rajeev Bhargava: *Should Europe learn from Indian Secularism?*, see: www.india-seminar.com/2011/621/621_rajeev_bhargava.htm (last access 15. 03. 2018).

[14] Durga Das Basu: *Introduction to the Constitution of India*, Gurgaon [21]2013. However, there are also instances where the Supreme Court has "read" directive principles "into" fundamental rights (see for instance *Mohini Jain v. State of Karnataka and others* (1992) 3 SCC 666 or *Unii Krishnan J. P. and others v. State of Andhra Pradesh and others* (1993) 1 SCC 645). This has, however, not been the case with regard to Article 44.

[15] Mengia Hong Tschalaer: *Muslim Women's Quest for Justice: Gender, Law and Activism in India*, Cambridge 2017, p. 42.

[16] *Census of India* (2011), see: www.censusindia.gov.in-/2011census/C-01.html (last access 15. 03. 2018).

III. Actors in the Discourse around Muslim Personal Law

This paper distinguishes three key protagonists that largely shape the discourse around Muslim personal law: the Indian State; the Muslim clergy; and Muslim women's organisations.[17] It is clear that each of the three actors itself consists of different institutions, groups or persons with varying viewpoints on Muslim personal laws. For the purpose of this paper, however, these sub-divisions and inner differences are less important, as the aim here is to engage with the personal law discourse on a macro and not on a micro-level and to compare and contrast these actors, their positions and arguments in the larger socio-political context.

1. The State: The Indian Legislature and the Indian Higher Judiciary

For the purpose of this study, the category of 'the State' refers to the Indian parliament as the lawmaker and the Indian higher judiciary, as the law interpreter (and sometimes second lawmaker). The Indian parliament consists of two houses, the *Lok Sabha* (House of the People) and the *Rajya Sabha* (House of States).[18] Articles 107–108 of the Indian Constitution stipulate that one of the key functions of the parliament is that of legislation. Regular bills may be introduced in either of the houses (Art. 197 (1)). They become law once they are passed by both houses and received the assent of the President. The Indian higher judiciary refers to the Indian Supreme Court and the high courts.[19] The Supreme Court performs several roles, one of which is that of a constitutional court, which among other aspects engages with cases where fundamental rights violations are alleged under Article 13 (1) read with Article 32.[20]

When the Indian parliament is compared with the Indian higher judiciary (particularly the Supreme Court), it is interesting that not only does the latter feature more prominently in legal academic scholarship, but it also has a better reputation among the Indian population at large.[21]

---

[17] Another actor, that is not part of this study, but which should be kept in mind as a fourth actor impacting the discourse is the media. For a detailed study showing how media portrayal of Muslim personal law has changed over time, see Nadja-Christina Schneider: *Zur Darstellung von "Kultur" und "kultureller Differenz" im indischen Mediensystem: die indische Presse und die Repräsentation des Islams im Rahmen der Zivilrechtsdebatte, 1985–87 und 2003*, Berlin 2005.

[18] The *Lok Sabha* is the more significant institution; its members are elected from country-wide general constituencies. The *Rajya Sabha* is an indirectly elected body whose members are elected by the various State legislative assemblies and Union Territories.

[19] The Indian judiciary consists of a three tire system, which besides the Indian Supreme Court and the 24 high courts includes the subordinate judiciary.

[20] In addition, the Court also functions as a court of final appeal in a range of constitutional, civil and criminal cases; it can accept appeals by 'special leave' (Article 136) and it has inherent powers that allow it to do 'complete justice' and to review its own judgments (Articles 137 and 142). Less than 3 % of the cases heard by the Supreme Court are proper constitutional cases. See Arun Thiruvengadam: *The Constitution of India: A Contextual Analysis*, Oxford 2017, pp. 110 f.

[21] Alfred Stepan / Juan J. Linz / Yogendra Yadav: *Crafting State-Nations: India and Other Multinational Democracies*, Baltimore 2011, pp. 75 ff. The authors point to different statistics that show that there is more trust in the 'legal system' than in 'parliament' and that there is particularly low trust in the police and political parties. See also Devesh Kapur / Pratab Bhanu Mehta: *The Indian Parliament as an Institution of*

The Indian parliament is largely regarded as ineffective or even dysfunctional, a place of "rowdiness and disorder and theatrics replacing debate".[22] This impression is related to the fact that large numbers of parliamentarians have criminal cases registered against them[23] and to the phenomenon of family or dynastic connections among the MPs.[24] While the Indian parliament has over time generally become more representative of the different social classes among the Indian population, the representation of women and Muslims in parliament is still very low.[25] For several decades, the question of quotas for these two groups have been debated, but so far without any significant outcome.[26]

The Indian Supreme Court, on the other hand, enjoys a positive image as a powerful guardian of the people. Austin's famous dictum of the Court as the "guardian of the social revolution"[27] very much shaped how the Supreme Court perceived its own role[28] and how it was understood by the people at large and by legal academics. The Supreme Court's power of judicial review[29] and its development of Public Interest Litigation (PIL)[30], have les schol-

Accountability, United Nations Research Institute for Social Development, Programme Paper Number 23 (2006), p. 16.

[22] Kapur / Mehta (n. 21), p. 29.

[23] Ibid., (n. 21), p. 17; Thiruvengadam (n. 20), p. 62.

[24] Thiruvengadam (n. 20), p. 62.

[25] Of the 543 MPs elected to the 16th *Lok Sabha* (2014–present), only 22 are Muslims and 62 are women. For statistics, see: www.prsindia.org/media/media-updates/profile-of-the-16th-lok-sabha-3276 (last access 15. 03. 2018). See also Thiruvengadam (n. 20), pp. 62 f.

[26] Ibid., p. 63.

[27] Granville Austin: *The Indian Constitution: Cornerstone of a Nation*, Delhi 1966, p. 169.

[28] In *S. P. Gupta vs President Of India And Ors* (AIR 1982 SC 149) (para. 27) the Supreme Court held that "[t]he judiciary has [...] a socio-economic destination and a creative function. It has to use the words of Granville Austin, to become an arm of the socio-economic revolution and perform an active role calculated to bring social justice within the reach of the common man."

[29] Notably, the text of the Constitution does not vest important powers in the courts. But through a process of judicial interpretation, the judiciary has largely expanded its own powers. Particularly Article 13, which *implies* the judiciary's power to strike down parliamentary laws that contravene with the fundamental rights, has been the source for judicial review over legislative and administrative action. See Thiruvengadam (n. 20), p. 104.

[30] For a detailed description of the development of PIL see S. P. Sathe: *Judicial Activism in India: Transgressing Borders and Enforcing Limits*, Delhi [2]2002; Menaka Guruswamy / Bipin Aspatwar: Access to Justice in India: The Jurisprudence (and Self-Perception) of the Supreme Court, in: *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, ed. by Daniel Bonilla Maldonado, Cambridge 2013; or Anuj Bhuwania: *Courting the People: Public Interest Litigation in Post-Emergency India*, Cambridge 2017. Importantly, there are different aspects to PIL. On a procedural level, the Supreme Court held it no longer necessary that the petitioner of a case was also the party injured or wronged, but allowed citizens to bring cases on behalf of others. Furthermore, the Court gave up the formal requirement of filing a petition when, in a series of cases it treated letters and postcards as legitimate writ petitions. In addition, the Court appointed commissions to gather evidence and it expanded its own role to that of a monitor of implementation body by ordering far-reaching remedial measures and supervising the execution of these.

led scholars to call it "the most powerful court in the world"[31] and to hail it for "taking [people's] suffering seriously."[32] And indeed, the Supreme Court has taken very bold and far-reaching decisions in many areas of law (particularly concerning socio-economic rights and environmental aspects),[33] thereby protecting the interests of many marginalised groups such as under trials, bonded labourers, but also women.[34] It is only more recently, that the Supreme Court's far-reaching decisions have also been harshly critiqued.[35]

Since India is a secular country, both the parliament as well as the judiciary are secular institutions. India thus differs from other countries, such as Pakistan, where the Federal *Shariat* Court examines whether the laws of the country comply with Islamic law. However, in practice, both the Parliament and the Supreme Court, are dominated by (male) Hindus and there have been instances where Supreme Court judges have been criticised for misusing their authority to "become theologians"[36] and for using their power to foster Hindu interests or to defame Muslims.[37]

2. The Muslim Clergy

However, the State is not the only or even the primary maker and interpreter of personal law. Rather, scholarship has pointed out that personal laws are largely debated, negotiated, applied and shaped outside of the purview of the state and within the religious communities.[38]

[31] Indira Jaising: An Outsider, Inside, in: *Making a Difference: Memoirs from the Women's Movement in India*, ed. by Ritu Menon, New Delhi 2011; Sathe (n. 30), p. 249.

[32] Upendra Baxi: Taking Suffering Seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India, in: *Third World Legal Studies* 3 (1985), pp. 107–132.

[33] For an overview, see Guruswamy / Aspatwar (n. 30).

[34] Avani Mehta Sood: Gender Justice through Public Interest Litigation: Case Studies from India, in: *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 41.3 (2008), pp. 833–906.

[35] Critics stress that the Court has been overstepping its powers by interfering with the role of the legislator as well as the government; see Sathe (n. 30); Bhuwania (n. 30). Other scholars have bemoaned the ideological approach of more recent PIL cases. The Supreme Court, it is argued, has turned away from its earlier constituency of the poor and the marginalised to follow a neo-liberal path, thereby giving up some of its former ideals of human rights and social justice; see Usha Ramanathan: Of judicial power, in: *Frontline* (March 16–29, 2002), see: www.frontline.in/static/-html/fl1906/19060300.htm (last access 15. 03. 2018); Balakrishnan Rajagopal: Pro-Human Rights but Anti-Poor? A Critical Evaluation of the Indian Supreme Court from a Social Movement Perspective, in: *Human Rights Review* 18.3 (2007), pp. 157–187.

[36] Ronojoy Sen: Secularism and Religious Freedom, in: *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*, ed. by S. Choudhry, M. Khosla and P. Mehta, Oxford 2016, pp. 885–902 (896 f.).

[37] In *Mohd Ahmed Khan v Shah Bano Begum and Ors* AIR 1985 SC 945, the fact that a Supreme Court bench consisting of five Hindu judges interpreted Muslim personal law and drew on rather biased stereotypes against the Muslim community, led to severe critique. In the case of *Dr. Ramesh Y. Prabhoo v P. K. Kunte* (1995 S. C. A. L. E. 1) the Supreme Court's judgment characterised Hinduism as a 'way of life', a statement that was promptly appropriated by the Hindu nationalists and found mention in the BJP's political manifesto for the General Elections in 1999, see Thiruvengadam (n. 20), p. 202; Ratna Kapur / Brenda Cossman: Secularism's Last Sigh?: The Hindu Right, the Courts, and India's Struggle for Democracy, in: *Harvard International Law Journal* 38.1 (1997), pp. 113–170.

[38] Gopika Solanki: *Adjudication in Religious Family Laws: Cultural Accommodation, Legal Pluralism, and Gender Equality in India*, Cambridge 2011; Tschalaer (n. 15).

One organisation that is largely perceived as the representative body of Indian Muslims is the *All India Muslim Personal Law Board* (AIMPLB). Founded in 1973, it was long unrivalled as the representative forum of Indian Muslims, until its authority was challenged both by Shia Muslims and Muslim women, who in 2005 each formed their own organisations because they did not see their respective interests being represented adequately by the Board.[39]

The AIMPLB strongly resists all state intervention into Muslim personal law from the side of the state, be it via legislation or through judicial interpretation.[40] Among its "Aims and Objectives", the organisation states that it aims:

> a) To take effective steps to protect the Muslim Personal Law in India and for the retention, and implementation of the Shariat Act.
> b) To strive for the annulment of all such laws, passed by or on the anvil in any State Legislature or Parliament, and such judgments by courts of Law which may directly or indirectly amount to interference in or run parallel to the Muslim Personal Law or, in the alternative, to see that the Muslims are exempted from the ambit of such legislations.[41]

This rejection of state interference is based mainly on two arguments, firstly the notion that Muslim personal law is somewhat "sacrosanct" and thus immune to change, because personal laws "are derived from religious texts or scriptures"; and secondly the understanding that the personal laws are of "unique relevance" for "cultural identity" and consequently "any kind of interference [...] is not only a violation of religious freedom in the constitution but will put an end to [the community's] unique cultural identity".[42]

The AIMPLB would like the state to stay completely away from Muslim personal law and indeed favours a situation where the Muslim population is governed by Muslim institutions independent of the state. One important project, fostered by the AIMPLB was the setting up of *darul qazas* (sometimes also termed *Shariat* courts) in different Indian cities. These are alternative dispute resolution mechanisms for Indian Muslims that resolve family issues in accordance with the *Šarīʿat* and the *Qurʿān*. The setting up of these institutions benefited from Article 26 of the Indian Constitution, which stipulates freedom for religious groups to maintain and establish institutions for religious and charitable purposes, and to manage their own affairs in matters of religion. These highly bureaucratised and formalised institutions have become an integral part of India's plurilegal landscape, especially in the northern part of the country, where Islam is more prevalent.[43] The *qazi* (the judge of such courts) for many Muslims is a spiritual, moral and legal authority.[44]

Although the *darul qazas* are located outside of the state legal system (the verdicts of *darul qazas* are not enforceable by state au-

[39] These organisations were the All India Shia Personal Law Board (AISPLB) – a reaction to the impression that the issues of the Shia community had been side-lined by both the Indian government as well as the Sunni dominated AIMPLB and the All India Muslim Women Personal Law Board (AIMWPLB), which was founded by Shia and Sunni women. See Tschalaer (n. 15), pp. 61–63.

[40] Tschalaer (n. 15), pp. 53 f.

[41] See: www.aimplboard.in/objectives.php (last access 15. 03. 2018).

[42] See, for instance, a press note of the AIMPLB and other Muslim Organisations. Available at: aimplboard.in/images/media/Press13-10-2016%20ENGLISH.pdf (last access 15. 03. 2018).

[43] Tschalaer (n. 15), p. 53.

[44] Ibid., p. 54.

thorities and dissatisfied parties cannot approach the state courts to enforce or appeal the verdicts[45]), the Indian State acknowledges these institutions as cheap community based alternative dispute settlement bodies.[46] In response to a Public Interest Litigation claim, the Supreme Court ruled that *darul qazas* were not unconstitutional, but that "no Dar-ul-Qazas [...] shall give verdict or issue Fatwa touching upon the rights, status and obligation, of an individual unless such an individual has asked for it".[47]

3. Muslim Women's Groups

The third actor involved in the discourse around Muslim personal law is Muslim women's groups. While the Indian women's movement, for the most part, evolved in the mid-1970s, most Muslim women's groups were established later and against the backdrop of a perceived Hindu bias among the Indian women's movement and an understanding that more intersectional approaches were necessary to represent India's women adequately.[48] Muslim women's groups are distinct from other presumably secular women's organisations in so far as their constituency is largely comprised of Muslim women and that they therefore are concerned primarily with the concerns and interests of Muslim women. They draw largely on Quranic principles and argue that the Quran guarantees women certain rights, which are in practice largely denied to them as a consequence of prevailing patriarchal interpretations of Islam and Muslim law.[49] With this understanding, Indian Muslim women's groups are part of and influenced by transnational Islamic feminism.[50] In their argumentation, Muslim women's groups and activists draw on both Islamic scriptures as well as Indian constitutional law and international human rights law,[51] as illustrated by a quote from a member of the Mumbai-based *Bharatiya Muslim Mahila Andolan* (BMMA):

> [W]e believe that we have to ensure rights for women from wherever it comes. If it's coming from CEDAW, we will look at CEDAW,

[45] Ibid., p. 53.

[46] Ibid.

[47] *Vishwa Lochan Madan vs Union Of India & Ors*, Supreme Court of India, on 7 July, 2014, Writ Petition (Civil) No. 386 OF 2005.

[48] For instance, the founding of the *Bharatiya Muslim Mahila Andonan* in 2007 grew out of an understanding that the Indian women's movement assumed "the homogeneity of women's identity and thus could not effectively address the concerns of the many excluded and minority groups" like Dalits, Muslims and Adivasis; see: bmmaindia.com/2017/01/31/milestones-in-a-10-year-journey-2007-to-2016 (last access 15. 03. 2018). On the Hindu dominance among the early Indian women's movement see Flavia Agnes: Redefining the Agenda of the Women's Movement within a Secular Framework, in: *Women and Right-Wing Movements: Indian Experiences*, ed. by Tanika Sarkar and Urvashi Butalia, London 1995, pp. 136–157; Radha Kumar: *The History of Doing: An Illustrated Account of Movements for Women's Rights and Feminism in India 1800–1990*, New Delhi 1993, p. 106.

[49] Nadja-Christina Schneider: Islamic Feminism and Muslim Women's Rights Activism in India: From Transnational Discourse to Local Movement – or Vice Versa?, in: *Journal of International Women's Studies* 11.1 (2009), pp. 56–61; Sylvia Vatuk: Islamic Feminism in India: Indian Muslim Women Activists and the Reform of Muslim Personal Law, in: *Modern Asian Studies* 42.2 (2008), pp. 489–518.

[50] Schneider: Islamic Feminism (n. 49); Vatuk (n. 49).

[51] I disagree with Vatuk, who stresses that "[i]n justifying their demands, these women activists refer neither to the Indian Constitution nor to the universalistic human rights principles that guide secular feminists campaigning for passage of a gender-neutral uniform civil code of personal law, but rather to the authority of the Qur'an", Vatuk (n. 49), p. 489.

> if it's coming from the constitution of India, we will take it from there, if it's coming from the Qur'an, we will take it from there. Wherever a woman is being supported to fight for her rights, we take that, why should we not take it?[52]

This statement can be understood as a pragmatic course of action, using whatever is deemed helpful in the advancement of Muslim women's rights. But it can also be regarded as a process of "vernacularisation"[53] of international human rights norms to the local context.

While media often depicts the scenario as one in which progressive Muslim women's groups fight against a regressive Muslim clergy,[54] the demarcation lines are often not as clear-cut. Indeed, Muslim women's rights activists have openly challenged the religious and legal hegemony of the AIMPLB and the *darul qaza* system as biased against women. But it is also true that many Muslim women's rights activists in India face a dilemma when positioning themselves *vis-à-vis* their religion and Muslim personal law. On the one hand they strive for gender equality and against patriarchal oppressive structures; and on the other hand, they also see the dangers and difficulties in rebelling against a legal system that is largely regarded as an important identity marker of their religious community. Avoiding an either-or-decision, many Muslim feminists have pursued avenues where they sought to balance their attempt to bring about gender equality with respect for culture, tradition and religious beliefs.[55] In her description of Muslim women's rights activism in the city of Lucknow, Tschalaer, for instance, draws on Kandiyoti's concept of "bargaining with patriarchy"[56] to describe a phenomenon in which women challenge certain norms of their communities, while at the same time acting in ways that conform with patriarchal ideas of women's modesty and purity.[57]

For many Muslim women's organisations, such a balancing act means that they reject a replacement of Muslim personal laws by a secular UCC. Instead, they want to maintain Muslim personal law, but seek a reform with regard to those provisions that discriminate against women, for instance, Muslim men's rights to practice polygamy or to divorce their wives by triple *ṭalāq*, unequal inheritance laws or discriminatory provisions regarding guardianship.[58]

---

[52] Noorjehan Noorjehan Safia Niaz: BMMA, interview with the author on 29 December 2015.

[53] Sally Engle Merry / Peggy Levitt: Vernacularization on the Ground: Local Uses of Global Women's Rights in Peru, China, India and the United States, in: *Global Networks* 9.4 (2009), pp. 441–461; Sally Engle Merry et al.: Law From Below: Women's Human Rights and Social Movements in New York City, in: *Law & Society Review* 44 (2010), pp. 101–128.

[54] See for instance R. Ilangovan / Sagkik Dutta: Taking on patriarchy, in: *Frontline* (6 September 2013), p. 11, who speak about Muslim women "waging an unusual war within their faith" and being "optimistic that this will bring about a radical change in the mindset of orthodox Muslims who look at the activities of these women with suspicion today." See: www.frontline.in/cover-story/taking-on-patriarchy/-article5037878.ece (last access 15. 03. 2018); generally see Tschalaer (n. 15), pp. 63, 69.

[55] Tanja Herklotz: Feminist Dilemmas: The Challenges in Accommodating Women's Rights within Religion-Based Family Law in India, in: *Normative Pluralism and Human Rights: Social Normativities in Conflict*, ed. by Kyriaki Topidi, Routledge 2018.

[56] Deniz Kandiyoti: Bargaining with Patriarchy, in: *Gender and Society* 2.3 (1988), pp. 274–290.

[57] Tschalaer (n. 15), p. 86.

[58] Muslim women's groups thus agree with those sections of the Indian women's movement that argue for small step by step community-led reforms within the ambit of personal laws. The opposing view, which is also prevalent among Indian women's rights activists

They pursue this attempt mostly through two routes: firstly, they lobby the legislator as well as their own community to introduce new and better laws and secondly, they pursue strategic litigation in order to have certain discriminatory provisions declared unconstitutional.

IV. The State's "Hands-Off Approach": The Situation prior to *Shayara Bano*

The situation prior to the *Shayara Bano* case can be described as one where the Indian State largely refrained from interference in Muslim personal law and thereby granted the Muslim clergy authority of interpretation. Gopika Solanki speaks about a "sheared adjudication" model in this regard, according to which the Indian State willingly gave some of its adjudicative authority to religious and societal actors and organisations.[59]

1. Restraint in Interfering with Muslim Personal Law

A brief glance at modern Indian legal history shows that both the legislator as well as the higher judiciary have largely refrained from interfering with Muslim personal law. In terms of legislative change, Muslim personal law has undergone remarkably little change, especially when compared to the personal laws of the Hindu and Christian communities. Hindu personal law was codified and reformed in the 1950s through four legislations that are collectively referred to as the Hindu Code Bills.[60] This reform process, which significantly improved the situation for Hindu women,[61] was at least partly a reaction to the feminist demands that had called for reforms in this realm.[62] Hindu personal law has since then undergone other reforms, most recently

and feminist scholars, argues in favour of the introduction of a UCC in order to provide for gender just laws. On small scale reforms within the personal laws see Flavia Agnes: Minority Identity and Gender Concerns, in: *Economic and Political Weekly* 36.42 (2001), pp. 3973–3976. On suggestions to introduce a UCC see Vasudha Dhagamwar: *Towards the Uniform Civil Code*, Bombay 1989; Parashar: Just Family Law (n. 7); Catharine A. MacKinnon: Sex Equality under the Constitution of India: Problems, Prospects and "Personal Laws", in: *International Journal of Constitutional Law* 4.2 (2006), pp. 181–202; Farrah Ahmed: Remedying Personal Law Systems, in: *International Journal of Law, Policy and the Family* 30(3) (2016). For an overview on the different feminist standpoints and the shifts throughout time see Tanja Herklotz: Dead Letters? The Uniform Civil Code through the Eyes of the Indian Women's Movement and the Indian Supreme Court, in: *Verfassung und Recht in Übersee* 49.2 (2016), pp. 148–174.

[59] Solanki (n. 38).

[60] The Hindu Marriage Act (1955), the Hindu Succession Act (1956), the Hindu Minority and Guardianship Act (1956) and the Hindu Adoption and Maintenance Act (1956).

[61] Through the new legislation, Hindu marriages became dissoluble contracts and monogamy was imposed on Hindu men, the inheritance rights for daughters and widows were enlarged, mothers got more rights with regard to the guardianship of their children, girls could be taken in adoption (while previously only boys could be adopted) and wives and widows were granted maintenance rights. For a detailed description of the reforms see Agnes (n. 7), p. 19. Despite these significant changes, feminist scholars have bemoaned, that the laws that were passed were watered down versions of earlier drafts and that after the reforms Hindu personal law was still far from providing equal rights to men and women. Nivedita Menon: *Seeing Like a Feminist*, Zubaan 2012, pp. 24 ff.; Agnes (n. 7), p.p. 23 ff.

[62] Aparna Basu / Bharati Ray: Women's Struggle: *A History of the All India Women's Conference 1927–1990*, New Delhi 1990, p. 46.

through an amendment of the *Hindu Succession Act* in 2005. Christian law, on the other hand, had undergone some codification process under British rule and was to some extent reformed in the 1980s.[63] Muslim personal law, on the contrary, did not see such major reform processes. The only larger reform in this area was the introduction of the *Muslim Women (Protection of Rights on Divorce) Act* (MWA) in 1986, which, however, was rather an attempt by the Indian government and parliament to undo a Supreme Court judgment and maintain the status quo of Muslim personal law, as will be elaborated below.

A similar reluctance to interfere with Muslim personal law can be seen as regards the Indian higher judiciary. Compared to other areas of law, where the Indian Supreme Court has taken significant decisions in order to foster gender equality, the Court was astonishingly silent with regard to women's rights under personal laws,[64] particularly with regard to Muslim personal law. This "hands-off approach"[65] in the area of personal laws is remarkable, particularly against the backdrop of the Court's power of judicial review and its reputation as an independent and activist court, which was described above. As Indira Jaising[66] argues, the Indian courts have tended to circumvent the question of discrimination in family laws, either by holding that the personal laws are not "laws" in the purview of Article 13,[67] by drawing on the argument of a separation of powers and passing the ball back to the legislator,[68] or by arguing that a specific discrimination was not based *only* on the grounds of sex as demanded by Article 15(1).[69]

---

[63] Most prominently, Section 10 of the Indian Divorce Act of 1869, which had made divorce for Christian men much easier than for Christian women, was revised. The law reform was a reaction to decade long campaigns in which Indian Christian women together with the Churches had demanded legal change and some individuals and activist lawyers had approached the courts against the problematic provisions. See Narendra Subramanian: *Nation and Family. Personal Law, Cultural Pluralism, and Gendered Citizenship*, Stanford 2014, p. 69.

[64] MacKinnon: *Sex Equality* (n. 58).

[65] Indira Jaising: Gender Justice and the Supreme Court, in: *Supreme but not Infallible: Essays in Honour of the Supreme Court of India*, ed. by B. N. Kirpal et al., New Delhi 2000, p. 290.

[66] Indira Jaising: From "Colonial" to "Constitutional", Gender justice and Governance, in: *Men's Laws, Women's Lives: A Constitutional Perspective on Religion, Common Law and Culture in South Asia*, ed. by Indira Jaising, New Delhi 2005; Indira Jaising: Gender Justice: A Constitutional Perspective, in: *Men's Laws, Women's Lives: A Constitutional Perspective on Religion, Common Law and Culture in South Asia*, ed. by Indira Jaising, New Delhi 2005.

[67] *Narasu Appa Mali* (n. 8).

[68] In *Maharshi Avadhesh v. Union of India* (1994) Suppl. (1) SCC 713 the petitioners' writ petition to declare the Muslim Women Act (MWA) unconstitutional was dismissed with the argument that "[t]hese are all matters for legislature. The Court cannot legislate in these matters". In *Madhu Kishwar & Ors v State of Bihar & Ors* AIR 1996 SC 1864, the Supreme Court stated: "However, laudable, desirable and attractive the result may seem, it has happily been viewed by our learned brother that an activist court is not fully equipped to cope with the details and intricacies of the legislative subject". See also *Ahmedabad Women Action Group v. Union of India* (1997) 3 SCC 573.

[69] In a number of rather problematic decisions, the judiciary has held that discrimination based on sex as well as other factors would not amount to discrimination as such discrimination was not based "only" on grounds of sex. See for instance, *Sucha Singh Bajwa v. The State of Punjab* AIR 1974 P&H 162; *Nalini Ranjan Singh v. State of Bihar* AIR 1977 Pat 171.

Even in cases where the women claimants "won", the judiciary refused to test the specific personal law provisions against the doctrine of equality. For instance, in *Mary Roy*,[70] the problematic provision in the Trivancore Christian Succession Act was struck down on a technicality. In *Madhu Kishwar v. State of Bihar*[71] and in *Githa Hariharan*[72] the Court "read down" the discriminatory provisions, rather than declaring them unconstitutional.

An early exception where the Supreme Court decided in the area of Muslim personal law, was the *Shah Bano* case of 1985,[73] where the Court granted post-divorce maintenance to a Muslim woman by applying Section 125 of the *Code of Criminal Procedure* (CrPC). The norm provides for maintenance of wives, children, and parents if they do not have enough means to maintain themselves. Notably, the Court did not declare a provision of Muslim personal law unconstitutional, but simply applied a secular provision to a Muslim woman as it would have done in any case concerning a woman of another religious community. The judgment nevertheless led to severe agitation among the Muslim population, stirred further by the *All India Muslim Personal Law Board*, which regarded the judgment as an interference by the Court in Muslim personal law.[74] This was because Muslim personal law does not recognise regular maintenance payments after the *iddat* period (roughly three months) and after the former husband has returned the *mahr* (a form of dower) to his ex-wife. But the dissatisfaction with the judgment was not only related to its outcome – in fact, two earlier judgments had decided in a similar manner and created no such outcry.[75] But it was also due to the fact that in this judgment, five Hindu judges commented on Muslim personal law, thereby largely drawing on anti-Muslim stereotypes.[76] The judgment painted a picture in which the helpless Muslim woman needs protection from the claws of its own religious community. Drawing on Spivak's famous dictum, one could say about *Shah Bano* that Hindu men sought to save Muslim women from Muslim men. Shortly after the judgment, the Rajiv Gandhi government pushed for a new law that basically undid the judgment by taking Muslims out of the purview of Section 125 CrPC: the above mentioned *Muslim Women (Protection of Rights on Divorce) Act* (MWA). Ever since, the attempts of women's

[70] *Mrs Mary Roy & Ors v State of Kerala & Ors* AIR 1986 SC 1011. The case regarded the validity of two pre-Independence statutes: the *Travancore Christian Succession Act* (1910) and the *Cochin Christian Succession Act* (1922), which were perceived as discriminatory against women and a violation of Articles 14 and 15. For a critical evaluation of this case see Agnes (n. 7), pp. 146 f.

[71] *Madhu Kishwar* (n. 68).

[72] *Ms Githa Hariharan & Anr v Reserve Bank of India & Anr* AIR 1999 SC 1149.

[73] *Shah Bano* (n. 37).

[74] On the aftermath of the *Shah Bano* case, see, for instance, Rochana Bajpai: *Debating Difference: Group Rights and Liberal Democracy in India*, New Delhi 2011, p. 180.

[75] *Bai Tahira A vs Ali Hussain Fissalli Chothia* AIR 1979 SC 362 and *Fuzlunbi vs K. Khader Vali And Anr* AIR 1980 SC 1730.

[76] The judgment, for instance, unnecessarily stated that a Uniform Civil Code would "help the cause of national integration by removing disparate loyalties to laws which have conflicting ideologies" – a reference to the Muslim community, which, the Court indicated with this comment, had delayed the process of legal unification. It further depicted Muslim women as helpless objects who would suffer from a personal law system that is "ruthless in its inequality." For a more detailed critique see Madhu Kishwar: ProWomen or Anti Muslim? The Shah Bano Controversy, in: *Manushi* 32 (1986), pp. 4–13; Agnes (n. 7), p. 157.

rights groups to have problematic provisions of Muslim personal law declared unconstitutional remained largely unsuccessful.[77]

That is not to say that no progressive judgments have been produced at all. Rather, the Indian higher judiciary has through case law diminished hardships for Muslim women to a certain degree. For instance, the Supreme Court and various high courts have not only held that Article 3 of the MWA must be interpreted in a way that the ex-husband must pay a lump-sum payment which economically secures the ex-wife's future,[78] but also that despite the existence of the MWA, the divorced Muslim woman is entitled to claim maintenance from her ex-husband under Section 125 of the CrPC even after the expiry of the *iddat* period, as long as she does not remarry.[79] In addition, the higher judiciary has also formulated rather concrete preconditions for a divorce by *ṭalāq* to be effective, thereby limiting the freedom of Muslim husbands to pronounce *ṭalāq* "at his whim".[80] However, on a large scale, the problematic provisions that exist in Muslim personal law have not been declared unconstitutional and a major confrontation with the Muslim clergy has been avoided.

2. Arguments and Reasons for the State's Reluctance

In justifying their reluctance to intrude into the realm of personal laws, the government, the parliament and the courts draw on different strands of argumentation. One argument that seems to still prevail among the parliament and the courts is that of two separate spheres, a public and a private one. While the state is supposed to regulate the former, it should refrain from interfering into the latter. Religion-based family law is considered to be part of the private sphere. This argument is brought forward very prominently in a Delhi High Court Decision, where the court held that the

[77] See for instance *Maharshi Avadhesh v. Union of India* 1994 SCC, Suppl. (1) 713 and *Ahmedabad Women Action Group* (n. 68).

[78] *Danial Latifi & Anr v Union of India* AIR 2001 SC 3958.

[79] *Shabana Bano vs Imran Khan*, Supreme Court in 4 December, 2009. In its argumentation, the Court relied on the *Iqbal Bano* ruling, which held that "Proceedings under Section 125 Cr. P. C. are civil in nature" (*Iqbal Bano Vs. State of U. P. & Anr* (2007) 6 SCC 785, para. 10). See also Flavia Agnes: Shah Bano to Shabana Bano: The Many Small Victories for Muslim Women's Rights, in: *The Indian Express* (15 December 2009), see: indianexpress.com/article/opinion/columns/shah-bano-to-shabana-bano (last access 15. 03. 2018).

[80] The Gauhati High Court in *Jiauddin Ahmed v. Anwara Begum* (1981) 1 Gau. L. R. 358 and *Must. Rukia Khatun v. Abdul Khalique Laskar* (1981) 1 Gau. L. R. 375 held that *ṭalāq* was only valid if there was a reasonable cause for the divorce and if it was preceded by unsuccessful attempts at reconciliation between the husband and wife, involving two arbiters – one from the wife's family and the other from the husbands. Other judges have regarded triple *ṭalāq* as one revocable *ṭalāq*, meaning that after its pronouncement the husband has time to rethink his decision and an opportunity to revoke the same during the three months *iddat* period (*Masoor Ahmed v. State* (NCT of Delhi), 2008 (103) DRJ 137, para. 27). The Supreme Court, in *Shamim Ara vs State of U. P. & Anr.* (2002) 7 SCC 518, followed the Gauhati High Court, in that triple *ṭalāq* without a reasonable cause or without a previous attempt of reconciliation was considered invalid.

> [i]ntroduction of constitutional law in the home is most inappropriate. It is like introducing a bull in a china shop. It will prove to be a ruthless destroyer of the marriage institution and all that it stands for. In the privacy of the home and the married life, neither Article 21 nor Article 14 have anyplace.[81]

A second argumentation – largely pursued by the government – draws on the doctrine of non-interference. The idea here is that the state should only interfere with personal laws, if and when the demand for such reform came from the respective religious community itself.[82] And thirdly, as depicted above, especially the Indian Supreme Court largely draws on the argument of separation of powers.[83]

All three arguments can be disguised as a farce quite easily. They rather seem to be used as an excuse for not acting, but there are certainly no strict principles that the state generally abides by. With regard to the distinction between a public and private domain, one might stress that not only is the Indian State bound by the Constitution to uphold the fundamental rights (Articles 12 and 13), but also the Indian constitution expressly prohibits discrimination between private actors.[84] The argument is also unmasked as the Indian State has in other areas indeed interfered with the so-called 'private' sphere, most prominently with the enactment of the *Protection of Women from Domestic Violence Act* (PWDVA) in 2005.

The rhetoric of non-interference is disguised by Rina Verma Williams. Her overview of the history of personal laws demonstrates that the State deployed this rhetoric, but never consequently followed it – neither during colonial nor post-colonial times.[85] Rather, the "rhetoric of non-interference was used more as a tool to justify government policies, based on changing political interests, than as an actual guide to formulating policy".[86]

But also the argument of separation of powers that the Indian Supreme Court frequently deploys, is untenable. It is precisely the Court's duty to declare unconstitutional law invalid. Why this should not be the case in the area of personal laws is not comprehensible. But, against the backdrop of the Court's activist role and the far-reaching and indeed political decisions that it took in other areas of law, the argument of a separation of powers seems to be just another avoidance strategy.[87]

---

[81] *Harvinder Kaur vs Harmander Singh Choudhry* AIR 1984 Delhi 66, para. 34.

[82] On this argument Williams (n. 6).

[83] See, for instance, *Maharshi Avadhesh* and *Ahmedabad Women Action Group*, (both n. 68). For a more elaborate overview on the case law in this regard see Herklotz (n. 58).

[84] See for instance Article 15 (2) (a). On the issue of horizontal discrimination see Gautam Bhatia: Horizontal Discrimination and Article 15 (2) of the Indian Constitution: A Transformative Approach, in: *Asian Journal of Comparative Law* 11.1 (2016), pp. 87–109.

[85] Williams (n. 6).

[86] Ibid., p. 88.

[87] Ibid., p. 163; Herklotz (n. 89).

The calls for a UCC, that the Supreme Court every once in a while utters,[88] remained mere rhetoric and were not accompanied by any more concrete action to bring about change in the domain of personal laws.[89]

The actual reasons behind the lack of interference lie somewhere else. The personal laws are a highly sensitive issue. Especially with regard to Muslim personal law, any interference bears the risk of a backlash, as seen in the aftermath of the *Shah Bano* case. It is not only the fact that Muslims are a minority community (so are Christians and Parsis and there is less controversy around the respective personal laws of these communities). But, as stated above, the Muslim personal law is particularly politicised and it is much more linked to community identity than other personal laws. Any state action *vis-à-vis* Muslim personal law can easily produce reactions from different sides. Both the parliament as well as the courts have thus refrained from interfering in this area, as it was deemed too risky.[90] This lack of interference, as Narain, pointedly stresses, goes at the expense of Muslim women:

> By allowing Muslim leaders to continue to exercise authority over women of the community by refusing to reform the personal law, together with the state's policy of reinforcing the public / private split by claiming that no change is possible in the personal law unless the call for change comes from the community itself, the state has abandoned Muslim women to patriarchal interpretations of personal law and has legitimized their continued subordination.[91]

V. *Shayara Bano* – Deviating from the Norm

The Supreme Court broke away from precedent, with its decision in *Shayara Bano* in August 2017 when it declared Muslim divorce through triple *ṭalāq* invalid. With this judgment, the Court not only positioned itself on the topic and opposed the view of the Muslim clergy, but the State also took up some of the authority that it had earlier left to the Muslim community and thereby produced a shift in the balance of power.

Interestingly, triple *ṭalāq* is not explicitly regulated in any codified law. The key provision that the judgment engaged with was, therefore, the only provision that mentions *ṭalāq* at all: Section 2 of the *Muslim Personal Law (Shariat) Application Act* of 1937. It states:

> Notwithstanding any custom or usage to the contrary, in all questions [...] regarding [...]

[88] For instance, in *Shah Bano* (n. 37), the Court bemoaned that article 44 "has remained a dead letter". In *Ms Jordan Diengdeh v. S. S. Chopra* (1985 AIR 935) the Court held that "[s]urely the time has now come for a complete reform of the law of marriage and make a uniform law applicable to all people irrespective of religion or caste". In *Sarla Mudgal v. Union of India* ((1995) 3 SCC 635) the Court bemoaned that the "[r]ulers of the day" were apparently "not in a mood to retrieve Article 44 from the cold storage where it is lying since 1949". In *John Vallamattom And Anr v. Union Of India* (JT 2003 (6) SC 37) the Court called the parliament to "step in for framing a common civil code in the country". And in *Abc v. State* (Supreme Court on 6 July 2015), the Court reminded that the Directive Principles envision a Uniform Civil Code and that "India is a secular nation and it is a cardinal necessity that religion be distanced from law".

[89] Herklotz (n. 58).

[90] On the argument that the court seeks to avoid riots, see also Werner Menski: The Uniform Civil Code Debate in Indian Law: New Developments and Changing Agenda, in: *German Law Journal* 9.3 (2008), pp. 211–250 (219 f.).

[91] Vrinda Narain: *Reclaiming the Nation: Muslim Women and the Law in India*, Toronto 2008, p. 90.

> dissolution of marriage, including talaq [...] the rule of decision in cases where the parties are Muslims shall be the Muslim Personal Law (Shariat).

The Court had to decide whether the Act in so far as it refers to triple *ṭalāq* (if it does at all), is unconstitutional.

The petition against triple *ṭalāq* was prominently supported by different Muslim women's groups and opposed by the *All India Muslim Personal Law Board*.

1. Arguments by the Muslim Women's Groups and the Muslim Clergy

The petitioners and the intervening women's groups based their contention mainly on the argument that triple *ṭalāq* was arbitrary and discriminatory and thus violated the equality provisions in Articles 14 and 15 of the Indian Constitution. It was further stressed, that it was the judges' duty to intervene in cases of violation of an individual's fundamental right, and to render justice. This, it was argued, was even more so in cases where the legislator (presumably due to political considerations) was reluctant in acting. It was further held that the Constitution's provisions on religious freedom did not in any manner impair the jurisdiction of the Court, since Article 25 itself postulated that religious freedom was subject to other fundamental rights provisions but Articles 14 and 15, on the other hand, were not subject to any restrictions. In fact, it was opined that triple *ṭalāq* was not even protected by Article 25 because it would not form an "essential practice" of religion.[92] Additionally, the argumentation also relied on international treaties and covenants to which India is a party, such as the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the CEDAW and the respective references to gender equality, non-discrimination and human dignity therein. Beyond that, it was argued that triple *ṭalāq* was not in tune with the prevailing social conditions, as Muslim women were vociferously protesting against the practice. It was held that triple *ṭalāq* should be abolished in the same manner as the State had done away with practices once prevalent in the Hindu community, such as *sati* (the burning of widows on the funeral pyre of their deceased husbands) or polygamy. The fact that a number of countries with Muslim majorities had prohibited triple *ṭalāq* not only showed that state institutions were indeed capable of interfering with personal law, but also led to the paradox that Muslim women in secular India had lesser rights than Muslim women in Islamic states.

The rebuttal of the petitioners' contentions, prominently formulated by the AIMPLB, also drew on case law[93] in order to argue that the constitutionality of personal laws could not be tested by the courts. Instead, it was held with reference to Article 13 and Article 372, legal reform could only be brought about by the parliament. Other countries, too, had banned triple *ṭalāq* through legislative acts. It was further opined that triple *ṭalāq* – a mode of divorce that had been practised for 1400 years – was part and parcel of the personal law and thus part of the faith of at least some Indian Muslims (Sunni Muslims belonging to the Hanafi school). The practice was therefore protected under Article 25. Furthermore, it was argued that individual Muslim

[92] According to Indian jurisprudence, only "essential religious practice" is protected under Article 25; see for instance *The Commissioner Of Police & Ors vs Acharya Jagdishwarananda*, Supreme Court of India on March 11, 2004.

[93] *Narasu Appa Mali* (n. 8); *Ahmedabad Women Action Group* (n. 68).

couples were free to declare triple *ṭalāq* invalid in their marriage contract (*nikahnama*) or opt to be governed under the secular *Special Marriage Act* and could thus decide for themselves whether or not triple *ṭalāq* would be a valid form of divorce in their case. Deploying the rhetoric of non-interference, it was held that social reforms with reference to personal laws should generally emerge from the concerned community itself without the courts' interference.

2. The Court's Decision

The Court in its decision was split three to two.[94] The three judges in the majority regarded triple *ṭalāq* invalid, but used different reasoning to arrive at their conclusion: Justices Rohington Nariman and Uday U. Lalit held that the 1937 *Muslim Personal Law* (*Shariat) Application Act,* in so far as it refers to triple *ṭalāq,* violated Article 14 – the right to equality. They stated:

> [T]his form of Talaq is manifestly arbitrary in the sense that the marital tie can be broken capriciously and whimsically by a Muslim man without any attempt at reconciliation so as to save it. This form of talaq must, therefore, be held to be violative of the fundamental right contained under Article 14 of the Constitution of India. In our opinion, therefore, the 1937 Act, insofar as it seeks to recognize and enforce Triple Talaq, is within the meaning of the expression 'laws in force' in Article 13 (1) and must be struck down as being void to the extent that it recognizes and enforces Triple Talaq.[95]

They further argued that triple *ṭalāq* – which was perceived as sinful in theology – did not constitute an "essential religious practice" and was therefore not protected under Article 25(1).[96]

Justice Kurian Joseph, who was also part of the majority opinion, agreed with the conclusion but based this on a different argument. He held that triple *ṭalāq* was not a valid practice in Islam and was therefore illegal. Notably, he stated: "Merely because a practice has continued for long, that by itself cannot make it valid if it has been expressly declared to be impermissible"[97] and concluded: "What is held to be bad in the Holy Quran cannot be good in Shariat and, in that sense, what is bad in theology is bad in law as well".[98]

The minority view, held by the then Chief Justice of India, Jagdish Singh Khehar and Justice Abdul Nazeer, was that though triple *ṭalāq* was undesired, the courts could not strike it down, and only the parliament could regulate on the matter. In their opinion, the personal laws of any religious community were "protected from invasion and breach, except as provided by and under Article 25". *The justices did not see a reason to engage with the relationship between Articles 25* vis-à-vis *Articles 14, 15 and 21*. They concluded that the Court

> cannot nullify and declare as unacceptable in law, what the constitution decrees us, not only to protect, but also to enforce. [...] Article 25 obliges all Constitutional Courts to protect 'personal laws' and not to find fault

[94] For a detailed analysis of the arguments made by the individual judges see Tanja Herklotz: Shayara Bano versus Union of India and Others: The Indian Supreme Court's Ban of Triple Talaq and the Debate around Muslim Personal Law and Gender Justice, in: *Verfassung und Recht in Übersee* 50.3 (2017), pp. 200–311.

[95] *Shayara Bano*, judgment by Rohington Nariman and Uday U. Lalit, para. 57.

[96] Ibid., para. 25.

[97] *Shayara Bano*, judgment by Kurian Joseph, para. 24.

[98] Ibid., para. 26.

> therewith. Interference in matters of 'personal law' is clearly beyond judicial examination.[99]

These two judges in the minority instead "direct, the Union of India to consider appropriate legislation, particularly with reference to 'talaq-e-biddat' ".[100]

To be sure, the judgment did not come totally out of the blue, but some courts had previously ruled on the issue of triple *ṭalāq*, most notably the Supreme Court in *Shamim Ara*.[101] The judgment was nevertheless a bold step in a new direction, in that it banned triple *ṭalāq*, rather than merely reading more prerequisites into the existing norms, as done in the earlier cases. *Shayara Bano* was a serious confrontation with Muslim personal law (and the Muslim clergy), even more so because the case had gained such a huge media response. Also, judges Nariman and Lalit had proven the courage to break with former Supreme Court judgments when they stressed that there was no need that "the ball must be bounced back to the legislature",[102] but that it was the Court's task to decide on the matter and when they held that the earlier judgment by the Supreme Court in *Ahmedabad Women Action Group*[103] had "no ratio" and was contradictory in itself.[104] The judgment was thus rightfully called a "landmark decision."[105]

When seeking an explanation why the Court in this case, was willing to depart from its earlier route, one can only speculate. It certainly played a role that the case received a huge national and international media response from the very beginning and when it was still unclear how the Court would decide.[106] Shayara Bano herself had given several interviews to explain her motivation for pursuing this case. Women's rights organisations and feminist collectives had regularly updated on the case in their newsletters and on their websites. This certainly put the Court under pressure: it could no longer pursue its avoidance strategy but had to act. Clearly, the Court knew that this was a key judgment even before the hearings began. The deliberative decision to put five judges of five different religious communities – namely a Sikh, a Christian, a Parsi, a Hindu and a Muslim (all male) – on the bench to decide the case was clearly an attempt to avoid a repeat of the mistakes made in *Shah Bano*. It was possibly also a signal to the Muslim community that their concerns were being taken seriously and that the case would be looked at in the most objective manner so as to avoid a backlash. Not only that, but the Court had also decided to convene a special summer session to hear the case, in May, when it is normally in recess in order to guarantee a fast decision.

---

[99] *Shayara Bano*, judgment by Jagdish Singh Khehar and Justice Abdul Nazeer, para. 195.

[100] Ibid., para. 199.

[101] See n. 80.

[102] *Shayara Bano*, judgment by Rohington Nariman and Uday U. Lalit, para. 25.

[103] See n. 68.

[104] *Shayara Bano*, judgment by Rohington Nariman and Uday U. Lalit, para. 30.

[105] Triple Talaq: India Court Bans Islamic Instant Divorce, in: *BBC* (22 August 2017), see: www.bbc.co.uk-/news/world-asia-india-41008802 (last access 15. 03. 2018); Huizhong Wu: Triple Talaq: India's Top Court Bans Islamic Practice of Instant Divorce, in: *CNN* (23 August 2017), see: edition.cnn.com/2017/05/-18/asia/triple-talaq-supreme-court (last access 15. 03. 2018).

[106] See for instance, Jan Roß: Das kannst du nicht mit mir machen, in: *Die Zeit* 14 (30 March 2017), p. 9, see: www.zeit.de/2017/14/indien-frau-scheidung-scharia-recht (last access 15. 03. 2018).

3. The *Ṭalāq* Bill

Shortly after the Supreme Court's judgment in *Shayara Bano*, the government introduced a Bill to regulate *ṭalāq*: The Muslim Women (Protection of Rights on Marriage) Bill, 2017.[107] The Bill was passed by the *Lok Sabha* on 28 December 2017 but has not yet been passed by the *Rajya Sabha*. The Bill intends "to protect the rights of married Muslim women and to prohibit divorce by pronouncing talaq by their husbands and to provide for matters connected therewith or incidental thereto." It declares that "[a]ny pronouncement of talaq by a person upon his wife, by words, either spoken or written or in electronic form or in any other manner whatsoever, shall be void and illegal." More than that, it criminalises the pronouncement of *ṭalāq* with imprisonment for up to three years and a fine. It furthermore grants the woman upon whom *ṭalāq* is pronounced a subsistence allowance for her and her dependent children.

The Bill's "statement of objects and reasons" refers to the Supreme Court's judgment in *Shayara Bano* – however, with contradictory statements. On the one hand, the judgment is seen as having given "a boost to liberate Indian Muslim women from the age-old practice of capricious and whimsical method of divorce, by some Muslim men, leaving no room for reconciliation".[108] At the same time, it is argued that "setting aside talaq-e-biddat by the Supreme Court has not worked as any deterrent in bringing down the number of divorces by this practice among certain Muslims" and therefore it was necessary that the state via a legislation would "give effect to the order of the Supreme Court and to redress the grievances of victims of illegal divorce."[109]

VI. Chances and Risks

With the Supreme Court's judgment in *Shayara Bano,* a shift in the power dynamics around Muslim personal law occurred. With the Court's rather clear stance on the issue, the state granted itself an autonomy in interpreting and navigating Muslim personal law that it had earlier left to stakeholders within the Muslim community. This move weakens the autonomy of the Islamic clergy to some extent. At the same time, it fosters women's groups for whom this judgment came as a proof that they can actively initiate legal reform processes. However, the reverberations of the judgment also brought some worrying developments with them, as indicated by the debate around the *Ṭalāq* Bill.

1. Chances for Women's Rights

Indian women's groups, activists and feminist scholars have largely perceived the Supreme Court's judgment in *Shayara Bano* as a boon. They have termed it a "milestone intervention",[110] "one of the most significant judicial decisions made in independent India"[111] and

[107] Available at: www.prsindia.org/uploads/media/-Muslim%20Women%20(Protection%20of%20Rights-%20on%20Marriage)/Muslim%20Women%20(Protection%20of%20Rights%20on%20Marriage).pdf (last access 15. 03. 2018).

[108] The Muslim Women (Protection of Rights on Marriage) Bill, 2017 (n. 107).

[109] Ibid.

[110] Hasina Khan: Ending Instant Divorce is a Victory. But Indian Women have a Fight Ahead, in: *The Guardian* (25 August 2017), see: www.theguardian.com/-commentisfree/2017/aug/25/islamic-instant-divorce-victory-india-talaq-women-harmful-practices (last access 15. 03. 2018).

[111] Betwa Sharma: Interview: Triple Talaq Ruling Fails To Address The Real Suffering of Muslim Women, Says Indira Jaising, in: *Huffington Post* (25 August

"a signpost moment of the women's movement in India."[112]

To be sure, this does not mean that the judgment was, by all means, perfect from a feminist angle – far from it. As Ratna Kapur[113] points out, even the much hailed opinion of Justices Nariman and Lalit was ultimately not concerned with women's rights, but rather with the preservation of marriage, when it found fault with triple *ṭalāq* on the basis that "the marital tie can be broken capriciously and whimsically by a Muslim man without any attempt at reconciliation so as to save it". Despite long elaborations on whether or not triple *ṭalāq* was 'protected' by Article 25, the Court did not position itself clearly on the relationship between gender equality and religious freedom, nor did the judgment engage with the intersection of gender and religious identity. It also refrained from expressively overruling *Narasu Appa Mali*.[114]

The judgment was also limited in scope in that it only concerned triple *ṭalāq*, and not the other forms of *ṭalāq*, which are also problematic from a gendered point of view.[115] And while the multi-faith composition of the bench, which aimed at providing a 'neutral' and differentiated view on the matter, was a laudable approach, the bench comprised no woman.

Nevertheless, the judgment was indeed a step in the right direction and has generally been understood as such among the feminist community.[116] This was not only for its stance on triple *ṭalāq*, but also the judgment has kick-started new debates on personal laws and women's rights as well as on legal reforms in other areas of law that discriminate against women or draw on patriarchal and paternalistic understandings. After the judgment, Indian media and the blogosphere produced a large number of articles that critically debated other legal areas, such as other personal laws[117]

2017), see: www.huffingtonpost.in/2017/08/25/-why-the-triple-talaq-ruling-fails-to-address-the-real-suffering-of-muslim-women a 23179091 (last access 15. 03. 2018).

[112] Jhuma Sen: The Gender Question, in: *Frontline* (15 September 2017), see: www.frontline.in/the-nation/the-gender-question/article9834658.ece (last access 15. 03. 2018).

[113] Ratna Kapur: Triple Talaq Verdict: Wherein Lies the Much Hailed Victory?, in: *The Wire* (28 August 2017) thewire.in/171234/triple-talaq-verdict-wherein-lies-the-much-hailed-victory (last access 15. 03. 2018).

[114] See n. 8.

[115] The other forms of divorce at the initiative of the husband – *ṭalāq-e-aḥsan* and *ṭalāq-e-ḥasan* – remain in place even after the judgment. Thus, Muslim men retain their right to divorce their wives by pronouncing *ṭalāq* over a period of a few months.

[116] Indira Jaising, for instance, stated: "I'm delighted that we have taken one baby step in the right direction. I think that it is up to the future generation of feminist lawyers to carry this battle forward. But [it was] definitely a step in the right direction", cited in: Betwa Sharma (n. 111).

[117] Subhashini Ali: The Triple Talaq Ruling Is a Step Forward, but There Is a Long Way to Go for Gender Justice Laws, in: *The Wire* (24 August 2017), see: thewire.in/170364/triple-talaq-uniform-civil-code-gender-justice (last access 15. 03. 2018); Shalaka Patil: After Triple Talaq, a Look At the Other Discriminatory Personal Laws That Need to Go, in: *The Wire* (28 August 2017), see: thewire.in/171451/personal-law-reform-gender (last access 15. 03. 2018); Narendra Subramanian: Beyond Triple Talaq, India Needs a Debate on How to Reform Muslim, Hindu Law, in: *The Wire* (27 June 2017), see: thewire.in/151585/democratising-family-nation-triple-talaq-pluralistic-equality (last access 15. 03. 2018); Asha Bajpai: How Hindu Personal Law can be Reformed, in: *The Times of India* (18 September 2017), see: timesofindia.indiatimes.com-/india/how-hindu-personal-law-can-be-reformed/articleshow/60726036.cms (last access 15. 03. 2018).

or the Indian rape law.[118] Different journals have published special issues on triple *ṭalāq* and personal laws.[119] The heads of various (Muslim) women's rights organisations have featured prominently in Indian media and gained a large degree of visibility for their organisations and projects.

The judgment has demonstrated that continuous activism for gender equality and the use of strategic litigation pays out eventually. It has functioned as a landmark case that might also motivate other groups and social movements, such as the LGBTIQ-movement[120] or other civil rights movements.

2. Risks

However, it was not only Muslim women's groups and feminist activists, who perceived the judgment as a step in the right direction. But the judgment was also appreciated by Hindu nationalists and members of the Bharatiya Janata Party (BJP). After the Court's decision, Prime Minister Narendra Modi tweeted on his official account that the judgment was "historic" and "a powerful measure for women empowerment".[121] And it was the BJP government who introduced the so-called *Ṭalāq* Bill into parliament.

This recurrence on the rhetoric of women's rights from the side of Hindu nationalists is not unproblematic. It must be seen in a context of a growing "Hinduisation" that is currently happening in India, particularly since the election of the BJP into power in 2014. In the last years, several states have by law banned the slaughter, sale, consumption and possession of beef.[122] Hindu right-wing groups have policed those whom they consider "anti-national" or unpatriotic, often resulting in criminal legal action because many of the laws that have been in place since colonial times enable prosecutions for offences like sedition and criminal defamation on minimal grounds.[123] Indian civil society has met with a phenomenon of "shrinking spaces", in which many NGOs and other groups lost their licences to receive international funding because they were deemed to pursue "anti-national" activities or because they failed to meet the legal requirements under the Foreign Contribution Regulation Act.[124]

---

[118] Maya Mirchandani: Triple Talaq and Marital Rape: Politics and Patriarchy Trump Gender Justice, in: *The Wire* (31 August 2017), see: thewire.in/-172469/triple-talaq-marital-rape-patriarchy-politics-gender-justice (last access 15. 03. 2018).

[119] See, for instance, *Frontline* (15 September 2017); The Invisible Lawyer, see: www.lawyerscollective.org/the-invisible-law-categories/special-issue/triple-talaq (last access 15. 03. 2018).

[120] LGBTIQ stands for lesbian, gay, bisexual, trans, intersex and queer.

[121] Huizhong Wu (n. 105).

[122] Such legislation is based on Article 48 of the Indian Constitution, which urges the state to focus on animal husbandry and to prevent cow slaughter. This provision was originally inserted to appease Constituent Assembly members of a Hindu nationalist persuasion who had a specific commitment to cow protection; see Thiruvengadam (n. 20), pp. 108, 238. A law that would have banned the sale of cattle for slaughter nationwide has been suspended by the Supreme Court in July 2017.

[123] Thiruvengadam (n. 20), p. 238.

[124] Rohini Mohan: Narendra Modi's Crackdown on Civil Society in India, in: *The New York Times* (9 January 2017), see: www.nytimes.com/2017/01/09/opinion/narendra-modis-crackdown-on-civil-society-in-india.html?_r=0 (last access 15. 03. 2018). In a joint statement Amnesty International and Human Rights Watch said that the government was using the Foreign Contribution Regulation Act to harass NGOs, see: www.amnesty.org.in/show/news/india-foreign-funding-law-used-to-harass-25-groups (last access 15. 03. 2018).

Anti-Muslim propaganda and criminal offences against Muslims are on the rise.[125] This includes ideologies according to which Hindu women must be "protected" from Muslim men. The so-called 'love jihad' – a claimed conspiracy by Muslims to lure Hindu women into marriages with Muslim men and to convert them to Islam is one example here. Such perceptions even found their way into court decisions, when in the *Hadiya* case in 2017, the Kerala High Court annulled the marriage of the 24-year old Hadiya and her husband Shafin Jahan.[126] The woman had converted from Hinduism to Islam and had changed her name from Akhila Ashokan to Hadiya. The High Court held that the young woman, under the influence of her Muslim husband, was not in a state to give free consent to the marriage and was in need of protection. Among other things the judgment stated:

> We further take note of the fact that Sri. Shafin Jahan's mother is already in the Gulf. He was working in the Gulf and is desirous of going back. Therefore, left to him, he would have transported Ms. Akhila out of the country. In the present confusion regarding her name, it would have become impossible to even trace her out had she been taken out of India.[127]

It further held that

> the detenue went away from her parents stating that she wanted to become a Muslim alleging that she was attracted to the teachings of the said religion. The said story cannot be believed [...]. In the present state of affairs, it is absolutely unsafe to let Ms. Akhila free to do as she likes.[128]

The Court held that it was "concerned with the welfare of a girl of her age" – notably the woman was 24 – and stated that the "duty cast on the court to ensure the safety of at least the girls who are brought before it can be discharged only by ensuring that Akhila is in safe hands".[129] The judges thus granted the *habeas corpus* petition that had been filed by Hadiya's father and ordered Hadiya's custody to her parents. The High Court order was set aside by the Supreme Court on 8 March 2018 with the argument that the Court could not intervene in a marriage between two consenting adults.[130] Nevertheless, it is problematic enough that an Indian High Court delivered such a decision in the first place and that this decision is then used by some commentators as proof that "the courts and the investigation agencies agreed that the concept of 'Love Jihad' exists".[131]

In this context, not only people among the Muslim community but also feminist scholars and women's rights activists have been concerned about the developments in the aftermath of the *Shayara Bano* case. They argue that women's rights are used as a fig leaf to pursue anti-Minority politics. Particularly the Muslim Women (Protection of Rights on Marriage) Bill, 2017, has been opposed by women's groups. *Bebaak Collective* and other groups, for instance, have criticised not only the fact that the Bill had been drafted without involving the opinion of minority rights groups or consulting with wider civil society stakeholders,

[125] Flavia Agnes (*Majlis Newsletter* on Nov 25 2017), for instance, mentions instances where Muslims have been lynched on the mere suspicion of slaughtering cows or selling beef.

[126] Kerala High Court, WPCRL No. 297/2016, 24 May 2017.

[127] Ibid. para. 46.

[128] Ibid., para. 47.

[129] Ibid., para. 50.

[130] Supreme Court of India, Petition(s) for Special Leave to Appeal (Crl.) No. 5777/2017.

[131] Bhushan Agarwal: Kerala High Court Destroyed Love Jihad in an Iconic Judgement, Supreme Court Takes it to Another Level, in: *Rightlog* (18 August 2017), see: rightlog.in/2017/08/love-jihad-kerala-01 (last access 15. 03. 2018).

but they also questioned the government's argument that the Bill would safeguard women's rights and instead described the Bill as a tool to "criminalise Muslim men."[132] In a similar fashion, Flavia Agnes, head of the Mumbai-based women's group *Majlis*, stated that

> criminalising triple talaq may not be the answer. It will just be another gimmick to fuel anti-Muslim sentiments in society. [...] Granting the police an additional handle to incarcerate Muslim men may fit in perfectly well with the anti-Muslim agenda of a right wing government.[133]

The *Ṭalāq* Bill's "statement of objects and reasons" speaks of the "hapless married Muslim women" in need of "relief".[134] It further holds: "The legislation would help in ensuring the larger Constitutional goals of gender justice and gender equality of married Muslim women."[135]

What we see here, is neither new nor unique to the Indian context. That seemingly feminist arguments of "women's safety" and "gender justice" can be (mis)used by conservative forces to deploy racist, xenophobic or anti-Muslim stereotypes has been shown in India in the wake of the *Shah Bano* case. But it is also a phenomenon that we witness in Europe, for instance, in Germany in the wake of the infamous New Year's Eve 2017 in Cologne, where feminism was appropriated in the service of racism and stereotypes against Muslim male refugees.[136] There is thus something like a "toxic connection" between racism and anti-sexist critique,[137] that some scholars have termed "femo-nationalism."[138] This connection is fostered by xenophobic, nationalist political parties who use ideas about gender equality for their anti-Muslim politics; but it is also advanced by some feminists who in their argumentation for women's rights fall into the xenophobic trap of essentialising and othering.[139]

This accidental or intended collusion between nationalist and feminists ideas confronts feminist scholars and women's rights activists with the questions of how to react when 'their' goals are hijacked by nationalist forces. Should they, as Nicola Pratt writes with reference to feminists' positioning *vis-à-vis* the war on terror, that largely drew on arguments of gender equality, "be strategically silent about 'women's rights per se' " in order to "avoid becoming complicit in racializing

---

[132] Shreya Valiraman: Women's Rights Groups Speak Out Against Centre's Decision to "Criminalise Muslim Men" With Triple Talaq Bill, in: *The Wire* (22 December 2017), see: thewire.in/207493/triple-talaq-criminalised-bill-womens-rights (last access 15. 03. 2018).

[133] Flavia Agnes: *Majlis Newsletter* (Nov 25 2017).

[134] The Muslim Women (Protection of Rights on Marriage) Bill, 2017 (n. 107).

[135] Ibid.

[136] Sabine Hark / Paula-Irene Villa: *Unterscheiden und herrschen: ein Essay zu den ambivalenten Verflechtungen von Rassismus, Sexismus und Feminismus in der Gegenwart*, Bielefeld 2017.

[137] Ibid, p. 40.

[138] Sara R. Farris: *In the Name of Women's Rights: The Rise of Femonationalism*, Durham 2017. Harris' term, "refers to both the exploitation of feminist themes by nationalists and neoliberals in anti-Islam and anti-immigration campaigns as well as to the participation of certain feminists and femocrats in the stigmatization of Muslim men under the banner of gender equality (p. 4)", Farris (n. 138), p. 4.

[139] Hark / Villa (n. 137); Farris (n. 138).

discourses and co-opted"?,[140] This is what Indian feminists did in the wake of the *Shah Bano* case with regard to the Uniform Civil Code when the BJP made the UCC its own project: they largely backed out and gave up their call for the code in order to not support the wrong side. Or should they, as suggested by Sabine Hark and Paula-Irene Villa,[141] deploy an even more intersectional feminism along the line of Judith Butler's suggestion that "[f]eminism, once again, needs to care not simply about the status of women, but about opposing forms of national and racial purity and superiority" and that "[t]here can be no feminism within the contemporary global situation that does not actively contest [...] nationalist violence".[142]

VII. Conclusion: Expectations of the Three Actors

While it has been demonstrated in this paper that *Shayara Bano* was a landmark decision, it is harder to state whether it was also a turning point in the history of the Indian State's positioning *vis-à-vis* personal laws. A turning point requires heading into a different direction than the one followed earlier. Certainly, the Supreme Court departed from the road pursued before, namely that of avoidance to interfere with Muslim personal law. But where the Court or the State more generally, will head thereafter is still unclear. This paper has shown, that the *Shayara Bano* case brought about benefits as well as risks. The concluding section argues that if the potential chance is to be realised, the risks must be taken in mind by all these three actors: the Indian State, the Muslim clergy and women's rights groups. If each of them does their share, there is a chance that *Shayara Bano* was indeed a turn into the right direction and not only a brief interruption that is being followed by more of the same. What then should these three actors do?

The Indian state organs must attempt to ensure women's rights without falling into the trap of drawing on anti-Muslim stereotypes. It is paramount that a check and balance is in place and that the different branches of the state control each other. It is hoped that the *Rajya Sabha* will act as a check with regard to the Muslim Women (Protection of Rights on Marriage) Bill, 2017 and that this law in its present form will not enter into force. Parliament should concern itself with the problematic provisions not only in Muslim personal law but in other personal laws too and strive for reforms here as well as in other areas of law that still contain discriminatory or paternalistic notions. The making of new laws might benefit from hearing the representatives of women's groups in parliamentary debates and the drafting process. The Indian Supreme Court has generally moved in the right direction when it took a bold decision in *Shayara Bano*. It has also set right wrong High Court judgments, for instance in the *Hadiya* case.[143] But it needs to be seen how the Supreme Court positions itself in times of populism. With regard to the personal laws, the Supreme Court should ideally develop a clear doctrine on how to test their constitutionality against the right to equality which can then be applied in all cases that arise in the future.

---

[140] Nicola Pratt: Weaponising Feminism for the "War on Terror" Versus Employing Strategic Silence, in: *Critical Studies on Terrorism* 6.2 (2013), pp. 327–331 (330).

[141] Hark / Villa (n. 137), p. 94.

[142] Judith Butler: Feminism Should Not Resign in the Fact of Such Instrumentalization, Interview by Renate Solbach, in: *Iablis, Jahrbuch für europäische Prozesse* (2006), see: www.iablis.de/iablis_t/2006/butler06.html. 2018).

[143] See n. 126.

The Muslim clergy should be open towards the interests and concerns of half of its community's population: the Muslim women. It should rethink, whether the activism of Muslim women's groups must really be perceived as a threat to its authority. In fact, the clergy could actually benefit from being open towards an interaction with the many Muslim women's groups in India. This is not only because it is high time to bring about gender equality into the domain of religion. But the Muslim clergy would actually gain from shaking off the negative image that perceives it as regressive, stubborn and resistant to social change. If it would take gender concerns seriously value the Constitution's fundamental rights and be willing to enter into a critical and open-ended dialogue about the personal laws, it would take the wind out of the sails of the Hindu nationalists as their arguments would be refuted.

Women's rights groups must find a clear position on the issue of personal laws in which they keep pursuing their agenda and at the same time avoid (accidentally) colluding with Hindu nationalists. The road that the Indian women's movement pursued in the 1980s in the aftermath of the *Shah Bano* case, when it dropped its demands for a Uniform Civil Code for fear of being in support of the BJP's agenda, would be a wrong strategy in this case. Rather, feminists and (Muslim) women's groups should continue to do what they have done in the past: stay committed to their goals, disguise the BJP's arguments of gender equality as a farce and condemn the BJP's appropriation of the victory in the *Shayara Bano* case. The statement of the Mumbai-based group *Bebaak Collective*, issued in the fall of 2017 is a positive example of how this can be done. The group said:

> BJP leaders have time and again celebrated the victory of the recent judgement that invalidates the instantaneous practice of triple talaq and the leadership have often claimed the victory to itself [...]. We strongly condemn the appropriation of the struggle of women's groups and want to reiterate that triple talaq could be declared unconstitutional owing to the sustained work of women's groups in the community and also, because of the legal intervention made by grassroots women's groups in the apex court supporting Shayara Bano's petition.[144]

All three actors, the State, the Muslim clergy and the women's groups should engage in a discourse on how to balance gender equality with a respect for religious belief and the concerns of minorities. If such a discussion is led well and if it grants a voice to all the parties involved, it has the potential to reform the system, to solve the conflicts between Articles 14 and 25 and to reconcile the different parties.

Tanja Herklotz, LLM (SOAS), ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsvergleichung der Humboldt Universität zu Berlin

[144] Bebaak Collective, Statement Condemning BJP Appropriation Of Muslim Women's Voices, in: *Kafila* (31 October 2017), see: kafila.online/2017/10/31/-statement-condemning-bjp-appropriation-of-muslim-womens-voices-bebaak-collective (last access 15. 03. 2018).

ZRI – Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam 9 (2017), S. 205–213

Weibliche Genitalverstümmelung in Ägypten – Kann der Einsatz für mehr Kinderrechte dieser Praxis entgegenwirken?

Sylvia Riewendt

I Einleitung

Das von den *Vereinten Nationen* 1989 geschlossene *Übereinkommen über die Rechte des Kindes* (CRC)[1] ist mit über 190 Vertragsstaaten der meistratifizierte internationale Vertrag. Hierdurch wurde ein internationaler Konsens über die Definition von Kindern und deren Rechten geschaffen. Ägypten gehört zu den ersten 20 Vertragsstaaten, die die Konvention ratifizierten. Die Kinderrechtsthematik trat somit auch in Ägypten in den Vordergrund der nationalen Agenda. Der ehemalige ägyptische Präsident Muḥammad Ḥusnī Mubārak (Regierungszeit: 1981–2011) verkündete hierauf im Jahr 1989 „the Decade of the Egyptian Child", worauf im Jahr 2000 „the Second Decade for the Protection and Welfare of the Egyptian Child" folgte. In diesem Zeitraum sollten die Entwicklung und das Überleben der ägyptischen Kinder besonders stark gefördert werden.[2]

Innerhalb der letzten 28 Jahre hat sich rechtlich sowohl auf nationaler als auch auf internationaler einiges geändert. In Anlehnung an die CRC wurden auf nationaler Ebene neue Gesetze erlassen und vor allem in den letzten Jahren bereits vorhandene Gesetze reformiert. Außerdem wurden auf regionaler und internationaler Ebene neue Verträge zum Schutze des Kindes geschlossen. In diesem Hinblick ist es besonders wichtig zu verstehen, wer genau als Kind im Sinne der CRC angesehen wird. Die Konvention definiert ein ‚Kind' „as a person below the age of 18, unless the relevant laws recognize an earlier age [...]".[3] Dies bedeutet, dass laut internationalem Standard ein Kind in der Regel eine Person unter 18 Jahren ist, außer wenn bestimmte Gesetz ein anderes Alter vorsehen.

Ziel des Staates sollte es sein, die Unversehrtheit und das Wohl des Kindes zu schützen. Weibliche Genitalverstümmelung, die meist im Kindesalter vorgenommen wird, wird in vielen Regionen der Welt noch durchgeführt. Besonders hoch sind die Zahlen jedoch in Afrika sowie in einigen Ländern der MENA-Region und Asiens.[4] In vielen dieser Länder werden andere Begriffe wie Beschneidung verwendet, was jedoch das Ausmaß dieses Eingriffs verharmlost.

Praktiken, die das Einschneiden oder Entfernen von Teilen der weiblichen Geschlechtsorgane umfassen, werden in internationalen Dokumenten unter dem Begriff „gefährliche traditionelle Praktiken" klassifiziert. Ihre Eliminierung gehört zu den wichtigsten Maßnah-

---

[1] Für mehr Informationen zu Kinderrechtskonvention siehe www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/-Pages/CRC.aspx (letzter Aufruf 28. 04. 2017).

[2] National Council for Childhood and Motherhood, National Report on Follow-Up to the World Summit for Children Egypt (2000), S. 2, 19. Siehe www.unicef.org/specialsession/how_country/edr_egypt_en.PDF (letzter Aufruf 27. 04. 2015).

[3] Siehe www.unicef.org/crc/index_30229.html (letzter Aufruf 30. 04. 2015).

[4] Nissrin Hoffmann: Female Genital Mutilation in Egypt, in: Global Journal of Medicine and Public Health 2 (3/2013), S. 1.

nahmen bei der Implementierung der Agenda der *Weltbevölkerungskonferenz* (1994) in Kairo. In den meisten Fällen ist es unbestreitbar, dass diese Praktiken die Gesundheit und das Leben von Mädchen und Frauen gefährden.[5] Trotz des Engagements, diese Praxis zu unterbinden, zeigen jährliche Statistiken auf, dass Ägypten eine sehr hohe Anzahl an Fällen von weiblicher Genitalverstümmelung aufweist.

II Wie wird weibliche Genitalverstümmelung definiert?

Die frühsten Zeugnisse über weibliche Genitalverstümmelung als eine Art menschliches Opfer fand man in einer griechischen Papyrusrolle aus dem Jahr 163 v. Chr. In der Vergangenheit wurde diese Praxis auch im Vereinten Königreich und den Vereinigten Staaten zur Behandlung von sogenannten „weiblichen Schwächen“ wie Hysterie, Epilepsie und zur Kontrolle des Sexualtriebs angewandt.[6] Laut Angaben der Weltgesundheitsorganisation sind heute um die 140 Millionen junge Mädchen und Frauen von der weiblichen Genitalverstümmelung betroffen. In Afrika allein sind geschätzt 92 Millionen Mädchen im Alter von zehn Jahren und älter betroffen.[7] Grundsätzlich ist bekannt, dass die weibliche Genitalverstümmelung sofortige und langfristige Komplikationen hervorruft und keinerlei Nutzen bringt. Jedes Jahr wird diese Praxis an ca. drei Millionen Mädchen durchgeführt.[8]

Die *Weltgesundheitsorganisation* (WHO) definiert die weibliche Genitalverstümmelung als die teilweise oder komplette Entfernung der äußeren weiblichen Geschlechtsteile oder andere Verletzungen des weiblichen Sexualorgans aus nicht medizinischen Gründen.[9] Des Weiteren differenziert die WHO vier verschiedene Arten der weiblichen Genitalverstümmelung.

