Zeitschrift für Recht & Islam

Journal of Law & Islam

ZR&I

Jahrgang 10 (2018)

Kilian Bälz: *Kuwait's Court of Cassation Upholds Arbitration Clause in Distribution Agreement*

Osman Mehmet Gülyesil: *Zur Legitimation eines Kopftuchverbots für eine Beamtin in der Kommunalverwaltung: Besprechung von Verwaltungsgericht Kassel, Urteil vom 28.02.2018 – 1 K 2514/17.KS*

Esnaf Begić: *Vom staatsrechtlichen Normativ zum sozial-ethischen Korrektiv: Die Entwicklung der šarī'a in Bosnien*

Katarzyna Brataniec: *Constitutional Reforms in Morocco and Jordan in the Context of the Arab Spring*

Elisa Schweitzer: *Kinderschutz im saudischen Rechtsdiskurs am Beispiel des Straftatbestands der Kindesmisshandlung*

Christoph Zehetgruber: *Islamisches Strafrecht in Deutschland? – Betrachtungen aus grund-, menschen- und strafrechtlicher Sicht*

Naomi Roth: *„the gay self is archipelagic“: Zur Interdependenz von Nation, Sexualität und Religion in Indonesien und ihrer Wirkung auf homosexuelle Männlichkeiten*

Scott Morrison: *Some Characteristics of Money in English and Islamic Law*

Ruben Kühl: *Moderndes Sklaventum? – Die Rechtsstellung des Gastarbeiters in den Golfstaaten*

Constantin Frank-Fahle: *German Investments in the Member States of the Gulf Cooperation Council and the German Foreign Tax Act*

Kilian Bälz: *Rezension zu Carlo Pohlhausen, Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt in den arabischen Staaten. Eine rechtsvergleichende Analyse von Aktien-, Anleihe und Hybridemissionen am Beispiel Ägyptens, der Vereinigten Arabischen Emirate, Tübingen 2014*

Kilian Bälz: *Rezension zu Andrea Issad: Islamisch inspirierte Testamente, Tübingen 2019.*

Ahmed M. F. Abd-Elsalam: *Bericht zum V. Symposium des Deutschen Forums für Islamisches Recht: Angewandtes Islamisches Recht – Scharia und Gesellschaft (22. / 23. 09. 2017, Münster)*

Ibtisam Sadegh & Julie McBrien: *Conference Report: Religious Marriages in the Mediterranean (21. / 22. 03. 2018, Malta)*

Serena Tolino: *Conference Report: IX International Conference of Islamic Legal Studies (06.–09. 06. 2018 Helsinki & Tampere)*

Abdelghafar Salim & Maria G. Nikolova: *Conference Report: Law, Islam and Anthropology (09. / 10. 11. 2018, Halle/Saale)*

Herausgegeben von
Hatem Elliesie
Peter Scholz
Beate Anam
Kai Kreuzberger

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

جمعية دراسات الشريعة
الإسلامية وقوانين البلاد العربية

ISSN 2192-6050

INHALT

EDITORIAL

RECHTSPRECHUNG & URTEILSBERICHTE

- Kuwait's Court of Cassation Upholds Arbitration Clause in Distribution Agreement 7
Kilian Bälz
- Zur Legitimation eines Kopftuchverbots für eine Beamtin in der Kommunalverwaltung.
Besprechung von Verwaltungsgericht Kassel, Urteil vom 28. 02. 2018 – 1 K 2514/17.KS 9
Mehmet Osman Gülyesil

ARTIKEL

- Vom staatsrechtlichen Normativ zum sozialemischen Korrektiv:
Die Entwicklung der *šarī'a* in Bosnien 15
Esnaf Begić
- Constitutional Reforms in Morocco and Jordan in the Context of the Arab Spring 35
Katarzyna Brataniec
- Islamisches Strafrecht in Deutschland? –
Betrachtungen aus grund-, menschen- und strafrechtlicher Sicht 51
Christoph Zehetgruber
- „the gay self is archipelagic“. Zur Intersektionalität von Nation, Sexualität
und Religion in Indonesien und ihrer Wirkung auf homosexuelle Männlichkeiten 63
Naomi Roth
- Some Characteristics of Money in English and Islamic Law 73
Scott Morrison
- Modernes Sklaventum? – Die Rechtsstellung des Gastarbeiters in den Golfstaaten 95
Ruben Kühl
- German Investments in the Member States of the Gulf Cooperation Council
and the German Foreign Tax Act 113
Constantin Frank-Fahle

TAGUNGSBERICHTE

- Bericht zum V. Symposium des Deutschen Forums für Islamisches Recht:
Angewandtes Islamisches Recht – Sharia und Gesellschaft, 22. und 23. September 2017,
Zentrum für Islamische Theologie, Westfälische-Wilhelms-Universität Münster 129
Ahmed M. F. Abd-Elsalam

Conference Report: <i>Religious Marriages in the Mediterranean</i> , 21–22 March 2018, Malta	139
<i>Ibtisam Sadegh & Julie McBrien</i>	
Conference Report: <i>IX International Conference of Islamic Legal Studies</i> , 6–9 June 2018, Universities of Helsinki & Tampere, Finland	149
<i>Serena Tolino</i>	
Conference Report: <i>Law, Islam and Anthropology</i> , organized jointly by the Department Law & Anthropology of the Max Planck Institute for Social Anthropology (MPI), the Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht (GAIR), and the Vereniging tot bestudering van het Recht van de Islam en het Midden Oosten (RIMO) 9–10 November 2018, Halle/Saale	157
<i>Abdelghafar Salim & Maria G. Nikolova</i>	
REZENSIONEN	
Rezension zu Carlo Pohlhausen, <i>Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt in den arabischen Staaten. Eine rechtsvergleichende Analyse von Aktien-, Anleihe und Hybridemissionen am Beispiel Ägyptens, der Vereinigten Arabischen Emirate, Saudi-Arabiens und Jordaniens</i> , Tübingen 2014	165
<i>Kilian Bälz</i>	
Rezension zu Andrea Issad: <i>Islamisch inspirierte Testamente</i> , Tübingen 2019	167
<i>Kilian Bälz</i>	
CALL FOR PAPERS (AUFRUF ZUM EINREICHEN VON BEITRÄGEN)	169
IMPRESSUM	173
Herausgeber der <i>ZR&I: Zeitschrift für Recht & Islam – Journal for Law & Islam</i>	
Redaktionssekretariat der <i>ZR&I – Zeitschrift für Recht & Islam</i>	
Redaktionsmitglieder der <i>ZR&I – Zeitschrift für Recht & Islam</i>	
Fachgutachter der <i>ZR&I – Zeitschrift für Recht & Islam 10 (2018)</i>	
Erscheinungsweise	
Inhaltliche Verantwortung	
Manuskripteinreichung	
Transkription	
Zitiervorschlag	

EDITORIAL

Sehr geehrte Mitglieder der Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht,
sehr geehrte Interessent*innen der Zeitschrift für Recht & Islam,

die neunte Ausgabe der *Zeitschrift für Recht & Islam* (in Fortsetzung der *GAIR-Mitteilungen*) bildet einmal mehr das breite Spektrum fachwissenschaftlicher Auseinandersetzung mit Themenbereichen von islamrechtlicher und islambezogener Relevanz ab. Neben (rechts)historischen Analysen widmet sie sich gegenwartsbezogenen Fragestellungen. In der Zusammenstellung der Beiträge waren wir demgemäß auch in diesem Jahr wieder darum bemüht, Ihnen unterschiedlichste Blickwinkel auf rechtswissenschaftliche Erkenntnisgewinne vorzustellen. Gleiches gilt für unser Anliegen, Befunde aus der Rechtspraxis an die Wissenschaft und *vice versa* heranzuführen.

Den Auftakt bilden Besprechungen zu zwei jüngst ergangenen Urteilen. Eines der Urteile stammt vom Kassationsgerichts (*Maḥkamat an-naqd*) in Dubai zur Schiedsklausel in einem Vertriebsvertrag. Das andere Urteil, welches vom Verwaltungsgericht Kassel erging, befasst sich mit dem Kopftuchverbot gegenüber einer Beamtin einer Kommunalverwaltung. Letztere Anmerkung fügt sich mit einer neuen Perspektive in die zahlreichen Urteilsbesprechungen vorheriger Ausgaben der *ZR&I* zur Kopftuchdebatte ein, der wir in der Jahresausgabe 2016 einen Schwerpunkt widmeten.

Eine Befassung mit der historischen Genese aktueller Gegebenheiten erfolgt in der Betrachtung der Entwicklung der Scharia in Bosnien. Ein Blick in die Wirtschaft wird durch den Beitrag zu deutschen Investitionen in den GCC-Mitgliedsstaaten und dem deutschen Außensteuergesetz geworfen. Einen Bezug zu kodifiziertem Recht hat auch der Beitrag zur rechtlichen Stellung der Gastarbeiter in den Golfstaaten. Auf eher denktheoretischer Ebene angesiedelt sind die Ausführungen zu Eigenschaften von Geld nach englischem und islamischem Recht. Mit der Beleuchtung der Interdependenz von Nation, Sexualität und Religion und ihrer Wirkung auf homosexuelle Männlichkeit in Indonesien wird anschließend ein sehr sensibles Thema angesprochen und in Bezug zu themenentsprechenden Abhandlungen in den *ZR&I*-Ausgaben 2014 wie auch 2016 gesetzt. Sensibilität in einem anderen Sinne ist auch gefragt, wenn es um Kinderschutz geht, der exemplarisch am saudischen Rechtsdiskurs dargestellt wird. Den Blick zurück nach Deutschland lenkt ein Beitrag zum islamischen Strafrecht aus grund-, menschen- und strafrechtlicher Sicht.

Abgerundet wird die Ausgabe von Berichten zu Konferenzen, die – wie in solch einem Rahmen üblich – rechtstheoretische sowie rechtspraktische Expertise zu unterschiedlichen (Sub-)Themen unter einem gemeinsamen Oberthema bündeln. In diesem Falle standen als Oberthemen „Angewandtes Islamisches Recht – Scharia und Gesellschaft“, „Religious Marriages in the Mediterranean“, „Islamic Legal Studies“ sowie „Law, Islam and Anthropology“. Letztgenannte Konferenz war zugleich die GAIR-Jahrestagung 2018.

Wir möchten an dieser Stelle wieder all denen danken, die als Gutachter*innen den Autor*innen mit ihrem Wissen und Ihrer Erfahrung konstruktiv zur Seite standen. Namentlich gilt dieser Dank Hakkı Arslan (Institut für Islamische Theologie, Universität Osnabrück), Björn Bentlage (Seminar für Arabistik und Islamwissenschaft, Orientalisches Institut, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg), Francesco Biagi (Center for Constitutional Studies and Democratic Development, Bologna), Rainer Grote (Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg), Rüdiger Lohlker (Institut für Orientalistik, Universität Wien), Christian Müller (Institut de Recherche et d’Histoire des Textes, Centre National de la Recherche Scientifique, Paris), Mathias Rohe (Institut für Deutsches und Internationales Privatrecht und Zivilverfahrensrecht / Erlanger Zentrum für Islam und Recht in Europa, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg), Dževada Šuško (International University of Sarajevo) und Silvia Tellenbach (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i. Br.).

Unser Dank gilt gleichermaßen den Autor*innen, die ihre zumeist begrenzte Zeit in die Ausarbeitung und Weiterentwicklung ihrer Ausführungen investierten. Auch dem Redaktionsteam, Silvan Eppinger (Stuttgart), Abir Haddad (Köln), Christopher Halas (Leipzig) sowie Abdelghafar Salim (Halle/Saale) und unserem neuen Mitglied Tim Knoche (Heidelberg) danken wir herzlich. Ein besonderes Dankeschön gilt jedoch wie stets unserem ‚Herzstück‘, der Redaktionsleiterin Sina Nikolajew (Berlin), deren Erfahrung und Wissen bei der Begleitung von Aufsätzen für die Zeitschrift unverzichtbar ist.

In der Hoffnung, Ihnen damit auch dieses Jahr wieder eine interessante Lektüre zusammengestellt zu haben, verbleibt mit herzlichen Grüßen aus Halle/Saale und Berlin

Das Herausgeberkollegium der Zeitschrift für Recht & Islam

Hatem Elliesie, Peter Scholz, Beate Anam, Kai Kreutzberger

RECHTSPRECHUNG & URTEILSBERICHTE

Kuwait's Court of Cassation Upholds Arbitration Clause in Distribution Agreement

Kilian Bälz

On 13th February 2018, the Kuwaiti Court of Cassation confirmed in a landmark judgement that an arbitration clause providing for international arbitration in a distribution agreement is valid and excludes the jurisdiction of the Kuwaiti courts. The decision puts an end to many years of ambiguity regarding the arbitrability of disputes based on commercial agency, dealership, and franchise agreements in Kuwait.

I Introduction

For many years, whether disputes based on distribution agreements may be submitted to arbitration was an unsettled matter in Kuwait. This ambiguity stems from Article 285 of the Kuwaiti Commercial Code, which establishes the competence of the courts at the “place where the contract is performed” for all “disputes based on agency”. Furthermore, Article 286 of the Commercial Code applies Article 285 to exclusive dealership contracts.

Legal commentators in the past interpreted these provisions broadly and inferred that disputes based on distribution agreements (generally understood to comprise commercial agency, dealership, and franchise agreements) could not validly be submitted to arbitration.

Therefore, according to widespread opinion, an arbitration clause contained in a distribution agreement was invalid and did not exclude the Kuwaiti courts' jurisdiction.

II The Case in the Court of Cassation

On 13th February 2018, the Kuwaiti Court of Cassation decided a case based on a typical set of facts: the principal, an international company, terminated its medical products distribution agreement with a Kuwaiti distributor. Aggrieved by the termination, the distributor brought a claim for compensation against the principal.

The distribution agreement contained an arbitration clause providing for LCIA¹ arbitration in London, in the English language. In

¹ The London Court of International Commercial Arbitration (www.lcia.org).

court, the distributor argued that the clause did not exclude the jurisdiction of the Kuwaiti courts. First, the distributor claimed that Article 285 of the Commercial Code rendered arbitration impermissible in matters relating to distribution, making the arbitration clause invalid. Second, the distributor argued that its management had lacked the authority to enter into the arbitration clause. Third, the distributor claimed that the arbitration clause lapsed once the principal terminated the distribution agreement.

III The Decision of the Court

The Court refuted the distributor's arguments and held that, under Kuwaiti law, an arbitration clause providing for international arbitration in a distribution agreement is valid and excludes the Kuwaiti courts' jurisdiction. This means that the Kuwaiti courts will not hear a dispute based on a distribution agreement provided it contains an arbitration clause and the defendant invokes this as a jurisdictional defense.

First, the Court held that Article 285 of the Commercial Code does not prevent parties from agreeing to arbitration. Accordingly, Article 285 of the Commercial Code is limited to determining the competent court in Kuwait when a dispute enters litigation and says nothing about the 'arbitrability' of distribution agreements. Second, the Court held that a limited liability company's management has the full power and authority to enter into an arbitration clause. Thus, it opted against an interpretation that would require special approval by the shareholders assembly in order to enter in-

to an agreement including an arbitration clause. Third, the Court emphasized that an arbitration clause can survive the termination of the contact in which it is contained. Therefore, in the present case, the arbitration clause continues to apply, although the principal terminated the agreement.

IV The New York Convention (1958)

Throughout its decision, the Court pays tribute to the New York Convention (1958), to which Kuwait has acceded. The Court emphasizes the importance the Convention gives to the recognition of arbitration clauses.

However, the present case shows that the Convention's provisions prove futile without supporting legislation and case law at the local level. The Convention does not define what matters can be submitted to arbitration. Instead, it leaves this decision to local law. In view thereof, the Court of Cassation's decision is a major step, irrespective of the application of the New York Convention in Kuwait.

V The New Commercial Agency Law

Ultimately, the Court of Cassation's decision cannot be fully understood in isolation. Article 20 of the new Commercial Agency Law (no. 13 of 2016), addresses disputes based on distribution agreements, stating that, "it is permitted to agree on resorting to arbitration when settling the disputes". This provision, in conjunction with the Court of Cassation's decision clearly establishes that distribution agreements may be submitted to arbitration.

Zur Legitimation eines Kopftuchverbots für eine Beamtin in der Kommunalverwaltung.

Besprechung von Verwaltungsgericht Kassel, Urteil vom 28.02.2018 – 1 K 2514/17.KS

Mehmet Osman Gülyesil

I Einführung

Nach nunmehr zwei Jahrzehnten andauernder Rechtsstreitigkeiten ist, auch unter Berücksichtigung des jüngsten Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) aus dem Jahre 2015,¹ hinsichtlich der Frage nach der Rechtmäßigkeit eines Kopftuchverbots für Staatsbedienstete die nüchterne Erkenntnis zu ziehen, dass Rechtssicherheit hier nach wie vor nicht zu konstatieren ist.

Aktuell hat sich der juristische Diskurs vom insoweit fast schon als traditionell zu bezeichnenden Bereich des Schul- und Erziehungswesens auf den der Justiz ausgeweitet.² Über die Zulässigkeit von Kopftuchverboten im privaten Sektor wurde unlängst nicht nur durch die nationale Arbeitsgerichtsbarkeit,³ sondern auch auf supranationaler Ebene durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) entschieden.⁴

Der Umgang mit dem „Quadratmeter Stoff als Projektionsfläche“⁵ bleibt somit weiterhin eine kontroverse Angelegenheit an der Schnittstelle zwischen Recht und Politik.⁶

¹ BVerfG, Beschl. v. 27. 01. 2015 – 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10, NJW 2015, S. 1359 (1373).

² Hinsichtlich eines Kopftuchverbots für Referendarinnen im juristischen Vorbereitungsdienst vgl. BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 27. 06. 2017 – 2 BvR 1333/17, NJW 2017, S. 2333 (2337) sowie VGH München (3. Senat), Urt. v. 07. 03. 2018 – 3 BV 16.2040.

³ Für ein Kopftuchverbot einer Kassiererin und Beraterin einer privaten Drogeriekette vgl. LAG Nürnberg, Urt. v. 27. 03. 2018 – 7 Sa 304/17.

⁴ Zu den Vorabentscheidungsverfahren hinsichtlich der Kündigung wegen des Tragens eines Kopftuchs gemessen an der Richtlinie 2000/78/ EG vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vgl. EuGH (Große Kammer), Urt. v. 14. 03. 2017 – C-188/15, C-157/15.

⁵ S. Berghahn, Ein Quadratmeter Stoff als Projektionsfläche. Gesetzliche Kopftuchverbote in Deutschland und anderen europäischen Ländern, in: www.fu-berlin.de/sites/gpo/pol_sys/politikfelder/Ein_Quadratmeter_Stoff_als_Projektionsflaeche/s_berghahn.pdf (letzter Aufruf 25. 03. 2019).

⁶ Aktuell wird ein Kopftuchverbot für minderjährige muslimische Mädchen diskutiert. Neben Politikern sind zivilgesellschaftliche Akteure hierbei federführend, wie etwa der Terre des Femmes – Menschenrechte für die Frau e. V. vgl. R. Stegmann: Kopftuchverbot für Mädchen gefordert, in: www.tagesspiegel.de/politik/verschleierung-kopftuchverbot-fuer-maedchen-gefordert/22946888.html (letzter Aufruf 25.03.2019) vgl. auch M. L. Jäschke / T. Müller: *DöV* (2018), S. 279 (284).

Die Brisanz und beachtliche gesellschaftliche Relevanz der Thematik wird nicht zuletzt durch den Umstand offensichtlich, dass das BVerfG innerhalb von zwölf Jahren gleich zweimal über die Vereinbarkeit des Tragens eines Kopftuchs mit den Pflichten von Beamtinnen im Rahmen ihrer öffentlichen Diensttätigkeit zu entscheiden hatte.

War das erste diesbezügliche Urteil des zweiten Senats aus dem Jahre 2003 insoweit noch eher zurückhaltend formuliert,⁷ entschied sich demgegenüber der erste Senat im Januar 2015 für eine Auffassung, die eine religiöse Sichtbarkeit in der staatlichen Sphäre stärkte: Das Postulat lautet seit dieser letzten Entscheidung, dass ein pauschales Kopftuchverbot ohne Vorliegen einer konkreten Gefahr für entgegenstehende Verfassungsgüter selbst bei Vorliegen einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage rechtswidrig ist.⁸

Die im Nachgang zu der ersten Kopftuch-Entscheidung des zweiten Senats ab 2003 von diversen Ländern verabschiedeten Parlamentsgesetze mussten dementsprechend nach der zweiten Entscheidung von 2015 überprüft und gegebenenfalls dem neuen Standard angepasst werden. Allerdings zeigen sich hier bis dato weiterhin interpretative Spannungen, was sich exemplarisch am Beispiel des Berliner Neutralitätsgesetzes verdeutlichen lässt, zu dessen diesbezüglichem Reformbedarf die Meinungen durchaus auseinandergehen.⁹

Eine anhaltende Kollisionslage besteht ferner im Land Hessen, wie neben dem Sachverhalt der mittlerweile vom BVerfG entschiedenen Verfassungsbeschwerde einer Frankfurter Rechtsreferendarin¹⁰ auch der den Gegenstand der vorliegenden Besprechung bildende Fall aus dem Bereich der Kommunalverwaltung zeigt, über den das Verwaltungsgericht (VG) Kassel im Februar 2018 zu entscheiden hatte.¹¹

II Sachverhalt (vereinfacht)

Die Klägerin ist Oberinspektorin im gehobenen nichttechnischen Dienst bei der Beklagten, der Stadt Kassel, und seit dem 01.01.2016 in der Abteilung für Allgemeine Soziale Dienste des Jugendamts der Stadt tätig, wo sie in Entscheidungsvorgänge über die Bewilligung von Jugendhilfe für Kinder und Jugendliche aus problematischen Familienverhältnissen eingebunden ist.

Seit ca. sechs Jahren trägt die Klägerin ein Kopftuch als Ausdruck ihrer individuellen Glaubenszugehörigkeit und beantragte im November 2015 die Genehmigung von der Beklagten, dieses auch während der Dienstzeit tragen zu dürfen. Die Beklagte lehnte dieses Gesuch im Mai 2016 mit der Begründung ab, im Tätigkeitsbereich mit Publikumsverkehr verlange die Neutralitätspflicht es der Klägerin ab, auf das Kopftuch zu verzichten.

⁷ BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02, NJW 2003, S. 3111 (3122).

⁸ BVerfG, Beschl. v. 27.01.2015 – 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10, NJW 2015, S. 1359 (1373).

⁹ Vgl. www.berliner-zeitung.de/berlin/kopftuch-verbot-senat-sieht-keinen-grund-fuer-aenderung-an-neutralitaetsgesetz-25710728 (letzter Aufruf 25.03.2019).

¹⁰ BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 27.06.2017 – 2 BvR 1333/17, NJW 2017, S. 2333 (2337).

¹¹ VG Kassel, Urt. v. 28.02.2018 – 1 K 2514/17.KS, BeckRS (Beck online Rechtsprechung) 2018, S. 7597.

Vor und nach dem Dienst sowie zu Fortbildungen und Personalversammlungen sei ihr das Kopftuchtragen hingegen nicht verwehrt.

Die Klägerin legte gegen diese Entscheidung im Juni 2016 Widerspruch ein, zu dessen Begründung sie nicht nur auf die Grundrechte der Religionsfreiheit, des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des religiösen Diskriminierungsschutzes verwies, sondern weiterhin auch auf ein Rundschreiben des Hessischen Ministeriums des Inneren und für Sport vom 06.09.2015, wonach ein Kopftuchverbot nur aufgrund einer konkreten Gefahr oder Störung für andere Schutzgüter begründet werden könne.

Die Stadt verweigerte ihrer Mitarbeiterin daraufhin in einem weiteren Schreiben von August 2016 erneut die Genehmigung für das Tragen eines Kopftuchs, soweit es um die Ausübung von Tätigkeiten in einem Aufgabenbereich mit Publikumsverkehr gehe, welche die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe oder das Treffen von Ermessensentscheidungen umfassten. Als ‚Kompensation‘ bot sie der Klägerin darin zugleich die Übertragung einer gleichwertigen Tätigkeit ohne Publikumsverkehr an, was die Klägerin jedoch ablehnte.

Im März 2017 erging schließlich der abweisende Widerspruchsbescheid, gegen den die Klägerin sodann Klage vor dem VG Kassel erhob.

III Die Entscheidung

Die 1. Kammer des VG Kassel entschied im Ergebnis zugunsten der Klägerin und verpflichtete die Stadt, ihr das Tragen eines Kopftuchs während der Dienstzeit zu genehmigen. Ausschlaggebend dafür war im Wesentlichen die nach umfassender Abwägung gewonnene Auffassung des Gerichts, dass hier im Rahmen der praktischen Konkordanz der positiven Religionsfreiheit der Klägerin aus Art. 4 I, II Grundgesetz (GG) der Vorrang gegenüber der ebenfalls aus Art. 4 I, II GG folgenden negativen Bekenntnis- und Glaubensfreiheit der (potentiell) betroffenen Bürger sowie dem Verfassungsprinzip der staatlichen Neutralität zu gewähren sei.

Eine einfachgesetzliche Grundlage als Maßstab der Eingriffsbeurteilung, so das Gericht, habe hier zwar in Form von § 45 S. 1 und 2 Hessisches Beamtengesetz (HBG) existiert.¹² Deren Voraussetzungen hätten aber nach verfassungskonformer Auslegung in diesem konkreten Einzelfall nicht vorgelegen, so dass der Ablehnungsbescheid der Beklagten materiell rechtswidrig ergangen sei.¹³ Als potentiell rechtfertigende Umstände für die durch die Beklagte vorgenommene Einschränkung der Religionsfreiheit der Klägerin werden zunächst eine mögliche Verletzung der negativen Glaubens- und Bekenntnisfreiheit Dritter und des Primats staatlicher Neutralität diskutiert.

¹² § 45 HBG – Neutralitätspflicht (§ 33 Beamtenstatutgesetz): „Beamtinnen und Beamte haben sich im Dienst politisch, weltanschaulich und religiös neutral zu verhalten. Insbesondere dürfen sie Kleidungsstücke, Symbole oder andere Merkmale nicht tragen oder verwenden, die objektiv geeignet sind, das Vertrauen in die Neutralität ihrer Amtsführung zu beeinträchtigen

oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Frieden zu gefährden. Bei der Entscheidung über das Vorliegen der Voraussetzungen nach Satz 1 und 2 ist der christlich und humanistisch geprägten abendländischen Tradition des Landes Hessen angemessen Rechnung zu tragen.“

¹³ BeckRS (2018), S. 7597, Rn. 21.

Als ‚negative‘ Glaubens- und Bekenntnisfreiheit wird die Freiheit gewährleistet, kultischen Handlungen sowie Symbolen, in denen sich eine Religion darstellt, nicht ausgesetzt zu sein, auch wenn es faktisch nicht möglich ist, hiervon in der Gesellschaft gänzlich verschont zu bleiben. Eine Beeinträchtigung dieser Freiheit ist insbesondere dann gegeben, wenn der Staat eine Lage schafft, in welcher der Einzelne der Manifestation einer Religion nicht ausweichen kann und diese religiös konnotierte Darstellung auf Veranlassung des Staates erfolgt.

Um eine solche Situation, so das Gericht, gehe es auch im vorliegenden Fall, würde doch trotz der Individualität der Entscheidung der Klägerin, ein Kopftuch zu tragen, diese religiöse Handlung bei ihrer Vornahme im dienstlichen Bereich dem Staat zumindest mittelbar zugerechnet, da er sie dulde und somit die Konfrontationsmöglichkeit mit erscheinenden Kunden der Abteilung der Allgemeinen Sozialen Dienste erst ermögliche. Dadurch mache sich der Staat das Kopftuchtragen mittelbar zu eigen. Als Maßstab gelte hier, ob der Einzelne sich dem religiösen Bekenntnis in der staatlichen Sphäre entziehen könne, was vorliegend nicht der Fall sei. Nicht nur sei die Klägerin für eine bestimmte Abteilung tätig, in der sie als Sachbearbeiterin für bestimmte Einzelfälle zugeteilt sei, deren Bearbeitung unweigerlichen Kundenkontakt mit sich bringe. Auch abseits ihres eigenen Zuständigkeitsbereichs stehe die Klägerin dem allgemeinen Publikumsverkehr an ihrer Dienststelle gegenüber, in dessen Rahmen sie aufgrund der räumlichen Konstruktion der Behörde von den Bürgern unausweichlich als Repräsentantin der Behörde wahrgenommen werde.

Eine Missionierungsabsicht sei der Klägerin dabei zwar nicht vorzuwerfen, doch sei das Kopftuch ein erkennbares reaktionshervorrufendes ostentatives Symbol. Die toleranzfördernden Grundsätze aus dem Bereich des staatlichen Erziehungs- und Lehrauftrags könnten im vorliegenden Fall mangels erzieherischen Auftrags der Klägerin nicht zu Gute kommen.¹⁴

Auch eine Verletzung der staatlichen Neutralitätspflicht komme im Fall einer Genehmigungserteilung für das Tragen des Kopftuches im dienstlichen Bereich der Klägerin in Betracht, da hier der Staat eine kontroverse und konfliktgeladene symbolische Aufladung des Kopftuchs zulasse und sich zumindest implizit eine konkrete Auslegungsform des Islam wiederum mittelbar zu eigen mache. Hiermit sei eine *abstrakte* Gefährdung des religiösen Friedens möglich.¹⁵

Im Ergebnis stellt das VG Kassel jedoch fest, dass die unmittelbare Beeinträchtigung der Religionsfreiheit der Klägerin durch die Verweigerung der Genehmigung hier schwerer wiege als die mittelbare Einschränkung der negativen Bekenntnis- und Glaubensfreiheit Dritter und des Neutralitätsgebots, die mit der Genehmigungserteilung einhergingen, und entschied daher bei der Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung letztlich zu Gunsten der Klägerin. Es betont, die zentralen Eingriffsnormen des § 45 S. 1 und 2 HBG seien im Lichte der aktuellen Rechtsprechung des BVerfG dahingehend zu verstehen, dass eine *konkrete* Gefahr für die staatliche Neutralität oder die negative Religionsfreiheit Dritter vorliegen müsse, um ein dienstbezogenes Kopftuchverbot aussprechen zu dürfen, was im konkreten Fall zu verneinen sei.¹⁶

¹⁴ Ebd., Rn. 28.

¹⁵ Ebd., Rn. 30.

¹⁶ Ebd., Rn. 31–32.

Eine Übertragung des für den Bereich der Justiz als ausreichend angesehenen Maßstabs einer abstrakten Gefahr für diese Schutzgüter lehnt das Gericht ausdrücklich ab, mit der Erwägung, dass es dort (anders als hier) schließlich um die Unabhängigkeit der Rechtsprechung und die außergewöhnliche Situation im Gerichtssaal gehe.¹⁷

IV Rechtliche Würdigung

Die Urteilsbegründung des VG stützt sich dem ersten Anschein nach auf Aspekte und Wertungen, die der neueren bzw. ständigen Rechtsprechung des BVerfG entnommen werden und somit, so könnte man meinen, keine Besonderheiten aufweisen. Dies wäre freilich ein lückenhaftes Resümee dieses Urteils.

Gewiss sind es zunächst Trivialitäten, wenn das erkennende Gericht hier die Einschlägigkeit der positiven Religionsfreiheit der Klägerin, trotz staatlicher Nähe i. S. d. Sonderverhältnisses, bejaht oder das Kopftuchtragen als geschützte Religionspraxis von Muslim*innen herausstellt.

Als Novum kann indes angesehen werden, dass die vorliegende innerstaatliche Streitigkeit außerhalb des Erziehungs- und Schulwesens stattfindet, hierbei aber gleichwohl das für diesen Bereich etablierte Erfordernis einer konkreten Gefahr für bestimmte hochrangige Schutzgüter als Voraussetzung für die Recht-

mäßigkeit eines pauschalen Kopftuchverbots ebenfalls auf den vorliegenden, in der Kommunalverwaltung angesiedelten Fall übertragen wird.

Signifikant ist zudem die explizit vorgenommene Abgrenzung zu einer besonders sensiblen Staatsebene: Die Übertragung des für ein pauschales Kopftuchverbot im Bereich der Justiz ausreichenden Aliud-Erfordernisses einer *abstrakten Gefahr*¹⁸ wird wegen der insofern qualitativ unterschiedlichen staatlichen Erscheinungsformen und Schutzabsichten ausdrücklich abgelehnt.

Interessant ist aber insbesondere auch die Herleitung des mittelbaren Eingriffs in die negative Glaubens- und Bekenntnisfreiheit sowie in die staatliche Neutralität durch das Kopftuchtragen der Klägerin. Das Konzept des Eingriffs *qua* Duldung durch den Staat, welches die Gefahr eines allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruchs des Bürgers mit sich bringt,¹⁹ wird hierbei als zentrales Argument vorgebracht.

Hinsichtlich der negativen Glaubens- und Bekenntnisfreiheit des öffentlichen Publikums wird hier das sog. Veranlasserprinzip erstaunlich weit verstanden, denn das Erfordernis der Beeinträchtigung der negativen Bekenntnis- und Glaubensfreiheit betroffener Dritter beurteilt sich insbesondere daran, ob der Staat der ‚Urheber‘ der äußerlich erkennbaren religiösen Symbolik ist.

¹⁷ Ebd., Rn. 33–36.

¹⁸ Vgl. hierzu A. K. Mangold, in: [verfassungsblog.de/justitias-dresscode-wie-das-bverfg-neutralitaet-mit-](http://verfassungsblog.de/justitias-dresscode-wie-das-bverfg-neutralitaet-mit-normalitaet-verwechselt)

normalitaet-verwechselt (letzter Aufruf 25.03.2019); M. Payandeh: *DöV* (2018), S. 482 (488).

¹⁹ C. Calliess: *JZ* (07/2006), S. 321 (325).

Anders als bei einer von der Schulbehörde und damit vom Staat spezifisch angeordneten Anbringung eines Kreuzifixes in den Unterrichtsräumen²⁰ oder eines ebensolchen gemeinschaftlichen Schulgebets in bekenntnisfreien Gemeinschaftsschulen²¹ übt die Klägerin im vorliegenden Fall lediglich *in persona* das *forum externum* ihrer Glaubensüberzeugung aus. Dabei geht es in erster Linie darum, dass es dem Staat nicht vorzuwerfen ist, dass er eine bestimmte Symbolik als wahrnehmbar ermöglicht, solange er sich nicht erkennbar mit ihr identifiziert.²²

Insofern kann hier – entgegen der Ansicht des Gerichts – auch nicht einfach angenommen werden, dass der Staat ‚die kontroverse‘ oder eine wie auch immer geartete andere Auslegung des Kopftuchtragens für sich, sei es auch nur mittelbar, beansprucht.