Typ I
Das Entfernen der Vorhaut mit/ohne der teilweisen oder kompletten Entfernung der Klitoris.

Typ II
Das Entfernen der Klitoris mit der teilweisen oder kompletten Entfernung der inneren Schamlippen.

Typ III
Das teilweise oder komplette Entfernen der äußeren Geschlechtsteile und das erneute Zunähen/Schmälern der Vaginalöffnung (*Infibulation*).

Typ IV
Nicht klassifiziert: Hierzu gehören das Einstechen, Durchbohren, Einschneiden, oder Dehnen der Klitoris und/oder der Schamlippen, sowie Verätzungen durch Verbrennung der Geschlechtsteile, das Ausschaben der vaginalen Öffnung, das Entfernen der Vagina oder das Einführen von ätzenden Substanzen oder Kräutern in die Vagina, die Blutungen hervorrufen oder zu Zwecken der Verengung oder

---

[5] Carla Makhlouf Obermeyer / Robert F. Reynolds: On Cutting Women’s Genitals. Female Genital Surgeries, Reproductive Health and Sexuality: A Review of the Evidence, in: Reproductive Health Matters 7.13 (1999), S. 113.

[6] Ndubuisi Eke: Female Genital Mutilation: What Can be Done?, in: The Lancet Perspectives 356.12 (2000), S. 57.

[7] Nissrin Hoffmann: Female Genital Mutilation in Egypt, S. 1.

[8] G. I. Serour: Medicalization of Female Genital Mutilation/Cutting, in: African Journal of Urology 19 (2013), S. 145.

[9] Siehe www.undp.org/content/dam/undp/fgmin-egypt/index.html (letzter Aufruf 04. 01. 2016).

Verschmalung der vaginalen Öffnungen dienen.[10]

In Ägypten sind Typ I und II die meist verbreiteten Arten der weiblichen Genitalverstümmelung.[11] Im Jahr 2008 waren 91,1 % aller Frauen im Alter von 15–19 Jahre von der Genitalverstümmelung betroffen. Diese Zahl lag im Jahr 2015 bei 87,2 %, wobei die Prozentzahl bei den 15–19-Jährigen und somit zum größten Teil noch minderjährigen Mädchen bei 69,6 % lag.[12] Vor allem in den höheren Altersgruppen sind die Werte sehr hoch. Alle Altersgruppen über 30 weisen einen Anteil von über 92 % auf. Ländliche Gegenden waren mit 92,6 % stärker betroffen als die städtischen Gebiete, die trotzdem mit 77,4 % eine noch immer sehr hohe Rate an Genitalverstümmelung aufwiesen. Auch anhand des Einkommens ist zu erkennen, dass die Genitalverstümmelung mit 94,4 % bei einkommensschwachen Familien weiter verbreitet ist, als bei einkommensstarken, bei denen der Anteil 68,8 % beträgt.

Der Bildungsstand der Familie spielt ebenso eine Rolle. Im Jahr 2015 lag der Anteil an weiblicher Genitalverstümmelung bei Personen ohne Schulbildung bei 97,6 %, während er mit wachsendem Bildungsstand etwas abnimmt und bei Personen, die die Sekundarstufe abgeschlossen haben oder einen höheren Abschluss besitzen, bei 85,1 % liegt. Zwar ist zu erkennen, dass der Anteil gesunken ist, jedoch handelt es sich hierbei noch immer um einen erheblich großen Anteil an Personen.[13] Im Durchschnitt sind die Mädchen zwischen neun und zehn Jahren alt, wenn die weibliche Genitalverstümmelung durchgeführt wird. In der Regel wird der Eingriff von Ärzten (66,8 %), Krankenschwestern und Hebammen (11,6 %) oder einer *Dāya*[14] (20,4 %) durchgeführt. In den wenigsten Fällen (1,2 %) geschieht dies durch andere Personen.[15]

III Welche gesetzlichen Regelungen gelten im Hinblick auf die weibliche Genitalverstümmelung?

Laut Art. 80 der am 18. Januar 2014 in Kraft getretenen ägyptischen Verfassung, wird jede Person, die das Alter von 18 Jahren noch nicht erreicht hat, als ‚Kind' bezeichnet. Der Staat hat die Aufgabe, Kinder vor Gewalt, Misshandlung und sexueller oder wirtschaftlicher Ausbeutung zu schützen.[16] Gemäß Art. 52 der Verfassung ist jede Form von Sklaverei, Gewalt, Menschenhandel und gewaltsame Ausbeutung des Menschen strafbar.[17] Hierzu zählt ebenso jede Form der Verschandelung des Körpers. Dies kann als verfassungsrechtliche Grundlage für das Verbot der weiblichen Genitalverstümmelung betrachtet werden.[18] Obwohl kinderspezifische Gesetze in der Verfassung recht allgemein formuliert sind und daher einen großen Interpretationsspielraum bieten, ist positiv anzumerken, dass die neue

[10] Siehe www.who.int/gender/other_health/Students-manual.pdf (letzter Aufruf 27. 04. 2017).

[11] Ghada F. Mohammed / Magdy M. Hassan / Moustafa M. Eyada: Female Genital Mutilation/Cutting: Will It Continue?, in: International Society for Sexual Medicine 11 (2014), S. 2759.

[12] UNICEF: Children in Egypt 2016. A Statistic Digest (2017), S. 185.

[13] UNICEF: Children in Egypt (2016), S. 186.

[14] Als *Dāya* wird eine Frau bezeichnet, die als Beruf die weibliche Genitalverstümmelung durchführt.

[15] UNICEF: Children in Egypt (2016), S. 185.

[16] Art. 80: Dustūr ǧumhūrīyat miṣr al-ʿarabīya wa-l-qawānīn al-asāssīya al-mukammila, Kairo 2015, S. 48.

[17] Art. 89: Dustūr ǧumhūrīyat miṣr al-ʿarabīya wa-l-qawānīn al-asāssīya al-mukammila, S. 52.

[18] Siehe timep.org/commentary/break-a-girls-rib-and-shell-grow-24-egypt-and-childrens-rights (letzter Aufruf 20. 01. 2017).

Verfassung mehr Rechte für Kinder aufgreift als ältere Versionen der Verfassung.

Auf internationaler Ebene weist die CRC in Art. 19 Abs. 1 darauf hin, dass es notwendig ist, dass alle Kinder vor jeder Form von physischer oder mentaler Gewalt, sowie Verletzungen und Misshandlungen geschützt werden müssen. Des Weiteren besagt Art. 24 Abs. 1, dass Kinder das Recht auf die höchstmöglichen Gesundheitsstandards haben und zudem laut Art. 24 Abs. 3 traditionelle Praktiken, die für das Kind nachteilig sind, abgeschafft werden müssen.[19]

Allgemein können Menschenrechtsverletzungen in Ägypten an den *National Council for Human Rights* herangetragen werden, der 2003 durch ein präsidentielles Dekret etabliert wurde. Er ist für den Erhalt und das Überprüfen von Beschwerden zuständig und leitet diese an die zuständigen Autoritäten weiter. Zudem leitet es auch Vorschläge und Beobachtungen an die politischen Autoritäten weiter. Der *National Council for Human Rights* hat jedoch keine kinderspezifische Abteilung. Da die Komitees zum Schutze des Kindes nicht unabhängig von der Regierung sind, hat das *Komitee für die Rechte des Kindes*[20] vorgeschlagen, einen unabhängigen Kontrollmechanismus zu etablieren, um Kinderrechte besser schützen und fördern sowie Beschwerden einfacher überprüfen und verfolgen zu können.

Durch die Einführung einer 24-Stunden-Notfall-Hotline im Jahr 2005 können in ganz Ägypten Fälle gemeldet werden, bei denen Kinderrechte verletzt wurden. Im Zeitraum von Juni 2005 bis Dezember 2008 gingen 1 025 218 Anrufe ein, die eine rechtliche Beratung in den Bereichen Bildung, Gesundheit und Sicherheit benötigten. Den Angaben des *Komitees für die Rechte des Kindes* nach meldeten sich lediglich in wenigen Fällen Kinder.[21]

A Kindergesetz

Im Jahr 1996 wurden die in verschiedenen Teilen des Rechts verstreuten Gesetze zusammengefasst und angepasst, indem ein Kindergesetz geschaffen wurde.[22] Insgesamt enthält das Kindergesetz 144 Artikel und beschäftigt sich mit Bereichen wie Gesundheit, Sozialfürsorge, Bildung, Fürsorge für arbeitende Kinder und Mütter sowie für Kinder mit Behinderung und kulturelle Bildung für Kinder. Des Weiteren umfasst es Bedingungen für Kinder, die mit dem Strafgesetz in Konflikt geraten und zuletzt einem Abschnitt über das *National Council for Childhood and Motherhood* (NCCM), dem in Ägypten die Aufgabe eines Familienministeriums zukommt.

Angeführt werden die einzelnen Kapitel durch einen allgemeinen Teil. Im Annex des Kindergesetzes sind auch die Artikel des Zivil-

[19] R. J. Cook / B. M. Dickens / M. F. Fathalla: Female Genital Cutting (Mutilationycircumcision): Ethical and Legal Dimensions, in: International Journal of Gynecology and Obstetrics 79 (2002), S. 285.

[20] Es handelt sich hierbei um das Komitee, das im Zuge der CRC gemäß Art. 43 etabliert wurde, um die Berichte der Staaten auszuwerten. Für mehr Informationen zum Komitee siehe www.unicef.org/crc/files/-Committee fact sheet.pdf (letzter Aufruf 26. 01. 2016).

[21] Child Rights International Network (CRIN): Access to Justice for Children: Arab Republic of Egypt (2015), S. 2ff. Siehe www.crin.org/sites/default/files/-egypt access to justice.pdf (letzter Aufruf 26. 01. 2016).

[22] National Council for Childhood and Motherhood: National Report, S. 3.

rechts und des Strafrechts vermerkt, die sich 2008 im Zuge der Reform des Kindergesetzes geändert haben. Die Regelungen in Bezug auf die weibliche Genitalver-stümmelung sind im Annex unter den reformierten Regelungen des Strafrechts zu finden.

Laut dem Kindergesetz wird eine Person unter 18 Jahren als Kind behandelt. Dies steht sowohl im Einklang mit der ägyptischen Verfassung als auch mit der CRC. Im Falle der Nichtexistenz von offiziellen Papieren wird das Alter durch eine autorisierte Instanz geschätzt.[23]

Auch im Kindergesetz werden in den Artt. 7bis (a) und 7bis (b) die Sicherheit des Kindes und das Recht auf Unversehrtheit thematisiert. Die Einhaltung des Verbotes, Kinder absichtlich physisch zu misshandeln oder sie anderen gefährlichen Tätigkeiten auszusetzen, soll durch ein Subkomitee für den Schutz von Kindern überprüft werden. Der Staat habe stets die Aufgabe, das Leben der Kinder zu schützen und ihre Sicherheit sowie sicheres Aufwachsen zu garantieren.[24]

B Die weibliche Genitalverstümmelung im ägyptischen Strafrecht

Das aktuelle, vom französischen Recht beeinflusste, ägyptische Strafgesetzbuch wurde 1937 eingeführt.[25] Über die Jahre hinweg wurden lediglich einzelne Abschnitte verändert oder aufgehoben. Im Hinblick auf Kinderrechte wurde die letzte relevante Reform 2008 durchgeführt. Es wurden einige Artikel des Strafgesetzbuches durch das Kindergesetz reformiert.[26] Diese Artikel behandeln beispielsweise Kindesentführung und weibliche Genitalverstümmelung. Das Kindergesetz weist in Art. 143 darauf hin, dass das Strafgesetzbuch und die Strafprozessordnung das Kindergesetz ergänzen.

Die in Art. 242bis des Strafgesetzbuches thematisierte weibliche Genitalverstümmelung (*Ḫitān al-banāt*) fällt rechtlich gesehen in den Bereich der Körperverletzung. Art. 242bis besagt, dass jede Verletzung, die durch das Durchführen der weiblichen Genitalverstümmelung hervorgerufen wurde, bestraft wird. Der Artikel orientiert sich an den Artt. 241 f., die einfache Körperverletzung behandeln. Die Strafe für das Durchführen der weiblichen Genitalverstümmelung beträgt eine Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu zwei Jahre oder ein Bußgeld von 1 000 L. E.[27] bis 5 000 L. E.[28] Im August 2016 wurde das Gesetz erweitert und sieht nun eine Höchststrafe von 15 Jahren vor.[29] Zwar fand das Verbot der weiblichen Genitalverstümmelung erst im Jahr 2008 eine rechtliche Beachtung, jedoch wurde bereits einige Jahre zuvor die Kompatibilität der weiblichen Genitalverstümmelung mit Reli-

[23] Art. 2: Qānūn aṭ-ṭifl wafqan li-āḫir taʿdīlātihi wa-lāʾiḥatihi at-tanfiḏīya wafqan l-āḫir taʿdīl laha bi-qarār raʾīs maǧlis al-wuzarāʾ raqam 208 li-sanat 2014, Kairo 2014, S. 9 f.

[24] Art. 7bis (b): Qānūn aṭ-ṭifl wafqan li-āḫir taʿdīlātihi wa-lāʾiḥatihi at-tanfiḏīya wafqan l-āḫir taʿdīl laha bi-qarār raʾīs maǧlis al-wuzarāʾ raqam 208 li-sanat 2014, S. 12 f.

[25] Abiad / Nisrine / Manssor / Farkhanda Zia: Criminal Law and the Rights of the Child in Muslim States: A Comparative and Analytical Perspective, London 2010. S. 102 f.

[26] Im Strafrecht wird stets der Begriff *ṭifl* verwendet.

[27] Aktuell liegt der Kurs bei 1 EUR = 19,97 L. E. Somit entsprechen 1 000 L. E. = 50,84 EUR und 5 000 L. E. = 254,19 EUR. Siehe www.finanzen.net/-devisen/euro-aegyptisches pfund-kurs (letzter Aufruf 28. 04. 2017).

[28] Art. 242bis: Qānūn al-ʿuqūbāt wafqan li-āḫir taʿdīlātihi. Kairo 2015, S. 180.

[29] Siehe english.ahram.org.eg/News/242112.aspx (letzter Aufruf 28. 04. 2017).

gion diskutiert.[30] Im Anschluss an eine Gelehrtenkonferenz in Kairo im November 2006 erließ der damalige Großmufti Ägyptens, ʿAlī Ǧumʿa, eine Fatwa (religiöses Gutachten), die die Durchführung der weiblichen Genitalverstümmelung als „unislamisch" betrachtet und diese somit verbietet.[31]

C Kritik am Verbot der weiblichen Genitalverstümmelung

Die weibliche Abgeordnete der ehemaligen *Freedom and Justice Party*,[32] ʿAzza aǧ-Ǧarf, kritisierte das Verbot der weiblichen Genitalverstümmelung und merkte an, dass Frauen selbst entscheiden sollen, ob dieser Eingriff an ihnen durchgeführt werden soll oder nicht.[33] Wie jedoch die Daten des UNICEF-Berichts zeigen, unterliegen die meisten Mädchen dieser Prozedur im Durchschnittsalter von neun bis zehn Jahren und sind daher nicht in der Lage, zuzustimmen oder abzulehnen. Zudem treffen die Eltern, meist die Mutter, die Entscheidung, ohne ihre Kinder einzubeziehen. Auch der Abgeordnete der *Nūr*-Partei, Nāṣir aš-Šākir, sprach sich gegen das Gesetz aus, da er die weibliche Genitalverstümmelung als einen Teil der Tradition des Propheten, der *Sunna*, betrachte und es nach seinem Verständnis aus diesem Grund religiös legitimiert sei.[34] Im September 2016 äußerte sich ein Mitglied des Parlaments, dass er die Weiterführung der weiblichen Genitalverstümmelung befürworte, da dies die einzige Möglichkeit sei, vorehelichen Sex zu unterbinden.[35]

IV Der erste Fall vor Gericht

Im Jahr 2013 verstarb Suhair al-Bāṭīʿ im Alter von 13 Jahren an den Folgen der Genitalverstümmelung. Trotz des gesetzlichen Verbotes führte der Arzt Raslān Faḍl die Genitalverstümmelung durch. Im Januar 2015 wurde er wegen Totschlags angeklagt und zu einer zweijährigen Freiheitsstrafe und Zwangsarbeit sowie weiteren drei Monaten Freiheitsentzug für das Durchführen einer verbotenen Tat verurteilt. Des Weiteren musste er ebenfalls ein Bußgeld von 500 L. E. zahlen. Auch der Vater des Mädchens erhielt eine dreimonatige Freiheitsstrafe.[36] Seit dem gesetzlichen Verbot der weiblichen Genitalverstümmelung war dies der erste Fall, der vor Gericht gebracht wurde.[37] Zu diesem Zeitpunkt wurde die Verurteilung des Arztes von vielen Frauenrechtsgruppen als ein erster Erfolg in der Bekämpfung dieser Praxis gesehen. Jedoch wurde das Urteil nicht direkt ausgeführt. Der

---

[30] Siehe www.target-nehberg.de/HP-02_target/u1-2_alAzha_kairo/index.php?p=gelehrtenkonferenz (letzter Aufruf 04. 01. 2016).

[31] Siehe www.target-nehberg.de/HP-08_fatwa/index.php?p=fatwaAzhar&lang=de& (letzter Aufruf 04. 01. 2016). www.egyptindependent.com/news/mufti-s-deputy-reiterates-female-circumcision-prohibited-religion (letzter Aufruf 04. 01. 2016). Für weitere Informationen zur religiösen Perspektive zur weiblichen Genitalverstümmelung siehe www.unicef.org/mena/-MENA-Final_English_FGM_summary.pdf (letzter Aufruf 04. 01. 2016).

[32] *Freedom and Justice Party* ist der Name der von den Muslimbrüdern gegründeten politischen Partei.

[33] Dörthe Engelcke: Konflikte des Familienrechts in Marokko und Ägypten, in: GIGA Focus Nahost 5 (2012), S. 6.

[34] Ebd.

[35] Siehe www.washingtonpost.com/news/worldviews-/wp/2016/09/06/egypt-lawmaker-female-genital-mutilation-needed-because-men-are-sexually-weak/?utm_term=.88d369f9ac88 (letzter Aufruf 28. 04. 2017).

[36] Siehe egyptianstreets.com/2015/12/10/90-of-egyptian-women-suffer-from-female-genital-cutting-despite-ban (letzter Aufruf 05. 01. 2016).

[37] Siehe egyptianstreets.com/2015/12/13/egyptian-fgm-doctor-who-killed-13-year-old-girl-is-free-despite-being-convicted (letzter Aufruf 05. 01. 2016).

Arzt arbeitete sogar eine gewisse Zeit in einem öffentlichen Krankenhaus, bis die Journalistin Leila Fadel diesem Fall nachging und aufdecken konnte, dass das Urteil nicht vollstreckt wurde.[38] Der Arzt habe laut eigener Aussage kein Problem damit, die weibliche Genitalverstümmelung weiterhin auszuführen und versuche sogar die Regierung für das Verbot der weiblichen Genitalverstümmelung anzuzeigen.[39] Da der Fall nach der Veröffentlichung von Fadels Artikel neue mediale Aufmerksamkeit erhielt, stellte sich der Arzt im April 2016 der Polizei, nachdem er sich mit der Familie des verstorbenen Mädchens aussöhnte. Dies führte dazu, dass er die zweijährige Freizeitstrafe umgehen konnte. Unter diesen neuen Umständen wurden ihm lediglich drei Monate Freiheitsstrafe auferlegt. Im Juli 2016 wurde er wieder entlassen.[40]

Anhand dieses Falles wird deutlich, dass selbst nach einer gerichtlichen Verurteilung das Urteil nicht ausgeführt wird. Da bisher lediglich ein Fall angezeigt wurde, jedoch jährlich Tausende von Frauen dieser Praxis unterzogen werden, zeigt, dass es zum einen an dem Bewusstsein der Bevölkerung fehlt, diese Praxis als eine Straftat zu betrachten, zum anderen, dass es eindeutig an der vollständigen Implementierung dieser Gesetze fehlt. In der von UNICEF durchgeführten Umfrage aus dem Jahr 2015 über die Weiterführung dieser Praxis stimmten 58,5 % der Männer zwischen 15–49 Jahren für die Weiterführung. 53,9 % der Frauen stimmten ebenfalls der Weiterführung zu.[41] Der aktuelle Gesundheitsminister kündigte an, dass die Praxis der weiblichen Genitalverstümmelung bis 2030 ein Ende haben wird.[42] Es werden jedoch keine Angaben gemacht, wie dies erreicht werden soll.

V Weshalb wird die weibliche Genitalverstümmelung durchgeführt?

Es existiert eine Reihe von Gründen, weshalb die weibliche Genitalverstümmelung weiterhin durchgeführt wird. Die weibliche Genitalverstümmelung ist nicht im Islam vorgeschrieben, gewinnt jedoch durch den großen Wert von Keuschheit und Sittsamkeit innerhalb der Religion an Stärke.[43] Zudem ist die weibliche Genitalverstümmelung in Ägypten sowohl bei Muslimen als auch bei Christen weit verbreitet.[44] Viel mehr ist die weibliche Genitalverstümmelung in kulturellen Traditionen verankert, von denen behauptet wird, dass sie physischen oder psychosozialen Nutzen haben, um beispielsweise familiäre Bräuche oder Familienehre im Zusammenhang mit Enthaltsamkeit und Jungfräulichkeit zu wahren.[45]

---

38 Siehe www.npr.org/sections/goatsandsoda/2015/-12/11/459238614/why-the-egyptian-doctor-found-guilty-of-female-genital-mutilation-isnt-in-jail (letzter Aufruf 05. 01. 2016).

39 Siehe egyptianstreets.com/2015/12/13/egyptian-fgm-doctor-who-killed-13-year-old-girl-is-free-despite-being-convicted (letzter Aufruf 05. 01. 2016).

40 Siehe www.theguardian.com/world/2016/aug/-02/egyptian-doctor-convicted-of-fgm-death-serves-three-months-in-jail (letzter Aufruf 26. 02. 2017).

41 UNICEF: Children in Egypt(2016), S. 193 f.

42 Siehe www.egyptindependent.com//news/female-genital-mutilation-end-2030-health-ministry (letzter Aufruf 08. 02. 2016).

43 G. H. Sayed / M. A. Abd El-Aty / K. A. Fadel: The Practice of Female Genital Mutilation in Upper Egypt, in: International Journal of Gynecology and Obstetrics 55 (1996), S. 286.

44 Siehe egyptianstreets.com/2015/12/10/90-of-egyptian-women-suffer-from-female-genital-cutting-despite-ban (letzter Aufruf 05. 01. 2016).

45 Sayed / Abd El-Aty / Fadel: The Practice of Female Genital Mutilation in Upper Egypt, S. 286.

Ebenso können die Dämpfung des sexuellen Verlangens der Frau oder die Kontrolle ihres sexuellen Verhaltens Gründe hierfür sein.[46] Zudem sehen es viele als eine Art „Reinigungsritual“ an.[47] Das Mädchen gilt nach dem Eingriff als „rein“ und „sauber“ und erhält somit bessere Heiratschancen.[48] Aus diesem Grund wird in Ägypten umgangssprachlich für diesen Eingriff auch der Begriff *Ṭahāra* (Reinheit) verwendet.[49]

Bei einer Studie, die zwischen 2011 und 2012 durchgeführt wurde, gaben die Personengruppen, bei denen die weibliche Genitalverstümmelung nicht vorgenommen wurde, an, dass weder sie noch ihre männlichen Partner gewillt sind, ihre Töchter dieser Prozedur zu unterziehen. Dennoch gaben bei der gleichen Umfrage die meisten Männer an, dass sie lieber eine Frau heiraten würden, bei der die weibliche Genitalverstümmelung durchgeführt wurde.[50]

Weibliche Genitalverstümmelung birgt für Mädchen und Frauen nicht nur physische Gesundheitsrisiken, sondern auch emotionale und psychologische. Hierzu gehören Blutungen und Infektionen, die zum Tod führen, aber auch Trauma, Krankheiten, Harninkontinenz und sexuelle Störungen. Bei unhygienischen Verhältnissen während des Eingriffs, beispielsweise durch unsterile Instrumente, besteht ebenfalls das Risiko einer HIV-Infektion.[51] Die weibliche Genitalverstümmelung ist ein Beispiel für Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, indem man versucht die weibliche Sexualität zu kontrollieren. Es erkennt Mädchen und Frauen das Recht ab, ihre persönliche, physische und psychologische Unversehrtheit, Rechte und Freiheiten zu genießen.[52]

VI Fazit

Grundsätzlich ist die Einführung des Kindergesetzes ein großer Fortschritt in Kinderrechtsangelegenheiten. Viele verschiedene Rechtsbereiche konnten dadurch in einem Gesetzbuch zusammengefasst werden, machten die Gesetze somit übersichtlicher und vereinfachten den Prozess. Im Hinblick auf die weibliche Genitalverstümmelung wird deutlich, dass man weder durch das religiöse noch das rechtliche Verbot große Fortschritte erreicht hat. Die weibliche Genitalverstümmelung ist ein irreparabler Übergriff auf Mädchen und Frauen, in dem versucht wird, ihnen das Recht auf Unversehrtheit bereits im Kindesalter zu nehmen. Durch das Verbot der weiblichen Genitalverstümmelung wird rechtlich die Basis geschaffen, solche Fälle zu verfolgen. Problematisch ist jedoch noch immer die Durchsetzung dieser Gesetze. Zwar werden durch einige Kampagnen von Seiten der Regierung sowie von NGOs Informationen an die Bevölkerung getragen, jedoch belegen die UNICEF-Statistiken, dass die Anzahl der Personen, die von weiblicher Genitalverstümmelung betroffen sind, noch immer sehr hoch ist. Um diesem entgegenzuwirken müssen staatliche und

---

[46] Mohammed / Hassan / Eyada: Female Genital Mutilation/Cutting: Will It Continue?, S. 2756 f.

[47] Siehe www.npr.org/sections/goatsandsoda/2015/12/11/459238614/why-the-egyptian-doctor-found-guilty-of-female-genital-mutilation-isnt-in-jail (letzter Aufruf 05. 01. 2016).

[48] Sayed / Abd El-Aty / Fadel: The Practice of Female Genital Mutilation in Upper Egypt, S. 286.

[49] Serour: Medicalization of Female Genital Mutilation/Cutting, S. 147.

[50] Mohammed / Hassan / Eyada: Female Genital Mutilation/Cutting: Will It Continue?, S. 2759.

[51] Sayed / Abd El-Aty / Fadel: The Practice of Female Genital Mutilation in Upper Egypt, S. 286.

[52] Serour: Medicalization of Female Genital Mutilation/Cutting, S. 148.

zivile Kräfte zusammenwirken. Gezielt müssen Personen innerhalb der Bevölkerung geschult werden, jedoch auch Lehrer, Menschenrechtsaktivisten und alle Personen, die in irgendeiner Weise förderlich für die Unterbindung dieser Praxis sein könnten. Zudem ist es sinnvoll, diese Thematik im Schulunterricht zu besprechen und die Schüler und Schülerinnen schon im Kindesalter über ihre Rechte aufzuklären. Die Notfall-Hotline sollte ebenfalls mehr Aufmerksamkeit erhalten, indem sie an Kinder, jedoch auch an Erwachsene herangetragen wird, so dass diese die Möglichkeit haben, sich an jemanden zu wenden. Da die weibliche Genitalverstümmelung erhöht in ländlichen Gegenden vorkommt, sollten sich Kampagnen vor allem auf diese Regionen konzentrieren. Des Weiteren muss *Dāyas* eine alternative Einkommensquelle geboten werden, sodass diese nicht weiter die weibliche Genitalverstümmelung beruflich ausüben. Da Religion innerhalb der ägyptischen Gesellschaft eine große Rolle spielt, ist es ratsam auch religiöse Autoritäten – christliche sowie muslimische – einzubeziehen, um somit die Bevölkerung davon zu überzeugen, dass dieser Eingriff weder religiös gefordert noch gewünscht ist. Zuletzt ist es wichtig, innerhalb der Bevölkerung nicht nur die Kenntnis über das rechtliche Verbot der weiblichen Genitalverstümmelung zu verbreiten, sondern ihnen auch den menschen- und kinderrechtlichen Charakter sowie die medizinischen und sozialen Dimensionen näherzubringen.

Sylvia Riewendt, Doktorandin am Seminar für Arabistik/Islamwissenschaft an der Georg-August-Universität Göttingen.

ZRI – Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam 9 (2017), S. 215–224

Außergerichtliche und informelle Eheschließungen zwischen Syrern – die sogenannte *Barrānī*-Ehe

Fatma El cheikh Hassan

1. Bekannteste Formen informeller Eheschließungen: *ʿUrfī*- und *Misyār*-Ehe[1]

Die bekanntesten Formen der informellen Eheschließungen im sunnitischen Islam sind die *ʿUrfī*-Ehe (*zawāǧ al-ʿurfī*)[2], wie sie hauptsächlich in Ägypten praktiziert wird, und die *Misyār*-Ehe (*zawāǧ al-misyār*)[3], wie sie größtenteils in Saudi-Arabien vorkommt. Bei der *ʿUrfī*-Ehe (arab. *ʿurf*, Gewohnheit, Sitte) handelt es sich, verkürzt dargestellt, um eine Eheschließung, die außerhalb der staatlichen Institutionen geschlossen wird. Im besten Fall wird diese Ehe formal korrekt, das heißt vor einem Imam oder einem Notar unter Anwesenheit des *Walī*[4] (dt. Vormund, meist handelt es sich hierbei um den Vater der potentiellen Braut), vor Zeugen und mit anschließender „Verkündung" in der Gemeinschaft, geschlossen. Beiden Ehepartnern wird hierbei sowohl eine schriftliche Eheurkunde als auch ein Ehevertrag ausgehändigt. Eine nachträgliche Ehe-

---

[1] In meiner Magisterarbeit habe ich bereits die *ʿUrfī*- und die *Misyār*-Ehe ausführlicher dargestellt, siehe Fatma El cheikh Hassan: Außergewöhnliche Eheformen im sunnitischen Islam [nicht veröffentlichte Arbeit zur Erlangung des Mag. Art.], Münster 2011.

[2] Vgl. Karim El-Gawhary: Sex Tourism in Cairo, in: Middle East Report 196 (1995), S. 26 f.; Mona Abaza: Perceptions of ʿUrfī Marriage in the Egyptian Press, in: *ISIM Newsletter* 7 (2001), S. 20 f., online verfügbar unter www.academia.edu/13126706/Perceptions_of-_ʿUrfī_Marriage_in_Egypt (letzter Aufruf 10. 9. 2017); Lynn Welchman: *Women and Muslim Family Laws in Arab States*, Amsterdam 2007, S. 56 ff.; Yolande Knell: The Perils of Young Egyptians' Secret Marriage, in: *BBC News Online* (19. 1. 2010), news.bbc.co.uk/1/hi/world/middle_east/8466188news.bbc.co.uk/1/hi/-world/middle_east/8466188.stm.stm (letzter Aufruf 10. 9. 2017); Nadia Sonnveld: Rethinking the Difference between Formal and Informal Marriages in Egypt, in: *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law* 15 (2009/2010), S. 53–78 (56 ff.).

[3] Allgemeines zur Misyār-Ehe bei Somayya Jabarti: Misyar Marriage – a Marvel or Misery?, in: *Arab News Online* (5. 6. 2005), www.arabnews.com/node/268027 (letzter Aufruf 26. 9. 2017); Welchman: *Women and Muslim Family Laws*, S. 102 ff.; Maha A. Z. Yamani: *Polygamy and Law in Contemporary Saudi Arabia*, Ithaca 2008, S. 81 ff.; Nadia Sonnveld: Rethinking the Difference between Formal and Informal Marriages in Egypt, in: *Family Law in Islam. Divorce, Marriage and Women in the Muslim World*, hrsg. von Maaike Voorhoeve, London / New York 2012, S. 77 ff. (93 ff.), Abdul Hannan Tago: Misyār Now „a Widespread Reality", in: *Arab News Online* (12. 10. 2014), www.arabnews.com/saudi-arabia/news/642991 (letzter Aufruf am 11. 9. 2017); Mahmud El-Wereny: Misyār-Ehe: Begriffsbestimmung und islamrechtliche Grundlagen unter besonderer Berücksichtigung Yūsuf al-Qaraḍāwīs (geb. 1926) Ansichten, in: *Electronic Journal of Islamic and Middle Eastern Law* 4 (2016), S. 55–73.

[4] Näheres zum Walī-Begriff bei Mawil Y. Izzi Dien / P. E. Walker: Wilāya, in: *Encyclopedia of Islam* 2.11, Leiden 2002, S. 208 f. Welche Rolle der Walī bei der Verheiratung spielt und worauf er zu achten hat bei Farhat J. Ziadeh: Equality (Kafāʾah) in the Muslim Law of Marriage, in: *The American Journal of Comparative Law* 6 (1957), S. 503–517 (509 ff.).

anerkennung oder Eheauflösung vor den zuständigen staatlichen Instanzen wäre somit vereinfacht möglich. Im schlimmsten und leider auch im Regelfall, besitzt keiner oder nur einer der beiden Ehepartner eine schriftliche Eheurkunde oder einen Ehevertrag und muss im Rechtsstreit – meist bezogen auf Vaterschaftsklagen oder Scheidungen – zunächst einmal beweisen, dass eine Ehe geschlossen wurde oder bestand. Ein Einweihen des näheren Umfelds in die Eheschließung bleibt in solchen Fällen meist aus. Diese Form der Eheschließung ist auch bei reichen Golfarabern beliebt, die während ihres Aufenthalts vor Ort diese Form der Ehe mit Frauen und Mädchen schließen und nach Beendigung des Aufenthalts wieder lösen[5].

Bei der *Misyār*-Ehe (arab. *misyār*, Reisend[e/r]) handelt es sich um eine Eheform, in der die Frau auf den ihr zustehenden ehelichen Unterhalt, ihre Verpflegung und Unterkunft verzichtet. Der Verzicht kann auch Kinder mit einbeziehen, die aus dieser Eheform hervorgehen. Frauen, die diese Art der Ehe eingehen, sind meist eher wohlhabende Witwen, Geschiedene oder Frauen, die als „alte Jungfer" (arab. *ʿānisa*) gelten, da sie ein gewisses Alter erreicht haben, ohne vorher verheiratet gewesen zu sein. Männer, die diese Ehe eingehen, erhalten hierbei die Möglichkeit eine polygyne Verbindung zu führen ohne – mit Ausnahme der *Mahr* – die laufenden finanziellen oder sonstigen Verpflichtungen, die mit einer klassischen Eheschließung einhergehen, zu tragen.

Eine Besonderheit ist weiter, dass der Ehemann lediglich bestimmte Nächte bei seiner *Misyār*-Ehefrau verbringt und quasi, wie es der Name dieser Eheform suggeriert, von Unterkunft zu Unterkunft und von Frau zu Frau „reist". Bei dieser Konstellation und Anerkennung dieser Eheform durch manche Gelehrte[6] spielt auch das ḥanbalitische Verständnis zu Verträgen und Vertragsschließungen eine Rolle[7], zu denen der Ehevertrag ebenfalls gezählt wird.

Wichtige Bestandteile des Vertrags sind das Angebot (arab. *ʾiǧāb*) und die Akzeptanz (arab. *qubūl*). Hierbei wird von den „Befürwortern"

---

[5] Siehe El-Gawhary: Sex Tourism; Nada Ramadan: Putting a Price Tag on Egyptian Women, in: *The New Arab Online* (9. 12. 2015, www.alaraby.co.uk/english/Features/2015/12/9/Putting-a-price-tag-on-Egyptian-women (letzter Aufruf 17. 9. 2017).

[6] So hat sich beispielsweise der ägyptische Gelehrte Yūsuf al-Qaraḍāwī (geb. 1926), der durch seine eigene Sendung auf dem Nachrichtensender *al-Ǧazīra* [*al-Jazeera*] einen hohen Bekanntheitsgrad erlangte, in einer Online-*Fatwā*, dahingehend geäußert, dass, solange die Formalitäten einer regulären islamischen Eheschließung eingehalten seien, formal nichts gegen diese Ehe spräche. Auch er weist auf das Recht der Frau hin, auf gewisse eheliche Ansprüche zu verzichten. Er selbst jedoch würde die *Misyār*-Ehe nicht empfehlen und beschreibt sie als neues Phänomen. In englischer Übersetzung ist seine Online-*Fatwā* aufrufbar unter Yūsuf al-Qaraḍāwī: Misyār Marriage Fatwā, in: *Islam Online* (o. D.), archive.islamonline.net/?p=625 (letzter Aufruf 17. 9. 2017).

[7] Zum ḥanbalitischen Vertragsrecht siehe Oussama Arabi: Contract Stipulation (shurūṭ) in Islamic Law: The Ottoman Majalla and Ibn Taymiyya, in: *International Journal of Middle East Studies* 30 (1998), S. 29–50; Mahdi Zahraa: Negotiating Contracts in Islamic and Middle Eastern Law, in: *Arab Law Quarterly* 13 (1998), S. 265–277 (274 f.).

dieser Eheform das Argument angebracht, die Frau könne und habe das Recht auf ihre ehevertraglichen Rechte und Ansprüche zu verzichten, sofern dies ihrem Wunsch entspricht und sie dieses Eheangebot akzeptiert. Beide Eheformen werden auch heute noch in den genannten Ländern praktiziert, wobei die Probleme,[8] die mit diesen beiden Formen der Eheschließung einhergehen, noch immer nichts von ihrer Aktualität eingebüßt haben.[9]

Wenn auch die *Misyār*-Ehe eher eine lokale Besonderheit oder Eigenheit Saudi-Arabiens bleibt, so ist jedoch die *ʿUrfī*-Ehe in vielen Staaten außerhalb Ägyptens unter Sunniten unter unterschiedlichen Namen[10] vertreten.

2. *Barrānī*-Ehe bei syrischen Flüchtlingen

Für das Verständnis kultureller Unterschiede spielt eine in Syrien häufig geschlossene Eheform eine besondere Rolle. Dort ist eine außerhalb der rechtlichen Instanzen geschlossene Ehe gemeinhin als *Zawāǧ barrānī* bekannt – *nomen est omen* – der Begriff bringt in der Übersetzung genau das zum Ausdruck. *Barrānī* nämlich bedeutet im Arabischen ‚außen, draußen, außerhalb befindlich'. *Zawāǧ barrānī* meint somit ‚außerhalb befindliche Ehe'. Als weitere Bezeichnung bzw. Synonym kann auch die längere Phrase *Zawāǧ ḫāriǧ al-Maḥkama,* zu

[8] Die Probleme, die sich hauptsächlich ergeben haben, sind meist Fragen zu Sorgerecht, Unterhalt und Vaterschaftsanerkennung. In Ägypten kam noch erschwerend hinzu, dass Kinder ohne die Nennung eines Kindsvaters keine Dokumente, wie Geburtsurkunde etc., ausgehändigt bekamen. Viele Klagen vor Gericht, aufgrund des Scheiterns von *ʿUrfī*-Ehen, sind daher Vaterschaftsklagen und die Klärung der Nachkommenschaft. Denn nicht nur das Sorgerecht und der Unterhalt hängen hiermit zusammen, sondern natürlich auch spätere Erbschaftsansprüche der Kinder. Für neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung siehe Fn. 9.

[9] Wobei man zumindest für Ägypten sagen kann, dass sich in den letzten Jahren ein wenig für die Rechtssicherheit, vor allem der Frauen und der Kinder, die aus solchen Ehen hervorgehen, getan hat. Allerdings auch nur für diejenigen Frauen, die einen schriftlichen Ehevertrag vorweisen können: Cairo Scene Team: Egyptian Court Grants Children Born into Urfi Marriages Birth Certificates, in: *Cairo Scene Online* (24. 4. 2017), www.cairoscene.com/Buzz/-Court-Ruling-Ensures-Birth-Certificates-for-Children-Born-to-Customary-Marriages (letzter Aufruf 17. 9. 2017); O. A.: Court Ruling Obliges Authorities to Register Children from Customary Marriages, in: *Mada Masr Online* (24. 4. 2017), www.madamasr.com/-en/2017/04/24/news/u/court-ruling-obliges-authorities-to-register-children-from-customary-marriages (letzter Aufruf 21. 9. 2017).

[10] In der Türkei, aber auch bei türkischstämmigen Bürgern in Deutschland, werden religiöse Ehen, die außerhalb der staatlichen Instanzen geschlossen werden beispielsweise als Imam Nikah, auch bekannt unter der eingedeutschten Begrifflichkeit Imam-Ehe, bezeichnet. Etwas veraltet hierzu: Gotthard Jäschke: Die „Imam-Ehe" in der Türkei, in: *Die Welt des Islams, New Series* 4 (1955), S. 164–201. Diese informellen Eheformen sind somit ethnisch unabhängig und können theoretisch in jeder sunnitisch ausgerichteten Gemeinde vorkommen. In Deutschland bzw. Europa existieren solche religiös legitimierten Ehen, die ebenfalls ohne Anerkennung durch irgendeinen Staat geschlossen werden. Die Gründe sind hierbei vielfältig und reichen von der schlichten Bequemlichkeit ob der einfachen Auflösung der Ehe ohne langwierigen Prozess bis hin zu der Überzeugung, dass eine standesamtliche oder anderweitig staatlich registrierte Ehe „unislamisch" sei. Empirische Studien, die dieses Phänomen systematisch erfassen, fehlen und könnten evtl. für die weitere Forschung interessant sein.

Deutsch ‚Ehe außerhalb des Gerichts', dienen. Die Ehe in Syrien wird neben anderen Fragen des Personalstatuts und Familienrechts durch das syrische Personenstandsgesetz, welches am 17. September 1953 per Präsidialdekret 59 in Kraft trat, geregelt.[11] Dieses Dekret gilt für alle dem Islam angehörigen Syrer. Christliche, jüdische und drusische Religionsgemeinden haben gemäß Artt. 306 und 307 des syrischen Personenstandsgesetzes ihre eigene Personenstandsrechtsprechung.[12]

Seit im Jahr 2005 der Krieg in Syrien ausgebrochen ist, hat sich die Anzahl der Flüchtlinge in den Nachbarländern von Jahr zu Jahr vervielfacht. Allein im Libanon wird die Anzahl der syrischen Flüchtlinge auf ca. 1,5 Millionen geschätzt. Vermutlich liegt die Dunkelziffer der Gesamtzahl der Syrer im Libanon höher. Dies einerseits, weil viele Flüchtlinge nicht registriert sind und somit quasi als Illegale[13] in den Lagern leben, andererseits jedoch auch, weil Neugeborene – seien es die Nachkommen von bereits registrierten Flüchtlingen oder Illegalen – nicht dokumentiert

[11] Näheres bei J. N. D. Anderson: The Syrian Law of Personal Status, in: *Bulletin of the School of Oriental and African Studies*, University of London 17 (1955), S. 34–49 (34 ff.); Alexander Bergmann / Murad Ferid et al. (Hgg.): *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht mit Staatsangehörigkeitsrecht, Loseblattwerk, Ordner XVIII, Länderteil Syrien – Arabische Republik Syrien*, 1994; Jamal J. Nasir: *The Islamic Law of Personal Status*, London et al. ²1990, S. 32 ff.; Maurits S. Berger: The Legal System of Family Law in Syria, in: *Bulletin d'études orientales* 49 (1997), S. 115–127 (118 ff.); Esther van Eijk: *Family Law in Syria. Patriarchy, Pluralism and Personal Status Law*, London 2016, S. 46 ff., 129 ff.

[12] Vgl. Anderson: *Syrian Law*, S. 35 f., 49 f.; Bergmann / Ferid: *Syrien*, S. 27 f.

[13] Dass der libanesische Staat und seine Flüchtlingspolitik selbst nicht ganz unschuldig sind an der hohen Anzahl illegal im Land befindlicher Syrer, beschreibt Janmyr in ihrer Analyse. Sie sagt, dass bereits in der Bezeichnung der Syrer im Land ein Problem liegt und allein dies schon die Rechtssicherheit negativ beeinflusst. So werden die Syrer nicht als *Flüchtlinge* (arab. *lāǧiʾūn*), sondern als *Auswanderer* bzw. *Emigranten* (arab. *nāziḥūn*) bezeichnet. Der Libanon sei zudem kein „Asylland", sondern lediglich ein „Transitland" für die Syrer. Darüber hinaus erhebt der Libanon seit 2015 eine Aufenthalts- bzw. Bearbeitungsgebühr. So muss jeder Syrer über fünfzehn Jahre, der seit mindestens einem Jahr im Land lebt, seinen Aufenthalt anmelden und jährlich erneuern. Für diese Erneuerung wird eine Gebühr von ungefähr 200 US Dollar (ca. 167 Euro) pro Person erhoben. So könnte beispielsweise eine sechsköpfige Familie mit Kindern in dem entsprechenden Alter diese Aufenthaltserneuerung jährlich bis zu 1200 US Dollar (ca. 1008 Euro) kosten. Eine Summe, die sich in Anbetracht der hohen Lebenshaltungs- und explodierenden Mietkosten die wenigsten leisten können. Die Regelung soll die Anzahl der im Libanon befindlichen Syrer reduzieren oder sie zumindest zu einer Rückkehr oder Abkehr verleiten: Charles Lorraine / Kate Denman: Syrian and Palestinian Syrian Refugees in Lebanon: The Plight of Women and Children, in: *Journal of International Women's Studies* 14 (2013), S. 96–111; Maja Janmyr: The Legal Status of Syrian Refugees in Lebanon, in: *Issam Fares Institute for Public Policy and International Affairs American University of Beirut*, Working Paper 33 (2016), S. 6–19 (7, 11); dies.: Analysis: Lebanon Forces Illegal Status on Refugees, in: *News Deeply Syria Deeply* (12. 6. 2016), www.newsdeeply.com/syria/community/2016/07/12/analysis-lebanon-forces-illegal-status-on-refugees-2 (letzter Aufruf 14. 9. 2017); Filippo Diongi: The Syrian Refugee Crisis in Lebanon: State Fragility and Social Resilience, in: *LSE Middle East Centre Paper Series* 15 (2016), S. 6–38; Haid Haid: Lack of Legal Status is Nightmare for Syrians in Lebanon, in: *Middle East Eye Online* (27. 2. 2017), www.middleeasteye.net/columns/lack-legal-status-syrians-biggest-nightmare-lebanon-65115956 (letzter Aufruf 17. 9. 2017).

werden, die unter anderem auch aus *Barrānī*-Ehen hervorgehen. Diese Ehen, die innerhalb dieser syrischen Community geschlossen werden, werden regelmäßig von Geistlichen durchgeführt, die aus derselben Gemeinschaft stammen. Die Kinder solcher Ehekonstellationen erhalten meist keine Papiere wie Geburtsurkunden oder Ähnliches, da eine Registrierung oder zumindest Anerkennung der Ehe der Eltern zuvor nötig wäre. Ein weiteres Ergebnis ist hierbei, dass Kinder geboren werden, die aufgrund der fehlenden Dokumente als Staatenlose gelten.[14]

Insbesondere die Anzahl der Verheiratung von Minderjährigen, meist jungen Mädchen, ist ein wachsendes Problem dieser *Barrānī*-Ehen. Als Hauptmotiv können hier Perspektivlosigkeit und Armut, die aus der Flucht resultieren, genannt werden,[15] aber auch mangelnde Bildung und Unkenntnis bzgl. (islam-) rechtlicher Regelungen[16]. Es kann beispielsweise davon ausgegangen werden, dass die Gebühren[17] für eine ordentliche Eheschließung oder die nachträgliche Registrierung bzw. Anerkennung einer bereits geschlossenen Ehe vor ei-

[14] Dunja Ramadani: Die staatenlosen Kinder des Krieges, in: *Süddeutsche Zeitung Online* (13. 7. 2017), www.sueddeutsche.de/politik/libanon-die-staatenlosen-kinder-des-krieges-1.3541544 (letzter Aufruf 17. 9. 2017).

[15] Das Verheiraten von Minderjährigen unter achtzehn Jahren war auch vor Ausbruch des Krieges, vor allem in den ländlichen, bildungsfernen und/oder traditionelleren Gegenden und Schichten Syriens keine Ausnahme. Jedoch hat die Flüchtlingssituation diese Sitte verstärkt. Vgl. Fn. 18 und 19, sowie *UNICEF: A Study on Early Marriage in Jordan* 2014, S. 13 ff. Gemäß Artikel 16 und 18 des syrischen Personenstandsgesetzes von 1953 liegt das heiratsfähige Alter von Männern bei Vollendung des achtzehnten und von Frauen bei Vollendung des siebzehnten Lebensjahres vor. Mit der besonderen Erlaubnis des Vormunds und der Genehmigung des Richters können Jungen, die behaupten, die entsprechende geistige Reife zu haben, bereits mit fünfzehn Jahren und Mädchen im selben Falle mit dreizehn Jahren verheiratet werden. Siehe Anderson: *Syrian Law*, S. 37 f.

[16] Zwecks Aufklärung und Schließung dieser Wissenslücken wurde vom *International Rescue Commitee* ein an in Libanon lebende Syrer gerichteter Informationsflyer in arabischer Sprache produziert. Dieser informiert über die Registrierung der Ehe und die Eheschließung im Libanon und über die Vor- als auch Nachteile der Versäumnis ebendieser. In dem Flyer wird u. a. darauf aufmerksam gemacht, dass eine ordentliche Eheschließung und Eheanerkennung wichtig für die Registrierung der aus der Ehe stammenden Kinder sowie den Erhalt wichtiger Dokumente und Urkunden ist. Außerdem würden Fragen zu späteren Erbschaftsansprüchen erleichtert. Neben Telefonnummern, die allgemein-rechtliche Hilfestellungen versprechen, werden u. a. auch die möglichen Kosten, die eine Eheschließung bzw. Eheanerkennung verursachen aufgezeigt. Die Gesamtkosten werden hier zwischen 100 000 und 150 000 L.L. (ca. 55,82 Euro und 83,73 Euro) angegeben. Ebenfalls wird auf die Existenz einer eigenen Rufnummer für Minderjährige, d. h. unter 18 Jahren, hingewiesen, die ebenfalls juristischen Beistand anbietet, siehe International Rescue Committee: *Taʿrafū kaifa tusaǧǧilū z-zawāǧ*? [*Wisst Ihr, wie Ihr die Ehe registriert?*] (o. Z.), www.refugees-lebanon.org/uploads/poster/poster_1445420346-30.pdf (letzter Aufruf 11. 9. 2017).

[17] Die Gebühren des sunnitischen Scharia-Gerichts werden auf der Homepage ebendieser aufgelistet, wobei hier keine Aussage zur aktuellen Geltung der Preise getroffen werden kann: slc.gov.lb/default.asp?-MenuID=34 (letzter Aufruf 10. 9. 2017). Die gerichtliche Gebühr für eine Eheschließung zwischen Libanesen liegt bei ca. 16 000 L.L. (ca. 8,80 Euro), zwischen Personen aus anderen arabischen Staaten bei 20 000 L.L. (ca. 11 Euro). Die Kosten der Eheanerkennung, einer außergerichtlich oder ggf. im Ausland geschlossenen Ehe liegen bei 52 000 L.L. (ca. 28,65 Euro).

nem staatlich anerkannten Scharia-Gericht oder einem bevollmächtigten Imam im Dienste der Scharia-Gerichte nicht gezahlt werden können. Durch die Verheiratung der Minderjährigen versprechen sich die jeweiligen Familien eine sozio-ökonomische Aufbesserung ihrer Lage.[18]

Neben der finanziellen Not wird zudem die Angst vor sexueller Gewalt und sexuellem Missbrauch in den Flüchtlingslagern als Grund für die frühe Verheiratung genannt.[19]

Die Preise setzen sich aus der Bearbeitungs- bzw. „Hilfsgebühr" (*ar-rasm at-taʿāḍud*) und dem Hauptentgelt (*ar-rasm al-mālī*, wörtlich ‚Finanzgebühr') zusammen. Für eine Eheschließung bedarf es neben der Anwesenheit der Brautleute oder eines beglaubigten Bevollmächtigten der jeweiligen Ausweisdokumente sowie medizinischer Gutachten über die gesundheitliche und körperliche Ehefähigkeit der Brautleute. Das medizinische Gutachten dient ebenso dazu, eventuelle Erbkrankheiten als auch mögliche sexuell übertragbare Krankheiten zu ermitteln bzw. auszuschließen. Vor allem die zusätzlichen Kosten für letzteres können je nach Ärztehonorar variieren. Für die ordentliche Eheanerkennung, beispielsweise einer *Barrānī*- und/oder *ʿUrfī*-Ehe, benötigt das Gericht neben der Anwesenheit der Eheleute die Personenstandsurkunden der beiden, den schriftlichen Ehevertrag bzw. die Eheurkunde und zusätzlich ein medizinisches Gutachten.

[18] Online-Medien und verschiedene Hilfsorganisationen haben dieses Problem auf folgenden Seiten und eigenen Publikationen thematisiert: Shira Rubin: Poor and Vulnerable, Syrian Refugee Families Push Girls into Early Marriages, in: *The Christian Monitor Online* (6. 12. 2013), www.csmonitor.com/World/Middle-East/2013/1206/Poor-and-vulnerable-Syrian-refugee-families-push-girls-into-early-marriage (letzter Aufruf 14. 9. 2017); Oriol Andrés Gallart: Many Child Marriages among Syrian Refugees Driven by Economics, in: *Middle East Eye* (2. 4. 2015), www.middleeast-eye.net/in-depth/features/early-marriage-between-tradition-and-survival-1029647734 (letzter Aufruf 13. 9. 2017); John Owens: In Lebanon, Many Refugee Girls Choose Marriage over Poverty, in: *VOA News* (28. 5. 2015), www.voanews.com/content/in-lebanon-refugee-girls-choose-marriage-over-poverty-/2793823.html (letzter Aufruf 13. 9. 2017); Tara Moss: The Rise of the Syrian Child Bride, in: *UNICEF Online* (19. 10. 2015), www.unicef.org.au/blog/october-2015/-the-rise-of-the-syrian-child-bride und taramoss.com/the-rise-of-the-syrian-child-bride (letzter Aufruf 14. 9. 2017); Richard Hall: The Syrian Refugee Crisis is Turning Girls into Child Brides, in: *The Week Online* (13. 3. 2016), theweek.com/articles/611952/syrian-refugee-crisis-turning-girls-into-child-brides (letzter Aufruf 13. 9. 2017).

[19] Ein Fall, in dem ein Familienvater seine Motivation, seine dreizehnjährige Tochter zu verheiraten, auf seiner Angst vor sexuellem Missbrauch basiert bei Save the Children: Too Young to Wed. The Growing Problem of Child Marriage among Syrian Refugees in Jordan, in: The Save the Children Fund (2014), S. 4 ff. Dass diese Ängste vor sexueller Gewalt oder sexuellem Missbrauch nicht ganz unbegründet sind, zeigen folgende Publikationen: Ghida Anani: Syria Crisis – Dimensions of Gender-based Violence against Syrian Refugees in Lebanon, in: *Forced Migration* 44 (2013), S. 75–78, www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMR-downloads/en/detention/anani.pdf (letzter Aufruf 14. 9. 2017); Lauren Wolfe: Syria Has a Massive Rape Crisis, in: *WMC Women under Siege* (3. 4. 2013), www.womensmediacenter.com/women-under-siege/-syria-has-a-massive-rape-crisis (letzter Aufruf 14. 9. 2017). Wobei man sich natürlich in Anbetracht von steigender häuslicher Gewalt gerade auch in den Flüchtlingslagern durchaus die Frage gefallen lassen muss, inwiefern eine frühe Verheiratung der zumeist minderjährigen Töchter tatsächlich deren Schutz dient? Siehe Phoebe Greenwood: Rape and Domestic Violence Follows Syrian Women into Refugee Camps, in: *The Guardian Online* (25. 7. 2013), www.theguardian.com/world/2013/jul/25/rape-violence-syria-

Syrer sprechen vor allem in diesen Fällen von der Ehe als „Schutz“ oder „Protektion“ (arab. *sutra*). Hierbei spielt auch eine Rolle, dass die Verantwortung der Familie für die Unversehrtheit der Tochter an den Mann „übergeben“ bzw. „übertragen“ wird. Bei der Nichtanmeldung könnte ebenfalls von Belang die Angst sein, durch eine Eheschließung vor Gericht oder eine nachträgliche Eheanerkennung den eigenen illegalen Status im Land preiszugeben. Die entsprechenden Konsequenzen wären Strafzahlungen für das Versäumnis, den eigenen Aufenthalt angemeldet und registriert und natürlich die bei Registrierung und Erneuerung der Aufenthaltserlaubnis fällige Gebühr bezahlt zu haben. Gegebenenfalls drohten sogar Rückführungen ins Heimatland.[20] In Anbetracht dieser wirtschaftlichen und sozialen Zwangslage ist es jedenfalls nachvollziehbar, dass sich viele Flüchtlinge auf den Weg nach Europa gemacht haben bzw. machen[21].

3. *Barrānī*-Ehen bei Syrern – ein Problem für deutsche Gerichte?

Nachdem nun im Sommer 2015 der Flüchtlingsstrom seinen Höhepunkt erreicht hat und die ersten Fälle von verheirateten Minderjährigen in den Asylunterkünften bekannt geworden waren, wurde auch in der deutschen Medienberichterstattung das Problem der Ehen minderjähriger Syrerinnen thematisiert.[22] Dabei stehen vor allem die deutschen Gerichte vor dem Problem, ob und inwiefern *Barrānī*-Ehen anerkannt werden können und sollen, vor allem in Bezug auf die minderjährigen Ehepartner. Eine mögliche Antwort hat bereits die umstrittene Entscheidung des OLG Bamberg vom 12. Mai 2016 bezüglich der Eheanerkennung einer bei ihrer Eheschließung vierzehnjährigen Syrerin und ihres sieben Jahre älteren Ehemannes gegeben[23]. Beide waren gemeinsam aus Syrien über die

---

women-refugee-camp (letzter Aufruf 14. 9. 2017); Karen Leigh: Domestic Violence on the Rise among Syrian Refugees, in: *New York Times Online* (29. 8. 2014), kristof.blogs.nytimes.com/2014/08/29/domestic-violence-on-the-rise-among-syrian-refugees/?mcubz=1 (letzter Aufruf 14. 9. 2014); Jinan Usta / Amelia Reese Masterson et al.: Violence Against Displaced Women in Lebanon, in: *Journal of Interpersonal Violence* (2016), S. 1–13, journals.sagepub.com/doi/-abs/10.1177/0886260516670881 (letzter Aufruf 14. 9. 2017).

[20] Siehe Fn. 13.

[21] Eine Zusammenfassung eines Beispiels für die Situation mancher Flüchtlinge im Libanon bei Jürgen Stryjak: Flüchtlinge im Libanon. Letzte Hoffnung Europa, in: *Deutschlandfunk Online* (29. 3. 2016), www.deutschlandfunk.de/fluechtlinge-im-libanon-letzte-hoffnung-europa.1773.de.html?dram:article_id=349578 (letzter Aufruf 17. 9. 2017) und bei Hala Naufal: Syrian Refugees in Lebanon: the Humanitarian Approach under Political Divisions, in: *Migration Policy Centre Research Report* (2012/2013), S. 14 ff.

[22] Sarah Maria Brech: Wenn die 14-jährige Ehefrau verschwindet, in: *Welt Online* (9. 10. 2015), www.welt.de/vermischtes/article147421999/Wenn-die-14-jaehrige-Ehefrau-Asyl-beantragt.html (letzter Aufruf 18. 9. 2017); o. A.: Kinderehen in Deutschland: 361 Verheiratete unter 14 Jahren, in: *Deutsche Welle Online* (9. 9. 2016), www.dw.com/de/kinderehen-in-deutschland-361-verheiratete-unter-14-jahren/a-19538234 (letzter Aufruf 18. 9. 2017).

[23] OLG Bamberg: Beschluss v. 12. 5. 2016, 2 UF 58/16, BeckRS 2016, 09621. Kommentare und Texte zum Urteil und die Einordnung in die deutsche Rechtslage von: Katharina Hilbig-Lugani: Kollisionsrechtliche Anerkennung einer 14-jährigen nach syrischem Recht, in: *Neue Zeitschrift Familienrecht* [NZFam] 17 (2016), S. 807; Marianne Andrae: Flüchtlinge und Kinderehen, in: *NZFam* 20 (2016),

Balkanroute nach Deutschland geflohen. Der Ehemann, der anhand eines schriftlich verfassten Dokumentes in arabischer Sprache die Eheschließung nach syrischem Recht belegen konnte, beantragte wieder mit seiner Frau zusammen leben zu können. Diese wurde nämlich zuvor in die Obhut des Stadtjugendamtes gegeben. Das OLG Bamberg stimmte nach einem langen Prozess und der persönlichen Anhörung der Partner dem Ehemann zu. Wie bereits erwähnt, gilt das Urteil als umstritten, da das OLG Bamberg bei der Ehe der beiden keinen Widerspruch zum *ordre public*[24] sah. Ferner erkannte es die Ausnahmeregelung des syrischen Personenstandsgesetzes von 1953 an, wonach die Braut in Ausnahmefällen bereits mit Beendigung des dreizehnten Lebensjahres verheiratet werden kann. Ebenso unterstellte es den beiden Brautleuten als Angehörige der sunnitisch-islamischen Konfession *per se* der ḥanafitischen Rechtsschule[25] anzugehören, da diese am weitesten verbreitet sei. Zudem war die Tatsache, dass die beiden die Strapazen der Flucht über die Balkanroute gemeinsam auf sich genommen haben, ebenfalls ein wichtiger Faktor, den das Gericht für die Eheanerkennung angeführt hat. In einem anderen, vermutlich weniger aufsehenerregenden, Fall hätte das OLG Bamberg konsequent – ebenfalls basierend auf dem syrischen Personenstandsgesetz – auf das weibliche Mindestheiratsalter von siebzehn Jahren verweisen und somit die Ehe entweder aufheben oder sogar für nichtig erklären können, entsprechend der Wertung des Jugendamts. Das Gericht hat das Ehedokument nach Prüfung durch die syrische Botschaft anerkannt. Die Botschaft hatte jedoch lediglich bestätigte, dass es „keine Anhaltspunkte dafür [gebe], dass es sich nicht um eine nach syrischem Eherecht wirksame Eheschließung handeln *könnte*“[26]. Selbst das deutsche Eheschließungsrecht beinhaltete bis zum 21. Juli 2017 eine Ausnahmeklausel, die auch Minderjährigen bei Vollendung des sech-

S. 923–929; Jennifer Antomo: Eheschließung Minderjähriger und das deutsche Recht, in: *NZFam* 24 (2016), S. 1155–1161 (1158 ff.).

[24] OLG Bamberg, Rn. 8, 23, 24, 32, 37.

[25] OLG Bamberg, Rn. 24. Die Sache ist hierbei komplizierter: In der Regel basieren die Personenstandsgesetze Syriens und des Libanon, die sich auf die osmanische Zeit zurückführen lassen, deswegen auf der ḥanafitischen Rechtsschule, weil das Recht des Osmanischen Reichs größtenteils diese Rechtsschule bevorzugte. Zu Zeiten der Vereinheitlichung und Kodifizierung des damals geltenden Rechts, zuvorderst auch des Familienrechts, bedienten sich die Rechtsgelehrten jedoch der Methode des *talfiq* (dt. ‚Zusammenflicken, Zusammennähen‘), vor allem in den Fällen, in denen die ḥanafitische Rechtsschule bestimmte Regelungswünsche und Normen nicht hergab. Hierbei handelt es sich um eine Art praktizierten islam-rechtlichen Eklektizismus. Vereinfacht ausgedrückt leitet der Rechtsgelehrte eine Regelung oder Norm ab, die sich aus den Elementen und Meinungen unterschiedlicher Rechtsschulen zusammensetzt, so dass eine neue Regelung oder Norm entsteht. Nähere Informationen zum *talfiq* bei Wael B. Hallaq / Aharon Layish: Talfīḳ, in: *Encyclopedia of Islam* 2.10, Leiden 2000, S. 161; Birgit Krawietz: Cut and Paste in Legal Rulings: Designing Islamic Norms with Talfiq, in: *Die Welt des Islams, New Series* 42 (2002), S. 3–40; Wael B. Hallaq: *An Introduction to Islamic Law*, New York 2009, S. 115 ff (117); o. A.: Talfiq, in: *The Oxford Dictionary of Islam*, hrsg. von John L. Esposito; *Oxford Islamic Studies Online*, www.oxfordislamicstudies.com/-article/opr/t125/e2323 (letzter Aufruf 18. 9. 2017).

[26] OLG Bamberg, Rn. 22.

zehnten Lebensjahres mit Genehmigung des Familiengerichts die Eheschließung gestattete.[27] Das OLG Bamberg hätte somit auch bezüglich der Eheanerkennung und des *ordre public* auf das bis dahin gültige deutsche Recht verweisen und zumindest die Obhut der jungen Frau bis zur Vollendung des sechzehnten Lebensjahres beim Stadtjugendamt belassen können.[28] Dadurch hätte sich das OLG Bamberg für „die goldene Mitte" entschieden. Hingegen wurde der Gesetzgeber tätig und änderte in Anbetracht dieses Urteils und der wachsenden Anzahl von in Deutschland registrierten, minderjährig verheirateten Flüchtlingen die Regelung zur Ehemündigkeit.[29] Der seit dem 22. Juli 2017 geltende § 1303 BGB schließt Ausnahmeregelungen zur Ehemündigkeit aus[30], um Ehen mit Minderjährigen zu verhindern.

4. Ausblick

Ein Hindernis auf dem Weg zu gelungener Integration ist nicht die zwischen mündigen Erwachsenen geschlossene *Barrānī*-Ehe, sondern die Verbindung Minderjähriger, häufig in dieser Eheform. Die Notwendigkeit einer ausnahmslosen Erhöhung des Ehemündigkeitsalters in Deutschland auf achtzehn Jahre ist prinzipiell daher grundsätzlich zu begrüßen. Dennoch ist es augenscheinlich, dass der Gesetzentwurf die Lebenswirklichkeiten der Flüchtlinge in den Lagern des Libanon, Jordaniens als auch der Türkei nicht erfasst. Zu betrachten sind unterschiedliche Ansichten zu *Kind* und *Kindheit* sowie zur *Ehe*[31]. Zwar wird mit der neuen Gesetzeslage ein eindeutiges Signal ins In- und Ausland gesendet. Augenscheinlich wird die Arbeit der Gerichte vereinfacht. Hier treffen jedoch auch unterschiedliche, ja konträre Lebensrealitäten aufeinander. Aus Sicht der Flüchtlinge ist die Verheiratung ihrer jungen Töchter eine Möglichkeit die eigene finanzielle und soziale Last zu mindern und die Tochter „in gute Hände" zu geben. Es ist daher nicht feststellbar, ob die informelle Ehe auch in Friedenszeiten bei wirtschaftlich gesicherten Verhältnissen eingegangen worden wäre. Die *Barrānī*-Ehe verspricht eine

---

[27] BGB, § 1303 Abs. 2, gültig ab 1. 1. 2002–21. 7. 2017. Absatz 2 in Wortlaut:
„§ 1303 Ehemündigkeit
(2) Das Familiengericht kann auf Antrag von dieser Vorschrift Befreiung erteilen, wenn der Antragsteller das 16. Lebensjahr vollendet hat und sein künftiger Ehegatte volljährig ist.

[28] Dass die Eheleute trotz Inobhutnahme des minderjährigen Partners durch das Jugendamt nicht doch Wege finden könnten um sich heimlich zu treffen, steht auf einem anderen Blatt.

[29] Siehe O. A.: Gesetzesentwurf im Kabinett. Heiraten erst ab 18, in: *Tagesschau Online* (5. 4. 2017, www.tagesschau.de/inland/kinderehen-107.html (letzter Aufruf 18. 9. 2017). Hierzu auch Heiko Maas und seine Motive zur Gesetzesänderung: Rede des Bundesjustizministers der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas, zum Gesetzesentwurf zur Bekämpfung von Kinderehen vor dem Deutschen Bundestag am 28. April 2017 in Berlin, in: *Bulletin der Bundesregierung* 48.4 (22. 7. 2017).

[30] § 1303 neu gef. M. W. v. 22. 7.2017 durch G. v. 17. 7. 2017 (BGBl. I S. 2429). Im Wortlaut: „Eine Ehe darf nicht vor Eintritt der Volljährigkeit eingegangen werden. Mit einer Person, die das 16. Lebensjahr nicht vollendet hat, kann eine Ehe nicht wirksam eingegangen werden."

[31] Siehe auch Dominik Bär: Ehen von Minderjährigen: Kindeswohl in den Mittelpunkt stellen: Differenziertes Vorgehen bei schon geschlossenen Ehen erforderlich, in: *Deutsches Institut für Menschenrechte Position* 6 (2016), S. 1–4 (2); Lena-Maria Möller / Nadjma Yassari: Wenn Jugendliche heiraten. Die Minderjährigenehe aus rechtsvergleichender und internationalprivatrechtlicher Sicht, in: *Kritische Justiz* 50 (2017), S. 269–285 (269 f.).

wenn nicht staatliche, so doch religiöse Legitimität des Beisammenseins und suggeriert den Beteiligten Rechtssicherheit in der eigenen Gemeinschaft. Der Begriff der *Sutra* als wichtigste Beschreibung und Motivation für die Ehe verdeutlicht dies. Sie ist in der Binnenperspektive also kein Instrument der Kindeswohlmissachtung und hat primär auch nicht die Absicht, minderjährigen Töchtern eine Ehe „zuzumuten". Die bisherige Praxis der einzelfallgebundenen Gerichtsentscheidungen hat sich trotz aller Skandalisierung bisher als gutes Instrument erwiesen, interessengerechte Lösungen zu finden. Die neue Regelung zur Ehemündigkeit muss sich also zunächst noch bewähren. Ob hiesige Urteile oder Gesetzesänderungen Auswirkungen oder positiven Einfluss auf die in Flüchtlingslagern des Libanon, Jordaniens und der Türkei geschlossenen *Barrānī*-Ehen haben, darf an dieser Stelle allerdings bezweifelt werden.

Fatma el cheikh Hassan, Westfälische Wilhelms-Universität Münster

ZRI – Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam 9 (2017), S. 225–245

Zum iranischen Verfassungs- und öffentlichen Wirtschaftsrecht: Auslegung und Umsetzung von Artikel 44 der Verfassung

Lara-Lauren Goudarzi-Gereke

I. Einleitung

Die Grundlagen der iranischen Wirtschaftsordnung werden in Art. 44 der Verfassung (IranVerf) festgelegt. Während noch im Jahr 2000 zu Art. 44 festgestellt wurde, dass dieser bei enger Auslegung den Privatsektor fast auf Null reduzieren würde,[1] wird seit einigen Jahren Art. 44 IranVerf vor allem im Zusammenhang mit Privatisierungen (*ḫoṣūṣī-sāzī*) genannt.[2] ‚Art. 44' ist geradezu ein Schlagwort für eine von der Staatsführung angestrebte umfassende Stärkung des Privatsektors geworden – und zwar, ohne dass der Wortlaut der Norm eine Änderung erfahren hat.

Dieses in den vergangenen Jahren entstandene Verständnis von Art. 44 IranVerf steht damit im starken Gegensatz zu der in der Literatur zu findenden Auslegung, die Art. 44 IranVerf als Kernvorschrift einer Wirtschaftsordnung ansieht, die zentrale Wirtschaftsbereiche in die Hand des Staates legt und damit die staatswirtschaftliche Tendenz der iranischen Verfassung zum Ausdruck bringt.

Dieser Beitrag soll der Frage nachgehen, wie dieses neue Verständnis von Art. 44 IranVerf zustande gekommen ist bzw. wie Art. 44 IranVerf von einer Schlüsselnorm für eine staatlich dominierte Wirtschaft zum Schlagwort für Privatisierung werden konnte, ohne dass formal eine Verfassungsänderung stattgefunden hat. Dabei soll Art. 44 IranVerf selbst, sein Entstehungskontext, seine Auslegung sowie sein heutiges Verständnis dargestellt werden. Besonderes Augenmerk wird dabei auf die einfachgesetzliche Umsetzung dieses neuen Verständnisses von Art. 44 IranVerf gelegt, die den konkreten Rahmen für Privatisierungen und Wettbewerbsstärkungen vorgibt und den Wandel in der Auslegung des Art. 44 IranVerf zusätzlich verdeutlicht. Zugleich ist zu erörtern, wie die gesetzlichen Regelungen und deren Umsetzung zur Existenz des sogenannten halbstaatlichen Sektors beigetragen haben und welche Schwierigkeiten mit dieser Entwicklung verbunden sind. Schließlich soll auch auf Aspekte der Staatsorganisation und der Gesetzgebung eingegangen werden.

---

[1] "It is clear that a strict interpretation of the above Constitutional provision would reduce the size of the private sector to almost zero." Bijan Khajehpour: Domestic Political Reforms and Private Sector Activity in Iran, in: *Social Research* 67.2 (2000), S. 581.

[2] Siehe z. B.: alef.ir (25. 06. 2017): *raʾīs-e komīsiyūn-e aṣl-44 maǧles: ḫoṣūṣī-sāzī faqaṭ vāgoẕārī šerkat-hā-ye dolatī nīst*, alef.ir/vdcayinya49nae1.k5k4.html?4863-48 (letzter Aufruf 17. 08. 2017); FinancialTribune.com (29. 06. 2017): For a Real Private Sector, financialtribune.com/articles/economy-business-and-markets/67-285/for-a-real-private-sector (letzter Aufruf 17. 08. 2017); ISNA (29. 06. 2016): *ḫoṣūṣī-sāzī dar doulat-e goẕašte be bīrāhe raft*, www.isna.ir/news/950401049-34 (letzter Aufruf 13. 07. 2016).

II. Wirtschaft und Verfassung

Vor der islamischen Revolution von 1978/79 unter der Pahlavi-Herrschaft kannte die iranische Wirtschaft sowohl große staatliche Wirtschafts- und Industrieeinheiten (darunter Öl- und Gasförderung, Petrochemie, Rüstung, Groß- und Hightech-Industrie, Agrarwirtschaft) als auch große private Unternehmen (so in der Textil- und Automobilindustrie, der Lebensmittelverarbeitung und ebenfalls der Agrarwirtschaft)[3]. Die Islamische Revolution von 1978/79, die zu einem nicht unerheblichen Teil auch von sozialistischem Gedankengut beeinflusst war, hatte in tatsächlicher wie auch in rechtlicher Hinsicht umfassende Auswirkungen auf die iranische Wirtschaftsordnung. Die Frühphase der Islamischen Republik war geprägt von zum Teil nachträglich legalisierten Enteignungen und Verstaatlichungen privater Unternehmen und der daraus resultierenden Flucht zahlreicher Unternehmer und Industrieller außer Landes. Während viele vormals private Unternehmen direkt in staatliche Hand gelangten, gingen andere an in dieser Zeit neu entstandene revolutionäre Stiftungen und Wohltätigkeitsorganisationen über.[4] Die Herstellung klarer rechtlicher Rahmen für wirtschaftliche Aktivitäten und insbesondere die Absteckung eines islamkonformen Spielraums für privatwirtschaftliche Tätigkeiten und Privateigentum sollte die Gesetzgebung in den folgenden Jahren intensiv beschäftigen. Die Auseinandersetzung über diese Fragen erreichte einen ersten wichtigen Meilenstein mit der neuen Verfassung.