Und schließlich muss trotz dem Umstand, dass die Klägerin potentiell von einer Vielzahl von Personen in dem Gebäude der beklagten Stadt gesehen wird und diese möglicherweise von ihr beraten oder betreut werden, doch hinsichtlich der Wirkung ihres Kopftuches auch der Abschwächungscharakter des ge-

samten Arbeitsumfeldes der hier in Rede stehenden kommunalen Verwaltungsstelle berücksichtigt werden, das in der Wahrnehmung der Besucher typischer Weise nicht eben als prägend mit religiöser Symbolik ausgestattet empfunden werden dürfte.²³

V Fazit

Summa summarum wird dieses erstinstanzliche Urteil das eingangs beschriebene Defizit an Rechtssicherheit nicht beheben. Obwohl das BVerfG in seiner zweiten Kopftuchentscheidung von 2015 eine klare Richtschnur für vergleichbare Fällen vorgelegt hat, liest sich dieses Urteil als eine an der Grenze gefallene und von hohem Begründungsaufwand getragene Entscheidung, was wohl mit der aktuellen gesellschaftlichen und politischen Sensibilität für das Thema erklärt werden kann. Man mag gespannt verfolgen, wie die Angelegenheit in der Berufungsinstanz vor dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof entschieden wird.²⁴

Mehmet Osman Gülyesil ist rechtswissenschaftlicher Doktorand am Lehrstuhl Prof. Dr. Christoph Möllers an der Humboldt-Universität zu Berlin.

²⁰ BVerfG, Beschl. v. 16.05.1995 – 1 BvR 1087/91, NJW 1995, S. 2477 (2483).

²¹ BVerfG, Beschl. v. 16.10.1979 – 1 BvR 647/70, 7/74, NJW 1980, S. 575 (579).

²² U. Sacksofsky: NJW (2003), S. 3297 (3298, 3299).

²³ Zur Abschwächung der Intensität des Kopftuchs

einer Lehrerin an einer Schule vgl. BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02, NJW 2003, S. 3111 (3114).

²⁴ Das erkennende Gericht, VG Kassel, hatte das Rechtsmittel der Berufung zugelassen, wovon die Stadt Kassel unverzüglich Gebrauch gemacht hat.

ARTIKEL

Vom staatsrechtlichen Normativ zum sozialetischen Korrektiv: Die Entwicklung der *šarī'a* in Bosnien

Esnaf Begić

I Einleitung

Mit dem Rückzug des Osmanischen Reiches aus Bosnien und Herzegowina und der Etablierung der Herrschaft der Österreichisch-Ungarischen Monarchie im Jahr 1878 setzte eine Entwicklung ein, die mehrere gesamtgesellschaftliche Zäsuren zur Folge hatte.

Im Grunde genommen bedeuteten diese Zäsuren den Wechsel mehrerer zivilisatorisch, politisch und ideologisch geprägter Systeme, die das ganze 20. Jahrhundert der bosnisch-herzegowinischen Muslime nachhaltig und in vielfältiger Weise prägten: In der Österreichisch-Ungarischen Monarchie (1878–1918) durch einen als zivilisatorisch zu bezeichnenden Umbruch, im Königreich Jugoslawien (1918–1941) mit den als politisch zu charakterisierenden gesellschaftlichen Umwälzungen und im kommunistischen Jugoslawien (1945–1992) infolge eines als ideologisch zu bewertenden gesamtgesellschaftlichen Wandels. All diese Zäsuren spielten sich selbstverständlich auch im rechtlichen Bereich ab und wirkten sich zwangsläufig auf das Verständnis, die staatsrechtliche Verortung und die Rolle der *šarī'a*

unter den Muslimen in Bosnien und Herzegowina aus. Diese Entwicklungen sollen im vorliegenden Beitrag behandelt werden.

Hierbei soll besonders auf die Interaktionen zwischen der *šarī'a* und den Rechtssystemen der Staaten, die auf dem Gebiet des heutigen Bosnien und Herzegowinas im 20. Jahrhundert existierten, geschaut werden. Das ist insofern wichtig, als dass auf der Grundlage dieser Interaktionen nachvollzogen werden kann, wie und in welchen Bereichen sich der Wandel der *šarī'a* vollzog, sie sich dem gesamtgesellschaftlichen Umfeld gegebenenfalls anpasste und wie sie in der religiösen Selbstauffassung der Muslime früher – und heute – verstanden und angewandt wurde und wird.

II Staatsrechtliche Verortung der *šarī'a* in der Zeit der Herrschaft des Osmanischen Reiches

Nach dem Prinzip der organischen Einheit der Religion und des Staates (*dīn wa-daula*)¹ besaß der Islam im Osmanischen Reich den Status der Staatsreligion, sodass die *šarī'a* die Grundlage der gesellschaftlichen Ordnung bildete.

¹ Vgl. Fikret Karčić: *Historija šerijatskog prava*, Treće dopunjeno izdanje, Sarajevo 2005, S. 209. Zum Konzept von *dīn wa-daula* als – wie es der bosnisch-herzegowinische Theologe und Rechtshistoriker Fikret Karčić hier zum Ausdruck bringt – „der organischen Einheit der Religion

und des Staates“ ist jedoch zu sagen, dass es von zeitgenössischen Forschern durchaus unterschiedlich rezipiert und zumindest in Bezug auf die Frühzeit des Islam in Frage gestellt. So vertritt der Islamwissenschaftler Assem Hefny unter Berufung auf weitere Autoren die Haltung, dass der Begriff *daula* in der Frühzeit des Islam nicht in

In ihrer Funktion als Staatsrecht des Osmanischen Reiches wurden auf der Grundlage ihrer Normen weitestgehend die privaten und die gesellschaftlichen Verhältnisse geregelt. Insgesamt spielte die *šari‘a* im Osmanischen Reich eine prägende Rolle im gesamtgesellschaftlichen Kontext.² Durch die Verbreitung des Osmanischen Reiches auf dem Gebiet des heutigen Bosnien und Herzegowinas im 15. Jahrhundert kam somit die damalige einheimische Bevölkerung erstmalig in Berührung mit der *šari‘a*. Erwähnenswert ist im Zusammenhang mit der Etablierung der *šari‘a* in Bosnien als der Provinz des Osmanischen Reiches eine in der Geschichte und der Methodologie der *šari‘a* bekannte Erscheinung, wonach die lokalen Bräuche und Gewohnheitstraditionen in den neuen Gebieten auf Konformität mit den Lehren des Islam hin geprüft wurden. Dies führte dazu, dass diejenigen Bräuche und Gewohnheiten, die mit den Lehren des Islam nicht im Widerspruch standen, in das

Corpus der gelebten *šari‘a* eingingen, während andere, die mit den islamischen Lehren nicht kompatibel waren, verworfen wurden.³

Wahrscheinlich aus diesem Grund finden sich auch im heutigen Verständnis des Islam in Bosnien, der islamischen religiösen Praxis und insgesamt der *šari‘a* nicht wenige Inhalte, deren Ursprünge in das vorislamische Bosnien zurückreichen und die auf diese Weise – zugespitzt ausgedrückt – *islamisiert* wurden. Dieser Aspekt des Islamverständnisses und seiner religiösen Praxis ist ein wesentliches Element der religiösen Praxis der Muslime in Bosnien und Herzegowina, die heutzutage auch im hiesigen Kontext und in relevanten Fachkreisen mit dem Syntagma *bosnischer Islam* bekannt ist.⁴

Auf der Grundlage dieses staatspolitischen und staatsrechtlichen Selbstverständnisses des Osmanischen Reiches und der Tatsache, dass sich die Gültigkeit und die Anwendung der *šari‘a* nach

der Bedeutung des Staates als „einer politischen Ordnungsform im modernistischen Sinne“, sondern als ‚Dynastie‘ zu verstehen sei. Dazu vgl. Assem Hefny: Islamisch-theologische Auffassungen und gesellschaftliche Wirklichkeit in Deutschland am Beispiel des Prinzips *al-walā‘ wal-barā‘* (Loyalität und Lossagung), in: *Hikma. Zeitschrift für islamische Theologie und Religionspädagogik* 2.1 (2011), S. 123–138 (131 f.). Der Vollständigkeit halber sei hier zudem erwähnt, dass der Islamwissenschaftler und Jurist Mathias Rohe darauf verweist, dass die Aussage, der Islam sei zugleich Religion und Staat, unter anderem „auf der muslimischen Seite nur bei Extremisten der Neuzeit“ zu finden sei. Nach Rohe bedeutet sie „keineswegs, dass im Islam zwischen Religion und Recht/Politik überhaupt nicht getrennt werden kann“, wie sie ebenso keinerlei Grundlage in der historischen Entwicklung der islamischen Welt und in der islamrechtlichen Literatur bis zum 19. Jahrhundert finde; vgl. Mathias Rohe: *Der Islam – Alltagskonflikte und Lösungen. Rechtliche Perspektiven*, Freiburg 2001, S. 30. Schließlich sei hier die Position des Islamwissenschaftlers Thomas Bauer genannt, wonach „man aus klassischer Zeit nicht mehr als eine Handvoll

Handbücher und eine Anzahl kurzer Kapitel in Rechtskompendien finden [wird], die das Thema Herrschaft und Staat aus religiöser Perspektive behandeln.“ Thomas Bauer: *Die Kultur der Ambiguität*, Berlin 2011, S. 43. Dagegen vertreten die bosnisch-herzegowinischen Autoren eine hierzu grundsätzlich divergente Position, worauf im weiteren Verlauf dieser Arbeit mehrmals Bezug genommen wird.

² Vgl. Karčić: *Historija šerijatskog prava*, S. 210.

³ Vgl. Fikret Karčić: *Pitanje primjene šerijatskog prava kroz historiju bosanskohercegovačkih muslimana*, in: *Zbornik radova islamskog teološkog fakulteta* 1, Sarajevo 1982, S. 120–211 (120).

⁴ Die zeitgenössischen muslimischen Theologen in Bosnien und Herzegowina sprechen nur ungern von einem ‚bosnischen Islam‘, vielmehr verwenden sie das Syntagma ‚islamische Tradition der Bosniaken‘. Mit den Bosniaken sind im nationalen Sinne die Muslime gemeint. Hierzu und zu den einzelnen Elementen der islamischen Tradition der Bosniaken empfiehlt sich sehr Fikret Karčić: *Šta je to islamska tradicija Bošnjaka*, in: *Preporod. Islamske informativne novine* XXXV.23/841 (1. Decembar 2006), S. 21–24.

dem Personalprinzip realisierten, wurde die Integration der Muslime in Bosnien in die politischen, militärischen, rechtlichen und religiösen Strukturen der Gesellschaft des Osmanischen Reiches über den Aspekt ihrer religiösen Zugehörigkeit zum Islam verwirklicht.⁵ Die Deutung und die Anwendung des *šarīʿa*-Rechts wurden ebenfalls einheitlich geregelt. Die Träger dieser Funktionen waren die vom Staat ernannten Muftis (arab. *muftīn*, Pl. *muftūn*) und *šarīʿa*-Richter (arab. *qāḍīn*, Pl. *quḍāt*).⁶

Im Kontext Bosniens als der neuen Provinz des Osmanischen Reiches kam es zur Ernennung eines ersten Muftis jedoch erst einige Jahrzehnte später – wohl aus dem einfachen Grund, dass die muslimische Bevölkerung hier zunächst zahlenmäßig nicht sehr verbreitet war und sich somit kein größerer Bedarf nach der Deutung der *šarīʿa* ergab. Überhaupt wurde der erste Mufti für Bosnien 1519 ernannt, der erste bosnischstämmige dagegen erst 1612.⁷

Im Gegensatz dazu vollzog sich die Etablierung der Richterämter viel schneller. Die Richter waren eng an das osmanische Heer angebunden und mussten sehr oft unter den Heeresangehörigen über Rechtsangelegenheiten und Streitigkeiten richten, sodass sich diese Entwicklung durchaus dynamischer gestaltete. Die Tatsache, dass sie neben ihrem Richteramt auch die Funktionen der politischen Verwalter in den neueroberten Gebieten auszuüben hatten, begünstigte wohl die Dynamik der Entwicklung ihrer Ämter.⁸

Die Einleitung der *tanẓīmāt*-Reformen im Osmanischen Reich zur Mitte des 19. Jahrhundert hatte die Etablierung der *šarīʿa*-Gerichte zur Folge, die sich, wie die Bezeichnung schon sagt, in ihrer Gerichtsbarkeit an die *šarīʿa* anlehnten.⁹ Zwar bezog sich ihre Zuständigkeit weiterhin auf die Muslime auf der Grundlage ihrer Zugehörigkeit zum Islam, ihre Gerichtsbarkeit wurde jedoch auf die Rechtssachen des Personenstandsrechts beschränkt.¹⁰ Sie konnten die Rechtsfragen des Ehe-, Familien-, Erb- und Stiftungsrechts verhandeln und standen unter der Oberaufsicht des *šayḥ al-islām*.¹¹

Vor dem Hintergrund sowohl der Rechtsgebiete, für die sie zuständig waren, als auch in Bezug auf die Parteien, über welche sie die Jurisdiktion auszuüben hatten, ließe sich festhalten, dass es sich bei den *šarīʿa*-Gerichten im Grunde genommen um Sondergerichte handelte.¹²

Neben den *šarīʿa*-Gerichten wurden infolge der *tanẓīmāt*-Reformen auch Zivilgerichte eingeführt, in deren Zuständigkeit die Angelegenheiten aller anderen Rechtsgebiete und grundsätzlich aller Bürger des Reiches, unabhängig von ihrer religiösen Zugehörigkeit, fielen. Die Grundlage ihrer Gerichtsbarkeit waren fortan die staatlichen Gesetze, die sich weitgehend an rezipierten Rechtssystemen der westeuropäischen Länder und nicht mehr an der *šarīʿa* orientierten. Sie wurden dem Justizminister unterstellt.¹³

Die *tanẓīmāt*-Reformen umfassten auch Bosnien als integralen Bestandteil des Osmanischen Reiches¹⁴ und wirkten sich sowohl im Bereich der

⁵ Vgl. Karčić: *Historija šerijatskog prava*, S. 209.

⁶ Vgl. Karčić: *Pitanje primjene šerijatskog prava*, S. 121 f.

⁷ Vgl. Enes Durmišević: *Šerijatsko pravo i nauka šerijatskog prava u Bosni i Hercegovini u prvoj polovini XX stoljeća*, Sarajevo 2008, S. 57.

⁸ Vgl. *ibid.*, S. 58.

⁹ Vgl. Fikret Karčić: *Šerijatski sudovi u Jugoslaviji 1918–1941*, Sarajevo 2005, S. 20.

¹⁰ Vgl. Karčić: *Pitanje primjene šerijatskog prava*, S. 122.

¹¹ Vgl. Durmišević: *Šerijatsko pravo i nauka šerijatskog prava*, S. 59.

¹² Vgl. Karčić: *Šerijatski sudovi u Jugoslaviji*, S. 20.

¹³ Vgl. Durmišević: *Šerijatsko pravo i nauka šerijatskog prava*, S. 59.

¹⁴ Vgl. Karčić: *Pitanje primjene šerijatskog prava*, S. 122.

Organisation des Gerichtswesens als auch in Bezug auf die Quelle der Gerichtsbarkeit aus. In diesem Zusammenhang soll besonders auf die aus den *tanẓīmāt* hervorgegangene *Mecelle*¹⁵ als die erste offizielle Kodifikation des *šarīʿa*-Rechts hingewiesen werden. Infolge der Okkupation Bosniens und Herzegowinas durch die Österreichisch-Ungarische Monarchie und eines als zivilisatorisch zu bezeichnenden gesamtgesellschaftlichen Umbruchs gewann sie besonders an Bedeutung:

Im staatsrechtlichen System der Österreichisch-Ungarischen Monarchie sollte die *Mecelle* zur Grundlage der *šarīʿa*-begründeten Rechtsprechung für die in Bosnien und Herzegowina lebende muslimische Bevölkerung werden.

III Integration der *šarīʿa* in das staatsrechtliche System der Österreichisch-Ungarischen Monarchie

Durch die Beschlüsse des Berliner Kongresses von 1878 wurde das Ende der jahrhundertelangen Herrschaft des Osmanischen Reiches in Bosnien eingeleitet. Auch bildete die Zurückdrängung des Osmanischen Reiches eine allumfassende gesamtgesellschaftliche zivilisatorische Zäsur, die nun einen „Übergang aus einem, islamischen, in einen anderen, christlichen, Zivilisationskreis dar[stellte], der für die Bosniaken den Wechsel ihres Rechtsstatus bedeutete.“¹⁶

Die Österreichisch-Ungarische Monarchie verpflichtete sich im Zuge der Okkupation in mehreren Rechtsdokumenten grundsätzlich zur Achtung der religiösen Zugehörigkeit der Bevölkerung, besonders jedoch zur Gewährung der freien Religionsausübung für die muslimische Bevölkerung. Kennzeichnend dafür ist ein Dokument vom 21. April 1879, welches als die *Konvention von Istanbul* (*Carigradska konvencija*, auch die *Konvention von Novi Pazar*, genannt *Novopazarska konvencija*) bekannt ist.

In diesem zwischen der Österreichisch-Ungarischen Monarchie und der Türkei geschlossenen Vertrag wurden konkrete Garantien zur freien Religionsausübung der Muslime festgelegt, die von *šarīʿa*-rechtlicher Bedeutung waren. Diese äußerten sich besonders in der Zusicherung, dass sie ihre Beziehungen zum *šayḥ al-islām* in Istanbul weiterhin frei unterhalten durften:

Ganz besonders wird die volle Freiheit den Mohammedanern in ihrem Verkehre mit ihren geistlichen Häuptern zugesichert. [...] Der Name Seiner Majestät des Sultans wird in den öffentlichen Gebeten der Mohammedaner wie bisher genannt werden.¹⁷

Der Aspekt der freien Aufrechterhaltung der Beziehungen zum *šayḥ al-islām* ist besonders vor dem Hintergrund der Zugehörigkeit der Muslime in Bosnien und Herzegowina zur ḥanafitischen Rechtsschule wichtig, da sie zur Durchführung der

¹⁵ Ausführlicher zur Entstehung der *Mecelle* vgl. Murteza Bedir: Fikih to Law. Secularisation through Curriculum, in: *Islamic Law and Society* 11.3 (2004), S. 378–401 (386 ff.). Zur *Mecelle* im Allgemeinen vgl. C. V. Findley: *Medjelle*, in: *EP* VI, S. 971 f.

¹⁶ Šaćir Filandra: *Bošnjačka politika u XX. stoljeću*, Sejtarija, Sarajevo 1998, S. 12.

¹⁷ Auszug aus dem § 2 der Convention zwischen Oesterreich-Ungarn und der Türkei, in: *Sammlung der für Bosnien und die Herzegowina erlassenen Gesetze, Verordnungen und Normalweisungen* 1, Wien 1880, S. 4–8 (5). Vgl. auch Mustafa Imamović: *Pravni položaj i unutrašnja-politički razvitak Bosne i Hercegovine od 1878 do 1914*, Sarajevo 1997, S. 20.

islamischen Gottesdienste, etwa des Freitagsgebets, sowie der islamischen religiösen Ämter und Würden, etwa Richter oder Muftis, schlussendlich die Legitimation der höchsten religiösen Autorität vorsieht.¹⁸ In diesem Fall war das die Autorität des *šayḥ al-islām* in Istanbul, der seinerseits der oberste Deuter der *šarīʿa* war.

Neben diesen Dokumenten internationalrechtlichen Charakters sicherte die Monarchie auch in ihrer eigenen Gesetzgebung den Muslimen in Bosnien und Herzegowina die Freiheit der Religionsausübung und den Vollzug einzelner religiöser Praktiken zu. Beispielhaft hierfür ist der „Auszug aus dem Circularerlasse der Landesregierung für Bosnien und die Herzegowina [...] betreffend die Behandlung der Mohamedaner während der activen Militärdienstzeit“, der „insoweit es sich um die Behandlung der eingereichten Mohamedaner während der activen Dienstleistung, in Rücksicht auf die religiösen Gesetze und Gebräuche dieses Glaubens handelt“ unterschiedliche Aspekte der islamischen religiösen Praxis – Verrichtung der Gebete, ärztliche Untersuchungen, Speisevorschriften usw. – regelte und zusicherte.¹⁹ Der zweite und in seiner Reichweite viel bedeutendere Gesetzestext ist die „Allerhöchste Entschlieſung vom 15. April 1909, betreffend das Statut über die autonome Verwaltung der islamischen Religions-, Stiftungs- und Schulangelegenheiten in Bosnien und Herzegowina“, die von Kaiser Franz Joseph I. rechtsbindend allen, die es angeht „kund und zu wissen gegeben wurde“ und

durch welche die religiöse Autonomie auf der Grundlage des autonomen Statuts rechtlich sanktioniert wurde.

Dieses Dokument – in der Fachliteratur unter der Bezeichnung *Das autonome Statut* bekannt – ist insofern als bedeutend zu bewerten, als aus der Geschichte des Islam viele Beispiele bekannt sind, in denen die muslimischen Herrscher in den neuen Gebieten, in welchen sich der Islam ausgebreitet hat, der nichtmuslimischen Bevölkerung die Freiheit ihrer Religionsausübung garantierten.²⁰ Im Falle der Etablierung der österreichisch-ungarischen Herrschaft in Bosnien und Herzegowina kann man jedoch wohl davon ausgehen, dass mit diesem autonomen Statut zum ersten Mal auf europäischem Boden in besonderer Hinsicht den Muslimen die grundsätzlichen Religionsfreiheiten rechtlich gewährt wurden. Auf der anderen Seite ist dieses Dokument auch im Hinblick auf das Verhältnis des Islam und der nichtmuslimischen bzw. säkularen Staatsordnungen und Rechtssysteme ebenfalls von grundlegender Bedeutung, da es hier zu einem Zusammenspiel und gegenseitigen Austausch zweier Rechtssysteme, jenes der Österreichisch-Ungarischen Monarchie und der *šarīʿa* in ihrem rechtlichen Aspekt des Islam kam.

Die gegenseitige Verflechtung zweier Rechtssysteme spiegelte sich in erster Linie bei der Wahl des *reisu-l-ulema*, des Oberhauptes der im Jahre 1882 neugegründeten und bis dahin im bosnischen Kontext nicht vorhandenen Islamischen

¹⁸ Vgl. Fikret Karčić: *Sluſba reisu-uleme kod Bošnjaka*, in: ders.: *Studije o ſerijatskom pravu i institucijama*, Sarajevo 2011, S. 309–319 (315 ff.).

¹⁹ Vgl. Auszug aus dem Circularerlasse der Landesregierung für Bosnien und die Herzegowina betreffend die Behandlung der Mohamedaner während der activen Militärdienstzeit, S. 714–718. Zur Haltung der muslimischen Bevölkerung gegenüber dem Wehrgesetz vgl. Œuško, DŒevada: *Bosniaks & Loyalty: Responses to the Conscription Law*

in Bosnian and Hercegovina 1881/82, in: *Hungarian Historical Review* 3.3 (2014), S. 529–559.

²⁰ Bekannt hierfür ist der historisch nachgewiesene Fakt, dass der osmanische Sultan Mehmed II. Fatih den bosnischen Franziskanern freie Ausübung ihrer Religion garantierte, indem er ihnen diese Garantie in der Form der sogenannten *Ahdnama* ausstellte. Dazu vgl. Srećko M. DŒajja: *Fojnička Ahdnama u zrcalu paleografije, pravne povijesti i politike. Kontekstualizacija Ahdname bosanskih franjevaca*, Posebni prilog Svjetla riječi, Sarajevo 2012.

Glaubensgemeinschaft (IVZ),²¹ dar. Ein besonderes Wahlgremium, die sogenannte Wahlkurie, hatte gemäß den Bestimmungen des autonomen Status das Recht, dem österreichischen Kaiser einen Kandidaten zur Ernennung auf die Position des *reisu-l-ulema* zu empfehlen.²² Nach der Ernennung durch den Kaiser, der seinerseits sowohl rechtlich als auch praktisch die Möglichkeit gehabt hätte, diese Wahl abzulehnen, sah das Statut vor, dass der *reisu-l-ulema* daraufhin vom *šayḥ al-islām* in Istanbul durch die Verleihung der sogenannten *Menšura*²³ (arab. *manšūr*, Pl. *manāšīr*, ‚Proklamation, Verordnung, Dekret‘) in diesem Amt bestätigt werden sollte.²⁴

Mittels der durch den *šayḥ al-islām* verliehenen *Menšura* sollte die Position des *reisu-l-ulema* sowie seine daraus resultierenden Aufgaben, Zuständigkeiten und Befugnisse aus der Sicht des bei den muslimischen Gelehrten in Bosnien und Herzegowina dieser Zeit etablierten *šarī‘a*-Verständnisses legitimiert werden. Auf der Grundlage einer solchen *šarī‘a*-begründeten Legitimierung konnte der *reisu-l-ulema* sodann die Amts- und Würdenträger auf den unteren Ebenen der religiösen Organisation, so beispielsweise die Muftis, die für die Deutung der *šarī‘a* zuständig

waren, ernennen.²⁵ Diese Praxis, Vorgehensweise und vor allem das *šarī‘a*-Verständnis hinsichtlich der Ernennung blieben bis in die Gegenwart erhalten.

Die Verflechtung des staatlichen Rechtssystems der Österreichisch-Ungarischen Monarchie auf der einen und der *šarī‘a* als des islamischen Rechtssystems auf der anderen Seite blieb nicht nur auf die Wahl für dieses Spitzenamt innerhalb der IVZ beschränkt. Sie vollzog sich vor allem in institutioneller Hinsicht durch die Integration des rechtlichen Aspekts der *šarī‘a* im Bereich des Privatrechts – und hier insbesondere beim Personenstands- und Erbrecht – in das staatliche Rechtssystem der Österreichisch-Ungarischen Monarchie.

Auffällig bei der Betrachtung dieser Prozesse der Integration ist, dass, erstens, die *šarī‘a*-Gerichte in das System des staatlichen Gerichtswesens übernommen und, zweitens, die *šarī‘a* in ihrem Rechtsverständnis des Islam zu einem integralen Bestandteil des geltenden positiven Rechts der Monarchie wurde. So wurde für die Muslime in Bosnien und Herzegowina zunächst das osmanische Recht als fortwährend gültig erklärt, indem die *Mecelle* in das staatsrechtliche System der Österreichisch-Ungarischen Monarchie im Bereich

²¹ Die heutige Islamische Gemeinschaft hieß ab ihrer Gründung im Jahre 1882 zunächst Islamische Glaubensgemeinschaft (*Islamska vjerska zajednica*, IVZ). 1969 wurde diese Bezeichnung in Islamische Gemeinschaft (*Islamska zajednica*, IZ) geändert. Aus diesem Grund werden im weiteren Verlauf der Arbeit unterschiedliche Kürzel – je nach zeitbezogenem Kontext – zur Verwendung kommen, das Kürzel IVZ für Islamische Glaubensgemeinschaft und IZ für Islamische Gemeinschaft. In den Fällen ohne konkreten Zeitbezug wird das Kürzel IZ verwendet – wie es auch in der Gegenwart verwendet wird. Zur Gründung, Geschichte und Rolle der Islamischen Gemeinschaft unter den bosnisch-herzegowinischen Muslimen durch unterschiedliche gesellschaftspolitische und staatsrechtliche Systeme im 20. Jahrhundert ausführlich vgl. Esnaf Begić: *Zwischen Tradition und Innovation: Der Einfluss des gesellschaftlichen Wandels auf die Deutung und Anwendung der*

Scharia in Bosnien und Herzegowina im 20. Jahrhundert, ROI – Reihe für Osnabrücker Islamstudien 31, Berlin 2018, hier das Kapitel *Zwischen religiöser Führung und staatlicher Funktionalisierung: die Islamische Gemeinschaft im Spiegelbild des gesellschaftspolitischen Wandels (1878–1992)*, S. 195–268.

²² Vgl. Muhamed Salkić: *Štatut i ustavi Islamske zajednice do 1945, godine*, in: *Takvim za 1998*, Rijaset Islamske zajednice u Bosni i Hercegovini, Sarajevo 1997, S. 339–368 (346).

²³ Vgl. Walther Björkman: *Manšūr*, in: *The Encyclopaedia of Islam* VI, Leiden 2004, S. 423 f.

²⁴ Vgl. Salkić: *Štatut i ustavi Islamske zajednice do 1945, godine*, S. 346. Ebenso vgl. *Statut über die autonome Verwaltung*, § 132.

²⁵ Vgl. Fikret Karčić: *Služba Reisul-uleme kod Bošnjaka*, S. 317 ff.

des Privatrechts der Muslime – und hier besonders im Personenstands- und Erbrecht – aufgenommen und sowohl von den *šarī'a*-Gerichten als auch von den ordentlichen Zivilgerichten angewandt wurden.²⁶

Diese Verflechtung zweier Rechtssysteme kann zweifelsohne als wesentliches Merkmal der Institutionalisierung des Islam in den neuen gesamtgesellschaftlichen Umständen allgemein und zusätzlich als Beleg für den Einfluss des gesellschaftlichen Wandels auf das Verständnis der *šarī'a*, ihre Anpassungsfähigkeit und die Anwendung unter den veränderten gesellschaftlichen Umständen im Speziellen gedeutet werden. Doch ist die Frage der Integration der *šarī'a* in ihrem rechtlichen Aspekt in das staatsrechtliche System der Monarchie auch aus einem anderen Blickwinkel zu beleuchten. Durch die Okkupation stand die österreichisch-ungarische Verwaltung in Bosnien und Herzegowina vor dem Problem der Rechtsanwendung – sowohl vor dem Hintergrund der internationalrechtlich übernommenen Verpflichtungen im Zuge des Berliner Kongresses als auch aus ganz praktischen Gründen. Die Etablierung eines neuen Rechtssystems konnte einerseits nicht so schnell erfolgen, auf der anderen Seite wären die neuen österreichisch-ungarischen Herrscher zweifelsohne auf Widerstand seitens der muslimischen Bevölkerung gestoßen, wäre das bis dahin jahrhundertlang geltende *šarī'a*-Recht über Nacht abgeschafft worden. Daher ist nachvollziehbar, dass seine Beibehaltung auch eine kluge politische Maßnahme war, als die Okkupationsverwaltung einen anderen Weg ging, indem sie zunächst das vorgefundene Rechtssystem in bestimmten Bereichen wie auch im Gerichtswesen beibehielt.

Die Übernahme der *šarī'a*-Gerichte in das staatsrechtliche System eines nichtmuslimischen und primär christlichen Landes mit einem christlichen Herrscher an der Spitze brachte spezifische Fragen mit sich, die sich für die muslimische Bevölkerung in Bosnien und Herzegowina in *šarī'a*-relevanten Bereichen zeigten. Es tauchte nämlich in diesem Zusammenhang das Problem der Ernennung der Richter für die *šarī'a*-Gerichte auf. Da dem osmanischen Sultan durch die Beschlüsse des Berliner Kongresses das Recht gewährt wurde, die religiösen Bediensteten gemäß dem *šarī'a*-bezogenen Verständnis der Legitimierung der religiösen Dienste zu ernennen, betrachtete er auch Richter als religiöse Bedienstete. Die österreichisch-ungarische Herrschaft sprach ihm jedoch dieses Recht ab – vor allem wegen der Tatsache, dass sich diese Frage auf ihre politische und rechtliche Souveränität bezog. Dass dieser Machtkampf zugunsten von Österreich-Ungarn ausgehen konnte, ist zum großen Teil der Haltung der bosnisch-herzegowinischen '*ulamā'* zu verdanken.²⁷ Sie nahmen – unter anderem – die Position ein, dass es aus der Sicht der *šarī'a* keine Bedenken gäbe, wenn die *šarī'a*-Richter von einem nichtmuslimischen Herrscher ernannt würden und dies gemäß der ḥanafitischen Rechtsschule *šarī'a*-konform sei.²⁸

Im Zusammenhang mit der Überführung der *šarī'a*-Gerichte in das staatliche Gerichtswesen ist in organisatorischer Hinsicht noch erwähnenswert, dass die österreichisch-ungarische Verwaltung in Bosnien und Herzegowina zu jedem Bezirksgericht auch ein *šarī'a*-Gericht einrichtete. Solche *šarī'a*-Gerichte galten als gesonderte Abteilungen der Bezirksgerichte. Zudem wurde eine Neuerung im Bereich des Prozessrechts eingeführt, als die Möglichkeit der Berufung festgelegt wurde.

²⁶ Vgl. Durmišević: *Šerijatsko pravo i nauka šerijatskog prava*, S. 83.

²⁷ Vgl. Nusret Šehić: *Autonomni pokret Muslimana za vri-*

jeme austrougarske uprave u Bosni i Hercegovini, Sarajevo 1980, S. 23 f.

²⁸ Vgl. Karčić: *Šerijatski sudovi u Jugoslaviji*, S. 22.

Beim Obersten Gericht in Sarajevo wurde eigens zu diesem Zweck ein Oberstes *šari'a*-Gericht – ebenfalls als gesonderte Abteilung – eingesetzt, welches die zweite und letzte Instanz darstellte.²⁹ Die Entscheidungen des Obersten *šari'a*-Gerichts waren somit rechtskräftig bindend.

Fikret Karčić, ein zeitgenössischer islamischer Theologe und Rechtshistoriker, vertritt die Meinung, dass diese Neuerung im Bereich des *šari'a*-Prozessrechts das Ziel verfolgte, die Muslime in Bosnien und Herzegowina auf lange Sicht auf die Anpassung der gesetzlichen Vorschriften an die Grundsätze der europäischen Rechtssysteme vorzubereiten.³⁰

Zusammenfassend lässt sich vor dem Hintergrund der dargestellten mehrschichtigen Verflechtung der *šari'a* und des staatlichen Rechtssystems der habsburgischen Monarchie sagen, dass die *šari'a* in konkreten Bereichen – auch in fachspezifischer Bedeutung des Begriffs – den Status des positiven Rechts im Staat hatte. Insoweit kann hier ohne Einschränkung vom *šari'a*-Recht gesprochen werden, da es zudem als solches vom Staat durch die institutionelle Integration der *šari'a*-Gerichte sowie durch die Etablierung der Muftis als Deuter der *šari'a* innerhalb der IVZ anerkannt wurde.

Darüber hinaus ist noch zu betonen, dass die letztendliche Akzeptanz der neuen, nichtmuslimischen Herrschaft und des mit ihr zusammenhängenden staatlichen Rechtssystems auch das Ergebnis des Wandels der Auffassung von der *šari'a* in ihrer Eigenschaft als Rechtssystem des Islam war.

In einer, nun nichtmuslimischen – in späteren Staatssystemen als säkular zu verstehenden –, Gesellschaft war es den '*ulamā*' offensichtlich wichtig, dass die neuen Herrschaftsstrukturen sowohl in gesellschaftspolitischer als auch staatsrechtlicher Hinsicht die Freiheit der Religionsausübung garantierten. Zu diesem Zweck waren sie den gesamtgesellschaftlichen Umständen entsprechend durchaus bereit, neue Wege in der Deutung bestimmter und bereits etablierter *šari'a*-Normen zu gehen.