Als Revolutionsführer Ayatollah Khomeini am 01. 04.1979 die Islamische Republik Iran ausrief, hatte er zugleich die Bildung einer vom Volk gewählten verfassungsgebenden Versammlung (*maǧles-e moʾassesān*) angekündigt.[5] Ein erster Entwurf für eine neue Verfassung ähnelte in weiten Teilen der Verfassung von 1907, ließ aber auch die neue islamische Ausrichtung erkennen, wobei er „für ein weites politisches Spektrum akzeptabel“[6] blieb. Khomeini trat dafür ein, diesen Entwurf mit nur kleinen Änderungen zum Gegenstand einer Volksabstimmung zu machen. Vertreter des gemäßigten Spektrums bestanden jedoch darauf, die Verfassung zunächst der angekündigten verfassungsgebenden Versammlung vorzulegen.[7] Die Dominanz religiöser Kräfte in dieser Versammlung, die am Ende von einer „verfassungsgebenden“ zu einer „Expertenversammlung“ (*maǧles-e ḫobregān*) geworden war, schlug sich in den am Verfassungsentwurf vorgenommenen Änderungen deutlich nieder.[8] Insbesondere die Rolle und Funktionsweise des Wächterrats (*šūrā-ye negahbān*) und das im Entwurf noch nicht vorgesehene Amt des Obersten Rechtsgelehrten bzw. Revolutionsführers (*valī-ye faqīh* bzw. *rahbar*)[9], aber auch die Einfügung von Koranversen (z. B.

---

[3] Zur wirtschaftlichen Entwicklung vor der Islamischen Revolution siehe Jahangir Amuzegar: *Iran's Economy under the Islamic Republic*, London [2]1997, S. 3 ff.

[4] Zu Entstehung und Rolle der Stiftungen in der Frühphase siehe Sohrab Behdad: The Political Economy of Islamic Planning, in: *Post-Revolutionary Iran*, hrsg. von Hooshang Amirahmadi und Manoucher Parvin, Boulder 1988, S. 112 f.; Akbar Karbassian: Islamic Revolution and the Management of the Iranian Economy, in: *Social Research* 67.2 (2000), S. 626 f.

[5] Vgl. Ruhollah K. Ramazani: Document. Constitution of the Islamic Republic of Iran. Introductory Note, in: *The Middle East Journal* 34.2 (1980), S. 181.

[6] Silvia Tellenbach: *Untersuchungen zur Verfassung der Islamischen Republik Iran vom 15. November 1979*, Berlin 1985, zugl. Diss., Albert-Ludwigs-Universität Freiburg 1984, S. 3.

[7] Ibid., S. 3.

[8] Ibid., S. 3; Ramazani: Constitution, S. 181.

[9] Tellenbach: *Untersuchungen*, S. 147.

Art. 8, 11, 14 IranVerf) sind an dieser Stelle zu nennen.

Die Verfassung wurde am 15. 11. 1979 von der Expertenversammlung bestätigt und trat nach einem Referendum am 02. 12. 1979 in Kraft. Sie umfasst 175 Artikel in zwölf Abschnitten.

Art. 1 IranVerf erklärt den iranischen Staat zu einer Islamischen Republik. Art. 3 IranVerf benennt die Ziele, zu deren Umsetzung die Regierung verpflichtet ist, darunter die „Schaffung der Fundamente für eine gesunde und gerechte Wirtschaft gemäß islamischen Prinzipien zur Herbeiführung von Wohlstand und zur Beseitigung von Armut und jeder Art von Entbehrung, was Ernährung, Wohnung, Arbeit und Hygiene angeht sowie allgemeine Einbeziehung in Versicherungen“[10] (Art. 3 Nr. 12 IranVerf). Zentral für die Gesetzgebung ist Art. 4 IranVerf, demgemäß sich „alle Gesetze und Vorschriften in Zivil- und Strafrecht, Finanzwesen, Wirtschaft, Verwaltung, Kultur, Militär, Politik und sonstigen Bereichen“ nach „islamischen Maßstäben richten“ müssen. Im Hinblick auf die Wirtschaft enthält die Verfassung von 1979 – anders als ihre Vorgängerin, die aus der konstitutionellen Revolution von 1906/07 hervorgegangen war und anders auch als der Entwurf – ein eigenes Kapitel über „wirtschaftliche und finanzielle Angelegenheiten“ (Kapitel 4, Artt. 43–55).

Die der Wirtschaft in der Islamischen Republik zugrunde liegenden Ziele ergeben sich aus Art. 43 IranVerf: Sicherung der wirtschaftlichen Unabhängigkeit, Beseitigung von Armut und Elend, Erfüllung der Bedürfnisse des Menschen im Laufe seiner Entwicklung und Erhalt seiner Freiheit. Es folgt eine Aufzählung diesbezüglicher Grundprinzipien. Besonderes Augenmerk im Zusammenhang mit Art. 44 IranVerf bedarf Art. 43 Nr. 2 IranVerf, wonach die Sicherstellung von Bedingungen und Möglichkeiten für Arbeit für alle zu gewährleisten ist, ohne dass es dabei zu einer Anhäufung von Reichtum in den Händen Weniger kommt oder der Staat zu einem Hauptarbeitgeber wird. Art. 43 nennt weiterhin die Sicherung der Grundbedürfnisse (Nr. 1), die Organisation des Wirtschaftsprogrammes in einer Weise, die dem Einzelnen genügend Kraft und Gelegenheit zur Selbstverwirklichung und zur aktiven Teilnahme an der Lenkung der Angelegenheiten des Landes geben (Nr. 3) sowie die Berufsfreiheit und die Verhinderung von Ausbeutung (Nr. 4). Art. 43 Nr. 5 IranVerf enthält islamrechtliche Vorgaben für die Wirtschaft, nämlich das „Verbot der Schädigung eines anderen, der Monopole, des Hortens, des Wuchers und anderer nichtiger und nach dem Religionsgesetz untersagter Geschäfte“ (*manʿ-e eżrār be-ġeir va enḥeṣār va eḥtekār va rebā va digar moʿāmalāt-e bāṭel va harām*). Als Grundlage für das Verbot von Monopolen gilt Koranvers 59:7[11], während das

[10] Sämtliche Übersetzungen der Verfassung folgen Tellenbach: *Untersuchungen*.

[11] K 59:7: „Was Gott seinem Gesandten und den Bewohnern der Städte (als Beute) zugewiesen hat, gehört Gott und seinem Gesandten, des weiteren (w. und) den Verwandten (w. dem Verwandten), den Waisen, den Armen und dem, der unterwegs ist [...]. (Es soll dem Gesandten vorbehalten sein und von ihm verteilt werden) damit es nicht (als zusätzlicher Besitz) unter denen von euch umläuft, die (schon) reich sind [...]“ (Übersetzung aus Rudi Paret: *Der Koran*, Stuttgart [11]2010.

Hortungsverbot mit Vers 9:34[12] begründet[13] wird.[14]

Insgesamt zementiert die Verfassung die zahlreichen im Verlauf der Revolution und danach durchgeführten Verstaatlichungen und weist dem Staat in der Wirtschaft eine herausragende Rolle zu, ohne Privateigentum und Privatsektor gänzlich auszuschließen. Die die Wirtschaft betreffenden Verfassungsnormen stellen ein Ergebnis der Aushandlung zwischen der konservativ-traditionellen islamischen Lehre, die mitunter als *laissez-faire*-Ansatz bezeichnet wird[15] und denjenigen Vorstellungen, die sich dem „populistisch-etatistischen" und dem „radikalen Ansatz"[16] zuordnen lassen.[17] Der konservativen islamischen Lehre zufolge befürwortet und fördert der Islam privates wirtschaftliches Tätigwerden, für das er beispielsweise im Vertragsrecht die nötigen Instrumente bereithält, und misst dem Staat nur eine begrenzte, vor allem auf die Wahrung grundlegender Vorgaben ausgerichtete Rolle zu. Vertreter der sozialistisch-revolutionär beeinflussten populistischen bis radikalen Strömungen[18] verlangten hingegen nach dem Staat als Hauptakteur in der Wirtschaft, der die islamische Wirtschaftsordnung durchsetzen, Ausbeutung und Unterdrückung beenden und soziale Gerechtigkeit herstellen sollte. Sie strebten zum Teil die Abschaffung privaten Eigentums an Produktionsmitteln an. Der westlich-kapitalistischen Wirtschaftsform und der kommunistischen Lehre wurde die Idee der *touḥīd*-Wirtschaft (*eqteṣād-e touḥīdī)* gegenübergestellt. *Touḥīd* bezeichnet eines der fundamentalen Konzepte der islamischen Glaubenslehre und meint die absolute Einheit und Einzigkeit Gottes. Unter *eqteṣād-e touḥīdī* wird eine Wirtschaftsordnung der Gerechtigkeit, der Brüderlichkeit, der Einheit und der Klassenlosigkeit verstanden.[19]

Das Ergebnis der Aushandlung zwischen diesen unterschiedlichen Ansätzen über die islamische Wirtschaftsordnung und als Kernvorschrift hinsichtlich der Wirtschaftsordnung der Islamischen Republik ist Art. 44 IranVerf, der vollständig lautet:

---

[12] K 9:34: „[…] Denjenigen aber, die Gold und Silber horten und es nicht um Gottes willen spenden, verkünde (daß sie dereinst) eine schmerzhafte Strafe (zu erwarten haben)".

[13] Vgl. Tellenbach: *Untersuchungen*, S. 202.

[14] Weiterhin enthält Art. 43 IranVerf ein Verbot von Verschwendung von Vergeudung (Nr. 6), den Auftrag zur Nutzung von Wissenschaft und Technik und der Ausbildung von Fachleuten (Nr. 7), zur Verhinderung von ausländischer Wirtschaftsmacht über die Wirtschaft des Landes (Nr. 8) und schließlich den Auftrag zur Stärkung des Wachstums, der Produktion in Ackerbau, Viehzucht und Industrie mit dem Ziel der Selbstversorgung und der Befreiung aus der Abhängigkeit (Nr. 9).

[15] Sohrab Behdad: A Disrupted Utopia: Economics in Revolutionary Iran, in: *Contemporary Studies in Society and History* 36 (1994), S. 795.

[16] Ibid., S. 784 ff.

[17] Zu den unterschiedlichen Positionen und Argumenten im Detail siehe Behdad: A Disrupted Utopia, S. 783 ff.; Valibeigi: Islamic Economics. S. 795 ff.

[18] Dazu zählen u. a. der irakische Gelehrte Muhammad Baqir Sadr (*Iqtišādunā*, Najaf 1961) – zu dessen Einfluss auf die iranische Verfassung siehe Chibli Mallat: *The Renewal of Islamic Law. Muhammad Baqer as-Sadr, Najaf and the Shi'i International*, Cambridge [2]2003; Ayatollah Mahmud Taleqani: *Eslām va Mālekiyyat*, Teheran 1965; Ali Shariati: *Eslām-Šenāsi*, Mashhad 1969, und Abolhassan Banisadr: *Eqteṣād-e touḥīdī*, o. O. 1978.

[19] Siehe dazu Mehrdad Valibeigi: Islamic Economics and Economic Policy Formation in Post-Revolutionary Iran: A Critique, in: *Journal of Economic Issues* 27.3 (1992), S. 796.

> Die Wirtschaftsordnung der Islamischen Republik Iran stützt sich mit geregelter und gesunder Planaufstellung auf drei Sektoren, den staatlichen, den genossenschaftlichen und privaten.
> Der staatliche Sektor umfasst alle Großindustrien, Schlüsselindustrien, Außenhandel, große Bergwerke, Bank- und Versicherungswesen, Energieversorgung, große Staudämme und Wasserversorgungsnetze, Radio und Fernsehen, Post, Telegraf, Telefon, Luftfahrt, Schifffahrt, Straßen, Eisenbahnen und dergleichen, die in öffentlichem Eigentum und der Verfügungsgewalt des Staates stehen.
> Der genossenschaftliche Sektor umfasst genossenschaftliche Gesellschaften und Einrichtungen zu Produktion und Vertrieb, die in Städten und Dörfern gemäß islamischen Vorschriften gebildet werden.
> Der private Sektor umfasst denjenigen Teil von Ackerbau, Viehzucht, Industrie, Handel und Dienstleistungen, die die staatlichen und genossenschaftlichen wirtschaftlichen Aktivitäten ergänzen.
> Das Eigentum in diesen drei Sektoren ist durch das Gesetz der Islamischen Republik geschützt, soweit es mit den anderen Artikeln dieses Abschnitts zu vereinbaren ist, nicht über die Beschränkungen durch die Gesetze des Islams hinausgeht, zu Wachstum und Expansion der Wirtschaft beiträgt und keinen Schaden für die Gesellschaft verursacht. Die näheren Vorschriften, den Tätigkeitsbereich und die Voraussetzungen für jeden der drei Sektoren bestimmt ein Gesetz.

Art. 44 IranVerf benennt im ersten Absatz wichtige Grundelemente der Wirtschaftsordnung (*neẓām-e eqteṣādī*): Zunächst werden drei Sektoren der Wirtschaft vorgegeben, nämlich der staatliche, der genossenschaftliche und der private (*baḫš-e doulatī, taʿāvonī, ḫoṣūṣī*). Auf diesen Sektoren wird die Wirtschaft durch „geregelte und gesunde Planaufstellung" (*barnāme-rīzī-ye monazzam va ṣaḥīḥ*) aufgebaut. Der staatliche Sektor umfasst alle Groß- und Schlüsselindustrien[20] sowie Versorgungs-, Verkehrs- und Kommunikationsnetze, den Außenhandel und das Bank- und Versicherungswesen. Der genossenschaftliche Sektor besteht aus „genossenschaftlichen Gesellschaften und Einrichtungen zu Produktion und Vertrieb, die in Städten und Dörfern gemäß islamischer Vorschriften gebildet werden". Der private Sektor schließlich umfasst „denjenigen Teil von Ackerbau, Viehzucht, Industrie, Handel und Dienstleistungen, die die staatlichen und genossenschaftlichen wirtschaftlichen Aktivitäten ergänzen". Art. 44 Abs. 4 IranVerf enthält zudem eine eingeschränkte Eigentumsgarantie sowie den Auftrag, die nähere Ausgestaltung der Sektoren einfachgesetzlich zu regeln.

Auslegungen von Art. 44 IranVerf gehen, wie einleitend erwähnt, dahin, bei strenger Umsetzung dieser Norm von einer weitreichenden Verstaatlichung der Produktionsmittel und insgesamt von einer stark staatswirtschaftlichen Tendenz auszugehen, die geeignet ist, den Privatsektor nahezu vollkommen zu verdrängen.[21] Auch eine verneinende

[20] Der persische Wortlaut spricht von „Mutterindustrien und Großindustrien" (*ṣanāyeᶜ-e bozorg, ṣanāyeᶜ-e mādar*). Die mangelnde gesetzliche Definition dieser Industrien kann Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der Sektoren zur Folge haben, vgl. Ahmed Torabi: Public and Private Ownership in the Iranian Constitution: Principle 44, A Barrier for Development, in: *Journal of Politics and Law* 10.4 (2017), S. 74.

[21] Vgl. Tellenbach: *Untersuchungen*, S. 194, 203; Khajehpour: Domestic Political Reforms, S. 581; Ali Pourya: *ḫalāʾ yā naqs-e qānūn* (Interview mit Dr. H. Sobhani, Universitätsprofessor und Vorsitzender der Haushaltskommission des Parlaments, und Dr. M. Tabibiyan, Universitätsprofessor), in: *Hamshahri Online* (15. 01. 2005), www.hamshahrionline.ir/hamnews/-1383/831026/world/econw.htm (letzter Aufruf 12. 07. 2016).

und auf Art. 44 IranVerf bezugnehmende Antwort des Wächterrates,[22] auf die Frage, ob private Radio- und Fernsehnetzwerke gegründet und betrieben werden dürfen, unterstützt dieses Auslegung.[23] Damit ergibt sich unter Berücksichtigung von Art. 43 Nr. 2 IranVerf innerhalb der Verfassung ein teilweise uneinheitliches Bild im Hinblick auf die wirtschaftliche Rolle des Staates. Während Art. 43 Nr. 2 IranVerf eine begrenzte Rolle des Staates nahelegt, ermöglicht Art. 44 diesem eine dominierende Rolle.[24]

Tatsächlich ergab sich eine Dominanz des staatlichen Sektors, der unter Einbeziehung aller staatlichen und halbstaatlichen Unternehmen rund 80 % der iranischen Wirtschaft umfasste (Stand 2000).[25]

Nach Ende des Iran-Irak-Kriegs und mit dem Beginn der 1990er setzte sich mehr und mehr die Auffassung durch, dass diese staatswirtschaftliche Ausrichtung ein Hemmnis für Effizienz und Produktivität, für Wettbewerb und Unternehmergeist und für eine lebendige und dynamische Wirtschaft insgesamt darstellt und somit eine Neuausrichtung der Wirtschaftspolitik erforderlich ist.[26] Einen ersten Schritt in diese Richtung stellte der erste Fünfjahresplan[27] dar, der in Umsetzung der „geregelten und gesunden Planaufstellung“ aus Art. 44 IranVerf die Grundlagen der wirtschaftlichen Entwicklung für die Jahre 1989–1994 festlegte. In den darin formulierten Zielen werden in Nr. 37.4, 8.2 und 8.3 die Übertragung staatlicher und nationalisierter Industrieunternehmen (mit Ausnahme von Groß- und Schlüsselindustrien) an „das Volk“ (*be mardom*), die Begrenzung staatlicher Aufgaben und die Übertragung nicht erforderlicher staatlicher Aufgaben an den nichtstaatlichen Sektor genannt. Diese Ziele wurden nicht erreicht. Tatsächlich wuchs der Staatssektor in dieser Zeit um weitere 3 % an.[28] Auch die folgenden Fünfjahrespläne brachten nicht die gewünschten Erfolge.[29] Zwar konnte Iran zu-

---

[22] Der Wächterrat überprüft anderem die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen.

[23] „Gemäß des klaren Wortlauts des Art. 44 IranVerf sind Radio und Fernsehen in der Ordnung der Islamischen Republik Iran staatlich und die Gründung und Betreibung privater Radio- und Fernsehnetze verstößt in jeder Form gegen diesen Artikel“, offizielle Webpräsenz des Wächterrates, *tafāsīr-e uṣūl-e qānūn-e asāsī, aṣl-e 44*, Schreiben vom 20. 09. 2000, www.shora-gc.ir/Portal/Home/ShowPage.aspx?Object=News&ID=eb67c901-6d34-4be1-a984-68263c5b6e1c&LayoutID=02a4ff83-0200-4d08-a6a3-3f513c2da120&CategoryID=e2beada8-28bd-4ff4-a9f8-84d4ee0a29-73 (letzter Aufruf 17. 08. 2017). Die Verbreitung von Meinungen und Gedanken über Radio und Fernsehen unterliegen zudem gem. Art. 175 IranVerf islamischen Prinzipien und den Interessen des Landes.

[24] Vgl. Torabi: Public and Private Ownership, S. 74.

[25] Khajehpour: Domestic Political Reforms, S. 579; einen Überblick zu den Wirtschaftssektoren in Iran und der wirtschaftlichen Entwicklung bis 2006 bieten Joscha Graff / Max Gromping: Potenziale und Entwicklungshemmnisse der Iranischen Wirtschaft, in: *Die Islamische Republik Iran. Eine Studienreise* (Praxis Kultur- und Sozialgeographie 39), hrsg. von Carsten Felgentreff, Potsdam 2006, S. 15–26.

[26] Vgl. Adnan Jr. Mazarei: The Iranian Economy Under the Islamic Republic: Institutional Change and Macroeconomic Performance (1979–1990), in: *Cambridge Journal of Economics* 20 (1996), S. 309; Khajehpour: Domestic Political Reforms, S. 578.

[27] Gesetz über den ersten Fünfjahresplan vom 31. 01. 1990 (*qānūn-e barnāme-ye avval-e touseʿe-ye eqteṣādī, eǧtemāʿī va farhangī*).

[28] Vgl. Khajehpour: Domestic Political Reform, S. 583.

[29] Der fehlende einheitliche Kurs beeinträchtigte weiterhin die Umsetzung möglicher Reformen. So trafen etwa Präsident Khatamis (1997–2005) Privatisierungsbemühungen auf die Ablehnung des seit 2004 konservativ dominierten Parlamentes. Zur Frage der wirtschaftlichen Entwicklung und Reformbestrebungen in diesem Kontext siehe auch Nader Habibi: The

nächst weiterhin von einem hohen Ölpreis profitieren, jedoch sah sich die sehr junge und wachsende Bevölkerung[30] steigenden Arbeitslosen- und Inflationsraten ausgesetzt.[31] Hinzu kamen die seit 2006 verschärften Wirtschafts- und Finanzsanktionen gegen Iran.[32] Schließlich wurde eine umfassendere Herangehensweise gewählt, die sich explizit auf Art. 44 IranVerf bezieht und dessen Anwendung und Auslegung an gegenwärtige Erfordernisse anpasst.

III. Die Allgemeinen Richtlinien für Art. 44 IranVerf und deren einfachgesetzliche Umsetzung

1. Einführung der Allgemeinen Richtlinien für Art. 44 IranVerf

Die Umsetzung des Auftrags aus Art. 44 – die gesetzliche Ausgestaltung der drei Wirschafts sektoren – erfolgte erst 2008,[33] wäh-rend der ersten Präsidentschaft Mahmud Ahmadinedjads, in Form des „Gesetzes zur Umsetzung der Allgemeinen Richtlinien für Art. 44 IranVerf" (*qānūn-e eğrā-ye sīyāsat-hā-ye kollī-ye aṣl-e 44 qānūn-e asāsī*, im Folgenden GeArt 44).

Bereits 1998 hatte Ali Khamenei, seit dem Tod Khomeinis 1989 Oberster Rechtsgelehrter bzw. Revolutionsführer (*rahbar*), den Schlichtungsrat gemäß Art. 110 IranVerf mit der Erarbeitung von Allgemeinen Richtlinien für Art. 44 IranVerf beauftragt.[34] Der Schlichtungsrat (*maǧmaʿ-e tašḫīṣ-e maṣlaḥat-e neẓām*, wörtlich „Rat zur Feststellung des Interesses des Systems"[35]) war 1988 von Khomeini gebildet worden, um die absolute Vetomacht des Wächterrates (*šūrā-ye negahbān)* im Gesetzgebungsverfahren einzuschränken. Die verfassungsmäßige Aufgabe des Wächterrats[36] besteht in der Überprüfung der vom Parlament

---

Iranian Economy in the Shadow of Economic Sanction, in: *Middle East Brief* 31 (2008), S. 3 ff.; zum Sieg der Konservativen bei den Parlamentswahlen 2004 siehe Gerhard Schweizer: *Iran Verstehen. Geschichte, Gesellschaft, Religion*, Stuttgart 2017, S. 584 ff.

[30] Aktuell sind 37,8 % der Iraner unter 25 Jahre alt, bei einem Bevölkerungswachstum von 1,3 %, vgl. United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2017): *World Population Prospects: The 2017 Revision, Volume II: Demographic Profiles*, S. 389 f., online: esa.un.org/unpd/wpp/Publications/Files/WPP2017_Volume-II-Demographic-Profiles.pdf (letzter Aufruf: 01. 05. 2018). Zur Bevölkerungsentwicklung siehe auch Katja Hein: Die Bevölkerungsentwicklung im Iran, in: *Die Islamische Republik Iran. Eine Studienreise* (Praxis Kultur- und Sozialgeographie 39), hrsg. von Carsten Felgentreff, Potsdam 2006, S. 27 ff.

[31] Vgl. Habibi: The Iranian Economy, S. 2 f.

[32] Vgl. Oliver Borszik: International Sanctions Against Iran Under President Ahmadinejad: Explaining Regime Persistence, in: *GIGA Working Papers* 260 (2014), S. 7 f.; Habibi: The Iranian Economy, S. 5.

[33] Für den genossenschaftlichen Sektor trat 1991 bereits das Gesetz über den Genossenschaftssektor der Wirtschaft der Islamischen Republik Iran vom 04. 09. 1991 (*qānūn-e baḫš-e taʿāvoni-ye eqteṣād-e ǧomhūrī-ye eslāmī-ye Irān*) in Kraft.

[34] Näher dazu Payam Mohseni: Factionalism, Privatization, and the Political Economy of Regime Transformation, in: *Power and Change in Iran: Politics of Contention and Conciliation* (Indiana Series in Middle East Studies) hrsg. von Daniel Brumberg und Fariseh Farhi, Bloomington 2006, S. 55; KhabarOnline (02. 07. 2010): *aṣl-e 44 az āġāz tā konūn*, khabaronline.ir/detail/72293/root/1651 (letzter Aufruf 20. 07. 2016).

[35] Zum „Interesse des Systems" bzw. dem nationalen Interesse und der Frage seines Vorrangs gegenüber grundlegenden islamischen Vorschriften aus Khomeinis Sicht siehe Mallat: The Renewal of Islamic Law, S. 89 ff.

[36] Gem. Art. 91 IranVerf besteht der Wächterrat aus zwölf Mitgliedern, die sich zur einen Hälfte aus vom *rahbar* ernannten Rechtsgelehrten (*foqahā-ye ʿādel*) und zur anderen Hälfte aus vom Oberhaupt der Justiz

(*maǧles-e šūrā-ye eslāmī*) vorgelegten Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit und Vereinbarkeit mit islamischen Vorgaben (Art. 94 ff. IranVerf). Insbesondere im Bereich der Wirtschaft hatte es in den 1980er Jahren durch das Eingreifen des Wächterrates immer wieder Blockaden des Gesetzgebungsverfahrens gegeben.[37] Das mehrheitlich populistisch-etatistisch ausgerichtete Parlament hatte eine Reihe von Gesetzen vorgelegt, die vom Wächterrat wegen der Verletzung des Rechts auf Eigentum bzw. den in der Scharia verankerten privatrechtlichen Freiheiten im Bereich wirtschaftlicher Aktivitäten abgelehnt wurden. Der Wächterrat folgte in diesen Fragen der konservativen islamischen Lehre.[38] Der Schlichtungsrat wurde zur Vermittlung in solchen Fällen im Rahmen der Verfassungsänderung von 1989[39] in die Verfassung aufgenommen (Art. 112 IranVerf). Seine verfassungsmäßig festgelegten Aufgaben und Kompetenzen gehen jedoch über die Schlichtung im Gesetzgebungsverfahren hinaus. Gemäß Art. 110 Nr. 1 IranVerf gibt der *rahbar* die allgemeinen Richtlinien für die Politik des Landes vor, wobei er sich mit dem Schlichtungsrat berät. Diesen bezieht er nach Nr. 8 ebenfalls dann ein, wenn sich Probleme nicht auf herkömmliche Weise lösen lassen. Die Mitglieder des Rates bestimmt der *rahbar* (Art. 112 IranVerf).

Noch im Februar 2004 schränkte der Wächterrat die Privatisierungspläne der als reformorientiert geltenden Khatami-Regierung ein, indem er erklärte, dass der Übergang von staatlichen Banken und Versicherungsunternehmen an den Privatsektor, der von der Regierung im Rahmen des dritten Fünfjahresplans vorgesehen war, gegen Art. 44 IranVerf verstoße.[40]

Ende 2004 legte der Schlichtungsrat, dessen Vorsitz zu diesem Zeitpunkt der Anfang 2017 verstorbene frühere Präsident Akbar Hashemi Rafsandjani innehatte, eine Neuinterpretation von Art. 44 IranVerf zu Gunsten umfassender Privatisierungsmaßnahmen vor.[41]

Im Mai 2005 verkündete Khamenei basierend auf der fortgesetzten Arbeit des Schlichtungsrates und im Rahmen seiner Kompetenzen aus Art. 110 IranVerf die Allgemeinen Richtlinien für Art. 44 IranVerf (*eblāġ siyāsathā-ye kollī-ye aṣl 44 qānūn-e asāsī*)[42]. Darin werden zunächst die im Einklang mit Art. 43 IranVerf stehenden Ziele der Allgemeinen Richtlinien genannt, darunter Wachstum der

(der seinerseits vom *rahbar* ernannt wird) vorgeschlagenen und vom Parlament bestätigten Juristen (*ḥoqūq-dān*) zusammensetzen.

[37] Genauer zur „institutional crisis of 1988“ siehe Mallat: The Renewal of Islamic Law, S. 83, 89–107.

[38] Vgl. Valibeigi: Islamic Economics, S. 798 ff.; Mallat: The Renewal of Islamic Law, S. 101 ff.

[39] Dazu im Detail Silvia Tellenbach: Zur Änderung der Verfassung der Islamischen Republik vom 28. Juli 1989, in: ORIENT 31.1 (1990), S. 45 ff.; Asghar Schirazi: Die neuere Entwicklung der Verfassung in der Islamischen Republik Iran, in: *Verfassung und Recht in Übersee* 24.2 (1991), S. 110; Parinas Parhisi: Vom Wesen der iranischen Verfassung, in: *Verfassung und Recht in Übersee* 40.1 (2007), S. 38 f.

[40] Mitteilung Nr. 82306782 des Wächterrats an das Parlament vom 21. 02. 2004, einsehbar unter nazarat.shora-rc.ir (letzter Aufruf 22. 08. 2017).

[41] Vgl. Kaweh Omidwar: *tafsīr-e ǧadīd-e aṣl-e 44 qānūn-e asāsī-ye Irān*, in: BBC Persian (05. 12. 2004), www.bbc.com/persian/business/story/2004/12/04-1205 he-ka-privatisation.shtml (letzter Aufruf 01. 07. 2016). Zu den näheren Umständen der Vorlage des Schlichtungsrats, die als eine Art Alleingang Rafsandjanis beschrieben wird, siehe Mohseni: Factionalism, Privatization, and the Political Economy, S. 52 ff.

[42] Nachzulesen auf Khameneis offizieller Webpräsenz (22. 05. 2005): *Eblāġ-e sīyāsat-hā-ye kollī-ye aṣl-e 44 qānūn-e asāsī*, farsi.khamenei.ir/news-content?id=-165 (letzter Aufruf 15. 07. 2016).

nationalen Wirtschaft, größere Teilhabe der Bevölkerung an Eigentum mit den Zielen der sozialen Gerechtigkeit, Effizienzsteigerungen und Stärkung des Wettbewerbs. Umgesetzt werden sollten diese Ziele durch eine Reihe von Maßnahmen und Regelungen, darunter klare Begrenzungen für den Staatssektor, eine jährlich zu erfüllende Quote von Staatsunternehmen, die an den nichtstaatlichen Sektor übergehen sollen, und eine Erweiterung der Bereiche, in denen der nichtstaatliche Sektor wirtschaftlich aktiv sein darf. Gemäß Abs. c (*ǧīm*) sollten die „Allgemeine Richtlinien für die Entwicklung der nichtstaatlichen Sektoren durch die Übertragung (*vāgoẕārī)* staatlicher Aktivitäten und Unternehmen" in einer weiteren Verkündung folgen.

Im Juni 2005 wurde Mahmud Ahmadinedjad zum neuen Präsidenten gewählt. Im Wahlkampf hatte sich Ahmadinedjad wiederholt gegen Privatisierungen ausgesprochen und dies damit begründet, diese würden ausschließlich bestimmten Eliten einen Nutzen bringen, während die breite Bevölkerung leer ausgehen würde. Er konnte durchsetzen, die Privatisierungen von staatseigenen Unternehmen fortzusetzen, wobei aber im Rahmen des „Gerechtigkeits-Anteile"-Programms (*Justice Shares*, *sahām-e ʿedālat*) die Bevölkerung beteiligt werden sollte.[43]

Im Juli 2006 erging eine zweite Anordnung von Khamenei, die zugleich den Abschluss der Revision des Art. 44 IranVerf darstellte, indem sie die in der ersten Anordnung nicht enthaltenen Vorgaben für Absatz c (*ǧīm*) ergänzte.[44] Die Anordnung enthielt einige weitere Ziele, die mit der Umsetzung der Allgemeinen Richtlinien für Art. 44 IranVerf erreicht werden sollten. So sollten Verbesserungen in den Bereichen internationaler Handel, Ausbildung von Spezialisten und Anpassungen an internationale Standards umgesetzt werden. Im Hinblick auf die Stärkung der nichtstaatlichen Sektoren wurde der Übergang von 80 % der gem. Art. 44 IranVerf dem Staat zugeordneten Unternehmensanteile an die übrigen Sektoren vorgegeben.

Bei der Verkündung betonte Khamenei, dass die Aufgaben des Staates von einer direkten Beteiligung auf die sektorale Aufsicht und Lenkung reduziert werden sollten. Dabei verwies er darauf, dass auf diese Weise die Vorgaben der WTO eingehalten würden.[45] Iran hat sich seit 1996 um die Mitgliedschaft in der WTO bemüht und ist derzeit die größte Volkswirtschaft außerhalb der WTO.[46]

Die von Khamenei verkündeten Richtlinien weichen von den Vorgaben aus Art. 44 IranVerf insoweit ab, als Bereiche für den Privatsektor geöffnet werden, die laut Wortlaut

---

[43] Nader Habibi: The Economic Legacy of Mahmoud Ahmadinejad, in: *Middle East Brief* 74 (June 2013), S. 3, online: www.brandeis.edu/crown/publications/-meb/MEB74.pdf (letzter Aufruf 12. 07. 2016); Kevan Evan: Keufrufdu/crown/publicatitalism: Privatization Politics in the Islamic Republic, in: *Business Politics in the Middle East*, hrsg. von Steffen Hertog, Giacomo Luciani und Marc Valeri, London 2013, S. 226.

[44] Ebenfalls nachzulesen auf Khameneis offizieller Webpräsenz (02. 07. 2006): *Eblāġ-e sīyāsat-hā-ye rāhbordī va besyār mohem-e neẓām darbāre-ye band-e ǧīm aṣl-e 44 qānūn-e asāsī*, farsi.khamenei.ir/news-content?id=1400 (letzter Aufruf 15. 07. 2016).

[45] Negar Roshanzamir: Iran to Privatise but Cling to Big Oil Companies, in: FinancialTimes.com (03. 07. 2006), www.ft.com/cms/s/0/18c6aeee-0ab0-11db-b-595-0000779e2340.html#axzz4JDSgEs23 (letzter Aufruf 23. 08. 2016).

[46] Tom Miles: Iran, Biggest Economy outside WTO, Says it's Ready to Join, in: *Reuters* (17. 12. 2015), www.reuters.com/article/us-iran-wto-idUSKBN0U0-2NZ20151217 (letzter Aufruf 23. 08. 2016). Aktuell allerdings gilt die WTO-Mitgliedschaft, für deren Erlangung trotz des Atomabkommens von 2015 keine Fortschritte erzielt wurden, nicht mehr als Priorität, siehe Saeed Jalili: Iran Says WTO Accession No More

dem Staat zugeordnet sind. Zur Durchsetzung dieser auf die Stärkung des Privatsektors ausgerichteten Politik hat Khamenei auf die Form der „Verkündung Allgemeiner Richtlinien" im Rahmen seiner Richtlinienkompetenz aus Art. 110 IranVerf zurückgegriffen.

Unterstützung für die von Khamenei vorgegebene Privatisierungspolitik äußerte im Juli 2006 auch der Vorsitzende des Wächterrates, Ayatollah Djannati, wonach diese Politik würde demnach bei vollständiger Umsetzung die Wurzeln der Armut beseitigen.[47]

Im Februar 2007 bemängelte Khamenei mit Verweis auf seine Anordnungen von 2005 und 2006 die schleppende Umsetzung der Privatisierungsmaßnahmen. Er unterstrich, dass die Verfassung ein ökonomisches Gleichgewicht zwischen den drei Sektoren fordere, rief die Vertreter der drei Gewalten dazu auf, sich zu einigen und machte deren bisherige Uneinigkeit in Bezug auf die Privatisierungen für die langsame Umsetzung der angeordneten Maßnahmen verantwortlich.[48]

Im Mai 2007 brachte die Regierung schließlich die Gesetzesvorlage für das Gesetz zur Umsetzung der Allgemeinen Richtlinien für Art. 44 IranVerf im Parlament ein.[49] Das Gesetz wurde am 28. 01. 2008 vom Parlament angenommen, am 14. 06. 2008 vom Schlichtungsrat als im Einklang mit den Interessen des Systems bestätigt[50] und ist mit der Unterzeichnung durch den Präsidenten vom 02. 08. 2008 in Kraft getreten.[51]

2. Regelungsinhalte des Gesetzes zur Umsetzung der Allgemeinen Richtlinien für Art. 44 IranVerf

Das GeArt 44 umfasst 92 Artikel in zehn Kapiteln. In Kapitel 1 (Art. 1) werden für das Gesetz relevante Begriffe definiert. Kapitel 2 (Artt. 2–8) ist den Tätigkeitsbereichen der drei Wirtschaftssektoren gewidmet. Die folgenden Kapitel gehen auf die spezifischen Bedingungen, Voraussetzungen und Entwicklungsaussichten der einzelnen Sektoren ein. Kapitel 3 (Artt. 9–12) umfasst die Entwicklung des genossenschaftlichen Sektors und Kapitel 4 (Artt. 13–16) gibt den Rahmen für die Reform staatlich betriebener Unternehmen vor. In Kapitel 5 (Artt. 17–33) wird das Verfahren der Übertragung von Staatsunternehmen festgelegt. Verbunden damit ist in Kapitel 6 (Artt. 34–38) die Verteilung von „Gerechtigkeitsanteilen" niedergelegt. In Kapitel 7 (Artt. 39–40) werden Zusammensetzung und Verantwortungsbereich des für die Umsetzung der Übertragung zuständigen Gremiums festgelegt. Kapitel 8 (Artt. 41–42) bezieht sich auf ein weiteres

a Priority, in: *FinancialTribune.com* (17. 08. 2017), financialtribune.com/articles/economy-business-and-markets/70521/iran-says-wto-accession-no-more-a-priority (letzter Aufruf 19. 08. 2017).

[47] Tehran Times: Jannati Says Privatization Plan Will Uproot Poverty (08. 07. 2006), www.tehrantimes.com/news/122971/Jannati-says-privatization-plan-will-uproot-poverty (letzter Aufruf 03. 07. 2016).

[48] Payvand: Supreme Leader Calls for Acceleration of Privatization Program (19. 02. 2007), www.payvand.com/news/07/feb/1254.html (letzter Aufruf 07. 07. 2016).

[49] Tehran Times: Govt. Submits Privatization Bill to Majlis (09. 05. 2007), www.tehrantimes.com/news/142348/Govt-submits-privatization-bill-to-Majlis (letzter Aufruf 03. 07. 2016).

[50] IPO, offizielle Webpräsenz: www.ipo.ir/index.aspx?fkeyid=&siteid=1&pageid=398 (letzter Aufruf 12. 07. 2016).

[51] Eine englische Übersetzung des Gesetzes ist auf der Webpräsenz der IPO verfügbar: www.en.ipo.ir/index.jsp?fkeyid=&siteid=83&pageid=1393 (letzter Aufruf 19. 08. 2017).

Gremium, den „Hohen Rat für die Umsetzung der Allgemeinen Richtlinien für Art. 44 der Verfassung“. Weiterhin werden in Kapitel 9 Wettbewerbsförderung und Monopolverhinderung (Artt. 43– 4) geregelt. Kapitel 10 (Artt. 85–92) schließlich enthält sonstige Vorschriften.

Neben den im GeArt 44 neu vorgesehenen Behörden, Gremien und Organisationen spielt die Iranische Privatisierungsorganisation (IPO, *sāzemān-e ḫoṣūṣī-sāzī-ye Irān*) bei der Umsetzung eine wichtige Rolle. Art. 15 des Gesetzes über den dritten Fünfjahresplan (2000–2005)[52] verpflichtete die Regierung zur Gründung der IPO. Die IPO ist dem Wirtschaftsministerium angegliedert (Art. 1 IPO-Satzung). Sie ist verantwortliche für die Erarbeitung von Strategien zur Förderung des Privat- und Genossenschaftssektors und übernimmt die Federführung bei der Planung und Durchführung der Privatisierungsverfahren (Art. 3 IPO-Satzung). Weitere Aufgaben und Zuständigkeiten bestimmen sich nach den jeweiligen Vorschriften des GeArt 44.[53]

Ausgestaltung der Wirtschaftssektoren

Zu den wichtigsten Inhalten des GeArt 44 gehört die Neugestaltung der Wirtschaftssektoren. Gemäß Art. 2 GeArt 44 teilen sich die wirtschaftlichen Aktivitäten in der Islamischen Republik in drei Gruppen auf.

Gruppe 1 umfasst demnach alle Wirtschaftsaktivitäten, die nicht unter Gruppe 2 oder Gruppe 3 fallen. Gruppe 2 umfasst all die Aktivitäten, die in Art. 44 IranVerf dem Staatssektor zugewiesen werden, mit Ausnahme der zu Gruppe 3 gezählten Aktivitäten. In Gruppe 3 fallen die folgenden Aktivitäten, Institutionen und Unternehmen:

1. Schlüsselunternehmen im Bereich Telekommunikationsnetz und Frequenzvergabe;
2. Hauptnetze für Zuteilung und Verwaltung der Bereitstellung grundlegender Postdienstleistungen;
3. geheime oder notwendige Militär-, Disziplinar- und Sicherheitsprodukte gemäß der Festlegung durch den Oberbefehlshaber der Streitkräfte;[54]
4. die National Iranian Oil Company sowie Erdöl- und Erdgasförderunternehmen;
5. Öl- und Gasbohrungen;
6. die Zentralbank der Islamischen Republik Iran, die Melli-Bank, die Sepah-Bank, die Bank für Industrie und Bergbau, die Bank für Exportentwicklung, die Bank für Landwirtschaft, die Bank für Wohnungswesen und die Bank für genossenschaftliche Entwicklung;
7. die Zentrale Versicherungsgesellschaft und die Iran Versicherungsgesellschaft;
8. Hauptenergieübertragungsnetze;
9. die Organisation für Zivile Luftfahrt und die Organisation für Häfen und Schifffahrt der Islamischen Republik Iran;
10. große Staudämme und Wasserversorgungsnetze;
11. Radio und Fernsehen.

[52] Gesetz über den dritten Fünfjahresplan vom 16. 04. 2000 (*qānūn-e barnāme-ye sevom-e touseᶜe-ye eqteṣādī, eǧtemāʾī va farhangī*), näher dazu: Abbas Valadkhani: An Analysis of Iran’s Third Five-Year Development Plan In the Post-Revolution Era (2000–2005), in: *Journal of Iranian Research and Analysis* 17.2 (2001), S. 1–21.

[53] Aktivitäten, Abläufe und relevante Rechtsnormen sind auf der Webpräsenz der IPO einsehbar: www.ipo.ir (letzter Aufruf 01. 03. 2017).

[54] Gem. Art. 110 IranVerf hat der *rahbar* den Oberbefehl inne.

Art. 3 GeArt 44 bestimmt die wirtschaftlichen Aktivitäten des Staates bzw. der Regierung. Gemäß Art. 3 Abs. a GeArt 44 sind Eigentum, Investitionen und Verwaltung durch die Regierung für die in Art. 2 Gruppe 1 genannten Wirtschaftsaktivitäten auf jede Art und Weise und in jedem Umfang verboten. Art. 3 Abs. a Anm. 1 GeArt 44 verpflichtet die Regierung weiterhin, alle Anteile und Ansprüche die unter Art. 2 Gruppe 1 GeArt 44 fallen, bis zum Ablauf des vierten Fünfjahresplans (2005–2010)[55] an den Privat-, Genossenschafts- oder öffentlichen nichtstaatlichen Sektor zu übertragen, wobei Ausnahmen der Genehmigung durch das Parlament bedürfen. Eine weitere Ausnahmeregelung betrifft schwach entwickelte Regionen, neue Technologien sowie besonders risikoreiche Industrien.

Art. 3 Abs. b GeArt 44 übernimmt das von Khamenei ausgegebene Ziel und verpflichtet die Regierung, 80 % der gesamten staatlichen Anteile an in Art. 2 Gruppe 2 genannten Aktivitäten mit Ausnahme von Straßen- und Eisenbahnwesen an den privaten, genossenschaftlichen oder öffentlichen nichtstaatlichen Sektor zu veräußern, wobei die Beteiligung der nichtstaatlichen Sektoren am Straßen- und Eisenbahnwesen gemäß Art. 3 Abs. b Anm. 2 GeArt 44 möglich ist.

Investitionen, Eigentum und Führung von Unternehmen und Aktivitäten, die unter Art. 2 Gruppe 3 fallen, sind ausschließlich der Regierung gestattet (Art. 3 Abs. c GeArt 44).

Nach Art. 3 Abs. c Anm. 2 GeArt 44 sind Privatisierungen im Gesundheits- und Bildungswesen, sowie in Forschung und Kultur nicht Gegenstand dieses Gesetzes, sondern werden in einem gesonderten Gesetz geregelt.

Art. 4 GeArt 44 bestimmt den Tätigkeitsbereich der nichtstaatlichen Sektoren. Investitionen, Eigentum und Unternehmensführung im Bereich der in Art. 2 Gruppe 1 genannten Aktivitäten sind ausschließlich den nichtstaatlichen Sektoren erlaubt.

Zusammenfassend betrachtet ergibt sich somit folgendes Bild: Gruppe 1 umfasst alle wirtschaftlichen Aktivitäten und Organisationen, die nicht in die beiden folgenden Gruppen fallen. Die zu Gruppe 1 zählenden Aktivitäten sind ausschließlich den nichtstaatlichen Sektoren vorbehalten. Die in Gruppe 3 genannten Bereiche hingegen sind ausschließlich dem Staat vorbehalten. Sie sind begrenzt auf die im Gesetz aufgezählten Aktivitäten und Organisationen (s. o.). Die Gruppen 1 und 3 sind somit eindeutig dem nichtstaatlichen bzw. staatlichen Sektor zuzuordnen. Gruppe 2 stellt eine Art Mischgruppe dar und umfasst diejenigen Wirtschaftsaktivitäten und Wirtschaftsorganisationen, die gemäß Art. 44 IranVerf in staatlicher Hand sein sollen und von denen nun gemäß Art. 3 Abs. b GeArt 44 und der Anordnung des *rahbar* 80 % an nichtstaatliche Wirtschaftsakteure veräußert werden sollen. Daraus ergibt sich bereits, dass die in Art. 2 Gruppe 3 GeArt 44 dem Staat zugesprochenen Wirtschaftsaktivitäten im Vergleich zu den in Art. 44 IranVerf genannten stärker begrenzt sind. An dieser Stelle kann nicht im Einzelnen auf alle hier aufgeführten Wirtschafts- und In-

[55] Die im Gesetz vorgesehenen Zeitpläne konnten an vielen Stellen nicht eingehalten werden. Welche Gültigkeit der Privatisierungsauftrag nach Ablauf der Frist hat, ist im GeArt 44 nicht geregelt. Der fünfte (2010–2015) und sechste (2016–2021) Fünfjahresplan verweisen vielfach auf GeArt 44, ohne allerdings einen neuen Zeitplan vorzugeben. Der Präsident der IPO gab an, die Privatisierungen sollten bis zum Ende des fünften Fünfjahresplanes (2015) abgeschlossen sein, auch diese Frist konnte jedoch nicht eingehalten werden, siehe TehranTimes (29. 12. 2017): Factors Slowing Down Privatization in Iran, www.tehrantimes.com/news/419828/Factors-slowing-down-privatization-in-Iran (letzter Aufruf 08. 05. 2018).

dustriezweige eingegangen werden. Die einzigen beiden Bereiche in Art. 2 Gruppe 3 GeArt 44, die dem Wortlaut der Verfassungsnorm exakt entsprechen und in denen die Rolle des Staates somit zunächst nicht verändert wird, sind Radio und Fernsehen sowie große Staudämme und Wasserversorgungsnetze. In den übrigen Zweigen findet eine Begrenzung der staatlichen Aktivitäten meist durch deren Reduzierung auf Haupt- oder Schlüsselnetze oder bestimmte Institute wie namentlich genannte Bank- oder Versicherungsunternehmen statt. Im Hinblick auf die so wichtige Erdöl- und Erdgasindustrie ist zu bemerken, dass Exploration und Produktion vollständig in staatlicher Hand verbleiben sollen. Sogenannte Downstream-Aktivitäten, wie der Betrieb von Raffinerien oder die Vermarktung, sollen privatisiert werden können.[56]

Vereinfachungen und Optimierungen

Nach Art. 7 GeArt 44 soll eine Erleichterung und Beschleunigung von Investitionen und Erteilungen von Lizenzen für wirtschaftliche Tätigkeiten für die nichtstaatlichen Sektoren erreicht werden, indem innerhalb von sechs Monaten nach Inkrafttreten des Gesetzes bestimmte Maßnahmen ergriffen werden, darunter die Streichung nicht notwendiger Lizenzen, Vereinfachung der Erteilungsvoraussetzungen sowie die Transparentmachung der Vorgänge. Zudem setzt Art. 7 GeArt 44 feste Fristen für die Bearbeitung und Erteilung von Lizenzen durch die zuständigen Behörden. Bei Nichterteilung einer Lizenz ist diese dem Antragsteller schriftlich zu begründen.

Art. 8 GeArt 44 verlangt die Prüfung von Privilegien staatlicher Unternehmen gegenüber nichtstaatlichen in den Bereichen der Gruppen 1 und 2 aus Art. 2 und ggf. deren Aufhebung.

Art. 9 GeArt 44 gibt die Maßnahmen vor, die zur Steigerung des Anteils des Genossenschaftssektors auf 25 % an der Gesamtwirtschaft bis 2015 führen sollen.

Maßnahmen zur Reformierung und Optimierung staatlicher Unternehmen mit den Zielen Umsatzerhöhung, Produktivitätssteigerung und Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Verwaltung werden in Art. 13 GeArt 44 definiert.

Art. 15 GeArt 44 trägt der Regierung auf, innerhalb von sechs Monaten die Gründung von Berufsverbänden vorzubereiten, die an der Umsetzung von beruflichen Vorschriften, Berufsethik und wissenschaftlichen und technologischen Entwicklungen beteiligt werden und Organe der Exekutive bei der Erarbeitung von Regulierungen und Gesetzen beraten sollen.

Privatisierung von Staatsunternehmen

Die angestrebte Privatisierung von 80 % der Staatsunternehmen aus Gruppe 2 wird in Kapitel 5 des GeAr 44 näher geregelt und sollte gemäß Art. 14 GeArt 44 bis Ende 2014 abgeschlossen sein. Am Anfang des Verfahrens steht die Einordnung aller Staatsunternehmen die unter Art. 2 Gruppen 1 und 2 fallen durch die nach Art. 17 i. V. m. Art. 86 GeArt 44 zuständigen Regierungsorgane. Der Verkauf wird von der IPO übernommen. Die Strafbarkeit für die Vorlage falscher Informationen während des Verfahrens ergibt sich aus Art. 17 Anm. 2 GeArt 44 i. V. m. Art. 72, 75 GeArt 44.

Das Gesetz gibt drei Möglichkeiten des Verkaufs von Unternehmen bzw. von Aktienpaketen vor, nämlich den öffentlichen Verkauf von Anteilen am inländischen oder einem ausländischen Aktienmarkt (Art. 20 Abs. a GeArt 44), die öffentliche Versteigerung (Art. 20 Abs. b GeArt 44) und den Verkauf durch Verhandlung. Der öffentliche Verkauf hat dabei Vorrang. Anteile dürfen an ausländischen Ak-

[56] Roshanzamir: Financial Times (03. 07. 2006).

tienmärkten nur mit Erlaubnis des Hohen Rates für die Umsetzung der Allgemeinen Richtlinien für Art. 44 IranVerf angeboten werden (Art. 20 Abs. b Anm. 1 GeArt 44). Ein Verkauf durch Verhandlungen kommt nur in Frage, wenn nach zweimaligem öffentlichem Auktionsangebot kein Käufer gefunden werden kann und das Übertragungsgremium seine Zustimmung erteilt.

Die IPO kann den Verkauf an Bedingungen wie Neuinvestitionen, Produktionserhöhung oder Erhöhung der Beschäftigtenzahl knüpfen (Art. 25 GeArt 44). Bei Erfüllung dieser Bedingungen durch den Käufer kann das Übertragungsgremium auf Vorschlag der IPO Preisnachlässe gewähren.

Justice Shares

Auf Grundlage des Gesetzes soll soziale Gerechtigkeit unter anderem durch eine stärkere Beteiligung der Bevölkerung am Eigentum an Unternehmen und an Gewinnen fördern. Dafür kann die Regierung gemäß Art. 34 GeArt 44 bis zu 40 % des Gesamtwertes der zur Privatisierung stehenden Unternehmen aus Art. 2 Gruppe 2 an iranische Staatsbürger, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Iran haben, als *Justice Shares* veräußern. Die Verteilung wird dabei folgendermaßen vorgegeben: Angehörige der zwei Zehntel der Bevölkerung mit den niedrigsten Einkommen erhalten einen Preisnachlass von 50 % auf zur Privatisierung stehende Anteile, zahlbar in Raten mit einer Laufzeit von zehn Jahren, wobei Dorfbewohner und Angehörige nomadischer Stämme Priorität genießen. Organisiert werden die Anteile in Provinzgenossenschaften, die wiederum zu Provinzinvestmentgesellschaft (*šerkat-e sarmāye-goẕarī-ye ostānī*) zusammengeschlossen werden (Art. 35 GeArt 44).

Die Regierung ist nach Art. 38 dazu verpflichtet dafür zu sorgen, dass die Übertragung der Art. 34 GeArt 44 unterliegenden Anteile in einer Weise umgesetzt wird, die die Fortsetzung staatlichen Eigentums und staatlicher Verwaltung in den Provinzinvestmentgesellschaften unterbindet.

Wettbewerbsförderung und Monopolverhinderung

Das GeArt 44 verlangt die Schaffung wettbewerbsfreundlicher Rahmenbedingungen, die insbesondere die nichtstaatlichen Sektoren stärken sollen.

Nach Art. 43 GeArt 44 sind alle juristischen und natürlichen Personen des öffentlichen, staatlichen, genossenschaftlichen und privaten Sektors den Vorschriften des Kapitels über Wettbewerbsförderung und Monopolverhinderung unterworfen. Art. 44 GeArt 44 listet sämtliche Verträge, Übereinkommen und Absprachen auf, die wegen Wettbewerbsbehinderung verboten sind. Dazu zählen beispielsweise Preisabsprachen, Begrenzung oder Kontrolle der Produktions-, Erwerbs- oder Verkaufsmenge von Gütern oder Dienstleistungen oder Auferlegung von diskriminierenden Bedingungen. Art. 45 GeArt 44 nennt weitere Handlungen, die wegen ihrer wettbewerbsstörenden Auswirkungen verboten sind. Dazu zählen u. a. das Horten und die Verweigerung Transaktionen vorzunehmen, aggressive Preisfestsetzung (Niedrigpreise) und irreführende Äußerungen etwa bezüglich der Qualität von Waren.

Weiterhin ist die Fusion von Unternehmen unter bestimmten Bedingungen verboten (Art. 48 GeArt 44), etwa dann, wenn die Fusion zu einer starken Marktzentralisierung oder Marktkontrolle durch das aus der Fusion hervorgehende Unternehmen führen würde. Unternehmen können gemäß Art. 49 GeArt 44 prüfen lassen, ob ihr Vorgehen gesetzlich ist.

Zur Umsetzung der in diesem Abschnitt formulierten Ziele verlangt Art. 53 GeArt 44 die Gründung eines Wettbewerbsrates (*šūrā-ye reqābat*). Um seine Aufgaben zu erfüllen, ist der Wettbewerbsrat zur Kontrolle und Ermittlung befugt (Art. 60 GeArt 44). Wenn der Wettbewerbsrat feststellt, dass eine der wettbewerbsschädlichen Praktiken nach Artt. 44–48 GeArt 44 durch ein Unternehmen angewandt wurde, kann er nach Art. 61 GeArt 44 gegenüber der oder den Parteien Anordnungen treffen, um diese zu beenden.

Insgesamt orientieren sich die Regelungen dieses Kapitels am EU-Wettbewerbsrecht, ohne dieses in allen Punkten zu übernehmen.[57]

Die sonstigen Vorschriften enthalten vor allem Bestimmungen für Regierungsmitglieder und andere Angehörige der Exekutive.

IV. Die bisherige Umsetzung des GeArt 44 und die Problematik des halbstaatlichen Sektors

Die größten Abweichungen des GeArt 44 vom Wortlaut des Art. 44 IranVerf finden sich im zweiten Kapitel, in welchem die Tätigkeitsbereiche der drei Wirtschaftssektoren entsprechend der Vorgaben des Schlichtungsrates und des *rahbar* neu festgelegt werden. Die gesetzlichen Regelungen machen deutlich, dass der Staat nur noch in klar festgesetzten Grenzen wirtschaftlich aktiv sein darf und der Privatsektor eine größere Rolle spielen und nicht nur zur Ergänzung und Vervollständigung (*mokammel*) dienen soll.

Auf systematischer Ebene ist darauf hinzuweisen, dass in Art. 2 GeArt 44 Gruppe 1, die ausschließlich den nichtstaatlichen Sektoren zugewiesen ist, an erster Stelle steht, während die Verfassung den Privatsektor an letzter Stelle nennt. Durch die umgekehrte Reihenfolge im Gesetz wird die Bedeutung, die dem nichtstaatlichen Sektor nun zugemessen wird, zusätzlich hervorgehoben.

Hinsichtlich der Wirtschaftssektoren fällt allerdings noch ein weiterer wichtiger Unterschied zwischen Verfassung und GeArt 44 auf: Die Verfassung unterscheidet zwischen drei Sektoren, dem staatlichen, dem genossenschaftlichen und dem privaten Sektor. Das GeArt 44 hingegen führt als dritten nichtstaatlichen Sektor neben dem privaten und dem genossenschaftlichen zusätzlich den öffentlichen nichtstaatlichen Sektor an. Dieser gewissermaßen neu hinzugefügte Sektor wird im Gesetz nicht definiert, sondern vorausgesetzt. Das Gesetz folgt mit der Erweiterung der drei Sektoren auf vier Sektoren den Anordnungen Khameneis.

Die Einordnung des öffentlichen nichtstaatlichen Sektors als nichtstaatlicher Sektor im Sinne des Gesetzes hat sich jedoch in Bezug auf die als Ziel ausgegebene Stärkung des Privatsektors als problematisch erwiesen. Denn insbesondere halbstaatliche Unternehmen und Organisationen profitierten von der Privatisierungspolitik. Hier sind beispielsweise die bereits erwähnten Stiftungen zu nennen. In der iranischen Rechtswissenschaft zählen sie zu den öffentlichen nichtstaatlichen Institu-

[57] Im Einzelnen dazu Mina Hosseini: An Introduction to Iranian Competition Law and Policy, in: *CPI Antitrust Chronicle* 1 (April 2015), S. 4, 7 f., online: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2601962 (letzter Aufruf 21. 08. 2016).

tionen und Organisationen (*nahād-hā va moʾassasat-hā-ye ʿomūmī-ye ġeir-doulatī*)[58] und sind von Steuern befreit.[59] Diese zum Zweck der sozialen Wohlfahrt und des Wiederaufbaus gegründeten Stiftungen entwickelten sich zu von der Regierung weitestgehend unabhängigen Organisationen, die einerseits revolutionstreuen Bedürftigen, Familien von Märtyrern und Kriegsverwundeten Unterstützung bereitstellen und andererseits als immer stärker werdende Wirtschaftsakteure auftreten, die über zahlreiche Unternehmen und große Vermögen verfügen.[60]

Die Stiftungen sind einerseits unabhängig von der Aufsicht und Kontrolle durch die Regierung, erhalten aber andererseits finanzielle Vorteile durch den Staat und müssen keine Steuern entrichten. Diese Wettbewerbsvorteile kommen auch den Unternehmen der Revolutionsgarde[61] zu Gute.[62] Die bereits vorhandenen Ressourcen und Netzwerke machen es solchen halbstaatlichen Akteuren einfacher, Unternehmensanteile zu erwerben, zumal sie größere finanzielle Spielräume haben und in der Regel ein geringeres Risiko eingehen als Private, die sich nicht immer auf ausreichende Transparenz zur Einschätzung etwaiger Risiken verlassen können.[63]

Die starke wirtschaftliche Präsenz der genannten Akteure erschwert somit die mit dem GeArt 44 angestrebte Stärkung des Privatsektors. Kritisiert wurde und wird dementsprechend, an wen staatliche Unternehmen verkauft werden. Ein vom zuständigen Parlamentsausschuss vorgelegter Bericht zeigte beispielsweise 2010, dass von den seit 2006 veräußerten Vermögenswerten in Gesamthöhe von etwa 70 Mrd. USD nur 13,5 % der Anteile tatsächlich an den Privatsektor gegangen waren. Die übrigen Anteile gingen demnach an den halbstaatlichen Sektor bzw. Öffentlichen nichtstaatlichen Sektor, d. h. neben den bereits genannten Stiftungen und militärnahe Unternehmen auch an Banken, in großem Umfang an staatsnahe Investitionsgesellschaften und Pensionsfonds,[64] und schließlich an das *Justice-Shares*-Programm und damit zwar formal an den Genossenschaftssektor, faktisch

---

[58] Reza Mousazade: *Ḥoqūq-e edārī dār* (Administrative Law 1–2), Teheran 2015, S. 80.

[59] Karbassian: Islamic Revolution and the Management, S. 621.

[60] Siehe Ali A. Saeidi: The Accountability of Paragovernmental Organizations (bonyads): The Case of the Iranian Foundations, in: *Iranian Studies* 37.3 (2004), S. 485.

[61] Die Revolutionsgarden (*Sepāh-e Pāsdārān-e Enqelāb-e Eslāmī*) unterstehen gem. Art. 110 Abs. Iran-Verf dem Oberbefehl des *rahbar*. Die wirtschaftlichen Aktivitäten der Revolutionsgarden waren etwa ab 2007 von Sanktionen betroffen. Dies kann als möglicher Faktor beim Erwerb von Unternehmen durch die Garde bzw. deren Stiftung im Rahmen der Privatisierung eine Rolle gespielt haben, vgl. Thierry Coville: The Economic Activities of the Pasdaran, in: *Revue internationale des études du développement* 229.1 (2017), S. 94 f.

[62] Vgl. Coville: Pasdaran, S. 98; Mehrdad Vahabi: Ordres contradictoires et coordination destructive: Le malaise iranien, in: *Canadian Journal of Development Studies* 30.3–4 (2010), S. 19 ff.

[63] Siehe dazu auch Kevan Harris: The Rise of the Subcontractor State: Politics of Pseudo-Privatization in the Islamic Republic of Iran, in: *International Journal of Middle Eastern Studies* 45 (2013), S. 45; Habibi: The Economic Legacy of Mahmoud Ahmadinejad, S. 5 f.

[64] Vgl. Harris: The Rise of the Subcontractor State, S. 60 ff.

jedoch an die bis dahin staatsnahe Verwaltung der Provinzgenossenschaften.[65] Der hier beschriebene halbstaatliche Sektor wird mittlerweile als „*baḫš-e ḫoṣūlatī*“ bezeichnet.[66] „*Ḫoṣūlatī*“ setzt sich zusammen aus *ḫoṣūṣī* (privat) und *doulatī* (staatlich) und hat sich als Bezeichnung für den Graubereich zwischen dem staatlichen und dem privaten Sektor der iranischen Wirtschaft, also für den halb- oder parastaatlicher Sektor (*nīme-doulatī, šebh-e doulatī*) etabliert.[67] Demgegenüber wird der Privatsektor mitunter als „echter Privatsektor“ (*baḫš-e ḫoṣūṣī-ye vāqeʿī*) bezeichnet.[68] Die unklare Zuordnungen der halbstaatlichen Akteure bringt auch Vahabi mit der Zuschreibung einer „position de caméléon“ zum Ausdruck.[69]

Durch bisher drei Gesetzesänderungen wurde u. a. versucht, die dargestellten Entwicklungen einzuschränken.

Am 02. 03. 2011 wurde zunächst Art. 3 GeArt 44 geändert, wodurch insbesondere die Möglichkeiten zur Unterstützung schwach entwickelter Regionen erweitert wurden.[70]

Das zweite Änderungsgesetz zu GeArt 44 wurde rund ein Jahr nach Beginn der Präsidentschaft Hassan Rohanis, am 22. 06. 2014, vom Parlament verabschiedet.[71] Es enthält Änderungen der Artt. 1, 6 und 7 GeArt 44, durch die die Vergabe von Geschäftslizenzen weiter vereinfacht und Transparenz bezüglich wirtschaftlicher Aktivitäten öffentlicher nichtstaatlicher Unternehmen durch regelmäßige Offenlegungen des gesamten direkten und indirekten Einkommens gegenüber dem Wettbewerbsrat hergestellt werden sollen.

Äußerungen aus den Reihen der Exekutive und Legislative verwiesen weiterhin auf die unzureichende Umsetzung der Privatisierungen. Bemängelt wird, dass der Privatsektor in Folge der mangelhaften Umsetzung von Art. 44 noch immer keine Wettbewerbsmacht hat[72] und Monopole Wirtschaft und Produktion überschatten – denn obwohl Kapitel 9 GeArt 44 den freien Markt gewährt, habe die Art der Umsetzung des Gesetzes stattdessen zu neuen Monopolen etwa durch halbstaatliche

[65] Vgl. Corporate Governance and Responsibility Development Centre Tehran, Pakistan Institute of Corporate Governance, Corporate Social Responsibility Turkey: *Privatization, Corporate Governance and Business Environment: A Comparative Study of Private Sector Development in Iran, Pakistan and Turkey* (2012), S. 55, 65, online: www.tkyd.org/files/downloads/faaliyet_alanlari/yayinlarimiz/tkyd_yayinlari/3_country_report.pdf (letzter Aufruf 15. 08. 2016). In das *Justice-Shares*-Programm ist zum iranischen Jahreswechsel 1395/96 (März 2017) Bewegung gekommen: Ein Online-Portal (*Sāmāne-ye sahām-e ʿedālat*, www.samanese.ir.) wurde eingerichtet, sodass Teilnehmer des Programms ihren persönlichen Kontostand nun online abrufen und Beträge abbuchen können, dazu auch: FinancialTribune.com (09. 03. 2017): *Gov't to Pay Justice Share Dividends*, goo.gl/wqMRZv (letzter Aufruf 03. 04. 2017).

[66] Siehe z. B. BBC Persian: *Ḥasan-e Rouḥānī: ḥoqūqhā-ye nā-motaʿāref dar yek qove va do qoye nīst, sarāsarī ast* (29. 08. 2016), www.bbc.com/persian/iran/2016/08/160829_l39_rowhani_high_salaries (letzter Aufruf 30. 08. 2016).

[67] Donyā-ye eqteṣād: *„Ḫoṣūlatī“ meṣdāq-e qānūnī nadārad* (30. 04. 2016), donya-e-eqtesad.com/SiteKhan/904796 (letzter Aufruf 30. 08. 2016).

[68] Vgl. ISNA (29. 06. 2016); *Donyā-ye eqteṣād* (07. 08. 2010): *Ḥadd-e-aksar 15 dar ṣad vāgoẕārī-hā be baḫš-e ḫoṣūṣī-ye vāqeʿī būde-ast*, donya-e-eqtesad.com/news/622065 (letzter Aufruf 31. 08. 2016).

[69] Vahabi: Ordres contradictoires, S. 20; hier in erster Linie bezogen auf die Stiftungen. Vahabi geht an dieser Stelle zudem näher auf die Problematik des „propriété indeterminé“ ein.

[70] *Qānūn-e eṣlāḥ-e tabṣere (he) band-e (alef) māde (3) qānūn-e eğrā-ye sīyāsat-hā-ye kollī-ye aṣl-e 44 qānūn-e asāsī va elḥāq do tabṣere be ān.*

[71] *Qānūn-e eṣlāḥ-e mavād-e 1, 6 va 7 qānūn-e eğrā-ye sīyāsat-hā-ye kollī-ye aṣl-e 44 qānūn-e asāsī.*

[72] So Parlamentspräsident Ali Laridjani, siehe Azini.ir: *Lārīğānī dar hamāyeš-e mellī-ye erteqā salāmat-e edārī: maʿnā-ye īnke bonyād-e šahīd „morġdārī va*

Sozialversicherungsunternehmen geführt.[73] Auch das *Justice-Shares*-Programm habe zwar nach außen einen nichtstaatlichen Anstrich, werde tatsächlich aber von der Regierung verwaltet.[74]

Mitte 2016 wies Rohani darauf hin, dass der öffentliche nichtstaatliche Sektor in der Verfassung nicht vorgesehen sei und machte weiteren Handlungsbedarf deutlich.[75] Im August 2016 beschloss das im selben Jahr neu gewählte Parlament die Änderung von Artt. 3, 6 und 24 GeArt 44, welche weitere Regulierungen des halbstaatlichen Sektors vorsieht.[76]

Dennoch zog Vizepräsident Eshagh Djahangiri im Februar 2017 insgesamt eine eher düstere Bilanz. Weder eine Produktivitätssteigerung noch eine Stärkung des Privatsektors konnte erreicht werden. Stattdessen hätten öffentliche nichtstaatliche Organisationen und Stiftungen profitiert. Vormals staatliche Unternehmen würden zwar weiterhin (trotz Privatisierung) staatlich geführt (*modīr-e doulatī māndand*), stünden aber (in Folge der Privatisierung) nicht mehr unter staatlicher Aufsicht. Eine Analyse der Mängel bei der Umsetzung der Allgemeinen Richtlinien für Art. 44 IranVerf sei erforderlich.[77]

Bezugnehmend auf Art. 44 IranVerf bekräftige Rohani auch nach seiner Wiederwahl im Mai 2017 die erforderliche Stärkung des Privatsektors.[78]

VI. Verfassungsrechtliche Einordnung

Iranische Nachrichtenbeiträge beziehen sich im Zusammenhang mit Privatisierungen und der Lage des Privatsektors regelmäßig auf Art. 44 IranVerf. In der Regel wird Art. 44 IranVerf im Rahmen der Allgemeinen Richtlinien genannt. Gelegentlich fällt die Unterscheidung zwischen Art. 44 IranVerf und den Allgemeinen Richtlinien jedoch weg, so dass die Verfassung selbst als Ursprung der Privatisierungsforderung beschrieben wird.[79] Der Wortlaut von

---

bānk" dāšte-bāšad čīst? (08. 12. 2014), azini.ir/?p=1-1296 (letzter Aufruf 31. 08. 2016).

[73] Entsprechend äußerte sich der Präsident des Wettbewerbsrats, vgl. ISNA: *Enḥeṣār, bar eqteṣād va baḫš-e toulīd-e kešvar sāye afkande ast* (24. 02. 2016), www.isna.ir/news/94120503762 (letzter Aufruf 13. 07. 2016).

[74] So Parlamentspräsident Ali Laridjani, siehe ISNA: *Tamarkoz-e maǧles-e dahom bar farhang va eqteṣād ast* (07. 06. 2016), www.isna.ir/news/95031711119 (letzter Aufruf 13. 07. 2016).

[75] Vgl. Mortaza Golpour: Nahād-hā-ye ʿomūmī-ye ġeir-doulatī taḥt-e neẓārat nīstand, in: *Iran Newspaper* (26. 07. 2016), www.iran-newspaper.com/Newspaper/BlockPrint/142929 (letzter Aufruf 05. 08. 2016).

[76] *Qānūn-e eṣlāḥ-e mavād-e 3, 6 va 24 qānūn-e eǧrā-ye sīyāsat-hā-ye kollī-ye aṣl-e 44 qānūn-e asāsī,* vom 22. 09. 2016 (05. 07. 1395)

[77] ISNA: *ravāyat-e Esḥāq-e Ǧahāngīrī az dīdār-e aḫīr-aš bā rahbarī* (26. 02. 2017), www.isna.ir/news/95-120805080 (letzter Aufruf 27. 02. 2017). Nach Aussage eines Beraters des IPO-Präsidenten haben Maßnahmen der Rohani-Regierung jedoch dazu geführt, den Zugang des Privatsektors zur Versteigerung von Anteilen an Staatsunternehmen zu stärken und die Verkäufe an den halbstaatlichen Sektor zu minimieren. 1393 (2014/2015) seien entsprechend 95–100 % der Veräußerungen an den Privatsektor gegangen und 1394 (2015/16) immerhin 80–85 %, siehe ISNA (29. 06. 2016).

[78] Vgl. FinancialTribune.com (29. 06. 2017).

[79] "As outlined in Article 44 of the Iranian Constitution, a large part of executive responsibilities of the Energy Ministry ought to be transferred to the private sector", FinincialTribune.com: *Power Plant Privatizations Reach 55 %, More to Come* (17. 08. 2017), goo.gl/VUxzyp (letzter Aufruf 19. 08. 2017); alef.ir (25. 06. 2017.)

Art. 44 IranVerf ist jedoch unverändert geblieben. Konkrete Privatisierungsforderungen sucht man in der Verfassung selbst somit vergebens. Es besteht mithin die Frage, welchen Rang die Allgemeinen Richtlinien für Art. 44 verfassungsrechtlich einnehmen bzw. in welchem Verhältnis sie zu Art. 44 IranVerf stehen.

In der englischsprachigen Literatur finden sich die Bezeichnungen „amendment" und „revision"[80], die eine tatsächliche Verfassungsänderung nahelegen. Die in Art. 177 IranVerf selbst verwendeten Begriffe für eine seit 1989 mögliche Verfassungsänderung lauten „*bāznegarī*" (Revision) und „*eṣlāḥ*" (Reform, Amendment, Nachbesserung). *Eṣlāḥ* ist der gängige Begriff für Gesetzesänderungen, der jedoch im Zusammenhang mit Art. 44 IranVerf und den Allgemeinen Richtlinien, soweit ersichtlich, nicht gebraucht wird. Von einem „amendment" im Sinne einer Verfassungsänderung oder eines mit der Verfassung gleichrangigen Verfassungszusatzes zu sprechen, ist – insbesondere vor dem Hintergrund, dass das in der Verfassung vorgesehene Verfahren nicht durchgeführt wurde und der Wortlaut der Norm nach wie vor der selbe ist – nicht überzeugend. Eine Verfassungsänderung scheint, soweit ersichtlich, nicht in Erwägung gezogen worden zu sein.

Die erste Vorlage zu Art. 44 durch den Schlichtungsrat von 2004 wurde als „Neuinterpretation" (*tafsīr-e ğadīd*)[81] bezeichnet, was ebenfalls nahe legt, dass eine Verfassungsänderung nicht intendiert war, sondern eine neue Auslegung der bestehenden Norm erarbeitet werden sollte. Die Vorlage des Schlichtungsrates stellte noch kein abschließendes Ergebnis dar. Dieses lag erst in Form der Verkündungen Khameneis im folgenden Jahr vor. Hilfreich ist es hier, noch einmal die verfassungsrechtliche Grundlage für diese Verkündungen heranzuziehen. Art. 110 IranVerf nennt als ersten Punkt der Aufgaben und Kompetenzen des *rahbar* die Festlegung der Allgemeinen Richtlinien des Systems der Islamischen Republik (*sīyāsat-hā-ye kollī-ye neẓām)* nach Beratung mit dem Schlichtungsrat. Auf diese Norm wurde im Rahmen der Verkündung der Allgemeinen Richtlinien für Art. 44 IranVerf explizit bezuggenommen.[82] Auch daraus lässt sich schlussfolgern, dass die Allgemeinen Richtlinien zu Art. 44 IranVerf keine Verfassungsänderung darstellen, sondern im Rahmen der Richtlinienkompetenz des *rahbar* ergangene Vorgaben zur Auslegung und Anwendung von Art. 44 IranVerf, die von der Regierung und dem Gesetzgeber in der Umsetzung zu konkretisieren sind.

Vor dem Hintergrund der erwähnten Auffassungen, nach denen Art. 44 IranVerf dazu geeignet ist, den Privatsektor nahezu zu verdrängen, ist die Frage naheliegend, ob Art. 44 IranVerf durch den Weg über Art. 110 IranVerf ausgehebelt wurde. Zugespitzt formuliert ließe sich feststellen: Art. 44 IranVerf fordert eine starke Staatswirtschaft, die Allgemeinen Richtlinien zu eben diesem Artikel hingegen fordern eine starke Privatwirtschaft. Verstoßen somit die Allgemeinen Richtlinien

[80] „Amendment": Parvin Alizadeh: The Political Economy of Petro Populism and Reform, 1979–2004, in: *Iran and the Global Economy: Petro Populism, Islam and Economic Sanctions*, hrsg. von dems. und Hassan Hakimian, Abingdon / New York 2014, S. 91; "revision": Mohseni: Factionalism, Privatization, and the Political Economy, S. 55; Leila Sedighikamal: Ghodratollah Talebnia: A Review of Privatization in Iran, in: *International Journal of Management, Accounting and Economics* 1.1 (2014), S. 81–92.

[81] So etwa auf der Webpräsenz des Ministeriums für wirtschaftliche und finanzielle Angelegenheiten: asl44.mefa.gov.ir/Portal/home/?paper/-تاریخچه-ابلاغ-سیاستهای-کلی-اصل-44-قانون-اساسی- (letzter Aufruf 22. 08. 2017); Omidwar: BBC Persian (05. 12. 2004).

[82] Siehe Verkündung vom 22. 05. 2005.

für Art. 44 IranVerf gegen Art. 44 IranVerf? Die Allgemeinen Richtlinien für Art. 44 IranVerf weichen zwar im Hinblick auf die dem Staatssektor zugeordneten Wirtschaftsbereiche von Art. 44 IranVerf ab. Allerdings überlässt es die Verfassung in Art. 44 IranVerf dem Gesetzgeber, die konkrete Ausgestaltung der Wirtschaftssektoren zu regeln (was in Folge der Allgemeinen Richtlinien in Form des Ge-Art 44 umgesetzte wurde), räumt hier also bereits einen Gestaltungsspielraum ein. Zudem wird der Schutz des Eigentums in den drei Sektoren unter anderem unter den Vorbehalt gestellt, dass dieses Eigentum zu Wachstum und Expansion der Wirtschaft beitragen soll und keinen Schaden für die Gesellschaft verursachen darf. Unter der Annahme, dass der übermäßig große Staatssektor ein Hemmnis für Wirtschaftswachstum darstellt, kann dessen Einschränkung damit als mit Art. 44 IranVerf vereinbar angesehen werden. Khamenei erläutert die Bedeutung dieses letzten Absatzes von Art. 44 IranVerf ausführlich.[83] Zusammengefasst legt er dar, dass Art. 44 IranVerf eine Anpassung an tatsächliche wirtschaftliche Entwicklungen erlaubt und sogar verlangt. Nach dem Iran-Irak-Krieg wäre es im Sinne des in Art. 44 IranVerf angeführten Wirtschaftswachstums erforderlich gewesen, den staatlichen Sektor auf das notwendige Maß zu reduzieren.[84] Nicht unerwähnt sollte zudem bleiben, dass Khamenei aus der in der Verfassung verankerten Position des Obersten Rechtsgelehrten, dem die „absoluter Herrschaft“ zukommt, (*velāyat-e moṭlaqe*, Art. 57 IranVerf) handelt[85].

Die Forderung eines starken Privatsektors findet sich also nicht explizit in der Verfassung oder einer Verfassungsänderung, sondern basiert auf einer Auslegung des Art. 44 IranVerf, die von Khamenei nach Einbeziehung des Schlichtungsrates in den Allgemeine Richtlinien gem. Art. 110 IranVerf konkretisiert wurde. Obwohl diese Unterscheidung zwischen der Verfassung und den Richtlinien in der Berichterstattung nicht immer deutlich wird, kann die regelmäßige Bezugnahme auf Art. 44 IranVerf durch die Medien als ein Indiz für die Bedeutung, die der Verfassung beigemessen wird, verstanden werden.

Die Entwicklung der Auslegung des Art. 44 IranVerf zeigt, dass die frühere strikte Auslegung, die sich auch in der Literatur findet, den letzten Absatz der Norm nicht ausreichend berücksichtigt hat. Dieser erlaubt zwar eine staatliche Dominierung der Wirtschaft, lässt aber auch eine gegenteilige Entwicklung zu. Diese Auslegung lässt sich zudem auch Auf Art. 43 Nr. 2 stützen.

VII. Fazit

Art. 44 IranVerf wurde von der derjenigen Verfassungsnorm, die die iranische Wirtschaft größtenteils in die Hände des Staates legt zu einem Schlagwort für Privatisierung, obgleich

[83] Rasekhoon.net: *tafsīr-e aṣl-e 44 qānūn-e asāsī tavassoṭ-e rahbarī* (20. 01. 2009), rasekhoon.net/article/show/تفسیر-اصل-44-قانون-اساسی-توسط-رهبری (letzter Aufruf 24. 08. 2017).

[84] Vgl. dazu auch die Aussage des Vizepräsidenten Djahangiri zu durch die strikte Auslegung von Art. 44 IranVerf verursachten Schwierigkeiten: „Art. 44 IranVerf war tatsächlich ein ernstes Hindernis für die wirtschaftliche Entwicklung“ (*Aṣl-e 44 qānūn-e asāsī vāqeᶜan yek māneᶜ-e ğeddī barāye touseᶜe-ye eqṭṣād būd.*), aus: ISNA (26. 02. 2017).

[85] Vgl. dazu auch die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des sog. *ḥokm-e ḥokūmatī* („Herrschaftserlass“ des *rahbar* der Entscheidungen der Exekutive, Legislative und Judikative vorgeht) auf Khameneis Webpräsenz: farsi.khamenei.ir/others-note?id=9800 (letzter Aufruf 24. 08. 2017).

der Wortlaut der Norm selbst unverändert bleibt. Was zunächst widersprüchlich erscheint, wird bei Berücksichtigung des letzten Absatzes von Art. 44 IranVerf plausibel. Art. 44 IranVerf knüpft die Ausgestaltung der Wirtschaft bzw. der Wirtschaftssektoren an für eine positive wirtschaftliche Entwicklung bestehenden Notwendigkeiten. Ebenso wie sich diese Notwendigkeiten verändern können, kann sich damit auch die Anwendung und Auslegung von Art. 44 IranVerf im Hinblick auf die Ausgestaltung der Wirtschaftssektoren verändern. Die Allgemeinen Richtlinien für eine privatisierungsfreundliche und –fordernde Auslegung wurden von Khamenei auf der Grundlage von Art. 110 IranVerf vorgegeben. Die konkrete Umsetzung erfolgt im Rahmen der üblichen Verfahren der Legislative und Exekutive. Am Beispiel der Auslegung und einfachgesetzlichen Umsetzung von Art. 44 IranVerf bzw. der Allgemeinen Richtlinien zu Art. 44 IranVerf kann nachvollzogen werden, wie die Verfassungsorgane agieren und in welchem Verhältnis sie zu einander stehen. Insbesondere seit dem Eingreifen Khameneis durch die Verkündung der Allgemeinen Richtlinien zu Art. 44 IranVerf hat sich unter den beteiligten Verfassungsorganen insgesamt eine privatisierungsfreundliche Haltung durchgesetzt. Ein solcher Konsens zwischen den Verfassungsorganen kann angesichts der mittlerweile Jahrzehnte andauernden Privatisierungsversuche als notwendige Voraussetzung für eine aus rechtlicher und tatsächlicher Sicht erfolgreiche Umsetzung erachtet werden. In der tatsächlichen Umsetzung werden die Privatisierungsmaßnahmen jedoch durch nach wie vor bestehende Flügelkämpfe und die Beteiligung unterschiedlicher Interessengruppen weiterhin gehemmt.

Seit der Einführung des GeArt 44 steht vor allem die Frage im Mittelpunkt, wie die angestrebte Stärkung des Privatsektors und die klare Begrenzung staatlicher Aktivitäten im wirtschaftlichen Bereich angesichts des großen halbstaatlichen Sektors, der im Gesetz zu den nichtstaatlichen Sektoren zählt, so umgesetzt werden kann, dass die zugrunde gelegten Ziele der Stärkung der Wirtschaft insgesamt und der Förderung sozialer Gerechtigkeit erreicht werden können. Denn de facto hat der halbstaatliche Sektor, der ohnehin Wettbewerbsvorteile gegenüber dem Privatsektor genießt, besonders stark von der Privatisierungspolitik profitiert, während private Marktteilnehmer insgesamt, auch aufgrund begrenzter Finanzierungsmöglichkeiten für den Unternehmenserwerb, weiterhin in einer schwierigen Ausgangslage verbleiben. Wie die weiteren Entwicklungen nach der Wiederwahl Rohanis im Mai 2017 aussehen werden und ob es bei den bisher zur Verfügung stehenden rechtlichen Instrumenten bleiben wird, bleibt abzuwarten.

Lara-Lauren Goudarzi-Gereke (M. A.) ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Seminar für Arabistik / Islamwissenschaft an der Georg-August-Universität Göttingen. Zu Ihren derzeitigen Forschungsschwerpunkten zählen aktuelle Entwicklungen im schiitisch geprägten Recht, insbesondere Verfassungs- und Familienrecht.

ZRI – Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam 9 (2017), S. 247–264

Ein Gericht im Ausnahmezustand: das Türkische Verfassungsgericht nach dem Putschversuch

Maria Haimerl

Abstract

Der vorliegende Beitrag diskutiert zwei zentrale Entscheidungen des Türkischen Verfassungsgerichts, die das Gericht in den Monaten des Ausnahmezustandes nach dem gescheiterten Putschversuch vom 15. Juli 2016 getroffen hat. Er zeigt auf, dass die Ergebnisse der Entscheidungen – aus historisch-vergleichender Perspektive – nicht überraschen, da Gerichte in Zeiten des Ausnahmezustandes in der Regel nicht als gute Schützer von Grundrechten und -freiheiten gelten. Es stimmt aber nachdenklich und für die Zukunft der Institution, insbesondere in einem „Präsidialsystem", pessimistisch, wie das Gericht allgemeine und eigene Grundsätze vollkommen missachtet und seine bisherige Rechtsprechung ohne überzeugende Begründung aufgibt. Denn auch im Ausnahmezustand bleibt relevant, wie Gerichte ihre Entscheidungen begründen. Die angeführten Entscheidungsgründe sind für ihre zukünftige Rechtsprechung, die Akzeptanz ihrer Entscheidungen und ihr institutionelles Ansehen bedeutsam.

1. Einleitung

Am 19. April 2018 wurde der seit dem gescheiterten Putschversuch 2016 geltende Ausnahmezustand in der Türkei zum siebten Mal verlängert.[1] Der Ausnahmezustand hat auch das Türkische Verfassungsgericht (TVerfG) als Institution in eine Ausnahmesituation versetzt.

Lange galt das Türkische Verfassungsgericht nicht als guter Schützer von Grundrechten und Freiheiten, sondern vielmehr als „Wächter des Raison d'État"[2], als ein Gericht, das sich nur sehr selektiv für Grundrechte und Freiheiten einsetzte.[3] In den vergangenen Jahren hat sich dieses Bild graduell gewandelt.

---

[1] Siehe www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/04/-20180418M1-1.pdf (letzter Aufruf 07. 05. 2018). Dieser Beitrag wurde im Januar 2017 fertiggestellt und eingereicht. In einer Überarbeitung im Mai 2018 wurden einige neuere Entwicklungen berücksichtigt, ohne die Grundstruktur und Argumentation des Beitrags zu verändern. Ich danke Prof. Dr. Ece Göztepe sowie zwei anonymen Gutachtern für ihre Hinweise.

[2] Osman Can: Das türkische Verfassungsgericht als Wächter der Raison d'État, in: *Rechtsgeschichte* 18 (2011), S. 162–184.

[3] Ceren Belge: Friends of the Court: The Republican Alliance and Selective Activism of the Constitutional Court of Turkey, in: *Law and Society Review* 40.3 (2006), S. 653–692.

Dafür war unter anderem die Einführung der Verfassungsbeschwerde im Jahr 2010 bedeutsam.[4] Mit dieser neuen Verfahrensart, aber auch öffentlichkeitswirksamen Urteilen etwa zur Freilassung der Journalisten Can Dündar und Erdem Gül (2016)[5] oder der Twitter-Entscheidung (2014)[6] hat das Verfassungsgericht an Ansehen gewonnen.[7]

In den Monaten nach dem gescheiterten Putschversuch hat dieses behutsam aufgebaute Ansehen des Türkischen Verfassungsgerichts nachhaltigen Schaden genommen. Dies zeigte sich u. a. darin, dass sich Tausende Betroffene, die in Folge der staatlichen Maßnahmen nach dem Putschversuch entlassen oder verhaftet worden waren, direkt an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg wandten, ohne zuvor eine Klage beim TVerfG zu erheben. Damit schöpften die Betroffenen also nicht den nationalen Rechtsweg aus, was der EGMR stets als Grund für die Ablehnung der Klagen anführte. Die Klägerinnen und Kläger begründeten ihr Vorgehen damit, dass das TVerfG befangen und ein faires Verfahren nicht möglich sei. Um diese Befangenheit nachzuweisen beriefen sie sich stets auf zwei Entscheidungen des TVerfG vom August und Oktober 2016.[8] In der ersten Entscheidung im August 2016 hat das Türkische Verfassungsgericht einstimmig entschieden, zwei seiner Richter zu entlassen. In einem weiteren Schritt hat das TVerfG im Oktober 2016 die Zuständigkeit für die Prüfung der Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft abgelehnt. Diese Entscheidungen markieren demnach den Beginn der Ausnahmesituation für das Gericht und stehen daher im Zentrum der vorliegenden Analyse.

Seit den Entscheidungen im August und Oktober 2016 hat das Türkische Verfassungsgericht weitere Entscheidungen getroffen, die den Ausnahmezustand und seine Fol-

---

4 Die Verfassungsbeschwerde wurde mit der Verfassungsänderung 2010 eingeführt, seit 2012 nimmt das Verfassungsgericht Verfassungsbeschwerden zur Entscheidung an. Siehe dazu ausführlich Ece Göztepe: Die Einführung der Verfassungsbeschwerde in der Türkei: eine Zwischenbilanz (2012–2014), in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 63 (2015), S. 485–542. Mit der Verfassungsänderung 2010 hat sich auch das Besetzungsverfahren umfassend geändert, manche Beobachter bezeichneten diese Reform als „Court-Packing“. Ozan Varol et al. stellen allerdings in ihrer Analyse fest, dass die neue Zusammensetzung des Gerichts bisher die Entscheidungsergebnisse nicht in statistisch signifikanter Weise beeinflusst. Siehe Ozan O. Varol / Lucia Dalla Pellegrina / Nuno Garoupa: An Empirical Analysis of Judicial Transformation in Turkey, in: *The American Journal of Comparative Law* 65.1 (2017), S. 187–216.

5 Vgl. www.zeit.de/politik/ausland/2016-02/tuerkei-journalisten-can-duendar-erdem-guel-haft-verfassungsgericht (letzter Aufruf 07. 05. 2018).

6 Vgl. www.faz.net/aktuell/politik/tuerkei-verfassungsgericht-erklaert-twitter-verbot-fuer-illegal-12876942.html (letzter Aufruf 07. 05. 2018).

7 Dies legen zumindest die Berichterstattung in deutschen Medien und vor allem die hohen Antragszahlen in der Türkei nahe, siehe: www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/istatistikler/pdf/31122017_istatistik_tr.pdf (letzter Aufruf 07. 05. 2018). Für eine kritische Einordnung dieser und anderer Urteile des Türkischen Verfassungsgerichts siehe Dilek Kurban: Think Twice Before Speaking of Constitutional Review in Turkey, in: *VerfBlog* (20. 02. 2018). Siehe verfassungsblog.de/think-twice-before-speaking-of-constitutional-review-in-turkey (letzter Aufruf 07. 05. 2018).

8 Vergleiche unter anderem Mercan v. Turkey (Aktenzeichen 56511/16): hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-169094 (letzter Aufruf 13. 12. 2016) sowie Zihni v. Turkey (Aktenzeichen 59061/16): hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-169704 (letzter Aufruf 13. 12. 2016). Die Argumentation der Klägerinnen und Kläger befand der EGMR als unzureichend.

gen betreffen: Im Januar 2018 hat es im Fall der inhaftierten Journalisten Mehmet Altan und Şahin Alpay einen Verstoß gegen die Meinungs- und Pressefreiheit festgestellt und ihre Freilassung angeordnet.[9] Die beiden Journalisten hatten Verfassungsbeschwerde beim Türkischen Verfassungsgericht eingereicht. In diesem Fall verweigerten allerdings die untergeordneten Gerichte die Freilassung der beiden.[10] Diese Entscheidungen erregten viel Aufmerksamkeit. Im März 2018 bestätigte das Türkische Verfassungsgericht, dass die fortgesetzte Inhaftierung von Alpay trotz seines gegenteiligen Urteils dessen Grundrechte verletze und sprach ihm eine Entschädigung zu. Der EGMR nahm sich am 20. März 2018 der Beschwerden an, um sie inhaltlich zu prüfen. Diese Urteile waren die ersten des Straßburger Gerichtshofs zu Inhaftierungen im Zusammenhang mit dem Putschversuch, da es zuvor stets das Kriterium der Rechtswegeerschöpfung angewandt und die Klagen als unzulässig abgewiesen hatte. Der EGMR befand, dass die Inhaftierung der Journalisten rechtswidrig gewesen sei.[11]

Doch wie Dilek Kurban aufzeigt, hatten die Urteile der TVerfG sowie des EGMR wenig positive Konsequenzen für die beiden Journalisten:

> In the early hours of 17 March, Alpay was released from prison – only to be placed in indefinite house arrest. As for Altan, the ECtHR [European Court of Human Rights; Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, MH] was too late for him. Or, rather, the Turkish judiciary was quick. On 16 February, he was convicted of 'attempting to overthrow the constitutional order' and sentenced to aggravated life sentence. So, having been awarded 21,500 Euros in compensation by the ECtHR, Altan can spend the rest of his life in prison as a fairly affluent convict.[12]

Was zudem wenig Beachtung fand, war die Tatsache, dass das Türkische Verfassungsgericht am gleichen Tag seiner Entscheidungen zu Altan und Alpay im Januar 2018 die Verfassungsbeschwerde eines eigenen Richters (Dr. Alparslan Altan) ablehnte, den es mit der Entscheidung vom August 2016 entlassen hatte.[13]

Vor diesem Hintergrund werden die beiden Entscheidungen vom August und Oktober 2016 untersucht, da sie den Beginn der Ausnahmesituation für das Türkische Verfassungsgericht markieren und weitreichende Folgen hatten und haben. Die Analyse zeigt auf, dass die Ergebnisse der Entscheidungen kaum überraschen, da Gerichte im Ausnahmezustand in der Regel nicht als gute Schützer von Grundrechten und -freiheiten gelten. Doch auch im Ausnahmezustand bleibt relevant, wie Gerichte ihre Entscheidungen begründen. Die

---

[9] Şahin Alpay, Nr. 2016/16092, 11/01/2018, siehe www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Content/pdfkarar-/2016-16092.pdf (letzter Aufruf 07. 05. 2018); Mehmet Hasan Altan, Nr. 2016/23672, 11/01/2018. Siehe www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Content/pdfkarar/2016-23672.pdf (letzter Aufruf 07. 05. 2018).

[10] Siehe dazu ausführlich Başak Çalı: Will Legalism be the End of Constitutionalism in Turkey?, in: *VerfBlog* (22. 01. 2018), siehe verfassungsblog.de/will-legalism-be-the-end-of-constitutionalism-in-turkey (letzter Aufruf 07. 05. 2018).

[11] Für eine ausführliche und kritische Einordnung vergleiche Dilek Kurban: A Love Letter from Strasbourg to the Turkish Constitutional Court, in: *VerfBlog* (27. 03. 2018), siehe verfassungsblog.de/a-love-letter-from-strasbourg-to-the-turkish-constitutional-court (letzter Aufruf 30. 04. 2018).

[12] Kurban: A Love Letter from Strasbourg to the Turkish Constitutional Court.

[13] Alparslan Altan, Nr. 2016/15586, 11/01/2018, siehe www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Content/pdfkarar/2016-15586.pdf (letzter Aufruf 30. 04. 2018).

angeführten Entscheidungsgründe sind für ihre zukünftige Rechtsprechung, die Akzeptanz ihrer Entscheidungen und ihr Ansehen bedeutsam. Es stimmt daher nachdenklich und für die Zukunft der Institution insbesondere in einem „Präsidialsystem“ pessimistisch, wie das Gericht in den Entscheidungen allgemeine und eigene Grundsätze missachtet und seine bisherige Rechtsprechung ohne überzeugende Begründung aufgibt.

2. Verfassungsgerichte in Zeiten des Ausnahmezustandes

Die Begründung der türkischen Klägerinnen und Kläger vor dem EGMR, dass das Türkische Verfassungsgericht befangen und ein faires Verfahren nicht möglich sei, verweist auf wichtige Aspekte der Funktionslogik von (Verfassungs-)Gerichten: sie zeigt die Bedeutung des Ansehens der Institution und der Wahrnehmung ihrer Unabhängigkeit durch unterschiedliche Akteure und gleichzeitig wie verletzlich diese sind. Ansehen und Wahrnehmung ihrer Unabhängigkeit sind von Bedeutung, da es sich bei Gerichten um ‚reaktive‘ Institutionen handelt. Fälle müssen an die Institution herangetragen werden, Entscheidungen müssen durch andere Akteure akzeptiert und umgesetzt werden.

Vor diesem Hintergrund muss ein Gericht „mittels der angeführten Entscheidungsgründe um Anerkennung der Streitparteien und Befolgung durch Gesellschaft und Politik werben“.[14] Langfristig kann ein Gericht mittels mehrerer respektierter Entscheidungen Vertrauen in die Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit aufbauen. Besteht dieses Vertrauen, ist die Akzeptanz nicht mehr von einzelnen Entscheidungen abhängig.[15]

Ob und inwieweit es zur Anerkennung kommt, ist von vielen Variablen abhängig. Im Hinblick auf die angeführten Entscheidungsgründe lassen sich aber Anforderungen bzw. Strukturmerkmale skizzieren, die Verfassungsgerichte beachten sollten.[16] Auf zwei zentrale Anforderungen soll hier verwiesen werden:

Zum einen eine historische, rückwärtsschauende Orientierung. Eine Entscheidung muss mit einem Bezug auf die Vergangenheit gerechtfertigt werden. Für das Verfassungsrecht bedeutet dies in erster Linie eine Bezugnahme auf die Verfassung; eine ähnliche Rolle spielen vorherige Entscheidungen. Auch wenn kontinentale Rechtssysteme wie das deutsche und türkische Rechtssystem kein strenges Präjudiziensystem kennen, muss sich eine Entscheidung in unklaren Fällen mit den einschlägigen Präjudizien auseinandersetzen. Meist gewinnt

---

[14] Hans Vorländer: Deutungsmacht – die Macht der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit*, hrsg. von Hans Vorländer, Wiesbaden 2006, S. 9–33 (15).

[15] Dieses beständige Vertrauen bezeichnet Hans Vorländer dann als „Deutungsmacht“. Vgl. Vorländer: *Deutungsmacht*, S. 9–33.

[16] Ralf Poscher: Der juristische Eigenstand der Verfassung, in: *Verfassungstheorie und Verfassungsgebung. Überlegungen anlässlich der Diskussion um eine Verfassungsreform in der Türkei*, hrsg. von Arno Scherzberg, Osman Can und Doğan İlyas, Berlin 2012, S. 27–47. Poscher diskutiert in seinem Beitrag das Problem, dass eine weitverbreitete Vorstellung besteht, nach der die Rechtsanwendung in Fällen der Unbestimmtheit des Rechts – und vornehmlich auch im Fall von Verfassungen – nicht mehr als eine spezifisch rechtliche Tätigkeit verstanden wird, sondern als Ausübung eines Ermessens. Die Unbestimmtheit des Verfassungsrechts und seiner Methoden muss aber dennoch nicht den mangelnden rechtlichen Charakter der Entscheidung in Fällen der Unbestimmtheit zur Folge haben. An diese Überlegungen anschließend skizziert er Strukturmerkmale des „verfassungsdogmatischen Argumentationsraumes“, auf die hier verwiesen werden.

eine Entscheidung an Überzeugungskraft, wenn sie sich mit früheren Entscheidungen als vereinbar darstellen lässt.[17]

Damit einher geht zum anderen die Konsistenz von Entscheidungen und Argumentationen. Es ist gerade die Konsistenz der Argumentation, auf die es ankommt.[18]

Letzteres verweist zugleich auf eine weitere mögliche Konsequenz, die Entscheidungen für das Gericht selbst und seine Rechtsprechung haben können: Mit jeder Entscheidung und Argumentation werden auch Konsistenzanforderungen für zukünftige Entscheidungen ausgelöst. Selbst wenn Richterinnen und Richter etwas bevorzugen, selbst bei eindeutigen politischen Präferenzen müssen Richterinnen und Richter antizipieren, welche Pfadabhängigkeiten mit ihren Entscheidungen und ihrer Argumentation angelegt werden; sie müssen überlegen, was ihr dogmatisches Argument in zukünftigen Fällen bedeutet.[19]

Diese Anforderungen an verfassungsgerichtliche Rechtsprechung gelten auch im Ausnahmezustand, der für Gerichte eine besondere Herausforderung darstellt. Ausnahmezustände gefährden die für Gerichte so bedeutsame Anerkennung und Unabhängigkeit in erhöhtem Maße, da sie die Gerichte vor ein besonderes Dilemma stellen: Sie müssen ihrer eigentlichen Aufgabe, dem Schutz der Grundrechte und -freiheiten nachkommen, die gerade in Zeiten des Ausnahmezustandes besonders gefährdet sind.[20] Zugleich stehen Gerichte aber unter politischem Druck und müssen, die Verfassungsordnung die im Vorfeld grundlegend in Frage gestellt worden ist, schützen:

> When the emergency powers or actions of government [...] are challenged, the courts must balance antithetical interests and are often faced with an imbroglio having no adequate or satisfactory solution.[21]

Historisch-vergleichend zeigt sich, dass die Gerichte Fälle oftmals nicht annehmen oder im Sinne der Exekutive entscheiden, deren Ermessensfreiheit betonen, die nicht der richterlichen Kontrolle unterliege.[22] Für die Wahl dieses „Hands-off"-Ansatzes[23] werden unterschiedliche Gründe angeführt. Ein wichtiger Grund ist die politische Wahrnehmung der Ausnahmesituation durch die Richter und Richterinnen selbst, die ihre Rechtsprechung beeinflusst;

> [...] judges remain prone to the same fears and anxieties that afflict us all during times of crisis. Thus, it should not be a surprise that courts have all too often deferred to unfounded assertions of government power on issues of national security; when the executive claims that the fate of the nation is at stake, it takes real courage to stand up to that assertion and subject it to careful scrutiny.[24]

---

[17] Ibid., S. 39 f.

[18] Ibid., S. 40.

[19] Ibid., S. 41.

[20] Vgl. etwa Joan Fitzpatrick: *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency* (Procedural Aspects of International Law), Philadelphia 1994.

[21] George J. Alexander: The Illusory Protection of Human Rights by National Courts During Periods of Emergency, in: *Human Rights Law Journal* 5.1 (1984), S. 1–69 (15).

[22] Kim Lane Scheppele: Legal and Extralegal Emergencies, in: *The Oxford Handbook of Law and Politics*, hrsg. von Keith E. Whittington et al., Oxford 2008, S. 165–184 (176 f.).

[23] Alexander: The Illusory Protection of Human Rights, S. 16.

[24] Oren Gross / Fionnualla Ní Aoláin (Hgg.): *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice* (Cambridge Studies in International and Comparative Law 1), Cambridge 2006, S. 78.

Darüber hinaus haben die Gerichte in schwierigen politischen Kontexten und damit auch in Zeiten des Ausnahmezustandes in besonderem Maße zu befürchten, dass die anderen Gewalten ihre Entscheidungen nicht umsetzen bzw. umgehen oder gar die Institution als solche schwächen. Andere politische Akteure können etwa Fälle aus dem Rechtsprechungsbereich des Gerichts entfernen, das Budget des Gerichts begrenzen oder mit der Besetzung des Gerichts, dem sogenannten „Court-Packing" drohen.[25] Ihre Unabhängigkeit, die durch Regelungen zur Amtsdauer, den Gehältern aber auch hinsichtlich der Wahl und insbesondere der Suspendierung und Entlassung der Gerichtsmitglieder besonders geschützt wird, ist demnach in Zeiten des Ausnahmezustandes einmal mehr gefährdet. Die Sorge um die eigene Unabhängigkeit kann ein weiterer Grund sein, weshalb die Richter und Richterinnen im Ausnahmezustand Zurückhaltung an den Tag legen.

Aus welchen Gründen auch immer Gerichte im Ausnahmezustand den „Hands-off"-Ansatz verfolgen – es bleibt bedeutsam, wie sie ihre Entscheidungen begründen, da dies langfristige Konsequenzen für die Gerichte haben kann. Erstens werden mit jeder Entscheidung Konsistenzanforderungen für zukünftige Entscheidungen ausgelöst. Zweitens hängen ihre Akzeptanz und letztliche ihre Funktionsfähigkeit von der Wahrnehmung der Neutralität und der juristischen Fachkompetenz der Richter und Richterinnen ab. Die Gerichte müssen alles tun, um diese zu schützen.

3. Das Türkische Verfassungsgericht und der Ausnahmezustand in der Türkei

Nach dem Putschversuch in der Nacht vom 15. auf den 16. Juli 2016 machten Präsident Recep Tayyip Erdoğan, die AKP und regierungsnahe Medien[26] sofort die sogenannte FETÖ/PDY (Fethullahçı Terör Örgütü, Fethullahistische Terrororganisation / Paralel Devlet Yapılanması, Parallelstaatstruktur) dafür verantwortlich.[27]

Am 20. Juli 2016 wurde nach einer Sondersitzung des Nationalen Sicherheitsrats durch den Ministerrat ein dreimonatiger Ausnahmezustand nach Artikel 120 der Türkischen Verfassung (alte Fassung)[28] und Artikel 3 (1 b) des Notstandsgesetzes 2935 beschlossen und am 21. Juli 2016 im Amtsblatt veröffentlicht.[29]

---

[25] Tom Ginsburg hat diese Überlegungen für Gerichte in demokratischen Umbrüchen formuliert, sie lassen sich aber auch auf andere schwierige politische Kontexte übertragen. Thomas B. Ginsburg: *Judicial Reviews in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge 2003, S. 77–81.

[26] Diese haben einen Anteil von 90 Prozent. Vgl. Yavuz Baydar: How the Failed Putsch in Turkey Evolved into a Counter-coup, in: *Südosteuropa-Mitteilungen* 56.4 (2016), S. 6–15 (9).

[27] Vgl. zum Putschversuch und der Frage nach den Urhebern des Putschversuches u. a. Baydar: How the Failed Putsch in Turkey Evolved into a Counter-coup; sowie Ümit Cizre: *Turkey in a Tailspin, The Failed Coup Attempt of July 15* (10. 08. 2016), Middle East Research and Information Project, siehe www.merip.org/-mero/mero081016 (letzter Aufruf 06. 12. 2016).

[28] Ich verwende die Übersetzung der Türkischen Verfassung (a. F.) von Christian Rumpf (Stand 01. 06. 2016). Die meisten Änderungen, die mit dem Referendum im April 2017 angenommen wurden, sollten erst 2019 in Kraft treten. Mit den vorgezogenen Neuwahlen treten diese nun bereits im Juni 2018 in Kraft. Siehe www.tuerkei-recht.de/downloads/verfassung.pdf für die neue Fassung der Verfassung (Stand 16. 04. 2017) (letzter Aufruf 01. 05. 2018).

[29] Siehe www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home (letzter Aufruf 06. 12. 2016). Das Parlament stimmte anschließend der Ausrufung des Ausnahmezustandes

Der Ausnahmezustand wurde seitdem sieben Mal verlängert.[30]

Die Türkische Verfassung (a. F.) ermöglicht es der Exekutive, Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft (Kanun Hükmünde Kararnameler, KHK) zu erlassen. Sie unterscheidet dabei Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft nach Artikel 91 (TV, a. F.) sowie KHKs im Not- oder Ausnahmezustand (Olağanüstü hâl, OHAL) nach Artikel 121 und 122 (TV, a. F.).[31]

Letztere unterscheiden sich von den Rechtsverordnungen nach Artikel 91 (TV, a. F.) darin, dass sie nicht eines Ermächtigungsgesetzes des Parlaments bedürfen und zudem auch keine bestimmten Regelungsbereiche der Verfassung ausgenommen sind.[32] Bestimmte Grundrechte können unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (Artikel 15 TV, a. F.) eingeschränkt oder ausgesetzt werden. Die KHKs sind dabei auf die Ergreifung „der durch den Notstandsfall erforderten Maßnahmen“[33] beschränkt.

Bereits am Tag nach dem Putschversuch wurden erste Verhaftungen durchgeführt, die auf Grundlage schon lange vorliegender „Schwarzer Listen“ erfolgten.[34] Nach Ausrufung des Ausnahmezustandes wurden mehrere Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft nach Artikel 121 (TV, a. F.) erlassen. Mit ihnen wurde die rechtliche Grundlage für Verhaftungen, Entlassungen sowie Schließungen verschiedenster Institutionen geschaffen.[35] Aufgrund des exzessiven Ausmaßes der Maßnahmen werden diese als „Gegenputsch“[36] bezeichnet und als Vorwand der Regierung gesehen, um jegliche Opposition mundtot zu machen.

3.1 Die Entscheidung des Verfassungsgerichts zur Entlassung zweier Mitglieder

Unter den ersten Verhafteten am 16. Juli 2016 waren zwei Richter des Verfassungsgerichts, Dr. Alparslan Altan und Prof. Dr. Erdal Tercan. Am 04. August 2016 entschied das Verfassungsgericht einstimmig (15 Richter[37], ohne die beiden Verhafteten) im Plenum, die beiden Mitglieder aus dem Dienst zu entlassen.[38] Am 18. Juli 2016 veranlasste das Ge-

zu, siehe www.resmigazete.gov.tr/main.aspx (letzter Aufruf 06. 12. 2016).

[30] Siehe www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/04/-20180418M1-1.pdf (letzter Aufruf 29. 04. 2018).

[31] Vergleiche hierzu ausführlich Gottfried Plagemann: *Von Allahs Gesetz zur Modernisierung per Gesetz, Gesetz und Gesetzgebung im Osmanischen Reich und der Republik Türkei*, Berlin 2009, S. 257–278. Mit den Verfassungsänderungen ändern sich die Notstandsbestimmungen. Vergleiche hierzu etwa Christian Rumpf: *Die Verfassungsänderung 2017* (04. 04. 2018), S. 11, siehe www.tuerkei-recht.de/downloads/Verfassungsaenderung.pdf (letzter Aufruf 01. 05. 2018).

[32] Plagemann: *Von Allahs Gesetz zur Modernisierung per Gesetz*, S. 259.

[33] 121 (2) TV (a. F.).

[34] Vgl. www.dw.com/de/ahmet-%C5%9F%C4%B1k-Putschversuch-an-uneinigkeit-gescheitert/a-19415204; sowie www.huffingtonpost.de/2016/07/24/tuerkei-Putschversuch-schwarze-listen_n_11173982.html (letzter Aufruf 03. 01. 2017).

[35] Vgl. hierzu turkeypurge.com (letzter Aufruf 03. 05. 2018).

[36] Vgl. etwa Bayar: How the Failed Putschversuch in Turkey Evolved into a Counter-coup, S. 6–15.

[37] Am Verfassungsgericht sind gegenwärtig keine Richterinnen tätig.

[38] E. (Aktenzeichen) 2016/6, K. (Entscheidungszeichen) 2016/12, siehe kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/717f7c20-b696-4379-84f6-dfb568f8844a (letzter Aufruf 06. 12. 2016). Eine englische Version

richt zudem, dass 13 wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter an die Institutionen zurückgesendet werden, die sie an das Gericht abgeordnet hatten.[39] Acht von ihnen wurden später verhaftet und durch den Obersten Rat der Richter und Staatsanwälte ihres Amtes enthoben.[40] Zudem entschied das Präsidium des Gerichts am 22. Juli 2016, 64 weitere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Gerichts auf Grundlage der OHAL KHK 667 zu entlassen.[41]

Zum Schutz der Unabhängigkeit von Gerichten stehen die einzelnen Gerichtsmitglieder unter besonderem Schutz. Auch im Türkischen Verfassungsgerichtsgesetz (TVerfGG) und der Geschäftsordnung (GO) des TVerfG gibt es ausführliche Regelungen zum Schutz seiner Mitglieder sowie spezifische Regelungen zur Durchführung von Disziplinarmaßnahmen.

Die Tatsache, dass zwei Richter des Gerichts als Mitglieder der FETÖ / PYD bezeichnet und bereits verhaftet worden waren, stellte eine äußerst schwierige Situation für das Gericht dar. In dem Fall der Entlassung legen Vorgänge und die Begründung der Entscheidung nahe, dass das Gericht hier unter zeitlichem und politischem Druck ein Urteil gefällt hat, das ihm aufgrund der Fakten- und Rechtslage eigentlich nicht möglich war. Warum das Gericht nach diesem Urteil als voreingenommen bezeichnet wurde, wie etwa von den eingangs erwähnten Klagen vor dem EGMR, wird durch die Analyse verständlich.

3.1.1 Verfahren

Laut Türkischem Verfassungsgerichtsgesetz endet die Mitgliedschaft von Richterinnen und Richtern, wenn sie eine Straftat begangen haben und hierfür rechtskräftig verurteilt worden sind (Artikel 11 (3) TVerfGG). Nach Artikel 16 (2) des Gesetzes und 17 (1a) der GO sollte Vorwürfen gegen Mitglieder nicht nachgegangen werden, wenn die Anschuldigungen nicht mit Beweisen belegt werden. Zudem wird betont, dass Ermittlungsverfahren und strafrechtliche Verfolgung nicht eine unabhängig davon stattfindende disziplinarrechtliche Untersuchung verhindern sollten (Artikel 18 der GO).

Die Unabhängigkeit der Untersuchung erscheint schon aufgrund der Zügigkeit der Vorgänge fragwürdig: Nach der Verhaftung am 16. Juli 2016, noch vor der Ausrufung des Ausnahmezustandes (20. / 21. Juli 2016) wurde am 18. Juli 2016 eine Vorprüfung zur Amtsenthebung der beiden Richter nach Artikel 16 (1) des Verfassungsgerichtsgesetzes und Artikel 17 der Geschäftsordnung – also ein Disziplinarverfahren – vom Präsidium beschlossen. Am 20. Juli 2016 beantragte das Präsidium die notwendigen Unterlagen von der Staatsanwaltschaft in Ankara. Die eigentliche Rechtsgrundlage, auf die sich das Gericht dann ausdrücklich berief und mit dem die Entlassung begründet wird, OHAL KHK 667, Artikel 3 (1), wurde erst am 23. Juli 2016 veröffentlicht.[42] Die Unterlagen der Staatsanwaltschaft trafen erst am 23. Juli im Gericht

des Urteils ist auch verfügbar, siehe www.constitutionalcourt.gov.tr/inlinepages/press/PressReleases/detail/pdf/2016-12.pdf (letzter Aufruf 06. 12. 2016).

[39] Siehe www.constitutionalcourt.gov.tr/inlinepages/press/PressReleases/detail/28.html (letzter Aufruf 06. 12. 2016).

[40] Entscheidung des Obersten Rates der Richter und Staatsanwälte siehe www.hsyk.gov.tr/Eklentiler/files/liste.pdf (letzter Aufruf 06. 12. 2016).

[41] Vergleiche www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/duyurular/detay/60.html (letzter Aufruf 06. 12. 2016).

[42] Siehe www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/ 07-/20160723.htm (letzter Aufruf 08. 12. 2016).

ein. Bereits am Tag darauf, am 24. Juli 2016, war der vorläufige Bericht für eine Prüfung fertig (Abschnitt II, § 7). Am 26. Juli tagte das Plenum des Gerichts (15 Richter) für eine Vorprüfung, die Mitglieder Tercan und Altan wurden um Stellungnahmen gebeten, die sie am 28. Juli bzw. 31. Juli 2016 einreichten (II, § 10). Am 04. August 2016 erfolgte dann das endgültige Urteil, das am 09. August 2016 auf der Internetseite des Gerichts veröffentlicht wurde.[43]

3.1.2 Entscheidungsgründe

Das Verfahren wurde also zunächst als Disziplinarverfahren nach TVerfGG und GO angesetzt und auch vom Prozedere her (Vorbericht, Einholung der Stellungnahmen, etc.) nach diesem durchgeführt. In der Entscheidung werden die Bestimmungen in TVerfGG und GO anfangs erwähnt. Dann aber begründet das Gericht die Entlassung mit den Bestimmungen der OHAL KHK 667, die erst am 23. Juli 2016 in Kraft trat.

Diese Begründung nimmt im ganzen Urteil nur einige Abschnitte (12 von 100 Paragraphen) ein. Der Großteil der Entscheidung (§ 12–81) besteht aus Ausführungen zur FETÖ / PYD, zum Umsturzversuch und seinen Folgen, insbesondere der Notwendigkeit des Ausnahmezustandes. Auch werden relevante Verfassungsartikel aufgezählt, etwa die Regelungen zum Ausnahmezustand und zur Unabhängigkeit der Gerichte (Abschnitt IV); diese finden bei der Prüfung später aber keinerlei Anwendung mehr.

In Artikel 3 (1) der OHAL KHK 667 heißt es:

> Mitglieder des Gerichts, die als Mitglieder einer Organisation gelten, eine Anbindung an oder Verbindung mit terroristischen Organisationen oder Strukturen oder Organisationen oder Gruppen haben, die vom Nationalen Sicherheitsrat als solche angesehen werden, die Aktivitäten gegen die Nationale Sicherheit des Staates ausführen, sind nicht geeignet ihre Tätigkeit fortzuführen und die Entlassung aus dem Dienst soll durch einfache Mehrheit der Generalversammlung des Verfassungsgerichts, sofern Mitglieder der Verfassungsgerichts betroffen sind, beschlossen werden [...].[44]

Diese Regelung interpretiert das Gericht in Abschnitt V (D. § 82–88). Dabei werden verschiedene in der OHAL KHK verwendete und weitere Begriffe in Anführungszeichen gesetzt. Anführungszeichen dienen unter anderem dazu etwas anzuführen, das von einer anderen Person verfasst wurde oder aus einer anderen Quelle stammt[45] und damit die eigentliche Textebene zu verlassen.

Das Gericht betont, dass es laut OHAL KHK nicht nötig sei, eine direkte Verbindung zwischen den Mitgliedern des Gerichts und der Terrororganisation festzustellen; vielmehr sei es ausreichend ihre Verbindungen mit „Struk-

---

[43] Siehe www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/duyurular/detay/50.html (letzter Aufruf 08. 12. 2016).

[44] OHAL KHK 667, Artikel 3 (1): „Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun salt çoğunluğunca; [...] meslekte kalmalarının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmalarına karar verilir.“ [Eigene Übersetzung der Autorin].

[45] Vergleiche typefacts.com/artikel/grundlagen/anfuehrungszeichen (letzter Aufruf 02. 01. 2017) aber auch www.turkdilbilgisi.com/noktalama-isaretleri/-noktalama-isaretleri.html#tirnak-isareti (letzter Aufruf 07. 05. 2018).

turen", „Organisationen" oder „Gruppen" die vom Nationalen Sicherheitsrat benannt seien, festzustellen (§ 84). Es bedürfe auch nicht einer „Mitgliedschaft" oder „Zugehörigkeit" zu einer Struktur, Organisation oder Gruppe, es sei ausreichend, wenn eine „Anbindung" oder „Verbindung" bestehe (§ 85). Die Begriffe also, die in der Rechtsverordnung so vage bleiben, dass der mögliche betroffene Personenkreis recht beliebig ausgeweitet werden kann, werden durch das Gericht in Anführungszeichen gesetzt. Damit vermeidet es eine Interpretation dieser unspezifischen Formulierungen und eine Eingrenzung der betroffenen Personen.

Sodann bezieht sich das Gericht darauf, wie diese Verbindungen festgestellt werden und auf welcher Beweisgrundlage dies erfolgen sollte.

Die Rechtsverordnung mit Gesetzeskraft macht hierzu keine Vorgaben. Sie sieht nur vor, dass die Entlassung durch einfache Mehrheit beschlossen werden muss. Das Gericht verwendet weiterhin Anführungszeichen, obwohl es hier nicht mehr explizit Begriffe aus Artikel 3 (1) der OHAL KHK 667 zitiert. So müsse es keine „Sicherheit" geben, dass derartige Verbindungen bestünden. Die „Evaluation"[46] dieser sei ausreichend. Diese Bewertung erfordere eine „Überzeugung"[47] der Mehrheit des Plenums. Die Überzeugung sei nur eine Einschätzung, ob die betroffene Person geeignet sei, diese Tätigkeit weiter auszuführen, unabhängig von einer tatsächlichen Straftat (§ 86). Artikel 3 des Dekrets schreibe nicht vor, welche Art an Beweisen nötig sei, um zu dieser Überzeugung zu kommen. Auf welcher Grundlage die Mehrheit zu diesem Ergebnis komme, sei der Einschätzung der Mehrheit des Plenums überlassen. Es sei wichtig, Willkür zu vermeiden (§ 87). Dann aber heißt es im letzten Paragraph des Abschnitts (§ 88):

> Während der Bewertung, ob die oben erwähnte Verbindung besteht, können zweifelsohne die Gründe, die die zuständigen Ausschüsse zu einer bestimmten Überzeugung kommen lassen, je nach Eigenschaften des jeweiligen Falls variieren.[48]

Es gibt demnach keine nachvollziehbaren und nachprüfbaren Kriterien, nach denen das Gericht zu seiner Beurteilung kommen kann.

Auf Grundlage dieser Interpretation des Artikels 3 (1) der OHAL KHK erfolgt nun die Begründung (§ 89–100), weshalb die beiden Richter entlassen werden sollten.

Am Tag nach dem Putschversuch seien Verhaftungen durchgeführt worden, dabei seien auch die beiden Mitglieder verhaftet worden (§ 91). Sie seien verhört worden (§ 92) und hätten betont, dass sie den Vorwurf nicht hinnähmen (§ 93). Das Gericht habe schriftliche Stellungnahmen der beiden eingefordert, um diese in die Bewertung einzubeziehen. In diesen hätten die beiden eine Verbindung zur FETÖ / PYD abgestritten. Sie hätten eingefordert die Möglichkeit zur Einsicht in die gegen sie vorliegenden Informationen und Beweise zu bekommen, um sich gegen die Vorwürfe verteidigen zu können. Auch hätten sie das Gericht darum gebeten, von ihnen genannte Zeugen und Zeuginnen anzuhören (§ 95).

Auf diese Stellungnahmen geht das Gericht nicht mehr ein. Es wiederholt, dass die Bewertung des Gerichts keine Untersuchung einer konkreten Handlung im Sinne einer Straftat darstelle; es sei vielmehr ein Prozess in dem

[46] „Değerlendirilmesi" (§ 86 der Entscheidung E. 2016/6; K. 2016/12).

[47] „Kanaat" (§ 86 der Entscheidung E. 2016/6; K. 2016/12).

[48] „Şüphesiz yukarıda belirtilen bağın bulunup bulunmadığına ilişkin değerlendirme yapılırken, yetkili kurulları belli bir kanaate ulaştıracak nedenler her somut olayın özelliğine göre değişebilecektir." (§ 88 der Entscheidung E. 2016/6; K. 2016/12).

eine „Überzeugung“ geformt werde, ob die Mitglieder des Gerichts Verbindungen mit einer bestimmten Organisation hätten. Dies sei laut Rechtsverordnung ausreichend (§ 96–97).

In zwei Paragraphen wird diese Interpretation dann genau so angewendet, ohne auf Grundprinzipien eines rechtsstaatlichen Verfahrens wie Unschuldsvermutung und Beweispflicht, die auch in GO und TVerfGG zum Schutz der Gerichtsmitglieder explizit verankert sind, einzugehen. Aufgrund von Informationen aus dem sozialen Umfeld, dass die beiden Mitglieder mit der Organisation verbunden seien und der gemeinsamen Überzeugung der Mitglieder des Gerichts, die sich über die Zeit hinweg gebildet habe, dass die Mitglieder derartige Verbindungen hätten, stellt das Gericht fest, dass nach Artikel 3 (1) der OHAL KHK diese angeblichen Verbindungen nicht mit dem Beruf vereinbar seien (§ 98). Es schade dem Vertrauen in und der Ehre der Judikative, wenn Mitglieder, deren Lage als solche bewertet würden, weiterhin am Verfassungsgericht tätig seien (§ 99). Aus diesen Gründen würden die Mitglieder ihres Amtes entbunden. Die Entscheidung sei einstimmig ergangen (§ 100).

Es lässt sich festhalten, dass das Gericht hier aufgrund der vagen Bestimmungen der OHAL KHK und in Widerspruch zu allgemeinen Grundprinzipien eines rechtsstaatlichen Verfahrens, seiner Geschäftsordnung und dem Verfassungsgerichtsgesetz, ein Urteil fällt, das den Richtern aufgrund der Fakten- und Rechtslage eigentlich nicht möglich ist. Sie fällen es aufgrund von „Informationen aus dem sozialen Umfeld“ und der „Überzeugung der für die zu treffende Entscheidung anwesenden Richter“. Dass die Klagenden vor dem EGMR dieses Urteil zum Anlass nahmen, das Türkische Verfassungsgericht als voreingenommen zu bezeichnen, verwundert nicht.

3.2 Die Entscheidungen des Verfassungsgerichts zu den Ausnahmerechtsverordnungen

3.2.1 Bisherige Rechtsprechung des Türkischen Verfassungsgerichts als Versuch der Verrechtlichung des Ausnahmezustandes

Eine verfassungsrechtliche Kontrolle des Exekutivhandelns ist im Ausnahmezustand nicht vorgesehen, in Artikel 148 (1, 3. Satz, a. F.) heißt es:

> Mit der Behauptung der formellen und materiellen Verfassungswidrigkeit von in Fällen des Notstandes, der Ausnahmezustandesverwaltung und des Krieges erlassenen Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft kann vor dem Verfassungsgericht keine Klage erhoben werden.[49]

Dennoch hat das Verfassungsgericht in seiner Rechtsprechung die Ausnahmeregelungen in seinen Rechtsbereich einbezogen und Ausnahmebefugnisse eingeschränkt und damit nach Ece Göztepe einen „Verrechtlichungsversuch des Ausnahmezustandes“[50] unternommen. Ece Göztepe hat die wichtigsten Grundsätze, die das Verfassungsgericht in vier Grundsatzentscheidungen in den 1990er Jahren sowie

[49] Artikel 148 (1), 3. Satz TV, a. F.

[50] Ece Göztepe: Ein Paradigmenwechsel für den Sicherheitsstaat. Die Praxis des Ausnahmezustandes im Südosten der Türkei, in: *Ausnahmezustand. Theoriegeschichte – Anwendungen – Perspektiven*, hrsg. von Matthias Lemke, Wiesbaden 2017, S. 105–127.

2003[51] festgelegt hat, zusammengefasst.[52] Sie sollen hier skizziert werden:

- Der Ausnahmezustand sei trotz erweiterter Kompetenzen der Exekutive und der Einschränkung der Grundrechte und –freiheiten ein Rechtsregime.
- Ausnahmerechtsverordnungen (OHAL KHK) dürften über das Ziel und die Grenzen des Ausnahmezustandes nicht hinausgehen und könnten als *Maßnahme* nur dessen operative Aspekte betreffen.
- Es dürften keine Gesetzesänderungen mit den OHAL KHK vorgenommen werden, da sie nach Aufhebung des Ausnahmezustandes ihre Geltung verlören.
- Zudem seien die Ausnahmerechtsverordnungen auf den Grund und das Ziel des Ausnahmezustandes begrenzt, damit richte sich deren Inhalt auf die Abschaffung dieser Gründe und sei zudem zeitlich und örtlich begrenzt.
- Zulässig seien nur Regelungen, die auf die Abschaffung der Zustände zielen, die zum Ausnahmezustand geführt haben. Nur wenn die inhaltlichen Bestimmungen der Maßnahmen den Ausnahmezustand betreffen, sei das Verfassungsgericht nach Artikel 148(1) TV (a. F.) nicht befugt, sie auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen.
- Zudem sei das Verfassungsgericht nicht an die Benennung einer Rechtsverordnung durch die Exekutive gebunden. Ob eine Rechtsverordnung die Charakteristika einer Ausnahmerechtsverordnung aufweise und den Anforderungen des Ausnahmezustandes genüge, werde durch die Prüfung des Gerichts festgestellt.

In der letzten seiner vier Grundsatzentscheidungen (E. 2003/42; K. 2003/28) legte das Gericht zudem fest, dass nicht nur die Regelungen zu den Ausnahmerechtsverordnungen (Artt. 121 und 122 TV, a. F.) selbst, sondern die gesamten Verfassungsbestimmungen, die den Ausnahmezustand regelten, zu beachten seien (in diesem Fall Artikel 125 [Rechtsweg], a. F.).

Diese Entscheidung sowie die erste Grundsatzentscheidung (E. 1990/25; K. 1991/01) sind relevant, um die Entscheidungsgründe des Gerichts in seinen Entscheidungen von 2016 nachvollziehen zu können. Daher soll auf die beiden Entscheidungen ausführlicher eingegangen werden.

Das Gericht annullierte in der Entscheidung 2003 die Rechtsverordnung 285 mit Gesetzeskraft (geändert durch die Rechtsverordnung 425). Artikel 7 der Rechtsverordnung schloss den Rechtsweg gegen jegliche Verwaltungsakte des Gouverneurs der Ausnahmezustandsbezirke aus. Das Gericht begründete seine Zulassung der Klage und die Annullierung damit, dass durch diese Bestimmung Änderungen vorgenommen würden, die Wirkungen über den Zeitraum des Ausnahmezustandes hinaus hätten. Dies sei aber nach den Bestimmungen der Verfassung nicht zulässig und widerspreche Artikel 125 TV (a. F.), der den Rechtsweg gegen jede Art von Verwaltungshandeln und Verwaltungsakten eröffne und auch explizit eingrenze, wann dieses Recht eingeschränkt werden dürfe (125 (2, 5, 6), a. F.). Vor diesem Hintergrund müsse die OHAL KHK als KHK angesehen werden.

[51] E. 1990/25, K. 1991/1 (10. 01. 1991); E. 1991/6, K. 1991/20 (03. 07. 1991), beide in Band 27/1 (Entscheidungssammlung), S. 65–129 und S. 375–421; E. 1992/30, K. 1992/36 (26. 05. 1992), in Band 29/1, S. 155–160; E. 2003/28, K. 2003/42 (22. 05. 2003), in Band 40/1, S. 92–103.

[52] Göztepe: Ein Paradigmenwechsel für den Sicherheitsstaat, S. 113–117.

Dies erfordere aber ein Ermächtigungsgesetz des Parlaments, das in diesem Fall nicht vorliege. Daher müsse Artikel 7 der Rechtsverordnung mit Gesetzeskraft 285 annulliert werden.[53]

In seiner Entscheidung E. 1990/25; K. 1991/01 hatte das Gericht in einer abstrakten Normenkontrolle noch entschieden, dass diese Regelung tatsächlich den Ausnahmezustand betreffe und daher gemäß Artikel 148 (1)TV (a. F.) außerhalb seiner Zuständigkeit liege. In der Entscheidung hatte allerdings Richter Mustafa Şahin in seiner abweichenden Meinung bereits dafür plädiert, auch Artikel 7 zu annullieren.[54]

Nach Ece Göztepe folgte das Gericht dann 2003 seiner abweichenden Meinung und annullierte die Bestimmung.[55] Das Verfassungsgericht begründete die Zulassung der Klage der fünften Kammer des Staatsrates (konkrete Normenkontrolle) damit, dass es den Inhalt der als OHAL KHK bezeichneten Norm prüfen müsse, um zu entscheiden, ob es tatsächlich eine OHAL KHK sei und nicht vom Verfassungsgericht geprüft werden könne. Das Prozedere und die Bezeichnung durch die Exekutive seien hier nicht ausschlaggebend.[56]

Letztlich entwickelte das Gericht damit nach zehn Jahren und in Bezug auf dieselbe Norm seine Rechtsprechung systematisch weiter und griff dabei auf Überlegungen zurück, die in einer ersten Grundsatzentscheidung zum Ausnahmezustand in einer abweichenden Meinung bereits formuliert worden waren. Es sei darauf verwiesen, dass es sich bei der Entscheidung von 2003, anders als bei der Entscheidung von 1991, um eine konkrete Normenkontrolle handelte. Dies kann ein Grund sein, weshalb ein Gericht weniger Zurückhaltung übt, als es bei einer abstrakten Normenkontrolle der Fall wäre. Eine abstrakte Normenkontrolle „brings the court right into the center of a political controversy".[57] Im Fall der konkreten Normenkontrolle hingegen sind die Klagen an einen juristischen Streitfall gebunden. Damit begründen einige Arbeiten der jüngeren Verfassungsgerichtsforschung, dass dies eine politisierte Entscheidungsfindung weniger wahrscheinlich mache.[58] So liegt nahe, dass ein Gericht bei Verfahren der konkreten Normenkontrolle weniger Zurückhaltung übt. Auch die zunehmende Bedeutung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte könnte eine Rolle gespielt haben.[59]

---

[53] E. 2003/28, K. 2003/42 (22. 05. 2003), Band 40/1, S. 92–103.

[54] E. 1990/25; K. 1991/01, Band 27/1, S. 65–129 (126–129).

[55] Göztepe: Ein Paradigmenwechsel für den Sicherheitsstaat, S. 116, Fn. 13.

[56] E. 2003/42; K. 2003/28, 40/1, S. 92–103 (97–99).

[57] Woijech Sadurski: *Rights Before Courts, A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, New York 2005, S. 67.

[58] Vgl. Michael Hein / Stefan Ewert: Der Einfluss der Verfahrensarten auf die Politisierung europäischer Verfassungsgerichte. Deutschland, Bulgarien und Portugal im Vergleich, in: *Politische Vierteljahresschrift* 57.1 (2016), S. 53–78 (56).

[59] Ich danke einem Gutachter für diesen Hinweis. Auf die zunehmende Bedeutung verweisen u. a. Selin Esen und Merih Öden, wenngleich auch nicht für den Bereich des Ausnahmezustandes. Siehe Merih Öden / Selin Esen: Fundamental Rights and Freedoms in Turkey and the Turkish Constitutional Court, in: *The Convergence of the Fundamental Rights Protection in Europe* (Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 52), hrsg. von Rainer Arnold, Dordrecht 2016, S. 127–162.

Es lässt sich festhalten, dass das Gericht in seinen vier Grundsatzentscheidungen einige verfassungsrechtliche Grenzen für den Ausnahmezustand gezogen und seine Rechtsprechung dabei systematisch weiterentwickelt hat. Ece Göztepe betont jedoch, dass diese Entscheidungen viele abweichende Meinungen aufweisen und die Mehrheitsentscheidung „argumentativ nicht auf einer starken theoretischen Grundlage“[60] beruhe.

Trotz der Umstrittenheit des Gegenstands in früheren Entscheidungen, die sich an knappen Mehrheiten (jeweils vier oder fünf Gegenstimmen)[61] und abweichenden Meinungen zeigte, erstaunt es, dass das TVerfG in seinen aktuellen Entscheidungen seine frühere Rechtsprechung vollständig aufgibt. Da eine hohe Anzahl an abweichenden Meinungen zudem von Beginn an typisches Kennzeichen der Rechtsprechung des Gerichts waren[62] fällt auf, dass die Entscheidungen zu den Rechtsverordnungen (wie bereits zur Entlassung der Richter) – ob aus Angst oder (politischer) Überzeugung – einstimmig ergangen sind.

.2.2 Aktuelle Entscheidungen des Verfassungsgerichts zu den Ausnahmerechtsverordnungen

Die Abgeordneten der Oppositionspartei CHP (Cumhuriyet Halk Partisi) Engin Altay, Levent Gök, Özgür Özel und 129 weitere Abgeordnete, brachten einige Bestimmungen der Ausnahmerechtsverordnungen 668–671 vor das Verfassungsgericht. Die Antragsteller gaben an, dass einige Artikel der OHAL KHK im Widerspruch zu den Artikeln 2, 6, 7, 8, 11, 91[63] und 121 TV (a. F.) seien. In den Anträgen wurde betont, dass die nach den OHAL KHK vorgesehenen Handlungen die Funktion einer „Maßnahme“[64] haben sollten und dass diese Maßnahme zeitlich begrenzt sein müsse; es sei Grund und Ziel des erklärten Ausnahmezustandes, effizient und schnell die öffentliche Ordnung, die durch den Putschversuch gestört worden sei, wiederherzustellen. Die angefochtenen Bestimmungen gingen über dieses zeitlich wie sachlich begrenzte Ziel hinaus. Sie enthielten Regelungen, nach denen Personen entlassen, Institutionen aufgelöst und Zuständigkeiten dauerhaft geändert würden und damit nach dem Ende des Ausnahmezustandes weiterhin Geltung hätten.

Aus diesem Grund könnten die angefochtenen Bestimmungen nicht als Ausnahmerechtsverordnungen mit Gesetzeskraft angesehen werden, die sich aus der Notwendigkeit des Ausnahmezustandes ergäben. Sie sollten daher der Kontrolle durch das Verfassungsgericht unterliegen.

---

[60] Göztepe: Ein Paradigmenwechsel für den Sicherheitsstaat, S. 116.

[61] Am Türkischen Verfassungsgericht werden, anders als etwa am Bundesverfassungsgericht, immer alle Abstimmungsergebnisse veröffentlicht.

[62] Vergleiche hierzu mein Dissertationsprojekt „Wie Oberste Gerichte entscheiden: Das Türkische Verfassungsgericht zwischen Mehrheitslogik und konsensualer Entscheidungsfindung (1962–2012)“, in dem ich unter anderem die Anzahl an Urteilen mit abweichenden Meinungen von 1962 bis 2012 erhoben habe.

[63] Nur bei der Entscheidung zu Dekret 669 (E. 2016/167; K. 2016/160). Siehe kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/04955a1a-a3e0-417b-87-02-1005d98f8252 (letzter Aufruf 08. 12. 2016).

[64] “Tedbir” E. 2016/166; K. 2016/159. Siehe kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/88fb7250-c8-cc-4e9d-b723-c1a14278c17b (letzter Aufruf 08. 12. 2016).

Wenige Tage später veröffentlichte das Gericht seine Entscheidungen zu den Ausnahmerechtsverordnungen 668[65], 669[66] (am 12. Oktober 2016) sowie 670[67] und 671[68] (am 02. November 2016). Im Folgenden soll stellvertretend für die anderen Entscheidungen die Entscheidung zu der OHAL KHK 668 untersucht werden. Die anderen Entscheidungen entsprechen diesen weitgehend, da das Gericht in der Vorprüfung seine Zuständigkeit abgelehnt und damit keine substanzielle Prüfung stattgefunden hat.

Nach den angefochtenen Bestimmungen der Ausnahmerechtsverordnung mit Gesetzeskraft wird die Begründung der Antragsteller skizziert und das Gericht legt den verfassungsrechtlichen Rahmen der Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft im Ausnahmezustand dar (Abschnitt A, § 3–11).

Das Gericht begründet anschließend seine Ablehnung im Wesentlichen mit Artikel 148 (1, 3. Satz) TV (a. F.), der eine Prüfung der Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft in Fällen des Notstandes, der Ausnahmezustandsverwaltung und des Krieges durch das Verfassungsgericht ausschließt.[69]

Diese Bestimmung legt das Verfassungsgericht wörtlich aus (§ 13) und bezieht sich dabei vornehmlich auf den Willen des Verfassungsgebers: Aus der Begründung zu Artikel 121 und Protokollen der Verfassungskommission der Beratenden Versammlung gehe hervor, dass diese für Ausnahmerechtsverordnungen mit Gesetzeskraft nur eine parlamentarische Kontrolle vorgesehen hätten (§ 14 und 15). Das Gericht habe demnach nach Artikel 148 (1) TV (a. F.) keine Befugnis solche Rechtsverordnungen zu prüfen.

Das TVerfG betont aber zugleich, dass es das Recht habe, die rechtliche Bezeichnung der Norm, die ihm vorgelegt werde, zu bestimmen.[70] Hier gebe es zum einen eine materielle Prüfung auf Grundlage der Inhalte, zum anderen eine formal-organische Prüfung, bei der die Einhaltung der Verfahrensschritte durch das jeweilige Organ überprüft werde. Unabhängig von dem Kriterium, nach dem die Prüfung erfolge, müsse dabei die Verfassung eingehalten werden. Man dürfe Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft im Ausnahmezustand nicht prüfen (§ 19). Wie diese Festlegungen miteinander zu vereinbaren sind, wird nicht erläutert.

Das Gericht formuliert dann eigene Ansprüche an seine Rechtsprechung. Es sei bedeutsam, auch früher ergangene Entscheidungen zu prüfen. Dabei müsse man das empfindliche Gleichgewicht zwischen Rechtsprechungslinien einerseits und Veränderung und Wandel der Rechtsprechung andererseits berücksichtigen. Werde die Rechtsprechung verändert, müsse man erklären, warum man von früheren Entscheidungen abweiche und die neue Ansicht sollte begründet werden (§ 20).

---

[65] E. 2016/166; K. 2016/159. Siehe kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/88fb7250-c8cc-4e9d-b7-23-c1a14278c17b (letzter Aufruf 08. 12. 2016).

[66] E. 2016/167; K. 2016/160. Siehe kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/04955a1a-a3e0-417b-8-702-1005d98f8252 (letzter Aufruf 08. 12. 2016).

[67] E. 2016/171; K. 2016/164. Siehe kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/b4c7cb83-7168-4295-8-5a3-2cdedd264b38 (letzter Aufruf 08. 12. 2016).

[68] E. 2016/172; K. 2016/165. Siehe kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/8bd769e5-acff-4b16-95-bc-cddd6dce893f (letzter Aufruf 08. 12. 2016).

[69] Artikel 148 (1), 3. Satz TV (a. F.).

[70] „Anayasa Mahkemesinin önüne getirilen kuralın niteliğini belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu kuşkusuzdur“ (1. Satz, § 19, E. 2016/166; K. 2016/159).

In den beiden folgenden Paragraphen (§ 21 und 22) setzt sich das Gericht mit seiner früheren Rechtsprechung, den oben skizzierten vier Grundsatzentscheidungen, auseinander.

Es erläutert, dass das Gericht in seinen ersten Entscheidungen festgelegt habe, dass es Sache des Gerichts sei festzustellen, ob Regelungen, die als Ausnahmerechtsverordnungen bezeichnet werden, tatsächlich den Kriterien der Verfassung entsprächen. Es habe dabei Kriterien des Ortes, der Zeit und des Inhalts entwickelt, um dies zu prüfen. Auf dieser Grundlage habe das Gericht einige Bestimmungen, die nicht durch den Ausnahmezustand nötig gewesen seien oder die sich auf Gebiete oder Zeiträume außerhalb des Ausnahmezustandes bezogen hätten, geprüft, da es sich bei diesen inhaltlich um normale Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft gehandelt habe, die ein Ermächtigungsgesetz des Parlaments voraussetzen.

Das heutige Gericht stellt fest, dass eben diese Feststellung erfordere, den Inhalt der Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft und damit ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. Dazu sei das Gericht aber nicht befugt. Obwohl das Gericht zuvor betont hat, dass es die Befugnis habe, die rechtliche Bezeichnung der Norm, die ihm vorgelegt werde, zu bestimmen, lehnt es diese Zuständigkeit nun ab.

Um zu begründen, dass es einen derart umfassenden Wandel seiner Rechtsprechung vornimmt, verweist es darauf, dass das Gericht ein und dieselbe Regelung (Artikel 7 der Rechtsverordnung 285, siehe oben) im Jahr 1991 nicht, 2003 dann aber doch annulliert habe. Diese Lesart mache das Verbot der Normenkontrolle in Artikel 148 TV (a. F.) völlig „bedeutungslos und funktionslos“[71], so das Gericht. Sähe die Verfassung eine Normenkontrolle vor, hätte das Gericht bereits 1991 die Normenkontrolle durchgeführt und die Bestimmung unvereinbar mit Artikel 125 TV (a. F.) befunden (§ 22). Die bloße Behauptung, dass Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft im Ausnahmezustand verfassungswidrige Bestimmungen enthielten, reiche nicht aus, um sie einer Normenkontrolle zu unterziehen. Dafür bedürfe es einer klaren Autorisierung durch die Verfassung.

Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, dass eine Normenkontrolle, die durch Artikel 148 TV (a. F.) ausgeschlossen werde, nicht vereinbar mit Artikel 11 TV (Bindungswirkung und Primat der Verfassung) sowie Artikel 6 TV[72] sei, der bestimmt, dass niemand und kein Organ eine Kompetenz des Staates ausüben dürfe, die nicht aus der Verfassung hervorgehe. Nach der Ausrufung des Ausnahmezustandes seien die OHAL KHK veröffentlicht und der Nationalversammlung vorgelegt worden, sie seien demnach OHAL KHK. Daher könne nicht mit der Prüfung fortgefahren werden (§ 23).

Tatsächlich hat das Gericht, wie oben skizziert, seine Rechtsprechung 2003 nach zehn Jahren geändert und den Artikel 7 der Rechtsverordnung 285 annulliert. Diesen Wandel hat das Gericht aber in seiner Entscheidung, die zudem keine abstrakte, sondern eine konkrete Normenkontrolle war, begründet und seine Rechtsprechung systematisch weiterentwickelt. Die Ansicht ist zudem bereits 1991 in einer abweichenden Meinung begründet worden.

Das Argument, „wenn die Verfassung die Normenkontrolle erlaubt hätte, hätte das Gericht die gleiche Normenkontrolle durchgeführt und die Bestimmung unvereinbar mit Artikel 125 befunden“ (§ 22) überzeugt daher nicht. Eine sorgfältige Begründung, weshalb

[71] „Anlamsız ve işlevsiz” (§ 22, E. 2016/166; K. 2016/159).

[72] Diese beiden Artikel wurden mit den Verfassungsänderungen von 2017 nicht verändert.

das Gericht nun vollkommen von seiner ständigen Rechtsprechung abweicht, wird nicht gegeben.

Auch die Argumentation ist inkonsistent: Das Gericht betont schließlich eingangs seine Kompetenz, die Bezeichnung der vorgelegten Norm zu hinterfragen, zieht sich dann aber auf die grammatische und historische Auslegung des Verfassungsartikels 148 (1) (a. F.) zurück und betont, eine „bloße Behauptung" der Verfassungswidrigkeit sei keine ausreichende Begründung für eine Normenkontrolle.

Seinen eigens formulierten Anforderungen und allgemeinen Grundsätzen der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung wird das Gericht mit diesem „Hands-off"-Ansatz[73] in keiner Weise gerecht. Mit seiner Lesart hat es seine zukünftige Rechtsprechung dogmatisch begrenzt und der Exekutive hinsichtlich der Inhalte der Ausnahmerechtsverordnungen mit Gesetzeskraft einen Freibrief erteilt. Die damit möglichen weitreichenden Konsequenzen spitzt Selin Esen zu:

> In other words, the executive can dissolve all political parties, adjourn the parliament or even prohibit the CC from reviewing the constitutionality of laws with an emergency decree-law.[74]

4. Fazit und Ausblick

In den vergangenen Jahren hat das Türkische Verfassungsgericht insbesondere mit Hilfe der Verfassungsbeschwerde graduell an Ansehen gewonnen. Doch der seit 20. Juli 2016 geltende Ausnahmezustand hat auch das Türkische Verfassungsgericht als Institution in den Ausnahmezustand versetzt.

In einem ersten Schritt hat das Gericht mit der haltlosen Begründung, die Entscheidung zur Entlassung seiner Mitglieder beruhe auf „Informationen aus dem sozialen Umfeld" und „der Überzeugung der Mitglieder", seine Glaubwürdigkeit und seine institutionelle Unabhängigkeit untergraben.

In einem weiteren Schritt hat das TVerfG entgegen seiner früheren Rechtsprechung und vor allem ohne dies sorgfältig und folgerichtig zu begründen, die Zuständigkeit für die Prüfung der Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft einstimmig abgelehnt. Damit hat es nicht nur seinem Ansehen geschadet, sondern sich auch längerfristig die Möglichkeit genommen, mit seiner Rechtsprechung verfassungsrechtliche Grenzen des Ausnahmezustandes zu ziehen.

Aus vergleichender Perspektive überrascht weniger das Ergebnis der Entscheidungen, vor allem zu den OHAL KHK, als Vorgehen und Begründung. Gerade in einer derartigen Situation wäre es von Bedeutung gewesen, dass sich die Institution als solche schützt und sich an Grundsätze hinsichtlich der Qualität seiner Argumentation hält.

Die Analyse der Entscheidungen stimmt nachdenklich und für die Zukunft der Institution pessimistisch. Dies gilt insbesondere für ein Verfassungsgericht im „Präsidialsystem", in dem vorgesehen ist, dass der Präsident

[73] Alexander: The Illusory Protection of Human Rights by National Courts during Periods of Emergency, S. 16.

[74] Selin Esen: Analysis: Judicial Control of Decree-Laws in Emergency Regimes—A Self-Destruction Attempt by the Turkish Constitutional Court?, in: *IACL Blog* (19. 12. 2016), siehe iacl-aidc-blog.org/2016/12/19/judicial-control-of-the-decree-laws-in-emergency-regimes-a-self-destruction-attempt-by-the-turkish-constitutional-court (letzter Aufruf 08. 01. 2017).

Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft ohne Zustimmung des Parlaments erlassen kann (KHK) und er darüber hinaus die alleinige Kompetenz erhält, den Ausnahmezustand zu verhängen.[75]

Maria Haimerl (M. A.) ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrbereich „Vergleichende Demokratieforschung und die Politischen Systeme Osteuropas“ am Institut für Sozialwissenschaften der Humboldt-Universität zu Berlin.

[75] Vgl. hierzu Maria Haimerl: The Turkish Constitutional Court under the Amended Turkish Constitution, in: *VerfBlog* (27. 01. 2017), siehe verfassungsblog.de/the-turkish-constitutional-court-under-the-amended-turkish-constitution (letzter Aufruf 01. 05. 2018).