IV Verortung der *šari'a* im staatsrechtlichen System des Königreichs Jugoslawien

Die Gründung des ersten gesamtsüdslawischen Staates im Anschluss an das Ende des Ersten Weltkriegs, des Königreichs der Serben, Kroaten und Slowenen (Königreich SHS, bosn. *Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca, SHS*), später des Königreichs Jugoslawien, brachte für die Muslime in Bosnien und Herzegowina vielfältige Herausforderungen mit sich.

Ohne auf sie in diesem Artikel und vor dem Hintergrund seiner thematischen Schwerpunktsetzung ausführlich eingehen zu können, sei an dieser Stelle lediglich kurz umrissen, dass die bosnisch-herzegowinischen Muslime ohne eine eigene herausgebildete und definierte ethno-nationale Identität in einem Konkurrenzkampf beider nationalideologischer Konzepte der Serben und Kroaten stets ein begehrtes Objekt ihrer nationalen Vereinnahmungsversuche blieben.³¹

²⁹ Vgl. Durmišević: *Šerijatsko pravo i nauka šerijatskog prava*, S. 96 ff.

³⁰ Vgl. Karčić: *Šerijatski sudovi u Jugoslaviji*, S. 24.

³¹ Zur Problematik und zu den Entwicklungen hinsicht-

lich der Nationalitätenfrage der jugoslawischen Völker, besonders in der Zeit des Königreichs der SHS, empfiehlt sich sehr Ivo Banac: *The National Question in Yugoslavia. Origins, History, Politics*, Ithaca 1984.

Im Vergleich zu diesen beiden Volksgruppen ver- kamen sie im neuen Staat zu einer Minderheit, die nahezu auf allen Ebenen staatlich-institutionell diskriminiert und unterdrückt wurde: Nicht nur, dass sie durch die Agrarreformen im großen Stil enteignet wurden, auch sahen sie sich häufig gewalttätigen Übergriffen der Serben ausgesetzt.³²

Auch die Vermögen der IVZ als ihrer religiösen Institution wurden im großen Maße verstaatlicht, zudem wurde ihr Sitz 1930 von Sarajevo nach Belgrad verlegt.³³

Der Rückzug der Österreichisch-Ungarischen Monarchie und die Gründung des ersten jugoslawischen Königreichs bedeutete vor allem aus der thematischen Perspektive dieses Beitrags aber auch die Schaffung eines neuen staatsrechtlichen Systems.

Um sich mit der Frage der Verortung der *šari‘a* im neuen staatsrechtlichen System beschäftigen zu können, bedarf es – ähnlich wie im Falle der Österreichisch-Ungarischen Okkupation Bosniens und Herzegowinas – zunächst einer Betrachtung der grundlegenden Dokumente, die der Gründung der jugoslawischen Monarchie vorausgingen. Von zentraler Bedeutung sind hierfür der zwischen den alliierten Mächten ausgehandelte Friedensvertrag

von Saint-Germain-en-Laye vom 10. September 1919 und besonders der darauffolgend geschlossene Vertrag über den Schutz der Minderheiten.

Die Bedeutung dieser Verträge spiegelt sich in der Tatsache wider, dass sie aus einer internationalrechtlichen Perspektive die Übernahme von konkreten Verpflichtungen seitens des neuen Königreichs SHS vorsahen. Diese Verpflichtungen sollten im rechtlichen Sinne den Schutz aller Bürger im Staat sowie die Gleichstellung und die Gleichbehandlung aller im neuen Staat vorhandenen und bis dahin als anerkannt geltenden Religionen – somit auch der islamischen Religion – bedeuten.

Rechtlich gesehen bekamen die Muslime durch diesen Vertrag individuellen und kollektiven Schutz zugesichert, indem ihnen neben den grundsätzlichen Rechten als gleichberechtigte Bürger des Staates auch die besonderen Rechte als Angehörigen einer religiösen, ethnischen und sprachlichen Minderheit zugesichert wurden.³⁴ Als ethnische Minderheit erhielten sie das Recht, „auf eigene Kosten wohltätige, religiöse und soziale Einrichtungen, Schulen und andere Erziehungsanstalten gründen, leiten und verwalten zu dürfen, in welchen sie sich ihrer eigenen Sprache

³² Die Motive für diese gewalttätigen Übergriffe werden in der Literatur unterschiedlich bewertet. Vor allem bosnisch-herzegowinische Autoren vertreten die Ansicht, dass es sich dabei um den Hass auf das Osmanische Reich handelte, dessen Untertanen die Serben fünf Jahrhunderte lang waren. Nun, in einem Staat, in welchem sie die politische und militärische Übermacht besaßen, sahen sie endlich die Gelegenheit, stellvertretend an den heimischen Muslimen sich für die Herrschaft der Osmanen zu rächen. Hierzu vgl. Šaćir Filandra: *Bošnjačka politika u XX. stoljeću*, S. 57 f. Andere Historiker, darunter z. B. Noel Malcolm, vertreten die Ansicht, dass die Rache der Serben an den Muslimen in Bosnien und Herzegowina wegen der Teilnahme von Teilen ihrer Bevölkerung im Ersten Weltkrieg auf der österreichisch-ungarischen Seite und ins-

gesamt wegen ihrer loyalen Haltung gegenüber der österreichisch-ungarischen Herrschaft erfolgte. Vgl. Noel Malcolm: *Povijest Bosne*, Zagreb 1995, S. 216.

³³ Vgl. *Zakon o Islamskoj verskoj zajednici Kraljevine Jugoslavije* od 31. 01. 1930, § 21. Zu weiteren Einzelheiten vgl. Mustafa Imamović: *Pregled razvitka Islamske zajednice u Bosni i Hercegovini*, S. 58. Ebenfalls vgl. Mahmud Traljić: *Islamska zajednica u Bosni i Hercegovini do oslobođenja*, in: *Islam i muslimani u Bosni i Hercegovini*, hrsg. von dems., Muhamed Hadžijahić und Nijaz Šukrić, Sarajevo 1977, S. 143–152 (151 f.).

³⁴ Vgl. Adnan Jahić: *Islamska zajednica u BiH za vrijeme monarhističke Jugoslavije (1918–1941)*, Bošnjačka nacionalna zajednica za Grad Zagreb i Zagrebačku županiju, Zagreb 2010, S. 122.

frei bedienen und ihre Religion ausüben“³⁵ können. Außerdem wurde festgelegt, dass der Schulunterricht in den Grundschulen in der eigenen Sprache durchzuführen sowie ein gerechter Anteil an den öffentlichen Geldern zu erhalten sei, die der Staat den Erziehungs-, Religions- und Wohltätigkeitseinrichtungen gewährte.³⁶ Bemerkenswert ist jedoch im Hinblick auf solche Festlegungen, dass in der Zeit der Okkupation und der anschließenden Herrschaft der Österreichisch-Ungarischen Monarchie die Besonderheit der Muslime in Bosnien und Herzegowina zwar durch mehrere verschiedene internationale und nationale Dokumente anerkannt und rechtlich sanktioniert, sie hier dennoch nicht als Minderheit behandelt wurden. Im Königreich Jugoslawien setzten solche internationalen Verträge sie aufgrund ihrer Zugehörigkeit zum Islam³⁷ und ihrer zahlenmäßigen Unterlegenheit im Vergleich zu den christlichen – katholischen und orthodoxen – Staatsbürgern jedoch zu einer Minderheit herab.³⁸

Grundsätzlich legte der Minderheitenschutzvertrag drei Prinzipien fest: Alle Angelegenheiten des familiären und persönlichen Status der Muslime waren, erstens, nach muslimischen Bräuchen zu regeln. Auf diese Weise sicherte man ihnen in praktischer und rechtlicher Hinsicht die Anwendung der *šari‘a* zu. In institutioneller Hinsicht implizierte diese Bestimmung auch die Integration der rechtlichen Aspekte der *šari‘a* in das Rechtssystem des Königreichs mittels der *šari‘a*-Gerichte.³⁹

Das zweite Prinzip legte fest, dass die Regierung die Voraussetzungen für die Wahl eines *reisu-l-ulema* und die Schaffung einer einheitlichen religiösen Organisationsstruktur für das ganze Land ermöglichen sollte.⁴⁰ Diese Bestimmung erscheint insofern nachvollziehbar, als dass außerhalb von Bosnien und Herzegowina auch in den übrigen Gebieten des monarchistischen Jugoslawiens eine relativ zahlreiche muslimische Bevölkerung lebte.

Zwar wurde das autonome Statut, welches die religiösen Angelegenheiten der Muslime in Bosnien und Herzegowina in der Zeit der österreichisch-ungarischen Herrschaft rechtlich regelte, auch im neuen Königreich übernommen, doch erstreckte sich seine Gültigkeit nicht auf diese übrigen Gruppen der muslimischen Bevölkerung. In diesen sogenannten östlichen und südlichen Gebieten des Königreichs verfügten die Muslime über keine organisierte religiöse Institution wie in Bosnien und Herzegowina, sodass sich das religiöse Leben hier dezentral, d. h. unter der Führung der Muftis in verschiedenen Städten, gestaltete.⁴¹

In verwaltungstechnischer und administrativer Hinsicht besaß das staatliche Ministerium für Religionen die direkte Gewalt über diesen Teil der muslimischen Bevölkerung, während sie, umgekehrt, in ihrem Verhältnis zum Staat durch den obersten Mufti, der in Belgrad saß, vertreten wurde.⁴²

³⁵ Vgl. *Minderheitenschutzvertrag mit dem Königreich SHS*, § 2, § 7, § 8 f. Übernommen von Ilija A. Pržić: *Zaštita manjina*, Jugoslovensko udruženje za međunarodno pravo, Belgrad 1933, S. 122.

³⁶ Ibid.

³⁷ Vgl. Srećko M. Džaja: *Die politische Realität des Jugoslawismus (1918–1991). Mit besonderer Berücksichtigung Bosnien-Herzegowinas*, München / Oldenbourg 2002, S. 54 f.

³⁸ Vgl. *Prisutno stanovništvo (građansko i vojničko, trajno i prolazno prisutno) po maternjem jeziku i veroispovesti* [Offi-

zielle Internetseite des Statistischen Bundesamts der Republik Serbien], pod2.stat.gov.rs/ObjavljenePublikacije/G1921/pdf/G19214001.pdf (letzter Aufruf 05.06.2018).

³⁹ Zitiert nach Pržić: *Zaštita manjina*, S. 122 f.

⁴⁰ Vgl. Omer Nakičević (Hg.): *Istorijski razvoj institucije Rijaset*, Sarajevo 1996, S. 27 f.

⁴¹ Vgl. Jahić: *Islamska zajednica u BiH za vrijeme monarhističke Jugoslavije*, S. 149.

⁴² Vgl. *ibid.*, S. 156.

Schließlich legte der Vertrag über den Schutz der Minderheiten eine dritte Verpflichtung gegenüber den Muslimen fest, wonach der Staat garantierte, den Schutz für die schon bestehenden Moscheen, Friedhöfe, Stiftungen und anderen religiösen und wohltätigen Einrichtungen zu sichern und die Errichtung neuer Institutionen dieser Art nicht zu hindern. In diesem Zusammenhang wurden zudem die Beibehaltung der vorhandenen und die Gründung neuer Bildungsanstalten sowie die Integration des islamischen Religionsunterrichts in das staatliche Bildungssystem zugesichert.⁴³

Diese vom Königreich der SHS durch die internationalen Verträge übernommenen Verpflichtungen sollten durch die Staatsverfassung rechtlich und praktisch geregelt werden, doch wurde ihre Verabschiedung aus politisch-taktischen Gründen verzögert. Insoweit ergaben sich zunächst keine größeren Veränderungen in der Frage der Anwendung der *šari'a* im Vergleich zu der Zeit der österreichisch-ungarischen Okkupation, sodass das autonome Statut weiterhin in Kraft blieb.⁴⁴ Erst am 28. Juni 1921 wurde die Staatsverfassung, die auch unter dem Namen *Vidovdanski Ustav*⁴⁵ bekannt ist, verabschiedet.⁴⁶ Die Frage der religiösen Rechte und der Wirkung der islamischen religiösen Institutionen wurden in drei gesonderten Artikeln geregelt:⁴⁷ Die Freiheit der Religionsausübung wurde garantiert,⁴⁸ der Religionsunterricht in den staatlichen Schulen als Wahlfach bestimmt,⁴⁹ ebenso wie festgelegt wur-

de, dass in den „Familien- und Erbangelegenheiten der Muslime die staatlichen *šari'a*-Richter richten.“⁵⁰

Es lässt sich im Grunde genommen festhalten, dass durch diese Bestimmung die Gültigkeit der im Jahre 1883 erlassenen Verordnung über die Organisation und den Wirkungsbereich der *šari'a*-Gerichte aus der Zeit der österreichisch-ungarischen Okkupation als fortwährend erklärt wurde. Auf der Grundlage der nun durch die Staatsverfassung bestätigten staatsrechtlichen Stellung der *šari'a*-Richter, die wie alle anderen auch als „ständige Richter“ bestimmt wurden,⁵¹ sowie der Festlegung ihrer Zuständigkeitsbereiche wurde die Existenz des *šari'a*-Gerichtswesens auch im neuen staatsrechtlichen Kontext des Königreichs der SHS gesichert.

Trotz den verfassungsrechtlichen Festlegungen und völkerrechtlich übernommenen Verpflichtungen erfüllte das jugoslawische Königreich in den nächsten Jahren keine der übernommenen Verpflichtungen vollends. So kam es, dass erst am 21. März 1929 das Gesetz über die Ordnung der *šari'a*-Gerichte und die *šari'a*-Richter, welches das *šari'a*-Gerichtswesen für das ganze Land, also nicht mehr nur für Bosnien und Herzegowina, regelte und vereinheitlichte, erlassen wurde.⁵² Diese Vereinheitlichung der *šari'a*-Gerichte spiegelte die unitäre staatspolitische Ordnung und den administrativen Zentralismus wider. Mit diesen gesetzlich festgelegten Maßnahmen verfolgte der Staat offenbar das Ziel der Unitarisierung des

⁴³ Vgl. *ibid.*, S. 145.

⁴⁴ Vgl. *ibid.*, S. 132.

⁴⁵ Zu Deutsch Sankt-Veits-Tag, der nach dem in Teilen der Ostkirche verwendeten julianischen Kalender auf den 28. Juni des gregorianischen Kalenders fällt.

⁴⁶ Vgl. Ustav Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca od 28. Juna, 1921, *God (Vidovdanski Ustav)*, in: *Službene novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*. Godina III. Broj 142a, Belgrad 1921.

⁴⁷ Vgl. Jahić: *Islamska zajednica u BiH za vrijeme monarhističke Jugoslavije*, S. 146 f.

⁴⁸ Vgl. *Vidovdanski Ustav*, § 12.

⁴⁹ Vgl. *ibid.*, § 16.

⁵⁰ Vgl. *ibid.*, § 109.

⁵¹ Vgl. *ibid.*, § 112.

⁵² Vgl. *Zakon o uređenju šerijatskih sudova i o šerijatskim sudijama*, in: *Službene novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, Godina XI-1929, Broj 73.-XXIX, S. 422–426.

ganzen staatlichen Rechtssystems, durch welche auch eine vereinheitlichte Rechtskultur etabliert werden sollte.⁵³ Diese Annahme wird dadurch unterstützt, dass gemäß einer Bestimmung des Gesetzes die Urteile der *šarī'a*-Gerichte im Namen ‚seiner königlichen Hoheit‘ zu ergehen hatten⁵⁴ – eine Entwicklung, die darauf hindeutet, dass das *šarī'a*-Recht und die *šarī'a*-Gerichte nun noch mehr in das staatsrechtliche System des Königreichs als in der Zeit Österreich-Ungarns inkorporiert wurden.⁵⁵

In administrativer Hinsicht behielt man jedoch das in der Zeit der österreichisch-ungarischen Verwaltung festgelegte Organisationsprinzip. Es bestanden weiterhin zwei Instanzen der *šarī'a*-Gerichtsbarkeit, eine als gesonderte Abteilungen der ordentlichen Bezirksgerichte und die zweite in Form der Obersten *šarī'a*-Gerichte als Sonderabteilungen der ordentlichen staatlichen Appellationsgerichte. Die einzige Neuerung im Bereich der Organisation war, dass es nun zwei Oberste *šarī'a*-Gerichte gab, eines in Sarajevo und eines in Skopje (Mazedonien).⁵⁶

Durch das Gesetz über die *šarī'a*-Gerichte sicherte sich der Staat die Kontrolle des *šarī'a*-Gerichtswesens zu. Dies äußerte sich darin, dass das Justizministerium die territorialen Zuständigkeitsgebiete der *šarī'a*-Gerichte und ihre Anzahl in der ersten Instanz sowie auf der Berufungsebene festlegte.⁵⁷ Auch bestimmte das Gesetz, dass die *šarī'a*-Richter vom König auf den Vorschlag des Justizministers hin ernannt werden mussten.⁵⁸

In diesem Aspekt der Ernennung der *šarī'a*-Richter lässt sich eine strukturelle Querverbindung zwischen dem System des staatlichen und säkularen Rechts und des *šarī'a*-Rechts – zumindest im vorhin behandelten Verständnis der ḥanafitischen Rechtsschule – insofern erschließen, als dass ein nichtmuslimischer Herrscher die *šarī'a*-Richter ernennen konnte.

Im Gegensatz zu den Regelungen der Österreichisch-Ungarischen Monarchie ist jedoch eine weitgehende Unabhängigkeit der *šarī'a*-Richter von der IVZ auffällig, da das Gesetz an keiner Stelle vorsah, dass für die Ernennung auf die Positionen der *šarī'a*-Richter das Einverständnis der obersten religiösen Autorität, also des *reisu-l-ulema*, eingeholt werden muss.

Hierfür spricht auch die Tatsache, dass die *šarī'a*-Richter ihre Richterprüfung vor den *šarī'a*-Richtern der Obersten *šarī'a*-Gerichte abzulegen hatten,⁵⁹ während dies zur Zeit Österreich-Ungarns vor dem obersten religiösen Verwaltungsorgan der IVZ erfolgen musste.

Schließlich ist aus der Sicht der gesamtgesellschaftlichen und staatsrechtlichen Verortung der *šarī'a* wichtig, auf eine weitere Bestimmung des Gesetzes über die Ordnung der *šarī'a*-Gerichte hinzuweisen. Diese Bestimmung regelte die Zuständigkeit der *šarī'a*-Gerichte, die wohl im Rückbezug auf die Staatsverfassung festlegte, dass über die „Familien und Erbangelegenheiten der Muslime sowie in Sachen der islamischen frommen Stiftungen“⁶⁰ die *šarī'a*-Gerichte zu befinden

⁵³ Vgl. Durmišević: *Šerijatsko pravo i nauka šerijatskog prava*, S. 170.

⁵⁴ Vgl. Zakon o uredenju šerijatskih sudova i o šerijatskim sudijama, § 5.

⁵⁵ Vgl. Karčić: *Šerijatski sudovi u Jugoslaviji*, S. 61.

⁵⁶ Vgl. Zakon o uredenju šerijatskih sudova i o šerijatskim sudijama, § 3.

⁵⁷ Vgl. *ibid.*, § 3.

⁵⁸ Vgl. *ibid.*, § 30.

⁵⁹ Vgl. *ibid.*, § 31 bis einschl. § 35.

⁶⁰ Vgl. *ibid.*, § 20.

haben. In diesem Zusammenhang legte das Gesetz fest, dass für den Vollzug ihrer Urteile und anderer Beschlüsse die zuständigen ordentlichen Zivilgerichte oder die Organe anderer Staatsgewalten verantwortlich waren.⁶¹ Auch in diesem Aspekt, wie während der Herrschaft Österreich-Ungarns, kam es zu einer Verflechtung des staatlichen säkularen und des *šarīʿa*-Rechts. Die auf diese Weise organisierte und gesetzlich geregelte Ordnung des *šarīʿa*-Gerichtswesens blieb im Grunde genommen bis nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs und der Gründung des kommunistischen Jugoslawiens bestehen.

Infolge der gesamtgesellschaftlichen ideologischen, gesellschaftspolitischen und staatsrechtlichen Umbrüche im jetzt wieder einmal veränderten Kontext ergaben sich auch weitreichende Folgen sowohl für die *šarīʿa* und ihre Verortung im öffentlichen Raum als auch für das *šarīʿa*-Gerichtswesen.

Nun wäre ein relativ kurzer Exkurs über die Frage der Regelung der staatsrechtlichen und gesellschaftspolitischen Stellung der IVZ als der offiziellen Deuterin der *šarīʿa* und der islamischen Lehre insgesamt interessant. Dies liegt zwar nicht im primären Blickfeld der thematischen Schwerpunktsetzung dieses Beitrages, doch stellt ein Blick auf die Auseinandersetzungen um die gesamtgesellschaftliche Stellung der IVZ einen wertvollen Hinweis zur Rezeption der *šarīʿa* unter den relevanten muslimischen Akteuren dieser Zeit dar.

Wie schon erwähnt, erfüllte der Staat in den ersten zehn Jahren keine der übernommenen Verpflichtungen. Die Führung der IVZ in Bosnien und Herzegowina sowie ihre Gremien, allen voran der zu dieser Zeit amtierende *reisu-l-ulema* Mehmed Džemaluddin Čaušević (1870–1938, Amtszeit

1913–1930) waren sich der Notwendigkeit einer Reform des autonomen Status, der gesetzlichen Regelung und gesamtgesellschaftlichen Stellung der IVZ im gesamtjugoslawischen Königreich bewusst und versuchten mehrmals, diese Frage mit dem Staat endgültig zu klären.

Für den *reisu-l-ulema* Čaušević waren bei diesem Unterfangen vier Prinzipien von besonderer Bedeutung: Die vollständige religiöse und administrative Autonomie der IVZ, die Unverletzlichkeit der islamischen frommen Stiftungen und ihres Vermögens, die Aufrechterhaltung der Beziehungen zum *šayḥ al-islām* und das Verbot des Proselytismus.⁶²

Er kritisierte gegenüber dem Ministerium für Religionen die selektive – in den Narrativen der heutigen Zeit diskriminierende – Religionspolitik des Staates und prangerte die strukturelle staatliche Benachteiligung der Muslime an.⁶³ Interessant ist, dass er sich unmissverständlich auf die *šarīʿa* als das wesentliche Merkmal der Regelung des Verhältnisses des Islam zum Staat berief. Obwohl er nicht auf die inhaltliche *šarīʿa*-rechtliche Argumentation einging, führte er an, alle vier vorhin genannten Prinzipien zur Regelung dieses Verhältnisses würden sich an der *šarīʿa* orientieren. Zweifelsohne zielte Čaušević damit auf eine gesamtgesellschaftliche, staatsrechtlich geregelte Integration der *šarīʿa*, sowohl in ihrem rechtlichen als auch in ihrem ethischen Verständnis, ab. Der Staat sollte nach Čaušević akzeptieren, dass die Muslime ihre religiöse Praxis und die Lebensart sowohl im privaten als auch öffentlichen Bereich nach den Normen und Werten der *šarīʿa* gestalten. Dies gelte für alle Muslime, egal in welchen Teilen des Königreichs sie lebten, sodass deshalb die unterschiedliche Behandlung der Muslime

⁶¹ Ibid.

⁶² Vgl. Jahić: *Islamska zajednica u BiH za vrijeme monarhističke Jugoslavije*, S. 153.

⁶³ Vgl. Džemaludin Čaušević: *Odnosaj islama prema državi i drugim konfesijama*, in: *Reis Džemaludin Čaušević 1 Prosvjetitelj i reformator*, hrsg. von Enes Karić und Mujo Demirović, Sarajevo 2002, S. 274–279.

auf der Grundlage der national-ethnographischen Merkmale seitens des Staates inakzeptabel sei. Sie führe zur Spaltung der Gemeinschaft:

Die *šari'a* kennt keine Unterschiede, sie ist einheitlich für alle Völker und Nationen, so ist dieser ihr Grundsatz zu achten, und erst recht, weil dieser Grundsatz auch den Angehörigen anderer Konfessionen zugesichert wurde.⁶⁴

Es mag hier der Eindruck entstehen, dass Čaušević die *šari'a* grundsätzlich als ein festes und unveränderbares Konstrukt verstand, doch lässt sich aus der Lektüre seiner Texte herauslesen, dass er hierbei eine *šari'a*-orientierte Kontextualisierung bestimmter Probleme, vor welchen die Muslime standen, vornahm.

Er war sich ohne Zweifel der gesellschaftlichen Bedingtheit bei der Auslegung konkreter *šari'a*-Normen bewusst. Seine Position zur Frage der Gesichtsverschleierung bei den muslimischen Frauen und ihrer Teilnahme am gesellschaftlichen und Berufsleben, als er sich für die Ablegung der Gesichtsverschleierung einsetzte und diese Position aus der Perspektive seines *šari'a*-Verständnisses begründete, ist ein guter Beleg dafür. Indem er aber auf diese Weise auf der Akzeptanz der *šari'a* als Referenzrahmen für die islamische religiöse Praxis und die Lebensweise für alle Muslime im Königreich beharrte, zielte er einerseits auf die gesamtgesellschaftliche Gleichstellung des Islam mit anderen Religionen und der Muslime mit den Angehörigen anderer Religionen, andererseits auf die Gleichbehandlung aller Muslime, unabhängig davon, in welchen Teilen des Landes sie lebten.

Trotz solchen sehr deutlich geäußerten Forderungen und Lösungsansätzen von Čaušević erfolgte die Regelung der staatsrechtlichen und gesamtgesellschaftlichen Stellung der IVZ und der Muslime im ganzen Staatsgebiet erst einige Jahre später. Ende 1929 wurde im Auftrag des Justizministeriums eine aus den Vertretern der IVZ und mehreren Ministerien zusammengesetzte Kommission gegründet, die an der Ausarbeitung eines Gesetzes über die IVZ wirken sollte, welches die Verortung der IVZ im staatsrechtlichen und gesellschaftspolitischen Kontext endlich lösen sollte. Das aus der Zeit der Österreichisch-ungarischen Monarchie stammende Statut über die autonome Verwaltung der islamischen religiösen sowie Stiftungs- und Bildungsangelegenheiten sollte mit diesem Gesetz ersatzlos aufgehoben werden, andererseits zielte es auf die Kontrolle der IVZ durch den Staat ab.

Dies veranlasste den *reisu-l-ulema* Čaušević dazu, eine heftige Protestnote an den Justizminister zu richten und unmissverständlich seinen Unmut über das geplante Gesetz zu äußern. Der Protest brachte aber keinen Erfolg, sodass das Gesetz über die Islamische Glaubensgemeinschaft des Königreichs Jugoslawien erlassen wurde und am 31. Januar 1930 in Kraft trat.⁶⁵ Mit ihm endete rechtlich und faktisch die Autonomie der IVZ, da sie nun unter die direkte Verwaltung des Justizministeriums und somit auch unter völlige staatliche Kontrolle des Staates gestellt wurde.⁶⁶

⁶⁴ Vgl. *ibid.*, S. 274.

⁶⁵ Vgl. *Zakon o Islamskoj verskoj zajednici Kraljevine Jugoslavije* od 30.01.1930, §1, in: *Službene novine Kraljevine Jugoslavije* XII.29-X (2. Februar 1930), S. 105–109.

⁶⁶ Vgl. Mustafa Imamović: *Pregled razvitka Islamske zajednice u Bosni i Hercegovini*, in: *Glasnik* LVI.1–3 (1994), S. 53–63 (57).

Besonderer Stein des Anstoßes für den *reisu-l-ulema* Čaušević war die Tatsache, dass der Justizminister des Königreichs Jugoslawien die Quelle der Legitimität für die Positionen des *reisu-l-ulema* und der Muftis und nicht mehr die muslimische Gesellschaft bzw. die islamische Gelehrtschaft, wie dies der autonome Statut aus dem Jahre 1909 festschrieb, war.⁶⁷

Dass der Staat hiermit auch in die Aspekte der Führung der religiösen Angelegenheiten und Geschäfte eingriff – eine Frage, die in der Zeit Österreich-Ungarns in den Auseinandersetzungen mit den staatlichen Verwaltungsstrukturen eine zentrale Rolle spielte – und sie völlig außer Kraft setzte, scheint keine intellektuellen Auseinandersetzungen zu den *šarī'a*-bezogenen Fragen der Führung der religiösen Geschäfte nach sich gezogen zu haben – zumindest gibt die einschlägige Literatur kaum Auskünfte darüber.

Es kann also davon ausgegangen werden, dass sich die islamischen Gelehrten der *šarī'a*-rechtlichen Relevanz dieser Fragen nicht bewusst waren. Vielmehr liegt jedoch die Vermutung nahe, dass sich die gesamtgesellschaftlichen Umstände so komplex gestalteten und die rechtliche Position der IVZ und ihrer Offiziellen so weit marginalisiert wurde, dass es ihnen primär darum ging, das Fortbestehen der IVZ grundsätzlich und in welchem rechtlichen Rahmen auch immer, zu sichern.

V *Šarī'a* im Spannungsverhältnis zum staatsrechtlichen System des kommunistischen Jugoslawiens

Das Ende des Zweiten Weltkriegs bedeutete einen weiteren gesamtgesellschaftlichen Umbruch. Nach dem Prinzip der Trennung von Religion und Staat wurde unter den neuen kommunistischen Machthabern im neugeschaffenen kommunistischen Jugoslawien eine harte antireligiöse und religionsfeindliche Politik betrieben.⁶⁸

Die Durchsetzung der ideologischen Ansicht, dass die Religion zur privaten Angelegenheit der Einzelnen und der Religionsgemeinschaften gehöre, sowie die Aktivitäten zur Verminderung des religiösen Einflusses auf die breiten Bevölkerungsschichten war voll im Gange und wurde zu einem der primären Ziele der Kommunistischen Partei Jugoslawiens (KPJ).⁶⁹

Interessanterweise betrachtete die KPJ in der Anfangszeit des bewaffneten Widerstands gegen die faschistische Okkupation im Zweiten Weltkrieg die Religion als eine gesellschaftliche Erscheinung, die nicht anzugreifen und zu verbieten war. Öffentlich propagierte sie die Haltung über die freie Religionsausübung jeglichen Religionsbekenntnisses, sofern man sich dafür frei entschieden hatte,⁷⁰ und folgte dabei dem Grundsatz der Gleichheit aller Staatsbürger – unabhängig von ihrer religiösen Zugehörigkeit.⁷¹

⁶⁷ Vgl. Jahić: *Islamska zajednica u BiH za vrijeme monarhističke Jugoslavije*, S. 355.

⁶⁸ Vgl. Noel Malcolm: *Povijest Bosne*, S. 262 f.

⁶⁹ Vgl. Denis Bećirović: *Islamska zajednica u Bosni i Hercegovini za vrijeme avnojevske Jugoslavije (1945-1953)*, Bošnjačka nacionalna zajednica za grad Zagreb i Zagrebačku županiju, Zagreb / Sarajevo 2012, S. 165.

⁷⁰ Vgl. Ustav Federativne Narodne Republike Jugoslavije od 31. januara 1946.g, § 25, www.arhivju.gov.rs/active/sr-latin/home/glavna_navigacija/leksikon_jugoslavije/konstitutivni_akti_jugoslavije/ustav_fnrj.html (letzter Aufruf 14.06.2018).

⁷¹ Vgl. Ustav Federativne Narodne Republike Jugoslavije od 31. januara 1946.g, § 21.

Das Prinzip der Trennung der Religion vom Staat wurde in der Staatsverfassung verankert, wobei allen Bürgern die „Gewissensfreiheit und Religionsfreiheit“ garantiert wurden. Auf ähnliche Weise erhielten diejenigen Religionsgemeinschaften, „deren Lehre nicht im Widerspruch zur Verfassung steht“, die Freiheiten zur Durchführung ihrer religiösen Geschäfte und die Umsetzung ihrer religiösen Rituale.⁷²

Diese in der Staatsverfassung festgelegten religionsbezogenen Freiheiten und Rechte bedeuteten in der Praxis keinesfalls die Abweichung oder gar Abkehr von der marxistischen Doktrin in Bezug auf die Religion.⁷³ Mit dem Ende des Zweiten Weltkriegs begann die KPJ ein kommunistisch ideologisiertes gesellschaftspolitisches und staatsrechtliches System aufzubauen, welches sich grundsätzlich gegen jegliche religiöse Weltanschauung richtete und in der Religion generell eine Konkurrentin im Prozess der Ordnung der Gesellschaft sah.⁷⁴ Es ließe sich sogar schlussfolgern, dass sich diese Maßnahmen im gesamtgesellschaftlichen Kontext insofern niederschlagen sollten, dass die Ideologie des Kommunismus als Ersatz für die Religion dienen und die religiösen Institutionen durch die kommunistische Partei ergänzt werden sollten.

Die antireligiöse Politik der Kommunisten betraf alle drei Religionsgemeinschaften – katholische, orthodoxe und islamische –, jedoch mit unterschiedlichen Ansätzen: Während der römisch-katholischen und orthodoxen Kirche⁷⁵ vorgeworfen wurde, die Teile ihrer Geistlichkeit hätten mit dem faschistischen Regime des kroatischen NDH-Staates (Unabhängiger Staat Kroatien, bosn. *Nezavisna država Hrvatska, NDH*) bzw. dem Quisling-Regime in Serbien⁷⁶ während des Zweiten Weltkriegs kollaboriert, fokussierten die Kommunisten im Falle der IVZ zwei Aspekte: Einerseits betrachteten sie den Islam als „rückständige und asiatische Religion“, andererseits sahen sie in ihm eine Religion, die nicht nur „persönliche Überzeugungen, sondern auch gesellschaftliche Gewohnheiten“ mit einschließe.⁷⁷

Es fällt vor diesem Hintergrund die Ähnlichkeit der Narrative ins Auge, die im Kontext der gegenwärtigen Diskussionen in Bezug auf die Verortung des Islam in der deutschen Gesellschaft anzutreffen sind, wenn von einer rückständigen Religion gesprochen wird. Auch ist kennzeichnend, dass im kommunistischen Narrativ jede Person, die an Gott glaubte und sich zum Islam bekannte, zu einer konservativen, ja reaktionären Person erklärt wurde⁷⁸ – eine Entwicklung, die heutzutage in Deutschland nicht selten kolportiert wird.⁷⁹

⁷² Vgl. *ibid.*, § 25.

⁷³ Vgl. Bećirović: *Islamska zajednica u BiH za vrijeme avnojevske Jugoslavije*, S. 164 f.

⁷⁴ Vgl. Amir Duranović: *Na kraju decenije: vjerske zajednice u Bosni i Hercegovini 1960, godine*, in: *Identitet Bosne i Hercegovine kroz historiju 1*, hrsg. von Husnija Kambeirović, Sarajevo 2011, S. 257–272 (257 f.).

⁷⁵ Wie sich die kommunistische Politik auf die katholische und orthodoxe Religionsgemeinschaften auswirkte vgl. Džaja: *Die politische Realität des Jugoslawismus*, S. 214–220.