ZRI – Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam 9 (2017), S. 265–271

REZENSIONEN

Neue Werke zum Recht des Islamischen Finanzwesens

Kai Kreutzberger

Ercanbrack, Jonathan: *The Transformation of Islamic Law in Global Financial Markets*, Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press 2015.

Makhlouf, Amel: *L'émergence d'un Droit International de La Finance Islamique: Origines, Formation et Intégration En Droit Français*, Collection Éthique et Normes de La Finance, tome 4, Paris: IRJS 2015.

Zwei neue Überblickswerke zum Recht des islamischen Finanzwesens zeigen die wachsende Tendenz einer Analyse dieses Bereichs als eigenständiges Rechtsfeld, und nicht bloß als Ausdruck des islamischen Rechts. Mit einem jeweils eigenen regionalen und thematischen Fokus zeigen Ercanbrack wie auch Makhlouf, welche Faktoren im Recht des islamischen Finanzwesens die Rechtssetzung bestimmen und geben Beispiele für ganz eigene Rechtsphänomene, die sich daraus entwickelt haben. Zugleich sind beide Werke für den Leser – insbesondere dem interessierten Rechtspraktiker – Referenzwerke mit wertvollen praktischen Informationen.

Ercanbracks besonderer Fokus liegt auf der Banken- und Finanzregulierung im englischen Markt sowie den Golfmärkten. Neben methodischen Kapiteln über die Forschung zum islamischen Recht und zur vormodernen Finanzpraxis (Kapitel 2 und 3) sowie der Struktur der modernen Kapitalmärkte (Kapitel 4) und der Rechtssysteme, in denen islamische Finanztransaktionen heute hauptsächlich stattfinden (Kapitel 5), analysiert er im Detail die für das islamische Finanzwesen relevanten Regulierungsregime im Vereinigten Königreich (Kapitel 6), Bahrain (Kapitel 7), den Vereinigten Arabischen Emiraten (Kapitel 8) und dem Dubai International Financial Centre (Kapitel 9).

Makhloufs Fokus liegt auf der Etablierung islamischer Finanzprodukte im französischen Markt und füllt damit eine Forschungslücke, gerade weil – wie sie aufzeigt – Frankreich zwar nicht zu den zentralen Märkten des islamischen Finanzwesens gehört, aber doch eine Größe darstellt, die nicht zu vernachlässigen ist, gerade im Hinblick auf das nennenswerte Kundenpotential.

Die zentrale Leistung beider Werke liegt in ihren Versuchen, das „Recht des islamischen Finanzwesens" als Rechtsfeld zu definieren, und so die Analyse dieses Phänomens zu fokussieren. Richtigerweise räumen beide Werke dem islamischen Recht eine wichtige Position ein. Mit der Definition eines separaten Rechtsfelds vermeiden sie es aber, ohne Hinterfragen anzunehmen, dass die Regeln des islamischen Rechts identisch sind mit denen, die das Recht des islamischen Finanzwesens

bestimmen, und damit der Gefahr eines Zirkelschlusses, bei dem sowohl nach den Quellen des islamischen Finanzwesens im islamischen Recht geforscht wird, zugleich aber Rechtsinstitute und Rechtsmeinungen aus dem Bereich des islamischen Finanzwesens als Ausdruck islamischen Rechts herangezogen werden. Makhlouf definiert das Recht des islamischen Finanzwesens (*droit international de la finance islamique*, DFI) als ein Rechtsfeld, das sich bildet aus der Interaktion von Regeln der Šarīʿa, der Finanzmarktregulierung, staatlicher Gesetze sowie internationaler Regulierungsstandards. Letzter Bereich umfasst auch Regulierungsstandards von internationalen Organisationen spezifisch zum islamischen Finanzwesen, wie der *Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions* (AAOIFI) oder des *Islamic Financial Services Board* (IFSB). Denn die Regeln und Prozeduren dieser Institutionen stellen, so Makhlouf, auch einen eigenständigen Faktor für die Art der Rechtsschöpfung und -durchsetzung dar, und seien keineswegs ein bloßer Ausdruck islamischer Rechtsnormen.[1] Dies ist ein Punkt, den auch Ercanbrack feststellt. Dieser betont als Unterschied zum islamischen Recht insbesondere den völligen Wandel des institutionellen Rahmens, in dem Rechtsregeln entstehen und entwickelt werden, und insbesondere der „marginalen“ Rolle der islamischen Rechtsgelehrsamkeit bei der gestalterischen Schöpfung neuer Finanzprodukte. Zwar seien religiöse Argumente und Akteure durchaus einflussreich darin, Grenzen der Entwicklung eines Finanzprodukts zu setzen, übten also eine mächtige Vetofunktion aus.[2] Ihr „kreativer Einfluss“, also ihre Rolle in der Entwicklung und Ausgestaltung neuer Finanzprodukte, sei allerdings gering.[3]

In Ercanbracks Definition stellt das Recht des islamischen Finanzwesens ein „semiautonomes System“ dar, das mit anderen normativen Systemen interagiert, aber konzeptuell verschieden ist. Als solche umgebenden Systeme versteht er das islamische Recht, die „Trägerrechtssysteme“ („vehicular legal systems“, also Rechtssysteme, denen beispielsweise die Vertragswerke islamischer Finanzinstrumente unterstehen oder die am Ort der Vertragserfüllung gelten) sowie dem „globalen Kontext, in dem es entwickelt und praktiziert wird“,[4] hier insbesondere die liberale Wirtschaftsordnung, die Geschäftsstrukturen des internationalen Bankwesens sowie die Geschäftspraktiken bei den maßgeblichen Akteuren in der Entwicklung islamischer Finanzprodukte – internationale Investmentbanken, Anwaltskanzleien und Buchprüfer, aber auch staatliche Regulierungsbehörden oder internationale Organisationen zur Förderung oder Regulierung des islamischen Finanzwesens (wie die AAOIFI). Als Resultat kann man, so Ercanbrack, eine Analyse des Rechts des islamischen Finanzwesens „nicht beschränken auf eine Analyse des Juristenrechts oder der Diskurse unter islamischen Juristen.“[5]

Die Analyse dieser Einflussfaktoren im Detail ist eine Stärke beider Bücher – sowohl im Hinblick auf die Faktoren, die beide Autoren ansprechen wie auch im jeweiligen individuellen Fokus. Bei beiden nimmt die Beschreibung des klassischen islamischen Rechts eine prominente Stellung ein, doch auch hier gibt

---

1 Makhlouf: *Emergence*, S. 10.

2 Ercanbrack gibt Beispiele für solche „Veto-Interventionen“, siehe Ercanbrack: *Transformation*, S. 135–139.

3 Ercanbrack: *Transformation*, S. 13.

4 „[T]he global context in which it is conceived and practiced“. Ercanbrack: *Transformation*, S. 6.

5 „[C]annot be reduced to the study of the jurist's law or the discourse among Islamic jurists.“ Ercanbrack: *Transformation*, S. 6.

es individuelle Akzente. So betont Makhlouf die vorislamischen Ursprünge einiger Vertragstypen (besonders der *murābaḥa*, der *muḍāraba* und des *salām*).[6] Ercanbrack unternimmt eine „integrierte Analyse" von islamischem Recht und Geschäftspraxis in vormoderner Zeit. Er betont die Schwierigkeit, ein Konzept des Handelsrechts allein aus der *fiqh*-Literatur zu extrapolieren, welche „eine teilweise idealistische Konzeption des Rechts widerspiegelt."[7] Sein Blick auf die konkreten Rechtskonzepte vor dem Hintergrund der herrschenden Handelspraktiken gibt aber interessante Einblicke. So beschreibt Ercanbrack bestimmte Konzepte von *ribā* vor dem Hintergrund des Geldsystems ihrer Zeit, nämlich einem Mischsystem aus dem Eigenwert von Edelmetallen und geprägten Münzen.[8] Genauso betont er die Rolle der „Hilfsmittel" (*ḥiyal*) im Geschäftsverkehr, aber auch in der islamischen Rechtspraxis. Er betont, dass die *ḥiyal* ein legitimer (wenn auch nicht unumstrittener) Teil des Rechtssystems waren, dass sie dabei keineswegs obskur waren sondern – im Gegenteil – von zentralen Autoren berücksichtigt wurden, dass sie so komplett und vorbehaltlos Teil des Rechts waren, dass konzeptuell oft zwischen *ḥiyal* und Regeln des *fiqh* kaum ein Unterschied gemacht wurde, und dass ihnen auch eine religiös-normative Rolle im Rechtsgefüge zukam, als Versuch der „Anwendung des Rechts im Sinne seiner Grundprinzipien, welche Auswege erlauben."[9] In der Gesamtschau sieht Ercanbrack das vormoderne Handelsrecht als durchaus stark geprägt von islamischen Rechts-
-
prinzipien, wenn diese auch nicht in der Form existierten, die die *fiqh*-Literatur suggeriert, sondern innerhalb eines Systems, in dem islamische Gerichte im Kontext von parallel existierenden Normen, Gewohnheitsrechten, Gesetzgebung (*qānūn*) und informellen Mechanismen zur Streitbeilegung interagierten, und in dem „die Sharīʿa das soziale und moralische Zentrum der Gemeinschaft bildete."[10] Ohne detaillierte Forschung zur Rechtspraxis über Zeit und Ort muss diese Feststellung punktuell bleiben.[11] Dass dieses Bild einem historischen Wandel unterliegt, deutet aber Ercanbracks Beobachtung an, dass zwischen dem 10. und 11. Jahrhundert im Mittelmeerraum ein Wandel in Geschäftspraktiken stattfand, weg von einem Rückgriff auf partnerschaftliche Investitionen hin zu (versteckter) Zinsnahme.[12]

Das Aufkommen kodifizierter Rechtssysteme in der Neuzeit wird von beiden Autoren nur in Kürze und hauptsächlich als Verdrängung islamischen Rechts behandelt. Dies greift wohl zu kurz, betrachtet man beispielsweise die Fortsetzung der Debatte um *ribā* in Ägypten im Kontext der Schaffung des Zivilgesetzbuchs.[13] Makhlouf befasst sich allerdings mit den Ideen der „islamischen Ökonomielehre", die in diesem Zeitraum von Autoren wie Abu Ala al-Mawdudi oder Muḥammad Baqr al-Sadr entwickelt wurde.[14] Als Einflussfaktor auf Rechtsinstitute des islamischen Finanzwesens kann diese durchaus von den Regeln des islamischen Rechts unterschieden werden. Makhlouf zeigt dies daran, dass Konzepte aus dem intellektuellen Umfeld der islamischen Ökonomie-

---

6 Makhlouf: *Emergence*, S. 34–36.

7 Ercanbrack: *Transformation*, S. 43.

8 Ibid., S. 70.

9 „[T]o utilise the law according to its underlying spirit, which provided for exists." Ercanbrack: *Transformation*, S. 39. Dazu auch allgemein ibid., S. 38 f., 82.

10 Ibid., S. 48.

11 Dies gilt, über Ercanbracks Werk hinaus, für die gesamte Forschung zur islamischen Rechtspraxis.

12 Ercanbrack: *Transformation*, S. 83 f.

13 Lohlker: *Das islamische Recht im Wandel*, S. 204–310.

14 Makhlouf: *Emergence*, S. 138.

lehre Rechtsinstitute im islamischen Finanzwesen beeinflusst[15] oder gleich geschaffen haben,[16] und dass diese Denkrichtung in das islamische Finanzwesen einen sowohl moralisch-sozialen Impetus und ein damit verbundenes Spannungspotential eingeführt hat,[17] aber auch eine gewisse Toleranz für Gradualismus geschaffen hat, welche die Außerkraftsetzung manch strikter islamischer Rechtsvorschriften mit dem Argument erlaubt, dass sich das islamische Finanzwesen in einer Entwicklungsphase befinde und zum Zwecke seiner Etablierung in einem überwiegend konventionellen Finanzmarkt Kompromisse eingehen müsse.[18]

Bei den modernen Einflüssen auf das islamische Finanzwesen legt Ercanbrack einen spezifischen Fokus auf die Konditionen des liberalen und globalisierten Wirtschafts- und Finanzsystems, und arbeitet den prägenden Einfluss dieser Wirtschaftsstrukturen heraus auf die Formen, in denen das islamische Finanzwesen heute existiert. Sie bilden, so Ercanbrack zunächst einen wichtigen Impetus für die Expansion des islamischen Finanzwesens, da durch das islamische Finanzwesen neue Kundengruppen, nämlich der religiöse Markt, für die Finanzindustrie erschlossen werden.[19] Ihre Wirkung erstreckt sich aber auch in hohem Maße auf die Form islamischer Finanzprodukte. Eine Rolle spielt hier besonders die Praxis von Banken, standardisierte und kommodifizierte Finanzprodukte in einem Massenmarkt anzubieten, eine Praxis, welche die Erwartungen sowohl der professionellen Akteure im Markt wie der Konsumenten geprägt hat[20] und die sich direkt in der Weise widerspiegelt, in der islamische Finanzprodukte heute entwickelt und angeboten werden.

Beide Autoren befassen sich auch im Detail mit den staatlichen Rechtssystemen, die die Rahmenbedingungen für das heutige islamische Finanzwesen setzen und damit auch seine Natur beeinflussen. Ercanbracks Terminologie der „Trägerrechtssysteme“ („vehicular legal systems”) verdeutlicht dabei die Bandbreite, in der staatliche Rechte auf islamische Finanzprodukte Einfluss nehmen. Dieser Einfluss kann liegen in einer Anpassung der Finanzprodukte an das Recht, unter dem die jeweiligen Verträge abgefasst sind, oder das für die Erfüllung oder Durchsetzung dieser Verträge gilt oder diese Durchsetzung beeinflusst.

---

[15] So das Konzept von *ribā* als ein völliges Verbot der Zinsnahme und die Verdrängung des Konzepts von *ribā* als bloßes Verbot von Konsumptionszinsen, das einen festen Ertrag aus produktivem Kapital erlaubte. Siehe Makhlouf: *Emergence*, S. 139.

[16] Siehe ibid.

[17] Wenn Makhlouf zum gegenwärtigen Stand des islamischen Finanzwesens vermerkt, „für eine Industrie, die in Anspruch nimmt, auf moralischen, altruistischen oder ethischen Prinzipien zu basieren […] erscheint die sehr schwache Stellung des Konsumentenschutzes in diesem Markt paradox“, dann spiegelt sie eine Debatte wider, die innerhalb des islamischen Finanzwesens durchaus heftig geführt wird. Makhlouf: *Emergence*, S. 163.

[18] Ibid., S. 139 f.

[19] Ercanbrack: *Transformation*, S. 92–94. Makhlouf geht auf diesen Aspekt nicht im Detail ein, er scheint aber durch in ihrer Analyse der Gründe für Projekte, islamische Finanzprodukte in Frankreich zu etablieren. Siehe Makhlouf: *Emergence*, S. 10.

[20] Ercanbrack betont: „Mit Blick auf die Entscheidungen von Investoren und den Verkaufserfolg von Produkten suggerieren empirische Erkenntnisse, dass die Präferenz muslimischer Investoren für religiös authentische Produkte nicht ihren Bedarf nach der Stabilität und Vorhersehbarkeit moderner Finanzpraktiken, oder nach Renten, die in etwa konventionellen Erträgen entsprechen, überschattet.“ Siehe Ercanbrack: *Transformation*, S. 198; zu den Erwartungen an vorhersehbares Produktrisiko ibid., S. 105–108.

So unterliegt zum Beispiel die große Mehrheit der islamischen Finanzierungen dem englischen Recht[21] oder ist zumindest gemäß den Regeln und Kautelarkonventionen des englischen Rechts abgefasst.[22] Staatliche Rechtssysteme können aber auch Möglichkeiten bieten, islamische Finanzprodukte effizienter zu gestalten.[23] Schließlich übt das islamische Finanzwesen seinerseits auch Einfluss auf die beteiligten Rechtssysteme aus, ob in der Erweiterung des Fokus von Regulierungsbehörden oder in Gesetzesänderungen um islamische Investments anzulocken.[24]

Über die reinen gesetzlichen Standards hinaus ist auch die Finanzmarktregulierung Thema bei beiden Autoren, wobei dies bei Ercanbrack ein Kern des Werks ist, den er in einem detaillierten Überblick über verschiedene Jurisdiktionen im Detail erläutert. Makhlouf betrachtet hier vor allem die französische Situation und schließt damit eine Lücke in der Forschung. Ein Thema, mit dem sich Ercanbrack allein beschäftigt, ist die Frage der Standardisierung und der Entwicklung von Standards. Dieses Thema geht insofern über die rein staatliche Ebene hinaus, als wichtige Regelwerke hier von internationalen Organisationen wie der AAOIFI herrühren. Ercanbrack konstatiert hier einen starken Marktdruck zur Standardisierung. Dessen Ursache sieht er zum einen in Marktteilnehmern, die in hohem Maße von der konventionellen Finanzindustrie geprägt sind und daher eine „Einhegung" der islamischen Rechtsfindung in definierte Standards als Verbesserung der Rechtssicherheit und Stärkung des Vertrauens im Markt betrachten.[25] Das Argument einer Entlastung der wenigen in islamischen Finanzrechtsfragen spezialisierten *ʿulamāʾ* geht in die gleiche Richtung, impliziert es doch effektiv eine Einschränkung der Rolle dieser Gelehrten. Ercanbrack führt aber auch das Argument an, dass eine Standardisierung die islamischen Rechtsregeln gerade stärke, da sie das Vertrauen der Marktteilnehmer befördere, dass die islamischen religiösen Regeln eingehalten werden.[26] Bei der Frage der Wirkung von Standardisierung knüpft Ercanbrack an die Forschung zur Kodifizierung des islamischen Rechts an, die ja bereits festgestellt hat, dass Kodifizierung immer auch eine Veränderung des Rechts beinhaltet (ob willentlich oder bloß durch die Änderung der Struktur des Systems der Rechtsanwendung). Eine ähnliche Wirkung stellt Ercanbrack bei der Standardisierung fest.[27] So sind manche Rechtsinstitute des heutigen islamischen Finanzwesens konzeptuell nicht völlig verschieden von Formverträgen unter klassischem Recht, etablieren aber zum ersten Mal dieses Instrument rechtsschulübergreifend.[28]

---

[21] Auch wenn sie für das Thema nicht relevant ist, bedarf eine Fußnote auf Seite 14 bei Ercanbrack der Korrektur. Es ist richtig, dass das englische Recht nicht in Schottland und Nordirland (wohl aber in Wales) gilt. Die separaten Rechtssysteme Schottlands und Nordirlands rühren aber nicht von den Devolutionsgesetzen von 1998 her, welche lediglich separate Regierungen und Legislativen in bestimmten Rechtsbereichen schaffen. Vielmehr waren die Rechtssysteme seit ihrem Ursprung separat und sind es bis heute geblieben, wenn auch seit 1707 (beziehungsweise 1800) ein gemeinsames Parlament besteht. Nordirisches Recht ist zudem, wie das Recht von England und Wales, Teil der Rechtsfamilie des *Common Law*, während schottisches Recht kontinentaleuropäisch geprägt ist.

[22] Bälz: *Harv. Islam. Leg. Stud. Program Occas. Publ.* (2008), S. 12 f.

[23] So werden die Eigentumsverhältnisse von Trust-Strukturen unter englischem Recht häufig bei der Strukturierung islamischer Finanzprodukte verwendet.

[24] Ercanbrack: *Transformation*, S. 145 f.

[25] Ibid., S. 105–108.

[26] Ibid., S. 108.

[27] Ibid., S. 110.

[28] Ibid., S. 112.

In seiner Detailanalyse des standardisierten Vertragswerks für syndizierte *murābaḥa* der AAOIFI stellt Ercanbrack fest, dass dieser Standardvertrag eine lang umstrittene Frage wie die der Zulässigkeit neuer Vertragstypen bejahend entscheidet und auch in den Details seiner Klauseln ‚Legalitätsentscheidungen' trifft, beispielsweise die bindende Wirkung eines Versprechens (*waʿd*) bejaht.[29] Ob man Ercanbracks weitgehendem Schluss zustimmen kann, dass „die Standardisierung des Rechts des islamischen Finanzwesens eine historische Weiterführung des Kodifizierungsprozesses darstellt, der vor bald zwei Jahrhunderten begann"[30] sei dahingestellt – seine Anwendung der Forschung zur Kodifikation auf das islamische Finanzwesen ist auf jeden Fall ein vielversprechender Forschungsansatz.

Ein Beleg für den Wert einer Betrachtung des Rechts des islamischen Finanzwesens als separates Rechtssystem findet sich darin, dass es sowohl Ercanbrack als auch Makhlouf gelingt, Rechtsinstitute herauszuarbeiten, die entweder eine fundamentale Änderung klassischen islamischen Rechts darstellen oder gleich Rechtsinstitute originär zum islamischen Finanzwesen ohne wirkliche Vorläufer im islamischen Recht sind. Makhlouf gibt hier als zentrales Beispiel die Investitionsbegrenzungen, die sich islamische Finanzinstitute auferlegen. Hier hat es sich etabliert, dass für eine Zertifizierung als islamisches Investitionsvehikel die (konventionelle) Verschuldung der Investitionsobjekte 3 % auf annualisierter Basis nicht übersteigen darf. Auch andere Investitionsverbote, wie das Verbot, in Waffenhandel, Alkohol oder Pornographie zu investieren, werden gewöhnlich nicht als absolute Restriktionen gehandhabt, sondern unterliegen einer *de minimis*-Toleranz, die zudem durch eine ‚Reinigungsabgabe' mittels *zakāt* ausgeglichen werden kann. Hier zeigt sich eine Etablierung von Rechtsinstituten, die zwar eine klare islamisch religiöse Basis haben, aber eben keine im islamischen Recht. Vielmehr sind sie Ausdruck von Ideen aus dem Umfeld der islamischen Ökonomielehre, die eine gewisse Akkommodation an das konventionelle Finanzwesen gerade mit dem Ziel der Etablierung eines islamischen Markts erlaubt. Die Idee des *zakāt* als eines sozio-ökonomischen Ausgleichsinstruments, ebenfalls ein Produkt der islamischen Ökonomielehre und nicht des islamischen Rechts, findet hier ebenfalls seinen Ausdruck in einer konkreten Vorschrift. An diesen Beispielen zeigt sich zudem, wie sich solche Ideen in konkreten Regeln verfestigen, zum Beispiel in der weiten Akzeptanz der 3 % als Verschuldungsgrenze. Bei Ercanbrack findet sich die Erkenntnis originärer Rechtsfiguren in den oben genannten Überlegungen zur Struktur, in der neue islamische Finanzinstrumente geschaffen wurden, nämlich dass Akteure aus klassischen Finanzberufen (Bankiers, Anwälte und Buchprüfer) eine kreative Rolle als Strukturierer einnehmen, während Akteuren mit einer Schulung im islamischen Recht eher eine Vetorolle zukommt – wenn auch mitunter eine sehr einflussreiche.

Sowohl Ercanbrack als auch Makhlouf schließen aus ihren Analysen, dass im islamischen Finanzwesen ein Konflikt existiert zwischen den ihm zugrundeliegenden Prinzipien und Idealen und deren Umsetzung im praktischen Geschäftsleben. Beide betonen, dass das islamische Finanzwesen es bislang nicht geschafft hat, den Reformdruck zu beheben, der sich aus diesem Konflikt ergibt. Makhlouf weist hin auf den geringen Konsumentenschutz in islamischen Finanzprodukten, der besonders vor dem Hintergrund einer ökonomischen Schule auffällt, die sich ein ethisches Geschäftsgebaren sowie den Schutz der „einfachen Leute"

[29] Ibid., S. 124, 126 f.

[30] Ibid., S. 112.

zum zentralen Konzept gemacht hat.[31] Ercanbrack konstatiert, dass der reformerische Geist des islamischen Finanzwesens, also die Idee, durch neue Formen sowohl des Wirtschaftens wie auch der Anwendung islamischen Rechts eine Fusion beider Sphären zu schaffen, aufgegeben wurde zugunsten der Schaffung von *ad-hoc*-Konstrukten. Er erwähnt, dass manche Autoren aus diesem Grund das islamische Finanzwesen kritisieren. So existiert beispielsweise der Vorwurf, dass es dem islamischen Finanzwesen gerade nicht um eine Modernisierung des Rechts ginge, sondern dass es stattdessen mit traditionell klingenden religiösen Begriffen und der Patina der religiösen Autorität auf Kundenakquise ginge.[32] Umgekehrt sieht die islamische Finanzindustrie sich dem – auch polemischen – Anwurf der „Sharia Arbitrage" ausgesetzt, also dem Vorwurf einer gezielten Konstruktion von formal legitimen Rechtsinstituten, die in der Substanz aber nur konventionelle Finanzprodukte nachbilden.[33] Ercanbrack erwähnt hier eine Reihe der Kritiker und deren Alternativprojekt einer rationalistischen Reinterpretation des islamischen Rechts. Sein Urteil über die Erfolgschancen dieser Kritiker ist aber zurückhaltend und Ercanbrack betont, dass ein solches Projekt vermutlich wenig Anklang bei der Mehrheit der muslimischen Gläubigen – und damit der Konsumenten islamischer Finanzprodukte – finden wird.[34]

Sowohl Ercanbrack als auch Makhlouf sind überzeugende Analysen der Entwicklungen, Debatten und Produkte im Recht des islamischen Finanzwesens gelungen. Beide Werke eignen sich – sowohl mit Blick auf den Stand des islamischen Finanzwesens als Ganzes wie auch in ihrem jeweiligen regionalen Fokus – als hervorragende Einstiegswerke für Wissenschaftler, die sich über Methoden zur Analyse dieses Rechtsfelds informieren wollen, aber auch für praktizierende Juristen, die einen Überblick über den Stand des Markts wie der Produkte benötigen. Beiden Werken merkt man zugleich an, dass die sich mit einem Rechtsfeld befassen, dass im Entstehen begriffen ist, das daher noch keine eingefahrenen Traditionen entwickelt hat und das in vieler Hinsicht noch Änderungen, Reinterpretationen und neuen Trends unterworfen ist. Das gilt sowohl für das islamische Finanzwesen als solches, wie auch für die Analysemethodik des „Rechts des Islamischen Finanzwesens". Ercanbrack und Makhlouf zeigen, dass diese Art der Analyse islamischer Finanzprodukte – nämlich als semiautonomes Rechtsfeld – ein fruchtbarer Forschungsansatz sein kann und es gelingt ihnen, dies zu neuen Erkenntnissen zu führen.

Bei vielen der angesprochenen Felder wünscht sich der Leser aber auch eine weitergehende Analyse und eine Anwendung dieser Methode auf Produkte, Marktphänomene und juristische Dispute und Gerichtsentscheidungen. Dies ist aber kein Fehler der Autoren – manche dieser Fälle, Phänomene oder Dispute waren schlicht noch nicht greifbar zur Zeit der Herausgabe der Bücher. Stattdessen ist es ein Wunsch, in der Zukunft von diesen oder anderen Autoren weitere Forschung auf der Basis dieser fruchtbaren Methode zu sehen.

Kai Kreutzberger, Mitglied der GAIR und Mitherausgeber der *ZR&I – Zeitschrift für Recht & Islam*.

[31] Makhlouf: *Emergence*, S. 139 f., 163.

[32] Ercanbrack: *Transformation*, S. 135.

[33] Ibid.

[34] Ibid.

ZRI – Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam 9 (2017), S. 273–276

Le Code Marocain de la Famille en Europe. Bilan comparé de dix ans d'application. Sous la direction de Marie-Claire Foblets, Bruxelles: La Charte Professional Publishing 2016, 719 S.

Hans-Georg Ebert

Das seit dem Jahre 2004 in Marokko gültige Familiengesetz Nr. 70-03 (CMF) hat nicht nur für das nordafrikanische Königreich selbst, sondern aufgrund einiger internationalrechtlicher Regelungen insbesondere für diejenigen europäischen Länder, in denen Bürger*innen mit marokkanischer Staatsangehörigkeit oder marokkanischer Herkunft leben, erhebliche rechtliche Auswirkungen. Zwar mangelt es bislang nicht an Darstellungen zum genannten Gesetz, gleichwohl zeigt sich ein Defizit an Informationen zu seiner praktischen Umsetzung durch marokkanische und europäische Gerichte bzw. Institutionen. *Marie-Claire Foblets*, Direktorin am Max-Planck-Institut für ethnologische Forschung in Halle (Saale), widmet sich in dem von ihr herausgegebenen Band mit immerhin 719 Seiten diesem Desiderat. Sie stützt sich dabei auf die Mitarbeit von weiteren zehn renommierten Autoren, die bereits selbst in der Vergangenheit zu diesem Gegenstand geforscht und publiziert haben. Der Schwerpunkt der Untersuchungen liegt dabei zum einen auf der besonderen rechtlichen Stellung von Marokkaner*innen, die ihren Wohnsitz im Ausland haben (MRE), zum anderen auf der vergleichenden Analyse familienrechtlicher Institute des CMF und ihrer Wirkung auf Urteile und Beschlüsse in den jeweiligen Ländern (vgl. S. 14). Ohne einigen Aussagen zum Inhalt des Werkes vorzugreifen, sei bereits an dieser Stelle darauf verwiesen, dass es gelungen ist, einen ebenso informativen wie gut dokumentierten Band zu präsentieren, der in Bereiche vordringt, die dem außenstehenden Beobachter im Allgemeinen verborgen bleiben. Allein der Zugang zu den Gerichten setzt ein Vertrauensverhältnis voraus, welches nur durch langjährige Tätigkeit auf diesem Gebiet hergestellt werden kann.

Das Werk gliedert sich in drei Teile, die im Folgenden in gebührender Kürze vorgestellt werden sollen, und einen umfangreichen Anhang. Der erste Teil (S. 23–84) mit zwei Aufsätzen bildet den Ausgangspunkt der Studie, indem zunächst der CMF selbst und die in den Jahren 2004 bis 2015 in Marokko ergangene Judikatur beleuchtet werden.

M.-C. Foblets gibt einen Einblick in die Entstehung und die Regelungen des CMF, die sich auf die MRE beziehen (S. 23–68). Immerhin ca. 4,5 Mill. Marokkaner*innen leben nach Schätzungen im Ausland (vgl. Fn. 24, S. 34). Sie verweist darauf, dass der neue Art. 14 des CMF, der die Möglichkeit eröffnet, die Ehe nach der jeweiligen Ortsform zu schließen, die größte Innovation des neuen Gesetzes darstelle (S. 38). Genau um diesen Punkt drehen sich viele Untersuchungen im vorliegenden Band. *M.-C. Foblets* macht auch darauf aufmerksam, dass sich im europäischen Internationalen Privatrecht (IPR) die Tendenz des gewöhnlichen Aufenthaltes als hauptsächliches Anknüpfungskriterium (bei nicht erfolgter Rechtswahl; etwa: Rom-III-VO) durchsetze (vgl. S. 51), andererseits aber Marokkaner*innen nicht aus der marokkanischen Staatsangehörigkeit entlassen würden (S. 56). Hinzu komme, dass die ur-

sprüngliche Kultur gerade für die Gestaltung familiärer Beziehungen von großer Bedeutung sei (S. 56). Während der zuständige Richter in Marokko bei Gesetzeslücken auf die Prinzipien des islamischen Rechts zurückgreifen müsse, stehe in Europa die Umsetzung der Menschenrechte im Mittelpunkt (S. 64).

Der Beitrag von *M. Loukili* zur Rechtsprechung in Marokko im Zusammenhang mit dem CMF (S. 69–84) illustriert die Rechtswirklichkeit in Marokko, die nach wie vor durch ein traditionelles Denken der Richter geprägt sei. Dem Wunsch des Gesetzgebers nach mehr Gerechtigkeit in der Aufteilung von gemeinsamen Gütern der Ehepartner werde von den Richtern mit Rücksicht auf die Fortexistenz patriarchalischer Familienstrukturen nicht entsprochen (S. 77). Problematisch sei auch der Umgang mit den sog. ‚weißen Ehen', die wegen der Erlangung eines Aufenthaltsrechtes in Europa geschlossen würden (vgl. S. 100 f.). Eine solche Nichtigerklärung der Ehe widerspreche dem CMF und dem marokkanischen *ordre public* (S. 79).

Der quantitativ umfangreichste Teil des Buches (S. 85–429) ist den Länderdarstellungen gewidmet (Frankreich, Spanien, Belgien, Niederlande, Italien). Deutschland wird leider nicht berücksichtigt. Das ist insofern schade, als dass deutsche Gerichte in den letzten Jahren verstärkt familienrechtliche Fälle mit marokkanischem Hintergrund zu bearbeiten hatten. Die verbreitete Annahme, dass das IPR und die Judikatur in den genannten europäischen Ländern weitgehend identisch seien, trifft in Auswertung dieser Länderstudien nicht zu. Die bilateralen Abkommen mit Marokko, aber auch die Gesetzeslage in den europäischen Staaten selbst führen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Die Autoren dieser Berichte machen zudem deutlich, dass die Gerichte durchaus widersprüchliche Urteile bei vergleichbaren Gegebenheiten gefällt haben. Selbstverständlich ließen sich auch unübersehbare Gemeinsamkeiten feststellen, die vor allem auf den Respekt vor den Menschenrechten, insbesondere den Grundsätzen der Gleichheit zwischen den Geschlechtern, dem Verbot einer religiösen Diskriminierung, der Berücksichtigung des Kindeswohls und dem Prinzip einer monogamen Ehebeziehung aufbauen. Die Länderberichte sind zwar nicht nach einem einheitlichen Raster gegliedert, jedoch finden sich in ihnen übereinstimmend die Bereiche Eheschließung, Eheauflösung und Abstammung. Erbrechtliche Fragen werden mit Ausnahme des Berichts zu Spanien (vgl. S. 249–253) nur gelegentlich erörtert.

Nicht zufällig steht der Länderbericht zur Anwendung des CMF in Frankreich an der Spitze des zweiten Teils im Buch (S. 87–137). *F. Monéger* verweist zunächst auf die Besonderheiten der französisch-marokkanischen Beziehungen, die durch die Konvention vom 10. 08. 1981 zum Personen- und Familienstatut zwischen beiden Ländern, dem Haager Übereinkommen vom 19. 10. 1996 (elterliche Verantwortung und Schutz von Kindern) und jüngst durch die Rom-III-VO geprägt seien. Eine durch Verstoßung (*ṭalāq*) geschiedene Ehe könne in Frankreich nicht anerkannt werden (S. 128 f.). Im Wissen um die Vermeidung von ‚hinkenden Ehescheidungen' würden marokkanische Ehepartner, die in Frankreich ansässig sind, und die Scheidung vor einem marokkanischen Richter anstreben, auf die Scheidung aufgrund eines Zerwürfnisses (*šiqāq*) oder durch Übereinkunft (*bi-ttifāq*) abstellen (S. 132).

Der umfangreichste Länderbericht (S. 139–255) ist der von *A. Q. Escámez* zu Spanien. Auch sie setzt den Ausgangspunkt in der Beschreibung der Rechtslage mit den beiden Abkommen zwischen Marokko und Spanien vom 30. 05. 1997 (juristische Zusammenarbeit und Vollstreckung von Urteilen; S. 141 f.). Im Vergleich zu den anderen untersuchten europäi-

schen Staaten (mit Ausnahmen von Italien) könne eine Ehe in Spanien als Zivilehe *oder* religiöse Ehe geschlossen werden (S. 150 ff.). Selbstverständlich müsse dies in Übereinstimmung mit den spanischen Gesetzen erfolgen. Hinsichtlich einer Scheidung durch Übereinkunft habe das Provinzgericht von Barcelona (Nr. 496/2013) entschieden, dass eine solche anerkennungsfähig sei (S. 182). Generell gelte, etwa für die Festlegung von Unterhaltsforderungen bei einer Scheidung, dass das marokkanische Recht so interpretiert werden müsse, dass es an die spanischen Verhältnisse angepasst werden könne (vgl. S. 219). Im Gegensatz zur möglichen religiösen Eheschließung sei eine religiöse Ehescheidung dagegen nicht akzeptabel (S. 223). Eine allgemeine Problematik in der Anwendung des CMF liege – nicht nur in Spanien – im Verbot der Adoption, welches aus dem islamischen Recht abgeleitet würde. Die in Marokko übliche Betreuung (*kafāla*) aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung könne nicht als eine Adoption anerkannt werden. Dazu bedürfe es in Umsetzung des Kindeswohls eines eigenen Beschlusses (vgl. S. 241–249).

H. Englert und *J. Verhellen* untersuchen die Anwendung des CMF in Belgien (S. 257–341). Sie betonen, dass sich das belgische Gesetz gegen simulierte Ehen wende, sich dies aber nicht generell auf arrangierte Ehen beziehen könne (S. 263, 271). Obgleich die Polygamie in Belgien verboten sei, müsse hinsichtlich ihrer Wirkung in Übereinstimmung mit der belgisch-marokkanischen Konvention vom 24. 06. 1968 eine Ausnahme für Ansprüche auf eine Witwenrente dann gemacht werden, wenn alle diesbezüglichen Personen ausschließlich die marokkanische Staatsangehörigkeit besitzen (S. 278–283). Bislang (d. h. bis 2015) hätten nur wenige Personen von der Wahlmöglichkeit gemäß der Rom-III-VO Gebrauch gemacht (S. 291). Die beiden Autoren erwähnen ein in Belgien existierendes Problem der Übertragung von Begriffen des CMF aus dem Arabischen: Die im flämischen Teil verwendeten Übersetzungen könnten bei der Qualifizierung der Scheidung durch Übereinkunft mit der Verwendung des Begriffes ‚Verstoßung' zu einer fälschlichen Festlegung führen (S. 295). Der *ordre public* müsse in allen Scheidungsfällen konkret hinterfragt werden (Entscheidung des Kassationshofes vom 29. 04. 2002; S. 306).

Im Länderbericht zu den Niederlanden von *L. Jorden-Cotran* (S. 343–408) wird auf die Neugestaltung des IPR vom 19. 05. 2011 und seine Einführung in das Zivilgesetzbuch sowie auf die diesbezügliche Gesetzesnovelle vom 05. 12. 2015 zur Vermeidung von Zwangsehen hingewiesen (S. 343, 355). Eine Cousinenehe, die gerade in der arabischen Welt eine wichtige Rolle spielt, werde nach dem erwähnten Gesetz genehmigungspflichtig (S. 360). Die Autorin konstatiert eine immer strengere Anwendung des Polygamieverbotes in den Niederlanden in den letzten Jahren (S. 380). Zwar wurde der sog. Freikauf aus der Ehe (*ḫulʿ*) vom Obersten Gericht am 13. 07. 2011 vom Grundsatz her als eine einseitige Verstoßung gewertet und damit verboten, gleichzeitig aber die Anerkennung einer solchen Scheidung für Ausländer und Doppelstaatler bei Zustimmung der Ehefrau ermöglicht (vgl. S. 394–400).

R. Aluffi berichtet in ihrem Aufsatz über die Anwendung des CMF in Italien (S. 409–429). Italien verfüge über keine vertraglichen Beziehungen zu Marokko im Familienrecht (S. 410). Es erfolge im Allgemeinen ein Rückgriff auf die französische Variante der marokkanischen Gesetze, jedoch kein Rückgriff auf die marokkanischen Judikatur (S. 413). In einem Rundschreiben des Innenministers vom 13. 10. 2011 werde festgestellt, dass eine Eheschließung, die die beiden Partner freiwillig vereinbart haben, auch dann anerkennungsfähig sei, wenn sich die Form (von der in Italien üblichen) un-

terscheide (S. 418). Abgesehen von der Verstoßung gelte dies auch für die Scheidung (S. 421). Die beiden letzten Aufsätze des zweiten Teils enthalten im Gegensatz zu den anderen Beiträgen keine detaillierten Ausführungen zur Abstammung bzw. zum Kindschaftsrecht.

Der dritte Teil des Buches konzentriert sich auf vergleichende soziologische Studien zur Anwendung des CMF in Belgien, Frankreich und den Niederlanden (S. 431–486). *A. El Ziani* wertet in den marokkanischen Konsulaten in Antwerpen, Rotterdam und Lille vorliegende Dokumente (3 740; S. 465) zum Familienrecht aus. Es fällt auf, dass nur relativ wenige Ehen in den Konsulaten direkt geschlossenen worden sind (vgl. die Tabelle S. 437). Um den Formanforderungen des CMF Genüge zu tun, werde bei Eheschließungen nach der Ortsform in vielen Fällen eine schriftliche Bescheinigung ausgestellt. So könne etwa das Erfordernis von zwei muslimischen Zeugen gemäß Art. 14 CMF erfüllt werden (S. 438). Die Tabellen zu den registrierten Ehen und zur Brautgabe zeigen in den drei Konsulaten eine auffällige Übereinstimmung. Die im Durchschnitt geringere Höhe der Brautgabe in Lille führt *A. El Ziani* auf die Herkunft der Marokkaner*innen in Frankreich zurück, die im Gegensatz zu den anderen beiden Ländern mehrheitlich aus dem Süden Marokkos stammen würden (S. 485).

Im Anhang des Buches (S. 487–719) werden zunächst einige arabische Termini in der im Französischen üblichen Umschrift erläutert (S. 489–493). Die Verwendung dieser Umschrift erfolgt jedoch nicht einheitlich. So taucht das arabische Wort *kafāla* (S. 409) auch in den Varianten *kefala* (S. 258) und *kafala* (S. 490) auf. Einige Begriffe wie „*ech-had*" (Bescheinigung) lassen sich nur schwer auf das arabische Ausgangswort zurückführen. Dem Glossar folgen Zusammenstellungen der im ersten und zweiten Teil beachteten Judikatur zu Marokko (S. 495–576 unter Mitwirkung von *M. Zirari*), Frankreich (S. 577–603), Italien (S. 605–614) und Spanien (S. 615–665). Der Band endet mit der Aufzeichnung von Gesprächen, die *M. Loukili* und *A. El Ziani* im Jahre 2013 mit marokkanischen Richtern über die Umsetzung des CMF geführt haben (S. 667–719). Die Richter beklagen insgesamt, dass sie nur geringe Kenntnisse über ausländische familienrechtliche Urteile haben(S. 669, 692). Gewohnheitsrechtliche Regelungen, so auf dem Lande, müssten anerkannt werden (S. 708). Scheidungsurteile, die in den Exklaven Ceuta und Melilla ergehen, würden dagegen grundsätzlich nicht vollstreckt (S. 715).

Das von *M.-C. Foblets* geleitete Autorenteam hat insgesamt eine Studie vorgelegt, die zahlreiche vergleichende Einblicke in eine bis dato kaum veröffentlichte Problematik ermöglicht. Das Buch ist für Richter und Rechtsanwälte sowie für solche Wissenschaftler, die sich aus der Perspektive des Rechts, der Soziologie oder der Islamwissenschaft für Marokko und die nordafrikanische Region interessieren, gleichermaßen von Bedeutung. Man würde sich für andere arabische Länder auch ein solches Projekt wünschen.

Hans-Georg Ebert (Mitglied der GAIR) ist Professor für Islamisches Recht am Orientalischen Institut der Universität Leipzig.

ZRI – Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam 9 (2017), S. 277–287

Hakki Arslan: *Juridische Hermeneutik (uṣūl al-fiqh) der ḥanafitischen Rechtsschule am Beispiel des uṣūl al-fiqh-Werks Mirqāt al-wuṣūl ilā ʿilm al-uṣūl von Mulla Ḫusraw (gest. 885/1480)* (Reihe für Osnabrücker Islamstudien Band 25), Frankfurt [u. a.] 2016, 289 S.

Serdar Kurnaz

Das vorliegende Buch ist zugleich die Dissertationsschrift von Hakki Arslan, die an der Universität Osnabrück eingereicht und in leicht gekürzter Fassung dort publiziert wurde (S. 9). Die Arbeit besteht aus zwei größeren Teilen: einem historischen Teil, „in dem der Autor und sein Werk vorgestellt werden" und einem systematischen Teil, „der aus einer kommentierten Übersetzung des Quellenwerks *Mirqātu l-wuṣūl ilā ʿlmi* [sic!] *l-uṣūl* besteht" (S. 30). Gegenstand des vorliegenden Buches ist ein ab dem 18. Jahrhundert verbreitetes *uṣūl al-fiqh*-Werk (S. 53), das vom osmanischen Gelehrten Mullā Ḫusraw im 15. Jahrhundert verfasst wurde. Arslan übersetzt und kommentiert Auszüge aus dem kurz gefassten *Mirqāt al-wuṣūl*, der sich im Kommentar *Mirʾāt al-uṣūl* von Mullā Ḫusraw selbst befindet, und beschränkt sich dabei auf die „sprachtheoretischen Aspekte", die nach Angaben von Arslan ca. 60 % des übersetzten Werks ausmachten (S. 13). Hierzu gehört die Kategorisierung der Aussagen und Wörter in spezifische (*ḫāṣṣ*) und allgemeine (*ʿāmm*), unter den spezifischen Wörtern die Bearbeitung des Imperativs in Form des Gebietens (*amr*) und Verbietens (*nahy*) und der eingeschränkten (*muqayyad*) und uneingeschränkten (*muṭlaq*) Aussagen. Ferner werden Termini angesprochen, die zeigen, wie klar oder ambig eine Aussage ist. Zudem wird danach gefragt, wie Wörter verwendet werden – es wird u. a. die Frage gestellt, inwiefern ein Wort im übertragenen Sinne verwendet werden kann. Dem schließt sich das Thema an, wie der Hinweischarakter von Aussagen auf Bedeutungen ist: Kann z. B. nur mit dem äußeren Wortlaut auf Bedeutungen hingewiesen werden oder sind auch implizite Bedeutungen in Aussagen auszumachen? Abgeschlossen wird die Übersetzung mit der Frage nach den „verschiedenen Auslegungsmethoden", die „systematisch unter dem Oberbegriff *bayān* (Darlegung) dargestellt" werden (S. 245). All diesen Themen geht die Übersetzung der Definition der *uṣūl al-fiqh* und der „Erkenntnisquellen (*al-ʾadilla*)" (S. 107) voraus. Vor der kommentierten Übersetzung führt Arslan eine allgemeine Einleitung zu den *uṣūl al-fiqh* um das 15. Jahrhundert herum an (S. 11–25). Ihr folgt eine detaillierte Darstellung des Forschungsstandes (S. 25–29). Ziel Arslans ist es, das *Mirqāt* zu übersetzen, um ein authentisches Bild vom Inhalt eines klassischen rechtsmethodischen Werks zu zeichnen, und dies in Form einer kommentierten Übersetzung. Dabei betont Arslan, dass er auf die kritische Analyse der Ausführung Mullā Ḫusraws verzichten wird (S. 32). Auch sei es nicht sein Ziel, zu ermitteln, welche Fortschritte im *Mirqāt* auszumachen sind (S. 72, Anm. 223). Die vorliegende Arbeit strebt jedoch an, ein Desiderat zur Erforschung osmanischer Gelehrsamkeit in Bezug auf *uṣūl al-*

fiqh zu bearbeiten. Zur Übersetzungsmethode gibt Arslan an, dass er „in den meisten Fällen eine sinngerechte Übersetzung mit Sinnergänzungen“ (S. 33), die mit eckigen Klammern versehen werden, vorgezogen habe und die Übersetzung nur teilweise wörtlich ist. Arslan macht auch darauf aufmerksam, dass einige Termini aus inhaltlichen Gründen nicht einheitlich übersetzt wurden, wie etwa *ḥukm*, da *ḥukm* in gewissen Kontexten unterschiedliche Bedeutungen annehmen könne (S. 33). An einigen Stellen werden dem Kommentar und der Übersetzung einleitende Informationen vorangestellt (S. 33). Mit der kommentierten Übersetzung endet die Arbeit auch. Es fällt auf, dass ein Fazit komplett fehlt, eine der zentralen Schwächen der Arbeit.

Hervorzuheben ist, dass Arslan der Arbeit ein Glossar mit den zentralen Termini der *uṣūl al-fiqh* und den dazugehörigen Übersetzungsmöglichkeiten angehängt hat. Sinnvoll wäre ein Sachregister, das dazu verhilft, die jeweilige Seite im Buch zu konsultieren, um sofort in die Diskussionen um den jeweiligen Terminus einsteigen zu können. Zu unterstreichen ist, dass Arslan die Arbeit von Mullā Ḫusraw im Wissenschaftssystem des 15. Jahrhundert kontextualisiert und die Frage stellt, inwiefern sich Mullā Ḫusraws Herangehensweise an die *uṣūl al-fiqh* von der seiner Zeit unterscheidet oder sich dem fügt (S. 72 f.). Zu sehen sei, dass Mullā Ḫusraw ganz im Sinne seiner Zeitgenossen die sogenannte *taḥqīq*-Methode (S. 77) in Anlehnung an die sogenannte Rāzī-Schule (S. 47) verfolge, in der er das jeweilige Thema mit allen angeführten Argumenten abwäge und anschließend eine Lösung vorschlagen würde. Arslan hält fest: „Er verbindet demnach die ḥanafitische Rechtsschultradition mit der Rāzī-Schule der rationalen Wissenschaften und führt das Projekt der Systematisierung und wissenschaftlichen Abstraktion der religiösen Wissenschaften dynamisch fort (S. 49).“ Auch wenn Arslan dem Werk Mullā Ḫusraws Originalität zuschreibt und es als innovativ und herausragend betrachtet, liefert er keine Argumente für diese Behauptung. Es wird nicht klar, wie Mullā Ḫusraw sich vom gängigen Trend, den bereits Ṣadr aš-Šarīʿa ʿUbaydallāh (gest. 747/1346) und Saʿd ad-Dīn at-Taftāzānī (gest. 792/1390), die Mullā Ḫusraw stark rezipiert (S. 75), eingeschlagen haben, absetzt und worin sich seine innovativen Ansätze zeigen. Mullā Ḫusraw scheint entgegen des Lobpreises Arslans nicht interessant gewesen zu sein, denn lange Zeit waren u. a. seine eigenen Quellen *Tanqīḥ al-uṣūl, at-Tawḍīḥ* und *at-Talwīḥ*, die auf die beiden genannten Gelehrten zurückgehen, die prominenten Werke, wie Arslan selbst vermerkt (S. 53 f.). Interessant ist, dass nach den Angaben von Arslan Mullā Ḫusraw selbst keinen innovativen Ansatz, sondern eher dem Ansatz Ṣadr aš-Šarīʿas folgt (S. 72). Erst nach mehreren Jahrhunderten konnte sich Mullā Ḫusraw daher durchsetzen (S. 53 f., 73). Da eine kritische Lektüre des *Mirqāt*, wie Arslan selbst ankündigt, nicht stattfindet, kann auch nicht mit Sicherheit gesagt werden, ob die hier genannten Behauptungen über die vermeintliche Originalität Mullā Ḫusraws zutreffen. Die übersetzten und kommentierten Passagen erwecken nicht den Eindruck, dass Mullā Ḫusraw innovativ war, noch, dass er die genannte *taḥqīq*-Methode stets berücksichtigt hat, die von Arslan in Anlehnung an Mullā Ḫusraws *Mirʾāt* und die Sekundärliteratur vorgestellt wird (S. 75–77). Die Innovation durch Mullā Ḫusraw kann auch Arslan nicht ermitteln, da er diese Frage bewusst ausschließt und nicht als Ziel der Arbeit versteht (S. 72, Anm. 223). Zudem gibt Arslan an, dass Mullā Ḫusraw oft typisch irakisch-ḥanafitisch argumentiert und diesem Weg folgt, was seinen innovativen und originellen Ansatz eher fraglich macht (S. 125, 186). Wichtig ist dennoch der Forschungsbeitrag, dass Arslan mit Hilfe des

Autographen-Manuskripts nach eigenen Angaben einige Fehler in der Edition von İlyas Kaplan entdeckt haben soll, der den Autographen ediert hat. Leider verzichtet Arslan in seiner kommentierten Übersetzung auf diese Fehler zu verweisen, sodass wir vollkommen im Dunkeln tappen, was die Korrekturen anbelangt. Ebenfalls fehlt der Vergleich mit anderen Editionen des Werks in Bezug auf die Korrekturen im *Mirqāt*. Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass Arslan selbst das Original falsch liest, wie z. B. die Aussage *fanḥaṣara* als *fan-ḫaṣara*[1] zu lesen, oder Fehler macht, wie z. B. *mušrī* anstatt *muštaran*[2] zu schreiben.

Neben diesen erwähnten Punkten möchte ich im Folgenden auf drei wichtige Problemfelder detailliert eingehen, jeweils mit Fokus auf einige Beispiele: 1. Formalien, 2. Struktur der Arbeit und 3. Inhalt.

Zu Punkt 1: Es mangelt der Arbeit an einheitlicher Transkription arabischer Begriffe, Sätze und Wörter. Auch Gelehrtennamen, ja sogar das konsultierte Werk selbst wird an unterschiedlichen Stellen abweichend transkribiert. So können wir sehen, dass der Name Faḫr ad-Dīn ar-Rāzīs, sogar auf derselben Seite, unterschiedlich geschrieben wird: a) Faḫr ad-dīn al-Rāzī (S. 67), b) Faḫr ad-Dīn ar-Rāzī (S. 67 f.), c) Rāzī (S. 68) und schließlich d) Rāziy (S. 69). Auch kann sich Arslan nicht entscheiden, die pausale oder voll vokalisierte Transkription einheitlich zu verwenden. So sehen wir, dass etwa der Name des malikītischen Gelehrten Ibn al-Ḥāǧib (gest. 646/1249) mal als Ibn al-Ḥāǧib (S. 68), dann aber als Ibnu l-Ḥāǧib (S. 69) angeführt wird. An einigen Stellen werden sogar die pausale und vokalisierte Transkription kombiniert, so im Falle von *Muḫtaṣaru ibni Ḥāǧib* [sic!] (S. 69) anstatt *Muḫtaṣar Ibn al-Ḥāǧib* oder *Muḫtaṣaru ʾbni l-Ḥāǧib*. Schwerwiegend ist, dass Arslan den von ihm konsultierten Kommentar Mullā Ḫusraws, in dem sich das übersetzte Werk *Mirqāt* befindet, unterschiedlich zitiert. So heißt das Werk zunächst *Mirʾātu l-uṣūl ilā mirqāti l-wuṣūl* (S. 21),[3] dann *Mirʾatu* [sic!] *l-uṣūl*[4] *fī šarḥi mirqāti l-wuṣūl* (S. 34, 51), dann *Mirʾātu l-uṣūl ilā šarḥi mirqāti l-wuṣūl* (S. 34), dann wieder *Mirʿāt* [sic!] *al-wuṣūl ilā ʾilmi'l-uṣūl* [sic!] (S. 79) und schließlich *Mirʾatu* [sic!] *l-uṣūl šarḥu mirqāti l-wuṣūl* (S. 34, Anm. 59, 60 und S. 79, Anm. 247). Nun könnte es sein, dass der Kommentar Mullā Ḫusraws mehrere Titel trägt, was nicht selten ist. Auf diese Möglichkeit geht Arslan aber in der Besprechung des *Mirʾāt al-uṣūl* leider nicht ein (S. 51–54). Dass dies kein Einzelfall ist, ist am Beispiel der sich

---

[1] Vgl. Arslan, S. 105 in Verbindung mit Mullā Ḫusraw: *Mirʾāt al-uṣūl šarḥ Mirqāt al-wuṣūl*, hrsg. von İlyas Kaplan, Beirut 2011, S. 47 [im Folgenden: *Mirʾāt* (Kaplan)], und Mullā Ḫusraw: *Mirʾāt al-uṣūl*, Istanbul 1321 (hiǧrī), S. 15 [im Folgenden: *Mirʾāt* (Istanbul)]; siehe außerdem Handschrift: al-mostafa.info/data/arabic/depot3/gap.php?file=m002166.pdf (letzter Aufruf 14. 12. 2017), Fol. 2b, Z. 8. Mir fehlen für die Überprüfung die Seiten in der Michigan-Handschrift, die Arslan selbst als Grundlage verwendet (siehe Arslan, S. 33, in Verbindung mit Anm. 58). Der von ihm angeführte Link beinhaltet die ersten Aussagen des *Mirqāt* nicht, die wir bei *Mirʾāt* (Kaplan), S. 32–52, und Arslan, S. 90–112 wiederfinden, unter denen sich die hier angeführte Aussage befindet. Jedoch ist auch anhand des Kommentars von Mullā Ḫusraw zu sehen, dass die hier thematisierte Aussage als *inḥaṣara* gelesen werden muss, weil dasselbe Wort im Kommentar an dieser Stelle vorkommt.

[2] Vgl. Arslan, S. 142 in Verbindung mit *Mirʾāt* (Kaplan), S. 106.

[3] Auf S. 16, Anm. 15 als *Mirʾatu* [sic!] *l-uṣūl ilā mirqāti l-wuṣūl*.

[4] Auf die Abweichung in der Transkription als *Mirʾāt al-uṣūl* (S. 72) und *Mirʾāt al-ʾuṣūl* (S. 73) sei nur hingewiesen.

widersprechenden Schreibweisen des Werkes *aš-Šaqāʾiq an-nuʿmāniyya* zu sehen: 1. *Šaqāʾiqu n-nuʿmāniyya* [...] (S. 30), 2. *aš-Šaqāʾiqu n-nūmāniyya* (S. 39) und 3. *Šaqāʾiqu n-Numāniyya* (S. 41).

Zu Punkt 2: Auch wenn es nachvollziehbar ist, die Einleitung vor den Kernteilen einer Arbeit mit 0 zu beziffern (S. 11), die auch in weitere Subebenen geteilt wird, so ist es dennoch wenig sinnvoll, die Arbeit in den Kernteilen ebenfalls mit der Ziffer 0 beginnen zu lassen. Dass der historische Teil eine Überschrift mit „0. Person" (S. 39) und die kommentierte Übersetzung ebenfalls eine „0. Einleitung (*Muqaddima*)" (S. 87) hat, ist nicht nachvollziehbar. Ferner folgen vielen Überschriften, die auf der vierten Ebene eine „#.#.#.1" haben, keine „#.#.#.2" (S. 7). Zudem werden die Kommentare, die Arslan anführt, nicht besonders von den einleitenden Sätzen, die der Übersetzung und dem Kommentar oft unter den Überschriften vorausgehen, unterschieden. So können viele Passagen, die als einleitende Sätze zur übersetzten Passage angeführt werden, als Kommentare gelesen werden. Oft fehlen daher auch nach den übersetzten Passagen die Kommentare (z. B. S. 141), was die Lektüre für den Leser erschwert. Der Leser bleibt oft im Unklaren, weshalb Kommentare vorausgeschickt und nach übersetzten Passagen keine Kommentare angeführt werden. Verstärkt wird die Verwirrung dadurch, dass in unterschiedlichen Überschriften Kommentare fehlen, dafür aber Wörter und Passagen der Übersetzung in Fußnoten erklärt werden (S. 225 f., Anm. 760–766, S. 231 f. Anm. 782–784 und S. 242–244 Anm. 817–819 und 821–822). Die Fußnoten gleichen sowohl von der Struktur als auch von der Herangehensweise Arslans her seinen bisherigen Kommentaren. Was ist der Grund dafür, Kommentare auszulassen und sie stattdessen in Fußnoten zu setzen, was der angekündigten eigenen Herangehensweise widerspricht? Manche Kommentare lassen sich zudem sogar nur als Paraphrasen lesen. So paraphrasiert Arslan das, was Mullā Ḫusraw bezüglich *qaḍāʾ* (zu Dt.: ‚das Nachholen') anführt und nach der Paraphrase wird die Passage von Arslan aus dem *Mirqāt* übersetzt, sodass quasi eine doppelte Übersetzung vorliegt (S. 143–145). Zudem lässt sich erkennen, dass die meisten längeren Sinnergänzungen in eckigen Klammern innerhalb der Übersetzung dem Kommentar von Mullā Ḫusraw selbst entstammen,[5] auf die Arslan nicht explizit verweist. Was ist zudem der Grund dafür, dass sie in die Übersetzung einfließen und nicht im Kommentar gesondert genannt werden, wo doch an manchen Kommentaren die Erklärungen Mullā Ḫusraws genannt werden?[6] Arslan selbst zeigt, dass der Text des *Mirqāt* schwierig ist (S. 31 f.), sodass das von Arslan selbst gesetzte Ziel eines authentischen Bildes des *Mirqāt* erfordert, dass auf die Kommentare innerhalb der Übersetzung bewusst verzichtet werden sollte, um die Schwierigkeit authentisch nachzuzeichnen. Schwer wiegt – abgesehen davon, dass die Arbeit kein Fazit hat –, dass die letzten drei Überschriften weder einleitende Sätze beinhalten noch von Arslan kommentiert werden (S. 258–261).

Zu Punkt 3: Eines der besonders hervorstechenden Probleme ist das Fehlen der einheitlichen Übersetzung von Satzteilen und *termini technici* – abgesehen von inhaltlich gerechtfertigten Abweichungen wie im Falle von *ḥukm*.

[5] Arslan, S. 107 in Verbindung mit *Mirʾāt* (Istanbul), S. 15 und *Mirʾāt* (Kaplan), S. 47; Arslan, S. 244 in Verbindung mit *Mirʾāt* (Kaplan), S. 243–245 sowie *Mirʾāt* (Istanbul), S. 173 f.

[6] S. z. B. Arslan, S. 87 in Verbindung mit *Mirʾāt* (Kaplan), S. 32.

So wird *ibāḥa* innerhalb derselben rechtsmethodischen Frage ohne inhaltliche Begründung in aufeinanderfolgenden Seiten unterschiedlich übersetzt. *Ibāḥa* ist bei Arslan als a) ‚Gleichgültigkeit' (S. 128, 130), b) ‚Erlaubnis' (S. 128), c) ‚Freistellung' (S. 129) und d) ‚Indifferenz' (S. 130) wiedergegeben. Ähnliches gilt auch für das Wort *ḥākim*: Zunächst wird *ḥākim* als a) ‚Instanz' angeführt, dann b) nicht übersetzt und zuletzt c) als ‚Richterin' übersetzt (S. 146–148).

Neben dem Fehlen der einheitlichen Übersetzung sind Stellen vorhanden, bei denen keine Konvergenz zwischen dem Arabischen und dem Deutschem vorliegt. So ist die Übersetzung an einigen Stellen kaum verständlich, obwohl die dazugehörigen Kommentare das arabische Original korrekt wiedergeben. Ein eingehendes Beispiel ist das folgende: „Ihre normative Folge [d. h. der eindeutigen Rede] ist, dass gerichtlich gesehen die Folge dieser Äußerung eintritt [,] ohne die Absicht [heranzuziehen]" (S. 227). Gemeint ist eigentlich, so wie Arslan im Kommentar korrekt wiedergibt, dass eine Aussage stets gemäß der offensichtlich vorliegenden Bedeutung verstanden werden soll. Dabei wird unberücksichtigt gelassen, ob der Sprechende den Sprechakt entsprechend zu vollziehen beabsichtigte oder eine andere, verdeckte Bedeutung (sog. *kināya*) intendierte. Grundsätzlich hält man sich nach den Angaben von Mullā Ḫusraw an die offensichtliche Bedeutung (das sog. *ṣarīḥ*) einer Aussage. Diese Bedeutung der übersetzten Passage bleibt einem aber verschlossen, wenn man nur von der Übersetzung Arslans ausgeht. Wie es zur unüberwindbaren Diskrepanz zwischen dem Kommentar Arslans und seiner Übersetzung kommt, ist nicht zu klären.

Ferner schleichen sich viele Fehler sowohl in die Transkription von übersetzten Passagen des *Mirʾāt* als auch in den Text des arabischen Originals ein, wo doch Arslan die Edition Kaplans korrigieren wollte. Einen solchen groben Fehler sehen wir am folgenden Beispiel, dem ein Beispiel für ein weiteres Problem, das der unpräzisen Übersetzung, unmittelbar folgt: Die Aussage „[...] *wa-l-ḥākim bi-hī aš-šarʿ*", die in der Michigan-Handschrift zu finden ist,[7] wird von Arslan im arabischen Original auch so angeführt, aber in der Übersetzung heißt es dann *al-ḥākim huwa š-šarʿ* (S. 146). In einer anderen Handschrift und der Istanbul-Edition[8] finden wir *wa-l-ḥākim bi-hī huwa š-šarʿ*. Für eine kommentierte Übersetzung, die sogar Fehler in der Kaplan-Edition des übersetzten Werks zu finden angibt, ist dieser Fehler gravierend, da hier die unterschiedlichen Varianten in den Handschriften und Ausgaben kombiniert werden. Diesem groben Fehler folgt eine Übersetzung, die nicht präzise ist, ja sogar zu Missverständnissen führen kann. Die Aussage Mullā Ḫusraws „*wa-l-ʿaqlu li-fahmi l-ḫiṭābi*" wird von Arslan wie folgt übersetzt: „Die Vernunft sei lediglich ein Mittel, die Anrede [Gottes] zu verstehen." (S. 146) Diese Übersetzung ist allenfalls als eine kommentierte Paraphrase zu verstehen, denn Mullā Ḫusraw spricht weder von ‚Mittel' und ‚lediglich', noch lässt sich sehen, dass er die Aussage der Aschariten durch grammatische Konstruktionen relativiert. Vielmehr müsste es etwa heißen: „Die Vernunft dient dem Verstehen der Ansprache." Das in die Übersetzung eingespeiste ‚Mittel' ist wahr-

[7] Vgl. *Mirʾāt*, Michigan-Handschrift: babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.39015081446216;view=1up;seq=9 (letzter Aufruf 03. 01. 18), Z. 10 v. u.; *Mirʾāt* (Kaplan), S. 110.

[8] Handschrift: al-mostafa.info/data/arabic/depot3/gap.php?file=m002166.pdf (letzter Aufruf 14. 12. 2017), Fol. 6a, Z. 5 in Verbindung mit *Mirʾāt* (Istanbul), S. 63.

scheinlich vom Kommentar *Mirʾāt* übernommen, jedoch müsste dies in der Übersetzung kenntlich gemacht werden.[9] Völlig unklar ist auch die – zumindest konsequent angeführte – Übersetzung von *al-adilla aš-šarʿiyya* als ‚Erkenntnisquellen der Offenbarung' (S. 100). Weder sind *adilla* ‚Erkenntnisquellen' noch ist *šarʿiyya* ‚Offenbarung'. Zudem liegt im arabischen Original keine Genitivverbindung vor. Da Mullā Ḫusraw selbst ausführt, was für ihn *šarʿiyya* bedeutet, müsste die Übersetzung mit Hilfe der Ausführungen Mullā Ḫusraws kommentiert werden. So erklärt Mullā Ḫusraw *šarʿiyya* zum einen als das, was von der ‚Ansprache des Gesetzgebers abhängig' sei (wörtl. *mawqūfa ʿalā ḫiṭāb aš-šāriʿ*).[10] An einer anderen Stelle beschreibt er *šarʿiyya* so, dass es bedeute, dass etwa ‚Hinweise' (*adilla*) zur Scharia Muhammads gehörten. Die Zugehörigkeit der Hinweise zur Scharia bedeute, dass sie gestützt auf die Scharia seien, um auf die Normen hinzuwiesen und nicht, dass die Hinweise abhängig von der Scharia seien.[11] Eine kommentierte Übersetzung von *al-adilla aš-šarʿiyya* im *Mirqāt* müsste diesen Ausführungen im *Mirʾāt* gerecht werden und im Kommentar berücksichtigen. Der Verweis auf die Ausführungen von Bakker,[12] *šarʿ* und *šarīʿa* als Offenbarung zu übersetzen (S. 93, Anm. 272), ist daher nicht ausreichend.

Im Sinne der fehlenden Konvergenz können auch Auslassungen im Original verstanden werden. So fehlt z. B. auf S. 111 im arabischen Original der erste übersetzte Satz „Die erste Säule [der Erkenntnisquellen] ist das Buch". Das ist auch nicht verwunderlich, denn dieser Satz fehlt an der von Arslan zitierten Stelle sowohl im *Mirqāt* als auch im *Mirʾāt*.[13] Sie ist aber an anderer Stelle im *Mirqāt* zu finden.[14] Unverständlich ist, dass Arslan viele Passagen aus dem *Mirqāt* auslässt, die direkt mit den übersetzten und kommentierten Passagen in Verbindung stehen, auch wenn er Auslassungen ankündigt. Die Auslassungen müssten gesondert begründet werden, da sie einen wichtigen Teil der Auslegungsmethoden ausmachen. Zwar erwähnt Arslan – ohne wirkliche Begründung – einige Auslassungen (S. 79), aber es sind weitaus mehr Auslassungen vorhanden, die nur implizit herauszulesen sind, wenn die Fußnoten verglichen werden, die auf das arabische Original jeweils folgen. So ist zwischen den im arabischen Original angeführten Passagen auf S. 135 viele Sätze des *Mirqāt* ausgelassen, wo u. a. die Ansicht von Zufar (gest. 158/775) der Meinung aš-Šāfiʿīs (gest. 204/820) gegenübergestellt wird, was durchaus Tendenzen zu formulieren erlauben würde, wie und wann Mullā Ḫusraw welche Autorität zitiert. Weitaus gravierender ist,

---

[9] Vgl. *Mirʾāt* (Kaplan), S. 110 – der *Mirqāt*-Text ist hervorgehoben, der *Mirʾāt*-Text kursiv geschrieben: „**wa**-*innamā* **l-ʿaqlu** *ālatun* **li-fahmi l-ḫiṭābi** *š-šarʿiyyi*."

[10] Vgl. *Mirʾāt* (Kaplan), S. 41 und *Mirʾāt* (Istanbul), S. 11.

[11] Vgl. *Mirʾāt* (Kaplan), S. 33 und *Mirʾāt* (Istanbul), S. 7.

[12] Gemeint ist der folgende Artikel: Jens Bakker: The Meaning of the Term *Šarīʿah* in the Classical Theology of Sunnite Islam, in: *Hikma – Zeitschrift für islamische Theologie und Religionspädagogik* 5 (2012), S. 187–203. Ähnlich wie Arslan übersetzt Bakker z. B. *al-aḥkām aš-šarʿiyya* in einer Genitivverbindung als ‚norms of revelation', siehe ebd., S. 197. Er schlägt zudem vor, *šarʿ*, *šarīʿa* und *šarʿī* als ‚revelation', ‚belonging to revelation' oder ‚pertaining revelation' zu übersetzen, siehe ebd., S. 196.

[13] Vgl. *Mirʾāt* (Kaplan), S. 50 f.; *Mirʾāt* (Istanbul), S. 16.

[14] Vgl. *Mitʾāt* (Kaplan), S. 48: *ar-ruknu l-awwalu fī l-kitābi*. In der Handschrift: al-mostafa.info/data/arabic/depot3/gap.php?file=m002166.pdf (letzter Aufruf 14 12. 2017), Fol. 2b, Z. 9f., und in *Mirʾāt* (Istanbul), S. 15: *al-awwalu fī l-kitāb*, wobei hier eine Ungereimtheit vorliegt. Die Michigan-Handschrift, die mir mittels des von Arslan angegebenen Links vorliegt, beinhaltet diese Seiten nicht.

dass Textteile des *Mirqāt* willkürlich ausgelassen werden, obwohl sie m. E. unzertrennlich mit dem von Arslan übersetzten Textteile des *Mirqāt* zusammenhängen. Hierzu möchte ich drei Beispiel nennen. Das erste Beispiel zeigt eine Auslassung, die mittels der Partikel *bal* (zu Dt. etwa ‚sondern, vielmehr') zeigt, dass zwei Satzteile eigentlich zueinander gehören und gegenübergestellt werden. Der hervorgehobene Textteil zeigt die Auslassung Arslans:

ومطلقه لا يقتضي التكرار ولا يحتمله مطلقا **بل يقع على أقل الجنس**.[15]

Das zweite Beispiel zeigt, dass durch eine Auslassung die Meinung, die von Mullā Ḫusraw vertreten wird, falsch verstanden wird. Die Auslassung ist wieder hervorgehoben:

وإما معيار له وشرط لأدائه وسبب لوجوبه كأيام رمضان عند الأكثر **والشهر عند البعض لظاهر الآية والحديث**.[16]

An dieser Stelle diskutiert Mullā Ḫusraw die Zeit. Die Zeit kann nach Mullā Ḫusraw u. a. ein Richtmaß für das Gebot, eine Voraussetzung für die Ausführung und die Ursache für seine Verpflichtung sein, so wie z. B. nach der Mehrheitsmeinung die Tage für das Fasten im Ramadan. Nach einer anderen Meinung hingegen, entsprechend der evidenten Bedeutung des Koranverses, gemeint ist Sure 2:185, und des Hadith (gemeint ist der Hadith „*ṣūmū li-ruʾyatih*")[17], ist der Monat Ramadan selbst das Richtmaß, die Voraussetzung und die Ursache für die Verpflichtung und nicht die Tage des Ramadan. Mullā Ḫusraw stimmt mit dieser zweiten Meinung, die er auf as-Saraḫsī (gest. 483/1090) zurückführt,[18] überein. Denn es sei erlaubt, die Absicht für das Fasten im gesamten Ramadan in der ersten Nacht des Ramadans selbst zu äußern. Wären die Tage des Ramadans die Ursache für die Verpflichtung des Fastens, so wäre solch eine alle Ramadantage umfassende Absichtsbekundung nicht möglich, da die Absicht dann der Ursache vorausginge, was unmöglich sei. Es werde zudem das gesamte Ramadanfasten nachgefastet, sollte man in der ersten Nacht des Ramadans bis zum Fest seine geistigen Fähigkeiten verlieren. Diese Ausführungen hier sind teilweise Textteile des *Mirqāt*, die ich oben nicht zusätzlich genannt habe.[19] Lässt man sie wie Arslan aus, entsteht der Eindruck, Mullā Ḫusraw würde der Mehrheitsmeinung recht geben. Jedoch zieht er die Minderheitsmeinung vor, die, wie

---

[15] Vgl. Arslan, S. 130 in Verbindung mit *Mirʾāt* (Kaplan), S. 76, 78.

[16] Vgl. Arslan, S. 135, in Verbindung mit *Mirʾāt* (Kaplan), S. 90. Die einzelnen *hamza* werden von Arslan nicht angeführt.

[17] Für die Verweise siehe *Mirʾāt* (Kaplan), S. 90.

[18] Vgl. Šams al-Aʾimma as-Saraḫsī: *Uṣūl as-Saraḫsī*, hrsg. von Abū l-Wafāʾ al-Afġānī, Beirut 1993, Bd. 1, S. 103 f.

[19] Es heißt dort, nach dem oben angeführten Satz – die Kommentare des *Mirʾāt* sind kursiv, der Text des *Mirqāt* ist fettgedruckt: **wa-liḏā** *ay li-sababiyyati š-šahri muṭlaqan* **ǧāza n-niyyatu** *li-ṣ-ṣawmi* **fī l-laylati l-ūlā** *min šahri ramaḍāna wa-law kāna s-sababu l-yawma lammā ǧāzat fīhā li-mtināʿi taqaddumi n-niyyati ʿalā s-sababi* **wa-***liḏā ayḍan* **qaḍā** *tamāma ramaḍāna* **man ǧunna fīhā** *ay man ṣāra maǧnūnan fī l-laylati l-ūlā minhu wa-mtadda ǧinnatuhu* **ilā l-ʿīd**; *Mirʾāt* (Kaplan), S. 91; Handschrift: al-mostafa.info/data/arabic/depot3/gap.php?file=m002166.pdf (letzter Aufruf 07. 01. 2018), Fol. 4b, Z. 5 f.; Michigan-Handschrift: babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.39015081446216;view=1up;seq=8 (letzter Aufruf 07. 01. 2018), Z. 11. In der Istanbuler Edition des *Mirʾāt* wird die Aussage *wa-mtadda* als Text des *Mirqāt* wiedergegeben; vgl. *Mirʾāt* (Istanbul), S. 48, was von der grammatischen Struktur der Aussage her auch sinnvoll wäre, aber von den Handschriften nicht belegt ist.

er selbst explizit anführt, as-Saraḫsī vertritt.[20] War doch das Ziel der Arbeit u. a. die Sicht des Autors darzulegen (S. 32), so kann gesagt werden, dass diese Auslassung dem Ziel nicht gerade dient.

Ein drittes Beispiel zeigt eine Auslassung inmitten einer zusammenhängenden Aussage, bei der Arslan begründen müsste, wieso er genau diesen einen Teil des Satzes auslässt. Es entsteht bei der Lektüre der Arbeit von Arslan der Eindruck, als gäbe es diesen Satzteil im *Mirqāt* nicht. Die Auslassung ist wieder hervorgehoben:

> وإما معيار وشرط للأداء وسبب له كمعين نذر فيه الصوم والاعتكاف **ويلحق به سنة نذر فيها الحج** وحكمه نفي النفل لا واجب آخر.[21]

Neben Auslassungen sind Hinzufügungen vorhanden. Zumindest an einer Stelle konnte ich eine nichtmarkierte Hinzufügung zum *Mirqāt* entdecken, was wiederum die Frage aufwirft, wie genau der *Mirqāt*-Text in Arslans Arbeit zugrunde gelegt ist. Die Hinzufügung stammt aus dem *Mirʾāt*-Text und ist hervorgehoben:

> وحكمه نفي **صحة** الغير(...).[22]

Ein weiteres Kernproblem sind die unzureichenden Kommentare. Bis auf die Angabe, dass Arslan viele Detaildiskussionen nicht anführen wird, wird nicht klar, wie Arslan in den Kommentaren vorgeht, sodass der Leser oft im Dunkeln tappt, wie genau die Aussagen Mullā Ḫusraws zuzuordnen sind und auf welche Diskussionen er rekurriert. So lässt Arslan die meiste Zeit offen, auf welche Diskussionen Mullā Ḫusraw antwortet. Z. B. ist es durchaus wichtig zu erklären, dass Mullā Ḫusraw bewusst das Wort *ṣīġa* (zu Dt. etwa ‚Modus, Formulierung‘) in der Beschreibung des ‚Gebietens‘ (*amr*) anführt und wieso er unbedingt die drei Positionen, dass ein ‚Gebieten‘ für eine ‚Empfehlung‘ oder ‚Verpflichtung‘ steht oder für keine der beiden, sodass ein Hinweis abgewartet werden muss. Ferner ist es erklärungsbedürftig, weshalb Mullā Ḫusraw betont, dass seine Entscheidung, dass das ‚Gebieten‘ für die ‚Verpflichtung‘ steht, auch für die Fälle gilt, wenn das ‚Gebieten‘ nach einem ‚Verbot‘ geäußert wird (S. 128). Wären diese Teilaussagen kommentiert, so wüsste der Leser, welche Gelehrten welcher Meinung sind, welcher Gruppe Mullā Ḫusraw antwortet und weshalb die spezielle Konstellation ‚Gebieten nach einem Verbot‘ angesprochen wird. Zudem fehlen den Kommentaren eine Auswahl an Argumenten, die für die jeweilige Entscheidung Mullā Ḫusraws angeführt werden müssten, um ein authentisches Bild der klassischen *uṣūl*, dem sich Arslan verpflichtet, zeichnen zu können. So ist es ohne Kommentare nicht nachvollziehbar, wieso Mullā Ḫusraw betont, dass die Spezifikation mittels eines unabhängigen Hinweises geschehen muss, und weshalb mittels des *qiyās* und des *iǧmāʿ* keine Spezifikation für ihn möglich ist.[23]

Obwohl die Kommentare auch einen Ort dafür böten, die Entwicklung der Termini unter den Ḥanafiten nach zu skizzieren, wird diese Möglichkeit von Arslan nicht wahrgenommen bzw. nicht mit Sorgfalt verfolgt. So geht er nicht auf die feinen Unterschiede zwischen Abū Zayd ad-Dabūsī (gest. 430/1039)

---

[20] Vgl. *Mirʾāt* (Kaplan), S. 90 f.

[21] Vgl. Arslan, S. 138 in Verbindung mit *Mirʾāt* (Kaplan), S. 94 f.

[22] Vgl. *Mirʾāt* (Kaplan), S. 91 unten, Michigan-Handschrift: babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.39015081446216;view=1up;seq=8 (letzter Aufruf 03. 01. 2018), Z. 12 in Verbindung mit Arslan, S. 135.

[23] Vgl. *Mirʾāt* (Kaplan), S. 26 f. Für das Fehlen der Kommentare siehe Arslan, S. 253 f.

und Mullā Ḫusraw ein, wo doch er die abweichenden Termini anmerkt. Obwohl ad-Dabūsī in der Frage nach der Umsetzbarkeit einer Handlung in der vorgesehenen Zeit von der Handlung selbst ausgeht und die Handlung zentriert (daher spricht er von Handlungen, die ‚gedehnt', also Dinge [Sg. *ʿayn*] sind, die *mutawassaʿ* sind), und Mullā Ḫusraw nicht die Handlung, sondern die Zeit fokussiert und von *miʿyār* und *ẓarf* spricht, reduziert Arslan diesen Unterschied auf eine Abweichung in den ausgewählten Wörtern. Er sagt, dass ad-Dabūsī das Wort *muttasaʾ* [sic!] anstatt *ẓarf* verwende, was zum einen nicht stimmt – ad-Dabūsī spricht von *waqt ʿayn mutawassaʿ*[24] – und zum anderen den Unterschied der Herangehensweise beider nicht entsprechend würdigt und erklärt (S. 140 f.). An dieser Stelle werden die Termini im Rahmen eines Vergleichs der Herangehensweisen zweier Gelehrter nicht sauber voneinander unterschieden.

Ein ähnlicher Fall liegt vor, wenn Arslan die Auffassung al-Pazdawīs (gest. 482/1089) darüber, ob die Freistellung zur wirklichen Folge eines Gebietens gehört, vorstellt. Dort wird ein Terminus erwähnt: *ḥaqīqa qāṣira* (S. 130). Schaut man aber auf die Ausführungen von al-Pazdawī selbst, und die seines Kommentators ʿAbdalʿazīz al-Buḫārī (gest. 730/1330), so wird dieser Terminus nicht in dieser Form verwendet. Es ist eher die Rede davon, dass die Freistellung eine wirkliche Bedeutung des Gebietens ist, auch wenn sie das Gebieten einschränken würde (wörtl. *ḥaqīqa in kānat qāṣiratan*). Denn zentral sei, dass die Freistellung die Bedeutung des Gebietens nicht verändere (sie sei nicht *muġāyir*), sondern es beschränke,[25] was auch Mullā Ḫusraw korrekt wiedergibt.[26] Eine kritische Analyse des Werks Mullā Ḫusraws würde zu erkennen geben, dass *haqīqa qāṣira* auf Mullā Ḫusraw zurückgeht, jedoch al-Pazdawī und ʿAbdalʿazīz al-Buḫārī dies so nicht sagen und er dies auch nicht direkt aus dem Munde al-Pazdawīs zitiert. Vielmehr antwortet Mullā Ḫusraw selbst auf einen möglichen Einwand genau mit diesem Terminus.[27] Die Zuschreibung, dass al-Pazdawī von *ḥaqīqa qāṣira* spreche, geht also nicht auf Mullā Ḫusraw zurück, der ihn in dieser Form falsch zitieren würde, sondern auf Arslan (S. 130).

Solche unpräzisen Kommentare Arslans haben auch negative Folgen für die Darstellung des *Mirqāt* und *Mirʾāt*. Arslan gibt an, dass Mullā Ḫusraw erwähnt, dass das Wort *aṣl* „in verschiedenen Kontexten und Fachdisziplinen unterschiedliche Bedeutungen [...] wie *qawāʿid kulliyya, ar-rāǧiḥ* und *al-mustaṣḥāb* [sic!]" annehmen könne (S. 100). Zuvor sagt Mullā Ḫusraw, dass *aṣl* das ist, worauf etwas begründet bzw. errichtet werden kann (S. 99). Dort kritisiert er, dass man *aṣl* auf die Bedeutung *dalīl* (Hinweis) reduziere. Er hält diesen Schritt für falsch. Wenn man Arslans Ausführungen Glauben schenken sollte, würde es bedeuten, dass Mullā Ḫusraw von einer allgemeinen Bedeutung des *aṣl* ausgeht, aber diese Bedeutung je nach Kontext auf gewisse Bedeutungen reduziert, wie etwa in den drei genannten Fällen. Bei näherer Betrachtung sagt Mullā Ḫusraw aber nicht, dass *aṣl* die o. g. drei Bedeutungen annehmen könne. Vielmehr kritisiert er die Haltung, dass man *aṣl* auf *dalīl* sowie auf *qawāʿid kulliyya, ar-rāǧiḥ* und *al-mustaṣḥab* beschränkt. Er betont, dass solche Beschränkungen und Bedeutungsverengungen nicht notwendig seien. Denn er sagt – der *Mirqāt*-Text

[24] Vgl. Abū Zayd ad-Dabūsī: *Taqwīm al-adilla fī uṣūl al-fiqh*, hrsg. von Ḫalīl Muḥyī d-Dīn al-Mays, Beirut 2001, S. 68.

[25] Vgl. ʿAbdalʿazīz al-Buḫārī: *Kašf al-asrār ʿan Uṣūl Faḫr al-Islām al-Bazdawī*, Beirut 1997, Bd. 1, S. 181.

[26] Vgl. *Mirʾāt* (Kaplan), S. 75; *Mirʾāt* (Istanbul), S. 34.

[27] Vgl. *Mirʾāt* (Kaplan), S. 74; *Mirʾāt* (Istanbul), S. 33.

ist fettgedruckt und der *Mirʾāt*-Kommentar ist kursiv geschrieben:

> **Es wird übertragen** *im technischen Sinne* **auf [die Bedeutung] dalīl** *sowie sie auf ar-rāǧiḥ und al-qāʿida al-kulliyya und al-mustaṣḥab übertragen wird[.]* **Vorzuziehen ist** [aber] *unter den bewanderten [Gelehrten],* **dass dies zu unterlassen ist (wörtl. ʿadamuh)**, *also die Übertragung [...].*[28]

So betrachtet Mullā Ḫusraw die Verengung auf die vier Bedeutungen als unzulässig, da das *ʿadamuhū* sich auf die gesamte Aussage beziehen muss, wie er auch selbst durch den Partikel ‚*ay*' (zu Dt. ‚also') erklärt: Das *hū* bezieht sich insgesamt auf die Übertragung (*naql*). Ferner führt er an, dass die Konkretisierung der allgemeinen Bedeutung von *aṣl* sich aus etwa einer Genitivverbindung selbst ergebe, wie etwa hier in der Verbindung *uṣūl al-fiqh*. Diese Genitivverbindung zeige die konkrete Bedeutung, was keine Bedeutungsverengung des Wortes *aṣl* per se erfordere. Denn hier gelte auch, dass *aṣl* das ist, worauf der *fiqh* begründet bzw. „errichtet" werden könne.[29] Würde man den Ausführungen Arslans folgen, würde eine Diskrepanz und Widerspruch zwischen *Mirqāt* und dem Kommentar *Mirʾāt* entstehen, der aber so nicht vorliegt.

Auch Arslan weist zu Recht daraufhin, dass Mullā Ḫusraw gegen eine Bedeutungsverengung ist (S. 101), jedoch sind seine Ausführungen zuvor (s. S. 100) unpräzise, sodass der Anschein erweckt wird, als würde Mullā Ḫusraw der Bedeutungsverengung eine Möglichkeit zulassen.

An anderer Stelle betrachtet Arslan jedoch die Termini differenziert und führt entsprechende Übersetzungen an. So unterscheidet Arslan die Begriffe *fāʾida, ġāya* und *maqṣūd* voneinander und hält sich an diese Unterscheidung (S. 105). Doch an den meisten Stellen ist diese Präzision nicht vorhanden. Unpräzise sind auch Angaben wie ‚klassisch' und ‚postklassisch'. So gilt für Arslan Ibn al-Ḥāǧib (gest. 646/1249) als klassisch (S. 20), wohingegen das Werk Sayf ad-Dīn al-Āmidīs (gest. 631/ 1233) als postklassisch angeführt wird (S. 12 und Anm. 6). Wie genau er zwischen diesen beiden unterscheidet, ist nicht klar. Daneben schleichen sich systematische Fehler in seine Kommentare ein. So spricht Arslan von vier Kategorien der sprachlichen Ausdrücke. Die erste Kategorie zerfalle in vier Aspekte, wobei der vierte Aspekt als vierte Kategorie angeführt wird. Die dritte Kategorie der sprachlichen Ausdrücke wird als „dritte Perspektive" aufgezählt. Die vierte Kategorie ist plötzlich die vierte „Gruppe". Interessant wird es, wenn auf einmal eine fünfte Kategorie erwähnt wird, obwohl bisher von vier Kategorien die Rede war (S. 117–119). Dass nach der Erklärung dieser Kategorien ohne weiteres eine Liste mit Ziffern angeführt wird, verwirrt den Leser zusätzlich. Für endgültige Verwirrung sorgt Arslan, wenn er zweimal betont, dass sich seine kommentierte Übersetzung „in traditioneller Form als ein *muḫtaṣar* des *Mirqāt* lesen" lässt (S. 34, 79). Wie eine kommentierte Übersetzung des *Mirqāt*, das selbst ein *muḫtaṣar* ist, ein *muḫtaṣar* sein kann, ist fragwürdig. Ob das willkürliche, unbegründete Auslassen von relevanten Passagen des Originals die reduzierte Menge des übersetzten Originals als ein *muḫtaṣar* qualifiziert, ist zumindest fraglich. Worin sich die juridische Hermeneutik im Titel der

---

[28] *Mirʾāt* (Kaplan), S. 42 und Mirʾāt (Istanbul), S. 11: **Wa-nuqila** fī l-iṣṭilāḥi **ilā d-dalīli** kamā nuqila ilā rrāǧiḥi wa-l-qāʿidati l-kulliyyati wa-l-mustaṣḥabi **wa-l-muḫtāru** ʿinda l-muḥaqqiqīna **ʿadamuhū** ay an-naql."

[29] Vgl. *Mirʾāt* (Kaplan), S. 42 f.; *Mirʾāt* (Istanbul), S. 11 f.

Arbeit von der juristischen Hermeneutik unterscheidet, wird von Arslan auch nicht erklärt.

Schließlich ist zu sagen, dass die Arbeit Arslans dem Ziel, ein authentisches Bild eines *uṣūl*-Werks zu zeichnen, nicht ganz gerecht wird. Dieses Bild bleibt eher lückenhaft bis verzerrt. Zum selbstversprochenen Ziel einer Pionierarbeit (S. 16): Es ist eine Übersetzung des Werkes Mullā Ḫusraws ins Türkische vorhanden, auf die Arslan selbst verweist. Ein osmanisches *uṣūl*-Werk wurde zwar bisher nicht ins Deutsche übersetzt, aber es sind doch einige richtungsweisende Arbeiten bereits entstanden, die sich den „sprachtheoretischen Themen“ der *uṣūl al-fiqh* widmen, wie Arslan selbst im Forschungsstand zeigt (S. 25–29). Daher ist die Arbeit von der versprochenen Pionierarbeit doch ein ganzes Stück entfernt.

Prof. Dr. phil. Serdar Kurnaz ist Juniorprofessur für islamische Theologie mit dem Schwerpunkt islamisches Recht und Ethik an der Akademie der Weltreligionen der Universität Hamburg.

ZRI – Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam 9 (2017), S. 289–291

Norbert Oberauer: *Islamisches Wirtschafts- und Vertragsrecht. Eine Einführung*, Würzburg: Ergon Verlag 2017, 248 Seiten.

Kilian Bälz

An Einführungen in das islamische Recht mangelt es nicht. Die meisten geben aber entweder einen allgemeinen Überblick oder fokussieren auf das Familien- und Erbrecht. Eine entsprechende Darstellung des islamischen Vertragsrechts fehlte bislang. Diese Lücke schließt jetzt das Buch von Norbert Oberauer, der auf einer breiten Basis von klassischen Primärquellen in gut lesbarer Form auf etwas mehr als 200 Seiten durch die Kerngebiete des islamischen Vertragsrechts führt.

Als Ausgangspunkt wählt Oberauer in Übereinstimmung mit den klassischen Rechtstexten den Kaufvertrag. Im klassischen islamischen Recht, das keine Lehre vom allgemeinen Schuldrecht entwickelt hat, diente der Kaufvertrag als Prototyp des synallagmatischen Vertrages. Dabei veranschaulicht Oberauer, dass auch ohne ‚vor die Klammer' gezogenen allgemeinen Teil eine systematische Geschlossenheit erreicht werden kann. Des Weiteren beschreibt Oberauer den Werklieferungsvertrag, Tätigkeitsverträge, Leihe und Darlehen, die verschiedenen Gesellschaftsformen und den unbaren Zahlungsverkehr (insbesondere *hawāla*). Ergänzt wird die Diskussion einzelner Typenverträge mit einer Darstellung von tragenden Prinzipien des Vertragsrechts, zu denen die Verbote von *ġarar* (‚Spekulation' oder ‚Risiko') und *ribā* (‚Zuwachs' oder ‚Wucher') gehören, ebenso wie die Lehre von den Nebenbedingungen zum Vertrag (*šurūṭ*) und die damit verbundene Frage der Vertragsfreiheit. Mit am interessantesten sind die Abschnitte über Gefahrtragung und Leistungsstörungen, insbesondere Mängelhaftung. Diese – durchaus komplexen – Gebiete werden sonst gern ausgespart. Dabei wird bei den meisten Verträgen das Recht in der Praxis erst dann relevant, wenn die Transaktion nicht wie ursprünglich programmiert abgewickelt wird.

Der Stoff ist hervorragend aufbereitet und mit zahlreichen Verweisen auf Primärquellen unterlegt. Das macht das Buch zu einem hilfreichen Werkzeug für jeden, der eine vertragsrechtliche Frage recherchiert (man denke beispielsweise an die auch praktisch sehr relevanten Fragen, inwieweit der Käufer seine Mängelgewährleistung ausschließen darf [S. 165 ff.] oder wie die Vermögenszuordnung bei einer *mudāraba* ist [S. 208 ff.]). Hinzu kommt, dass Oberauer nicht bei einer bloßen Darstellung der rechtlichen Regelungen stehen bleibt, sondern nach dem Warum fragt: Warum bindet das einseitige Versprechen nicht (S. 24), warum ist offener Zins verboten, versteckter hingegen nicht (S. 105 f.) und welchem Zweck diente einmal der *murābaḥa*-Vertrag (S. 125)? Dadurch ist das Buch weit mehr als nur eine Einführung. Es ist zugleich Arbeitsmittel und bietet Denkanstöße, hat einen praktischen Nutzen und trägt zu wissenschaftlichen Debatten bei.

Das Buch, das sich an Islamwissenschaftler und Juristen gleichermaßen richten dürfte, ist deskriptiv angelegt. Oberauer schreibt: „der Leser soll mit den Grundzügen des islamischen Vertragsrechts und seinen Besonderheiten vertraut gemacht werden, ohne dass dabei eine bestimmte Fragestellung verfolgt oder

These entwickelt wird“ (S. 11). Weil es sich um eine Einführung in die Materie handelt, ist das ohne weiteres verständlich. Gleichwohl drängt sich die Frage auf, wie denn der Rechtsstoff begrifflich zu fassen ist und ob nicht der Inhalt einer rechtlichen Regelung (auch) davon abhängt, wer diese in welcher Form aufschreibt. Ist es denn überhaupt möglich, heute das historische islamische Recht ohne eine bestimmte Methode oder Fragestellung neu aufzuschreiben, oder beruht nicht eine jede solche Rekonstruktion von vornherein auf einem bestimmten Vorverständnis (siehe hierzu etwa Wichard: *Zwischen Markt und Moschee* [1995], S. 13 ff.)? Für Leser, die selbst nicht die klassischen Kommentare konsultieren (können), wäre zudem hier und da ein ausführlicheres wörtliches Zitat hilfreich, um zu sehen, wie die Juristen argumentieren. Recht ist mehr als nur der destillierte Rechtssatz. Auch wenn niemand verlangen kann, dass der breitere wirtschaftshistorische Kontext mitverarbeitet wird, wäre es doch interessant zu sehen, wie und warum die Juristen eine bestimmte Frage formulieren.

Gelegentlich gibt Oberauer rechtsvergleichende Hinweise. Ob diese immer hilfreich sind, sei dahingestellt. Eine auf der Doktrin der *laesio enormis* aufbauende, allgemeine Zinsgrenze (doppelter Marktzins bzw. 12 Prozentpunkte über dem Marktzins), wie von Oberauer postuliert (S. 116), kennt das deutsche Recht wohl nicht. Wenn bei ‚sittenwidrigen Darlehen‘ eine entsprechende Grenze formuliert wird, dann weil zu dem überhöhten Zins ein weiteres Element die Ausnutzung der schwächeren Lage des anderen Teils hinzukommt (Palandt/Ellenberger: BGB, [77 2018], § 138 Rn. 25 m. N. d. Rspr.). Das gleiche gilt für die Verweise auf das Recht des *Islamic Banking*. Nach Oberauer ist „dieses Projekt eines alternativen Finanzwesens […] ohne Frage der Bereich, in dem das islamische Vertragsrecht heute seine größte praktische Relevanz entfaltet.“ Das kann man auch anders sehen. Das gilt nicht nur für die Frage, ob das *Islamic Banking* tatsächlich eine Alternative zu der herkömmlichen Finanzbranche ist, sondern auch, inwieweit *Islamic Banking* auf einer Anwendung islamischen Rechts beruht. Während die grundlegende Untersuchung von Vogel/Hayes noch selbstverständlich davon ausging, das islamische Finanzwesen beruhe auf einer Anwendung islamischen Rechts („Islamic banking and finance seek to apply the Islamic religious law (shari‘a) to a sector of modern commerce“, Islamic Law and Finance [1998], S. 23), überwiegt heute wohl die Auffassung, dass das *Islamic Banking* eine Praxis der globalisierten Finanzmärkte ist, die – jedenfalls durch Rekurs auf das historische islamische Recht allein – nicht erklärt werden kann (Ercanbrack: The Transformation of Islamic Law in Global Financial Markets [2015]; Bälz: Sharia Risk. How Islamic Finance has Transformed Islamic Contract Law [2008]). Das schon deshalb, weil die weitaus meisten ‚schariakonformen‘ Transaktionen heute unter englischem Recht dokumentiert werden. Das Vertragsrecht des *Islamic Banking* beruht in erster Linie auf der Kautelarpraxis des internationalen Bankwesens. Schariaprinzipien sind nur insoweit von Bedeutung, als sie über die Zulässigkeit einer bestimmten Transaktionsstruktur (und deren Qualifikation für den islamischen Markt) entscheiden.

Das Buch von Oberauer beeindruckt durch eine umfassende Bibliographie, die unterteilt ist in Quellen bis Ende des 19. Jahrhunderts und Quellen und Sekundärliteratur ab dem 20. Jahrhundert. Natürlich ist eine jede Literaturauswahl subjektiv. Wer heute mit Fragen des islamischen Vertragsrechts praktisch befasst ist, vermisst aber vielleicht die Bücher von al-Sanhūrī: *Maṣādir al-ḥaqq fīʾl fiqh al islāmī* (1953 ff.) und *al-Ǧazīrī: Kitāb al-fiqh alā ʾl-madhāhib al-arbaʿa* (Reprint 1990), die zu den praktisch wichtigsten arabischsprachigen Referenzwerken zählen. Wer wie Oberauer die

Altmeister Bergsträsser, Schacht und Santillana zitiert, hätte möglicherweise auch das Handbuch von Linant des Bellefonds: *Traité de droit musulman comparé 1: Théorie générale de l'acte juridique* (1965) erwähnen können.

All diese Anmerkungen sollen aber nicht davon ablenken, dass das Buch eine hervorragende Darstellung des islamischen Vertragsrechts bietet, die für Islamwissenschaftler und Juristen gleichermaßen interessant zu lesen ist und an vielen Stellen zum Weiterforschen und Denken anregt – weit mehr als nur eine Einführung.

RA Dr. Kilian Bälz, LL.M. (London), Mitglied der GAIR, Partner *Amereller Rechtsanwälte PmbB*, Berlin und Kairo.

ZRI – Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam 9 (2017), S. 293–295

Philipp Stompfe: *Die Gestaltung und Sicherung internationaler Investor-Staat-Verträge in der arabischen Welt am Beispiel Libyens und Katars*, Studies in International Investment Law 22, Baden-Baden: Nomos 2017, 623 S.

Achim-Rüdiger Börner

Die umfangreiche Studie (S. 35–567 mit 2303 FN, 11 Seiten Rechtsprechungs- und 23 Seiten Literaturliste) ist eine im *International Investment Law Centre Cologne* entstandene Dissertation, die sich in fünf Kapiteln aufgliedert:

Das erste Kapitel stellt die rechtlichen Rahmenbedingungen dergestalt dar, dass nach einer allgemeinen Einführung in den islamischen bzw. ägyptischen Rechtskreis (1. Kap. A mit 24 S.) einschließlich Staatsform und Wirtschaftsdaten für Libyen und Katar abgehandelt werden die Grundsätze des islamischen Rechts (1. Kap. B mit 32 S.), die staatsrechtlichen Grundlagen Libyens und Katars (1. Kap. C mit 18 S.) und die zivilrechtlichen Grundlagen der libyschen und katarischen Rechtsordnung (1. Kap. D mit 27 S.), wobei der Autor sich vorwiegend auf Sekundärliteratur stützt. Man hätte hier wegen ihrer starken *ordre public*-Bezüge auch die jeweilige Investitionsgesetzgebung anschließen können, aber diese Thematik wird in einem eigenen Kapitel 4 (50 S.) behandelt, offenbar wegen der Nähe zur Gestaltung von Investor-Staat-Verträgen, deren Erörterung das wichtige Kapitel 5 (134 S.) bildet.

Das zweite Kapitel hat die Investor-Staat-Verträge zum Thema. Nach einer Einführung (2. Kap. A mit 2 S.) geht der Autor auf die Konzession (2. Kap. B.I mit 10 S.) und das Joint Venture (2. Kap. B.II mit 20 S.) sowie den Service-Vertrag (2. Kap. B.III mit 2 S.) als Erscheinungsformen von Investor-Staat-Verträgen ein, jeweils mit Bezug auf die libysche und katarische Regelung. Nicht ganz klar geworden ist mir bei der Lektüre die Abgrenzung zwischen Hoheits- und Fiskalhandeln (hoheitlich in der Regel Auswahl bzw. Zuschlag und fiskalisch in der Regel die Vertragsausgestaltung einschließlich gegenseitiger und kooperativer Vertragsregelungen) und die Maßgeblichkeit der im ersten Kapitel erörterten zivilvertraglichen islamrechtlichen Regeln für das hoheitliche und fiskalische Handeln sowie den öffentlich-rechtlichen Investitionsvertrag.

Auf eine allgemeiner gehaltene Erörterung der rechtspolitischen Entwicklungen internationaler Investor-Staat-Verträge (2. Kap. C mit 10 S.). folgen bereits knappe Darstellungen der Verträge über das libysche Hafenprojekt (*Zuwarah Development Port Project*) (2. Kap. D.I mit 8 S.), die außer Durchführung gerieten, und über das katarische Eisenbahnprojekt (*Qatar Integrated Railways Project*) in seiner anfänglichen und später umstrukturierten Form (2. Kap. D.II mit 13 S.) sowie deren Vergleich (2. Kap. D.III mit 2 S.). Dies sind sehr interessante Einblicke in die praktischen Vertragsbeziehungen, die durch den rechtlichen Investitionsrahmen (einschließlich internationaler Investitionsschutzabkommen und staatlicher Gesetzgebung zu Investitionen, Technologietransfer, Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht, Zivilrecht usw.), die faktischen Bedingungen (z. B. Sicherheit, Effizienz und Unabhängigkeit der Rechtspflege) und die Projektspezifizität geprägt wurden. Es wäre wünschenswert gewesen, diese Thematik als letztes Kapitel aufzugreifen, denn sie betrifft Regelungen, die erst nach dem Ein-

fluss auch der internationalen und nationalen Investitionsregeln verständlich werden. Der Autor bleibt in seiner Erörterung aber grundsätzlich bei den staatlichen Vorgaben zu den Projekten, so dass der Anschluss an seine Darlegungen zur Konzessionsthematik und zur zweckmäßigen Projektkonstruktion für die Einbindung der Investoren gewahrt bleibt.

Das dritte Kapitel verlässt den gewonnenen Projektbezug und erörtert den Investitionsschutz durch bilaterale Investitionsschutzabkommen (BITs) allgemein und mit Libyen und Katar im Besonderen. Nach der Einführung (3. Kap. A mit 6 S.) und Überblick über die Entwicklung der BITs (3. Kap. B mit 10 S.) geht es um den Anwendungsbereich (3. Kap. C mit 16 S.) und die materiellrechtlichen Schutzbestimmungen (3. Kap. D mit 73 S.) sowie die Regeln zur Streitbeilegung (3. Kap. E mit 35 S.). Dazu wertet der Autor die aktuelle internationale Rechtsprechung und Literatur aus. Er stellt fest, dass in den deutschen BITs der Schutz auf die Investitionsphase begrenzt ist und (anders als andere katarische BITs) die Vor-Investitionsphase mit ihren mitunter bedeutenden Aufwendungen nicht mit erfasst. Mit der heute wohl herrschenden Ansicht stellt er bei den materiellen Schutzbestimmungen die Pflicht zum *Fair and Equitable Treatment* in den Vordergrund und kritisiert die Unbestimmtheit dieser Verpflichtung.[1] Mit Recht zeigt er die große Bedeutung des *ordre public*-Vorbehalts bei der Vollstreckung von Schiedssprüchen, die außerhalb des ICSID-Verfahrens ergehen, in den islamisch geprägten Ländern, insbesondere Libyen und Katar; diese Rechtslage bestimmt natürlich auch die Abfassung der Investor-Staat-Verträge, insbesondere im Hinblick auf (a) die allgemeine Ausgestaltung wie z. B. durch die Beachtung von Risiko- und Zinsverboten und (b) die Gegensteuerung mit besonderen Sicherungsmaßnahmen.

Vom internationalen Investitionsschutz geht der Autor über auf den Investitionsschutz durch nationale Investitionsgesetze (4. Kap.), obwohl sich deren Bedeutung nicht im bloßen Investitionsschutz erschöpft, sondern regelmäßig eine Vielzahl von Maßnahmen (a) der Investitionsförderung wie z. B. Bestimmung der geöffneten Sektoren, Ansiedlungserleichterungen, Steuererleichterungen wie auch (b) der lokalen Wirtschaftsförderung wie z. B. *local content rules*, Beschäftigungs- und Ausbildungsgeboten, Technologietransferbestimmungen usw. umfasst. So beschränkt er seine Betrachtungen auf eine Einführung (4. Kap. A mit 5 S.), die Erörterung des Anwendungsbereichs (4. Kap. B mit 5 S.), der grundsätzlichen Bedeutung für den Investitionsschutz (4. Kap. C mit 4 S.) und der Eigentumssicherung (4. Kap. D mit 24 S.). An einen kurzen Blick auf die Förderfunktion der Gesetze (4. Kap. E mit 2 S.) geht der Autor auf ihre Streitbeilegungsregeln (4. Kap. mit 10 S.) ein, die allerdings im Zusammenhang mit den jeweiligen prozessrechtlichen Regeln zu sehen sind. Da sie keine Zustimmung des Gaststaats zur internationalen Streitbeilegung z. B. in ICSID-Schiedsverfahren beinhalten, erkennt der Autor den einzelstaatlichen Investitionsgesetzen nur eine sehr eingeschränkte Schutzfunktion für den Investor zu (4. Kap. G mit gut einer Seite).

Umso wichtiger wird nun die Kautelarpraxis in den Investor-Staat-Verträgen (5. Kap. mit 134 S.). Nach Bedeutung (5. Kap. A mit 2 S.), Begriff (5. Kap. B mit 2 S.) und wissenschaftlichen Begründung (5. Kap. C mit 24 S.) stellt der Autor die kautelarjuristischen Maßnahmen zur Sicherung des Investor-Staat-Ver-

[1] Kritisch dazu Börner: SchiedsVZ (2017), S. 3 ff.

trages (5. Kap. D mit 55 S.) und zur Streitbeilegung (5. Kap. E mit 47 S.) dar.

Bei den Sicherungsmaßnahmen geht es um das Risikomanagement (5. Kap. D.II mit 10 S.) durch Einsatz von Bankgarantien (5. Kap. D. II.1 mit 19 S.) und Dokumentenakkreditiven (5. Kap. D.III.2 mit 26 S.), wobei der Autor auf die libysche und katarische Zivilrechtslage eingeht. Im Rahmen der Streitbeilegungsregelungen erörtert der Autor vor allem den Einsatz von *Dispute Adjudication Boards* (DABs) und deren Qualifikation als Schiedsgerichte vor dem Hintergrund der internationalen Entscheidungspraxis (5. Kap. D.II.3.b mit 32 S.).

Ich sehe bei den Sicherungsmaßnahmen nicht nur die monetäre Absicherung von Zahlungspflichten und Risiken, die auch mit ausländischen Treuhandkonten und/oder versicherungstechnisch gelöst werden kann, sondern vor allem auch die Sicherung des Projektablaufs mit dem Ziel, den Vertrag ordentlich zu erfüllen und so de facto eine reguläre Vertragsdurchführung und -erfüllung durch beide Seiten sicherzustellen. In diesem zweiten Aspekt liegt m. E. der Wert von DABs, die grundsätzlich und vorbehaltlich anderer Ausgestaltung eher als Schlichter mit Expertise zum Zwecke zügiger und fachgerechter Vertragsabwicklung denn als Gerichte mit dem Ziel der Herbeiführung von – ggf. nachlaufender – Gerechtigkeit zu verstehen sind.[2]

Ein sechstes Kapitel (mit 16 S.) fasst die Ergebnisse zusammen.

Die Singularität der Projekte in Libyen und Katar veranlasst den Autor, zu den grundsätzlichen rechtlichen Fragestellungen auf die allgemeine, internationale Entscheidungspraxis und Literatur zurückzugreifen; daraus erklärt sich der Umfang seiner kritisch-analytischen Darlegungen. Sie haben Bedeutung und Wert weit über die Situationen in Libyen und Katar hinaus, was die Dissertation allgemein und vor allem für denjenigen, der sich mit Investitionen im MENA-Raum befasst, sehr empfehlenswert macht.

Dr. Achim-Rüdiger Börner, Mitglied der GAIR, praktiziert als Rechtsanwalt in Köln.

[2] Börner: *Deutsches Ärzteblatt*, *Beilage Praxis* 3 (August 09), S. 16–19, www.aerzteblatt.de/v4/archiv/artikel.asp?id=66177 (letzter Aufruf 21. 06. 2018).

ZRI – Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam 9 (2017), S. 297–307

Rezension: *Sina Fontana: Universelle Frauenrechte und islamisches Recht*, Tübingen, Mohr & Siebeck 2017.

Irene Schneider

Sina Fontanas Buch zu den universellen Frauenrechten und dem islamischen Recht ist aus einer im Wintersemester 2016/17 von der Juristischen Fakultät der Universität Göttingen angenommenen Dissertation hervorgegangen. Arbeiten, die sich aus juristischer Sicht mit anderen Rechtskulturen beschäftigen, sind immer noch rar und umso begrüßenswerter, zielen sie doch auf ein tiefergreifendes Verständnis anderer Rechte und öffnen damit den Blick deutscher Jurist_innen für die Vernetzung von Rechtskulturen und -systemen in der globalen Welt. Vor diesem Hintergrund sind in den letzten zwanzig Jahren vermehrt Arbeiten zu *travelling concepts*,[1] der Frage der ‚Übersetzung' internationalen Rechts in nationale Rechte und Gesetzgebungen (maßgeblich z. B. Merry)[2] und zur Frage der Anwendung ausländischen Rechts im IPR (Schneider; Yassari,)[3] erschienen.

Das von der Verfasserin gewählte Thema wird in einer breiteren deutschen Öffentlichkeit heftig diskutiert und ‚dem' islamischen Recht bescheinigt, weil göttlichen Ursprungs, unveränderlich und unveränderbar zu sein und darüber hinaus Frauen eklatant zu benachteiligen. Die Intention der Verfasserin, die Wandelbarkeit der Scharia ins Zentrum ihrer Arbeit zu stellen, auf Pauschalisierung zu verzichten und differenziert zu argumentieren, verdient Anerkennung. Sie schließt damit zur islamwissenschaftlichen Forschung zur Scharia auf, die diese Wandelbarkeit und Anpassungsfähigkeit generell und mit Blick auf das internationale Recht schon lange betont und erforscht. Die entsprechenden Autor_innen finden sich in der umfangreichen und gut recherchierten Bibliographie der Verfasserin. Vor diesem Hintergrund verspricht die Arbeit zwar keine grundlegend neue Erkenntnis, jedoch Aufschluss im Detail.

Die Verfasserin will die Thematik anhand ausgewählter arabischer und muslimischer Länder bearbeiten und hat bei der Auswahl eine repräsentative und ausgewogene Gruppe von Ländern zusammengestellt, die mit Saudi-Arabien ein Land umfasst, das bisher als einziges Familienrecht nicht kodifiziert hat, mit den nordafrikanischen Ländern Marokko und Tunesien hingegen Länder, die über eine lange Tradition der Kodifizierung verfügen, mit Iran eine islamische Republik, der der Ruf nachgeht, Frauenrechte besonders mit den Füßen zu treten, während Ägypten bisher über einzelne Gesetze, aber keine zusammenhängende Kodifikation verfügt, im Jahr 2000 aber mit einer Reform des Loskauf-Scheidungsrechts von sich reden machte, welche erstmals Frauen den Ausstieg aus der Ehe ohne Begründungs- und Beweiszwang und gegen den expliziten Wunsch des Mannes ermöglichte.

In der **Einleitung und Problemstellung** formuliert die Verfasserin die konkrete Zielsetzung der Arbeit folgendermaßen:

> Ausgehend von der Überlegung, dass eine Integration der internationalen Menschenrechte in das jeweilige Rechtssystem ihrem Universalitätsanspruch am effektivsten Geltung

[1] Bspw. Susanne Baer: *Travelling Concepts* (2001).

[2] Sally Engle Merry: *Human Rights & Gender Violence* (2006).

[3] Irene Schneider: *Der ṭalāq auf Reisen* (2014); Nadjma Yassari: *Die Brautgabe im Familienvermögensrecht* (2014).

> verschafft, soll anhand einer Betrachtung der Rechtsstellung der Frau in ausgewählten islamisch geprägten Staaten der Frage nachgegangen werden, ob und inwieweit die Integration internationaler Frauenrechtsstandards in ihrer Ausprägung durch die Menschenrechtsabkommen der VN [Vereinte Nationen, Anmerkung IS] in eine islamisch geprägte Staats- und Verfassungsordnung möglich erscheint. (S. 1)

Der konkrete Prozess der Integration internationalen Rechts in nationales Recht, wie er in der Literatur als *travelling* oder *translation* beschrieben wurde, steht mithin nicht im Fokus der Arbeit. Welche Zielrichtung hat also die Arbeit? Will die Verfasserin die ‚Integration' textgerichtet, d. h. anhand der Verfassungstexte, der Personalstatuten, der unterschriebenen Konventionen, der damit einhergehenden Vorbehalte und der Berichte der VN-Kommission untersuchen, strebt sie mithin eine ‚Diskrepanzanalyse' zwischen den bestehenden Personalstatuten und den internationalen Frauenrechten (vor allem CEDAW [Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women]) an? Oder möchte sie herausfinden „ob und inwieweit die Integration internationaler Frauenrechtsstandards […] *möglich erscheint*" [Hervorhebung der Rezensentin]. Im ersten Fall handelt es sich um eine textbasierte deskriptive Arbeit, die analytisch die Unterschiede zwischen den einzelnen Ländern erarbeiten und vergleichen würde. Im zweiten stünde eine normative Herangehensweise im Zentrum, die das dynamische Potential, das ‚die Scharia' in den einzelnen Ländern entfaltet bzw. entfalten kann, auszuloten und an die Standards der internationalen Menschenrechte zu binden verspricht. Wie man in der Einleitung zum vierten Kapitel, der Untersuchung der einzelnen Länderbeispiele, nachlesen kann, ist das letztere das Ziel:

> Anhand einer differenzierten Betrachtung ausgewählter islamisch geprägter Staaten soll am Beispiel der Frauenrechte aufgezeigt worden, *ob und inwieweit* diese vor dem Hintergrund ihrer jeweiligen verfassungsrechtlichen Ausgangslage *tatsächlich zum flexiblen Umgang mit der Scharia befähigt sind und damit die Grundvoraussetzung für die Geltung der internationalen Menschenrechte im islamischen Kontext erfüllen.* (S. 133, Hervorhebung der Rezensentin)

Dies ist ein hoher Anspruch. H.-G. Ebert[4] hat deutlich gemacht, dass verfassungsrechtliche Aspekte in der arabischen Welt ein notwendiges, aber eben nicht hinreichendes Kriterium für die Analyse der Verfassungsrealität sind und weniger als im Kontext westlicher Verfassungen dazu dienen können, die tatsächlichen Verhältnisse durchschaubar zu machen. Er verweist zu Recht auf die „Vielgestaltigkeit islamischer Auffassungen" und die „offen oder verdeckt ausgetragenen Auseinandersetzungen um Bewahrung, Veränderung oder Anpassung".[5] Erlaubt mithin die Analyse des Verfassungstextes des jeweiligen Staates, der Familiengesetzgebung, der ratifizierten Abkommen, v. a. CEDAW, und der dabei vorgebrachten Vorbehalte mehr als eine deskriptive Beschreibung des frauenrechtlichen Ist-Zustandes, von der Anwendung des Rechts in den Gerichten einmal ganz zu schweigen? Ist vor dem Hintergrund der komplexen Beziehung zwischen Religion, Recht und Staat in den muslimischen Gesellschaften eine profunde Einschätzung der

[4] Hans-Georg Ebert: *Islam und Scharia in den Verfassungen arabischer Länder* (1998), S. 4.

[5] Ibid., siehe auch Irene Schneider: *Islamisches Recht zwischen göttlicher Setzung und temporaler Rechtsordnung?* (2008).

möglichen oder eher nicht möglichen Fortentwicklung (oder im Sprachgebrauch der Verfasserin ‚Dynamisierung') möglich? Erhebliche Zweifel sind angebracht. Wie Ebert richtig vermerkt, ist der hybride Charakter der Verfassungstexte, die bspw. Gleichheit der Bürger neben dem sogenannten ‚Scharia-Vorbehalt' verankern, kennzeichnend. Dadurch verschiebt sich die Perspektive auf die Frage **wer** befugt ist zur Auslegung der religiösen Texte und **wie** die Auslegung aussehen soll: Welcher Personenkreis (Stichwort islamisches Recht klassischerweise als ‚Juristenrecht'!), welche gegebenenfalls staatlichen oder unabhängige Organe sind für die Exegese zuständig bzw. haben Einfluss? Gibt es in den staatlichen und nicht-staatlichen Gremien Frauen, können Sie hier mitentscheiden? Welche Rolle hat die Zivilgesellschaft beim Diskurs um Reformen?[6] Welches ist der hegemoniale Diskurs? Welche Rolle spielt die Scharia in denselben und welche das internationale Recht? Wie wird internationales Recht gesehen in dem hegemonialen Diskurs: als übereinstimmend mit der Scharia oder als im Gegensatz zu ihr? Wer entscheidet, welche Exegese Eingang in die Gesetzgebung findet? Wie erfolgt eine Überprüfung der ‚Islamizität' der Gesetzgebung der Parlamente (z. B. Wächterrat in Iran und Verfassungsgesetz [VerfG] in Ägypten)? Nur eine Gesamtanalyse dieses Hintergrundes (‚Recht im Kontext') und eine Einbeziehung der juristischen Kommentarliteratur in den jeweiligen Ländern kann zu einer serösen Auslotung des Entwicklungspotentials der Scharia hin zu einer Übereinstimmung mit internationalem Recht führen. Es ist an dieser Stelle anzumerken, dass die Verfasserin weder über Sprachkenntnisse noch über eine Ausbildung in der Islamwissenschaft verfügt und deshalb keinerlei Zugang zu juristischen Debatte in den Ländern hat, die sich mit Themen wie dem Vorrang der Verfassung vor der Scharia, der Auslegung der ‚Scharia-Klausel' etc. befassen. Auch Kommentare zu den Reformen der Gesetzgebung, zur Gesetzgebung selbst und den Verfassungsgerichtsentscheidungen, zur Frage des internationalen Rechts und seiner (Nicht) Übereinstimmung mit der Gesetzgebung im Land sind ihr mithin verschlossen, weil mehrheitlich auf Arabisch bzw. Persisch erschienen.

Im **ersten Kapitel** behandelt die Verfasserin das Menschenrechtsverständnis der Vereinten Nationen vergleichend mit dem „islamischen Menschenrechtsverständnis" (S. 5 ff). Nach einer Darlegung des Menschenrechts-Verständnisses (A) der VN widmet sie sich dem Universalitätsanspruch derselben und der kulturrelativistischen Kritik daran, geht von der normativen Geltung der Menschenrechte aus, fasst diese als ein „stets intendiertes Ideal", das deshalb rechtlicher Normierung bedarf, weil es nicht erreicht ist (S. 7). Sie argumentiert, dass zwar die menschenrechtliche Normsetzung im westlichen Bereich ihren Ursprung nahm, möchte sie jedoch einerseits als Idee des individuellen Werts eines jeden Menschen in der Rechtstradition jeder Zivilisation verorten (S. 8). Andererseits argumentiert sie, dass die religiösen Schriften die Menschenrechte „als solche" nicht kennten und der moderne Menschenrechtsgedanke nicht von religiösen Gelehrten entwickelt worden sei , sondern ein „ursprünglich säkulares" Konzept (sie verortet es in der Stoa, S. 9–11) sei. Das ignoriert die Verwurzelung der europäischen Menschenrechtsidee in der christlichen Tradition, bevor sie sich davon löste, um in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) von

[6] Siehe dazu beispielhaft für Marokko Léon Buskens: *Recent Debates on Family Law Reform in Morocco* (2003), zu Iran siehe Irene Schneider: *Civil Society and Legislation* (2010); siehe insgesamt den sehr guten Sammelband von Jan Michiel Otto (Hg.): *Sharia Incorporated* (2010).

1948 zum säkularen Verständnis der Würde des Menschen an sich zu kommen. Die Verfasserin evoziert damit ein säkular-europäisches Konzept der Menschenrechte, das sie „dem Islam“ (laut Kapitelüberschrift) gegenüberstellt. Sie schreibt:

> Die Rückbindung an die Religion führt dazu, dass die in den religiösen Bestimmungen festgelegten Rollenverteilung zwischen Mann und Frau als Gott gewollt und damit als legitime Unterscheidung verstanden wird. (S. 18)

Damit unterläuft sie nicht nur den eigenen Ansatz, die (faktische und auch potentielle) Wandelbarkeit des islamischen Rechts durch unterschiedliche Interpretationen der Texte im Blick zu behalten; sie impliziert damit zugleich eine überzeitliche Festlegung auf die Rolle der (islamischen) Religion im Einfluss auf die Geschlechterdiskussion und lässt den Eindruck einer unüberbrückbaren essentiellen Gegensätzlichkeit zwischen den säkularen westlichen geschlechtergleichen und islamisch-religiösen, Frauen diskriminierenden Geschlechterkonzeptionen entstehen, der historisch nicht haltbar ist. Auch wenn die Personalstatuten in der muslimischen Welt mit Ausnahme der Türkei und Tunesien keine Geschlechtergleichheit im Sinne der Frauenrechtskonvention aufweisen, so ist doch nicht gesagt, dass dies nicht in ihrem Potential liegt, es zu tun. Das Beispiel Tunesiens weist ja bereits in diese Richtung (während die Türkei einfach schweizerisches Recht übernahm). Ähnlich schematisch und pauschalisierend verfährt sie in Abschnitt B zu dem „Islamischen“ (sic!) Menschenrechtsverständnis: Es ist sicher richtig und angebracht, in einem Buch über Frauenrechte in den heutigen muslimischen Ländern in gebotener Kürze die wichtigsten Prinzipien, Dogmen, Quellen und Methoden des klassischen Rechts zusammenzufassen. Sie können aber nicht unter ein „Islamisches Menschenrechtsverständnis“ subsumiert werden (S. 19), denn der Menschenrechtsbegriff ist neu und diese Zusammenfassung betrifft vormodernes islamisches Recht.

Die Darstellung des „islamischen Menschenrechtsverständnisses“ beginnt mit einer Einführung in den Begriff der Scharia und der Quellen: Koran, Sunna, *idschma* (sic! S. 23; unterschiedliche Transkriptionen zeigen, dass aus verschiedener Forschungsliteratur abgeschrieben wurde) und *qiyās* (richtig transkribiert nach den Regeln der Deutschen Morgenländischen Gesellschaft) wie auch der Rolle des *iǧtihād* (transkribiert als *idjtihad*, wobei ج hier als *dj*, bei *iǧmāʿ* wiederum als *dsch* widergegeben ist). Hier wäre aus islamwissenschaftlicher Sicht ein Blick in das kluge und umfassende Einführungswerk von Wild[7] von Nutzen gewesen, um deutschen Jurist_innen einen Einblick in die Problematik, Grenzen und Möglichkeiten moderner Koranexegese mit Blick auf Normableitung zu geben. Dies gilt ebenfalls für den zwar erwähnten, in seiner Bedeutung aber nicht erfassten Abdullah An-Naʾim, der als einer der wichtigsten modernen Denker gelten kann bezüglich des Versuchs, die Menschenrechte in ihrer Gänze (d. h. in der AEMR und den Konventionen) in Einklang mit dem koranischen Text zu bringen. Feministische Koranexegese (u. a. z. B. Amina Wadud) und auch in Deutschland stattfindende Auseinandersetzung vor allem mit dem aus der Position der Geschlechtergleichheit problematischen Vers 4:34 übersieht sie leider ebenfalls. Es scheint das Schicksal feministischer Wissenschaft und wissenschaftlicher wie auch gesellschaftspolitischer Agency zu sein, dass sie den dominanten Blick nicht von der männlichen Buch- und Aktionsproduktion abwenden und auf sich ziehen kann.[8]

---

[7] Stefan Wild: *Mensch, Prophet und Gott im Koran* (2001).

[8] Irene Schneider: *Der Islam und die Frauen* (2011), S. 61–68.

Bei dem sehr kurzen Absatz zur Sunna repliziert die Verfasserin die klassisch-islamische Sichtweise, dass die Sunna auf den historischen Propheten zurückgehe – eine Position die seit dem 19. Jahrhundert von der quellenkritischen islamrechtlichen Forschung herausgefordert und widerlegt wurde und die deshalb in einer wissenschaftlichen Arbeit zumindest Erwähnung hätte finden sollen.[9] Die Rolle des *iǧtihād* in der Geschichte und vor allem nach der Öffnung des Tores des *iǧtihāds* in der Moderne, ist umfangreicher und tiefgreifender, als von ihr dargestellt und absolut zentral für den Kodifikationsprozess, der im 19. Jh. einsetzte. Schließlich ist es der zweite große methodisch Zugang zur Modernisierung des Rechts neben dem sog. *taḫayyur / talfīq* und stellt einen frischen Zugriff auf die Quellentexte, unverstellt durch jahrhundertelange Auslegungen, dar. Für all dies hätte sich ein Blick in die entsprechenden Artikel der *Encyclopedia of Islam* gelohnt. Da, wo sie die islamischen Menschenrechtserklärungen abhandelt, wird es konkreter und damit fassbarer und die Berührungspunkte zwischen internationalen Abkommen und islamischen Erklärungen treten sichtbar hervor (S. 37 ff). Die Problematik der islamischen Menschenrechtserklärungen besteht zumindest teilweise darin, dass die Übersetzungen in europäische Sprachen vom arabischen Original abweichen, z. B. bei der Islamischen Allgemeinen Menschenrechtserklärung von 1981. Hier muss sie notgedrungen die Forschung Dritter unkritisch rezipieren und schreibt letztendlich Tertiärliteratur. Im abschließenden Abschnitt C irrt die Verfasserin, wenn sie von einer nicht vorhandenen Vorstellung von „individuellen Rechten“ „im Islam“ ausgeht und daraus schließt, dass Menschenrechte im Sinne individueller Rechte dem islamischen Rechtsdenken fremd seien.[10]

Wenn Frau Fontana im **zweiten Kapitel** Frauenrechte in internationalen Verträgen mit Frauenrechten im klassischen Islam vergleicht, so ist dies anachronistisch und ein Vergleich von Äpfeln mit Birnen. Sinnvoll wäre eine Gegenüberstellung des idealtypisch zu fassenden klassischen islamischen Rechts, das wegen seiner Binnenpluralität nur bedingt geeignet ist für Verallgemeinerungen, und einer modernen Version – z. B. dem marokkanischen Recht[11] von 2004 – gewesen, oder jeder anderen Kodifikation. Sinnvoll wäre auch die Gegenüberstellung der internationalen Normen und eines modernen Personalstatuts gewesen, um die Differenzen hervortreten zu lassen. In der vorliegenden Form jedoch entsteht ein schräges Bild. Man/frau stelle sich einmal vor, ein arabischer Doktorand, des Deutschen nicht mächtig, würde eine Dissertation über die Möglichkeit des deutschen Rechts in internationales Recht eingebunden zu werden schreiben und mit Geschlechtsvormundschaft, den unvollständige Rechts- und Handlungsfähigkeiten der Frau etc. im deutschen Mittelalter beginnen[12] und diese CEDAW gegenüber stellen!

Das **dritte** Kapitel behandelt die Beteiligung islamisch geprägter Staaten am internationalen Menschenrechtsdiskurs. Hier folgert die Verfasserin zutreffend, dass trotz konzeptioneller Unterschiede und normativer Differenzen die islamisch geprägten Staaten dem Frauenrechtsschutz in der durch die VN gegebenen Ausprägung generell offen gegenüber stehen. Damit ist die klassische Unterteilung in ein ‚Haus des Islams‘ und ‚Haus des Krieges‘

[9] Siehe gut zusammengefasst in Harald Motzki: *Hadith* (2004).

[10] Siehe dazu grundlegend Joseph Schacht: Zur soziologischen Betrachtung des islamischen Rechts, in: *Der Islam* 22 (1935), S. 207–238.

[11] Siehe Schneider (2011), S. 75–82.

[12] Wilhelm Volkert: Frau, in: *Adel bis Zukunft* (1991).

obsolet und wird von staatlichen Akteuren nicht mehr verfolgt. Die Vorbehalte werden von ihr positiv gesehen, insofern sie überhaupt einen Beitritt der Staaten zu den Abkommen ermöglichen. Hier würde ich ihr zustimmen. Sie verweist aber auch auf die völkerrechtliche Problematik dieser Vorbehalte, die im Extremfall die gesamte Konvention in ihrer Umsetzung aushöhlen können.

Im **vierten** Kapitel kommt sie zum eigentlichen Thema, der Umsetzung der universellen Frauenrechte in ausgewählten muslimischen Staaten. Das Kapitel ist übersichtlich gestaltet, insofern für alle Länder dieselben Parameter angelegt werden: Islamische Bezüge im Rechtsystem mit staatlicher Ausgestaltung, Verfassung etc. (I), das Verhältnis von Menschenrechten und „Islam" (sic!) (II) und das Verhältnis des jeweiligen Landes zum internationalen Menschenrechtsdiskurs mit Ratifizierungsstand, Vorbehalte (III) wie auch Geltung und Rang internationaler Menschenrechtsabkommen (IV) und schließlich Frauenrechte (V). Es folgt immer eine zusammenfassende Betrachtung, die nicht nur eine generelle Einschätzung bezüglich des Ranges der Scharia enthält, sondern auch eine Einschätzung bezüglich der „Dynamisierung" der Scharia (VI). Im Allgemeinen sind viele Informationen gesammelt und die wichtigste europäisch-sprachige bzw. englisch- und deutschsprachige Forschung wurde von ihr in Betracht gezogen. Dass sie bei der Untersuchung der Staaten nicht den Anspruch erhebt, die Rechtsstellung der Frauen vollständig abzubilden, sondern sich auf ausgewählte Punkte (wie Heiratsalter, Scheidung etc.) beschränkt ist gerechtfertigt, und die von ihr gewählten Rechtsbereiche bilden die wichtigsten Konfliktpunkte zwischen den Kodifikationen heute, die auf der traditionellen Scharia beruhen, sie aber weiterentwickelten, und CEDAW ab. Gerade hier zeigt sich aber in den Ländern eine große Vielfalt, gerade innerhalb der ‚Kerngruppe' der muslimischen Staaten mit Ausnahme der ‚säkularen' Türkei und Tunesiens, das bereits in den 50er Jahren des 20. Jahrhunderts die Rolle der Scharia erheblich beschränkt hatte z. B. durch das Verbot der Polygynie und durch ein geschlechtergerechtes Scheidungsrecht. Dieser deskriptive Teil hätte erheblich an Konturen, Ergebnissen und Erkenntnissen gewonnen, wäre ein detaillierter tabellarischer Vergleich der Parameter, wie sie sich in den einzelnen Ländern darstellen, vorgelegt worden. Anhand dessen hätte die Bandbreite dessen, was Ali das „Operative Islamische Recht" (OIR) genannt hat,[13] verdeutlicht werden können. In einem zweiten Schritt hätte dann ein intensiver Vergleich zwischen den einzelnen Parametern aller Länder erfolgen können, der möglicherweise interessante Aufschlüsse bspw. über den (Nicht?)Zusammenhang zwischen politischem System (Republik / Islamische Republik / Monarchie) und konkretem Stand des OIR gegeben hätte. Inwiefern etwa ähneln sich z. B. Iran und Ägypten trotz gravierender verfassungsrechtlicher Unterschiede in einzelnen Fragen der Familiengesetzgebung oder gibt es erhebliche Diskrepanzen? Während in Iran bspw. die Scheidung an das Gericht gebunden ist und mithin Frauen vor Verstoßung ohne ihr sofortiges Wissen schützt, gilt dies nicht in Ägypten, wo die Verstoßung außerhalb des Gerichts erfolgen kann. Stattdessen weist wiederum Ägypten mit der *ḫulʿ*-Scheidung (sic! und nicht wie im Buch *ḥul*) einen erheblichen Reformschritt für mehr Gleichberechtigung auf. Hier werden Frauen in unterschiedlichen Bereichen besser gestellt (im Vergleich zum

[13] Shaheen Sardar Ali: *Gender and Human Rights in Islam and International Law* (2000), S. 187 ff.

vormodernen Recht) – aber kann man sagen, dass dies eine Beziehung zur Staatsform, zum Verfassungstext und zum Ratifikationsverhalten hat?

Zu den Länderberichten

Für **Saudi-Arabien** spiegelt sich ihr zufolge die Dynamisierung der Scharia in der Befugnis der Gerichte, die Lehrmeinungen anderer Rechtsschulen und den *iǧtihād* einzubringen. Dass dieses Recht in Saudi-Arabien bisher dazu genutzt wurde, Frauen zu diskriminieren, ist evident. Die Verfasserin schreibt:

> Zwar wird die Scharia entgegen der modernen Unterscheidung zwischen der Scharia als göttliches Recht und dem *fiqh* als deren historische Interpretation im Ehe-, Familien- und Erbrecht überwiegend mit den klassischen Lehrmeinungen in ihrer Ausprägung durch die hanbalitische Rechtsschule gleichgesetzt. Soweit die Primärquellen keine eindeutigen Vorschriften enthalten, steht die Scharia jedoch auch in Saudi-Arabien dem interpretatorischen Zugriff des Rechtsanwenders offen, der von dieser Möglichkeit auch im Hinblick auf die Rechte der Frau Gebraucht gemacht hat. (S. 155)

Hier wäre zunächst zu fragen, ob die Unterscheidung von „*fiqh*“ und „*šarīʿa*“ – (wie sie etwa vom ägyptischen Juristen ʿAšmāwī getroffen wurde)[14] in Saudi-Arabien überhaupt in dieser Weise diskutiert und angewandt wird. Wenn sie dann von Primärquellen spricht, ist das irritierend, denn Primärquellen im islamischen Recht sind eben Koran und Sunna, sie meint aber offensichtlich die ḥanbalītischen *fiqh*-Bücher. Der dritte Satz – welcher Gebrauch davon konkret durch die Richter gemacht wird – hätte durch Forschungsliteratur ausführlich belegt werden müssen. Die Einordnung der Dynamisierung der Scharia bleibt für Saudi-Arabien mithin nicht überzeugend.

Bezüglich **Bahrain** argumentiert sie, dass trotz der Verfassungslage, der zufolge die Scharia eine (aber nicht die) Hauptquelle ist, nicht der Weg begangen wurde, hier eine andere Quelle, nämlich die Menschenrechte, als Grundleitlinie der Gesetzgebung im Personalstatut zu sehen sondern eben die Scharia – warum das aber so ist, erklärt sie nicht (S. 177).

Bezüglich der **VAE** argumentiert sie, der Bezug zur Scharia werde im Grundrechtsteil der Verfassung der VAE nicht hergestellt – mithin erschienen die Grund- und Menschenrechte als säkulares Konzept (S. 179). Hier würde interessieren, wie Juristen der VAE diese Zuschreibung einordnen: die Konzeption ‚säkular‘ wird in vielen muslimischen Ländern als sehr problematisch gesehen und eingestuft. Die Einschätzung am Ende, die Scharia werde „weniger als dynamische Materie“ begriffen (S. 193) ist vage und wenig aussagekräftig, abgesehen davon, dass auch sie nicht an eine substantielle Beweisführung gebunden ist.

Iran: Ein „Nebeneinander von Volks- und Gottessouveränität“ (S. 197) ist mir aus der Verfassung nicht bekannt, verankert ist dort eindeutig die Gottessouveränität (Art. 2). Die Kandidaten für das Parlament werden vom Wächterrat vorausgewählt und es ist eben dieses Gremium, das zugleich auch die Islamizität der Gesetzgebung des Parlaments kontrolliert. Frau Fontana hat im Iran-Artikel zwei wichtige Punkte übersehen: die Verfassungserweiterung von 1989 und deren Vorgeschichte, welche die Frage der „islamischen Gesetzgebung“ nochmals neu stellte und ein zusätzliches Gremium schuf.[15] Darüber hinaus ist ihr

[14] William E. Shepard zu al-ʿAshmawi, in: *IJMES* 28 (1996), S. 39–58.

[15] Siehe dazu Silvia Tellenbach: *Zur Änderung der Verfassung der Islamischen Republik Iran vom 28. Juli 1989* (1990).

entgangen, dass es seit 2013 ein neues Familienschutzgesetz gibt, das allerdings nur in der persischen Version vorliegt und noch nicht übersetzt wurde.[16] Die Schlussfolgerung, dass eine Ratifizierung von CEDAW wünschenswert ist, mag Frau Fontanas Vorstellung entsprechen, spiegelt aber in keiner Weise die interne Diskussion darum wider, ob das zurzeit möglich und in absehbarer Zukunft machbar ist. Diese Fragen sind komplex und können aus Sicht der Rezensentin nicht abschließend beantwortet werden. Jedoch wäre zu berücksichtigen, dass kontroverse Diskussionen bestehen.[17]

Ägypten: Sie bescheinigt Ägypten innovative Rechtsfortbildung (S. 223, 250 f.), nimmt aber die Brüche in der Verfassungsentwicklung nicht genug in den Blick. Es ist zwar korrekt, dass die ägyptische Verfassung von 2014 im Gegensatz zur iranischen die Volkssouveränität vorsieht und nicht die Souveränität Gottes – jedoch ist die Frage, was dies vor dem Hintergrund von Artikel 2, der unverändert auch 2014 die Scharia als die Hauptquelle der Gesetzgebung angibt, bedeutet, offen. Ihre Einschätzung, dass die islamische Prägung eines Staates und die hervorgehobene verfassungsrechtliche Stellung der Scharia einer Integration menschenrechtlicher Erwägungen nicht zwingend entgegensteht (S. 228) ist vor dem Hintergrund der ausführlichen von Ägypten abgegebenen Vorbehalte und vor dem Hintergrund der Tatsache, dass in der Verfassung von 2012 kurzzeitig eine prominente, sogar dem VerfG übergeordnete Position der religiösen Institution der *Azhar* festgelegt war, nicht zwingend. Hier zeigt sich auch das Manko, dass sie Verfassungsdiskussionen im Land wegen mangelnder Sprachkenntnisse nicht verfolgen kann. Die Einschätzung, dass „trotz oder vielmehr gerade auf Grund“ (sic!) der verfassungsrechtlichen Aufwertung der Scharia zu der Hauptquelle im ägyptischen Ehe- und Familienrecht Reformen ergingen (S. 249) ist zwar richtig – trifft aber für alle muslimischen Staaten zu –, nur dass Bahrain, das seinen Personenstand erst 2009 kodifizierte, hier natürlich noch keine lange Reformgeschichte aufweisen kann, hingegen andere Staaten wie Marokko und Jordanien schon. Problematisch an Ägypten ist ja gerade, dass es keine vollständige Kodifikation hat, sondern nur einzelne Teilgesetze. Die für die Zeit vor 2011 in der islamrechtlichen Forschung prominent untersuchte Rolle des VerfG, auf die sich Frau Fontana stützt, müsste nun durch neue Forschung für die nach-revolutionäre Zeit ergänzt werden. Auch für Ägypten überzeugt mithin ihre Einschätzung nicht.

Marokko: Am Beispiel Marokkos wird besonders ersichtlich, wie schwer der Verfasserin eine Einordnung in ‚dynamisch‘ oder ‚nicht-dynamisch‘ fällt und wie sehr sie zwischen verschiedenen Positionen hin- und herschwankt. Die verfassungsrechtliche und rechtliche Lage ist richtig beschrieben und die Texte scheinen tatsächlich den Schluss nahe zu legen, dass Marokko mit dem verfassungsrechtlich verankerten Gleichheitsgebot bewusst positiv umgeht. Es gibt in der Verfassung keine Scharia-Klausel. Hintergrund, den die Verfasserin erwähnt, aber nicht genügend berücksichtigt, ist die zentrale Rolle des Königtums. Zum einen nun ist sich die Verfasserin bewusst, dass die immer noch zulässige Polygynie gleichheitswidrig ist. Sie begegnet dem jedoch, weil sie Marokko prinzipiell als ‚gut‘ im Sinne einer Gleichberechtigungspolitik abgespeichert hat, mit dem Argument, die Polygynie käme nicht häufig vor – sich hier auf eine Forschung (sic!) verlassend, ohne dieselbe kritisch hinterfragen zu können (S. 265 ff.). Gerade hier aber liegt

[16] Siehe aber dazu M. A. Ansaripour: *A Brief Analysis of the 2013 Family Protection Act* (2011–2012).

[17] Irene Schneider: *Translational Turn and International Law* (2015).

der Hase im Pfeffer, denn dieses Argument ist in den urbanen Zentren und unter Intellektuellen oft zu hören. Verlässliche empirische Untersuchungen dazu liegen hingegen selten vor. Zum anderen ist ihr bewusst, dass die Brautgabe im Gesetz verankert ist und damit das traditionelle Eheverständnis, demzufolge der Mann bezahlt und die Frau Gehorsam leistet, zwar durch die seit 2004 geltende Reform, dass beide Oberhaupt sind, eingeschränkt, aber nicht aufgehoben ist. Regelungen gelten, und das führt sie auch an, die dem Gleichheitsgrundsatz widersprechen (Polygynie, kein gleiches Scheidungsrecht, Differenzierung von *ḥaḍāna* und *wilāya* [S. 271]). Sie übernimmt unkritisch aus der Literatur die Behauptung, dass die Scheidung aufgrund von Schädigung der deutschen Zerrüttungsscheidung „sehr nahe" (S. 270) sei, ohne zu bedenken, dass die ‚Schädigung' von Frauen nachgewiesen werden muss! Und zwar nur von der Frau. Wie also ist es möglich, dass trotz dieser von ihr richtig bzw. teilweise richtig recherchierten Details sie schreiben kann, der Ehe liege in Marokko die „Vorstellung einer gleichberechtigten Partnerschaft" zugrunde (S. 268)? Ähnlich opak ist ihre Einschätzung am Ende des Kapitels, welche die Scharia nicht als Hemmnis zur Umsetzung der internationalen Frauenrechte sieht, aber einbezieht, dass Marokko in einigen Bereichen hinter denselben zurückbleibt (S. 273 f.). Diese Ambiguität und Allgemeinheit reflektiert deutlich, dass die Verfasserin mit ihrer selbst gesetzten Aufgabe, die ‚Dynamik' auszuloten, überfordert ist.

Türkei: Die Türkei ist durch die Übernahme europäischen Rechts ein anderer Fall, kann jedoch kulturell als von der islamischen Religion geprägt gesehen werden. Die Verfasserin muss hier eingestehen, dass trotz dieser Tatsache und trotz gleicher Rechte für Männer und Frauen in Ehe und Scheidung die Türkei Vorbehalte eingelegt hat. Warum hat die Türkei, die schon 1926 ‚säkulares' Recht einführte, erst 2002 alle Vorbehalte zurückgenommen? Warum hat sie überhaupt Vorbehalte eingelegt? Diese Frage, die auch auf die soziale und eben nicht nur rechtliche Verankerung zahlreicher Rechte (Stichwort: Patriarchat!) eingehen würde, wird von der Verfasserin leider nicht gestellt.

Die vergleichende Betrachtung (S. 311 ff.) greift nochmals wiederholend viele der aufgeführten Details auf, versäumt es allerdings, dieselben in einen alle Länder in den untersuchten Parametern gleichermaßen einbegreifenden und übergreifenden, einen Überblick gebenden Vergleich einzubinden. Sätze wie: „In Bahrain ist die Polygamie zwar auch nach der Kodifikation des Familienrechts weiter zulässig. Allerdings […]" (S. 336) gehören in einen Kontext, demzufolge mit der Ausnahme der Türkei und Tunesiens alle untersuchten Familienrechte noch die Polygynie erlauben, sie aber unterschiedlich rechtlich regeln. Dann hätte ein detaillierter Vergleich der unterschiedlichen Regulierungsmechanismen (Gerichtsbindung der (Zweit)Heirat, Informationspflicht der betroffenen Frauen, mögliches Scheidungsrecht derselben) Aufschluss über die konkreten Ausgestaltungen des ‚Operativen Islamischen Rechts' gegeben. Der Vermerk, dass iranische Scheidungen vor einem Notariat stattfinden müssen (S. 322), ist zwar insofern korrekt, als dieses zum Schluss die Scheidung beurkunden muss, es ist aber in Iran immer ein Gericht involviert, das nach einem Versöhnungsverfahren[18] entscheidet. Wo die Grenze der zulässigen Rechtsfortbildung erreicht ist, welche Regelungen sich also dem interpretatorischen Zugriff entziehen, ist nur durch eine Analyse der Debatten in den betroffenen Ländern herauszufinden und nicht durch einen allgemeinen Verweis der Verfasserin auf das

[18] Ansaripour (2011–2012), S. 84.

Erbrecht. Es wird zurzeit in Tunesien heftig diskutiert und möglicherweise neu gefasst. Bisher nicht behandelte Aspekte werden erwähnt, so beispielsweise die durchaus zentrale und interessante Frage, ob Frauen Staatsoberhäupter werden können, was für Saudi Arabien und Iran zurecht verneint, für die anderen Länder aber nicht untersucht wird (S. 327), so dass ein uneinheitliches Bild entsteht.

Die Aussage in der **Zusammenfassenden Schlussbetrachtung,** dass beide Konzepte, internationale Menschenrechte und Scharia „in Einklang gebracht werden können" geht nicht über ihr Eingangsstatement hinaus und ist vage (S. 328). Dass der Rückgriff auf die eingangs aufgezeigten Rechtsquellen und Rechtsfindungslehre geschieht (S. 328), wird der komplexen Diskussion inklusive des Agierens der Juristen und der Zivilgesellschaft nicht gerecht. Dass die Scharia vor jedem weltlichen Recht „zwingend Vorrang" genießt ist eine Vereinfachung, die der verfassungsrechtlichen Debatte in der islamischen Welt nicht gerecht wird. Hier fehlt ihr der Zugang zur arabischsprachigen bzw. für Iran: der persischsprachigen Forschung.[19] Von Fehlern im Detail ganz zu schweigen: Die Einschätzung, dass Iran, Bahrain und die VAE im Rahmen der Kodifikation die traditionelle Lehrmeinung der jeweils dominierenden Rechtsschule in staatliche Rechtsakte transformiert haben (S. 335), ist nicht zutreffend, denn Iran hat bspw. nicht einfach schiitisches Recht kodifiziert, sondern in der Scheidung wie alle anderen Staaten auch malikītisches Recht übernommen und es mithin Frauen ermöglicht, wegen physischer oder psychischer Schädigung die Scheidung einzureichen. Ebenso wenig kann man generalisierend sagen, dass (nur) Ägypten, Marokko und Tunesien die Kodifikation genutzt haben, um rechtsschöpferisch tätig zu werden. Das gilt für die anderen Länder ebenfalls, natürlich mit Ausnahme Saudi-Arabiens, das ja keine Kodifikation hat.

Die Einwände gegen die Arbeit wiegen schwer und somit kommt die Rezensentin zu einer Zusammenfassung, die leider wenig Raum für eine positive Würdigung der Arbeit trotz durchaus wichtiger und richtiger Ansatzpunkte lässt:

1) Methodisch trägt der normative Ansatz, der glaubt, aus den angegebenen Parametern eine Dynamisierung der Scharia in dem einen und eine Nicht-Dynamisierung in dem anderen Land ableiten zu können, nicht. Eine solche Einschätzung wäre nur aus den Debatten (‚Recht im Kontext') und einer Analyse der jeweiligen Konstellation und Interaktion von Scharia-Establishment (staatlich und nichtstaatlich), Staat und Zivilgesellschaft sowie aus der Auswertung der juristischen Kommentarliteratur ableitbar gewesen, die nicht erfolgt. Mehr als allgemeine Mutmaßungen, dass die Scharia in diesem Land mehr und in jenem weniger dynamisiert werden könnte, kann die Verfasserin nicht leisten und damit kommt sie über den eingangs von ihr festgestellten Fakt, dass die Scharia prinzipiell dynamisch ist, nicht hinaus.

2) Die deskriptive Aufarbeitung bleibt im Kleinen stecken und leistet keinen gründlichen Überblicksvergleich zwischen allen untersuchten Ländern nach verschiedenen Fragestellungen. Eine solche hätte sein können, ob die Verankerung der Gottes- oder Volkssouveränität das Ratifikationsverhalten zu internationalen Verträgen beeinflusst oder wie konkrete Bereiche (z. B. das Scheidungsrecht von Frauen) überblicksweise in den verschiedenen Ländern geregelt sind und ob sich das in den Vorbehalten zu CEDAW spiegelt etc.