⁷⁶ In Anlehnung an den mit dem NS-Regime des Dritten Reiches kollaborierenden norwegischen Ministerpräsidenten Vidkun Quisling (1887–1945). Zum faschistischen

sogenannten Nedić-Regime in Serbien, welches seinerseits mit den NS-Besatzungstruppen während des Zweiten Weltkriegs kollaborierte, vgl. ausführlich Hajo Funke / Alexander Rhotert: *Unter unseren Augen, Ethnische Reinheit: Die Politik des Regime Milosevic und die Rolle des Westens* (Das Arabische Buch), Berlin 1999, S. 38–54.

⁷⁷ Vgl. Malcolm: *Povijest Bosne*, S. 263.

⁷⁸ Vgl. Bećirović: *Islamska zajednica u BiH za vrijeme avnojevske Jugoslavije*, S. 166.

⁷⁹ Als Beispiele hierzu vgl. A. Frank Meyer: *Die totalitäre Religion*, in: *Cicero. Magazin für politische Kultur*, www.cicero.de/berliner-republik/islam-die-totalitaere-religion/58089 (letzter Aufruf 16. 06. 2018); eine differenzierte Antwort auf diesen Beitrag von Katarina Pfannkuch: *Islam als*

In solchen Sichtweisen auf den Islam ist sicherlich die Ursache für seine völlige Verbannung aus dem öffentlichen Raum und strikte Verdrängung in den privaten Bereich zu suchen. Offensichtlich sahen die Kommunisten im auf diese Weise verstandenen Islam die Gefährdung der allgegenwärtig präsenten kommunistischen Ideologie in der Gesellschaft sowie der gesellschaftspolitischen und staatsrechtlichen Ordnung.

Da es infolge der Abschaffung des Mehrparteiensystems und der Etablierung des Herrschaftsmodells nur eine politische Partei, nämlich die KPJ, gab, galten die Religionsgemeinschaften den Kommunisten als die einzige mögliche Quelle des Widerstands gegen die neue Gesellschaftsordnung.⁸⁰ Es verwundert daher nicht, dass selbst im privaten Bereich die religiösen Aktivitäten nicht selten kriminalisiert und strafrechtlich verfolgt wurden. Die Führung der IVZ im neuen, kommunistischen Jugoslawien befürwortete dennoch das proklamierte ideologische Prinzip der Trennung zwischen Staat und Religion. So verabschiedete der Oberste Präsidiumsrat der IVZ im August 1946 eine Resolution, in welcher besonders hervorgehoben wurde, dass die

erfolgte Trennung der religiösen Organisationen vom Staat für die Interessen unserer religiösen Gemeinschaft nicht nur nicht schädlich ist, sondern [...], ganz im Gegenteil, mit diesem Akt, der in fortschrittlichen Ländern viel früher vollzogen wurde, ungehindertes und freies Leben unserer religiösen Gemeinschaft und völlige Gleichberechtigung aller religiösen Gemeinschaften in ihrem Verhältnis zum Staat garantiert [wurden].⁸¹

Obwohl diese Trennung bedeutete, dass die *šari'a* bzw. das *šari'a*-Recht den Status des positiven Rechts verlor und nicht mehr mit der staatlichen Sanktion bei seiner Anwendung und der Durchsetzung rechnen konnte, begrüßte die Führung der IVZ diese Entwicklung. Dies ist als ein Indiz für die staatliche und parteipolitische Kontrolle des Staates über die IVZ zu verstehen. Hierfür spricht, dass schon mehrere Monate vor der erwähnten Sitzung des Obersten Präsidiumsrats der IVZ, am 5. März 1946 das entsprechende Gesetz verabschiedet wurde, welches die bis dahin existierenden *šari'a*-Gerichte verbot. Wie eilig es die Kommunisten mit der Abschaffung der *šari'a*-Gerichte hatten, ist daran abzulesen, dass das Gesetz mit dem Tag seiner Verabschiedung in Kraft trat und alle laufenden Prozesse und Rechtssachen aus der Zuständigkeit der *šari'a*-Gerichte fortan an die staatlichen Zivilgerichte übertragen wurden.⁸²

Mit der Abschaffung der *šari'a*-Gerichtsbarkeit und der Aufhebung des *šari'a*-Gerichtswesens verloren die Angelegenheiten im Bereich des Personenstandsrechts (Ehe-, Familien-, Erb- und Stiftungsrecht) ihre positivrechtliche Gültigkeit und gingen aus dem staatsrechtlichen in den religiös-moralischen Bereich über.⁸³

Faktisch bedeutete dies, dass der Islam und die *šari'a* durch die Verabschiedung dieses Gesetzes endgültig in den privaten Bereich eines jeden Einzelnen verdrängt wurden. Die bis dahin sowohl auf der Grundlage ihrer staatlichen Sanktionierung als auch ihrer allgemeinen Akzeptanz im

pure Provokation, www.cicero.de/weltbuehne/replik-die-islamkritiker-sind-reaktionaer/58097 (letzter Aufruf 16. 06. 2018).

⁸⁰ Vgl. Bećirović: *Islamska zajednica u BiH za vrijeme avnojevske Jugoslavije*, S. 168.

⁸¹ Rezolucija Vrhovnog vakufskog sabora, in: *Glasnik* I.1–3 (1950), S. 18 f. (18).

⁸² Vgl. Enes Durmišević: *Prestanak važenja šerijatskog prava kao pozitivnog prava 1945*, in: *Godine u Bosni i Hercegovini* LXIX.11–12 (2007), S. 1055–1072 (1063 f.).

⁸³ Vgl. *ibid.*, S. 1069.

gesamtgesellschaftlichen Kontext als *šari'a*-rechtlich begründeten Normen wurden mit den ausschließlich religiösen Vorschriften aus dem Bereich des islamischen Gottesdienstes (*ʿibādāt*) oder den Normen der islamischen Ethik (*aḥlāq*) gleichgesetzt. Indem sie den rechtlichen Charakter verloren, wurden sie zu rein religiös-moralischen oder Gewohnheitsnormen⁸⁴ – eine Entwicklung, die sogar Eingang in die Verfassung der IVZ aus dem Jahr 1977 fand, als darin unter anderem festgelegt wurde, dass eines der Ziele der IVZ die „Förderung des Guten und Ablehnung des Schlechten“ sei.⁸⁵

Neben der Tatsache, dass die *šari'a* und ihre – nun vorrangig religiösen und ethischen – Normen zum Rahmen der dienstlichen Aktivitäten der IVZ und zur Grundlage der Berufsethik ihrer Bediensteten wurde, fiel der IVZ entsprechend den veränderten gesellschaftspolitischen und staatsrechtlichen Umständen die Aufgabe ihrer Deutung zu. Eine weitere Konsequenz der Verdrängung der *šari'a* aus dem staatsrechtlichen System war die Abhängigkeit ihrer praktische Anwendung von der eigenen oder der Religiosität des unmittelbaren Umfeldes und nicht mehr von der staatlich unterstützten Sanktion. Dennoch behielten sie im Allgemeinen und einzelne und konkrete Normen im Speziellen weiterhin einen gesellschaftlichen Bezug: Indem sie das individuelle Verhalten überhaupt beeinflussten, wirkten sie zumindest mittelbar auch in die Gesellschaft hinein und prägten somit die gesellschaftliche Ethik.⁸⁶

VI Fazit

Im Sinne eines Fazits sei nun zum Ende dieses Beitrags auf eine Position von Fikret Karčić verwiesen, die sich aus dem hier dargestellten ideologischen, politischen und rechtlichen Wandel im kommunistischen Jugoslawien ergab. Ein solcher Verweis ist insoweit wichtig, als im gesamtgesellschaftlichen Diskurs die *šari'a* häufig in ein dialektisches und sich gegenseitig ausschließendes Verhältnis zum hiesigen staatsrechtlichen System gesetzt wird.

Karčić vertritt die Position, die auch der Autor dieses Beitrags teilt, nämlich dass die *šari'a* im Verständnis der von Gott bestimmten Lebensweise für jeden Muslim relevant ist: „Es ist unmöglich Muslim zu sein, ohne die Akzeptanz der *šari'a* als der idealen Norm des Verhaltens.“⁸⁷ daraus ist zu schlussfolgern, dass sich die Fragen dieses dialektischen Verhältnisses für die frommen und religiös praktizierenden Muslime überhaupt nicht stellen. Vielmehr, wie nun Karčić darauf hinweist, stelle sich die Frage, wie die *šari'a* zu deuten sei und welche Rolle sie dementsprechend in der Gesellschaft einzunehmen habe. Insofern ergebe sich überhaupt kein Dilemma bzw. Entscheidungszwang zwischen der *šari'a* und dem säkularen Staat. Denn selbst in einem säkularen Staat sei es möglich, der *šari'a* zu folgen, wenn zwei Voraussetzungen gegeben seien: wenn, erstens, die *šari'a* als das islamische normative System, welches religiöse, ethische und rechtliche Normen einschließt, verstanden wird. In einem säkularen Staat können einzig die religiösen und die ethischen Normen relevant sein, während sich die rechtlichen in die ethischen transformieren.⁸⁸

⁸⁴ Vgl. *ibid.*, S. 1071.

⁸⁵ Vgl. Fikret Karčić: *Od prava do etike: Proces modernizacije i reinterpretacije šerijata u BiH*, in: *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu* LII (2009), S. 225–234 (231).

⁸⁶ Vgl. Karčić: *Drušveno-pravni aspekt islamskog reformizma, Pokret za reformu šerijatskog prava i njegov odjek u Jugoslaviji u prvoj polovini XX vijeka*, Sarajevo 1990, S. 238.

⁸⁷ Karčić: *Od prava do etike: Proces modernizacije i reinterpretacije šerijata u BiH*, S. 233.

⁸⁸ Fazlur Rahman spezifiziert die *šari'a* in diesem Zusammenhang als die „Ansammlung der göttlichen Gebote, die sich an den Menschen richten, Gebote für welche offen anerkannt wird, dass sie moralischen Charakters sind.“

Und wenn, zweitens, der säkulare Staat als die ‚Neutralität mit Respekt‘ definiert wird, als [jeg-

liche] religiösen Normen weder zu den staatlichen Gesetzen noch die staatlichen Gesetze zur Religion werden.⁸⁹

Dr. Esnaf Begić, forscht und lehrt derzeit am Institut für Islamische Theologie der Universität Osnabrück mit den Forschungsschwerpunkten Islamische ‚praktische‘ bzw. ‚pastorale‘ Theologie und Islamische Theologie und Wandlungsprozesse im islamischen theologischen Denken in der Moderne in Bosnien-Herzegowina.

Insofern sei die *šari‘a* kein fortlaufendes formelles Gesetzbuch der besonderen spezifischen Gesetze, sondern gehe mit dem „Guten“ einher, vgl. Rahman: *Islam*, Chicago 1979, S. 221.

⁸⁹ Karčić: Od prava do etike: Proces modernizacije i reinterpretacije šerijata u BiH, S. 233. Weitere Literatur zum Thema: Auszug aus dem Circularerlasse der Landes-

regierung für Bosnien und die Herzegowina betreffend die Behandlung der Mohamedaner während der activen Militärdienstzeit, in: *Landesgesetzblätter für Bosnien und Herzegowina. Sammlung der Gesetze und Verordnungen für Bosnien und die Herzegowina*, Jahrgang 1881, ausgegeben und versendet 15. Juli 1881, S. 714–718.

Constitutional Reforms in Morocco and Jordan in the Context of the Arab Spring

Katarzyna Brataniec

The Arab Spring turned out to be a breakthrough for entirely different reasons than it was considered to be. It did not bring any democratisation of political life, extension of civil rights or increase of the freedom of Arab individuals and societies. Contrary to expectations, it disassembled certain social and political institutions, restricted civil rights and, above all, questioned the institution of the state as such. Obviously, the crisis of the state did not affect all the countries that experienced the revolution. The monarchies of Morocco and Jordan have been struggling with problems, but political institutions in these countries have not been undermined. Similarly, oil states have been evolving towards the greater liberalisation of social life with the preservation of strong state structures. The political situation in individual Arab states after 2011 revealed the crisis of the state referred to in the Arab Human Development Report with a greater focus: No legitimacy, weak legislative power, no control over the executive branch, corruption and a specific role of the army. It also showed the absence of structures that could successfully replace the order of authoritarian regimes.¹

I Morocco

Since regaining its independence in 1956, Morocco was ruled successively by the following monarchs: Muḥammad V from 1956 to 1961, Hassan II from 1961 to 1999 and Muḥammad VI from 1999 until today. From the very beginning, the political system of Morocco was characterised by the existence of very active civil society and the significant diversification of political parties as compared with other Arab states. However, the leading role belonged to the monarch. The entire structure of the state and its institutions was organised around the maintenance and legitimisation of the royal power. Until the 1990s, the only political parties that could exist were the ones closely associated with the king. They would form a government that was entirely controlled by the monarch. Even the parties in the opposition did not undermine the legitimacy of the power system based on monarchy. Moreover, the king used the specific structure of the Moroccan society and the social inequalities within it to strengthen the structures of power controlled by him. He also took advantage of the political system and supported its links with the conservative groups of society, primarily the owners of large latifundia. Islamists were excluded from the political process.²

¹ In particular, AHDR 2004.

² Tom P. Najem: State Power and Democratisation in North Africa: Developments in Morocco, Algeria, Tunisia, and Libya, in: *Democratisation in the Middle East: Experiences, Struggles, Challenges*, ed. by Amin Saikal and Al-

brecht Schnabel, Tokyo / New York / Paris 2003, p. 188. The changes of the 1990s are described in Yahia Zoubia (ed.): *North Africa in Transition. State, Society, and Economic Transformation in the 1990s*, Gainesville 1999.

In 1998, Hassan II approved the creation of the opposition government headed by Abdelrahmane Youssoufi. Nevertheless, the key positions were staffed by the supporters of the king. In addition, the opposition government provided a convenient excuse for the continuously deteriorating economic and social situation in the country. The monarch controlled the economic policy of the state, too. Out of necessity, he developed a system of connections and handouts of economic privileges among the representatives of the classes faithful to the regime. To understand these actions one has to bear in mind that Morocco has no substantial oil resources nor is it a rentier state.³ Despite the country's active civil society, its organisations are controlled by the monarch to the same extent as the remaining power structures. In the Moroccan political culture there is no place for open criticism or questioning of the monarch's position. The ruler is the defender of faith, 'anointed by God'. The exceptional position of the ruler is safeguarded by the 1970 Constitution, which provides that the monarch is the highest representative of the nation and his person is untouchable and sacred. An amendment to the Constitution of 1922 confirms the untouchable and sacred character of the ruler.⁴

The new constitution of 13 September of 1996 provides that the king is the head of the state, a symbol of its unity and sustainability.⁵ Article 19 confirms the spiritual bond of the king with God and makes him the 'Leader of the Faithful' (*amir al-mu'minin*, أمير المؤمنين)⁶. The Alawite dynasty, represented by the monarch, stems from one of Muhammed's daughters. This historical and religious legitimacy of power in Morocco, rooted in tradition, was often exploited by Hassan II. A close relationship between the monarchy and Islam made it impossible for the Islamic opposition to operate in conditions similar to those in Egypt or Algeria.⁷

Moreover, the international and regional chaos that prevailed after the collapse of the Cold War order across the world and in neighbouring Algeria following the failure of Islamists to take over power in the 1990s was exceptionally conducive to the strengthening of monarchy. Western countries demanded reforms and democratisation.

³ Ibid., p. 189. Obviously, the country extracts the resources of Western Sahara as it has the largest deposits of phosphates in the world.

⁴ Omar Bendourou: Power and Opposition in Morocco, in: *Journal of Democracy* 7.3 (1996). The Moroccan power structure is also discussed in: John Waterbury: *The Commander of the Faithful. The Moroccan Political Elite. A Study of Segmented Politics*, London 1970.

⁵ Katarzyna Jarecka-Stępień: Reforma parlamentarna 1996 roku jako element modernizacji struktur politycznych w Królestwie Maroka [The 1996 Parliamentary Re-

form as an Element of the Modernisation of Power Structures in the Kingdom of Morocco], in: *Państwo, wspólnota i religia. Wybrane zagadnienia procesów modernizacji na Bliskim Wschodzie [The State, the Community and Religion. Selected Aspects of the Processes of Modernisation in the Middle East]*, ed. by Krzysztof Kościelniak, Kraków 2010, p. 113.

⁶ Konstytucja – La Constitution du Royaume du Maroc, www.maroc.ma (last access 05. 04. 2019).

⁷ Remy Leveau: Morocco at the Crossroads, in: *Mediterranean Politics* 3.3 (1997), cited after T. P. Najem.

As a result of that, new rules for the organisation of power structures in the state were adopted in the 1996 Constitution. Two chambers of the parliament were reinstated and the House of Councillors (*mağlis al-mustašārīn*, مجلس المستشارين) was established next to the House of Representatives (*mağlis an-nuwwāb*, مجلس النواب) while the universal suffrage was guaranteed. Political parties, trade unions, district councils and chambers of commerce were sanctioned by the law. The parliament acquired the right to propose the legislative initiative on the budget, prepare and approve laws related to economic, social and cultural issues and to give a vote of confidence to the government.⁸

But according to the *Basic Law*, the entire power was entrusted to the king: The monarch had the right to announce a 'royal decree' and bring new legal provisions into force, including a law rejected by the parliament. Moreover, he preserved his right to dissolve the parliament.⁹ The king announced new elections, nominated the Prime Minister, approved the composition of the government, conducted foreign policy and represented Morocco on the international arena. K. Jarecka-Śtepień commented on this in the following way:

In this situation the role of the parliament is practically inconspicuous and the institution itself does not participate in the modernisation of the state. As a result, there is little activity on the part of political parties, which are weak and do not take any actions. Thus, the royal palace remains the centre of the true power regardless of the fact that there has been a multi-party system in Morocco since the country's independence.¹⁰

Thanks to the parliamentary elections of 1997 and the favourable international situation, the authoritarian period of the rule of Hassan II became "the era of transition"¹¹ for Moroccans despite all odds. This is why his rule, unlike that of his father, is described as "development and interpretation".

After Muḥammad VI took over power, the new monarch demonstrated the will to initiate reforms, in particular those aiming to reduce social inequalities and ensure citizens fundamental human rights, which had been breached by his father Hassan II until then. Muḥammad VI released many political prisoners, addressed the issue of compensation for the families of those who were imprisoned and persecuted by his father's regime, expanded the area of free speech and started collaboration with international human rights organisations. He also liberalised the country's political life by legalising the activity of political parties, including the opposition.

⁸ Dahir n° 1-96-157 du 23 jomada i 1417 (7 octobre 1996) portant promulgation du texte de la Constitution revise, Bulletin Officiel n°: 4420-bis du 10/10/1996, ada.la.justice.gov.ma/production/html/Fr/liens/..%5C80501.htm, (last access 10. 04. 2019.)

⁹ Konstytucja 13 September 1996, Article 27.

¹⁰ Katarzyna Jarecka-Śtepień: Przemiany polityczno-społeczne we współczesnym Maroku [The Socio-Political

Transition in the Contemporary Morocco], in: *Świat arabski w procesie przemian*, ed. by Andrzej Kapiszewski, Kraków 2008, pp. 152 f.

¹¹ Abdeslam M. Maghraoui: Monarchy and Political Reform in Morocco, in: *Journal of Democracy* 12.1 (2001), p. 78. See also Thierry Desrués & Eduardo Motano: Social Changes and Political Transition in Morocco, in: *Mediterranean Politics* 6.1 (2001).

These changes, however, failed to bring the expected results, such as the greater democratisation of the political and social life in Morocco.¹²

II The 2011 Constitution

Morocco's new Constitution announced by the king was preceded by a constitutional referendum held on 1 July 2011. Just two weeks separated the referendum from the announcement of amendments to the Constitution by Muḥammad VI. Political parties were invited for consultation but they were passive and showed no initiative. There was no serious public debate on the changes proposed by the king, either. Pro-government circles mobilised forces and funds to support the idea of the referendum and use this opportunity to attack the February 20 Movement which was against it from the very beginning.

Along with the media, the referendum was promoted by imams in mosques. They were required to distribute speeches prepared by the Ministry of Religious Affairs and devote their Friday sermons to the referendum. Popular Sufi brotherhoods joined the campaign, too.¹³

These governmental and institutional activities brought full social support. About 72% of Moroccans entitled to vote took part in the referendum and 98.94% expressed their support for the new constitution. The results of the referendum strengthened the policy of the government

and the policy of Muḥammad VI was considered a political success that ensured the country's stability in the turbulent period. The new Constitution had 180 articles, while there were 108 articles in the constitution of 1996. It also awarded greater competencies to the parliament and the prime minister and brought hope for independent judiciary. According to some analysts, it was a great success of the Moroccan society and an example of the increasing democratisation of the political process in the region.

The new Constitution introduced symbolical changes to Article 19 of the previous Constitutions.¹⁴ Article 19 equipped the ruler with practically absolute power, which included both the religious and secular sphere:

The King, Amir al-Mouminine [that is, the Commander of the Faithful], Supreme Representative of the Nation, the Symbol of the unity thereof, Guarantor of the perpetuation and continuity of the state, shall ensure the respect for Islam and the constitution. He shall be the Protector of the rights and freedoms of the citizens, social groups and organisations. He shall guarantee the independence of the Nation and the territorial integrity of the Kingdom, within its authentic borders.¹⁵

In the current Constitution, this article was divided into two articles with an aim to separate the two dimensions of power placed into the hands of Muḥammad VI.

¹² J. J. Wiatr: Demokracja Turcji a rewolucja "czwartej fali" w krajach arabskich, in: *Państwo i prawo wobec współczesnych wyzwań. Integracja europejska i stosunki międzynarodowe. Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Jaskierni [The State and the Law Faced with Modern Challenges. European Integration and International Relations. A Jubilee Book in Honour of Professor Jerzy Jaskiernia]*, ed. by Ryszard M. Czarny and Kamil Spryszak, Toruń, p. 10.

¹³ Driss Maghraoui: Constitutional Reforms in Morocco: Between Consensus and Subaltern Politics, in: *North*

Africa's Arab Spring, ed. by George Joffe, London / New York 2013, p. 119.

¹⁴ This article remained unaltered in the Constitutions of 1962, 1970, 1972, 1992 and 1996.

¹⁵ Francesco Biagi: The Separation and Distribution of Powers under the New Moroccan Constitution, in: *Constitutionalism, Human Rights, and Islam after the Arab Spring*, ed. by Rainer Grote and Tilmann J. Roeder, New York 2016, pp. 499.

In Article 41, the new Constitution upheld the title of the king as the highest religious authority in the country. In fact, it did not change in any way the position of the king and did not deprive him of any important prerogatives (he preserved the right of veto in regard to all important decisions in the state and the right to declare a state of emergency) except for the status of a saint and continued to consider him untouchable:

The King Commander of the Faithful shall ensure respect for Islam. He shall be guarantor of freedom of worship. He shall preside over the Higher Oulema Council. Which shall be entrusted with studying the issues submitted to it by the King. The Council shall be the only body empowered to issue officially approved religious opinions on the issues submitted to it, on the basis of the tolerant principle, precepts and objectives of Islam. ... The King shall exercise, by royal decree, the religious prerogatives inherent in the institution of the Commander of the Faithful, which are exclusively assigned to him under this article.

Article 42 defines the domain of secular power:

The King, Head of the State, Supreme Representative, symbol of the unity of the nation, guarantor of the permanence and continuity of the State and supreme arbitrator between institutions, shall ensure compliance with the constitution, proper functioning of the constitutional institution, protection of the nation's democratic options and of the rights and freedoms of citizens and communities, as well as compliance with the international commitments of the Kingdom. He shall be guarantor of the independence of the country and of the territorial integrity of the Kingdom, within its authentic borders [...].

According to some interpretations, the king, in fact, preserved his exceptional status in the Arabic language version.¹⁶ The Constitution awarded the king the power to submit constitutional amendments to the parliament, which makes it possible to avoid the announcement of the referendum (Article 174). Muḥammad VI also preserved the right of veto with regard to the amendments proposed by the head of the government and the parliament.

As for the structures of power, Article 47 provides that the head of the government must come from the party that took over power as a result of elections and awards him the right to dismiss ministers, coordinate the work of the government, nominate ministers and control public institutions. The head of the government also has the right to dissolve the House of Representatives after consultations with the king. The new Constitution strengthens the power of the government in the area of legislation, too. Both the head of the government and members of the parliament may come up with legislative initiative. The competencies of the parliament were extended by the strengthening of its legislative and law-regulating prerogatives as well as its control over the activity of the government. This creates the foundation for increasing the role of the parliament on Morocco's political scene. Article 70 grants the parliament the right to exercise the executive power, which includes all spheres of the country's political, economic and social life. Articles 113 to 116 refer to the judiciary and ensure its independence from the executive branch by increasing the competencies of the Superior Council of Judicial Power. Article 6 establishes the primacy of law over other public entities and institutions as the expression of the nation's will.

¹⁶ Francesco Biagi proposes this interpretation in his article: The Separation and Distribution of Powers under the New Moroccan Constitution, in: *Constitutionalism,*

Human Rights, and Islam after the Arab Spring, ed. by Rainer Grote and Tilmann J. Roeder, New York 2016, pp. 500 f.

The new Constitution created a more decentralised system of governance and established a new administrative order based on the country's regional diversity. It is an attempt of the redistribution of power by awarding regional councils greater competencies.

One such important new development is the express constitutional recognition of the special status of the parliamentary opposition. The Article 10 states: The Constitution guarantees to the parliamentary opposition a status conferring on it the rights that will permit it to appropriately accomplish the missions that accrue to it in the parliamentary work and political life. It guarantees, notably, to the opposition the following rights: The freedom of opinion, of expression, and of assembly; air time [*temps d'antenne*] at the level of the official media, proportional to its representation; the benefit of public finance, conforming to the provisions of the law; the effective participation in the legislative procedure, notably by inclusion [*inscription*] of proposals of law in the agenda of both Chambers of the Parliament; the effective participation in the control of the governmental work, notably by way of [*a travers*] the motions of censure and the interpellation of the Government, [and] the oral questions addressed to the Government and the parliamentary commissions of inquiry; the contribution to the proposing of candidates and to the election of members of the Constitutional Court, an appropriate representation in the internal activities of both Chambers of the Parliament; the presidency of the commission in charge of the legislation in the Chamber of Representatives, disposal of means appropriate to assume its institutional

functions; the active participation in parliamentary diplomacy with a view to the defense of just causes of the Nation and of its vital interests.¹⁷

What deserves attention above all are the articles focusing on human rights, i. e. Articles 19 to 40 which are considered a major step towards extensive rights and freedoms of an individual and the fulfilment of Morocco's international obligations. Article 19 ensures social and economic rights for women; Article 27 provides that all citizens (both men and women) have a right to information on the work of government institutions, national administration and other public service organisations. Article 23 protects citizens from imprisonment without a trial. The new Constitution also addresses cultural diversity of Morocco recognizing numerous minorities living in these countries for centuries.

Article 5 of the preamble to the Constitution recognizes the Berber language (Amazigh) as an official language, along with Arabic.¹⁸

The opposition and the February 20 Movement considered these provisions insufficient as compared with the challenges Morocco is facing and pointed out the weaknesses of the *Basic Law*. The first allegation is the fact that despite numerous new provisions the power concentrated in the hands of the king remained, in fact, intact. The king still has exclusive executive power and cannot be accountable to any national institution. This exceptional position in the country is guaranteed by the Constitution. It is not subject to any limitations or orders; it is also outside the control of political parties. The king has the right to nominate the head of the government and appoint ministers, although he should take into account the Prime Minister's opinion first.

¹⁷ The 2011 Moroccan Constitution: A Critical Analysis, www.idea.int/sites/default/files/publications/the-2011-moroccan-constitution-critical-analysis.pdf (last access 15. 04. 2019).

¹⁸ Amazigh in the Berber language means 'free people', this term denotes the Berber languages.

The king still presides over the Council of Ministers and the Higher Ulama Council as well as the Higher Council of Judicial Power (Article 54). After consultations with the head of the government, he has the right to dissolve the government as referred to in Article 47. Article 48 gives the king the right to preside over the meetings of the cabinet and, under the custom called *ḡāhīr* (ظهير),¹⁹ he has the constitutional right to dissolve the parliament (Article 51). The ruler of Morocco is also the commander in chief of the Royal Armed Forces (Article 53) and he nominates ambassadors (Article 55).²⁰ He appoints half of the members of the Constitutional Court (Article 130). The king handed over only a portion of his power to the head of the government who became chief of staff of the Royal Armed Forces. It is also pertinent that Muḡammad VI still has control over the security service that reports to him directly because he presides over the new Highest Security Council. Its members are selected from various commissions of the government.

The competencies of the Council include the country's internal and external security issues. Independent judiciary, which is discussed in connection with the new constitution, also remains a debatable issue because the ruler is still the head of the Constitutional Council and appoints half of its members. Human rights are limited by the requirement of compliance with the legal framework of the constitution and the values that make the foundations of the Kingdom's legal system.

These ambiguous and general formulations are, in fact, a tool used by the authorities to exploit the rights of an individual. The most important human right conventions²¹ that the Constitution refers to have not yet been ratified by Morocco.²² Moreover, just like in the case of the *Mudawwana* (مدونة) provisions,²³ practice is regulated by its own rules and the law often remains a dead letter as there is no political will to implement it.

¹⁹ Maghraoui, p. 192.

²⁰ Ibid.

²¹ Morocco has not yet ratified The Arab Charter on Human Rights, the African Charter on Human and People Rights, First Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crime Against Humanity, International Convention on the Suppression and Punishment on the Crime of Apartheid, Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights aiming at the abolition of the death penalty, Convention relating to the Status of the Stateless Person. See jrcenter.org/2017/02/06/following-three-decades-of-isolation-morocco-re-joins-african-union, [en.wikipedia.org/wiki/United Nations](http://en.wikipedia.org/wiki/United_Nations), treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-5&chapter=4&lang=en, United Nations Treaty Collection: Chapter IV: Human Rights 5, 6, 7, 12, 3 a (last access 15. 04. 2019).

²² Ibid., pp. 191 f.

²³ The *Mudawwana* was adopted by the Moroccan parliament in February 2004. The new code places the family under the joint responsibility of the husband and the wife instead of the husband only and curbs the submission of women to the guardianship of a male member of the family. Main changes to Family code: 1) Minimum age of marriage raised to 18 for women. 2) Sharing of property between married couples. 3) Polygamy strictly controlled. 4) Repudiation and divorce can be initiated by women and are subject to judicial supervision. 5) Possibility of women to retain custody of children. 6) Inheritance rights improved for women. 7) Recognition of children born out of wedlock and simplified proof of paternity procedure. 8) Removal of degrading language toward women in the family code. 9) Provisions on children's rights in accordance with the international instruments ratified by Morocco. See euromedrights.org/publication/the-moroccan-family-code-moudawana (last access 15. 04. 2019).

Undoubtedly, Morocco is a less authoritarian country than other Arab states, even after the revolution. But, as noted by Alex Glennie, despite the reforms and the Arab Spring that tumbled across this country, “the fundamental structures of power existing since the country regained its independence in 1956 were not dismantled”.²⁴ King Muḥammad VI is considered a direct descendant of the Prophet, *amīr al-mu’minīn* – the ‘Leader of the Faithful’, and the highest religious authority in the country. The monarch controls the pace and shape of the occurring changes. The strong position of the monarch and a peculiar political culture linked with the legitimacy of the king, grounded in religion, may paradoxically be conducive to democracy and ensure political stability during the transition period. There was no bloodshed or any serious acts of violence against citizens committed by the national forces in Morocco. Unlike in Libya or Syria, no chaos or anarchy took over. According to Jerzy Wiatr,

peaceful democratisation has greater chances to succeed in the places where partial democratisation has already been introduced and the ruler has a strong traditional mandate.²⁵

In Morocco, just like in all the Arab states engulfed by the revolution, there is an extensive social polarisation and inequality between the elites and the rest of the society but “the wealth of the royal court is a result of the socially accepted position of the monarch”, while in secular dictatorships it is a result of corruption and the appropriation of the state by the elites connected to the authorities.²⁶

The peaceful course of the revolution, as compared with other Arab countries, is confirmed by the low scale of social protests, the unquestioned position of the monarch and the lack of interest of mass media, which do not report the news from Morocco with the same fervour as those from Egypt or Syria. Obviously, there are many obstacles, both religious and cultural, on the Kingdom’s path towards modernisation and democratisation. Nevertheless, the aspects that make it possible to look into the future with optimism seem to have strong foundations.

In the Moroccan model, the monarchy has been involved in the process of the country’s democratisation for a long time. It is incremental, which is why the revolution led to the changes in the structure of power and the king waived some of his competencies. In Morocco, the monarch’s power has a special legitimacy because the ruler is both the political leader and the descendant of the Prophet’s family. This makes the legitimacy of power in Morocco permanent and unquestionable as compared with the authoritarian regimes where the legitimacy of power is subject to constant and changing interventions of those in power.

What makes Morocco different from Egypt, for example, is the sustainability of power based on the traditional mandate and the groups of interest connected with the royal palace. The structures of power are socially accepted. Furthermore, as compared with Egypt or Saudi Arabia, Morocco has made attempts to democratise its social and political life, introduced party pluralism and the freedom of associations for a long time now.

²⁴ Alex Glennie: *Budując mosty, a nie mury. O potrzebie nawiązania kontaktów z islamistami politycznymi na Bliskim Wschodzie I w Afryce Północnej [Building Bridges Instead of Walls. About the Need to Forge Contacts with Political*

Islamists in the Middle East and North Africa], in: *As-Salam* 1 (2011), p. 27.

²⁵ Wiatr, p. 13.

²⁶ *Ibid.*

As a result, the Arab Spring in this country took a moderate course and there are chances for further democratisation despite social inequality and poverty.²⁷ The political system of Morocco was characterised by greater freedom compared with the rest of the region. From the moment of taking over power in 1999, King Muḥammad VI introduced a number of reforms including the most revolutionary one – that of the family code that gave women rights equal to those of men. It modified the criminal code, abolished tortures and recognised the responsibility of the government for breaching human rights, including abduction and torture used by its predecessors (the grandfather – Muḥammad V and the father – King Hassan II). The Commission of Justice and Reconciliation played an important role in revealing those crimes. The Consultation Council on Human Rights also gained greater importance during his rule.

Muḥammad VI increased civic freedoms but he still rules the country using the network of traditional institutions called *maḥzan* (مخزن) whose political influence is independent of the result of parliamentary elections.²⁸

III Jordan

The state of Jordan was established as a result of the political decisions of the British authorities in 1924. After the defeat of the Ottoman Empire in

World War I, the United Kingdom controlled this territory as part of the mandate granted by the United Nations. The British wanted to limit Jewish settlement in the territory of Palestine. They also owed a favour to Hussain, Sharif of Mecca, which is why they placed Sharif's son Abdullah on the throne. Additionally, they wanted to separate Palestine from the turbulences on the Arab Peninsula caused by the uprising in Saudi Arabia and reduce the area of the rising Jewish settlement as defined in the Balfour Declaration.²⁹ A separate emirate called Transjordan was created.