[19] Beispielhaft die Diskussion um die palästinensische Verfassung einmal auf Englisch, um einen Eindruck zu vermitteln: Asem Khalil: *Constitutional Framework* (2009).

Dies geschieht teilweise im Detail, nicht aber in einem übergreifenden Rechtsvergleich.

3) Die einheimische Literatur zur Verfassungsdiskussion, Kommentare zu den Gesetzen und zu den Ratifikationen einschließlich Vorbehalte wird komplett ignoriert, so als ob es sie nicht gäbe.

Dieser letzte Punkt – ein Reflex dessen, was Edward Said mit *orientalism* meinte –, ist gravierend, weil mithin in der juristischen und breiten Öffentlichkeit der Eindruck entstehen könnte, westliche Jurist_innen seien verpflichtet, arabischen und iranischen Jurist_innen ihre Verfassung, ihre Gesetze und die Rolle islamischen Rechts in ihren jeweiligen Staaten zu erklären. Dies, nämlich eine eurozentrische Perspektive, gerade zu vermeiden, war die Verfasserin ja eigentlich angetreten (S. 3). Schade, dass sie diesen und viele andere gute Vorsätze nicht hat einlösen können.

Prof. Dr. Irene Schneider ist Professorin am Seminar für Arabistik/Islamwissenschaft der Georg-August-Universität Göttingen und erste Vorsitzende der GAIR.

ZRI – Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam 9 (2017), S. 309–312

TAGUNGSBERICHTE

Conference Report: *The Ibāḍiyya in the Context of Early Islamic Theology and Law. International Workshop*, Orient-Institut Beirut (27. 1. 2017)

Astrid Meier & Hans-Peter Pökel

Am 27. Januar 2017 fand am Orient-Institut Beirut der internationale Workshop *The Ibāḍiyya in the Context of Early Islamic Theology and Law* statt. Anlass war das Erscheinen von Abdulrahman al-Salimi's Edition von drei ibāḍitischen *siyar* (*Bibliotheca Islamica* 51). Die edierten Texte stammen aus dem Oman und sind in das 4. und 5.[1]/11. und 12. Jahrhundert zu datieren. Die *siyar* (Pl., Sg. *sīra*), hier als Sendschreiben von Autoritätsfiguren an ihre Gemeinden zu verstehen, vermitteln Einblicke in theologische und rechtliche Fragestellungen, die in der frühislamischen Zeit kontrovers diskutiert wurden. Sie zeigen, dass sich kollektive religiöse Identitäten durch Austausch und Verhandlung von Wissen und Auslegung erst allmählich herausbildeten. Wichtig sind in diesem Zusammenhang auch weitere Editionen von frühen ibāḍitischen Texten wie die sechs *Kalām*-Texte von Abd ʿAllāh b. Yazīd al-Fazārī aus der Mitte des 2./8. Jahrhunderts;[2] oder die Aqwāl Qatāda b. Diʿāma al-Sadusī (st. 117/735).[3]

Ziel des Workshops war es, zu klären, in welchem Zusammenhang die omanischen *siyar* mit der frühen ibāḍitischen Schule stehen, die sich im Umfeld der basrischen Muʿtazila um ihren Vordenker Abū ʿUbaida Muslim b. Abī Karīma (st. ca. 150/767) formierte, und zu diskutieren, in welcher Weise die frühen ibāḍitischen Texte das heutige Bild der frühen islamischen Geschichte verändern können. Dabei interessierten insbesondere theologische und rechtliche Debatten.

Die ersten beiden Jahrhunderte der islamischen Geschichte gehören für die historisch-islamwissenschaftliche Forschung zu den herausforderndsten überhaupt. Die prekäre Quellenlage erschwert die Rekonstruktion von Geschichte allgemein, aber besonders auch das Verständnis für die Entwicklung von Theologie und Recht in ihren frühen Stadien. In Bezug auf die *Ibāḍiyya* waren originalsprachliche Quellen lange Zeit unzugänglich. Erst die Arbeiten von Tadeusz Lewecki, Josef van Ess und Wilferd Madelung holten mit ihrem Interesse an der Geschichte der islamischen Theologie die *Ibāḍiyya* wieder ans Licht. Heute arbeitet eine beträchtliche Anzahl von Forsche-

[1] Die Angaben der Jahreszahlen erfolgen jeweils in der Reihenfolge Hiǧra/n. Chr.

[2] Wilferd Madelung / Abdulrahman al-Salimi (Hgg.): *Early Ibāḍī Theology*, Leiden 2014.

[3] Abdulrahman al-Salimi (Hg.): *Early Islamic Law in Basra in the 2nd/8th Century*, Leiden 2017.

rinnen und Forschern international an Themen zur *Ibāḍiyya* in Geschichte und Gegenwart und trifft sich regelmäßig zum Austausch. So lässt sich heutzutage die Bedeutung der *Ibāḍiyya* auch für die Rechtsgeschichte in Umrissen erkennen.

Der Workshop war in zwei Panels gegliedert. Im ersten Teil standen die **Textualität von Quellen und ihr Beitrag zum Verständnis des historischen Kontextes der frühesten *Ibāḍiyya*** im Vordergrund. Die *Ibāḍiyya* entstand in denselben Milieus wie die frühe Muʿtazila und teilt mit ihr verschiedene Diskussionspunkte wie den freien Willen oder die prekäre Position des Sünders. Ihre Beziehungen und Verflechtungen sind bisher jedoch nicht umfassend geklärt.

Abdulrahman al-Salimi gab in seinem einführenden Vortrag einen forschungsgeschichtlichen Überblick zur *Ibāḍiyya* und behandelte insbesondere die Frage, welchen Beitrag die *Ibāḍiyya*-Forschung und die ibāḍitischen *siyar* zum Verständnis frühislamischer Diskurse leisten können. Die edierten Sendschreiben zeichnen sich sprachlich durch einen einzigartigen Stil aus, der bisher noch nicht eingehend untersucht worden ist. Die Gattung der *siyar* wirft also zahlreiche Fragen auf, die bisher nicht geklärt sind. Die Texte ermöglichen durch ihre frühe Entstehungszeit jedoch Einblicke in den ‚hermeneutischen Pluralismus' von Debatten aus einer Übergangszeit von mündlicher zu schriftlicher Überlieferung. Der frühmodernen *Ibāḍiyya* des 16. und 17. Jahrhunderts sowie der Reformbewegung des 19. Jahrhunderts dienten diese früh-ibāḍitischen *siyar* denn auch als Erinnerungsdokumente zur Rekonstruktion von Geschichte und der Dokumentierung der Entwicklung einer kollektiven Identität im islamischen Kontext. Zumindest in den frühen Stadien der *Ibāḍiyya* kann noch nicht von geschlossenen Gruppen oder Diskursgemeinschaften gesprochen werden, weshalb den *siyar* ein besonderer Wert der Wissensüberlieferung beigemessen werden kann.

Die Bezeichnung *sīra*, pl. *siyar*, wurde in der folgenden Diskussion weiter problematisiert. Sie ist auf mindestens vier Bereiche anzuwenden:

- die *sīra* als Verhalten, Lebensbild einer Person, am berühmtesten diejenige des Propheten, die *sīra an-nabawīya*;
- zweitens Verhaltensweise im Krieg, später Kriegs- und Fremdenrecht (*kitāb as-siyar fi l-ǧihād*);
- drittens als Sendschreiben einer Person an andere Personen;
- viertens, Sendschreiben mit einem spezifischen theologischen Gehalt, beispielsweise Schriften, die sich explizit zum *zakāt* oder anderen Themen der frommen Praxis äußern und Inhalte vermitteln, die einem revolutionären Programm ähneln.

Vor allem aber sind die *siyar* auch historisch von Interesse, denn sie haben ein Geschichtsbild bewahrt, das in dieser Form in späteren Quellen nicht mehr vermittelt wurde. Hervorgehoben wurde, dass bisher keine systematischen Studien zu den *siyar* vorliegen, die sich genauer mit ihren stilistischen Feinheiten befassen. Es kann jedoch angenommen werden, dass es sich bei den *siyar* um die frühesten Sendschreiben handelt, die zu theologischen Fragestellungen bzw. zum *ʿilm al-kalām* verfasst wurden. Al-Salimi verwies in diesem Zusammenhang auch auf die bereits von Patricia Crone und Fritz Zimmermann geäußerte Vermutung, dass die *siyar* eine ähnliche Funktion

erfüllt haben könnten wie die Briefe des Apostels Paulus in der frühchristlichen Mission.[4]

Bezeichnend ist, dass die von Abdulrahman al-Salimi publizierten *siyar* zahlreiche Koranverse zitieren. *Ḥadīṯ*-Material findet sich, wenn überhaupt, selektiv und manchmal in fragmentierter Form, obwohl *Ibāḍiten* eine vollständige Sammlung bereits Ende des 8. Jahrhunderts besaßen. Stattdessen finden sich jedoch zahlreiche exegetische Deutungen sowie *aṯār*, also Überlieferungen ibāḍitischer Imame und Gelehrter sowie Belegverse aus der vorislamischen Dichtung. Vermittelt wird eine tiefgehende Frömmigkeit, die sich nicht mit Benennung und Vermeidung dessen zufrieden gibt, das als *ḥarām* angesehen wird, sondern auch das, was als unbedenklich, *ḥalāl*, gilt. Zahlreiche Diskussionen um theologisch relevante Themen, die auch für die Muʿtazila prägend werden sollten, klingen an.

Die beiden folgenden Beiträge beleuchteten das Außenbild der *Ibāḍiyya* mit Fokus auf die basrische Gelehrsamkeit. **Josef van Ess** (Tübingen) beleuchtete das *Kitāb at-Taḥrīš* von Ḍirār b. ʿAmr (st. 200/815), einem der bedeutendsten Theologen der basrischen Muʿtazila. In Form einer *munāẓara*, eines theologischen Wettstreites, gibt das Werk Einblicke in die Fragen, die in seinem Umfeld kontrovers diskutiert wurden. Bereits der Titel des Werkes, das der Bagdader Ibn al-Nadīm (st. 385/995) in seiner umfangreichen Sammlung gelehrter Werke nicht erwähnte, ist erklärungsbedürftig, denn durch seine Konnotation mit dem Hahnenkampf weist der Titel eine gewisse Nähe zum Glücksspiel auf. Seine Beziehung zum Inhalt des Werkes ist nicht geklärt. Anlass zum Schreiben war die Klage über den *iḫtilāf*, die unterschiedlichen dogmatischen Meinungen, die die *umma* in einzelne Gruppen aufspaltete. Durch die umfassende Darstellung der Argumente für und wider die Kernsätze einzelner Gruppen eröffnet das Werk tiefe Einblicke in die Vielfalt der theologisch und rechtlich relevanten Positionen im 2./8. Jahrhundert. Die Einführung eines fiktiven Richters, der über die Positionen zu urteilen hat, bringt eine ironische Note ins Spiel und beleuchtet die wichtige Unterscheidung von Geschichtsbild (*imaginaire*) und Geschichte, die laut van Ess gerade für das Verständnis dieses frühen Textes essentiell ist.

Die Textstellen mit Bezug zur *Ibāḍiyya* sind im Teil zu den Ḫawāriǧ zu finden. Auf das Lob (*madḥ*) ihrer Positionen folgt der Teil mit dem Tadel (*ḏamm*). Dabei ist es unklar, ob das Kapitel zur *Ibāḍiyya* authentisch ist oder nicht. Das waren Punkte, auf die **Ridwān al-Sayyid** (Beirut) in seinem Beitrag einging. Er vertrat die These, die theologischen und juristischen Probleme im *Kitāb at-Taḥrīš* verwiesen auf die Diskussionen über Gemeinschaft (*umma*), Gruppenbildung (*ǧamāʿa*, *firqa*) und *Gewalt (fitna)*, die die Zeit zwischen 100 und 150 prägten. Meinungsverschiedenheit (*iḫtilāf*) und *consensus* (*iǧmāʿ*) wurden deshalb zu Kernbegriffen. Im späteren 2./8. Jahrhundert wurden sie in einen neuen Kontext gestellt und mit dem Aufstieg der neuen Figur des *faqīh* verbunden. Was war seine Funktion? Hier wären das Verhältnis von *kalām* und *fiqh* und die Rolle des *Ḥadīṯ* zu diskutieren. Dabei ist das Kapitel zur *Ibāḍiyya* speziell, weil es keine *Ḥadīṯe* enthält. Das Bild der *Ibāḍiyya* in diesem schwierigen Text leitete zum zweiten Panel über, das sich mit der kontextuellen Verortung der frühislamischen Rechtsentwicklung befasste.

Yohei Kondo (Beirut) bot einen Forschungsüberblick zum ibāḍitischen Recht und stellte dessen historische Entwicklung im Oman des 9. Jahrhunderts zur Diskussion, indem er eine enge Verbindung zu Basra feststellte. Ibāḍiti-

[4] Patricia Crone / Fritz Zimmermann: *The Epistle of Sālim Ibn Dhakwān*, Oxford 2001.

sches Recht scheint sich analog zu und in Auseinandersetzung mit anderen Rechtsschulen entwickelt zu haben, indem Gelehrte reisten, um bei namhaften Größen ihrer Zeit zu studieren. Juristische Lehrmeinungen entwickelten sich in der Verhandlung unterschiedlicher Ansichten sukzessive zu einem eigenen Konsens. Kondo verwies in seinem Beitrag auf die Fähigkeit ibāḍitischer Gelehrter, kreativ zu denken, um den normativen Anspruch des Rechts auch beim Fehlen von Präzedenzfällen durchzusetzen. Er zeigte dies anhand konkreter Fälle an spezifischen Entwicklungen im Familienrecht auf.

Benjamin Jokisch (Hamburg/Berlin) problematisierte in seinem Beitrag das Verhältnis von Mainstream und Minderheitenmeinung in der Rechtsentwicklung. Die Frage, ab wann man überhaupt von einem islamischen Recht sprechen könne, ist nach wie vor nicht geklärt. Doch bereits vor dem eigentlich institutionalisierten und kanonisierten islamischen Recht, so Jokisch, gab es Diskussionen über Rechtsprobleme. Anhand von einigen Textquellen behandelte Jokisch einen konkreten Rechtsfall komparativ auf die Frage nach möglichen Abhängigkeiten zwischen ibāḍitischem und ḥanafitischem Recht. Trotz vieler Ähnlichkeiten in Problemstellung und Formulierungen konnte aufgrund dieser Textstellen nicht gezeigt werden, ob sich Ibāḍitisches Recht parallel zum ḥanafitischen entwickelt hat oder von diesem abhängig war. Dafür wären weitergehende Analysen auch der neu edierten Texte nötig. In der Diskussion wurde die Frage aufgeworfen, ob in einer solchen Untersuchung nicht auch Einflüsse anderer Rechtssysteme wie des römischen, des jüdischen und des zoroastrischen einzubeziehen wären, um dem spätantiken Kontext gerecht zu werden.

Der Workshop hatte auch das Ziel, einen Austausch zwischen Spezialisten der *Ibāḍiyya* mit Forscherinnen und Forscher aus verschiedenen Disziplinen mit anderen Schwerpunkten zu ermöglichen. Die Konstellation führte zu angeregten Diskussionen nicht nur zur Entwicklung von Theologie und Recht, sondern auch über die Entwicklung frühislamischer Gesellschaften, insbesondere der Ausbildung von kollektiven Identitäten. Ob sich die frühe Geschichte der *Ibāḍiyya* auch archäologisch dokumentieren ließe, blieb offen, wohl aber konnte auf architektonische Besonderheiten in Oman (beispielsweise im Bau von Moscheen) verwiesen werden.

Prof. Dr. Astrid Meier, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Lehrstuhl für Islamwissenschaft.

Hans-Peter Pökel, Orient-Institut Beirut.

ZRI – Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam 9 (2017), S. 313–324

Tagungsbericht: Konferenz: *Scharia und Grundgesetz*, Goethe Universität, Frankfurt am Main (5. Mai 2017)

Katja Rieck

Als der damalige Bundespräsident Christian Wulff 2010 in seiner Rede zum Tag der Deutschen Einheit das Bekenntnis zu Deutschland als ein multikulturelles Einwanderungsland mit bedeutender muslimischer Minderheit mit dem Satz „Der Islam gehört zu Deutschland" zum Ausdruck brachte, provozierte dies eine nationale Debatte. Faktisch war man schon spätestens seit 2006 mit der Zusammenkunft der ersten *Deutschen Islamkonferenz* damit beschäftigt, sich darüber auszutauschen, wie man das Zusammenleben gerechter und inklusiver gestalten könnte, um die Integration von Muslimen in Deutschland zu unterstützen. Die Debatte heizte sich nochmals auf, als die internationale Presse 2013 eine weltweite Studie des USA-basierten *PEW Research Center* über Muslime und ihre Auffassungen zu Politik, Religion und Gesellschaft rezipierte und reißerische Aussagen wie „Mehrheit der Muslime weltweit für Anwendung der Scharia" anführte.[1] Damit drängte sich für eine besorgte Öffentlichkeit die Frage auf, inwieweit Muslime in der Lage sind, sich zu Demokratie und Rechtstaatlichkeit zu bekennen. Eine ebenfalls 2013 veröffentlichte Studie des *Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung* über die Integration muslimischer Minderheiten in sechs europäischen Ländern, durchgeführt vom Migrationsforscher Ruud Koopmanns, stellte fest, dass zwei Drittel der befragten Muslime in diesen europäischen Ländern (darunter auch Deutschland) religiöse Gesetze für wichtiger hielten als die nationalen Gesetze des Landes, in dem sie lebten.[2] Drei Jahre später, im Jahre 2016, veröffentlichte das Meinungsforschungsinstitut *Emnid* die Ergebnisse einer repräsentativen Umfrage, durchgeführt als Teil einer größeren Studie der Universität Münster, in der 47 % der befragten Muslime türkischer Herkunft dem Satz zustimmten: „Die Befolgung der Gebote meiner Religion ist für mich wichtiger als die Gesetze des Staates, in dem ich lebe." 32 % der Befragten stimmten sogar der Aussage zu, dass Muslime „die Rückkehr zu einer Gesellschaftsordnung wie zu Zeiten des Propheten Mohammad" anstreben sollten.[3]

Zusammen trafen diese Ergebnisse mit der sehr öffentlich kommunizierten Unterstützung vieler in Deutschland lebenden türkischen Mus-

[1] So lautete der Titel eines kurzen Artikels aus dem *Handelsblatt* (30. 04. 2013), www.welt.de/newsticker-/news1/article115754530/Mehrheit-der-Muslime-weltweit-fuer-Anwendung-der-Scharia.html (letzter Aufruf 29. 10. 2017). Die tatsächlichen Ergebnisse der *PEW Research Center*-Studie waren jedoch etwas differenzierter. Siehe Kapitel 1 von PEW Research Center: *The World's Muslims: Religion, Politics and Society* (2013), www.pewforum.org/2013/04/30/the-worlds-muslims-religion-politics-society-beliefs-about-sharia (letzter Aufruf 27. 10. 2017).

[2] Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung: Islamischer religiöser Fundamentalismus ist weit verbreitet (2013), www.wzb.eu/de/pressemitteilung/islamischer-religioeser-fundamentalismus-ist-weit-verbreitet (letzter Aufruf 27. 10. 2017).

[3] Deutsche Welle: Islam und Grundgesetz: Türkische Muslime in Deutschland (16. 06. 2016), www.dw.com/de/islam-und-grundgesetz-t%C3%BCrkische-muslime-in-deutschland/a-19333008 (letzter Aufruf 27. 10. 2017).

lime für die zunehmend restriktive Politik Erdoğans infolge der Gezi-Proteste von 2013 und dem Putschversuch von 2016. Gleichzeitig wuchs das Unbehagen der deutschen Öffentlichkeit angesichts zunehmender Forderungen – z. B. seitens der Islamverbände – nach kulturell-religiösen Sonderrechten, wie dem Verbot von Schweinefleisch in Schul- und Kitaessen, der Erlaubnis für muslimische Frauen, auch im öffentlichen Dienst das Kopftuch zu tragen, oder der Entlassung muslimischer Schülerinnen aus dem schulischen Schwimmunterricht. Das machte die Frage, wie das Verhältnis des Islam – und der Scharia im Besonderen, die oft als Corpus von Glaubensvorschriften angesehen wird – zur deutschen Rechtsordnung zu verstehen sei, zu einem zentralen innenpolitischen Thema.

Das Frankfurter Forschungszentrum *Globaler Islam* unter der Leitung der Ethnologin und Islamexpertin Prof. Dr. Susanne Schröter hat als Reaktion auf diese Entwicklungen und auf den drängenden Bedarf, das Verhältnis zwischen ‚der Scharia' und der deutschen Rechtsordnung sachlich zu erörtern sowie Konsequenzen von Forderungen nach vermeintlich Scharia-fundierten Sonderrechten für Muslime zu analysieren, am 5. Mai 2017 in Kooperation mit dem Frankfurter Exzellenzcluster *Die Herausbildung normativer Ordnungen* und unter der Schirmherrschaft des Hessischen Ministers für Wissenschaft und Kunst die Tagung *Scharia und Grundgesetz* veranstaltet. Eingeladen war die interessierte Öffentlichkeit aus Wissenschaft, Politik, öffentlicher Verwaltung und Zivilgesellschaft. Es referierten führende Wissenschaftler, die sich mit den verschiedenen Aspekten der Frage nach dem Verhältnis zwischen der Scharia und dem (deutschen) Grundgesetz bzw. säkularer rechtstaatlicher Ordnungen beschäftigt haben.[4]

Den ersten Vortrag hielt die Tagungsinitiatorin Prof. Dr. **Susanne Schröter**. In ihrem Beitrag zeigte sie anhand der Entwicklungen in Indonesien nicht nur, wie eine schleichende Islamisierung von Staat und Gesellschaft stattgefunden, sondern auch wie sich der indonesische Islam selbst gewandelt hat. Ein wichtiger Moment in dieser Entwicklung war die Iranische Revolution im Jahre 1979, in der die Realisierung einer islamischen Staatsordnung Muslime weltweit, auch in Indonesien, gezeigt hatte, dass dieser Weg möglich war. Dies stärkte auch einige indonesische Gläubige in ihrer Überzeugung, dass der Islam die Lösung sei. Während der Islam in Indonesien lange dafür bekannt war, liberal, offen und tolerant zu sein, eiferten besonders junge indonesische Intellektuelle, die im Verlauf der 1980er und 1990er Jahre in Ägypten oder Saudi Arabien studiert hatten, eine strengere, vermeintlich reinere Auslegung des Islam nach. Ein Teil der wachsenden Opposition gegen das Suharto-Regime kam aus diesem konservativen bis fundamentalistischen oder islamistischen Milieu und präsentierte sich als nicht-korrupte und ehrliche Alternative zu Suharto und dem politischen Establishment. Als Reaktion spielte auch Suharto ‚die Islamkarte' und präsentierte sich als guter Muslim und Verteidiger von Recht und Ordnung.

Nach dem Sturz des Regimes im Jahre 1998 und infolge des daraus resultierenden Demokratisierungsprozesses wuchs die Beliebtheit islamischer Parteien, und die Idee, dass Recht und Ordnung mit dem Islam einhergehen, verbreitete sich. Auf lokaler und provinzieller Ebene führte dies zu einer ‚Graswur-

[4] Siehe dazu die Dokumentation auf der FFGI-Website: www.ffgi.net/termine-archiv.html (letzter Aufruf 27. 10. 2017).

zelislamisierung'. Forderungen nach religiösen Sonderrechten, z. B. die Erlaubnis, das Kopftuch zu tragen, oder das Verbot, alkoholische Getränke an muslimischen Feiertagen zu verkaufen, kippten in Forderungen nach staatlichen Schariaregularien, in denen islamische Normen zumindest auf Provinzebene zu Vorschriften gemacht werden sollten, deren Nicht-Einhaltung dadurch auch strafbar sein würden. Die Provinz Aceh stelle laut Schröter ein besonders besorgniserregendes Fallbeispiel, nachdem die Forderung nach Sonderrechten und mehr Autonomie zur Einführung islamischer Gesetzgebung inklusive *Ḥudūd*-Strafen (islamische Körperstrafen) führte. Im Vortrag zeigte Schröter des Weiteren auf, wie infolge dieser Islamisierung von Staat und Gesellschaft liberale Muslime und nicht-muslimische Minderheiten nicht nur unter Druck gerieten, sondern auch zum Ziel gewaltsamer Auseinandersetzungen wurden. Letztlich mündeten Forderungen nach religiöser Toleranz für die Ausübung eines konservativ ausgelegten Islam in die schrittweise Einführung allgemeinverbindlicher islamischer Normen (in Aceh sogar des islamischen Rechts) mit negativen Konsequenzen für die Geschlechtergerechtigkeit und Einhaltung der Menschenrechte. Gewisse Ähnlichkeiten stellte Schröter hinsichtlich der Entwicklungen in Europa, insbesondere in Frankreich fest, wo sich in gewissen Stadtteilen von Paris muslimische Einwanderer für die Einhaltung religiöser Normen in ihrem Stadtteil aktiv einsetzen, und dadurch die freiheitliche Ordnung (auch für nicht-Muslime) unterminieren. Schröter folgerte aus dem Verlauf der Islamisierung Indonesiens und den Ähnlichkeiten, die dieser Prozess mit gewissen Entwicklungen in Europa aufweist, dass Forderungen nach religiösen Sonderrechten sehr kritisch und mit großer Vorsicht betrachtet werden müssten.

Matthias Rohe begann seinen anschließenden Vortrag *Religiös-kulturelle Streitschlichtung und Paralleljustiz – Eine Herausforderung für das deutsche Recht?* mit der Anmerkung, dass Gerichte nicht immer der beste Weg zur Streitbeilegung seien. Außergerichtliche, durch Schlichtung erreichte Auflösungen von Streitigkeiten seien oft nachhaltiger und würden die Gerichte entlasten. Die religiös-kulturelle Streitschlichtung habe in Europa, wie auch in Deutschland, eine lange Geschichte und nie besondere Aufmerksamkeit erregt. Sowohl die katholische Kirche wie auch jüdische Gemeinden würden über ihre eigenen Schlichtungsinstanzen verfügen, in denen Scheidungen und andere Eheaufhebungen oder auch finanzielle Streitigkeiten verhandelt würden. Der Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg und Direktor des EZIRE (*Erlanger Zentrum für Islam und Recht in Europa*) stellte drei Bedingungen fest, unter denen kulturell-religiöse Streitschlichtungen seiner Ansicht nach unbedenklich seien. Erstens müssten sie freiheitlich sein, also die Anrufung einer solchen Instanz nicht aufgezwungen werden. Zweitens müssten professionelle Standards der Streitschlichtung eingehalten werden. Und drittens müssten die Grenzen des geltenden zwingenden Rechts eingehalten werden. Das geltende zwingende Recht lasse jedoch ausreichend Spielraum für die kulturellen und religiösen Anliegen der Bevölkerung. Den Befürwortern eines starken Rechtspluralismus, in der jede Gemeinde nach ihrem eigenen Recht leben könne, begegnete er mit dem Argument, dass solche Modelle zwar historisch erfolgreich waren, aber eher ein Nebeneinander statt ein Miteinander der Gruppen förderten. Den Anforderungen moderner, multikultureller Demokratien in Europa, in denen gewisse Menschenrechte und andere rechtliche Grundsätze als Grundlagen des Zusammenlebens gewahrt werden müssen, könnten solche rechtspluralistische Modelle nicht

gerecht werden. Rohe unterstrich dennoch, dass für viele Zugewanderten die Schlichtung ein zentraler Bestandteil ihrer Rechtskultur sei und sie daher auch in Deutschland und anderen europäischen Ländern solche Instanzen zur Schlichtung ihrer Konflikte anrufen würden. Unter den richtigen Rahmenbedingungen seien sie daher seiner Auffassung nach prinzipiell unproblematisch.

Jedoch zeigte eine von ihm und Dr. Mahmoud Jaraba durchgeführte empirische Studie über Paralleljustiz in Berlin, dass in der Praxis die Anrufung solcher kulturell-religiöser Schlichtungsinstanzen, ob nun bei den eher christlich geprägten Roma oder bei muslimischen Zugewanderten, tendenziell von patriarchalen Großfamilien ausgehen würde, die am Rande der Gesellschaft in segregierten Verbünden leben und wenig Kontakt mit der Mehrheitsgesellschaft haben.[5] Der Islam sei in der Betrachtung dieser Schlichtungsinstanzen trotzdem ein wichtiger Faktor, da es Konsequenzen insbesondere für Ehe- und Familienangelegenheiten habe. Gerade die gängigen Auslegungen des Ehe- oder Scheidungsrechts stünden oft in Spannung zum zwingenden Recht insbesondere mit Hinblick auf die Gleichstellung der Geschlechter. Zugleich müsse man feststellen, dass für viele Muslime das staatliche Rechtssystem eine völlig ausreichende und Islam-kompatible Institution zur Schlichtung ihrer Streitigkeiten darstelle. Dort, wo es Bedenken gab, ob sich deutsche staatliche Instanzen zur Regelung der Anliegen von Muslimen eignen würden, konnte man in der Studie aufzeigen, dass diese oft aus Unwissenheit und Unkenntnis entstanden sind. Rohe stellte daher in seinem Vortrag fest, dass mehr Dialog und Aufklärung wichtig wären und dadurch auf pragmatische Weise Übereinstimmungen zwischen geltendem deutschem und islamischem Recht identifiziert werden könnten. Bei den meisten Muslimen stelle er eine solche Bereitschaft zum Dialog durchaus fest. Mahnende Worte hatte Rohe jedoch mit Hinblick auf neo-salafistische Gruppen, die sehr bewusst und aus politischen Motiven die deutsche Rechtsordnung ignorieren oder unterminieren würden. Hier plädierte er für eine starke Positionierung des Staates, den Forderungen dieser Gruppierungen nach Einfluss über öffentliche Räume nicht nach zu geben. Ebenfalls müsse der Staat gegenüber solchen Gruppierungen klarstellen, dass seine Stärke im Schutz der Schwachen und Benachteiligten liege. Nicht zuletzt müsse der Staat darauf achten, seine Räume prinzipiell für alle offen zu halten, die guten Willens wären, und eben dadurch als nahbare und vertrauenswürdige Konfliktlösungsinstanz für alle Bürger präsent zu sein.

Der Beitrag von **Elham Manea**, Privatdozentin am Institut für Politikwissenschaft der Universität Zürich und Menschenrechtsaktivistin, präsentierte eine kritische Auseinandersetzung mit den Auswirkungen des Rechtspluralismus anhand des Falles von Großbritannien, was oft als Musterbeispiel für eine erfolgreiche Politik der Toleranz und Multikulturalität gesehen wird.[6] Die Idee, dass islamisches Recht ein geeignetes Mittel zur Sicherstellung der Rechte und Interessen muslimischer Minderheiten sei, sah sie kritisch. Letztlich beruhe dies auf einem essentialistischen

[5] Matthias Rohe / Mahmoud Jaraba: *Paralleljustiz: Eine Studie im Auftrag des Landes Berlin, vertreten durch die Senatsverwaltung für Justiz und Verbraucherschutz* (2015), www.berlin.de/sen/justva/gesamtstudie-paralleljustiz.pdf (letzter Aufruf 28. 10. 2017). Siehe auch dazu die Pressemitteilung des Berliner Senats vom 09. 12. 2015, www.berlin.de/sen/archiv/justv-2011-2016/2015/pressemitteilung.419467.php (letzter Aufruf 27. 10. 2017).

[6] Ihre Ausführungen basierten auf ihrer im Jahr 2016 veröffentlichten Studie *Women and Schari'a Law*.

Paradigma, durch das Multikulturalismus als politisches Konzept mit Rechtspluralismus als politisches Instrument verbunden wird. Dadurch würden Menschen nicht mehr als Individuen wahrgenommen und geschützt, sondern nur als Gruppenmitglieder behandelt. Folglich würden Gruppenrechte über Individualrechte gestellt, was ernsthafte Konsequenzen für bestimmte Statusgruppen innerhalb der Kollektive habe. Dieses essentialistische Paradigma gehe auch mit einem radikalen Kulturrelativismus einher, was eine Kritik bestimmter kultureller Praktiken unmöglich mache, die in klassischen Auslegungen des islamischen Rechts verankert seien.[7] Dies werde deutlich in Großbritannien, wo die Etablierung von Scharia Councils (Scharia-Räte), ein wichtiger Bestandteil eben einer solchen Politik des Multikulturalismus und Rechtspluralismus zur Sicherung der Rechte und Interessen der muslimischen Minderheit darstellt. Das Rechtsverständnis wurde nicht hinterfragt ebenso wenig ihre Deutungshoheit über den Islam. Wie im folgenden Absatz näher erläutert, hatte dies für bestimmte Statusgruppen innerhalb der muslimischen Community, wie z.B. Frauen oder Kinder, die Konsequenz, dass durch den „Schutz" ihrer kultureller/religiösen Rechte, die Verletzung ihrer Menschenrechte in Kauf genommen wurde.

Manea begründete in ihrem restlichen Vortrag, dass das islamische Recht, was durch die Scharia-Räte für die muslimische Community in Großbritannien eingeführt wurde, kein adäquates Mittel zur Sicherstellung der Rechte einer muslimischen Minderheit darstelle. Zum einen müsse man feststellen, dass die spezifische Interpretation des islamischen Rechtes, die in Großbritannien vorherrsche, die der klassischen Jurisprudenz sei, in der Rechtsnormen des 7. bis 10. Jahrhunderts verankert seien. Staaten in der islamischen Welt, wie z. B. Tunesien, hätten große Anstrengungen geleistet, dieses Recht zu reformieren und zu modernisieren, um es in Einklang mit gegenwärtigen Rechtsstandards zu bringen. Nun wolle Großbritannien aber einen Schritt zurück und dieser klassischen Interpretation des islamischen Rechtes die Hoheit überlassen. Um die Konsequenzen einer solchen Entscheidung seitens britischer Behörden, just diese Rechtsinterpretation gelten zu lassen, zu verdeutlichen, deklinierte Manea die Ergebnisse dieser Art der Rechtsprechung anhand mehrerer Fallbeispiele durch. Ob nun in Fragen von Ehe, Scheidung, Sorgerecht oder Erbschaft würden Frauen in dieser klassisch-islamischen Jurisprudenz systematisch benachteiligt. Nur ein Mann dürfe sich ohne Grund scheiden lassen; eine Frau müsse entweder die Zustimmung ihres Ehemannes haben oder beweisen, dass sie unrechtmäßig misshandelt würde. Erschwert würde letzteres dadurch, dass ein Ehemann durchaus das Recht habe, seine Frau im Falle von ‚Ungehorsam' zu züchtigen. Welches Verhalten als Ungehorsam gelte, unterscheide sich zwar von Rechtsschule zu Rechtschule, aber letztlich gelte alles von der Verweigerung von Sex, zur Vernachlässigung des Haushaltes bis zum Verlassen des Hauses ohne Zustimmung des Ehemannes oder dringenden Grund als mögliche Formen des Ungehorsam, die eine Züchtigung rechtfertigen.[8] Dadurch hätten Frauen es ungleich schwerer, sich schei-

[7] Hierzu siehe auch Elham Manea: Eine Kritik des essentialistischen Paradigmas, in: *Normenkonflikte in pluralistischen Gesellschaften*, hrsg. von Susanne Schröter (2017), S. 43–73.

[8] Ob nach der *šarīʿa* die Züchtigung einer Ehefrau erlaubt sei, ist eine viel diskutierte Rechtsfrage, über die es keinen Konsens gibt. Jedoch gibt es starke textliche Grundlagen, durch die die Züchtigung einer Ehefrau gerechtfertigt werden könnte, wie z. B. Q 4:34 oder Sahih al-Buḫārī 7:72: 715; 7:62:132; 8:73:68.

den zu lassen, auch in Fällen häuslicher Gewalt. Ebenfalls gäbe es eine Ungleichheit in der Stellung von Mann und Frau im Sorgerecht. Der Mann habe auch nach der Scheidung die Vormundschaft über das Kind. Die Frau würde bei einer erneuten Heirat das Sorgerecht für die Kinder verlieren. Es herrsche auch eine Ungleichheit im Erbrecht, nach dem zum Beispiel ein Bruder doppelt so viel erbt wie eine Schwester. Die klassische islamische Jurisprudenz würde daher die patriarchale Geschlechterordnung des 7. bis 10. Jahrhunderts in diesen Gemeinden institutionalisieren. Durch die Fortführung dieser Interpretation des islamischen Rechts in Großbritannien würden die vom *British Common Law* garantierten Menschenrechte von Frauen und Kinder in diesen Communities außer Kraft gesetzt. Dadurch würden sie *qua* ihrer Ethnizität und Religionszugehörigkeit zu Bürgern zweiter Klasse.

Jenseits der sehr problematischen Jurisprudenz, welche das vermeintliche multikulturelle Erfolgsmodell Großbritanniens fördere, kritisierte Manea die Institutionen, durch die das islamische Recht in Großbritannien angewendet wird: die oben erwähnten Scharia-Räte (*Sharia Councils*) und die Muslimischen Schiedsgerichte (*Muslim Arbitration Tribunals*). Bei den Scharia-Räten sei besonders problematisch, dass sie keiner Aufsicht unterliegen würden, in der Praxis oft den Zugang zu Rechtsberatung und Rechtsbeistand verwehren und die Berufung ausgeschlossen sei. Die Schiedsgerichte seien ihrer Auffassung nach noch „gefährlicher", weil die Urteile rechtlich bindend seien, und weil die dort verhandelten Fälle nicht nur Familienstreitigkeiten beträfen, sondern auch Gewalt in der Ehe und sexuellen Missbrauch von Kindern. Und obwohl bei den Schiedsgerichten beide Parteien dem Schiedsverfahren zustimmen müssten, gäbe es in der Praxis keine echte Wahlfreiheit, da der soziale Druck der Gemeinschaft bzw. der Familien zu groß sei. Anhand mehrerer Rechtsurteile, die in diesen beiden Institutionen gefällt wurden, zeigte Manea, wie die Auslegung des islamischen Rechtes in der Rechtspraxis die Menschenrechte von Frauen und Kinder außer Kraft setzt. Letztlich zeige die Praxis in Großbritannien, dass die Art der Auslegung und die konkrete institutionelle Anwendung durch die Scharia-Räte und Muslimischen Schiedsgerichte die Menschenrechte von Frauen und Kindern beschneiden, wodurch sie zu Bürgern zweiter Klasse degradiert werden. Ebenfalls würde diese Form des Rechtspluralismus die Trennung zwischen ethnischen und religiösen Gemeinschaften verfestigen und eher ein Nebeneinander als ein Miteinander fördern. Nicht zuletzt würden Machtstrukturen innerhalb muslimischer Gemeinden geschaffen und gefestigt, indem nicht-gewählte und von der britischen Regierung selektierte religiöse Führer und sogenannte Community Leaders über die eigene Gemeinschaft ohne demokratische Legitimierung bestimmen können. Nur sie könnten im Namen ihrer Gemeindemitglieder sprechen und nur sie entscheiden und definieren, was die Interessen und Bedürfnisse ihrer Gemeinschaft seien. Letztlich kam Manea zum Ergebnis, dass ein solcher multikultureller Rechtspluralismus, wie er in Großbritannien sehr beispielhaft praktiziert werde, nicht nur die systematische Diskriminierung von Frauen und Kindern legitimiere und die Unterminierung ihrer Menschenrechte ungeahndet und sogar unter staatlichem Schutz gefördert würde, sondern ebenfalls demokratische und rechtsstaatliche Grundsätze unterminiere.

Mit den Vorträgen von Abdel-Hakim Ourghi, Leiter des Fachbereichs Islamische Theologie/Religionspädagogik an der Pädagogischen Hochschule Freiburg, Armina Omerika, Juniorprofessorin für Ideengeschichte des Islam am Frankfurter Institut für Studien der Kultur und Religion des Islam, und Mouhanad

Khorchide, Professor für islamische Religionspädagogik am Centrum für Religiöse Studien (CRS) an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster, brachte die Tagung die Perspektiven wichtiger Vertreter der islamischen Theologie in Deutschland ein.

Der Vortrag von **Armina Omerika**, *Vom Expertenfeld zum Identitätsschlüssel: Funktionswandel der Scharia in der Moderne*, präsentierte eine etymologische und ideengeschichtliche Skizze des Schariabegriffs von seinen Ursprüngen im Koran bis in die Gegenwart. Besonders im Kontext des europäischen Kolonialismus fand eine ‚Verrechtlichung' der Scharia statt, und es entstanden Verflechtungen mit den Dynamiken aufkommender Identitätspolitiken.

Eine ähnliche Tendenz stellte auch **Abdel-Hakim Ourghi** fest, wenn auch mit geringerer historischer Tiefe, als er bemängelte, dass das gängige Islamverständnis, das in den Moscheen deutschland- und europaweit vermittelt würde, auf fünf Handlungen reduziert würde, die sich aus den *fünf Säulen* des Islam ergeben: das Glaubensbekenntnis sprechen, Beten, Fasten, Almosen geben und auf Pilgerreise gehen. Die Inhalte des Islam würden auf diese fünf Handlungen reduziert und für zeitlos erklärt. Es finde eine ‚Mythologisierung' des Islam statt. Eingebettet sah Ourghi diese Reifizierung und Reduzierung des Islam in einer Angst vor Identitätsverlust, welche durch die ‚Angstpädagogik' von ‚Importimamen' und salafistischen Predigern geschürt würde. Predigten dieser religiösen Autoritäten würden vorgefertigte Antworten liefern, die eine Auseinandersetzung mit der eigenen Identität in der Begegnung mit dem Anderen verhindern würden. Daher würde die Selbstdefinition von Muslimen oft im traditionellen Islam verankert und mit der Abwertung Andersgläubigen einhergehen statt mit einer Auseinandersetzung mit den eigenen Werten. Letztlich würde dadurch die Entwicklung von freien, selbstbestimmten Menschen verhindert, die sich als europäische Muslime verstünden und sich als mündige Menschen frei entfalten könnten. Gefördert werde hierdurch die Einteilung der Welt in *ḥalāl* (‚erlaubt') und *ḥaram* (‚verboten'), Gut (der Islam und alles, was mit ihm zu tun hat) und Böse (der Westen und alles, was mit ihm zu tun hat). Jeglicher Wandel sei eine gefährliche Neuerung (*bidaʿ*) und stelle eine Gefahr für die Integrität der eigenen Identität und der der Gemeinschaft dar.

Einen Ausweg sah Ourghi in der Lehre des *iḥsān*, d. h. in der Lehre des guten und rechten Handelns nicht nur im Glauben sondern im Allgemeinen. Die Grundlagen dieser Lehre, die mit der Lehre der christlichen Nächstenliebe gewisse Gemeinsamkeiten habe, finde man, laut Ourghi, in 195 Versen des Koran. Nach diesem Prinzip bzw. dieser Lehre solle ein Muslim sich bemühen, seine religiöse Vergangenheit und Gegenwart aufgrund rationaler Reflexion zu verstehen. Die Lehre des *iḥsān* ermuntere den Gläubigen, sich von der vererbten Identität zu lösen, welche auf die fünf Säulen des Glaubens und die daraus abgeleiteten Handlungen reduziert würde. Stattdessen würde die Lehre des *iḥsān* die Begegnung mit dem Anderen und die kritische Selbstreflexion der eigenen religiösen Tradition wertschätzen. Ebenfalls würde der Fokus auf dem *iḥsān* eine kritische Auseinandersetzung mit den problematischen Aspekten des konservativen Islam ermöglichen. Die Autonomie des Menschen in seinem Denken und Handeln durch die Anwendung seiner kritischen Vernunft würde betont. Und nicht zuletzt würde es den Weg für Muslime eröffnen, ein Verständnis für die Mündigkeit des Selbst, die Autonomie des Textes und die Freiheit der Interpretation zu entwickeln. Ourghi sehe daher die Konflikte zwischen vermeintlich islamischen Werten und Normen und der westlichen Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und den Menschenrechten, wie sie z. B. im deutschen Grundgesetz verankert sind, weniger im Islam *per se*,

sondern in seiner gegenwärtigen Auslegung durch religiöse Autoritäten, die dem Leben in der muslimischen Diaspora mit Angst begegnen und in ihrer Glaubensvermittlung weitergeben würden. Alternative Zugänge und Auslegungen gäbe es, wie z. B. durch die Lehre des *iḥsān* dargestellt, die mit den Werten und Normen von Demokratie, Menschenrechten und moderner Rechtsstaatlichkeit problemlos vereinbar seien.

Auch **Mouhanad Khorchide** konstatierte in seinem Vortrag *Scharia – der missverstandene Gott: Der Weg zu einer modernen islamischen Ethik*, dass das eigentliche Problem nicht der Islam an sich sei, aber sehr wohl die heute gängige Auslegung davon.[9] Der Begriff Scharia sei sehr weit gefasst und letztlich als ‚Weg zur Quelle' oder Weg zu Gott zu verstehen. Nirgendwo gäbe es ein Gesetzesbuch, in dem die Regeln der Scharia festgelegt seien. Letztlich sei die Scharia immer schon ein menschliches Konstrukt, da sie aus den Quellen des Islam durch menschliche Interpretation abgeleitet werden müsse. Zwei Wege bzw. idealtypische Zugänge kristallisieren sich für Khorchide aus den innerislamischen Diskursen heraus, nach denen man den Weg zu Gott verstehen könne. Durch die Analyse dieser zwei Wege sollten die Möglichkeiten der Muslime, ihren Glauben mit den ethischen Anforderungen der Gegenwart in Dialog zu bringen, aufzuzeigen sein.

Der erste Weg sei der heute am häufigsten anzutreffende: der monologische Weg. Dieser beruhe auf einem Verständnis der Schöpfung, nach dem der Mensch erschaffen wurde, um Gott zu verherrlichen und ihm Gehorsam zu leisten. Demnach würde man den Koran als ewige göttliche Selbstrede und Corpus von Instruktionen unabhängig des Adressanten betrachten, was der Mensch zu tun und zu unterlassen habe, um Gott zu dienen und zu verherrlichen. Diese Instruktionen seien zeit- und kontextlos; der Koran brauche nur philologisch gedeutet zu werden, um ihn richtig verstehen und die Anweisungen korrekt umsetzen zu können. Nach diesem Zugang sei der Mensch Objekt, nicht Subjekt der Religion. Er existiere nur als Instrument zu Gottes Verherrlichung und sei daher passiver Empfänger Gottes Willen. Die heute häufig anzutreffenden Interpretationen der Scharia würden auf einem solchen Weg zu Gott beruhen. Daher würde die Scharia als zeitlose Ansammlung von Gesetzen bzw. göttlichen Anweisungen verstanden, die der Mensch auszuführen habe. Gehorsam durch die Einhaltung religiöser Gebote und Verbote führe demnach zu Gott.

Khorchide bemängelte allerdings, dass die Auffassung von Religion als Mittel zu Gottes Verherrlichung und von Scharia als zeitlosen Instruktionen, die zu diesem Zweck eingehalten werden müssen, aus seiner Sicht theologisch wenig Sinn machen würde. Wenn Gott nur als absolute Vollkommenheit verstanden werden könne – ein Gottesverständnis, das allen drei abrahamitischen Religionen gemein wäre –, hätte Gott seine Verherrlichung gar nicht nötig. Dies könne daher aus theologischer Sicht nicht die Grundlage der Mensch-Gott-Beziehung sein. Khorchide argumentiert mit Verweis auf entsprechende Textstellen im Koran (z. B. 5:54), dass die Liebe das Bestimmungsmoment der Beziehung zwischen Gott und Mensch sei.[10] Gott sei eine gebende Kraft und erschuf demnach den Menschen, um seine Liebe und Barmherzigkeit zu teilen. Religion sei daher nicht das Medium zur Verherrlichung Gottes, sondern zur Entfaltung der Liebe zwischen Gott und Mensch. Diese

[9] Dieser Vortrag basierte auf seinem im Jahr 2013 erschienenen Werk *Scharia – der missverstandene Gott: Der Weg zu einer modernen islamischen Ethik*.

[10] Weiteres hierzu siehe Mouhanad Khorchide: *Islam ist Barmherzigkeit. Grundzüge einer modernen Religion* (2012).

Liebe könne sich aber nur entfalten, wenn die Gott-Mensch-Beziehung auf der Freiheit des Menschen basiere.[11] Daraus ergebe sich, dass der Mensch nicht Objekt sondern aktives und mündiges Subjekt der Religion sei: Durch sein Handeln in der Welt würde die Liebe und Barmherzigkeit Gottes erlebbar.

Diese Auffassung der Schöpfung und der Mensch-Gott-Beziehung als auf Liebe und Barmherzigkeit basierend führe nach Khorchide zum zweiten, dialogischen Weg zu Gott und zu einem anderen Verständnis der Scharia. Demnach sei der Koran nicht die Selbstrede Gottes sondern ein Dialog mit dem Menschen und folglich ein Medium der Kommunikation. Khorchide wies auf mehrere Stellen im Koran hin, in denen der Text eine Unterhaltung zwischen Gott und Mensch wiedergebe. Ein solches Verständnis des Koran würde zugleich implizieren, dass diese Gespräche in einem Kontext stattgefunden haben, der Koran daher historisch und kontextbedingt ausgelegt werden müsse und der Text letztlich als Dialog mit dem Menschen. Daraus abzuleiten wäre ein Verständnis der Scharia als Weg, Gottes Liebe und Barmherzigkeit durch freies Handeln zu verwirklichen. Die Scharia wäre damit der Weg, den ethisch-spirituellen Geist des Koran als Ausdruck der auf Liebe und Barmherzigkeit basierenden Beziehung zwischen Gott und Mensch erfahrbar und erlebbar zu machen. Der Auftrag an die Menschen wäre es, durch die Scharia Gottes Liebe und Barmherzigkeit in der Welt zu realisieren.

Nachdem Khorchide aufzeigte, wie die zwei idealtypischen Wege zu Gott mit zwei unterschiedlichen Auffassungen der Scharia verbunden seien, führte er anhand des Beispiels der in Koran 4:2 dargelegten Erbschaftregelungen aus, welche praktischen Konsequenzen diese zwei unterschiedlichen Wege für das Ausleben des Glaubens hätten. Nach dem monologischen Verständnis des Koran und des daraus abgeleiteten juristischen Verständnis der Scharia würde man diese Sure wörtlich verstehen als die göttliche Anweisung, dass der Anteil eines Mannes am Erbvermögen doppelt so hoch sein müsse als der Anteil einer Frau. Diese Anweisung nicht einzuhalten, würde gegen Gottes Wille verstoßen. Nach der dialogischen Auffassung des Koran müsse man jedoch diese Textstelle nach dem Kontext der hier festgehaltenen Unterhaltung mit Gott deuten. Diese Textstelle habe einen historischen Hintergrund. In vorislamischer Zeit wäre es Usus gewesen, Frauen überhaupt nichts zu vererben, da man nicht wolle, dass durch ihre Heirat das Vermögen des Stammes in einen anderen Stamm übergehe. Historische Texte über die Frühzeit des Islam zu Lebzeiten des Propheten Muhammad würden deutlich aufzeigen, wie dieser die vorherrschenden Stammesstrukturen und damit verbundene Bräuche versucht hatte abzuschaffen, um eine Gemeinschaft der Gläubigen zu realisieren. Ebenfalls wäre aus diesen historischen Berichten ersichtlich, dass Muhammad sich immer wieder für eine Verbesserung des Status von Frauen eingesetzt habe. Aus dem Kontext vorislamischer Verhältnisse und der Ziele Muhammads könne man ableiten, dass es in diesem Vers nicht darum gehe, dass Gott seinen Willen zum Ausdruck bringe, Frauen schlechter zu stellen. Im Gegenteil: Der Kontext zeige auf, dass es darum gehe, alte Stammesstrukturen zu überwinden und die Situation von Frauen im Sinne von mehr Geschlechtergerechtigkeit zu verbessern. Dieses Verständnis der Scharia gäbe, so Khorchide, Anstoß sich für mehr Gerechtigkeit einzusetzen, und eben nicht überholte Bräuche und Sitten unhinterfragt zu befolgen. Khorchide stellte – wie be-

[11] Vgl. Mouhanad Khorchide: *Gott glaubt an den Menschen: Mit dem Islam zu einem neuen Humanismus* (2015).

reits Omerika und Ourghi – fest, dass die Spannungen zwischen der Scharia und dem Grundgesetz aus überholten oder sogar missverstandenen Auslegungen des Glaubens entstehen würden, und dass diese Spannungen Anlass geben würden, solche gängige Auslegungen vor dem Hintergrund der Gesamtheit der islamischen Tradition neu zu denken.

Der letzte Beitrag zur Tagung, ein Vortrag von **Rudolph Steinberg**, emeritierter Professor für öffentliches Recht und ehemaliger Präsident der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, zum Thema *Scharia konnotiertes Verhalten im freiheitlichen Gemeinwesen*, zeigte zunächst, wie Scharia konnotiertes Verhalten durch das Grundgesetz und entsprechenden Gerichtsurteilen grundsätzlich geschützt würde. Sogar die Rechte von Frauen, die nach islamischem Recht als Zweitfrauen mit einem Mann im Ausland verheiratet wurden, würden nach deutschem Recht ihren Anteil an den Rentenansprüchen ihres verstorbenen Mannes erben. Das Bundesverfassungsgericht habe in einem Grundsatzurteil vom Jahr 2000 entschieden, dass eine Religionsgemeinschaft, die als Körperschaft des öffentlichen Rechtes anerkannt werden möchte – in diesem konkreten Fall die Zeugen Jehovas –, lediglich „rechtstreu“ sein müsse und nach dem Grundgesetz keine darüber hinausgehende Loyalität zum Staat verlangt werden könne.[12] Steinberg stellte jedoch die kritische Frage, ob es für den Zusammenhalt des Gemeinwesens reiche, dass eine Gruppe den Staat lediglich tolerieren und rechtstreu sein müsse, aber ihm darüber hinaus keine Loyalität schulde. Konkret auf das Tagungsthema bezogen: Reiche es aus, wenn Muslime im Schutz des Rechts ihre eigenen Lebensformen in Kleidung, Ehe- und Familienleben, Erziehung der Kinder, im Umgang der Geschlechter und auch mit der Sexualität sowie der Gestaltung und Nutzung ihrer Gebetshäuser nachgehen würden und dadurch gesonderte Gesellschaftsbereiche entstünden? Reiche das passive Hinnehmen des (deutschen, nicht-muslimischen) Anderen aus? Seien die Zweifel hinsichtlich dieser grundsätzlichen Fragen nicht der Grund für das Bedenken, ob der Islam mit der deutschen Gesellschaftsordnung vereinbar sei? Gerade vor dem Hintergrund, dass es sich bei der muslimischen Minderheit nicht um eine kleine Gruppe, sondern um einige Millionen Menschen handelt, müsse die Frage gestellt werden, wie viel Gemeinsamkeit eine Gesellschaft braucht, um zu funktionieren.[13]

Steinberg plädierte in den nachfolgenden Ausführungen dafür, dass der Staat darauf hinwirken solle, dass alle Bürger in das Gemeinwesen integriert würden, und folglich auch Muslime den Staat ein stückweit als den eigenen verstünden. Steinberg befürwortete letztlich, dass religiöse Minderheiten ein höheres Maß an Loyalität aufbringen sollten, als es nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu erwarten sein könne. Ähnlich wie Elham Manea in ihrem Vortrag wies Steinberg darauf hin, dass ein solches Bekenntnis zum Gemeinwesen nicht nur im Interesse des Staates sei, sondern auch in dessen der Mitglieder der muslimischen Religionsgemeinschaft, die nur so dieselben Rechte und Vorteile genießen könnten wie andere Bürger. Um dieses höhere Maß an Bekenntnis zum Gemeinwesen zu erreichen, hätte der Staat, so Steinberg, mehrere Strategien, die er verfolgen könnte. Eine der

[12] BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 19. Dezember 2000 - 2 BvR 1500/97 - Rn. (1-109), www.bverfg.de/e/rs20001219_2bvr150097.html (letzter Aufruf 29. 10. 2017).

[13] Vgl. Rudolph Steinberg: *Kopftuch und Burka: Laizität, Toleranz und religiöse Homogenität in Deutschland und Frankreich*, Nomos 2015.

wichtigsten sei der Einfluss durch ein Einwirken auf die Organisationsstrukturen einer Religionsgemeinschaft durch Anerkennung, Koordination und Kooperation.

Bis jetzt, bemängelte Steinberg, habe der Staat aber diese Aufgabe ‚outgesourced' und z. B. dem türkischen Staat durch *Diyanet* und *Ditib* überlassen. Durch diese Organe würden türkische Interessen vertreten und eine Anbindung der hier lebenden Bürger türkischer Herkunft an die Heimat Türkei gefördert. Die Moscheen dienten daher der Abgrenzung zu Deutschland und Wahrung der türkischen Identität. Dass Gläubige in Deutschland ein Stück neue Heimat finden, würde verhindert. Dieses Outsourcing verhindere auch die Entwicklung eines muslimischen Lebens und Glaubens, das in Deutschland und seiner Lebensrealität verankert sei. Imame seien Beamte des türkischen Staates und aufgrund ihrer Einsatzbedingungen in Deutschland nicht zu Hause. Die Predigten seien vom türkischen Staat vorgegeben und propagierten einen Islam in seinem Sinne. Durch den türkischen Sprachunterricht und den bekenntnisorientierten Religionsunterricht würde der Einfluss des türkischen Staates sogar bis in die Schulen und durch die Finanzierung und Mitbestimmung bei der Besetzung von Lehrstühlen für islamische Theologie bis in die Hochschulen hineinreichen. Die Förderung eines solchen ‚Islam der Konsulate', forderte Steinberg provokativ, müsse enden.

Letztlich müsse der deutsche Staat neue Formen der Institutionalisierung von muslimischen Gruppierungen entwickeln. Die deutsche Islamkonferenz war seiner Meinung nach ein guter Anfang, solle sich aber in Zukunft weniger auf die Verbände stützen. Ebenfalls seien z. B. Städte wie Wiesbaden durch solche institutionelle Innovationen wie die dortige Integrationsvereinbarung vielversprechende neue Wege gegangen.[14] Auch könne man von Nachbarländern wie Österreich lernen, die den Islam schon Anfang des 20. Jahrhunderts nationalisiert haben. Ausländische Regierungen oder andere ausländische politische Gruppierungen sollten nach Steinbergs Auffassung in Zukunft dagegen völlig ausgeschlossen werden. Zugleich müsse der deutsche Staat und seine Behörden sich Gedanken darüber machen, mit welchen Ressourcen Muslime in Deutschland unabhängig von ausländischer Hilfe sich selbst organisieren könnten. Gegenwärtig seien muslimische Gemeinden meist auf ausländische Unterstützung angewiesen, nicht nur um ihre Aktivitäten zu finanzieren, sondern auch um ihre Einrichtungen personell zu besetzten, wie z. B. im Fall der Imame. Der deutsche Staat müsse daher Lösungen finden, wie Moscheegemeinden in dieser Hinsicht autonom werden könnten. Wie könnten sie sich finanzieren? Wie sähe die Ausbildung von Imamen aus, die auch in den deutschen Lebensrealitäten zu Hause seien und Gläubige befähigen könnten, sowohl als Gläubige wie auch als Bürger in Deutschland eine Heimat zu sehen? Es stünde seiner Auffassung nach grundsätzlich nichts im Wege, dass auch Muslime zum Teil des Gemeinwesens werden, aber man müsse dafür auch die institutionellen Freiräume schaffen, sodass Muslime auch wirklich hier ankommen könnten.

Den positiven Akzentsetzungen von den eingeladenen Vertretern der islamischen Theologie, die unterstrichen, dass die religiösen Traditionen des Islam durchaus mit dem Grundgesetz vereinbar wären, wenn die Religion historisch-kontextuell ausgelegt würde und man das Moment der Freiheit und Mün-

[14] Hierzu siehe Teil III der von Susanne Schröter veröffentlichten Studie über muslimisches Leben in Wiesbaden: *Gott näher als der eigenen Halsschlagader: Fromme Muslime in Deutschland* (2016).

digkeit statt das des Gehorsams betonen würde, standen in der Tagung die empirischen Beiträge gegenüber, die zeigten, dass man weltweit und auch in Deutschland weit von einer solchen Auslegung entfernt ist. Blickt man nach Indonesien, wie der Vortrag von Susanne Schröter zeigte, könnte man sogar feststellen, dass die Entwicklungen der letzten Jahrzehnte eher das Erstarken eines, wie Mouhanad Khorchide es bezeichnete, monologischen Zugangs zum Islam fördern und eben nicht ein dialogisches Verständnis des Glaubens. Das angeblich positive multikulturelle Erfolgsmodell Großbritanniens zeigte sich auf näherem Betrachten als problematisch, da die dortigen Scharia-Räte und Muslimischen Schiedsgerichte ebenfalls auf einem solchen ‚monologischen' Islamverständnis basieren und infolgedessen die Scharia in ihrer praktischen Anwendung mit der Aufhebung von Menschenrechten und demokratischen Grundprinzipien einhergeht.

Deutschland ist diesen Weg noch nicht gegangen, aber wie Matthias Rohe zeigte, gibt es informelle Schlichtungsinstanzen, die zwar die staatliche Gerichtsbarkeit entlasten könnten, aber nach gewissen Mindeststandards arbeiten müssten, wenn die Grundsätze des zwingenden Rechts nicht unterlaufen werden sollten. Ob solche Instanzen in einer multikulturellen Gesellschaft notwendig seien, oder ob, wie Rohe argumentierte, man anstreben könne, dass durch Aufklärung und Dialog solche Instanzen der religiös-kulturellen Streitschlichtung weitgehend überflüssig werden könnten, bedarf weitere Diskussion und empirische Analysen von entsprechenden Fallbeispielen oder Pilotprojekten. Die Vorschläge Rudolph Steinbergs, dass der deutsche Staat die Angelegenheiten muslimischer Religionsgemeinschaften sich nicht weiter selbst bzw. ausländischen Organen überlassen soll, sondern eine aktivere Rolle spielen muss, um den Islam hier in Deutschland zu institutionalisieren, zielten in eine ähnliche Richtung. Damit Gläubige ein Verständnis ihrer Religion und der Scharia entwickeln können, bedarf es nicht nur die richtigen theologischen und religionspädagogischen Anstöße, sondern auch die vom Staat geschaffenen Räume, sich frei ohne die Einmischung ausländischer Interessen aus den Lebensumständen in Deutschland zu entwickeln.

Katja Rieck ist Ethnologin und Lehrbeauftragte am Institut für Ethnologie der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main. Von 2008 bis 2017 war sie wissenschaftliche Mitarbeiterin am Exzellenzcluster *Die Herausbildung normativer Ordnungen* und Mitglied des Frankfurter Forschungszentrum *Globaler Islam*. Nach ihrem Studium der Ethnologie, Kulturanthropologie und Orientalistik promovierte sie im Fach Ethnologie.

ZRI – Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam 9 (2017), S. 325–329

Conference Report: Workshop *Muslim Secularities: Explorations into Concepts of Distinction and Practice of Differentiation*, Leipzig University, *Centre for Advanced Studies in the Humanities and Social Sciences* (Kolleg-Forschergruppe, KFG) *Multiple Secularities – Beyond the West, Beyond Modernities* (18–20 June 2017)

Julia Heilen & Mohammad Magout

Between the 18th and 20th of June, 2017, a workshop entitled *Muslim Secularities: Explorations into Concepts of Distinction and Practice of Differentiation* was organised by the Centre for Advanced Studies in the Humanities and Social Sciences (Kolleg-Forschergruppe, KFG) *Multiple Secularities – Beyond the West, Beyond Modernities* at Leipzig University, Germany. The aim of the workshop was to provide a comparative perspective on the different ways through which the boundaries between religious and secular spheres have been delineated or challenged in various Islamicate historical and contemporary contexts. The presented papers covered regions extending from North Africa, through the Middle East and South Asia, to China and Indonesia and dealt with a variety of thematic areas, which included law, literature, politics, and historiography.

Renowned sociologist of religion **Bryan Turner** (City University of New York) opened the workshop with his public keynote on *One or Many Modernities? Towards a Macro Sociology of Secularization*. Turner maintained that the focus of sociological theories of modernisation in recent years has been on different paths of development (as in Shmuel Eisenstadt's theory of multiple modernities), which diverted attention away from some uniform trends across the globe, especially in demographics – a neglected field of inquiry in contemporary sociology, according to Turner. Decline in fertility rates, Turner asserted, is no longer limited to the West and it extends now to East Asia and most Muslim countries, especially those with developed capitalist economies. Turner discussed the implications of this development on religion arguing that it results in increasing individualisation of religious authority. He gave the example of pious middle-class women in Malaysia who are making use of the conditions created by globalisation, capitalism, and modern communication to bypass patriarchal authority and claim agency in the religious field.

Monika Wohlrab-Sahr and **Markus Dreßler** from the KFG started the second day's paper sessions with an introduction to the *Multiple Secularities* research project and its application to Islamicate contexts. Wohlrab-Sahr explained that the rationale behind the project is to bring the central sociological question behind the issue of secularisation – namely, to investigate conceptual distinctions and institutional as well as practical differentiations between religion and its other in various social, historical, and cultural contexts – back on the agenda of social research. Wohlrab-Sahr maintained that much of recent research on secularisation, secularism, and secularity has been fixated on criticisms of classical secular-

isation theory – some of which are undoubtedly legitimate – to the extent that it obscured this important field of sociological inquiry. Dreßler presented a number of theoretical and methodological observations on how to approach the concept of 'Muslim secularities'. Recognising the Eurocentric connotations of the term, Dreßler asserted that 'Muslim secularities' is intended as a heuristic tool to reflect on the conceptual, performative, and structural processes through which terms like Islam and Muslim take meaning in relation to various others. By employing methodologies such as social constructionism and genealogy, Dreßler added, it would be possible to study the social construction of Islam as a religion and the historical contingencies that made the concept of 'Muslim secularities' meaningful in modern times.

Paper discussions started with **Heidemarie Winkel** from Bielefeld University who delivered a paper on *Equality Principles as Concepts of Distinction: Islamic Feminism between Religious and Secular Gender Knowledge*. She discussed particular notions of equality in Islamic feminism setting them against equality principles in secular feminism. For Winkel, Islamic feminism is characterised by symbolic continuity as well as by structural and institutional change. Furthermore, she described it as a kind of counter knowledge contributing to a shift in the perception of women's subordinate position in the system of religious knowledge production.

The first panel was completed by **Sana Chavoshian**'s (KFG *Multiple Secularities*, Leipzig) paper on *Feminist Historiography and Multiple Differentiations: Women's Agency in Early 20th-Century Iran*. Basing her analysis on literature produced by feminist historians, she drew attention to those features of changes in the female sphere which constitute new lines of differentiation, with a special focus on changes concerning the meaning of 'the veiled' and 'the religious' in the context of the 'unveiling decree' issued by the Pahlavi state in 1936. Chavoshian traced this differentiation process in the fields of school reforms, women's publishing and associations activities and active as well as reactive responses to the un/veiling issue.

In the second session, **Florian Zemmin** (University of Bern) delivered a paper entitled *Validating the Secular in Islam: The Illustrative Case of the Sociological Muslim Intellectual Rafiq al-ʿAẓm (1865–1925)*". According to Zemmin, al-ʿAẓm's contributions to the influential journal *Al-Manār* contained an Islamic argument for a secular government that predates that of ʿAlī ʿAbd ar-Rāziq's *Al-Islam wa Uṣūl al-Ḥukm* by some twenty years. Like ʿAbd ar-Rāziq, al-ʿAẓm maintained that the Prophet Muḥammad's message was essentially religious and did not contain prescriptions for a specific form of government that one may call 'Islamic'. Zemmin, furthermore, asserted that al-ʿAẓm also used secular arguments to validate Islam, reasoning (à la Ibn Ḫaldūn) that religion is a necessary force to maintain cohesion in complex civilised societies.

The second paper in this session was presented by **Daniel Kinitz** (KFG *Multiple Secularities*, Leipzig). Under the title *Secularity without Religion? ʿAbd al-Wahhāb al-Missīr's Critique of a Secular Modernity* it discussed al-Missīrī's (1938–2008) distinction between comprehensive and partial secularity. According to Kinitz, al-Missīrī's concept of comprehensive secularity, which means the complete eradication of religion from society and its relegation to individual belief only, was a critique of both Western modernity and some aspects of Islamisation in Egyptian society (such as excessive obsession with ritualism and drawing boundaries with followers of other religions). On the other hand, al-Missīrī's other concept of partial secularity, which refers to a societal arrangement to separate religion from poli-

tics, have partially rehabilitated the term 'secularity' among some moderate Islamists.

Samuli Schielke (Leibniz-Zentrum Moderner Orient, Berlin) opened the third session with a paper entitled *Is Prose Poetry a Conspiracy against the Noble Qur'an? The Power of God and the Heresy of the Secular in Egypt*, which addressed the relationship between secularity, religious orthodoxy, and poetic aesthetics using the example of the anonymised Egyptian poet (M. A.) Schielke argued that M. A.'s poetry, which is secular in its form (modern prose) and its institutional context (cosmopolitan literary festivals), was deemed heretical by Islamists for dealing with Qur'anic themes and using a semi-Qur'anic language, blurring thereby the boundaries between poetry and revelation, which were respected by clerics and secular poets alike over many centuries.

The session was continued with a paper titled *'Islamic Civilisation' as an Aspect of Secularisation: Late Ottoman and Turkish Republican Islamic Thought*, in which **Katerina Dalacoura** (London School of Economics and Political Science) traced the evolution of the concept of Islamic civilisation over several generations of Ottoman and Turkish writers – from the Young Ottoman Namık Kemal to the former Turkish prime minister Ahmet Davutoğlu from the ruling *Justice and Development Party* (AKP) in Turkey. She contended that, while many of those intellectuals have used the notion of an 'Islamic civilisation' as a means to integrate Islam in public and political life, 'civilisation' is indeed a 'reified category'. As such it is conducive to secularisation, because it marginalises faith – just like the term 'religion' does, as argued by Wilfred Cantwell Smith in his famous work *The Meaning and End of Religion.*

In the third panel of the second day of the workshop, **Francesco Piraino** (Scuola Normale Superiore Firenze-Pisa) opened the discussion with a paper on *Contemporary Transnational Sufi Orders in Multiple Societies and Secularities*. Examining the transformation and renewal of Sufi orders, he explored Sufism – both as Islamic spirituality and as a social movement – in the public sphere. Focusing particularly on *Būdšīšiyya* and *ʿAlāwiyya*, both orders from the Maġreb, he aimed at deepening and elaborating the category of 'Sufi counter reformism', which challenges both secular positions and Islamic reformism.

In the second contribution to this panel, **Martin Ramstedt** from Martin Luther University Halle-Wittenberg spoke about *Positioning Religion: Islam and Its Other in Post-New Order Indonesia.* In his view, the divide between Islam and secularity is less important for current mainstream Indonesian Muslims than the divide between *ahl as-sunna wal-ǧamāʿa* and heterodox currents, e. g. *Aḥmadiyya*, because these heterodoxies have increasingly been viewed as profanation of religion and desecration of the Muslim community. Nevertheless, he stressed that, besides 'trans-differencing' – e. g. of technology or modern governance – practices of 'differencing' can also be identified, thus rigid boundaries are drawn not only towards heterodoxies but also towards those elements of secular epistemes and normativities that go against core Islamic notions.

The second day of the Workshop concluded with a public keynote by the historian of religion **Neguin Yavari** from the Central European University in Budapest on *Politics Made in the Medieval Islamic World*. Yavari, a specialist in Islamic Mirrors for Princes literature, argued that juxtaposing political texts from the medieval Islamic world with their Christian counterparts will allow for a better understanding of the contours of the debate on the relationship between religion and politics. This comparative frame might contribute to improving our understanding of sameness and difference in the medieval past.

Armando Salvatore (Senior Research Fellow at the KFG, Leipzig) opened the third day of the workshop with an examination of the category of *adab* in medieval Islam and its emergence in contradistinction to *šarīʿa*. He pointed out that there was a 'soft distinction' between these two forms of literature in pre-modern times along with a 'division of labour' between the courtiers who composed *adab* and the *ulamā,* who were the guardians of *šarīʿa*. However, starting from the colonial era, interest on the part of Orientalists, who viewed *adab* as the *urbanitas* of the Muslim world, and efforts by Arab intellectuals exposed to Western culture to revive *adab* led to the 'hardening' of this pre-modern form of secularity into a distinction between 'secular' and 'religious' literature.

The last day's paper discussions started with a contribution of **Tilman Hannemann** from the University of Bremen on *Religious and Secular Notions of Legal Authority in Public Space in North African Customary Law*. His paper examined and contextualised texts of tribal customary law that were drawn up before the colonial conquest of North Africa. His aim was to specify the triangle of codification, interpretation and custom with-in a rural context. Furthermore, Hannemann investigated the application of these legal texts as well as their sources of authority.

The panel was completed by **Elliot Lee** (Chinese University of Hong Kong) who expounded on the question of *Muslim Ethno-Religious Identity Reformulation in Modern(izing) China*. The core interest of Lee's paper was the involvement of secularity in the understanding of identity. He referred to the indigenous Chinese term *hui* (Islam/Islamic) which was in late Imperial China applied to Muslims and which is in the People's Republic of China in the form of *huihuiminzu* used in the sense of ethnic-nationality, which highlights the historical and cultural aspects of Islam diminishing thereby the religious dimension. Lee argues that it expresses a change in the way Muslims can represent themselves and are being represented in China due to the intellectual discourses and vocabularies which emerged in China during the late 19th and the first half of the 20th century.

The paper discussions continued with **Brannon Ingram**'s (Northwestern University, Evanston) paper on *A 'Modern' Madrasa: Deoband and the Colonial Secular*. He raised the question of why an Islamic revivalist tradition movement emerged at the peak of colonial modernity and to what extent the Deobandi's valorisation of 'tradition' was a result of this modernity. For him, the entanglement of tradition and modernity leads to the thesis that traditionalism is what makes Deoband modern, rejecting a too simplistic division between 'traditional' (e. g. focusing on *ḥadīṯ*) and 'modern' (e. g. its administrative structure) aspects.

In the next paper, entitled *Integrating Legal Consciousness as a Mode of Secularity in Anglo-Muhammadan Law,* **Geetanjali Srikantan** (Tilburg Law School) argued that the British did not only transform the diverse body of customary laws of religious communities that were classified as 'Muslim' in India into a unified system of positive law, but also changed how Muslims in India came to perceive their communities and their laws. Taking the example of Syed Ameer Ali, Srikantan analysed how the Mohammedan law, created by the British, produced a new legal consciousness among Muslim legal scholars in India. Thus Islam came to be perceived as one community with a legal system that is grounded in normative medieval sources (in Arabic and Persian) as opposed to the local practices of each individual community, which were dismissed as corruptions of alleged original sources.