Geographically, the area of Jordan, which belonged to the Caliphate and consecutive Muslim dynasties holding power since the beginning of Islam, was a part of Greater Syria.

The narration of the Haṣemite dynasty included in the Jordanian National Charter emphasises the historical continuity of the country rooted in the ancient past of the Nabataeans and the civilizational heritage of Arabs.³⁰

The close relationship between the United Kingdom and the Kingdom of Jordan was effective until the 1960s. When King Abdullah I acquired the West Bank in 1948 and, in fact, annexed this land, the Jordanian authorities started to award Jordanian citizenship to all Palestinian refugees regardless of the fact where they were changed because Palestinians became the based. As a result, the national composition of Jordan

²⁷ Jerzy J. Wiatr: *Demokratyzacja Turcji a rewolucje "czwartej fali" w krajach arabskich [Democratisation of Turkey and the Fourth Wave Revolutions in Arab Countries]*, in: *Państwo i prawo wobec współczesnych wyzwań. Integracja europejska i stosunki międzynarodowe. Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Jaskierni [The State and the Law Facing Modern Challenges. European Integration and International Relations. A Jubilee Book in Honour of Professor Jerzy Jaskierni]*, ed. by Ryszard M. Czarny and Kamil Spryszak, Toruń 2012.

²⁸ Maḥzan is closely associated with monarchy's inner circle of power, the complex web of political and religious state institutions that have sustained the monarchical regime for centuries through coercive means (the education, health care, administrative and economic services the state provides), a network of clientelism, and cooptation.

²⁹ Bartosz Wróblewski: *Jordania [Jordan]*, Warszawa 2011, p. 65.

³⁰ The Jordanian National Charter, www.kinghusse-in.gov.jo/charter-national.html (last access 20. 04. 2018).

majority. After Israel's victory in the Six Day War in 1967, Eastern Jerusalem and the West Bank of Jordan were taken over by the Israeli state. As late as in 1988, Jordan's King Hussein I decided to announce that any institutional ties with the West Bank were terminated since then.

IV The Foundations of the Government System in the Kingdom

The first legal act laying down the foundations for the government system in the Kingdom was the *Basic Law*³¹ of 1924, which came into force as late as in 1928 during the National Convent after Jordan became completely independent of the United Kingdom.³²

The Constitution of 1928 guaranteed equal rights to all citizens of Jordan regardless of their race, religion or language. It adopted Islam as the state religion and, at the same time, guaranteed freedom of religion to all the residents provided, that they respected peace and the local moral rules. It also introduced a new name for the country, i. e. the Hashemite Kingdom of Jordan, replacing Transjordan. Most importantly, it made the Council of Ministers and the government the most important governing bodies in the country,

accountable to the king who had the right to dismiss the prime minister. The king ruled through royal decrees that must have been first approved by the relevant ministers and the Prime Minister. The legislative power was in the hands of the Legislative Council and the king. The Council was made of elected representatives and the prime minister and members of the Council of Ministers who were not chosen in an election. Thus, the government and the prime minister held a substantial share of the legislative power. The 1928 Constitution did not make the Kingdom a parliamentary monarchy because the government was not accountable to the parliament.³³

King Abdullah II came to the throne in 1999 and initiated the policy of the country's economic liberalisation. He replaced the traditional structure of governance, in particular the civil service system, with the system of governance by the groups directly linked to the king. A specially created body, such as *al-mu'assasa al-mustaqilla* (المؤسسة المستقلة), was accountable to the parliament only symbolically. The responsibilities of the government were limited to the approval of the decisions taken by the Royal Court and the *mu'assasa al-mustaqilla*.³⁴

³¹ The first constitution in the history of Jordan dates to 1928, and was known as the *Basic Law*.

³² In 1928, there was a national conference that established the first political document of the self-determination of the Jordanian nation, which provided that: 1. The Emirate of Transjordan is a sovereign and independent state within defined boundaries ruled by Abdullah Ibn Al Husayn, a holder of the title of the Royal Highness Prince, who presides over the government and established the ruling dynasty. 2. The rules of the British mandate are recognized only in the part that coincides with the national interest of the country and is defined by the Treaty between Transjordan and the United Kingdom. 3. The Balfour Declaration announcing that the Jewish national home be established in Palestine is in conflict

with the obligations of the British towards Arabs. 4. The conference does not recognize the arrangements of the British administration in the territory of Transjordan as obligatory because it treats it as an occupational and alien force. The emphasis on this document, treated as the foundation of the Jordanian National Charter, is emblematic. The most important date is the establishment of the Hashemite Kingdom of Jordan in 1946 by King Abdullah I.

³³ Awn Shawkat Al-Khasawneh: *The Arab Spring and Constitutional Reforms in Jordan. A Historical and Legal Appraisal*, in: *Constitutionalism, Human Rights, and Islam after the Arab Spring*, ed. by Rainer Grote and Tilmann J. Roeder, New York 2016, p. 126.

³⁴ *Ibid.*, p. 135.

The Arab Spring tumbled through the Kingdom of Jordan, too, albeit with a lesser intensity. To respond to the protests and demands, King Abdullah II established the Royal Commission whose task was to propose amendments to the Constitution of 1952. After acceptance by the government and the parliament, the amendments were published in Jordan's *Official Gazette* (*al-ğarīda ar-rasmiya li-l-mamlaka al-Urdunīya al-hāšimīya*, الجريدة الرسمية للملكة الأردنية الهاشمية) and came into force on 1 October 2011. Protesters in Jordan demanded that the constitution of 1952 be re-enacted, in particular its provisions protecting the House of Representatives from the dissolution by the king.

The constitution of 1952 was a point of reference for the protesters because it introduced an important change to the provisions of 1928 and the Constitution of 1947, i. e. the accountability of the prime minister and ministers to the House of Representatives and not the king. Following the Constitution of 1952, the king remained the head of state free from any responsibility, the government was selected by the king and had to obtain a vote of confidence from the House of Representatives to which it was accountable, the executive power belonged to the king, but all royal commands had to be preceded by the recommendations of ministers, delivered in writing or orally, which did not release ministers from the responsibility for them. Moreover, the king preserved extensive powers, including the right to dissolve the parliament and to dismiss the prime minister. This Constitution was enacted during the short rule of the son of Abdullah I, Talal.

Extensive amendments to the *Basic Law* were introduced by King Hussein (1952–1999) between 1954 and 1984. They aimed to increase the scope of the executive power and the prerogatives of the king, limit personal freedom and the freedom of speech and association. The uprising and the growth of the security service also go back to this period.³⁵

According to Mohammad Hammouri, the introduction of the martial law, which was enacted in 1991, put the Kingdom on the path towards a police state. Using the pretext of national security and loyalty to the king, the members of the General Intelligence Directorate gained a dominant position in the country.³⁶

V The 2011 Constitution

The Royal Constitutional Commission is made of ten dignitaries, four of whom were prime ministers and six of whom were ministers in the past. Among them, only three had a law degree but did not deal with constitutional law. Neither the current prime minister nor any of the ministers were invited to take part in the work of the Commission. According to Mohammad Hammouri, the members of the commission represented reactionary forces that opposed any amendments to the *Basic Law* in force at that time. After four months of work, the Commission presented its recommendations to the king who, in turn, obliged the government and the parliament to end the legislative process within 30 days.³⁷ There were 78 amendments proposed to 36 articles of the constitution.

³⁵ Ibid., pp. 127–129.

³⁶ Mohammad Hammouri: *Constitutional Reform and the Rise of Constitutional Adjudication in Jordan. Background, Issues, and Controversies*, in: *Constitutionalism*,

Human Rights, and Islam after the Arab Spring, ed. by Rainer Grote and Tilmann J. Roeder, New York 2016, p. 724.

³⁷ Ibid., p. 725.

Articles 34, 35 and 36 referred to the rights of the king, which were not changed. The king preserved the right to dissolve the House of Representatives and the Senate, nominate the Prime Minister, dismiss him and accept his resignation as well as appoint the members of the Senate and accept their resignation. Articles 58 to 61 established the Constitutional Court with the reservation that recommendations for the court be made by the courts of other instance, which evaluate the grounds for appeal to the Constitutional Court.

Article 67 established the Independent Electoral Commission. Article 94 referred to provisional laws, i. e. the circumstances when the House of Representatives is dissolved and the Council of Ministers, as approved by the king, has the right to take decisions in the event of a disaster, war and state of emergency and the circumstances requiring urgent national decisions which cannot be delayed. This amendment aimed to curb legal abuse during the dissolution of the parliament or when the parliament was in recess. Soon, however, this amendment was circumvented by the decision of the Constitutional Court that allowed the government to adopt the entire budget for 2013 during the parliamentary recess because of the pressure of the International Monetary Fund.

Article 74 defined the legal framework in the case of the parliament dissolution. In such a situation, the government should resign from office within one week, but the prime minister of the resigning cabinet may not be designated to any position in the next government. But this amendment did not apply to the remaining members of the Council of Ministers that might create the next government. This amendment aimed to prevent the prime minister's initiative to dissolve the House of Representatives.

Article 98 established the Judiciary Council that takes care of all matters within the competence of civil courts. The Council had the right to appoint and promote judges in order to limit the influence of the government on the nomination of judges and strengthen the independence of the judiciary.

The provisions of the law did not apply, however, to the judges of the State Security Court. But Clause 1 in the light of Article 40 of the constitution gave the government the right to nominate and dismiss judges while two other Clauses preserved the competencies of the Judiciary Council in that respect.

The State Security Court is not a part of the judiciary system; the chief prosecutor must be a general in the army under the command of the chief of staff of the armed forces. The State Security Court was established in 1958 on the basis of an amendment to the Constitution of 1952. Article 101, Clause 2, provided that no civilian may be judged in a criminal case before the State Security Court that does not include civil judges except for the crimes of treason, espionage, terrorism, drug crimes and currency counterfeiting. In fact, this Clause expanded the scope of activity of the State Security Court with regard to civilians because previously it had referred only to three crimes. According to the new provisions, civil courts may no longer examine these cases. What is more, the Constitution did not include the definitions of these crimes. This provision leaves space for serious abuse as regards the interpretation by the State Security Court and puts civil rights in jeopardy.

Articles 7 and 8 refer to civil rights. Article 7 provides that every breach of rights and public freedoms as well as the private life of Jordanians

is a crime punished by the law. It does not apply to the people living in the territory of the Kingdom as residents. Article 8 guarantees that no person may be captured, detained or imprisoned and his or her freedoms may not be limited except for the cases provided for by the law.

In the case of capture, detainment or imprisonment, he or she has the right to be treated with respect for human dignity, he or she may not be tortured and the law does not permit any violation of bodily integrity. Moreover, testimonies obtained as a result of torture or other form of coercion will not be reviewed. Unfortunately, the article does not refer in any way to the issue of compensation for the victims of the abuse of power or takes into account the punishment for the perpetrators who violated the rights of Jordanian citizens.

Article 129 refers to the protection of the rights and freedoms of citizens. The state guarantees the freedom of opinion in all forms of its expression by Jordanians. On 1 June 2014, Clause 6 was added to Article 3 of the *Law on the Prevention of Terrorism* (*qānūn manʿ al-irhāb*, قانون منع الإرهاب). According to it, any opinion that may jeopardise friendly relations of the Kingdom with other countries is an act of terrorism. Other constitutional amendments were introduced on the initiative of the Jordanian government and approved by the parliament in August 2014. These amendments applied to Articles 67 and 127 and were published in the *Official Gazette* in September 2014. In Article 67, Clause 2 was deleted and replaced by a new one:

An independent commission shall be established by law to administer parliamentary and municipal elections and any general elections pursuant to the provisions of law; the Council of Ministers may assign to the independent

commission the administration of other elections or the supervision thereof at the request of the entity legally authorised to conduct those elections.

In this case, the change involved adding the administration of local elections to the responsibilities of an electoral commission as, until then, the elections were supervised by the Ministry of Internal Affairs. Article 127, Clause 3, expanded the competencies of the king awarding him with the right to nominate and dismiss the chief of staff of the armed forces and the head of the intelligence service despite Article 4 of the constitution, which was in force. This amendment evidently indicated a transition from the constitutional monarchy to the presidential monarchy in the system of government in the Kingdom. According to Hammouri, a clause added to Article 127 practically gave the king absolute power. In addition, it was a challenge for the system of government in the Kingdom because in the event of corruption or an irregularity in the army or the intelligence service, their commanders would not be accountable to the parliament as they were appointed by the king who, under Article 30 of the Constitution, was not accountable under the law.³⁸

Only when compared with the Constitution of Morocco, one may fully discern the feeble dimension of the constitutional reforms in Jordan. The society still demands the liquidation of the Senate in its current form and a new electoral law. It was reflected in the works of the National Committee appointed by the government which was to reform the electoral law, but its suggestions were eventually not taken into account. As a result, the electoral law controlled by the government does not provide any conditions for the arising of any political party as a majority in the parliament.

³⁸ Hammouri, p. 735.

In Jordan, there were no conditions for the arising of political parties and other actors of civic life in the way that was possible in Morocco under the rule of Muḥammad VI where NGOs could freely develop.³⁹ In the Hashemite Kingdom, citizens were deprived of the possibility to create political parties for the 36 years when martial law was in force. As late as in 1992, King Hussein I allowed political pluralism but the only power that was able to create a party at that time was the Muslim Brotherhood that formed the Muslim Front Party. From 1993 until 2013 the parliamentary elections were organised under the temporary law in force.⁴⁰

VI Conclusions

The rulers of Morocco and Jordan responded to protests by introducing amendments to the constitutions in force in both countries until then. The aims of protesters were similar. They demanded constitutional reforms, limitation of the king's power, putting a curb on corruption and the power of the establishment – *maḥzan* in Morocco and the Royal Court in Jordan, the secret service and the special body (*al-mu'assasa al-mustaqilla*), independent judiciary, the division of power, independent media, the freedom of press and respect for human rights. These demands have been satisfied to a very limited extent.

In Morocco, Muḥammad VI conducted social consultations among political parties, trade unions and the main actors of civil society. The final decisions on the shape of amendments, however, were made within the circle of *maḥzan*.

Thus, the final text of the *Basic Law* was not prepared by a democratically elected constituent assembly. Only two weeks were available for the social debate before the referendum, which was held in July 2011. The referendum gained social support and only a small group continued their protests.

Although Muḥammad VI agreed to strengthen the prerogatives of the parliament and the head of the government, create the Constitutional Court and increase civil freedoms, he preserved a greater part of the powers reserved for an absolute monarch. According to Francesco Biagi, the relations of power in the Kingdom were not disrupted and Morocco remained an executive monarchy, the unity of power remained untouched and the tripartition of power was not introduced.

The king still has constitutional initiative, is a source of law as a sovereign, presides over the executive power, has the legislative power and has a significant influence on the judiciary as the president of the Higher Council of Judicial Power. But, unlike in the case of Abdullah II, the Constitution was consulted with the society and the Royal Committee included 19 lawyers specialising in the constitutional law. The ruler referred to the will of the nation in the referendum. The Senate and the House of Representatives were to be elected on the basis of parliamentary elections whose importance increased, also because of the new law according to which the head of the government is appointed from among the party that won the election and gained the majority of seats in the parliament.

³⁹ James N. Sater: *Civil Society and Political Change in Morocco*, London / New York 2007.

⁴⁰ Danya Greenfield: Optimism after Jordan's Elections, in: *Foreign Policy* (January 25, 2013), mideast.foreignpolicy.com/post/2013/01/25/optimism_after_jordans_election (last access 10.04.2019).

Until 2016, Morocco has passed fifteen of the 19 laws mandated by the 2011 Constitution, as well as additional ones defining more complex issues, such as advanced regionalization. The 15 include laws on the make-up and activities of political parties; the organization and function of both chambers of Parliament (Representatives and Councillors), as well as parliamentary commissions of inquiry; the organization and work of the government; the nomination to high office within public administration (governors, Ambassadors, etc.); finances; the Constitutional Court and the High Council of Judicial Power; the independence and autonomy of the judiciary; the Economic and Social Council; advanced regionalization; and the rights of citizens *vis-à-vis* the legislative process, including the right to present motions in legislative matters and to present petitions.

The Constitution's provisions establishing the National Human Rights Council (CNDH) as a fully autonomous body with increased investigative and monitoring powers have been fulfilled, and have helped promote a culture of human rights in the country. In cooperation with the government and civil society, CNDH has been active in monitoring human rights at the local, regional, and national levels and has played a key role in recent advances on human rights policies, including the development of a legal migration policy – the first in the Arab world; a ban on civilian trials in military courts that went into effect on July 1, 2015; a change in the penal code to allow abortion in cases of rape and incest; and a change in the law so that rapists can no longer be exonerated by marrying their victims.

Social reforms – on sexual relations outside of marriage, homosexuality, and penalties for those not fasting during Ramadan – have been postponed. Human rights groups have also noted that restrictions remain on freedom of religion, freedom of the press, and other civil liberties.⁴¹

In Jordan, King Abdullah II abandoned social consultation and referred to both chambers of the parliament instead. In September, both chambers of *mağlis al-umma* (مجلس الأمة) (Parliament) approved the amendments proposed by the Royal Commission. As compared with public expectations, the amendments to the constitution turned out to be very limited. One of them was the establishment of the Constitutional Court. The interpreters of the 2011 Constitution emphasise extraordinary haste, which characterised the preparation of new amendments and the inadequate language of the amendments. The King of Jordan did not decide to raise the rank of the parliamentary elections in the country.

Because of its peculiar voting system (one voter, one vote) the results of elections do not reflect political divisions and do not facilitate the formation of mature political parties. The voting system forces potential candidates to acquire supporters from the closest environment and therefore tends to strengthen tribal particularism instead of contributing to the creation of political programmes.⁴²

The king appoints the members of the Senate and may also dismiss them. Thus, the laws prepared by the parliament and approved by the Senate must be finally accepted by the king.

⁴¹ Moroccan American Center: *Constitutional Reform in Morocco Five Years On*, (July 6 2016), moroccoonthemove.com/wp-content/uploads/2016/07/IB_ConstitutionalReform5Years6July2016.pdf (last access 16. 04. 2019).

⁴² Laurie A. Brand and Faye Hammad: Identity and the Jordanian Elections, in: *Foreign Policy* (January 17 2013), mideast.foreignpolicy.com/posts/2013/01/17identity_and_the_jordanian_elections (last access 06. 04. 2019).

Similarly, the appointment of the prime minister is unrelated to any political party or the composition of the House of Representatives because it depends on the arbitrary decisions of the king and the influence of his advisors, primarily the Chairman of the Royal Court and the Director of the General Intelligence Directorate. The ruler does not have the habit of consulting the parliament on this issue. This is why four consecutive cabinets were dismissed by the king in the period from 1 January to 10 October 2012.

Yet the core amendment was to Article 40, which previously provided that

the king shall exercise the powers vested in him by royal decree. Every such decree shall be countersigned by the prime minister and the minister or ministers concerned. The king expresses his concurrence by placing his signature above the said signatures.

At least formally, this was a check on monarchical power, although the king's authority to remove ministers at will meant the limitation was nominal. The new Article 40 adds exceptions for many appointments. The text now reads:

the king shall exercise his powers the powers vested in him by royal decree without the signature of the prime minister and the minister or ministers concerned to appoint: the crown

prince, the regent [either the crown prince or another prince conducting a function in the king's absence], Senate president and members, members of the Constitutional Court, president of the Higher Judicial Council, the army's Joint Chiefs-of-Staff, and the directors of the General Intelligence Department and the *darak* [riot police].

The government argued, without providing many details, that this was a way of "strengthening the separation of powers, the independence of the judiciary and the neutrality" of the security services. Since the king already had the authority to appoint the cabinet itself alone, this gave him unfettered authority to appoint every powerful position in the state apparatus⁴³.

Undoubtedly, the Constitution preserved the domination of the executive power at the cost of the legislative branch and the judiciary. It did not breach the real interests of the environment related to the king in the political and economic dimension. At the same time, it did not mitigate social dissatisfaction, which, according to Hammouri, may turn into the open criticism of the monarchy in the future. The citizens of Jordan may lose their faith in the Hashemite dynasty which, so far, has been perceived as the factor preserving equilibrium within the state.⁴⁴

Katarzyna Brataniec, Department of Psychology and Humanities, Krakow University

⁴³ Kirk H. Sowell: *The New Role of Jordan's Parliament*, carnegieendowment.org/sada/63882 (last access 17. 04. 2019). Advocates for the amendment make two arguments for its necessity: the nature of Jordan's political system, with its tribal backgrounds, strong family ties and weak

unorganised political parties; and regional instability. Given these circumstances many Jordanians see the link between the King, an experienced officer himself, and the armed forces as a significant stabilising factor.

⁴⁴ Hammouri, p. 740.

Islamisches Strafrecht in Deutschland? – Betrachtungen aus grund-, menschen- und strafrechtlicher Sicht*

Christoph Zehetgruber

I Einführung

Der folgende Beitrag widmet sich – nach einigen einleitenden Bemerkungen u. a. zum Begriff des islamischen Strafrechts (wobei in gebotener Kürze sowohl auf die in der Literatur dem Grunde nach akzeptierte Rangfolge der Straftaten zueinander als auch deren Geltungsgrundlagen eingegangen wird) – der Frage, ob eine Anwendung bzw. ein Import strafrechtlicher Tatbestände des islamischen Strafrechts in das deutsche Rechtssystem dem Grunde nach möglich wäre. Weiter stellt er dar, wie sich moderat argumentierende muslimisch geprägte Juristen zur Frage der Inkorporation islamisch geprägter Vorschriften in das moderne Strafrecht eines säkular geprägten Staates äußern. Hierbei kommen die einschlägigen Vorschriften des Grundgesetzes (GG) zur Sprache sowie ferner das Faktum, dass gerade im Bereich des nationalen Strafrechts die tatsächliche Übernahme außerstaatlicher, fremdkultureller Normen in Bezug auf die Begründung einer Strafbarkeit, somit die Inkorporation neuer Straftatbestände und Sanktionen, eine kaum existente Praxis darstellt. Im Anschluss daran wird die Frage der Berücksichtigung anderer, kulturell und/oder religiös geprägter strafrechtlich relevanter

Handlungen in der Rechtsprechung der deutschen Gerichte anhand von Beispielen angeschnitten.

Strafrechtliche Vorschriften zählen dem Grunde nach in allen Rechtsordnungen zu den langlebigsten und veränderungsresistentesten,¹ sie bilden den Kern dessen, was der Staat zum Schutz des Einzelnen und für das friedliche Zusammenleben aller für absolut notwendig erachtet² und für dessen Verletzung er die schwersten Eingriffe gegenüber den Normunterworfenen vorsieht. Straftatbestände sind (in Bezug etwa auf Deutschland) jedoch nicht auf ewig gleichsam in Stein gemeißelt: Wandelt sich das Verständnis von Werten innerhalb einer Gesellschaft (zumeist in eher langsamer Art und Weise), wirkt sich dies durchaus auf das Bestehen strafrechtlicher Vorschriften aus, wie für das deutsche Sexualstrafrecht beispielhaft die Abschaffung des Straftatbestandes des Ehebruchs nach 172 Strafgesetzbuch (StGB) a. F. oder jenem der einvernehmlichen homosexuellen Betätigung nach § 175 StGB a. F.³ illustrieren.

Strafrecht ist somit – wenngleich wohl in etwas geringerem Umfang und etwas weniger rasch als andere Rechtsgebiete – veränderlich und unterlag wie unterliegt einem (mehr oder minder

* Der vorliegende Beitrag basiert auf einem Vortrag des Autors, der im Rahmen der Fachtagung *Islam in Recht, Gesellschaft und Verwaltung* vom 24 bis zum 25. 01. 2019 an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg gehalten wurde.

¹ Ähnlich in diesem Kontext auch M. Cherif Bassiouni: *The Shari'a and Islamic Criminal Justice in Time of War*

and Peace (2014), S. 120; vgl. auch Mathias Rohe: *inamo* 57 (2009), S. 4.

² Peter Badura: *Staatsrecht* (2018), Abschnitt H Rn. 37.

³ Allgemein hierzu Thomas Gutmann: *Christliche Impregnierung des Strafgesetzbuchs?*, in: *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, hrsg. von Horst Dreier und Eric Hilgendorf (2008), S. 295 (301).

stark wahrnehmbaren) gesellschaftlichen Werteverständnis und -wandel, dies sowohl hinsichtlich der grundsätzlichen Strafbar- bzw. Straflo-sigkeit bestimmter Verhaltensweisen als auch in Bezug auf die zu verhängenden Sanktionen. Dabei ist das deutsche Strafrecht (als Exempel für ein primär säkular gewordenes Strafrecht)⁴ allein auf das Diesseits ausgerichtet,⁵ eine Wirkung für das Jenseits wohnt diesem (im Gegensatz zum klassischen islamischen Strafrecht)⁶ nicht inne.

⁴ Siehe hierzu ausführlich und auch auf die Rolle der in Europa vorherrschenden, christlichen Strömungen eingehend Horst Dreier: Religion und Verfassungsstaat im Kampf der Kulturen, in: *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, hrsg. von Horst Dreier und Eric Hilgendorf (2008), S. 11 (14, 16 ff.) sowie Gutmann: Christliche Imprägnierung des Strafgesetzbuchs?, S. 296 ff., welche u. v. a. Kuttner zu Recht betonen, dass zwar grundsätzliche Konzepte der Kanonistik und damit der christlichen Theologie (Schuldbegriff, Sühne) auch für das moderne deutsche Strafrecht außer Frage stehen, diese Fundamente sich jedoch – gerade im Wege der Aufklärung und der Vernunftrechtstheorie – kontinuierlich auf davon hinsichtlich der Begründung des Strafrechtssystems unabhängige, säkulare Beine gestellt haben. Gutmann (s. o.), S. 298, 299, 300 weist in diesem Zusammenhang erhellend auf die Unterscheidung zwischen Genesis und Geltung der modernen Strafrechtswissenschaft hin und bringt dieses Verhältnis mit der durchaus griffigen Formulierung zum Ausdruck, dass zwar „die Hebammen-dienste der Theologie für die westliche Strafrechtswissenschaft außer Frage“ stünden, das Kind „freilich lange schon auf eigenen Beinen“ laufe. Dies schließt freilich nicht aus, dass sich auch im heutigen deutschen Strafrecht christlich fundierte Strafvorschriften ausmachen lassen (so eindeutig Dreier [s. o.], S. 19 u. v. a. die Bigamie und Gotteslästerung), doch sind diese als materiell-rechtliche Besonderheiten bzw. Relikte, nicht jedoch als das Gesamtsystem definierende Vorschriften zu betrachten. Allgemein zur schrittweise vollzogenen Trennung

II Zum Begriff des ‚islamischen Strafrechts‘ und dessen Deliktskategorien

1 Begriffsbestimmungen

Vorausgeschickt werden muss, dass *ein* islamisches Strafrecht (wie auch *ein* islamisches Recht *per se*) jedenfalls nicht existiert, ist doch der Islam als solcher durch seine auch in den Rechtsschulen zum Ausdruck kommende⁷ Vielfalt gekennzeichnet und entzieht sich jener und folgerichtig auch das islamische Recht damit bereits einer Verallgemeinerung. Die Verwendung des Begriffs *islamisches Strafrecht* ist daher im Folgenden allein Vereinfachungen im Ausdruck geschuldet

von Staat und Kirche, weltlicher und geistlicher Ordnung, von Recht und Moral sowie Staat und Gesellschaft Uwe Volkmann: Kulturelles Selbstverständnis als Tabuzone für das Recht?, in: *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, hrsg. von Horst Dreier und Eric Hilgendorf (2008), S. 245 (249, 250).

⁵ Hans-Heinrich Jescheck: Islamisches und westliches Strafrecht – Gemeinsames und Gegensätze, in: *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, hrsg. von Rolf Dietrich Herzberg (1985), S. 543 (548), der auch auf die Notwendigkeit des heutigen Strafrechts mit der Sittenordnung verweist, sogleich jedoch anmerkt, dass das Strafrecht moderner Prägung sich als ein autonom und rational begründetes, auf menschlicher Rechtssetzung basierendes Recht darstellt, und keinesfalls alle Lebensbereiche der Menschen erfassen will, sondern stets seiner *ultima ratio*-Funktion gerecht werden muss.

⁶ Allgemein für die Scharia in ihrer Gesamtheit Rohe: *inamo* 57 (2009), S. 4; siehe ferner Daghles: *Die Kompatibilität islamischer Staatsauffassungen*, S. 82; Ali Türkmenoglu: *Das Strafrecht des klassischen islamischen Rechts* (2009), S. 25; Christoph Zehetgruber: *Recht und Islam, Zeitschrift für Kultur- und Kollektivwissenschaft* 2 (2015), S. 119 (129).

⁷ Vgl. allgemein nur Rüdiger Lohlker: *Islamisches Recht* (2012), S. 99; Türkmenoglu: *Das Strafrecht des klassischen islamischen Rechts*, S. 13; a. A. hinsichtlich der sunnitischen Rechtsschulen und insofern zu sehr vereinfachend Christine Schirrmacher: Rechtsvorstellungen im Islam, in: *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, hrsg. von Horst Dreier und Eric Hilgendorf (2008), S. 339 (343).

und soll in keiner Weise eine solche Verallgemeinerung suggerieren oder den Anschein eines vollständig einheitlichen, für alle Strömungen in gleicher Weise verstandenen Rechtsgebiets erwecken.

Unter *klassischem islamischem Strafrecht* sind die nicht durch staatliche Normsetzungsorgane verabschiedeten Vorschriften strafrechtlicher Substanz, primär basierend auf Qurʾān und *sunna* und bisweilen näher ausgestaltet durch die muslimischen Juristen, zu verstehen.⁸ Staatliche Gesetze eines muslimischen geprägten Staates, welche islamische Strafrechtsvorschriften ins nationale Recht transferieren, sind hingegen nicht hierzu zu zählen.

2 Die Straftaten des klassischen islamischen Rechts

Differenziert werden muss in Bezug auf die Darstellung der Straftaten des klassischen islamischen Rechts in vielerlei Hinsicht; anzumerken ist jedenfalls, dass jenes durchaus auch Verhaltensweisen zu Straftaten erklärt, die dem heutigen deutschen Strafrecht bekannt sind und geahndet werden (etwa Raub, Diebstahl, vorsätzliche und fahrlässige Tötungs- und Körperverletzungsdelikte). Hinsichtlich der Kompatibilität mit dem deutschen Strafrecht ist bei diesen Delikten

der Schwerpunkt der Betrachtung somit auf die Exaktheit der jeweiligen islamischen Normen sowie auf die bei Verurteilung prinzipiell zu verhängenden Rechtsfolgen zu legen und weniger die Geltungsgrundlage für die Norm als solche an den Vorgaben des deutschen Rechts zu messen, besteht doch hinsichtlich der Strafwürdigkeit derartiger Verhaltensweisen augenscheinlich Einigkeit zwischen den angesprochenen Rechtsordnungen.

Seiner Rechtsnatur nach ist islamisches Strafrecht als Teil der *šarīʿa* (unabhängig davon, ob dieser Begriff im weiteren⁹ oder engeren Sinn¹⁰ [als Korpus für Rechtsnormen] verstanden wird) an sich göttlichen Ursprungs¹¹ und die strafrechtlichen Regeln der beiden höchsten Kategorien bilden kein staatlich gesetztes kodifiziertes Recht.¹² Einige muslimisch geprägte Staaten (etwa Iran) haben jedoch insoweit einschlägige Gesetzeswerke verabschiedet und in Geltung gesetzt und damit originäre Vorschriften quasi in staatliche Rechtsnormen ‚umgegossen‘.

3 Zur Dreiteilung der Deliktskategorien

Üblicherweise erfolgt innerhalb der juristischen Systematisierung des islamischen Strafrechts eine Teilung der Straftaten in drei Kategorien: jene der *ḥadd-*, *qiṣāṣ-/diya-* sowie *taʿzīr-*Delikte.¹³ Mit

⁸ Bassiouni: *The Shariʿa and Islamic Criminal Justice*, S. 119; Zehetgruber: *Recht und Islam*, S. 119 (120, 121).

⁹ Lohlker: *Islamisches Recht*, S. 99; Daghles: *Die Kompatibilität islamischer Staatsauffassungen*, S. 84; Rohe: *inamo* 57 (2009), S. 4.

¹⁰ Vgl. Rohe: *inamo* 57 (2009), S. 4; Peter Scholz: *Ordre public, Menschenrechte und Scharia*, in: *Leipziger Beiträge zur Orientforschung Band 26 – Beiträge zum islamischen Recht VII*, hrsg. von Hatem Elliesie (2010), S. 477 (488).

¹¹ Jescheck: *Islamisches und westliches Strafrecht – Gemeinsames und Gegensätze*, S. 543 (547).

¹² Schirmacher: *Rechtsvorstellungen im Islam*, S. 339 (349).

¹³ Bassiouni: *The Shariʿa and Islamic Criminal Justice*, S. 119; Ann Black / Hossein Esmaeili / Nadirsyah Hosen: *Modern Perspectives on Islamic Law* (2013), S. 219; Jescheck: *Islamisches und westliches Strafrecht – Gemeinsames und Gegensätze*, S. 543 (552); Harun Pacic: *Islamische Rechtslehre* (2014), S. 217; Mathias Rohe: *Islamisches Recht und Menschenrechte – eine Problemskizze, Menschen- und Bürgerrechte – Perspektiven der Regionen*. Arbeitspapier Nr. 7 des Zentralinstituts für Regionalforschung, hrsg. von Petra Bendel und Thomas Fischer (2004), S. 439 (448, 449); Mathias Rohe: *Das islamische Recht* (2009), S. 122.

Ausnahme der Kategorie der *ta'zīr*- oder ‚Ermessens‘-Straftaten, deren Zahl, Begründung und nähere Ausgestaltung den Menschen anheimgestellt ist, die Wandlungen der Gegebenheiten und Zeiten unterliegen und welche die geringsten Verfehlungen erfassen, stellen sich die sog. *ḥadd*- und *qiṣāṣ*-/*diya*-Delikte und die durch diese angeordneten Strafen als ihrem Geltungsgrund nach (auf dem Willen Allāhs beruhend) als ewig und unveränderlich dar.

Die *ḥadd*-Straftaten (auch als sog. Grenzdelikte bezeichnet) bilden die höchste Deliktskategorie. Ihre Zahl ist überschaubar, zu jenen zählen jedenfalls Diebstahl, Raub, verbotener Geschlechtsverkehr (i. S. v. heterosexuellem einverständlichem Geschlechtsverkehr, vollzogen außerhalb einer gültigen Ehe), die Verleumdung wegen Unzucht sowie der Konsum von Alkohol;¹⁴ ob der Abfall vom muslimischen Glauben (Apostasie) und der Aufruhr ebenfalls zur *ḥadd*-Kategorie zu zählen sind, ist in der muslimischen Lehre strittig.¹⁵

Den *qiṣāṣ*- und *diya*- Straftaten unterliegen all jene Verhaltensweisen, welche als vorsätzliche und fahrlässige Tötungs- und Körperverletzungsdelikte deutscher Provenienz eingestuft werden können; ein Merkmal dieser Straftaten ist (für vorsätzliche Tatbegehung) die grundsätzliche Anordnung einer Talionsstrafe i. S. des Prinzips ‚Auge um Auge‘, wobei durch Zahlung eines nach Geschlecht und religiöser Zugehörigkeit unterschiedlich hohen Blutgeldes oder auch durch schlichtes Verzeihen (bei Zustimmung des Opfers

oder dessen Hinterbliebenen) die Vergeltungsstrafe abgewendet werden kann.

Der an dieser Stelle verwendete Begriff des klassischen islamischen Strafrechts kennzeichnet daher im Folgenden die auf den Qurʾān und die *sunna* zurückgehenden Vorschriften (*ḥadd*- und *qiṣāṣ*-/*diya*-Delikte) mit strafrechtlicher Relevanz göttlichen Ursprungs sowie ferner (eingeschränkt) die Kategorie der sog. *ta'zīr*-Straftaten als die von der Obrigkeit für strafbar erklärten Verhaltensweisen.

Ḥadd-Straftaten und Tötungs- sowie Körperverletzungsdelikte des islamischen Rechts sind durch strenge Beweisregeln (Zeugenbeweis in unterschiedlicher Zahl oder Geständnis) sowie festgelegte,¹⁶ sich zumeist gegen den Körper des Delinquenten richtende und primär auf Abschreckung zielende Strafen gekennzeichnet.¹⁷ Die Sanktionen der *ta'zīr*-Kategorie liegen im Ermessen des jeweilig tätig werdenden Richters, wobei jene von körperlichen Züchtigungen, Geldstrafe bis hin zur Gefängnisstrafe reichen können, sich jedoch grundsätzlich unter jenen der beiden anderen Kategorie bewegen müssen.

4 Gründe für die geringe Anwendung des klassischen islamischen Strafrechts in muslimisch geprägten Staaten

Weshalb wird islamisches bzw. islamisch fundiertes Strafrecht in mehrheitlich muslimisch geprägten Staaten (etwa jenen Nordafrikas oder der

¹⁴ Siehe ausführlich nur Black / Esmaeili / Hosen: *Modern Perspectives on Islamic Law*, S. 218; Schirmmacher: *Rechtsvorstellungen im Islam*, S. 339 (358); Türkmenoglu: *Das Strafrecht des klassischen islamischen Rechts*, S. 216 ff.; Christoph Zehetgruber: *Islamisches Strafrecht versus europäische Werteordnung* (2010), S. 67 ff.; Zehetgruber: *Recht und Islam*, S. 119 (130–132).

¹⁵ Mathias Rohe: *Das islamische Recht* (2009), S. 122.

¹⁶ Firouz Mahmoudi Janki: *The Aims of Punishment in Islamic Criminal Law and their Reflection in the Iranian Criminal Justice System*, in: *Leipziger Beiträge zur Orientalforschung Band 36 – Beiträge zum Islamischen Recht XII*, hrsg. von Silvia Tellenbach und Thoralf Hanstein (2017), S. 23 (24).

¹⁷ Mahmoudi Janki: *The Aims of Punishment in Islamic Criminal Law and their Reflection in the Iranian Criminal Justice System*, S. 23 (52).

Türkei) heute kaum noch angewendet (Ausnahmen bilden hier etwa Saudi Arabien, Oman, Jemen, Pakistan, Iran, Teile Nigerias und Teile Indonesiens),¹⁸ wenn es doch dem Grunde nach nicht aus dem ewig geltenden Rechtsbestand herauszulösen ist bzw. als göttliches Recht nicht für obsolet erklären werden kann? Ausschlaggebend mag ein Konglomerat von Gründen sein, wobei vor allem solche historischer und gesellschaftspolitischer Natur (Streben nach einer gemeinsamen, für alle Normunterworfenen akzeptablen und in der Realität akzeptierten Grundordnung des menschlichen Zusammenlebens) auf Basis pluralistischer Gesellschaften, kombiniert mit einem (auch) in muslimischen Staaten geänderten bzw. in Veränderung begriffenen Verständnis der Vorstellungen von Grund- und Menschenrechten, der gesellschaftlichen Rahmenbedingungen sowie den Einstellungen zur staatlichen Ahndung von Straftaten sowie zu den Zwecken des Strafens große Bedeutung besitzen dürften.¹⁹ In seiner reinen Form (d.h. ohne Vermischungen mit Stammesrecht oder obrigkeitlicher Rechtssetzung) wird jenes im Übrigen bereits seit langer Zeit kaum noch praktiziert.

Doch auch rechtstheoretische Argumente werden gegen die Geltung der Normen des klassischen islamischen Strafrechts herangezogen, da deren Geltungsbereich heute nicht mehr eröffnet sei.²⁰

In diesem Zusammenhang ist auch die Begründung von Pacic für eine (nur eingeschränk-

te) Geltung der Normen des islamischen Strafrechts, welche jener jedoch dem Grunde nach als integralen Bestandteil des Islam begreift, als bemerkenswert zu erwähnen: Da die Strafen des klassischen islamischen Rechts allein von einem islamischen Regenten bzw. einer von jenem beauftragten Person vollzogen werden dürften, setze dies zwingend einen islamischen Staat i. S. d. islamischen Rechtslehre voraus.²¹ Außerhalb eines solchen, quasi idealen Staates, der im Einklang mit allen Zielen der *šarī'a* stehe, seien jedenfalls die Sanktionsteile der strafrechtlichen Vorschriften nicht bindend, der Geltungsbereich der strafrechtlichen Normen beschränke sich daher allein auf dessen Hoheitsgebiet.²² Da die gesellschaftlichen Umstände, Werte und faktischen Gegebenheiten der jeweiligen Zeit für die Frage der Geltung des islamischen Strafrechts mit zu berücksichtigen seien, sei dadurch die Möglichkeit der Reflexion der klassischen Lehre im Lichte der Moderne und in letzter Konsequenz der Nichtanwendbarkeit der strafrechtlichen Vorschriften eröffnet.²³

III Die Kompatibilität des islamischen Strafrechts mit der deutschen Rechtsordnung

1 Allgemeine Bemerkungen

Es ist unbestritten, dass jede Rechtsordnung der Welt in Bezug auf ihr Territorium einen ausschließlichen Geltungsanspruch besitzt.²⁴ Dies

¹⁸ Siehe hierzu bereits Jescheck: *Islamisches und westliches Strafrecht – Gemeinsames und Gegensätze*, S. 545; Schirrmacher: *Rechtsvorstellungen im Islam*, S. 339 (350); Zehetgruber: *Recht und Islam*, S. 119 (121).

¹⁹ Pacic: *Islamische Rechtslehre*, S. 216 Fn. 632. Rechtsnormen mit allgemeinem innerstaatlichem Geltungsanspruch wie das Strafrecht können unter Berücksichtigung des Faktums des vernunftbetonten Pluralismus nicht auf partikuläre Vorstellungen des Guten, Richtigen oder reli-

giös Geforderten gegründet werden; siehe Gutmann: *Christliche Imprägnierung des Strafgesetzbuchs?*, S. 295 (304 m. N. in Fn. 56).

²⁰ Pacic: *Islamische Rechtslehre*, S. 216 m. V. a. Kamali und Rohe in Fn. 633.

²¹ Pacic: *Islamische Rechtslehre*, S. 216 Fn. 634.

²² Pacic: *Islamische Rechtslehre*, S. 216 f.

²³ Pacic: *Islamische Rechtslehre*, S. 217.

²⁴ Rohe: *inamo* 57 (2009), S. 4.

bedeutet, dass dem Grunde nach allein der deutsche Gesetzgeber festlegt, ob und in welcher Weise ‚fremde‘ Rechtsnormen auf seinem Staatsgebiet zur Anwendung gelangen.²⁵ Gerade im strafrechtlichen Bereich, welcher die Rechtsbeziehungen zwischen dem Einzelnen und dem Staat ordnet und insofern die Verletzung der maßgeblichen Rechtsgüter unter Strafe stellt, um ein Zusammenleben aller Normunterworfenen zu gewährleisten, bedarf es insoweit einer bestimmten Kontinuität des Schutzes der auch durch Strafnormen ausgedrückten Werte der Gesellschaft sowie der Ahndung von gegen diese Ordnung gerichteten Handlungen.²⁶ Grundsätzlich nichts anderes gilt für das klassische islamische Strafrecht, ist doch auch jenes – als notwendiger Teilbereich des islamischen Rechts – auf die Verwirklichung bzw. den Erhalt einer bestimmten, durch den Islam und dessen rechtlichen und sonstigen Regelungen näher beschriebenen Ordnung ausgelegt.²⁷

Die auf den ersten Blick erkennbaren, maßgeblichen Unterschiede gegenüber dem deutschen Recht bestehen nun im göttlichen Ursprung einiger und der religiösen Fundierung der strafrechtlichen Normen in ihrer Gesamtheit, und in der Rangfolge der folgerichtig dahinterstehenden, durch die Normen zu schützenden Güter. Diese unterscheiden sich von den zu schützenden

des deutschen Strafrechts, welches heutzutage nach mehreren Entwicklungsschritten wohl als primär säkulares verstanden wird, in Bezug auf ihre Bedeutung und ihren Rang doch eklatant. Darüber hinaus ist ferner die Trennung von religiös konnotierten, dem Grunde nach ewig geltenden Vorschriften mit jenen änderbaren rein menschlicher Natur, somit auch der Geltungsgrund und die zeitliche Dimension der Normen in hohem Maße als voneinander different anzusehen. Bereits aus diesen allgemeinen Erwägungen, welche die inhaltlichen Ausformungen der einzelnen Vorschriften noch unberücksichtigt lassen, erscheint eine Eingliederung klassischer islamischer Strafrechtsnormen in die deutsche Strafrechtsordnung kaum möglich.

2 Die freiheitlich demokratische Grundordnung und die im GG konkretisierten Menschenrechte

Darüber hinaus sind in Deutschland strafrechtliche Vorschriften, die in grund- und menschenrechtliche Rechtspositionen eingreifen, an rechtliche Vorgaben, wie jene des GG rückgebunden, die den Menschen als Individuum in den Mittelpunkt der Betrachtung stellen und Ausdruck der freiheitlich-demokratischen Grundordnung sind.²⁸

²⁵ Janbernd Oebbecke: Das deutsche Recht und der Islam, in: *Handbuch Recht und Kultur des Islams in der deutschen Gesellschaft*, hrsg. von Adel Theodor Khoury, Peter Heine und Janbernd Oebbecke (2000), S. 287 (294); Rohe: *inamo* 57 (2009), S. 4.

²⁶ So auch Rohe: *inamo* 57 (2009), S. 4.

²⁷ Dem Vorwurf der fehlenden Vergleichbarkeit eines in den Grundzügen beinahe 1400 Jahre alten Strafrechtssystems mit einem modernen deutscher Prägung ist entgegenzuhalten, dass das islamische Recht zum einen *per se* eine zeitlich unbegrenzte Gültigkeit besitzt, keinesfalls ‚totes‘ Recht darstellt und – wenngleich nicht in vielen, jedoch einigen muslimisch geprägten Staaten – auch in heutiger Zeit zur Anwendung gelangt, sodass eine Ver-

gleichbarkeit besteht; siehe näher in diesem Zusammenhang Zehetgruber: *Islamisches Strafrecht versus europäische Werteordnung*, S. 59 ff.

²⁸ Zur freiheitlich demokratischen Grundordnung des Grundgesetzes als Kernbestand an Werten und Institutionen, welche auf Grund ihres Fundamentcharakters für die Demokratie als solche nicht zur Disposition stehen und auf einer gemeinsamen Vorstellung von Begründung und Ausübung politischer Herrschaftsmacht beruhen, die sich gegen autoritäre-absolutistische und totalitäre Staatsgewalten positioniert sowie zur Gleichsetzung des Begriffs der ‚verfassungsmäßigen Ordnung‘ in Art. 9 Abs. 2 GG mit jenem der ‚freiheitlich demokratischen Grundordnung‘ siehe allgemein statt vieler M. Daghes: *Die Kompatibilität islamischer Staatsauffassungen mit der freiheitlich*

Die freiheitlich-demokratische Grundordnung ist ein unbestimmter, durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) auszulegender Rechtsbegriff.²⁹ Die erste Konkretisierung dieses Begriffs erfolgte durch die Entscheidung des BVerfG vom 23. Oktober 1952,³⁰ wobei jenes ausführte, dass der Grundordnung der eigenständige Wert des Menschseins zugrunde liege sowie dass Freiheit und Gleichheit dauernde Grundwerte der staatlichen Einheit seien.³¹ Die Grundordnung sei ferner durch einen Ausschluss jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft als eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit bestimmt.³² Zu ihren grundlegenden Prinzipien seien die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, die Souveränität des Volkes, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteiensystem und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und

Ausübung der Opposition zu zählen.³³ Als die im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechte sind an dieser Stelle diejenigen zu verstehen, die jeder Person in gleicher Weise kraft ihres Menschseins und unabhängig von der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe zustehen,³⁴ wie das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, das Recht auf Gleichheit (verstanden als gesetzliche Gleichbehandlung), die Glaubens-, Gewissens-, Religions- und Bekenntnisfreiheit, die Meinungsfreiheiten und die Menschenwürde.³⁵

3 Der für strafrechtliche Normen anzuwendende Maßstab des GG

Jegliche strafrechtliche Verbotsnorm, welche etwa neu ins deutsche Strafrecht inkorporiert wird, muss sich nun am durch die verfassungsmäßige Ordnung vorgegebenen Maßstab messen lassen, wobei bei bestimmten Grund- bzw. Menschenrechten Eingriffe *per se* ausgeschlossen sind. Bei einer gedanklichen, abstrakten Überprüfung der theoretischen Eingliederungsfähigkeit des klassischen islamischen Strafrechtssystems oder einzel-

demokratischen Grundordnung, S. 5, 11, 17 m. N. und m. V. a. BVerfGE 6, S. 32 (41).

²⁹ Daghles: *Die Kompatibilität islamischer Staatsauffassungen mit der freiheitlich demokratischen Grundordnung*, S. 11, 18 m. V. a. BVerfGE 5, S. 85 (112).

³⁰ Bestätigt durch BVerfGE 5, S. 85; siehe ferner BVerfGE 44, S. 125 (145) sowie Daghles: *Die Kompatibilität islamischer Staatsauffassungen mit der freiheitlich demokratischen Grundordnung*, S. 19 m. V. a. Fn. 109.

³¹ BVerfGE 2, S. 1 (12); Daghles: *Die Kompatibilität islamischer Staatsauffassungen*, S. 18 m. N. in Fn. 107.

³² BVerfGE 2, S. 1 (12 f.); Volkmann: *Kulturelles Selbstverständnis als Tabuzone für das Recht?*, S. 245 (259).

³³ BVerfGE 2, S. 1 (12 f.); Daghles: *Die Kompatibilität islamischer Staatsauffassungen*, S. 19 m. N. in Fn. 108.

³⁴ BeckOK Grundgesetz / J. Dietlein (³⁹15.11.2018), Art. 79 GG Rn. 29 m. N.; Eric Hilgendorf: *Religion, Gewalt und Menschenrechte – Eine Problemskizze am Beispiel von Christentum und Islam*, in: *Kulturelle Identität als*

Grund und Grenze des Rechts, hrsg. von Horst Dreier und Eric Hilgendorf (2008), S. 169 (171, 183, 184, 189 m. N.), der den Ursprung der Menschenrechtsidee in der Sophistik und Stoa verortet und mit Beispielen auf den lange andauernden Widerstand der christlichen Kirchen gegen diese Idee hinweist; zur Begründung der Menschenrechte in der Antike, im frühen Christentum und der Scholastik Otto Kimminich: *VRÜ 21* (1988), S. 416; Bahri Öztürk: *Die laizistische Rechtsordnung der Türkei. Ein Modell für islamische Staaten?*, in: *Menschengerechtes Strafrecht – Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, hrsg. von Jörg Arnold, Björn Burkhardt, Walter Gropp, Günter Heine, Hans-Georg Koch, Otto Lagodny, Walter Perron und Susanne Walther (2005), S. 587 (591).

³⁵ Daghles: *Die Kompatibilität islamischer Staatsauffassungen*, S. 20 m. N. in Fn. 118; Nico Landmann: *Der Islam in der Diaspora: Europa und Amerika*, in: *Der Islam in der Gegenwart*, hrsg. von Werner Ende und Udo Steinbach (⁵2005), S. 560 (568).

ner Teile davon in die deutsche Rechtsordnung sind in diesem Zusammenhang unterschiedliche Vorschriften des GG zu beachten, welchen eine strafrechtliche Verbotsnorm entsprechen muss.

a) **Menschenwürde**

Von herausragender Bedeutung erscheint an dieser Stelle ohne Zweifel Art. 1 Abs. 1 GG, welcher bestimmt, dass die Würde des Menschen unantastbar ist. Art. 1 Abs. 1 GG ist ein absolut und schrankenlos gewährtes und durch Art. 79 Abs. 3 GG mit Ewigkeitsgarantie versehenes Grund- wie Menschenrecht und darf demzufolge durch keine staatlichen Vorschriften eingeschränkt bzw. aufgehoben oder auch nur verkürzt werden.³⁶ Dies bedeutet für die Einführung von Straftatbeständen und die Verhängung von Strafen allgemein, dass jene keinen die Menschenwürde herabsetzenden Charakter aufweisen dürfen, nicht die Subjektqualität durch die staatliche Behandlung in Frage gestellt bzw. in der staatlichen Behandlung keine willkürliche Missachtung der Würde des Menschen liegen darf.³⁷ Durch die etwaige Verhängung von öffentlich zu vollziehenden Todes- oder Körperstrafen, wie sie das klassische islamische Recht in einer großen Zahl vorsieht, wäre nun in diesem Zusammenhang der Verstoß

gegen das Gebot der Achtung der Menschenwürde eindeutig begründet,³⁸ und ferner wären Eingriffe in die Grundrechte Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) gegeben, welche (trotz grundsätzlich möglicher gesetzlicher Einschränkungen) auf Grund des Normbefehls des Art. 102 GG hinsichtlich des Verbots der Todesstrafe sowie für Todes- wie Körperstrafe gleichermaßen durch das Näheverhältnis zur Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG als jedenfalls verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt angesehen werden müssen.³⁹

b) **Verhältnismäßigkeit von Sanktionen**

Unter Gesichtspunkten des deutschen Grundgesetzes erscheinen die Sanktionen des klassischen islamischen Strafrechts im Übrigen als nicht verhältnismäßig gemäß Art. 1 Abs. 3 GG sowie Art. 20 Abs. 3 GG, da diese Normen den Prüfpunkten der Erforderlichkeit und Angemessenheit der gesetzlichen Maßnahmen nicht genügen.⁴⁰ Dies ist in der Logik des klassischen islamischen Rechts jedoch nur folgerichtig, da Allāh die Normen (und bisweilen) auch deren Folgen verkündet hat bzw. jene durch die *sunna* festgelegt sind und sich daher Verhältnismäßigkeitserwägungen in dieser Form für das klassische islamische Strafrecht nicht stellen müssen bzw. nicht zu stellen haben.⁴¹

³⁶ Siehe statt vieler BeckOK Grundgesetz / Dietlein, Art. 79 GG Rn. 27, 28.

³⁷ BVerfGE 30, S. 1 (26); BVerfG NJW 2004, S. 999 (1001); Daghes: *Die Kompatibilität islamischer Staatsauffassungen*, S. 21 m. N. in Fn. 131.

³⁸ Jescheck: *Islamisches und westliches Strafrecht – Gemeinsames und Gegensätze*, S. 543 (553 m. N.).

³⁹ Vgl. allgemein hierzu Daghes: *Die Kompatibilität islamischer Staatsauffassungen*, S. 22, 23.

⁴⁰ Allgemein zur Verhältnismäßigkeit strafrechtlicher Sanktionen Badura: *Staatsrecht* (72018), Abschnitt H Rn. 37.

⁴¹ Näher Zehetgruber: *Islamisches Strafrecht versus europäische Werteordnung*, S. 90.

c) Gleichheit vor dem Gesetz

Die im klassischen islamischen Strafrecht in verschiedenartiger Ausformung zu Tage tretende unterschiedliche Behandlung der Geschlechter (etwa hinsichtlich des Blutgeldes bei Tötungs- und Körperverletzungsdelikten, bezogen auf den differentiellen Wert einer männlichen und weiblichen Zeugenaussage im Strafverfahren oder bei angeordneten Strafen)⁴² sowie jene von Muslimen und Nichtmuslimen (etwa bei der Apostasie, aber auch bei Tötungs- und Körperverletzungsdelinquenz)⁴³ stehen u. a. in einem diametralen Gegensatz zum in Art. 3 GG normierten Menschenrecht der Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz und seinen Ausformungen nach Geschlecht (Abs. 2) und Glauben (Abs. 3) sowie ferner zum Grundrecht der Religionsfreiheit nach Art. 4 GG, da Geschlecht, Glaube und Religionszugehörigkeit *per se* keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht darstellen, die nach deutschem Recht eine ungleiche strafrechtliche Behandlung rechtfertigen können.⁴⁴

d) Weitere Aspekte

Darüber hinaus hat der deutsche Staat hat in seinem gesamten Handeln, somit auch in Bezug auf seine strafrechtlichen Vorschriften, das Gebot weltanschaulich-religiöser Neutralität⁴⁵ zu wahren, sodass sich Strafvorschriften hinsichtlich des

Wechsels oder der Aufgabe einer Religion oder eines Glaubensbekenntnisses *per se* verbieten und grundgesetzwidrig sind. Aus rein strafrechtlich-rechtstechnischer Sicht sind die Tatbestände des klassischen islamischen Rechts ferner nicht kompatibel mit dem vom GG geforderten Gebot der Bestimmtheit strafrechtlicher Normen.⁴⁶ Dieser Umstand ist freilich recht simpel mit deren Alter sowie der Konzeption und Natur von Qurʾān und *sunna* zu erklären, welche nicht als Gesetzbücher moderner Prägung (und schon gar nicht als Strafgesetzbücher) angesehen werden können.⁴⁷ Für das klassische islamische Strafrecht bzw. einzelne Elemente daraus besteht somit nach allen bloß angeschnittenen Einzelfragen im Ergebnis – unabhängig von der ebenfalls zu konstatierenden faktischen Unmöglichkeit seiner Einführung, seiner *per se* unterschiedlichen Geltungsgrundlage (und etwaiger Problematik mit der Volkssouveränität nach Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG)⁴⁸ sowie seiner im Gegensatz zum deutschen Strafrecht vollkommen differenten, auf die Gemeinschaft der Gläubigen (*umma*) ausgerichteten Schutzrichtung – unter Berücksichtigung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung sowie strafrechtssystematischer Gesichtspunkte – keinerlei denkbare Möglichkeit einer (auch nur partiellen) Eingliederung in die deutsche Rechtsordnung.⁴⁹

⁴² Siehe nur Schirmacher: Rechtsvorstellungen im Islam, S. 339 (354 u. V. a. Sure 2 Vers 282).

⁴³ Vgl. Scholz: *Ordre public*, S. 477 (494).

⁴⁴ Siehe nur BVerfGE 95, S. 39 (45); Daghles: *Die Kompatibilität islamischer Staatsauffassungen*, S. 26 m. N. in Fn. 26.

⁴⁵ Zu diesem Topos Volkmann: Kulturelles Selbstverständnis als Tabuzone für das Recht?, S. 245 (249, 250).

⁴⁶ Siehe BVerfGE 126, S. 170 (198 f.); allgemein zur Bestimmtheit strafrechtlicher Vorschriften Badura: *Staatsrecht* (2018), Abschnitt H Rn. 39.

⁴⁷ Statt vieler Jescheck: *Islamisches und westliches Strafrecht – Gemeinsames und Gegensätze*, S. 543 (547). Aus strafrechtlich-umfänglicher Sicht ist insofern anzumerken, dass nur etwa 30 Verse des Koran als strafrechtlich relevant Inhalts anzusehen sind; siehe Türkmenoglu: *Das Strafrecht des klassischen islamischen Rechts*, S. 22, 215.

⁴⁸ Vgl. Daghles: *Die Kompatibilität islamischer Staatsauffassungen*, S. 44 m. N. in Fn. 328.

⁴⁹ Eindeutig auch Rohe: *inamo* 57 (2009), S. 4 (5).

IV Zur Berücksichtigung anderer kulturell und/oder religiös geprägter strafrechtlich relevanter Handlungen in der Rechtsprechung der deutschen Gerichte

1 Allgemeines zum strafrechtlichen Schuldprinzip

Dem Grunde nach gilt, dass nach dem verfassungsrechtlich über Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG sowie Art. 20 Abs. 2 GG verankerten⁵⁰ Schuldprinzip gemäß § 29 StGB jeder Täter nach seiner individuellen Schuld zu bestrafen ist.⁵¹ Verhaftungen in kulturellen oder religiösen Vorstellungen und Lebenswelten können sich somit auf die Vorwerfbarkeit eines an sich strafbaren Verhaltens nach deutschem Recht auswirken. Sie sind damit nicht *per se* ungeeignet, die Schuld des Täters (und damit die zu verhängende Strafe) zu mindern oder gar entfallen zu lassen,⁵² bedürfen jedoch immer einer sorgfältigen Prüfung.

⁵⁰ BVerfGE 20, S. 323; Badura: *Staatsrecht* (2018), Abschnitt H Rn. 38; Rudolf Rengier: *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2017), § 24 Rn. 1; BeckOK Grundgesetz / Dietlein, Art. 79 GG Rn. 27.1. m. V. a. Art. 1 Abs. 1 GG.

⁵¹ BeckOK StGB / Hans Kudlich (401.11.2018), § 29 StGB Rn. 1; Adolf Schönke / Horst Schröder / Günter Heine / Bettina Weißer (302019), § 29 StGB Rn. 1.

⁵² Schönke / Schröder / Heine / Weißer, § 29 StGB Rn. 4; siehe auch allgemein Badura: *Staatsrecht* (2018), Abschnitt H Rn. 38.

⁵³ In einem ähnlich gelagerten Fall hatte das BVerfG bereits eine Verurteilung wegen unterlassener Hilfeleistung durch das OLG Stuttgart aufgehoben, weil durch jene gegen die Glaubensfreiheit verstoßen worden sei. Ein Ehemann – wie seine später verstorbene Ehefrau Mitglied einer christlichen Glaubensgemeinschaft – hatte entgegen ärztlichem Rat nicht darauf hingewirkt, dass ihr nach einer Geburt eine lebensrettende Bluttransfusion verab-

2 § 323c StGB – Unterlassene Hilfeleistung

So entschied etwa das LG Mannheim im Jahre 1990, dass die grundsätzlich tatbestandmäßige und rechtswidrige unterlassene Hilfeleistung⁵³ eines „Angehörigen des islamischen Kulturkreises“ gegenüber einer spärlich bekleideten und stark alkoholisierten Frau, seiner Nachbarin, welche ihn an seiner Wohnungstür nach einem von ihm nicht wahrgenommenen Messerstich blutend bat, einen Krankenwagen zu verständigen, nicht zuzumuten und damit nicht vorzuwerfen war. Dies unter anderem deshalb, da ihm hinsichtlich der Hilfeleistungspflicht, welche sich nach allgemeinen sittlichen Maßstäben unter Berücksichtigung der Persönlichkeit, Herkunft und religiösen Verfasstheit des Täters ergebe, seine Religion vorgeschrieben habe, sich von Alkoholisierten fernzuhalten, was er auch getan habe.⁵⁴ Darüber hinaus lag im gegebenen Fall nach Ansicht des LG ein unvermeidbarer Gebotsirrtum nach § 17 Abs. 1 StGB vor, welcher (nach h. M.) ebenfalls die Schuld entfallen ließ,⁵⁵ da im Heimatland des Angeklagten (Pakistan) ein dem § 323 c StGB entsprechender Straftatbestand nicht existierte, der

reicht werde, sondern vermeint, ihr sei durch Beten besser geholfen. Das BVerfG stellte fest, dass die „Pflicht aller öffentlichen Gewalt, die ernste Glaubensüberzeugung in weitesten Grenzen zu respektieren“, bei einer Abwägung zwischen der „seelischen Bedrängnis“ des Angeklagten und dem Sinn einer Bestrafung in einem solch gelagerten Fall zu einem „Zurückweichen“ des Strafrechts führen müsse, relativierte somit auch die individuelle Vorwerfbarkeit hinsichtlich des Angeklagten, mitgeformt durch seine Glaubensüberzeugung; siehe BVerfGE 32, S. 98 (109); Volkmann: *Kulturelles Selbstverständnis als Tabuzone für das Recht?*, S. 245 (246).

⁵⁴ LG Mannheim: NJW 1990, S. 2212 (2213); Volkmann: *Kulturelles Selbstverständnis als Tabuzone für das Recht?*, S. 245 (246).

⁵⁵ MüKoStGB / Georg Freund (32019), § 323 c Rn. 111 m. V. a. die Entscheidung des LG Mannheim und w. N. in Fn. 167.

Angeklagte keine Normkenntnis in Bezug auf die unterlassene Hilfeleistung aufwies, es sich nach Ansicht des Gerichts bei § 323 c StGB auch nicht um sog. Kernunrecht handelte und im konkreten Fall eine Erkundigungspflicht des Angeklagten als nicht gegeben angesehen wurde.⁵⁶ Der Angeklagte konnte somit im Ergebnis das Unrecht seines Handelns nicht erkennen, was ihm aus den angeführten Gründen nicht vorzuwerfen war. Er handelte schuldlos, sodass ein Freispruch erging.

3 § 172 StGB – Doppelehe

Ob eine Übertragung der Grundsätze dieser Entscheidung auf andere Straftatbestände, z. B. auf Konstellationen einer Verwirklichung des § 172 StGB (Doppelehe), begangen etwa durch einen aus dem Ausland stammenden muslimischen Mann, zu einer Strafflosigkeit führen könnte, wird man dem Grunde nach zwar zu bejahen haben. Dies deshalb, da – in Bezug auf das Mehrfacheheverbot – in muslimisch geprägten Staaten ein vergleichbarer Tatbestand des deutschen StGB nicht existiert, die Mehrfachehe (für einen männlichen Muslim) ja sogar erlaubtes Handeln darstellt, § 172 StGB (analog zu § 323 c StGB) wohl auch nicht zum ‚Kernunrecht‘ des deutschen Strafrechts zu zählen ist und auch die diesbezügliche Normkenntnis eines beschriebenen Täters nicht in jedem Fall angenommen werden kann. Anderes mag für Muslime gelten, die das gemeinsame Zusammenleben mit christlichen Minderheiten im gleichen Land gewohnt sind, und bei welchen man insofern das Wissen um das Verbot der Doppelehe wird unterstellen können.

Allerdings dürften jedenfalls Verhaltensweisen, die zu einer rechtsgültigen Eheschließung führen sollen und welche in Deutschland die Involvierung von Behörden und die Vorlage von Dokumenten einschließen, dafür sprechen, eine Erkundigungspflicht über Ge- und Verbote hinsichtlich des Eingehens einer Ehe nach deutschem Recht anzunehmen und die grundsätzliche Strafbarkeit nach § 172 StGB zu bejahen. Die Bejahung eines insofern vermeidbaren Irrtums i. S. d. § 17 Abs. 1 S. 2 StGB, bei welchem eine Milderungsmöglichkeit nach § 49 Abs. 1 StGB für den Täter eröffnet ist, ist in einer derartigen Konstellation dann jedoch nicht denkbar.

4 Vorsätzliche Tötungs- und Körperverletzungsdelinquenz

Für hinsichtlich des Handlungsunwerts schwerwiegendere Taten, wie etwa vorsätzliche Tötungen oder Körperverletzungen, welche im Gegensatz zu den obigen Ausführungen jedenfalls zum sog. Kernunrecht zu zählen und in jedem Staat der Welt grundsätzlich strafbar sind, gelten zu Recht differente Maßstäbe.⁵⁷ So führt der BGH in ständiger Rechtsprechung in Bezug auf fremde soziokulturelle Wertvorstellungen aus, dass jene bei der Bewertung, ob ein Tatmotiv als i. S. d. § 211 Nr. 2 StGB (Mord) als ‚niedrig‘ anzusehen sei,⁵⁸ nicht zu berücksichtigen seien, sondern allein auf die Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland zurückzugreifen sei, wiewohl die Verwurzelung eines zurechnungsfähigen Täters in einem anderen Kulturkreis oder einer bestimmten Glaubensform

⁵⁶ LG Mannheim: NJW 1990, S. 2212 (2213); Schönke / Schröder / Hecker, § 323 c StGB Rn. 25 m. N.

⁵⁷ I. d. S. ferner Rohe: *inamo* 57 (2009), S. 4 (5), der religiöse Normen, welche mit strafrechtlich geschützten Gütern kollidieren, nur dann berücksichtigt wissen will,

wenn deren Auswirkungen geringfügig sind und den Bereich des Sozialadäquaten nicht überschreiten; vgl. auch Volkmann: *Kulturelles Selbstverständnis als Tabuzone für das Recht*, S. 245 (246).

⁵⁸ BGH: NSStZ 2018, S. 92 (93); BGH: NJW 2006, S. 1008 (1011: Blutrache als niedriger Beweggrund).

in Ausnahmefällen die Ablehnung der subjektiven Seite niedriger Beweggründe rechtfertigen könne,⁵⁹ nicht jedoch die objektive Niedrigkeit der Tötung oder gar die Tötung als solche. Auch körperliche Züchtigungen der Ehefrau durch ihren Ehemann, die denktheoretisch unter Bezugnahme auf Sure 4 Vers 34 des Qurʾān als gerechtfertigt oder entschuldigt proklamiert werden könnten, sind nach deutschem Strafrecht als jedenfalls dem ‚Kernunrecht‘ zugehörig und gem. den §§ 223 ff. StGB strafbar. Auf manche kulturell bedingte Erscheinungsformen von Kriminalität, wie etwa die weibliche Genitalverstümmelung, hat der Strafgesetzgeber in diesem Zusammenhang darüber hinaus auch explizit mit der Schaffung neuer Verbotsnormen reagiert (siehe § 226 a StGB).

V Schlussbemerkungen

Abschließend lässt sich somit zweierlei festhalten: Eine Inkorporationsmöglichkeit des klassischen islamischen Strafrechts in die deutsche Rechtsordnung ist aus den dargelegten Gründen als gänzlich unmöglich zu klassifizieren und auch nach moderater Lesart in der muslimischen Lehre hinsichtlich des Anwendungsbereichs des islamischen Strafrechts in keiner Weise intendiert.