Aylin Koçunyan's (Bilgi University Istanbul) paper on *Legalising the Boundaries between the Religious and the Secular: The Case of Ottoman Armenians (1863–1923)* discussed the implications of the Reform Edict issued by Sultan Abdülmecid I in 1856, which prescribed measures of separation between religious and temporal authority within non-Muslim Ottoman communities. The edict, Koçunyan argued, initiated a process whereby the secular emerged as a social, political, and cultural category within the Ottoman Armenian community. Koçunyan maintained that the secular was institutionalised within the community through debates in the Armenian press, conflicts between the civil administration and clerical hierarchy, and linguistic transformations to articulate the emergence of a distinctive secular sphere. The last workshop paper to be discussed was contributed by *Hakan Karpuzcu* from Princeton University on *Making of Islamic Family Law and Secularism in the Late Ottoman Empire*". Working from political and intellectual deliberations on drawing a line between law and religion from the transitional phase from the late Ottoman Empire to the Turkish Republic, Karpuzcu focused on the reform of family law to elaborate the ways through which Western legal concepts were negotiated, incorporated and transformed.

Overall, discussions during the workshop showed that the diversity and (sometimes) particularity of ways to draw, challenge and negotiate the boundaries between the religious and the secular in Islamicate contexts do not preclude the possibility and utility of integrating them into a global comparative framework for research on secularity. In this regard, the *Multiple Secularities* project offers a platform to bring together a variety of disciplines and approaches to study the interaction between local and global along with modern and pre-modern discourses and traditions on the relationship between Islam and other societal spheres.

Julia Heilen, M. A., is Research Associate and PhD Candidate at the Institute of Oriental Studies and Junior Research Fellow at the Centre for Advanced Studies in the Humanities and Social Sciences (Kolleg-Forschergruppe, KFG) on *Multiple Secularities – Beyond the West, Beyond Modernities* at Leipzig University.

Mohammad Magout, PhD, is Junior Researcher at the Centre for Advanced Studies in the Humanities and Social Sciences (Kolleg-Forschergruppe, KFG) on *Multiple Secularities – Beyond the West, Beyond Modernities* at Leipzig University.

ZRI – Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam 9 (2017), S. 331–333

Conference Report: *Gender and Sharīʿah in Muslim Legal Theory and Practice*, Göttingen University (12–14 October 2017)

Nijmi Edres

The conference, organized by Prof. Dr. Irene Schneider and Dr. Nijmi Edres (Seminar für Arabistik, Göttingen University), is the second conference of the Project *Understanding Sharia: Past Perfect / Imperfect Present* (US-PPIP) and took place in collaboration with the other partners of the US-PPIP project: the Universities of Exeter, Leiden and Bergen. The Project is a HERA-Project financed by the European Union's *Horizon 2020 Research and Innovation Programme*" and addresses the need for a greater understanding of the pivotal role of historical precedent in the construction of contemporary Muslim thinking and practice.

As part of the project, the University of Göttingen has a specific orientation towards gender issues. Muslim legal discussions around gender, and particularly the extension of human rights discourse into the area of gender equality has been enormously controversial in the recent time (Schneider 2014). Whilst there is still much to be done, the contours of the modern debate have been drawn and the role of the past has emerged as key to understanding the debate's dynamics (Barlas 2002). US-PPIP's research in Göttingen aims at arguing the existing research and examining how courts and legal practitioners, as well as legal theorists, use past notions of gender relations and supposedly 'ideal' roles to make judgements, give legal decisions and develop 'authentic' Islamic role models.

Being part of this broad project the conference aimed at investigating two main issues: how Muslim judges and scholars use legal tradition to assess modern gender roles and deal with women's rights? How are gender roles in the Prophet's time related to the requirements of a society of the 21st century?

During first two days, special reference has been made to Palestinian cases, being the research of Prof. Dr. Irene Schneider and Dr. Nijmi Edres focused on the Muslim Palestinian communities living inside the Israeli borders and the West Bank. On Saturday the perspective got broader, touching different locales, from Jordan to the Indian Ocean.

The conference was opened on Thursday 12th of October with a public lecture held by Prof. Dr. **Joseph Massad**, invited as keynote speaker. Joseph Massad, Professor of Modern Arab Politics and Intellectual History at the Department of Middle Eastern, South Asian and African Studies (MESAAS) of Columbia University New York, addressed the broad topic of *Traditionalizing Modernity*. In his speech, Prof. Massad presented the various historical transformations of Shari'a into a modern European-style code as emerged in several locales, from colonial India and Algeria to the Ottoman Empire, acknowledging the entangled connections between the historical transformation of Muslim law and the European colonial project in Asia and Africa. The speech offered a wide framework useful to introduce and contextualize the core issues addressed by the conference and, thanks to highly critical insights, opened up the debate about the notions of 'gender' and 'egalitarianism' and the possibilities of radical reformulations and juridical change in gender relations in both Europe and the Arab world.

On Friday 13th the first panel focused on the direct experience of two practitioners:

Qāḍī **Iyad Zahalka** (Shari'a Court of Jerusalem, Israeli Shari'a Court of Appeal) and Qāḍī **Somoud al-Damiri** (Supreme Judge Department, Palestine). In his speech, Zahalka addressed the notion of 'egalitarianism', presenting his perspective as a Muslim judge working in the Shari'a Courts in Israel. From the other side of the green line, the paper sent by Qāḍī Somoud al-Damiri (read by Prof. Irene Schneider) provided an overview of the different juridical systems overlapping in the West Bank and the Gaza Strip. Moreover, it offered an interesting point of view on the work of female judges in the West Bank and their commitments to gender equality, presenting a review of legal texts on personal status issues, judicial implementation and observations for further improvement of women's rights.

The debate on Palestinian female judges and their position in the West Bank has been developed also by legal anthropologist **Laila Abed Rabho** (Truman Research Institute, Hebrew University of Jerusalem), who further discussed *The Appointment of Female Qadis (Judges) in the Sharia Court, Palestine as a Case Study*. From the same anthropological perspective, the paper of **Ido Shahar** (Haifa University) dealt with *The Socio-legal Consequences of the Dissolution of Mixed Marriages* presenting two cases from Israel.

On Friday afternoon, the lawyer perspective was presented by **Moussa Abou Ramadan** (DRES – Droit, religion, entreprise et société; Strasbourg University) and **Mutaz Qafisheh** (Hebron University). In his talk, Mutaz Qafisheh introduced the legislative process that lead to reform Palestinian family law in West Bank and the Gaza Strip in light of the *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* (CEDAW), without reservations. The highly critical paper underlined, despite political will to ensure gender equality and legislative enactment line with international standards, the difficulties towards a real change of practices and the necessity of a comprehensive reform process involving socio-economical, educational and cultural transformations of the Palestinian society. Similar in its provoking slant, the paper of Moussa Abou Ramadan addressed the dual legal system of religious and civil law in Israel underlying distortions in the implementation of rights and duties of husbands and wives, focusing on child support allotted to Muslim children in family courts in Israel. Children rights were at the core of the paper of **Nijmi Edres** (Göttingen University) as well. Her talk focused on *The Conceptualization of the 'Interest of the Child' through the Use of the Classical Concept of 'Ḥaqq Allah'* by Palestinian judges with Israeli citizenship and highlighted the complexities and the implications of such a conceptualization in the Israeli context. The same focus on the use of legal tradition in contemporary times was shared by **Irene Schneider** (Göttingen University), whose paper addressed *Uses of the Past in the Textbook for the Course of Personal Status Law at Birzeit University/ West Bank (Winter Semester 2013/14)*.

On Saturday morning, the conference works were opened by **Yitzhak Reiter** (Ashkelon Academic College), who compared two case studies of Women Activism at Jerusalem Holy Places, Murabitat al-Aqsa and the Women of the Wall, considering how they creatively represent themselves in relation to their struggles and their different religious values. The attention of the participants turned then to Jordan, thanks to **Doerthe Engelcke** (Max Plank Institute for Comparative and International Private Law), who addressed *The Legal Practice of the Greek Orthodox Court in Amman: between Legal Borrowing and Clerical Authoritarianism*, giving the participants the possibility to compare the attitudes of Muslim judges in Israel and the West Bank to those of the Orthodox colleagues in the neighbouring country. The last three speeches of the conference were ad-

dressed by members of the USPPIP project, **Omar Anchassi**, **Robert Gleave** and **Mahmood Khooria**, who focused on the relations between gender and Islamic law considering the use of Muslim legal tradition and the attitudes of Muslim judges towards three different issues. The paper of Omar Anchassi (Exeter University) analyzed *Juristic Attitudes to female Literacy from the Formative to Modern Periods*, exploring the elements used by Muslim jurists to discourage female literacy on various grounds. Differently, the paper of Robert Gleave (Exeter University) explored ritual restrictions on women during menstruation through the examination of a particular set of *ḥadīṯ* found in Shi'i collections. Finally, Mahmood Kooria (Leiden University) analyzed *ǧihād* discourses of the late-nineteenth and early twentieth century against matrilineal customs.

The conference works were closed with a wrap up by **Monika Lindbekk** (University of Oslo), who underlined the recurrence of four core topics in the talks addressed by the speakers: uses of the past in legal discourse and practice; gender implications of uses of an 'Islamic past'; gender and judicial authority (with special reference to the experience of female judges); theory and practice in relation to the wider social formation.

Nijmi Edres, Post-Doctoral research fellow in Islamic Studies at the Georg-August-University Göttingen, part of the HERA *US-PPIP Understanding Sharia: Past Perfect/Imperfect Present* project.

ZRI – Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam 9 (2017), S. 335–343

Bericht zur Tagung *Wirtschaftsrecht MENA* – Aktuell organisiert vom *Verein zur Förderung eines Kompetenzzentrums Recht und Wirtschaft der arabischen und islamischen Welt an der Universität Heidelberg – Law and Economics of the Arab and Islamic World* (LEA) in Heidelberg (17. November 2017)

Peter Göpfrich

Die beiden Eingangs- und Schwerpunktreferate bei der Tagung befassten sich mit Rechtsfragen im Zusammenhang mit der ‚**Arabellion**' (der lange verwendete Begriff ‚Arabischer Frühling' scheint wohl weithin diskreditiert), einmal unter dem Aspekt des wirtschaftsbezogenen Völkerrechts und einmal unter dem Aspekt des klassischen Wirtschaftsrechts.

Die MENA Region war ja – wegen ihrer politischen, wirtschaftlichen, rechtlichen und kulturellen Besonderheiten – noch nie ein einfaches Spielfeld für ausländische Unternehmen, insbesondere nicht für kleine und mittelständische Unternehmen. Konnten Unternehmen im Nahen und Mittleren Osten früher im Großen und Ganzen in einem relativ stabilen Umfeld arbeiten, in dem zumindest ein Insider in der Lage war, einigermaßen richtig und sicher zu navigieren, so hat sich vieles geändert, seit die Ereignisse in Tunis und Ägypten im Jahre 2011 einen Prozess entfachten, der autokratische Staatsoberhäupter zu Fall brachte (Tunesien, Ägypten, Libyen, Jemen), Bürgerkriege ausbrechen ließ (Libyen, Syrien, Jemen), sogar bestehende geographische Staatsgrenzen zur Disposition stellt (Syrien, Irak, Jemen?), der perspektivisch sogar neue Staa-ten (Kurdistan?), sowie auch Quasi-Staaten bzw. von ‚Warlords' und von Milizen kontrollierte Gebiete (Libyen) hervorbrachte. Auch das jüngste umfassende Embargo von drei GCC-Staaten (Saudi-Arabien, VAE, Bahrain) plus Ägypten gegen Katar ist ein mittelbarer Ausläufer dieser regionalen Entwicklungen.

Die wirtschaftsvölkerrechtlichen Implikationen der ‚Arabellion' wurden im Eingangsreferat von Dr. **Tillmann B. Braun** (Bundeswirtschaftsministerium und Humboldt-Universität Berlin) anhand zweier Themenkomplexe behandelt:

Einmal am Beispiel des Investitionsschutzes, wenn also ein ausländischer Investor infolge politischer Veränderungen in einem Land seine Investition beeinträchtigt sieht und von diesem ‚Gaststaat' entsprechend kompensiert werden will.

Weiterhin bei Geschäften in oder mit ‚zerfallenden Staaten' (*Failing States*), also Staaten, wo die Staatsgewalt in einem Ausmaß erodiert ist, dass der Staat seinen Aufgaben nicht mehr nachkommen kann.

Investitionsschutz ist ein wichtiger Aspekt im internationalen Geschäft, insbesondere in Zeiten des politischen Wandels. Bereits lange vor der ‚Arabellion' war der Nahe und Mittlere Osten schon ein gutes Beispiel für die Notwendigkeit nach Investitionsschutz, insbesondere im Zusammenhang mit den verschiedenen Varianten des arabischen Nationalismus, aber auch im Kontext der Nationalisierung der Ölwirtschaft in nahezu allen ölproduzierenden arabischen Ländern. In vielen dieser Fälle, kamen ausländische Investoren – die bei der Tätigung ihrer Investition erwarteten, dass der Gaststaat sie fair, ohne Diskriminierung und entsprechend der *Rule of Law* behandelt – ins Zielfeuer entsprechender Maßnahmen seitens der jeweiligen Regierung und sahen sich der Früchte ihrer Investition beraubt. Ein

Wechsel in der Regierung mag dazu führen, dass bestehende Verträge revidiert oder gar annulliert werden, die von der früheren Regierung geschlossen wurden. Rechtsauffassungen oder Praktiken können sich abrupt ändern ohne vorherige Warnung und ohne Intention, für diese Änderungen Schadensersatz zu leisten. Sogar Privatisierungen mögen noch Jahre nach ihrer ursprünglichen Implementierung zurückgenommen werden. Doch nicht nur Änderungen und Neuerungen auf der Ebene der Regierung oder des Staates können eine Notwendigkeit für einen effizienten Investitionsschutz begründen. Auch die Störung der Infrastruktur, des Transportes oder der Versorgungslinien oder innere Unruhen, Demonstrationen, oder andere Boykottmaßnahmen durch eine lokale Arbeiterschaft oder eine aufgebrachte Bevölkerung können die ordnungsgemäße Durchführung eines Vertrages oder die ungehinderte Implementierung eines Investitionsprojektes behindern oder unmöglich machen.

In den letzten Jahrzehnten haben sich bilaterale Investitionsschutzabkommen (*Bilateral Investment Treaties*, sog. BIT's) als wirksame Instrumente des Investitionsschutzes für ausländische Investoren herausgebildet und bewährt. Ein BIT ist eine Vereinbarung zwischen zwei Staaten. Es schützt die Rechte von privaten Bürgern des einen Vertragsstaates, die in dem anderen Vertragsstaat investieren.

Ein BIT erlaubt typischerweise dem Investor, eine Klage gegen den Gaststaat direkt vor einem Schiedsgericht zu bringen, anstatt sich auf die nationalen Gerichte des Gaststaates beschränken zu müssen. Die wichtigste und am weitesten verbreitete dieser internationalen Schiedsstellen beruht auf der *Internationalen Konvention über die Regelung von Investition Streitigkeiten* (ICSID), auf deren Grundlage bei der Weltbank ein institutioneller und verfahrensrechtlicher Rahmen für ein entsprechendes Schiedsgericht eingerichtet ist, wobei im Gegensatz zu ‚normalen' Schiedsgerichten viele dieser ICSID-Schiedssprüche veröffentlicht werden.

Alle MENA Staaten, auch die von dem ‚Arabischen Frühling' erfassten, haben solche BIT's mit den verschiedensten Staaten abgeschlossen. Ägypten z. B. ist Partei von über 100 BIT's. Tunesien, Syrien, Libyen und Jemen haben zusammen genommen auch etwa 100 BIT's unterzeichnet und ratifiziert, ebenso die arabischen Golfstaaten.

Gleich nach Beginn der ‚Arabellion' haben Juristen und Analysten die Frage diskutiert, wie sich diese Ereignisse auf Investitionen in der MENA-Region auswirken werden und welche Fallkonstellationen wohl als erste vor einem ICSID-Schiedsgericht landen werden. Und in der Tat sind bereits einige Fälle, die ihre Ursache in Ereignissen der ‚Arabellion' haben, bei ICSID anhängig.

Die Sachverhalte einiger dieser Verfahren spielen im nach-revolutionären Ägypten, einem Land, das seit 2011 gleich zwei Revolutionen erlebt hat, nämlich zunächst den Sturz des langjährigen früheren Präsidenten *Mubarak*, dann zwei Jahre später die Absetzung seines Nachfolgers *Mohammed Morsi* durch den Chef des Generalsstabes und heutigen Präsidenten *Abdel Fatah As-Sīsī*. Einige der gegen den ägyptischen Staat vor einem ICSID-Schiedsgericht seitens Investoren vorgebrachten Klagen wurden bereits entschieden, andere werden immer noch verhandelt.

Einige dieser Fälle berühren und vertiefen wichtige Themen und Grundsätze der internationalen Investitionsschutzschiedsgerichtsbarkeit, wie sie sich in den letzten Jahrzehnten entwickelt und ausgeformt hat.

‚Unrechtmäßige Enteignung' ist dabei ein wichtiges Thema. Dabei geht es darum, ob ein Investors sich gegen Maßnahmen wehren kann, die von der neuen nach-revolutionären Regierung erlassen wurden und durch die bestimmte Investitionsprojekte, die noch unter

der Herrschaft der früheren Regierung getätigt wurden, nunmehr gestoppt oder gar annulliert werden. Der Kern des Problems liegt in diesen Fällen einerseits in dem Spannungsverhältnis zwischen der Rechtssicherheit für den ausländischen Investor durch bilaterale Investitionsverträge und andererseits den Reformmaßnahmen, die durch die neue Regierung nach der Revolution ergriffen werden. Der Investor erwartet Kontinuität und Profit für seine Investition, die neue Regierung beansprucht politische Entscheidungsfreiheit und Reformmöglichkeiten nach dem Umbruch.

Ein solcher Fall, der vor ein ICSID-Schiedsgericht kam, behandelt einen politisch sehr sensitiven Abschluss eines Vertrages mit Israel über Gaslieferungen, der noch mit einem privaten Konsortium unter der Herrschaft der alten Mubarak Regierung abgeschlossen wurde. Die neue ägyptische Regierung widerrief den Vertrag, da sie der Auffassung war, dass der Gaspreis, der in dem Vertrag festgelegt wurde, weitaus zu niedrig angesetzt war und dadurch dem ägyptischen Staat ein großer Schaden entstanden sei. Für den Investor stellt sich diese Vertragswiderrufung als eine unrechtmäßige Enteignung auf Grundlage des geltenden BIT als auch entsprechend der ICSID – Konvention dar.

In einem anderen Fall geht es um die Klage eines indonesischen Investors, der beanstandet, dass ein ägyptisches Gericht den Erwerb einer Textilfabrik durch den Investor im Rahmen eines Privatisierungsprojektes annulliert hatte. Nach Auffassung des ägyptischen Gerichts war diese Privatisierung nämlich illegal, da die Anteile des Staatsunternehmens für einen angeblich politisch motivierten billigen Preis an Gefolgsleute des früheren Präsidenten Hosni Mubarak gegangen seien.

Ein weiterer Fall behandelt einen Kauf von Land durch einen Investor aus den VAE, der von der alten ägyptischen Regierung genehmigt war, von der neuen Regierung aber annulliert wurde.

Dieser ebenfalls noch anhängige Fall ist rechtlich besonders interessant, da er sich u. a. auch mit der Frage beschäftigt, ob ein Investor, wenn er seinerseits selbst unrechtmäßig gehandelt hat, sich auf den Investitionsschutz überhaupt berufen kann.

Im Jahre 2011, also ein Jahr bevor der aktuelle Fall vor einem ICSID-Schiedsgericht gebracht wurde, hatte ein ägyptisches Gericht den Investor (Kläger), einen Geschäftsmann aus den VAE, zu fünf Jahren Gefängnis und einer Geldstrafe von 45 Millionen US $ verurteilt, weil er durch Bestechung Land für die Entwicklung eines Luxus-Resorts von dem früheren ägyptischen Staatspräsidenten Hosni Mubarak weit unter Marktpreis gekauft habe.

Dieser Fall berührt die im Völkerrecht bekannte *Estoppel*-Doktrin, wonach jemand, der selbst Unrecht tut, sich nicht auf Recht berufen kann. Im vorliegenden Fall wird sich das Schiedsgericht mit der Frage zu beschäftigen haben, ob ein Staat – also im vorliegenden Fall der ägyptische Staat – auf korruptes Verhalten eines Investors verweisen kann, wenn staatliche Organe ebenfalls involviert waren oder zumindest das illegale Handeln des Investors kannten und es gleichwohl akzeptierten (‚Estoppel'). In einem früheren ICSID-Verfahren hatte das damalige Schiedsgerichtstribunal ausgeführt, dass das Prinzip der Fairness es verbiete, dass eine Regierung sich auf die Verletzung ihrer eigenen Gesetze bei ihrer Verteidigung beruft, wenn sie diese Gesetzesverstöße wissentlich übersehen oder geduldet hat und damit eine Investition erlaubte, die nicht im Einklang mit ihrer Rechtsordnung war.

Ähnliche Fälle, die alle sich mit dem Thema der ‚unrechtmäßigen Enteignung' in Bezug auf Öl-Exploration oder Handelsgeschäfte beschäftigen, sind momentan vor verschiedenen ICSID-Tribunalen auch gegen den Staat Tunesien und den Staat Oman anhängig.

Wie in den vorerwähnten Fällen bezüglich der ‚unrechtmäßigen Enteignung' oder Geltung des *Estoppel*-Grundsatzes gibt es auch eine ganz weitere Anzahl von Prinzipien des internationalen Investitionsrechts, die auf Fälle zur Anwendung kommen werden, die aus der ‚Arabellion' in Ägypten oder anderen arabischen Staaten abgeleitet sind. Dazu gehört etwa die Frage, ob eine Investition vom Schutze eines bilateralen Investitionsschutzabkommens ausgeschlossen ist, wenn sie nicht mit nationalem Recht in Einklang steht.

Ein anderes wichtiges Thema des internationalen Investitionsrechts, die im Zusammenhang mit Ägypten und anderen Staaten des ‚Arabischen Frühlings' aufgebracht wurde, behandelt die Frage, ob und inwieweit die bestehenden Investitionsschutzabkommen nicht nur Schutz gegenüber dem Staat bieten, sondern etwa auch gegen Gewalttätigkeiten, die von nichtstaatlichen Akteuren ausgehen, die aber von dem verklagten Staat nicht verhindert werden.

In einem früheren Fall gab das ICSID-Schiedsgericht dem Investor Recht, weil die staatlichen Polizeiorgane Ägyptens nicht eingeschritten waren, nachdem die Hotelangestellten das Hotel besetzt hatten, also keine Gegenaktionen seitens des Staates eingeleitet wurden und der Staat damit seine Verpflichtung verletzt hat, der Investition des Klägers ihren vollen Schutz und Sicherheit zu geben.

Man kann davon ausgehen, dass die Ereignisse im der MENA-Region noch viele Sachverhalte für weitere Schiedsgerichtsverfahren auf Grundlage der ICSID-Konvention und/oder der entsprechenden BIT's schaffen. Zwar hat etwa die ägyptische Regierung unter dem früheren Premierminister *Ibrahim Mahlab* verfügt, dass möglichst eine außer(schieds-)gerichtliche Lösung zwischen dem ägyptischen Staat und Investoren gesucht werden sollte und wurden in einem entsprechenden Komitee auch schon einige ursprünglich anhängige Fälle im Vergleichswege geregelt, doch bleibt noch viel Raum für weitere Verfahren in Ägypten und besonders auch in anderen Ländern der ‚Arabellion', wo die politischen Umwälzungsprozesse noch anhalten.

Als weiteres völkerrechtliches Thema behandelte Dr. **Tilmann B. Braun** das Thema ‚**Failed States**' und seine auch wirtschaftsrechtlichen Auswirkungen. Denn die ‚Arabellion' hat nicht nur – wie in Tunesien oder Ägypten – politische Umwälzungen und neue Regierungen innerhalb von Staaten mit sich gebracht. In anderen Ländern hat sich die Staatlichkeit schon weitgehend aufgelöst (Libyen, Jemen, Syrien), sind sogar an ihre Stelle neue staatsähnliche Gebilde entstanden und ist nicht auszuschließen, dass sich auch neue Staaten herausbilden werden (Stichwort: das Ende des *Sykes Picot Abkommens*)

Wie dem auch sei, fest steht, dass momentan und wohl auch noch auf absehbare Zeit die staatlichen Strukturen in zahlreichen Ländern soweit erodiert sind, dass man sie ohne wieteres als ‚zerfallende Staaten' (*Failed States*) bezeichnen kann. Die rechtliche Betrachtung von solchen *Failed States* findet überwiegend aus dem Blickwinkel des Völkerrechts statt. Sie haben aber auch praktische Relevanz im Wirtschaftsleben und auch im Wirtschaftsrecht. Denn die Erosion staatlicher Strukturen ist ja in der Regel ein langwieriger Prozess. So kann entweder – und die Entwicklungen im Nahen und Mittleren Osten liefert speziell in Irak oder Syrien dafür genügend gute Beispiele – wo die staatliche Zentralgewalt nicht mehr in der Lage ist, ihr Gewaltmonopol oder ihr justizielles System im gesamten Staatsgebiet durchsetzen. Oder Teile des Staatsgebietes (auch hier bieten o. a. Länder plus etwa Libyen und Jemen) gute Beispiele – stehen nicht mehr unter der effektiven Kontrolle der Staatsgewalt. So können etwa, wie gegenwärtig in Libyen und im Jemen, Milizen ganze Teile des Staatsgebietes effektiv unter ihre Kontrolle

bringen oder gar parastaatliche Strukturen und Institutionen etablieren, wie dies allerdings mit abnehmender Tendenz auch das selbst erklärte islamische Kalifat des IS in Teilen Syriens und des Irak tut. So unterschiedlich sich der Staatsverfall in den einzelnen Ländern auch darstellt, so ist doch allen Szenarien i. d. R. gemeinsam, dass die wirtschaftliche Aktivität nicht automatisch aufhört. Denn Verfall oder gar der Wegfall der staatlichen Strukturen hat ja nicht zur Folge, dass die wirtschaftlichen Strukturen verfallen oder wegfallen. Vielmehr wird der Handel mit Konsumgütern, die Telekommunikation, der Transport oder das Bankwesen fortgeführt. Diese Wirtschaftstätigkeit ist i. d. R. zumindest über einen langen Zeitraum keineswegs auf die lokale Wirtschaft beschränkt, auch internationale Unternehmen sind oft in ‚zerfallenden Staaten' tätig, insbesondere in Ländern, die mit Rohstoffen gesegnet sind, wie etwa im arabischen Raum die erdölreichen Länder Libyen und Irak. Für internationale Unternehmen, stellt sich oft die Frage, welches Recht denn nun gilt, wenn der Staat vor dem Zusammenbruch steht, oder wenn das alte Regime gestürzt worden ist, oder wenn das neue Regime eine neue Verfassung erlässt.

Cum grano salis lässt sich sagen, dass nach herrschender Völkerrechtsdoktrin die Erosion der Staatsgewalt nicht automatisch ein Ende der Staatlichkeit zur Folge hat. Es gilt vielmehr zunächst einmal der Grundsatz der Kontinuität, d. h. bis dem Zeitpunkt, wo die Staatsgewalt definitiv und endgültig weggefallen ist, besteht die Rechtspersönlichkeit des zerfallenden Staates erst einmal fort und bleibt damit auch die Bindung an völkerrechtliche Verträge und Prinzipien bestehen. Es kann auch sein – und viele ehemalige Bürgerkriegsstatten, im Nahen Osten etwa auch der Libanon sind dafür Beispiele – dass der Zerfall der Staatlichkeit nur vorübergehend ist und die staatliche Ordnung wiederhergestellt wird. Ein internationales Unternehmen muss auch in einem zerfallenden Staat grundsätzlich die bestehenden Gesetze respektieren, sei es nun Strafrecht, Öffentliches Recht oder Zivilrecht. Und natürlich gilt dies auch für das Vertragsrecht, das ja – insbesondere und gerade im arabischen Zivilrecht – das ‚Gesetz der Parteien' ist. Verträge bleiben grundsätzlich auch dann wirksam, wenn der Staat, in dem sie etwa wirksam werden, versagt. Dies gilt allerdings nicht unbeschränkt, vielmehr kann eine Vertragspartei bestrebt sein, in einer solchen Situation den Vertrag anzupassen oder gar ganz zu beenden, was zu dem nachfolgend auf der Tagung behandelten Thema der *Force Majeure* führt.

Arabellion und Wirtschaftsrecht war das zweite Tagungsreferat von Dr. **Kilian Bälz** (AMERELLER Rechtsanwälte), mit dem Schwerpunkt auf dem in der Praxis wichtigen Thema der ***Force Majeure***. Dieses betrifft in den meisten Fällen Rechts- und Vertragsbeziehungen zwischen privaten Parteien. Allerdings kann auch der Staat Partei sein, aber hier nicht in seiner klassischen staatlichen Funktion als Souverän, sondern – etwa bei Verträgen des Staates oder staatlicher Einrichtungen über Lieferungen von Produkten oder der Errichtung eines Bauwerkes – als ganz normale Vertragspartei, die einem Vertrag mit einem privaten Lieferanten oder einem privaten Bauunternehmen abschließt.

Bei Vertragsstreitigkeiten zwischen solchen Parteien – private Unternehmen oder der Staat als Wirtschaftssubjekt – kommt es in Zeiten wie der ‚Arabellion' immer wieder zu Konstellationen, wo sich eine der Parteien auf ‚höhere Gewalt' beruft und sich dadurch von ihren vertraglichen Verpflichtungen lösen will.

Force Majeure liegt i. d. R. dann vor, wenn außergewöhnliche Umstände die Erfüllung eines Vertrages auf Dauer oder auch nur vorü-

bergehend unmöglich machen oder erheblich erschweren. Dabei kommt es darauf an, dass diese Umstände für die Parteien nicht vorherzusehen waren und außerhalb ihrer Kontrolle lagen.

Der Rechtsbegriff der *Force Majeure* kommt aus dem französischen Recht und ist etwas unterschiedlich etwa zum deutschen Zivilrecht, wo die entsprechenden Tatbestände im Bürgerlichen Gesetzbuch unter die Themen ‚Unmöglichkeit' (§ 275 BGB) oder ‚Störung der Geschäftsgrundlage' (§ 313 Abs. 1 BGB) fallen.

Da die Zivilgesetzbücher der meisten arabischen Staaten – vermittelt über das ägyptische Vorbild – aus dem französischen Recht abgeleitet sind, folgen sie in ihrer Systematik und Anwendung der Dogmatik des französischen Rechts zur *Force Majeure*.

Wann liegt nun ein Fall der *Force Majeure* vor? Bricht eine Revolution aus, gehen – wie 2011 in Tunesien oder Ägypten – Massen auf die Straßen, werden Gebäude und Produktionsanlagen besetzt oder Plätze (Taḥrīr-Platz in Kairo), Straßenzugänge etc. blockiert oder gesperrt, so steht zwischen Vertragsparteien selten in Streit, dass ein Fall der *Force Majeure* eingetreten ist. Viel häufiger wird allerdings darüber gestritten, wie lange ein solcher Fall der *Force Majeure* fortdauert. Während private Unternehmen schon aus Fürsorgepflicht des Arbeitgebers eher vorsichtig sein werden/müssen, ihre Arbeiter wieder auf die Baustellen oder Ölförderanlagen zu schicken, sondern lieber warten wollen, bis sich Umstände nachhaltig stabilisiert haben, sieht das die andere Vertragsseite – etwa die staatliche Ölgesellschaft oder die neu an die Macht gekommene Regierung – etwas anders, da sie ein Interesse daran hat, möglichst bald wieder ‚normale Verhältnisse' herzustellen und auch wieder Einnahmen zu generieren.

Streit besteht auch oft in der Frage, ob die im Rahmen der *Force Majeure* eingetretenen Umstände so gravierend sind, dass der Partei, die sich auf sie beruft, die Erfüllung des Vertrages objektiv unmöglich geworden ist, so dass sie sich von ihrer Leistungspflicht komplett befreien kann oder ob es sich nur um eine Leistungserschwerung handelt, die zwar bei dem Ausmaß oder der Zeit der Vertragserfüllung zu berücksichtigt werden ist, die aber keineswegs ein völliges Ausscheren aus dem Vertrag rechtfertigt.

Es gibt auch Situationen, wo eine objektive Unmöglichkeit im strengen Sinne nicht vorliegt, wo aber es wirtschaftlich letztlich sinnlos und/oder unzumutbar ist, einen Vertrag noch zu erfüllen (wirtschaftliche Unmöglichkeit).

Bei Berufung auf *Force Majeure* auf Grund der Sicherheitslage in einem Land werden deutsche Unternehmen oft die Sicherheitshinweise des Auswärtigen Amtes zur Grundlage nehmen. Doch ist darauf hinzuweisen, dass diesen keine Rechtsqualität zukommt und ein (Schieds-) Gericht die Situation auch anders beurteilen kann.

Ein anderes klassisches Thema im Rahmen der *Force Majeure* ist die Frage der Vorhersehbarkeit oder Unvorhersehbarkeit der Umstände. So waren etwa Unternehmen in Projekte der Ölwirtschaft im Irak noch lange tätig, als im Rahmen innerer Unruhen oder durch Sabotageakte im Untergrund operierender Gruppen bereits erhebliche Sicherheitsrisiken bestanden. Auch hier lässt sich nur nach den Umständen des Einzelfalls beurteilen, ob die Sicherheitsgefährdung den entsendenden Unternehmen nicht bereits bekannt war oder hätte bekannt sein müssen, so dass eine Berufung auf *Force Majeure* schwerlich durchdringen wird.

Bei der Frage der Vorhersehbarkeit geht es aber nicht nur um das Wissen oder die Prognose von Sicherheits- oder politischen Risiken. Auch ökonomische Umstände können einen Fall der *Force Majeure* begründen oder auch gegebenenfalls ausschließen. So können

etwa Devisenbeschränkungen in einem Land oder Importverbote für bestimmte Versorgungsgüter die Erfüllung eines Vertrages dauernd oder vorübergehend verhindern. Auch hier kommt es darauf an, ob die leistungspflichtige Partei dies Um-stände hätte vorhersehen können oder gar mit ihnen rechnen musste. Bei den allgemein bekannten Devisenbeschränkungen und Konvertierungsschwierigkeiten in dem chronisch devisenschwachen Ägypten etwa kann man einer Partei durchaus zumuten, dass sie entsprechende Vorkehrungen trifft und wird ihr die Berufung auf *Force Majeure* verwehren.

Viele Probleme der *Force Majeure* kann man vorausplanend bereits bei der Vertragsgestaltung ausschließen bzw. minimieren. Dabei kann man auf wohldefinierte und bewährte allgemeine Formulierungen – bei Bauverträgen etwa die FIDIC-Klausel – in den Vertrag aufzunehmen und durch auf die konkrete Situation und den konkreten Vertrag bezogene Fallbeispiele zu ergänzen. Dabei sollten bestimmte häufige Konstellationen ganz konkret geregelt werden, etwa der Risikoverteilung bei Stromausfall oder einer Unterbrechung der Versorgungswege; bis zu welchem Zeitraum liegt eine nur vorübergehende Leistungsstörung vor?; welche Bedeutung haben Reisehinweise des Auswärtigen Amtes oder anderer Sicherheitsdienste?; soll die *Force Majeure*-Klausel abschließend sein oder soll daneben noch das jeweilige dem Vertrag zugrunde liegende Recht ebenfalls herangezogen werden?

Abschließend stellte der Dr. **Kilian Bälz** fest, dass das Recht und insbesondere auch das Wirtschaftsrecht bei Wirtschaftstätigkeiten in den von der ‚Arabellion' erfassten Ländern nicht still steht. Staatslosigkeit schafft nicht ohne weiteres Rechtslosigkeit. Einiges an Risiko lässt sich durch Prognose und entsprechende Vertragsgestaltung minimieren. Doch fraglos ist der wirtschaftsrechtliche Rahmen und damit das Wirtschaften momentan und sicherlich noch auf absehbare Zeit in einem großen Teil des Nahen und Mittleren Ostens volatil und mit Risiken behaftet.

Das (Spannungs-)Verhältnis von **Common Law und Civil Law** in den Vereinigten Arabischen Emiraten (VAE) war Thema des dritten Referats der Tagung, gehalten von Dr. **Sabine Grapentin** (Fa. Healthineers LLC. Dubai-SIEMENS). Das Zivil-und Handelsrecht der VAE ist kodifiziert und steht, wie in den meisten arabischen Ländern, in der Tradition des europäischen Civil Law. Man kann aber auch hier über die letzten vergangenen Jahrzehnte die wachsende Bedeutung der englischen Sprache als Vertragssprache sowie anglo-amerikanische Vertragstechniken und Vertragsgestaltung feststellen. Daraus resultiert, dass das internationale Vertragsrecht auch hier sehr stark beeinflusst wurde vom Anglo-Amerikanischen Recht und dass auch die *lex mercatoria* sich nicht so sehr unter dem Einfluss nationalen Rechts weiterentwickelt, sondern eher unter dem Einfluss des anglo-amerikanischen Rechts.

Einen großen Anteil hieran haben auch die großen internationalen Finanzorganisationen wie IMF und Weltbank, sowie insbesondere auch die großen global agierenden englischen oder amerikanischen Anwaltsbüros, insbesondere auch in der Schiedsgerichtspraxis.

Dr. Sabine Grapentin zeigte auf, dass in der täglichen Geschäftspraxis große und marktmächtige Unternehmen durchaus ihre eigenen Vertragsmuster und Lieferbedingungen einbringen und meist sogar eine entsprechende Rechtswahlklausel durchsetzen können, dass aber generell der Trend zu auf angelsächsischem Common Law beruhenden Vertragsmustern und Vertragsklauseln durchaus unübersehbar ist.

Ein aktuelles Beispiel, wie dieses Aufeinanderprallen zweier verschiedener Rechtssysteme durchaus zu Friktionen und Problemen führen kann, ist die Schiedsgerichtsbarkeit und Vollstreckungspraxis am *Dubai International Finance Center (DIFC)*, von ihrer ursprünglichen Intention her eine Freizone für Finanzdienstleistungen.

Dubai ist insofern ungewöhnlich insofern, als es parallel zwei Gerichtssysteme unterhält. Einmal die ordentlichen Gerichte (1. und 2. Instanz sowie das Revisionsgericht), die auf der Basis des in den VAE geltenden *Civil Code* und *Commercial Code*, also *Civil Law* urteilen.

Seit 2006 gibt es allerdings zusätzlich die beim DIFC eingerichteten Gerichte (ebenfalls drei Instanzen) – überwiegend besetzt mit ‚ausländischen' Richtern, die auf Grundlage von *Common Law* Recht sprechen.

Diese beiden parallelen Gerichtszweige erkennen ihre jeweiligen Urteile gegenseitig an und vollstrecken sie, ohne noch einmal eine sachliche Überprüfung vorzunehmen.

Über die letzten Jahre haben die DIFC-Gerichte ihre Zuständigkeit – und damit die Geltung des Common Law – allerdings immer mehr ausgedehnt. Insbesondere beanspruchen die DIFC-Gerichte eine *Conduit-Jurisdiction* bei der Anerkennung und Vollstreckung lokaler und internationaler Urteile und Schiedssprüche selbst in den Fällen, wo kein irgendwie gearteter Zusammenhang des dem Urteil oder Schiedsspruch zugrundeliegenden Sachverhalts zu dem DIFC besteht. Eine solche Praxis erlaubt es den Parteien, die ordentlichen Gerichte bei der Vollstreckung von heimischen oder internationalen Urteilen oder Schiedssprüchen praktisch zu umgehen.

In jüngster Zeit ist diese Praxis allerdings in Kritik geraten und hat ein vor kurzem speziell eingerichteter *Dubai Judicial Council* dieser Praxis nunmehr Grenzen gesetzt.

So sind einige Entscheidungen ergangen, die den DIFC-Gerichten untersagen, sich mit einem bei ihr eingereichten Vollstreckungsantrag zu befassen, wenn parallel auch bei einem ordentlichen Gericht in Dubai ein entsprechendes Verfahren anhängig ist.

Ob diese Entscheidungen in Zukunft der Ausweitung der DIFC-Gerichtsbarkeit und damit die Ausweitung des Common Law System in Dubai bzw. den ganzen VAE Schranken setzen, bleibt abzuwarten. Eine neue Finanzfreizone in Abu Dhabi ist gerade – entsprechend dem Vorbild des DIFC – auch auf der Basis von Common Law eingerichtet worden.

Es ist daher eher zu erwarten, dass – so wie sich die englische Sprache als internationale *lingua franca* durchgesetzt hat – auch das *Common Law* in der arabischen Welt an Bedeutung zunehmen wird.

In einem weiteren Vortrag behandelte Dr. **Robert Müller** (Deutsche Bank, Frankfurt) die Grundlagen und Systematik islamischer Finanzdienstleistungen und ihre Anwendbarkeit und tatsächliche Anwendung in der internationalen Geschäftspraxis. Da angenommen wird, dass diese Thematik bei den meisten Mitgliedern der GAIR und Lesern dieser Publikation hinreichend bekannt ist, soll sie in diesem Tagungsbericht nicht weiter ausgeführt werden (die PP-Präsentation kann bei dem Unterzeichneten angefordert werden).

Neben diesen vorgenannten vier grundlegenden Referaten wurden bei der Tagung in einer *Speed-Round* verschiedene aktuelle Themen und Trends zum Wirtschaftsrecht in der MENA-Region vorgestellt und diskutiert, wie etwa die interessanten Entwicklungen zum Thema *Public Private Partnership*, das Recht der Staatsverträge, neue Entwicklungen Vertriebs- und Handelsvertreterrecht, die ‚Anti-Korruptionskampagne' und andere aktuelle Entwicklungen in Saudi-Arabien, die möglicherweise auch systemische Veränderungen im Rechtssystem des Königreiches haben werden.

All diese Themen und noch viele andere bieten noch genügend Stoff für viele weitere

Tagungen von LEA; die nächste mit einem Schwerpunkt zu den Themen Projektgeschäft, Anlagenbau und Projekt-Finanzierung in der MENA-Region ist für Frühsommer 2018 in Frankfurt geplant.

Dr. Peter Göpfrich, Mitglied der GAIR, praktiziert als Rechtsanwalt und ist Geschäftsführendes Vorstandsmitglied von LEA e. V.

ZRI – Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam 9 (2017), S. 345–351

SONSTIGE BERICHTE

Understanding Sharia: Past Perfect/Imperfect Present Project Report

Nijmi Edres

The US-PPIP[1] project is a collaboration of four institutions: the Universities of Exeter, Leiden, Göttingen and Bergen. [2] In each institution an established academic (**Robert Gleave**, **Léon Buskens**, **Irene Schneider** and **Knut Vikør**) works with a post-doctoral researcher (**Omar Anchassi**, **Mahmood Kooria**, **Nijmi Edres** and **Eirik Hovden**). The Project is a HERA-Project financed by the European Union's *Horizon 2020 Research and Innovation Programme* and addresses the need for a greater understanding of the pivotal role of historical precedent in the construction of contemporary Muslim thinking and practice. As part of HERA projects on 'Uses of the Past' it contemplates how the idea of the past shapes contemporary discourses. More in details, it investigates how Muslim legal scholars have used the idea of a perfect past to try and change the imperfect present. Islamic legal thought has always stressed the importance of previous example – legal scholars often refer to the 'example of the Prophet' or 'established tradition or custom' to justify a rule. This project focuses on these uses of the past, and tries to show how they are changing and how the past is being used to support legal change and reform in contemporary Muslim discourse. With this regard, the project aims at engaging with both academic and non-academic audience. Indeed, reference to authority by Muslim scholars is often regarded by the academic community as a 'blind imitation'. The project aims at contributing in rising public attention of that issue emphasizing different and creative Muslim approaches towards 'the past' in Islamic legal tradition.

In order to reach this goal, project members are working on a wide spectrum of topics. Each institution cooperating with the project explore one theme of Islamic law in the modern period. Exeter focuses on Violence, Leiden on Custom, Bergen on the State while Göttingen's focus is on Gender.[3]

Based in Exeter University, Dr. Omar Anchassi's research explores shifts in the legal discourse on slavery from approximately the mid-nineteenth to the mid-twentieth centuries, using late post-classical texts such as the *Radd al-Muhtār* of Ibn 'Ābidīn (d. 1252/1836) to examine the place slave-concubinage and related practices occupied in the thought of jurists around the time of the early colonial European penetration of Islamdom.

---

[1] This project has received funding from the European Union's 2020 Research and Innovation Programme under grant agreement No 649307.

[2] The present report is based on pieces of writings and contributions provided by all the members of the HERA US-PPIP team and collected during time in the official website of the project.

[3] For more information on the project, see the project website at www.usppip.eu (last access 19. 06. 2017).

Working on sources from a range of genres in the Arabophone Middle East, Dr. Anchassi aims to track changing patterns of argument and to explain how discursive transformations led from a point at which sexual access to slave-woman was seen as completely unremarkable to one in which it was regarded with a certain moral outrage.[4]

In Exeter, Omar Anchassi is working in co-operation with Prof. Dr. Robert Gleave, whose work focuses on violence and its justification in Islamic thought and Shi'ism, in particular in Shi'i legal and political theory.

At Leiden University, the research of Dr. Mahmood Kooria deals with the circulation of Islamic legal ideas and texts across the Indian Ocean. In greater details, Dr. Kooria's research investigates debates on Matriliny and how modernization and Islamization have had an influence on them. As co-investigator in Leiden, Prof. Dr. Leon Buskens focuses his research on everyday understandings of Islamic law and customs, looking with particular interest at Moroccan society and at the writing culture of the *ʿudul*, the 'professional witnesses'.

In Bergen, Dr. Eirik Hovden focus on issues of governance in Yemen and especially on various debates and discourses about the Zaydi imamate and developments in the argumentation related to that in modern times. At Bergen University, Dr. Hovden works in close contact with Prof. Dr. Knut Vikør, who is currently studying, as part of the US-PPIP project, the legal thinking among modern *ibāḍī* currents.

Finally, as part of the project, the University of Göttingen has a specific orientation towards gender issues. US-PPIP's research in Göttingen aims at examining how courts and legal practitioners, as well as legal theorists, use past notions of gender relations and supposedly 'ideal' roles to make judgements, give legal decisions and develop 'authentic' Islamic role models. The research by Prof. Dr. Irene Schneider and Dr. Nijmi Edres focuses on Israel and Palestine as case studies. Relaying on 'translation' both as an epistemological category of analysis and a complex cultural process that underlie inter-culturalism[5], the research analyses the use of legal classical terminology in order to evaluate which concepts of gender, gender roles, masculinity and femininity are reflected in contemporary legal texts and what are the potential trajectories of change in Muslim legal practice and thought.

Since its beginning in November 2016 the *Understanding Sharia: Past perfect/Imperfect Present* project has evolved dynamically. The group met for the first time in December 2016 in Leiden to discuss their research, potential publication collaboration and the scheduling of future events. The meeting was held in conjunction with the conference at Leiden University entitled *Ocean of Law II: Islamic Legal Crossings in the Indian Ocean World*.[6] The event was co-organized by Mahmood Kooria and explored the histories of spread and growth of Islamic law across the Indian Ocean world.

The first **USPPIP Workshop** took place on **24–25 February 2017 in Rabat, Morocco**. The workshop entitled *Customs, Culture, Sharīʿah and National Law* was organized by Prof. Léon Buskens and hosted in NIMAR (the *Netherlands Institute in Morocco*), a national center of expertise in Moroccan Studies in Rabat and

---

[4] See www.usppip.eu/people (last access 25. 05. 2018).

[5] Doris Bachmann-Medick: From Hybridity to Translation, Reflections on Travelling Concepts, in: *The trans/national Study of Culture, a Translational Perspective, Concepts for the Study of Culture* 4, ed by Doris Bachmann-Medick, Horst Carl, Wolfgang Hallet, and Ansgar Nünning (2014), pp. 119–136. With this regard see also Dipesh Chakrabarty: Place and Displaced Categories, or How We Translate Ourselves into Global Histories of the Modern, ibid., pp. 53–68.

[6] www.usppip.eu/news/ocean-of-law-ii-islamic-legal-crossings-in-the-indian-ocean-world (last access 25. 05. 2018).

part of the *Faculty of Humanities of Leiden University* since 2016. The workshop explored the entangled relation between Customs, Culture, National Law and Islamic Normativity. It investigated how the relations between these domains are shaped and the attitude of actors when referring to them in order to justify actions. Special attention was paid to ethnography and legal-anthropology in order to understand how concepts are negotiated, constructed and legitimized in modern times. A number of case studies were considered and analyzed.

The contributions of Baudouin Dupret, Mohamed Mouaqit, Adil Bouhya, and Fadma Ait Mous explored the Moroccan case while the perspective of Algeria and Sudan was brought in by Yazid Ben Hounet.[7] The workshop was a valuable networking event involving Arshad Muraddin, a Muslim judge working in Europe, who dealt with reconciliation procedures in Dutch-Moroccan Mosques.

One of the main goals of the HERA US-PPIP project indeed, is to create boundaries and spaces for discussion on 'Uses of the Past' of Muslim tradition among both academic and non-academic specialists and, in particular, legal practitioners.

The second main event of the Project *Understanding Sharia: Past Perfect/Imperfect Present* was the conference **Gender and Sharīʿah in Muslim Legal Thinking and Practice** that was held at Georg-August-Universität in **Göttingen** from **October 12th to October 14th 2017**. The Conference was organized by Prof. Dr. Irene Schneider and Dr. Nijmi Edres / Department of Arabic/Islamic Studies of Göttingen University.

Being part of this broad project, focusing on gender and acknowledging the entangled connections between Islam, Gender roles and National Identity, the conference aimed at investigating three main issues: how Muslim judges and scholars use legal tradition to assess modern gender roles and deal with women rights; how are gender roles in the Prophet's time related to the requirements of a society of the 21st century and how traditional models and concepts of femininity and masculinity are included in the contemporary debate about nationalism. Special reference was made to the Israeli and Palestinian cases.

The conference was opened by a public lecture by Prof. Joseph Massad, who delivered a keynote speech on the broad topic of 'Traditionalizing Modernity'. Dr. Joseph Massad, Professor of Modern Arab Politics and Intellectual History at the Department of Middle Eastern, South Asian and African Studies (MESAAS) of Columbia University-New York, presented the various historical transformations of Shari'a into a modern European-style code as emerged in several locales, from colonial India and Algeria to the Ottoman Empire, acknowledging the entangled connections between the historical transformation of Muslim law and the European colonial project in Asia and Africa. The speech offered a wide framework useful to introduce and contextualize the core issues addressed by the conference and, thanks to highly critical insights, opened up the debate about the notions of 'gender' and 'egalitarianism' and the possibilities of radical reformulations and juridical change in gender relations in both Europe and the Arab world.[8]

The following two days have been an occasion for academics and practitioners to meet and to discuss their own perspective and experiences regarding 'uses of the past' and reference to Islamic tradition in Muslim modern legal thinking and practice around gender topics in the Israeli and Palestinian context. Sim-

[7] www.usppip.eu/news/customs-culture-sharia-and-national-law (last access 25. 05. 2018).

[8] Cit. www.usppip.eu/blog (last access 25. 05. 2018).

ilarly to what happened in Rabat, this conference has provided space for exchange between scholars and practitioners. Judge Somoud al-Damiri, one of the few female judges working in Sharīʿah courts, from the West Bank, sent a paper that was read during the conference. The conference has also been attended by Judge Iyad Zahalka, who contributed to the discussion from the perspective of a Judge daily working in Sharīʿah courts inside the Israeli borders.

Some of the conference papers have been collected and they will likely be included in a collective volume to be published on the topic of *Gender and Sharīʿah in Muslim Legal Thinking and Practice* before the end of the year.[9]

In **January 2018** the members of the research group met again in **Exeter** for a two day **workshop** exploring representations of the past by modern Muslims on topics relating to sex and sexuality in Islamic Law. Proceedings began with a keynote address by Kecia Ali of Boston University on the subject of female agency (and the denial thereof) in premodern Islamic legal texts, especially the Mudawwana of Saḥnūn (d. 240/855) and went on considering premodern and modern Muslim discourses on Sexuality.

The conference provided a great opportunity for the European USPIPP team and for the invited European scholars to engage in discussion with North-American young colleagues. Among them, Rumee Ahmed interestingly claimed that contributors to debates on sexuality in Islamic Law, both with and without the tradition, were equally implicated in 'doing' tradition. The conference has been a fruitful space of discussion for topics such as the (re)imagining of the legal tradition in Muslim minority communities in the United States. It also explored the contested topic of child marriage in a panel that addressed diachronic shifts in the discussion of the practice, as well as the justifications of these by jurists in different periods, which were judged to be inadequate. A number of participants committed themselves to contributing chapters towards an edited volume.[10]

This workshop in Exeter University has been the third organized by the British USPIPP team. It has been preceded by two smaller workshops on the topics of Violence and Sexuality in Islamic Law. The first **workshop** took place in **June 2017** and explored the representations of the past in contemporary debates on Homosexuality and Transgender identity in a range of Muslim societies.[11] The second **workshop** of this kind was held in Exeter in **November 2017**. The workshop was organized as a cooperation between the USPPIP teams in Exeter and Bergen and covered the specific focus of two elements of the project – violence (studied by Exeter USPPIP research team) and governance (studied by the Bergen USPPIP research team).[12]

In April 2018 it was the time of the third main event of the project (after the conferences in Rabat and Göttingen), organized this time by the Norway team, Prof. Knut Vikør and Dr. Eirik Hovden. A conference on **Maṣlaḥa, Siyāsa and Good Governance: Shariʿa and Society** took place in Bergen. An international collection of researchers gathered to examine notions of public benefit (Maṣlaḥa) and

[9] For more information about the conference program see www.usppip.eu/wp-content/uploads/2017/11/conference-flyer-invitation-2.pdf (last access 25. 05. 2018).

[10] For the whole program see www.usppip.eu/wp-content/uploads/2018/01/Islamic-Law-and-Sexuality-Final-Programme.pdf (last access 25. 05. 2018).

[11] For the workshop program see www.usppip.eu/wp-content/uploads/2017/06/Islamic-Law-and-Sexuality-Programme-22-June-2017.pdf (last access 25. 05. 2018).

[12] For the full program of the event see www.usppip.eu/wp-content/uploads/2017/11/Governance-and-Violence-Programme.pdf (last access 25. 05. 2018).

good governance in premodern and modern Muslim discourses.[13]

Participants were honoured to have Professors Felicitas Opwis (Georgetown University) and Mohammad Fadel (Toronto University) with them, giving keynote lectures. In the evening of April 18, Prof. Mohammed Fadel opened the discourses addressing the broad topic of 'The Meaning of Maṣlaḥa, and Its Place in Sunni Political Thought'. On the following day, Prof. Felicitas Opwis delivered an interesting talk on *How did Maṣlaḥa become so Ubiquitous? The Historical Transformation of Maṣlaḥa from a Tool of Law-Finding to the Maqāṣid al-Shariʿa System*.

Her talk addressed the use of the concept of Maṣlaḥa by premodern Muslim scholars, while looking also at more recent uses of such a concept in various contemporary Muslim societies. The workshop brought up the concept of *maṣlaḥa* or welfare for a more critical evaluation. The term is used very often today as a method to adjust legal rules to contemporary social reality, in saying that the intention of the Shari'a, given by God (the *maqāṣid*) is the welfare of mankind and society, *maṣlaḥa*, and that the law therefore must change with changing conditions. These terms were discussed also in early and medieval legal debate, and the papers discussed critically how these early debates have been brought into contemporary reform proposals, by states or by social movements; and how useful the medieval legal discourse, which was for many authors only a subsidiary and limited opening for legislation on the basis of 'welfare', is for the modern purpose. Prof. Fadel saw the classical concepts as an opening for a rationalist basis of legal developments even in the medieval period, while Prof. Oliver Leaman suggested the term may be too vague and malleable to usefully give an Islamic religious anchoring to the necessary adjustments that modern states opt for in their legal system.

Other papers gave empirical examples of such legal discussions, from Egypt, Morocco, Pakistan Iran, India and elsewhere. A selection of the papers are being prepared for publication. In the framework of the team engagement with non-academic partners, the conference in Norway offered the opportunity to meet with a representative of the National Zakat Foundation and to learn more about the representation of the concept of "public interest" by the members of such an organization, currently active in the United Kingdom.[14]

This event has been the most important event organized by the Bergen team in the framework of the HERA project. It has been preceded by two other events: a workshop held at the Centre for Middle Eastern Studies at Bergen on 22 November 2016, with the topic 'Islamic governance in South Arabia: The imamate in Yemen and Oman'[15] and the Nordic Seminar on Islamic Legal Studies, held in Bergen on 19th and 29th October 2017.[16.]

Since the beginning of 2018, the four postdoctoral researchers in the project (Omar Anchassi, Mahmood Kooria, Eirik Hovden and Nijmi Edres) have also met to present on their current researches (the USPPIP team convened a panel at the British Association for Islamic Studies, University of Exeter conference, in April 2018) and for a writing retreat. A writing retreat took place in Vienna be-

[13] The workshop program is available at www.usppip.eu/wp-content/uploads/2018/04/Bergen-Workshop-Programme.pdf (last access 25. 05. 2018).

[14] For more details see www.nzf.org.uk (last access 25. 05. 2018).

[15] For details see www.usppip.eu/news/workshop-on-the-imamate-traditions-in-south-arabia (last access 25. 05. 2018).

[16] See the program at www.usppip.eu/news/19th-20th-october-2017-nordic-seminar-on-islamic-legal-studies (last access 25. 05. 2018).

tween 14th and 20th of March 2018. This offered the opportunity to the young scholars in the USPPIP team to seat together to discuss a collaborative project and the idea of writing a book together on the uses of the past in the contemporary Sharia discourses, considering the overall frame and focus of the book, along with its central questions and arguments. The retreat proved to be a challenging but exciting exercise to find common threads and themes between the four different individual researches on Uses of the Past in Muslim legal discourses on Violence, Gender, Custom and Governance. Such a writing retreat took place in conjunction with the team attendance at the HERA mid-term conference, an event organized by the HERA founding organization. The event provided a great chance for members of the US-PPIP project to share their experiences with members of other 'Uses of the Past' projects. More in details, the team joined the discussion on 'Changing uses of (different) pasts', reasoning around topics such as the creation, definition and validation of historical knowledge; 'misuse' of the past (if conceivable) and around the dynamics and consequences of competing narratives of the past. The team actively contributed to the discussion by presenting a position statement on the topic and commenting on others' statements. On March 15th, the team also had the chance to attend two practical workshops to explore further strategies of knowledge exchange with non-academic partners and communication with policy makers.

All the events organized so far provided valuables occasions to engage with an international networks of experts, scholars but also judges and practitioners, and to rise attention of 'uses of the past' in contemporary Muslim legal practice and thinking. Moreover, they have been useful to explore possibilities of further collaboration between the four European institutions and the eight scholars on several common themes, such as authority/validity, identity and legal argumentation.

Upcoming events are following. The USPPIP Göttingen team will convene a series of events on Islamic Law and International Law in Göttingen, between the 27th and the 29th of June 2018.

This will include a conversation event with one of the first female judges to work in Sharia courts in the Middle East region, judge Somoud al-Damiri from Ramallah. Judge Damiri will engage in a double public talk with Professor Maria Wersig, a German Professor of law in social work at the University of applied science in Dortmund. Both will present their personal experience, assess the role of female judges in their legal orders (in Palestine and Germany) and focus on the question of anti-discrimination for women in the judiciary.

This event will be followed by a two day workshop on Islamic and International Law on 28th and 29th of June with keynote lectures from Professors Shaheen Sardar Ali and Maurits S. Berger.

The summer plans of the US-PPIP team do also include USPPIP first summer school for advanced doctoral candidates and early career researchers in Islamic Legal Studies, to be held in Exeter University between 8th and 14th July 2018. Selected participants will be fully-funded (including travel to and from Exeter), and will participate in intensive sessions sharing research, preparing work for publication or submission as part of a doctoral thesis, and preparing translated texts on the theme of 'Uses of the Past in Islamic Law'.[17]

Finally, a last big event (the fourth main conference of the project, after the ones held in Rabat, Göttingen and Bergen) will take

[17] For details see www.usppip.eu/news/28-29-june-2018-uses-of-the-past-islamic-international-law-and-the-problem-of-translation-concepts-and-applications-university-of-gottingen (last access 25. 05. 2018).

place in Exeter in September 2018. The conference will provide the chance to wrap up on the main topics discussed during the two project years and will likely include panels on representations of the past in contemporary Muslim legal discussions around the four different areas of interests of the USPPIP teams: Violence, Gender, Custom and Governance.

Dr. Nijmi Edres, Post-Doctoral research fellow in Islamic Studies at the Georg-August-University Göttingen, part of the HERA *US-PPIP Understanding Sharia: Past Perfect/Imperfect Present* project.

ZRI – Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam 9 (2017), S. 353–355

Verein zur Förderung eines Kompetenzzentrums Recht und Wirtschaft der arabischen und islamischen Welt an der Universität Heidelberg – Law and Economics of the Arab and Islamic World (LEA)

Peter Göpfrich

I Hintergrund

Im Vereinsregister von Heidelberg ist seit kurzer Zeit ein gemeinnütziger Verein eingetragen, dessen Gründung zum wesentlichen Teil inspiriert und motiviert wurde durch das jahrzehntelange Wirken von Prof. Dr. Omaia Elwan am *Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg*, wo er – nunmehr schon im neunten Lebensjahrzehnt – immer noch in alter Frische tätig ist. Prof. Elwan hat in den langen Jahren seiner aktiven Zeit die dortige Abteilung Recht der Entwicklungsländer zu einem Schwerpunkt für das Recht der arabischen und islamischen Länder ausgebaut und in diesem Kontext auch weit über den Bereich der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg hinaus unzählige Doktoranden und Studierende beraten, betreut und in vielerlei Hinsicht bis hin zur Hilfe bei dem Start einer Karrierelaufbahn unterstützt. Aus diesem Kreis ehemaliger ‚Elwan-Schüler' rekrutieren sich auch überwiegend die Gründungsmitglieder von LEA, viele von Ihnen Wirtschaftsanwälte, Legal Counsels in Rechtsabteilungen von Unternehmen oder Mitarbeiter von Banken im In- und Ausland. Gründungsmitglieder sind auch die beiden Institutsdirektoren Prof. Thomas Pfeiffer und Prof. Herbert Kronke (em.), ersterer ist auch der Vorstandsvorsitzende von LEA e. V.

Zweck des gemeinnützigen Vereins ist die Förderung der wissenschaftlichen Befassung mit dem Recht und der Wirtschaft der arabischen und Islamischen Welt sowie des wissenschaftlichen Austauschs auf den Gebieten Recht und Wirtschaft mit der arabischen und islamischen Welt. Diese Ziele sollen verwirklicht werden durch

- die Förderung von Aktivitäten des *Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg* in Forschung und Lehre mit Bezug zu Recht und Wirtschaft der arabischen und islamischen Welt, sowie
- die Pflege und Intensivierung der wissenschaftlichen Kontakte mit Bezug zu Recht und Wirtschaft der arabischen und islamischen Welt und auch
- die Veranstaltung eigener Tagungen, Symposien und Workshops, hauptsächlich zu wirtschaftspraktischen Themen für Unternehmen, die in den arabischen Ländern tätig sind oder tätig werden wollen.

II LEA-Kompetenzzentrum an der Universität Heidelberg

Am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht wird – zunächst in Form eines organisatorisch nicht verselbständigten Drittmittelprojektes – ein Kompetenzzentrum Recht und Wirtschaft der Arabischen und Islamischen Welt eingerichtet.

Ziel des Kompetenzzentrums ist es in erster Linie, die sich

- aus der strategischen Bedeutung der insbesondere in der Golf-Region gelegenen Staaten,
- aus der Vielzahl der Wirtschafts-und Geschäftsbeziehungen deutscher privater und

öffentlicher Einrichtungen zu Partnern in der Arabischen und Islamischen Welt,

- und auf der faktischen Konkurrenz des kodifizierten deutschen und kontinentaleuropäischen Rechts mit den Rechtsordnungen des Common Law ergebende Fülle rechtlicher Fragestellungen zu erforschen, zugleich praxisnah und praxisorientiert aufzuarbeiten und die erarbeiteten Ergebnisse durch Publikationen und in die Öffentlichkeit wirkende Veranstaltungen sichtbar zu machen.

A Wirtschaftlicher und tatsächlicher Hintergrund

Wirtschaftlicher Hintergrund dieses Projektes ist die Bedeutung der arabischen Länder, speziell der ölreichen Golfstaaten, als strategische Wirtschaftspartner und wichtige Export-und Projektmärkte für die deutsche und internationale Wirtschaft.

Der Entwicklungsprozess des entsprechenden Rechtsrahmens in diesen Ländern verlief insbesondere auf dem Gebiet des Zivil- und Wirtschaftsrechtes, nur teilweise kongruent mit dem wirtschaftlichen Entwicklungsprozess, zumal kodifiziertes rezipiertes europäisches Recht gerade in den Golfstaaten wie insgesamt im internationalen Vertragsrecht aktuell stark mit Anleihen aus dem angelsächsischen Common Law konkurriert und oszilliert.

Islamisch-rechtliche Traditionen und Rechtsfiguren, etwa *Islamic Banking* und *Islamic Finance* spielen eine zunehmend wichtige Rolle.

Auch die durch den sog. ‚Arabischen Frühling' ausgelösten politischen und militärischen Verwerfungen in einem Teil der Arabischen und Islamischen Welt werfen eine Vielzahl von aktuellen Themen aus dem Völkerrecht, dem Wirtschaftsvölkerrecht, dem Staatsrecht und internationalen Wirtschaftsrecht auf.

B Aufgabenstellung und Konzept

Die Aufgabe des Kompetenzzentrums soll darin bestehen, die Fülle der sich aus der skizzierten Ausgangslage ergebenden rechtlichen Themen zu erforschen und zugleich praxisnah und praxisorientiert aufzuarbeiten. Die auf dieser Grundlage gewonnenen Erkenntnisse sollen einer vielgestaltigen Zielgruppe von Nachwuchsjuristen in Unternehmen oder internationalen Anwaltskanzleien oder in der postgraduierten Ausbildungsphase, aber auch rechtlich interessierten Kaufleuten, Wirtschaftsingenieuren etc. vermittelt werden.

Das Projekt soll so angelegt werden, dass die allgemeine rechtsvergleichende und international-rechtliche Kompetenz des *Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht* nutzbar gemacht wird, die aufzugreifenden Themen unter Hinzuziehung externen Sachverstands aufzuarbeiten, wobei das Institut vor allem eine auf eine Koordination und die Entwicklung allgemeiner Forschungskonzeptionen gerichtete Funktion übernimmt.

C Aktivitäten

Das zu entwickelnde Veranstaltungsprogramm soll in den ersten Schritten folgendes umfassen:

- eine jährlich stattfindende, in erster Linie (aber nicht ausschließlich) auf Wieterbildung ausgerichtete Summer-School,
  - die eventuell unterteilt wird in eine Einführung für Teilnehmer aus Deutschland/International oder in Grundzüge des Arabischen und Islamischen Wirtschaftsrechts (rechtsvergleichend mit europäischem/internationalen Wirtschaftsrecht),
  - parallel dazu eine Einführung für Teilnehmer aus der arabischen Welt in Grundzüge des europäischen und internationalen

- Wirtschaftsrechtes (rechtvergleichend mit arabischem/islamischem Wirtschaftsrecht) – und schließlich ein gemeinsamer Kurs mit Schnittstellen/Konfliktfeldern zwischen europäisch/internationalen und arabisch/islamischem Wirtschaftsrecht einschließlich interkultureller Aspekte.
- Weiterhin ein auf Theorie-Praxisintegration ausgerichtetes Seminar- und Vortragsprogramm zu aktuellen wirtschaftsrechtlichen Themen.
- Längerfristig ist die Einrichtung eines weiterbildenden L. L. M. Programmes zum arabischen und islamischen Wirtschaftsrecht geplant.
- In weiteren Schritten wird die Möglichkeit interdisziplinärer Kooperationen, vornehmlich mit den Wirtschafts-, Sozial- und Politikwissenschaften, aber auch mit den Kulturwissenschaften im In- und Ausland angegangen.

D Organisation

Das Kompetenzzentrum wird zunächst als organisatorisch nicht verselbständigtes Projekt am *Institut für ausländisches und internationales Privat-und Wirtschaftsrecht* angesiedelt. Längerfristig kommt auch die Bildung einer Institutsabteilung oder die Einrichtung einer Forschungsstelle in Betracht. Die Finanzierung erfolgt in erster Linie durch private Drittmittel, deren Einwerbung und Aufbringung koordiniert wird durch den o. a. LEA-Förderverein.

E Ausblick

LEA e. V. versteht sich als Förderverein, dessen primäres Ziel es ist, der privaten Wirtschaft mit Interessen und Aktivitäten Nah-und Mittelostgeschäft Unterstützung in ihrem Tagesgeschäft und auch bei der Aus-und Weiterbildung des Nachwuchses zukommen zu lassen.

Dies etwa mit eigenen Informationsveranstaltungen – wie die kürzlich erfolgte Veranstaltung *Wirtschaftsrecht MENA – Aktuell* am 17. November 2017 in Heidelberg (siehe den Tagungsbericht in dieser Ausgabe) – oder durch die finanzielle Drittmittelförderung des an der Universität Heidelberg eingerichteten *LEA-Kompetenzzentrums*. Dabei liegt der Schwerpunkt von LEA auf der Wirtschaftsrechtspraxis, so dass etwa Überschneidungen mit Organisationen wie der GAIR kaum gegeben sind. Die meisten Mitglieder von LEA sind auch Mitglieder der GAIR, die natürlich einen ganz anderen Hintergrund und Schwerpunkt hat, wobei aber in der Zukunft durchaus Synergien und auch Kooperationen denkbar erscheinen. Besonders angestrebt sind auch Kooperationen und gemeinsame Projekte mit entsprechenden Counter-Parts in den arabischen und islamischen Ländern selbst. So werden etwa aktuell Gespräche geführt mit der *Qatar-Foundation* über ein mögliches Projekt zum Thema „Recht der Familienunternehmen“, oder auch eine Einbeziehung von LEA in Projekte im Rahmen des Programmes der verschiedenen Transformationspartnerschaften, die seitens der Bundesregierung in der arabischen Welt initiiert wurden.

Dr. Peter Göpfrich, Mitglied der GAIR, praktiziert als Rechtsanwalt und ist Geschäftsführendes Vorstandsmitglied von LEA e. V.

ZRI – Zeitschrift für Recht und Islam / Journal for Law & Islam 9 (2017), S. 357–360

CALL FOR PAPERS

Aufruf zum Einreichen von Beiträgen für die

Zeitschrift für Recht und Islam

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 und (Nachwuchs-)Praktiker dazu ein, durch das Einreichen veröffentlichungswürdiger Manuskripte zum gegenseitigen Verständnis und zum Austausch beizutragen! Mit dem Ziel, das der Gesellschaft zugrunde liegende Bestreben umfassend und breit gefächert umzusetzen, heißen wir sowohl disziplinäre als auch interdisziplinäre Beiträge willkommen, die sich mit den angesprochenen Aspekten befassen. Wir begrüßen hierfür unveröffentlichte und nicht an anderer Stelle zur Veröffentlichung eingereichte eigene Aufsätze, Berichte, Kommentare, Rezensionen sowie darüber hinaus Urteile.

Beiträge können auf Deutsch oder Englisch eingereicht werden. Bitte senden Sie Ihren Beitrag

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:
  a) 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(inn)en begutachtet. Nach Eingang der Gutachten erfolgt die Rückmeldung an die Autor(inn)en bezüglich der Annahme, Ablehnung oder Notwendigkeit einer Überarbeitung des Beitrages. Den diesen Prozess begleitenden Herausgeber(inn)en obliegt die letzte Entscheidung zur Veröffentlichung. Alle Autor(inn)en erhalten den redaktionell bearbeiteten Text vor Drucklegung zum Korrekturlesen noch einmal zugesandt.

Für Rückfragen stehen Ihnen die Redaktionsleitung Sina Nikolajew (mitteilungen@gair.de) sowie die Herausgeber Beate Anam (beate.backe@googlemail.com), Hatem Elliesie (elliesie@eth.mpg.de), Kai Kreutzberger (kai.kreutzberger@gmail.com) und Prof. Dr. Dr. Peter Scholz (peter.scholz@fu-berlin.de) jederzeit zur Verfügung.

Call for Papers

Zeitschrift für Recht und Islam

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:

to zri@gair.de

enclosing a brief personal description (no detailed curriculum vitae required). 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:

a) 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 DMG or Encyclopaedia of Islam) and in translation.

Each submission will be subject to a double peer review procedure by two anonymous colleagues in the relevant area. Once their reports 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 Sina Nikolajew from the editorial team (mitteilungen@gair.de), as well as the editors Beate Anam (beate.backe@googlemail.com), Hatem Elliesie (elliesie@eth.mpg.de), Kai Kreutzberger (kai.kreutzberger@gmail.com) and Prof Dr Dr Peter Scholz (peter.scholz@fu-berlin.de).

IMPRESSUM

Herausgeber der *ZR&I: Zeitschrift für Recht & Islam – Journal for Law & Islam* (vormals *GAIR-Mitteilungen)*

Hatem Elliesie (Halle/Saale) – Editor-in-Chief
Beate Anam – Managing Editor (Halle/Saale)
Peter Scholz (Berlin)
Kai Kreutzberger (Berlin)

Redaktionssekretariat der *ZR&I – Zeitschrift für Recht & Islam*

Sina Nikolajew (Berlin) – Redaktionssekretariat, E-Mail: zri@gair.de

Redaktionsmitglieder der *ZR&I – Zeitschrift für Recht & Islam*

Christopher Halas (Leipzig), E-Mail: zri@gair.de
Silvan Eppinger (Stuttgart), E-Mail: zri@gair.de
Abir Haddad (Köln), E-Mail: zri@gair.de
Abdelghafar Salim (Halle/Saale), E-Mail: zri@gair.de

Fachgutachter der *ZR&I – Zeitschrift für Recht & Islam 9* (2017)

Kilian Bälz (Amereller Rechtsanwälte; Berlin, Dubai, Kairo)
Cengiz Baskanmaz (Abteilung Recht und Ethnologie, Max-Planck-Institut für ethnologische Forschung, Halle/Saale)
Almut Besold (Friedrich-Naumann-Stiftung, Islamabad)
Achim-Rüdiger Börner (Rechtsanwalt, Köln)
Hans-Georg Ebert (Orientalisches Institut, Universität Leipzig)
Salman Hussain (Abteilung Recht und Ethnologie, Max-Planck-Institut für ethnologische Forschung, Halle/Saale)
Serdar Kurnaz (Akademie der Weltreligionen, Universität Hamburg)
Lena-Maria Möller (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg)
Norbert Oberauer (Institut für Arabistik und Islamwissenschaft, Westfälische Wilhelms-Universität Münster)
Mathias Rohe (Institut für Deutsches und Internationales Privatrecht und Zivilverfahrensrecht / Erlanger Zentrum für Islam und Recht in Europa, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg)
Irene Schneider (Seminar für Arabistik / Islamwissenschaft, Georg-August-Universität Göttingen)
Silvia Tellenbach (Referat Türkei, Iran, arabische Staaten, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i. Br.)

Erscheinungsweise

Die *ZR&I – 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 *ZR&I* orientiert sich grundsätzlich am Standard der *Deutschen Morgenländischen Gesellschaft*.

Zitiervorschlag

Autor: Titel des Beitrags, in: *ZR&I – Zeitschrift für Recht & Islam* 9 (2017), S. XX–XXX.

ISSN 2566-7858