Das deutsche Strafrecht berücksichtigt fremde, auf kulturellen und religiösen Normen bzw. Intentionen und Geboten beruhende Verhaltensweisen, die zu strafrechtlicher Verantwortlichkeit führen, im Rahmen des verfassungsrechtlich gebotenen Schuldprinzips, geht dabei jedoch unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls mit dem nötigen Augenmaß und zu Recht differenziert vor.

PD Dr. Christoph Zehetgruber, lehrt und forscht im Sommersemester 2019 als Lehrstuhlvertreter an der Universität Trier zu materiellen und prozessualen Fragen des deutschen, internationalen und islamischen Strafrechts.

⁵⁹ BGH: NSTZ 2018, S. 92 (93); allgemein kritisch hierzu Rohe: *inamo* 57 (2009), S. 4 (5).

„the gay self is archipelagic“.

Zur Intersektionalität von Nation, Sexualität und Religion in Indonesien und ihrer Wirkung auf homosexuelle Männlichkeiten¹

Naomi Roth

I Indonesische Nation und islamisches Indonesien¹

Seit dem Ende der Kolonialzeit steht Indonesien vor der Herausforderung, eine nationale Identität zu entwickeln. Die Bevölkerung ist durch ethnische Diversität geprägt und zudem über einem Archipel mit enormer Fläche verteilt, worin sich vermeintlich ein zentrales Problem für die Herausbildung einer Nation ausmachen lässt.² Jacqueline Knörr weist allerdings darauf hin, dass es ein Trugschluss wäre, vom europäischen Modell der Nationalstaatlichkeit auszugehen und daher zu vermuten, unterschiedliche ethnische Identitäten würden die Entstehung einer nationalen Identität behindern. Wissenschaftliche Methoden, insbesondere die Methoden der Ethnologie wurden in kolonialen Verhältnissen und teilweise explizit zu kolonialen Zwecken entwickelt und die Spuren dessen finden sich, häufig unreflektiert,

in heutiger Wissenschaft wieder.³ Sorgsame und kritische Wissenschaft sollte daher den Anspruch haben, derartige Kontinuitäten zu reflektieren und Reproduktionen zu vermeiden.

Knörr führt weiter aus, dass diese beiden Ebenen sich in postkolonialen Gesellschaften vielmehr gegenseitig bedingen. Ethnizität kann also als Grundlage für statt als Gegenpol zu nationaler Identität begriffen werden. Darüber hinaus spielen transethnische Bindeglieder eine wichtige Rolle für postkoloniales *nation-building*. Insbesondere gemeinsame Narrative aus der Kolonialzeit sowie des Unabhängigkeitskampfes sind hier zu nennen.⁴

Als solch ein transethnisches Bindeglied fungiert auch der Islam, dem von den vielen auf dem Archipel vertretenen Religionen die meisten Gläubigen angehören.⁵ Er wurde bereits in der Kolonialzeit zum Symbol des Widerstandes gegen die christlichen Kolonialherren und ist zudem in der *Pancasila* festgeschrieben.⁶

¹ Der Begriff Männlichkeiten wird im Kontext dieser Abhandlung im Plural verwendet, um darauf hinzuweisen, dass er ein soziales Konstrukt bezeichnet. Männlichkeit wird situativ konstruiert, demnach kann es keine einheitliche Bedeutung des Begriffs Männlichkeit geben, was die Verwendung des Singulars implizieren würde. Auch wenn die Begriffe Mann oder Männlicher verwendet werden, sind sie stets als Bezeichnung für Personen zu verstehen, deren geschlechtliche Identität und/oder Performanz innerhalb der sozialen Strukturkategorie Gender als männlich verortet werden. Vgl. Castro Varela / María o Mar / Nikita Dhawan: *Postkoloniale Theorie: Eine kritische Einführung*, Bielefeld 2015 [orig. 2005]; Linda Tuhiwai Smith: *Decolonizing Methodologies: Research and Indigenous*

People, London 1999. Hubert Knoblauch: *Religionssoziologie*, Berlin 1999, S. 14 f.

² Vgl. Jacques Bertrand: *Nationalism and Ethnic Conflict in Indonesia*, Cambridge 2004.

³ Vgl. Varela / do Mar / Dhawan (2015); Tuhiwai Smith (1999).

⁴ Vgl. Jacqueline Knörr: Einheit in Vielfalt? Zum Verhältnis ethnischer und nationaler Identität in Indonesien, in: *Aus Politik und Zeitgeschehen* 62 (2012), S. 16–23 (17 f.).

⁵ Vgl. esa.un.org/unpd/wpp/Download/Standard/Population (letzter Aufruf 10. 08. 2017).

⁶ Die *Pancasila*-Prinzipien wurden in den 70er Jahren von Haji Mohamed Suharto verwendet, um als Reaktion auf Unruhen im Land die nationale Einheit zu stärken

Die fünf Prinzipien sind elementarer Bestandteil der Staatsdoktrin und haben demnach großen Einfluss auf die indonesische Gesellschaft und darauf, wie die Nationalität Indonesiens gestaltet wird. Muslimisch zu sein wurde mit der *Pancasila* zum zentralen Element indonesischer nationaler Identität.⁷

Über die Konstruktion einer solchen nationalen Identität über die Zugehörigkeit zum Islam hinaus bildet der Islam auch ein konstituierendes Element des öffentlichen Raumes. Die gesellschaftlichen und sozialen Normen sind islamisch geprägt und diese Prägung beeinflusst die Subjektpositionen und Lebenswirklichkeiten homosexueller Männer. Darüber hinaus wird die Nation als Ganzes als Islamische Nation konstruiert.⁸ Hierin findet sich ein Rückschluss auf das nationale Subjekt, welches als unvollständig markiert wird, wenn es nicht muslimisch ist.

Im postkolonialen Kontext wird die indonesische Nation als historisch gewachsenes Kollektiv betrachtet, wobei ein besonderes Augenmerk auf zwei der fünf *Pancasila*-Prinzipien gelegt wird, nämlich auf das des Monotheismus und das der Nationalen Einheit. Der Islam steht folglich nicht als individuell gelebte Religion, sondern als konstituierendes Element des öffentlichen Raumes und der indonesischen Nation als Ganzes im Fokus.⁹

und den Protesten entgegenzuwirken. Ursprünglich waren sie allerdings ein Credo der Unabhängigkeitsbewegung für Pluralismus innerhalb der indonesischen Einheit. Sie beinhalten neben Monotheismus im Sinne des Islam: Humanismus und Internationalismus als Grundwerte, die Nationale Einheit Indonesiens, das Prinzip der Konsensfindung und die Soziale Wohlfahrt. Vgl. Weiterführend Knörr (2012), S. 9; Robert Pringle: *Understanding Islam in Indonesia: Politics and Diversity*, Honolulu 2010, S. 107.

⁷ Vgl. Knörr (2012), S. 19 ff.

II Zur Konstruktion einer nationalen Sexualität. Geschlecht, Körper, Performanz und Sexualität

Um zu verstehen, wie sich in dieser Matrix nationale Sexualität konstruiert, ist es hilfreich, zunächst den Einfluss der sozialen Strukturkategorie Geschlecht auf das Verständnis von Sexualität hin zu betrachten.

Geschlecht und Körper werden als eng miteinander verknüpft konzeptualisiert, was insbesondere zum Tragen kommt, wenn nicht-binäre, inter oder trans Subjektpositionen betrachtet werden. So hat häufig der männlich oder weiblich markierte Körper direkten Einfluss auf das vergeschlechtlichte Verhalten einer Person, auch wenn die Genderidentität der Person nicht mit dieser Zuweisung übereinstimmt. Dies folgert Sharyn Graham Davies aus ihren Studien zu Geschlechterkonzepten unter Bugis, einer Bevölkerungsgruppe auf Sulawesi und führt weiterhin aus, dass diese zentrale Bedeutung, die dem Körper für die Konstitution geschlechtlicher Identität zukommt, sich mit dem vorherrschenden Narrativ in den westlichen Gender Studies nicht adäquat analysieren lässt.¹⁰ Nach diesem handelt es sich bei Gender um eine soziale Kategorie, die durch kommunikative Zuschreibungsprozesse herausgebildet wird und nicht unmittelbar aus der biologischen Kategorie Sex entsteht.

⁸ Vgl. Tom Boellstorff: *Between Religion and Desire: Being Muslim and Gay in Indonesia*, in: *American Anthropologist* 107.4 (2005), S. 575–585 (575).

⁹ In Teilen Indonesiens, insbesondere in Aceh, haben islamistisch-nationalistische Bewegungen starken Einfluss auf Politik und Gesellschaft. Vgl. hierzu z. B. Pringle (2010), S. 143–164; Bertrand (2004), S. 161–183. Für diesen Artikel liegt der Fokus auf den islamischen Mehrheitsdiskursen, die den breitesten gesellschaftlichen Einfluss haben und am stärksten zur Konstruktion einer Islamischen Nation beitragen.

¹⁰ Sharyn Graham Davies: *Gender Diversity in Indonesia: Sexuality, Islam and Queer Selves*, London 2010, S. 20 ff.

Eher im Gegenteil, der Körper habe ohne die soziale Vergeschlechtlichung keine für sich stehende Bedeutung. Dieses Verständnis des Verhältnisses von Körper und Geschlecht wird prominent von Judith Butler proklamiert und legt den Grundstein für weite Teile der heutigen Geschlechterstudien im europäisch-nordamerikanischen wissenschaftlichen Kontext.¹¹ Um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass Geschlecht im indonesischen Diskursraum als mit dem Körper verkettet konstruiert wird, wird sich hier von Butlers Ansatz distanziert und die Bedeutung des Körpers für das vergeschlechtlichte Verhalten anerkannt.

Neben dem Körper gibt es weitere Kategorien, die mit Geschlecht zusammengedacht werden. Eine von ihnen ist die (Geschlechts-)Performanz. Das bedeutet, die Geschlechtsidentität einer Person wird häufig auf ihr Verhalten zurückgeführt und umgekehrt. Verhalten kann die Übernahme der Mutterrolle in einer Familie bedeuten, ebenso die Auswahl der Kleidung, Sprechverhalten oder die Arbeitsstelle.

Doch nicht nur Sozialverhalten, sondern auch sexuelles Verhalten und Begehren bestimmen das Geschlecht. So wird die gelebte Sexualität als großer Einflussfaktor für die geschlechtliche Identität einer Person angesehen: „In Indonesia, gender and sexuality tend to be tightly interwoven in cultural imaginings.“¹² Diese Determinationsprozesse vollziehen sich innerhalb einer stark heterosexuellen und binären kulturellen Norm.

Wen eine Person begehrt, hat also Auswirkungen darauf, welches Geschlecht sie hat, denn im

Mehrheitsdiskurs wird Begehren heterosexuell verstanden. Davies führt aus, wie in dieser Weise sowohl die gelebte Sexualität als auch das sexuelle Begehren einiger Interviewpartner*innen mit deren Identifizierung als *calalai* oder *calabai* maßgeblich in Verbindung stehen.¹³

Auch wenn nun die Vermutung nahe zu liegen scheint, dass es keine gelebte Homosexualität gäbe, da homosexuelles Begehren zur Identifikation eine*s*r der Partner*innen als *calalai* oder *calabai* führen würde, geht insbesondere aus den Arbeiten von Tom Boellstorff zu homosexuellen Subjektpositionen in Indonesien hervor, dass dies eine verkürzte Folgerung wäre.

Homosexuelle männliche Subjektpositionen sind klar von *calabai*-Subjektpositionen zu unterscheiden. Die beiden gleichzusetzen wäre fatal, denn es würde implizieren, dass *calabai* sich aus ihrer Homosexualität flüchten, indem sie ihre männliche Identität ablegen und ihnen somit ihre spezifische geschlechtliche und sexuelle Identität absprechen. Nichtsdestotrotz wirken heterosexuelle Normen auf homosexuelle Männlichkeiten, allerdings sind diese Mechanismen von den vorher beschriebenen zu unterscheiden.

Boellstorff identifiziert Heterosexualität als relevanten Bestandteil nationaler indonesischer Identität und führt dies unter anderem auf die heterosexuelle Kernfamilie als kleinste Einheit der Nation zurück. Diese wird ideologisch aufgeladen und medial präsentiert. Medien tragen an dieser Stelle als machtvoller diskursiver Akteur zur Stärkung der Nationalideologie bei.

¹¹ Vgl. Nina Degele: *Gender/Queer Studies: Eine Einführung*, Paderborn 2008.

¹² Vgl. Davies (2010), S. 27.

¹³ Vgl. Davies (2010), S. 28 ff. Das Wort *calalai* beschreibt eine Subjektposition, die wohl am ehesten übersetzbar ist mit dem Begriff *female-to-male transgender* der europäisch-

nordamerikanischen Diskursprache, wobei insbesondere die inhärente Binarität des englischen Begriffs dem Konzept nicht gerecht wird. Dasselbe gilt für *calabai*: dieser Begriff entspräche am ehesten dem Begriff *male-to-female transgender*.

Aus dem normativen Charakter der Heterosexualität ergibt sich zweierlei: Zunächst ist Homosexualität als Liebens- und Lebensform im Mehrheitsdiskurs nicht sichtbar. Sexualität und Begehren zwischen Männern wird widerwillig toleriert, solange die betreffenden Personen keinen öffentlichen Raum für sich in Anspruch nehmen. Zudem gelten unverheiratete Individuen als unvollständige nationale und ökonomische Subjekte, denn die Kleinfamilie wird nicht bloß als emotionale und soziale Einheit konzeptualisiert, sondern auch als ökonomische. An dieser Stelle kommt der Kapitalismus als ökonomische Grundlage moderner (postkolonialer) Nationalstaatlichkeit zum Tragen. Seine Produktions- und Konsumlogik wird mit nationaler Familienideologie verknüpft und zementiert den Stellenwert, den die heterosexuelle Ehe und Familie in der Konstruktion der Nation einnehmen.¹⁴

An dieser Stelle sei erwähnt, dass viele homosexuelle Männer in Indonesien Ehen mit Frauen eingehen, um ihren Pflichten als Männer und Bürger zu entsprechen. Dass sie diese Frauen weder begehren noch lieben, wie es im Ideal der romantischen Liebesehe vorgesehen ist, spielt dabei eine nachgeordnete Rolle.

Ebenso wenig thematisiert wird die missliche Lage, in die die Ehefrauen mit solchen Arrangements gebracht werden, die teilweise offen kommuniziert, teilweise geheim gehalten werden. Es geht vielmehr um die Erfüllung des Ideals der eigenen nationalen männlichen Identität, das eine heterosexuelle Ehe, aus der Nachkommen hervorgehen, als integralen Bestandteil seiner selbst vorsieht.¹⁵

Es wird demgemäß eine nationale Sexualität konstruiert. Begehren wird heterosexuell imaginiert und die Gründung einer mittelständischen Kleinfamilie zählt zu den ungeschriebenen Pflichten der Bürger*innen. Dadurch werden personale Subjekte, deren Begehren oder Lebensentwürfe von dieser Norm abweichen, unsichtbar gemacht und aus der Einheit der Nation exkludiert. Unverheiratete Individuen, was aufgrund der starken Wirkung der Ehe-Norm quasi gleichbedeutend mit homosexuell ist, werden zu unvollständigen nationalen Subjekten. Es ist ihnen unmöglich, einheitlich offen homosexuell zu leben und vollwertiges Mitglied der indonesischen Nation zu sein.

¹⁴ Vgl. Boellstorff (2005), S. 578, und ders.: *The Perfect Path: Gay Men, Marriage, Indonesia*, in: *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies* 5.4 (1999), S. 475–510 (491 f.).

¹⁵ Der hegemonialen Stellung, die die heterosexuelle Ehe im Diskurs einnimmt, wird sich zwar stellenweise widersetzt, indem homosexuelle Paare zusammenleben und sich dem Heiratszwang entziehen, jedoch, wie Boellstorff anschaulich darstellt, nur innerhalb der Heteronormativität inhärenten Logik: „The message in the Indonesian context is clear: lesbi and gay couples can ‘outfamily’ [sic!] the family. But what constitutes the family is not challenged: it remains the modern middle-class, professional household. The hegemony is resisted, but only in its own language and in terms of its own consumerist logic.“ [Hervorhebung im Original] Das be-

deutet, homosexuelle Paare eifern den Regeln der heterosexuellen Ehe nach und gleichen sich ihr an. (vgl. Boellstorff (1999), S. 489 ff.) Dabei wird die soziale Bedeutung von Homosexualität als Abweichung von der Norm verkannt, wie sie aus einer sozial-konstruktivistischen Perspektive angenommen wird, die diesem Beitrag zugrunde liegt und die darauf abhebt, dass Homosexualität diskursiv geformt ist. Diese Perspektive steht im Kontrast zu einer essentialistischen Sichtweise auf Homosexualität, die von einer natürlich gegebenen Andersartigkeit homosexueller Personen von der heterosexuellen Norm ausgeht. Vgl. hierzu Serena Tolino: *The Approach to Homosexuality in Contemporary „Fatāwā“: Sexual Practices or Sexual Orientation?*, in: *Zeitschrift für Recht & Islam* 8 (2016), S. 141–158 (143 f.), zri.gair.de/index.php/de/inhalte/fruehere-ausgaben#2016 (letzter Aufruf 05. 08. 2018).

III Zum Verhältnis von Sexualität und Religion

Queer identifizierte Indonesier*innen haben unterschiedliche Perspektiven auf das Verhältnis ihrer Queerness zu ihrer islamischen Religionszugehörigkeit. Diese Perspektiven ergeben sich zu meist aus der persönlichen Auseinandersetzung mit diesen beiden Identitäten. Boellstorff hält dazu fest:

It is through acts of interpretation, not reference to established conventions in Islamic thought, that the majority of my gay interlocutors have arrived at the conclusion that being gay is either not sinful or a comparatively minor sin, so long as they marry women and have children. [Hervorhebung im Original]¹⁶

Insbesondere auf das eigene Von-Gott-Geschaffen-Sein wird diese Interpretation der religiösen Legitimität von Queerness zurückgeführt: Da Gott allmächtig geglaubt wird, kann es sich bei der eigenen Homosexualität nur um göttlichen Willen handeln und sie kann demnach keine Sünde sein. Dies deckt sich mit Beobachtungen von Davies, deren Interviewpartner*innen ihre geschlechtliche Identifizierung als *calabai* oder als *calalai* als ihr von Gott gegebenes Schicksal beschreiben, dem nicht zu folgen sündhaft wäre.¹⁷

Für einige Interviewpartner*innen lässt sich die Sündhaftigkeit der eigenen Homosexualität durch Kontrolle der eigenen Handlungen verringern. Wenn sie ihren Bedürfnissen nicht nachgehen oder wenn sie womöglich eine Frau heiraten und Kinder bekommen, wird die Sünde weniger schwer empfunden als wenn sie ihrem Gefühl nachgingen.¹⁸

Wie es jüngst auch Serena Tolino in dieser Zeitschrift dargelegt hat, herrscht im islamischen Rechtsdiskurs die Meinung vor, dass es sich bei *liwāt* um eine schwere Sünde handele, die zu begehen in jedem Fall eine Bestrafung nach sich ziehe, sei es im Diesseits oder im Jenseits. Dies gelte sowohl für die Zeit des klassischen Islam, in der sich die meisten bis heute gültigen oder zumindest einflussreichen Rechtsnormen herausbildeten, als auch für zeitgenössische Rechtsprechung und Prozesse der juristischen Meinungsbildung.¹⁹ Sie spricht beispielsweise von einem dominanten homofeindlichen Diskurs in zeitgenössischen *fatāwā*²⁰ und verwendet dabei einen Foucaultschen Diskursbegriff, der nicht bloß sprachliche Instrumente meint, um über Gegenstände zu kommunizieren, sondern Diskurse an der Formung ihrer Gegenstände beteiligt sieht.²¹

¹⁶ Boellstorff (2005), S. 578 f.

¹⁷ Vgl. Davies (2010), S. 35 ff.

¹⁸ Vgl. Boellstorff (2005), S. 579.

¹⁹ Vgl. Arno Schmitt: „Liwāt“ im „Fiqh“: Männliche Homosexualität?, in: *Journal of Arabic and Islamic Studies* 4 (2001), S. 49–110; Serena Tolino: Homosexual Acts in Islamic Law: „siḥaq“ and „liwāt“ in the Legal Debate, in: *GAIR-Mitteilungen* 6 (2014), S. 187–205, zri.gair.de/index.php/de/inhalte/fruehere-ausgaben#2014 (letzter Aufruf 05.08.2018); Tolino (2016). Es ist unbedingt notwendig, sich bewusst zu sein, dass es sich bei der hier dargelegten orthodoxen Meinung zwar um die Mehrheitsmeinung islamischer Gelehrter handelt, sie jedoch nicht die einzige ist, die verhandelt wird. Daher ist an dieser Stelle zumindest die Strömung der „sexualitätssensiblen

Interpretation“ des Qurʾān zu nennen, deren Ziel es ist, den Qurʾān verglichen mit den orthodoxen Schulen freier in Bezug auf Sexualität auszulegen. Vgl. hierzu Lana Sirri: *Einführung in Islamische Feminismen*, Berlin 2017, S. 89–97.

²⁰ „A *fatwā* (pl. *fatāwā*) is a juridical opinion on a topic given by an expert in Islamic law (the *mufti*) on request of someone who is technically called the *mustafti* (the person that asks a *fatwā*)“, Tolino (2016), S. 147.

²¹ „I argue that there is a ‚dominant homophobic discourse‘ on homosexuality in contemporary *fatāwā*. With this expression I build on a Foucauldian understanding of discourses not only as linguistic tools or signs, but ‘as practices that systematically form the objects of which they speak. Of course, discourses are composed of signs;

Um einen Einblick zu geben, wie männliche Homosexualität im islamischen Rechtsdiskurs verhandelt und damit auch das Verständnis eben dieser geformt wird, ist es notwendig, sich den prominent verwendeten Begrifflichkeiten zuzuwenden. *Fatāwā*, aus denen Meinungen zur männlichen Homosexualität abgeleitet werden, verwenden den Begriff *liwāt*. Dieser bezeichnet wörtlich die Handlung, die die Leute von *Lūt* (Lot) begingen²² und meint zumeist Analverkehr, genau genommen die Penetration des Anus mit einem Penis, wobei diese als vollzogen anerkannt wird, sobald die Eichel vollständig eingeführt wird. Dabei ist das Geschlecht der penetrierten Person zunächst unerheblich wobei sich dieser Beitrag ausschließlich mit Aussagen zum Verkehr zwischen Männlichen befasst.²³

Es wird eine transitive Handlung bezeichnet, also etwas, das eine Person an einer anderen Person (einem Objekt, einem Tier, ...) tut oder ihr antut.²⁴ Diese letztgenannte Bedeutungsnuance steht mit der grundsätzlichen Konstruktion und Bewertung verschiedener sexueller Rollen in Verbindung: Penetrieren wird positiv und männlich bewertet, penetriert zu werden weist auf Unterlegenheit hin und wird zumeist mit Schändlichkeit verbunden, insbesondere wenn der Penetrierte ein Männlicher ist – Penetriertwerden als Quelle sexueller Lust und sexuelle Handlungen ohne Penetration durch einen Penis sind an dieser Stelle nicht relevant.²⁵ Daraus ergibt sich

auch die Pflicht für einen Mann, es um jeden Preis (das heißt auch bei unmittelbarer Todesgefahr) zu vermeiden, penetriert zu werden.²⁶

Hierbei machen Arno Schmitt und Serena Tolino deutlich, dass das Wort *liwāt* als „Pedicatio – an Knaben, Jünglingen, aber auch an Männern und Frauen“²⁷ zu definieren sei und demnach eine Übersetzung mit ‚Sodomie‘²⁸ angemessener wäre als mit ‚Homosexualität‘, denn diese bezeichne eine ‘sexual orientation’, which includes not only sexual behaviours, but also affectional and romantic aspects, and a sense of personal and social identity based on the attraction for/to people of the same sex²⁹, auf die der Begriff *liwāt* nicht Bezug nehme. Dass es in der Übersetzung zu derartigen Bedeutungsverlusten kommen konnte, erklärt Schmitt durch kulturelle Übersetzungshindernisse: Jemand begegnet in einer anderen Kultur einem Phänomen und übersetzt die Bezeichnung mit einem Wort, das in seiner* ihrer Sprache ein Phänomen bezeichnet, welches dem beobachteten nahekommt, ihm aber nicht (zur Gänze) entspricht. Weiterhin gäbe es im Arabischen durchaus Begriffe, die der Bedeutung Knabenliebe oder Männerliebe nahekämen, wie *mail ila l-gilmān* oder *mail ila d-dakar*. Diese werden allerdings im juristischen Diskurs, in dem ausschließlich begangene oder nicht begangene Taten, nicht jedoch Emotionen interessieren, nicht verwendet.³⁰

but what they do is more than use these signs to designate things” [Hervorhebung im Original], Tolino (2016), S. 148 f., und Foucault (1971), S. 49, zitiert nach Tolino (2016), S. 149.

²² Vgl. Tolino (2014), S. 188.

²³ Schmitt verwendet das Wort Männlicher, das dem englischen *male* am nächsten kommt, um sowohl geschlechtsreife Männer als auch Jungen vor der Geschlechtsreife mit einzubeziehen. Dieser Verwendung wird sich angeschlossen.

²⁴ Vgl. Schmitt (2001), S. 51 ff.

²⁵ Vgl. Schmitt (2001), S. 50.

²⁶ Vgl. Schmitt (2001), S. 85.

²⁷ Schmitt (2001), S. 55.

²⁸ Diese Übersetzung litte allerdings unter der pejorativen Bedeutung des Wortes Sodomie im Deutschen ebenso wie unter der Tatsache, dass bei heutiger Verwendung in erster Linie Sex mit Tieren gemeint ist, www.duden.de/suchen/dudenonline/sodomie (letzter Aufruf 16.08.2017).

²⁹ Tolino (2016), S. 144.

³⁰ Vgl. Schmitt (2001), S. 57 f.

Der islamische Rechtsdiskurs entfaltet sich also nicht um Homosexualität als Identität,³¹ sondern um sexuelle Handlungen, genau genommen meistens um Analverkehr, zwischen Männlichen.³²

Laut dem Qurʾān ist Sex zwischen Männlichen

abscheulich und verwerflich, man soll dagegen vorgehen und die Sünder zur Umkehr aufrufen. Hilft dies nicht, soll man sie strafen. Harte Strafen – im Dies- wie im Jenseits – sind Gott vorbehalten.

Schmitt bemerkt allerdings weiterhin, dass „[d]ie Verse [...] mehr den Charakter einer frommen Ermahnung und eines moralischen Verbots, als den eines Gesetzes“ hätten.³³

Die koranische Hauptquelle, auf die sich bezogen wird, ist die *Lūt*-Geschichte, die auch der jüdischen und der christlichen Bibel bekannt ist. Lūt ist ein Prophet, der in die Stadt Sodom geschickt wird, um gegen die dort herrschende Lasterhaftigkeit vorzugehen. Als seine Bemühungen ohne Ergebnis bleiben, werden die Bewohner*innen der Stadt für ihre Sünden bestraft. Obwohl die Essenz des Vergehens „im Mißachten [sic!] der Warnung, im Überhören des Propheten“ liegt,

folgt aus diesen Versen auch ein Verbot sexuellen Verkehrs unter Männlichen. Der Qurʾān ruft

die Menschen jedoch nicht auf, diese Sünder zu bestrafen, vielmehr behält sich Gott die Strafe selbst vor.³⁴

Neben dem Qurʾān wird sich auf zahlreiche Stellen im *ḥadīṭ* bezogen, die sexuelle Handlungen unter Männlichen verurteilen. Die fraglichen *ḥadīṭ*-Stellen werden jedoch in der Literatur entweder schlicht für gefälscht³⁵ oder für ungültig gehalten, da keine ununterbrochene Überlieferungskette nachgewiesen werden kann.³⁶ Dennoch beziehen sich Rechtsexpert*innen auf sie, was die Vermutung nahelegt, dass nicht ergebnisoffene Quellenforschung betrieben, sondern gezielt nach textlichen Grundlagen für die eigene bereits gefertigte Meinung gesucht wurde.³⁷

Die vier sunnitischen rechtswissenschaftlichen Schulen sind sich insoweit einig, dass es sich bei *liwāt* um eine schwere Sünde handele, die es zu bestrafen gelte, allerdings herrschte und herrscht Uneinigkeit darüber, nach welcher Norm sie sanktioniert werden solle. Während der jahrhundertelangen Prozesse juristischer Meinungsbildung stellte sich den Jurist*innen also vor allem die Frage, ob *liwāt* als *zina*³⁸ einzustufen und entsprechend eine *ḥadd*³⁹-Strafe anzuwenden sei oder ob es sich um ein Verbrechen handele, bei dem eine Ermessensstrafe (*taʿzīr*)

³¹ Homosexualität wird in den Queer Studies als Identität verstanden, die sich aus vielfältigen Bestandteilen zusammensetzt, von denen lediglich einer die vollzogene Sexualität ist. Vgl. Degele (2008), S. 84 ff.

³² Mit Schmitt lässt sich diese Fokussierung neben den aufgeführten juristischen auch auf gesellschaftliche Faktoren zurückführen: „Wo ein Verhalten ins Halbdunkel gedrängt wird, wo Sex zwischen Männlichen nicht Teil eines Verhaltensensembles mit Geselligkeit, Unterweisung, kulturellen und sportlichen Veranstaltungen ist, wo die Familie eines jugendlichen Partners davon nichts erfahren darf, ist die Gefahr der Reduktion auf das Sexuelle größer.“ Schmitt (2001), S. 109.

³³ Schmitt (2001), S. 64.

³⁴ Schmitt (2001), S. 61 ff.

³⁵ Vgl. Schmitt (2001), S. 65.

³⁶ Vgl. Tolino (2014), S. 196.

³⁷ Dieser Vorwurf kommt insbesondere bei Tolino zur Geltung: „It is important to note that these sayings, even though they were not considered authentic by experts of *Ḥadīṭ*, are used even today to justify a given position on *liwāt* and *siḥāq* and even on homosexuality. This confirms that the authenticity of a *Ḥadīṭ* is not an issue when coming to justify a given position on a certain argument.“ [Hervorhebung im Original], Tolino (2014), S. 196.

³⁸ Etwa: ‚illegitimer Geschlechtsverkehr‘.

³⁹ Vom Qurʾān festgelegte Fixstrafen, vgl. Matthias Rohde: *Das Islamische Recht: Eine Einführung*, München 2013, S. 36.

ausreiche.⁴⁰ Unter den frühen Ḥanafiten ist dies umstritten.

[N]ach Abū Ḥanifa [sind] bei *liwāt* beide (der Penetrierer und der Penetrierte) mit *ta'zīr* zu züchtigen, und bei den beiden (Abū Yūsuf und Šaibānī) gilt für beide die *ḥadd*-Strafe für *zinā*: sie werden beide gesteinigt, wenn sie *muḥṣan* sind, und werden beide ausgepeitscht, sind sie es nicht.“ [Hervorhebung im Original]⁴¹

Auch bei den Šāfi'iten gehen die Meinungen auseinander: Sowohl Befürworter der Anwendung der *ḥadd*-Strafe für *zinā* bei *liwāt* als auch diejenigen, die eine Ermessensstrafe bevorzugen, sind vertreten.⁴² In der mālikitischen Rechtsschule ist die Regelung eindeutig: Wer *liwāt* betreibt, wird getötet.⁴³ Diese Meinung taucht auch unter ḥanbalitischen Jurist*innen auf, allerdings gibt es unter jenen auch diejenigen, die die Anwendung der *ḥadd*-Strafe entsprechend dem Stand des Angeklagten fordern.⁴⁴ Aus verschiedenen Gründen wurden die Strafen für *liwāt* nur in wenigen Fällen vollstreckt.⁴⁵

Es zeigt sich als Mehrheitsmeinung in der islamischen Gelehrsamkeit, dass Islam und Homosexualität – genau genommen sexuelle Handlungen zwischen Männlichen – nicht miteinander in

Einklang zu bringen seien, dass es also *de jure* nicht möglich ist, als homosexueller Mann frommer Muslim zu sein.⁴⁶

Da der Islam ein konstituierendes Element der indonesischen Gesellschaft darstellt und die Zugehörigkeit zum Islam ein wesentlicher Bestandteil indonesischer Nationalität ist, sind auch seine juristischen Normen einflussreiche Faktoren für das Leben der Indonesier*innen. Der öffentlichen Meinung zufolge kann, wer kein frommer Muslim sein kann, zugleich auch kein vollwertiges Mitglied der indonesischen Nation sein: ein homosexueller Mann.

IV Homosexuelle Männlichkeiten in Indonesien

Tom Boellstorff geht davon aus, dass „to date no point of commensurability between the ‚languages‘ of Islam and *gay* subjectivity has been reached. Yet *gay* lives exist and are lived every day; what exists is a habitation, not a resolution, of incommensurability.“ [Hervorhebung im Original]⁴⁷

Er verwendet also den von Elizabeth Povinelli in der Ethnologie geprägten Begriff der Inkommensurabilität, mit dem sie elementare Konflikte

⁴⁰ Vgl. Tolino (2014), S. 196.

⁴¹ Schmitt (2001), S. 73.

⁴² Vgl. Schmitt (2001), S. 81 ff.; Tolino (2014), S. 201.

⁴³ Vgl. Schmitt (2001), S. 79 ff.; Tolino (2014), S. 198 f.

⁴⁴ Vgl. Tolino (2014), S. 201 ff.

⁴⁵ Der Hauptgrund scheinen mir die Anwendungsvoraussetzungen für *zinā* zu sein, die das islamische Recht vorsieht; insbesondere die Notwendigkeit von vier erwachsenen männlichen muslimischen Augenzeugen ist hier zu nennen. Weiterhin zieht eine Einordnung von *liwāt* als *zinā* auch die Notwendigkeit einer Bestrafung der falschen Anschuldigung mit der *ḥadd*-Strafe für Verleumdung nach sich, wodurch die Wahrscheinlichkeit einer Anklage gering gehalten wird; vgl. Rohe (2013), S. 36 ff. Au-

ßerdem weist Tolino darauf hin, dass durch *liwāt* die Frage nach der rechtlichen Stellung der Nachkommenschaft nicht aufgeworfen wird und daher die Dringlichkeit, *liwāt* zu ahnden, geringer sei; vgl. Tolino (2014), S. 205. Allerdings widerspricht sie sich an anderer Stelle selbst, wenn sie sich auf den Charakter der Nachkommenschaft als Schutzgut beruft, um zu erklären, wieso Homosexualität aufgrund ihrer Sterilität als widernatürlich behandelt wird; vgl. Tolino (2016), S. 156. Homosexualität stellt zwar keine Gefahr der illegitimen Nachkommenschaft dar, ist aber zugleich aufgrund ihrer Sterilität eine Gefahr für die legitime Nachkommenschaft. Die Argumentation scheint mir hier nicht konsistent.

⁴⁶ Vgl. Boellstorff (2005), S. 575.

⁴⁷ Ebd., S. 582.

verschiedener Zugänge zur sozialen Wirklichkeit beschreibt⁴⁸ und macht damit deutlich, dass es keine Möglichkeit gibt, öffentlich homosexuell zu sein und zu leben und gleichzeitig, das heißt widerspruchsfrei, als frommer Muslim zu gelten. Homosexualität sei, so Boellstorff, in der Sprache des Islam im wahrsten Sinne des Wortes nicht denkbar. Folglich existiere im öffentlichen islamisch geprägten Diskursraum keine homosexuelle Männlichkeit.

Mit dem Prinzip der Ethnolokalität, welches die Rückbindung von Kultur an einen bestimmten Ort meint, lässt sich die Verankerung der islamischen religiös-kulturellen Identität im geographischen Kontext des indonesischen Archipels beschreiben.⁴⁹ Diese Anbindung ist für homosexuelle Männer nicht in derselben Form möglich. Zum einen, weil ihre Subjektposition im öffentlichen islamischen Diskurs nicht auftaucht, aber auch, weil Homosexualität und Queerness stärker als globale (oder zumindest nationale) denn als lokale Phänomene gedacht werden.⁵⁰

Dies wirkt sich verstärkend darauf aus, dass indonesische Männer in ihrer Identität als Homosexuelle keine vollwertigen nationalen Subjekte sein können.

Diese offizielle Unvereinbarkeit von Homosexualität und Islam bedeutet nicht, dass es keine homosexuellen Muslim*innen gibt. Deren Auseinandersetzung mit dem möglichen Konflikt zwi-

schen ihrer religiösen und ihrer sexuellen Identität findet allerdings nicht im öffentlichen Raum, zum Beispiel in Moscheen oder bei sozialen Ereignissen statt, sondern in der persönlichen Auseinandersetzung, zum Beispiel im Gespräch mit anderen homosexuellen Muslim*innen.

Indem also außerhalb der öffentlichen Sphäre Räume homosexuellen Lebens und homosexueller Kultur geschaffen werden, entsteht eine „imagined community of gay and lesbi subjectivity extending across Indonesia“ [Hervorhebung im Original]⁵¹, die als „*dunia gay*“ [Hervorhebung im Original] oder als „gay world“⁵² bezeichnet wird.

In dieser Parallelwelt, beispielsweise an *Cruising*-Orten oder in einschlägigen Bars, aber auch durch Medienkonsum oder Telekommunikation, wird homosexuelle Identität gelebt, ohne in diskursive sowie soziale Berührung mit der öffentlichen Welt der Mehrheitsgesellschaft zu kommen. Es geht dabei also nicht um die Schaffung einer vereinheitlichten, in allen Sphären des Lebens in derselben Form vollziehbaren Identität, sondern vielmehr darum, unterschiedliche Teilidentitäten nebeneinander stehen zu lassen, nicht zuletzt um der Schmach zu entgehen, in einer heteronormativen Umgebung als homosexueller Mann bekannt zu sein.⁵³

Diese Form der multiplen Identität beschreibt Boellstorff mit der Metapher „the gay self is archipelagic“⁵⁴, die die Existenz verschiedener

⁴⁸ Elizabeth A. Povinelli: Radical Worlds: The Anthropology of Incommensurability and Inconceivability, in: *Annual Review of Anthropology* 30 (2001), S. 319–334.

⁴⁹ Boellstorff schlägt den Begriff Ethnolokalität für den indonesischen Kontext vor, um die räumliche Dimension von Ethnizität hervorzuheben. Vgl. Boellstorff (2005), S. 576 f.; Boellstorff (2002).

⁵⁰ Diese Auffassung der zeitlosen und nicht ortsgebundenen Queerness wird zwar von Boellstorff vorausgesetzt, jedoch nicht in allen Strömungen der Queer Studies geteilt. Vgl. hierzu Degele (2008), S. 14 ff.

⁵¹ Boellstorff (1999), S. 483. Der Begriff ‚imagined community‘ geht auf Benedict Anderson zurück, der die Entstehung von Nationalismus erforschte und 1983 die Nation als „imagined political community“ bezeichnete: Benedict Anderson: *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, London 2016 [orig. 1983], S. 6.

⁵² Boellstorff (1999), S. 481.

⁵³ Vgl. Boellstorff (1999), S. 496.

⁵⁴ Ebd., S. 490.

Identitäten wie Inseln in einem Archipel meint und für die die Eheschließungen homosexueller Männer mit heterosexuellen Frauen ein Beispiel sind: In der öffentlichen Welt schließen dieselben

Männer heterosexuelle Ehen, die in der Dunia Gay als homosexuelle Männer, in Beziehungen oder als Singles, leben.

Naomi Roth studiert Allgemeine Religionswissenschaft, Islamwissenschaft und Politikwissenschaft an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

Some Characteristics of Money in English and Islamic Law

Scott Morrison

Introduction¹

The law does not define money, leaving this to the discipline of economics. Therefore this analysis of the legal treatment of money performs begins with the dismal science. Economics defines money as a unit of account, a medium of exchange and a store of value.² Commodity money is money which has a purpose additional to these; it has therefore an intrinsic value, not merely the instrumental value (in exchange) possessed of all monies. Metals including iron, copper, gold and silver have served as money but they may simultaneously serve other human needs should they be fashioned into pots, pipes, adornments or jewellery.³ Commodity-backed money is money without instrumental value which is convertible into goods that do possess instrumental value. Paper notes are commodity-backed money when the notes are freely exchangeable for a commodity – gold in the case of currencies on the gold standard; the government treasury is obliged to perform the conversion from notes to gold or *vice versa*.⁴

Fiat money is “[m]oney whose value derives entirely from its official status as a means of exchange.”⁵ It exists by government imprimatur alone. It is denominated in a currency, the legal tender of a country. Money in its de-materialised form, as debits or credits in a ledger or in electronic book entries, lacks intrinsic value, being reducible to writing or to negligible pulses of electricity. The principle current crypto-currency, Bitcoin, is a hybrid. It has no official status as its issuer’s notional capital, Mt. Gox, is capital of no country. However Bitcoin and the blockchain of which it is formed highlights an important attribute of national fiat currencies.

The supply of Bitcoins is (purportedly) finite and limited, whereas other fiat monies have no quantitative limit. They may be increased indefinitely at the discretion of a monetary authority. Paper notes in circulation in modern economies have no instrumental purpose although they could be put to use as origami or as (admittedly diminutive) note paper; they have no intrinsic value other than the ink, paper, watermarks, metal threads and holographs out of which they are fashioned.

¹ The author would like to thank Dr. Ahmad Ghouri (University of Sussex Law School), Professor J. S. Bell (University of Cambridge, Faculty of Law) and Mr. Norman H. D. Foster (SOAS University of London, School of Law) for their comments on draft versions of this article.

² Robin Wells / Paul Krugman: *Economics*, Macmillan 2013, p. 844. This definition originates with Aristotle’s *Politics*, ed. and transl. by C. D. C. Reeve, Hackett 1998, 18–10 1257a15–30.

³ In *Wealth of Nations* (originally published 1776), Adam Smith observes that “iron was the common instrument of commerce among the ancient Spartans” and “copper among the ancient Romans”, Penguin 1986, books I–III,

p. 128. Other commodity currencies in history include silk (China), butter (Norway), whale teeth (Fiji) and salt (Venice), see Stephen G. Cecchetti / Kermit L. Schoenholtz: *Money, Banking and Financial Markets*, McGraw Hill 2015.

⁴ In 1717, the United Kingdom converted from a silver to a gold standard, suspending the latter in 1914 (due to the exigencies of war), restoring it from 1925 until a fatal run on pound sterling effectively ended the gold standard and the era of commodity backed money in Britain in 1931. Telegraph: A History of Sterling (8 October 2001), www.telegraph.co.uk/news/1399693/A-history-of-sterling.html (last access 14. 08. 2019).

⁵ Wells/Krugman (fn. 2), p. 847.

The law presupposes the economic definition of money. It neither adds to nor subtracts from it. However the law, not economics, decides what may or may not be done with or by means of money. This article concerns a single type of transaction involving money: the exchange of money for money. This single transaction type however has two legal expressions: sale or lease.⁶ Since money is not a specific good, lease (borrowing and lending) does not imply return of the same money but rather the money's worth; the repayment of the nominal value of the money, in addition to which adjustments (for inflation or currency fluctuation) may be made and in addition to which a premium may be payable. The legal analysis and ruling on that premium is the subject of this article. That premium is known to English law as interest.

Excluding this introduction this article has five sections. Section A considers the treatment of the time value of money by English and Islamic law. Section B re-states the primary Islamic legal sources Qur^ʿān and Sunna, and section C those primary sources as elaborated and interpreted by Islamic legal scholars. Section D elaborates selected contributions of behavioural economics regarding bounded human rationality and decision-making under conditions of uncertainty or incomplete information. Section E concludes with observations on the English and Islamic legal analyses of money, deducing some insights that can inform economic policy, banking law and regulations and consumer protection. The value of

the insights furnished by Islamic commercial law (and shared with it by modern behavioural economics) is independent of any authority which may or may not be accorded to Islamic law – viewed as one of the world's oldest systems of law, and as the law of a world religion.

A Interest, Usury and the Time Value of Money

I Disinterest in Interest

The borrower–lender contractual relationship is readily recognisable, and abundant in the laws and legal systems of every jurisdiction in the modern world. With few exceptions – limited to the realms of charity and philanthropy – loans of capital are made for lender's profit. Taking or paying interest is so ubiquitous as to elicit little reflection or comment from consumers, companies, businesses, scholars or legal professionals. As a result where there is a felt need for justification it is to justify not the earning of interest but rather its denial: the limitation or the prohibition of interest – as imposed by Islamic commercial law and the contemporary movement towards its observance. Inverting this, the order of things, part II of this section introduces the legal analyses of interest in the common law, followed in part III by that of the Islamic legal position.

II English Law: 'Time is Money'

There is no statutory definition of interest.⁷ The legality of interest-based lending in English law

⁶ In Islamic law the contract of sale is the contract upon which all other contracts are based, see Jeanette A. Wakin: *The Function of Documents in Islamic Law: The Chapters on Sales from Tahawi's Kitab al-Shurut al-Kabir*, SUNY Press 1972, p. 1.

⁷ 504 Halsbury's Laws: *Income Taxation* (2014), 58, [1]–[1017]; 58A, [1018]–[1760]; 59, [1761]–[2332], p. 6. Savings and Investment Income (1) Interest. *The Oxford*

English Dictionary (2002): "1. The fact or practice of lending money at interest; esp. in later usage the practice of charging, taking, or contracting to receive, excessive or illegal rates of interest for money on loan". "2. Premium or interest (on money or goods) given or received on loan; gain made by lending money. Now arch". "4. Increase, augmentation; advantage".

is long unquestioned.⁸ The common law defines and justifies the payment of loan interest as compensation to the creditor for a delay in payment;⁹ for loss of use of the money;¹⁰ as consideration moving from the debtor for the use of the creditor's money;¹¹ and as "a creditor's share of profits a debtor is presumed or believed to make from the use of the creditor's money."¹² In the House of Lords *Westminster Bank Limited v Riches* Lord Wright said:

[T]he essence of interest is that it is a payment which becomes due because the creditor has not had his money at the due date. It may be regarded either as representing the profit he might have made if he had had the use of the money, or, conversely the loss he suffered because he had not had that use. The general idea is that he is entitled to compensation for the deprivation.¹³

Interest is "a payment of money for money"¹⁴ predicated upon the passage of time. Interest-bearing bank accounts require no additional analysis beyond that accorded interest on loans because the relationship of banker and customer is that of

debtor-creditor.¹⁵ The character of the relationship is the same but the respective positions occupied by the parties simply reverses in case of an overdraft. The fundamental theme of the common law, formulated in more economic language, is that of opportunity cost. Interest is compensation for the loss of opportunities and the profit that might have been the creditor's should the outward transfer not have taken place. The flip side of the coin as it were is time value. Contracts to monetise the time value of money are indisputably lawful at English law. Its legality extends to the premium payable on a loan – commonly called interest.

III Islamic Law: The Meaning of *ribā*

In apparently diametric opposition to English law, Islam the religion and the law flowing therefrom have categorically and continuously maintained the illegality of paying or receiving interest.¹⁶ To state the law is not to state empirical or historical compliance with it, however.

⁸ A historical treatment on Christian theological and doctrinal evolution regarding interest and its legacy in contemporary religious institutions and ethical statements in Britain is beyond the scope of this article. However there is some evidence in the scriptural sources of both Judaism and Christianity that usury was condemned. The key Biblical verses are Deuteronomy 23:19–20 and 22:45–25; and Leviticus 25:35–37. See Benjamin Nelson: *The Idea of Usury*, Chicago 1969, pp. 3–28; Vincent J. Cornell: In the Shadow of Deuteronomy: Approaches to Interest and Usury in Judaism and Christianity, in: *Interest in Islamic Economics: Understanding riba*, ed. by Abdulkader Thomas, Routledge 2006, pp. 13–25. In Dante's *Divine Comedy* canto 17 usurers occupy the seventh circle of hell.

⁹ *Bond v Barrow Haematite Steel Co* [1902] 1 Ch 353 [363] (Farwell J).

¹⁰ *Schulze v Bensted (Surveyor of Taxes)* 1915 SC 188 at 191, 7 TC 30 [33] (Ct of Sess) (Lord Strathclyde).

¹¹ *Bennett v Ogston (Inspector of Taxes) (1930)* 15 TC 374 [379] (Rowlatt J).

¹² *Schulze v Bensted*, n 10 [33]; *Riches v Westminster Bank Ltd* [1947] AC 390, 28 TC 159 (HL).

¹³ [1945] Ch 381. HMRC offers analysis at: SAIM 2060 – Interest: Case Law on the Meaning of Interest, www.hmrc.gov.uk/manuals/saimmanual/saim2060.htm (last access 14. 08. 2019).

¹⁴ *Re Euro Hotel (Belgravia) Ltd* [1975] 3 All ER 1075 [1084] (Megarry J).

¹⁵ *Foley v Hill* [1848] 2 HLC 28, 9 ER 1002. US SC: "The relations of bank and depositor is that of debtor and creditor, founded upon contract." *Bank of Marin v England* [1966] 385 US 99, 101 (1966). There are some differences based on business necessity – and deviations from debtor creditor law – *Joachimson v Swiss Bank Corporation* [1921] 3 KB 110 (CA), and *Bhogal v Punjab National Bank* [1988] 2 All ER 296 (CA). See Ross Cranston: *Principles of Banking Law*, OUP 2002, p. 132.

¹⁶ There were influential and divergent opinions in the twentieth century. Most important and persuasively argued among these were the views of 'Abd ar-Razzāq Aḥmad as-Sanhūrī Sanhuri, author of the civil codes of

There are abundant examples in Muslim societies past and present where the prohibition was routinely breached.¹⁷ In twentieth and twenty-first century Muslim-majority societies the supply of financial services that traffic in interest remains the norm. This is true even in those states purporting to be Islamic states, and those the constitutions of which contain a *šarī'a* clause.¹⁸

In fact the frequently uttered phrase that 'Islam(-ic law) bans interest' greatly simplifies reality. There is no counterpart for 'interest' in Arabic – the legal and scriptural language of Islam. Instead the legal categorisation of mutual exchanges of money turns upon the meaning of the word *ribā* (*ribawī* is the adjectival form). 'Usury' is a closer approximation to this word although it is also inexact and for this reason this article prefers the Arabic. *Ribā* does, like usury, interdict the exchange of money for money. However it also

blocks the exchange of certain commodities that are not used as legal tender. Given the exceptionalism of Islam among the Abrahamic religions and extant legal systems in relation to its position on usury, and the potentially far-reaching consequences (for commerce and for consumers) of the Islamic rules governing *ribawī* exchanges, it is no surprise that much ink has been spilt on the subject. In relation to this literature in Islamic law and legal studies, this article makes two claims: one critical and corrective, and the other constructive. The first claim is that existing analyses of the principle underlying the *ribā* rules are incorrect. Specifically the article aims to refute two such principles. These are, the illegality of: 1) the commoditization of money, and 2) according a time value to money. Having eliminated these two principles from the possible justifications for the *ribā* rules, the second and the constructive

Egypt, Iraq, Syria and the commercial code of Kuwait. He maintained that simple (but not compound) interest was compatible with Islamic law in capitalist countries; Enid Hill: Al-Sanhuri and Islamic Law: The Place and Significance of Islamic Law in the Life and Work of 'Abd al-Razzaq Ahmad al-Sanhuri, Egyptian Jurist and Scholar 1895–1971, Part II, in: *Arab Law Quarterly* 3 (1988), pp. 182, 202. Rašid Riḍā states that only *ribā al-faḍl* (to be explained below) was prohibited, as in: *The Fatwas of Imam Muḥammad Rashid Rida* II, Cairo 1970, p. 608. More recently, and very controversially the religious leader of al-Azhar, the highest Islamic religious centre in Egypt, Sayyid Tantāwī, opined in 1989 that interest is not unlawful. See Chibli Mallat: Ṭantāwī on Banking Operations in Egypt, in: *Islamic Legal Interpretation: Muftis and their Fatwas*, ed. by M. Masud, B. Messick and D. Powers, Harvard 1996, pp. 286, 296. Maha-Hanaan Balala contends that the main issue concerns not interest but deception, and disapproval of "obsession with monetary gains", *Islamic Finance and Law: Theory and Practice in a Globalized World*, Tauris 2011, p. 25.

¹⁷ Usury was a frequent occurrence in the Ottoman Empire. Şevket Pamuk: *Finance in the Ottoman Empire*

1453–1854, in: *Handbook of Key Financial Markets Institutions and Infrastructure*, ed. by Gerard Caprio, Elsevier 2013, and his article 'The Evolution of Financial Institutions in the Ottoman Empire', in: *Financial History Review* 11.1 (2004), p. 7. Ebusuud Efendi, Mufti of Istanbul (1545–1574 CE) and latterly the Şaiḥ of Islam of the Ottoman Empire, defended interest-taking as a matter of necessity (*darūra*); M. Rev. MacColl (1881): *Are Reforms Possible Under Mussulman Rule?* (*mimeo*), as cited in Mahmoud A. El-Gamal: 'Interest' and the Paradox of Islamic Law and Finance, in: *Fordham International Law Journal* 27.1 (2003), pp. 108 f.

¹⁸ Such as Egypt's article 2: "The principles of the Islamic shari'a are the chief source of Egyptian legislation"; Afghanistan (article 3); Iran (articles 2–4); Pakistan (article 227); Qatar (article e 1); Yemen (article 3); and Saudi Arabia (the *Basic Law and Royal Decree* No. A/90 Article 1 CB). These are cited in Clark B. Lombardi: *Constitutional Provisions Making Sharia 'A' or 'The' Chief Source of Legislation: Where Did They Come from? What Do They Mean? Do They Matter?*, in: *American University International Law Review* 28.3 (2013), p. 733. Also relevant is Lombardi's book *State Law as Islamic Law in Modern Egypt*, Brill 2006.

aim of this article's intervention into Islamic law is the formulation and defence of an alternative explanation, one which it is suggested provides insight and instruction beyond Islamic states and societies – extending into the world of financial institutions and markets, and the regulation of credit, debt and interest.

B The Primary Islamic Texts

I The Relationship of *ribā* and Usury

Whilst *ribā* encompasses money interest, as that is understood – whether expressly or impliedly – in English law, it also encompasses exchanges where one or both items in an exchange are not monetary, provided that one or both of the items exchanged fall into the subset of those commodities that Islamic law deems *ribawī*. Therefore it is a mistranslation although a convenient one to reduce *ribā* to usury.¹⁹ For this reason the Arabic term will be retained in what follows, until the conclusion when the broader term usury will reappear. Ascertaining the meaning of *ribā* requires a review of all sources of Islamic law. The sources of Islamic law are divisible into primary (treated in section B, parts III–V) and secondary (treated in section C).

¹⁹ Although it does little to advance the legal analysis, the authoritative Arabic dictionary *Lisān al-ʿArab* provides the following etymology: “The root means increase from the money *raba* (past simple): increased and raised [...] In the canonical law of Islam, *riba* is the increase on the original amount of money without a sales contract.” Translated by Ruba Alfattouh, Abdulkader Thomas and Najwa Abdel Hadi: *Riba* in *Lisan al Arab*, in: Thomas (fn. 8), p. 10. For analysis of the absent sales contract in this definition see the section on the *murābaḥa* contract below.

²⁰ However there are differences not material to this article. “The English term ‘Islamic law’ serves as translation

II *Šarīʿa* and *fiqh*: a Neglected but Crucial Distinction

This article treats the terms ‘*šarīʿa*’ and ‘Islamic law’ as synonymous.²⁰ *Šarīʿa* contains divine commands: *aḥkām* (sg. *ḥukm*).²¹ With regard to the commanding or imperative nature of the *aḥkām* and the Islamic philosophy or a comparison with a Hobbesian or an Austinian command theory is apposite. In the case of Sunni Islam the entirety of the primary sources of *šarīʿa* are exhausted by Qurʾān and *ḥadīth*. Muslims believe the Qurʾān to be the direct speech of God, recited by the founding Prophet Muḥammad (570–632 CE). This explains the primacy of Arabic in Islamic legal writings and ritual and religious praxis. The *ḥadīth* are the express or implied statements of Muḥammad or his companions, as reported and transmitted by witnesses. For present purposes the entirety of the *ḥadīth* are synonymous with the Sunna, the normative example that leads and guides Muslim pious practice, morality and ethics, and ritual observance.

Qurʾān and *ḥadīth* are the primary sources of Islamic law. The usual distinction between primary and secondary textual sources is that the latter are a scholarly treatment of, or a commentary upon, the former. That aspect of the distinction applies. However there is a further addition.

of both *šarīʿa* (‘the revealed, or canonical, law of Islam’) and *fiqh* (‘jurisprudence in Islam’). It therefore covers a wider range of meanings than those attributed to ‘law’ in the modern Western context in that it includes such matters as worship, personal morality, family relations, and public welfare.” Yvonne Yazbeck Haddad / Barbara Freyer Stowasser: Introduction ‘Islamic Law and the Challenge of Modernity’, in: *Islamic Law and the Challenges of Modernity*, ed. by Yvonne Yazbeck Haddad and Barbara Freyer Stowasser, Alta Mira 2004, p. 4.

²¹ Qurʾān 6:57: ‘The command (*ḥukm*) is that of God alone’ – ‘إِن الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ’ (author’s translation).

Muslims believe that the primary sources are revealed, meaning they are authored by God and disclosed to humanity, via prophecy – *nubūwa*. The secondary sources are the result of human thought, rather than manifestations of the mind of God. They are sometimes for this reason said to be ‘derived’. The Arabic term for the secondary sources is *fiqh*, which literally means ‘understanding’, ‘comprehension’, ‘insight’ or ‘knowledge’.²² Most often translated as jurisprudence, *fiqh* is actually broader than the English denotation of jurisprudence as it includes all those operations and techniques that may be applied to *šarī‘a* in order to render it comprehensible to humans.²³ Using the words *šarī‘a* and *fiqh* interchangeably, as is often done, neglects this crucial distinction.²⁴

Although the explicit statements about *ribā* are among the most clear of the legal provisos in both Qur’ān and Sunna, *ribā* is never defined in the Qur’ān; its meaning remains far from obvious even after considering all pertinent *ḥadīṭ* as well. For this reason *fiqhī* (the adjectival form of *fiqh*) writings on *ribā* are highly necessary. They are the subject of section C below.

III Qur’ān

The word *ribā* appears in four of the 144 chapters of the Qur’ān. The following translated excerpts are provided with the caveat that no translation of the Qur’ān is fully adequate or authoritative, for the reasons stated at B II above. It should be borne in mind that the selected translations like most adopt the most widespread English rendering of *ribā*, as usury. The most extensive reference to *ribā* appears in the second chapter of the Qur’ān. The following verse distinguishes *ribā* and trade and portrays quite graphically the gravity of the penalty for repeat offenders:

Those who live on usury will not rise (on Doomsday), but like a man possessed of the devil and demented. This because they say that trading is like usury. But trade has been sanctioned and usury forbidden by God.

Those who are warned by their Lord and desist will keep (what they have taken of interest) already, and the matter will rest with God. But those who revert to it again are the residents of Hell where they will abide forever. God takes away gain from (usury), but adds (profit) to charity; and God does not love the ungrateful and sinners.²⁵

²² Hans Wehr (ed.): *Arabic-English Dictionary* (Spoken Language Services 1994). “Fiqh (‘understanding’) connotes the efforts and activities, largely on the part of qualified scholars, to discover and give expression to the many facets of Qur’an- and Sunna-derived principles of shari‘a.” *Fiqh* is “an intellectual, literary tradition and/or the sophisticated product of centuries of Islamic high legal culture.” N. Calder: Law, in: *Oxford Encyclopedia of the Modern Islamic World*, ed. by J. J. Esposito et al., OUP 1995, p. 452.

²³ On the subdivision of *fiqh* into roots (*uṣūl al-fiqh*) and branches (*furū‘ al-fiqh*) and the types of legal materials where these are found – including elaborating texts and analyses (in *mabsūṭ*) and simplified statements of the rules similar to a primer (*muḥtaṣar*), see the introduction

by the editors Oussama Arabi, David S. Powers and Susan A. Sectorsky: *Islamic Legal Thought: A Compendium of Muslim Jurists*, Brill 2013, p. 3.

²⁴ Rudolph Peters and Peri Bearman provide a lucid explanation in ‘Introduction: The Nature of the Sharia’ in *The Ashgate Research Companion to Islamic Law*, ed. by Rudolph Peters and Peri Bearman, Ashgate 2014, p. 1.

²⁵ 2:275–276,
الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقْوَمُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ
قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى
فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ (275)
يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُزْبِي الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لَا يُجِبُ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ (276)

in Ahmed Ali: *Al-Qur’ān: A Contemporary Translation*, Princeton 1993. Unless otherwise noted all references to the Qur’ān are to this translation.

Like this verse two other verses are evidence of the existence of usury during the lifetime of Muhammad: “O believers, fear God and forego the interest that is owing, if you really believe.”²⁶ And “O you who believe, do not practice usury, charging doubled and redoubled (interest); but have fear of God: you may well attain your goal.”²⁷ Trade and commerce without unjustified or unfair increases in fees and prices are here depicted as lawful alternative routes to prosperity and success. There is also a related Qur’ānic emphasis on philanthropy and charity.²⁸

In conclusion several possible meanings emerge from these, the entirety of the Qur’ānic verses that contain the word *ribā*: The illegality and immorality of high interest rates (doubling and re-doubling), the expectation of a punitive response (in the hereafter), and the existence of positive, preferred alternatives – trading, charity and benevolence. In case it is not already apparent, it should be observed that the Qur’ān is in countless ways different to a statute – notwithstanding political attempts to treat it as such.²⁹

Although compared with other words possessing legal meaning in the Qur’ān *ribā* is explained relatively extensively, nevertheless no precise and unambiguous definition of *ribā* emerges.³⁰

For insight into the meaning of the key terms *ribā* and *ribawī* resort must now be made to the Sunna.

IV *Ḥadīṭ*

There are five or six thousand *ḥadīṭ*. The imprecision of this estimate is a preliminary indication that the Arabic content of the Qur’ān is more unambiguously accepted as certain, than is the case with the *ḥadīṭ*.³¹ In contrast with the Qur’ān where any disputes about the text are at best marginal, there is latitude to challenge or impeach the authority of a given *ḥadīṭ* when two or more *ḥadīṭ* appear to be contradictory.³² Each *ḥadīṭ* is accompanied by the chain of transmission (*isnād*), that is by the names of the initial witnesses and those transmitters linking the eye- and ear-witness(es) to the time when the *ḥadīṭ* was

compilation of the Qur’ān whereas there are six compilations of *ḥadīṭ*, and as will become apparent in this section it is much more common to debate the authenticity of a given *ḥadīṭ* than that of a given verse of the Qur’ān. The Qur’ānic structure does not guarantee this result as it is largely non-narrative in form so the reason for its cohesion arises instead from the history of its codification not from its content.

³² This issue should be distinguished from the scholarly debate as to whether the *ḥadīṭ* accurately reported Prophetic behaviour. Schacht’s *Origins of Muhammadan Jurisprudence*, Oxford 1950 – drawing on the works of the German Orientalist Ignaz Goldziher – argued few, if any, could be considered authentic accounts of prophetic behaviour. See M. M. Azami: *On the Origins of Muhammadan Jurisprudence*, Wiley 1985; there is a summary of the debate in David S. Powers: *Studies in Qur’an and Hadith*, University of California Press 1986; and in Harald Motzki: The Musannaf of ‘Abd al-Razaq San’ani as a Source of Authentic Ahadith of the First Century, AH, in: *Journal of Near Eastern Studies* 50 (1991), p. 1.

²⁶ Ibid., 2:278:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ

²⁷ Ibid., 3:130:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ

²⁸ Ibid., 30:39:

وَمَا آتَيْتُم مِّن رِّبَا لِيَرْبُو فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرْبُو عِنْدَ اللَّهِ وَمَا آتَيْتُم مِّن زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُضْطَعِفُونَ

²⁹ In terms of consolidated states, the Kingdom of Saudi Arabia: article 1 of the 1992 Basic Law states that ‘God’s book’ (i. e. the Qur’ān) is the constitution (also see fn. 18). The *Muslim Brothers* have since its foundation in 1928 by Hasan al-Banna maintained the Qur’ān as constitution; on the organisation: Richard P. Mitchell: *The Society of the Muslim Brothers*, OUP 1993.

³⁰ For example Z. Ahmad: The Qur’anic Theory of Riba, in: *Islamic Law Quarterly* 20.3 (1978), pp. 3f., which claims that the meaning of *ribā* was known at the time of the revelation of the Qur’ān, which is why no definition was needed at that time.

³¹ The number of Qur’ānic verses is 6326, comparable to the number of *ḥadīṭ*; however there is only accepted

first uttered, performed or reduced to writing. The *isnād* provides a reason for the Islamic legal practitioner to prefer one *ḥadīṭ* over another; some witnesses are esteemed as more reliable (due to their known honesty, prodigious memories, demonstrated accuracy, and so forth) than others. Due to the number of compilations and disputes about the respective strength of *ḥadīṭ* an exact number concerning *ribā* is unascertainable. Restricting for present purposes the count to those *ḥadīṭ* expressly mentioning *ribā*, there are between ten and twenty. The most instructive of these are excerpted in this section.

As an example of a truncated *isnād*, consider the following *ḥadīṭ*: “Ibn Mas‘ūd (may Allāh be pleased with him) relates, ‘The Messenger of Allāh (peace and blessings of Allāh be upon him)’ cursed the devourer of *riba*, his constituent, the one who acts as a witness to it, and one who acts as a notary to it.”³³ This *ḥadīṭ* is more severe than any Qur’ānic reference. The net is cast more widely to catch not only accomplices but innocent third parties who might accidentally witness the transacting of *ribā*. There are no second chances.

³³ Wahba az-Zuhāilī in Iman Abdul Rahim / Abdulkader Thomas (translators): *The Juridical Meaning of riba*, in: Thomas (fn. 8), pp. 26 f. *Isnād* are usually longer than a single person, but not necessarily reproduced in whole or even at all when a *ḥadīṭ* is quoted. Similarly emphatic *ḥadīṭ* on the evil of *ribā* are at Buḥārī: *Saḥīḥ*, book 8, vol. 82, *ḥadīṭ* 840, where *ribā* is classed as one of the seven great sins. Another *ḥadīṭ* states that the prohibition on *ribā* was declared by the Prophet at the same time as that on the ban of intoxicants: book 3, vol. 34, and *ḥadīṭ* 299.

³⁴ The chapters of the Qur’ān are not ordered chronologically but grouped into Meccan and Medinan chapters to correspond with the location of the Prophet Muḥammad and with it the condition and degree of consolidation of the Muslim community. Muḥammad’s experience in Mecca is not accepted by all observers as significant. “The fact that the principal passages against interest belong to the Medina period and that the Jews are reproached with

Some *ḥadīṭ* expressly back-refer to the Qur’ān, and (as in the following *ḥadīṭ*) the order in which Qur’ānic verses were revealed.³⁴ “The last verse revealed to the Prophet was the verse dealing with usury (i. e. *ribā*).”³⁵ Whilst this *ḥadīṭ* is emphatic, of greater legal significance are the *ḥadīṭ* concerning blocked exchanges: “The Prophet forbade exchange of the same commodities of different qualities.”³⁶ Spot exchange of money in different currencies is lawful, or so the following aphorism has been understood to mean: “There is no Riba (in money exchange) except when it is not done from hand to hand (i. e. when there is delay in payment).”³⁷ Two commodities serving as money in Islamic history were gold and silver. These could be exchanged at spot but only in (rather improbably) equal quantities:

The bartering of gold for silver is Riba, except if it is from hand to hand and equal in amount, and wheat grain for wheat grain is usury except if it is from hand to hand and equal in amount, and dates for dates is usury except if it is from hand to hand and equal in amount, and barley for barley is usury except if it is from hand to hand and equal in amount.³⁸

breaking the prohibition, suggest that the Muslim prohibition of *ribā* owes less to the conditions in Mekka than to the Prophet’s closer acquaintance with Jewish doctrine and practice in Medina.” J. Schacht: *Riba*, in: *Encyclopedia of Islam*, Brill 1987, p. 1148.

³⁵ Book 6, vol. 60, *ḥadīṭ* 67 (fn. 33). As above there is more than one verse dealing with *ribā* but it is likely that this *ḥadīṭ* is a reference to the longest chapter, and verses 2:275 f. and 2:278.

³⁶ Continuing: “[B]ut with the change that Ishāq and Ibn al-Muṭannā used the word Zabn in place of Riba and Ibn Abu ‘Umar used the word Riba (interest).” Muslim: *Saḥīḥ*, book 10, *ḥadīṭ* 3689, variation on the theme at 3687.

³⁷ Book 3, vol. 34, *ḥadīṭ* 386 (fn. 33); “hand to hand” (*yadan bi-yadin*) is the literal rendering of spot transaction.

³⁸ Book 3, vol. 34, *aḥādīṭ* 344, 379, 382 and as follows 499 (fn. 33): “The selling of gold for gold is *ribā* (usury) except if the exchange is from hand to hand and equal in

This account would be incomplete without the addition of two *aḥādīṭ* that do not explicitly mention *ribā*. The first is one in which there is a broader conflation of unjustified price inflation and dishonesty.³⁹ The second emphasises the duty to pay debts when able: ‘Procrastination in paying debts by a wealthy man is injustice.’⁴⁰ As the position on penalties or fees for late payment is at least under some suspicion in Islamic law, timely satisfaction of debts becomes essentially a matter of honour and moral obligation. However this *ḥadīṭ* has no necessary implications for *ribā* as it may deal only with a payment of principal on an interest-free loan (*qarḍ ḥasan*), a recognised method of Islamic philanthropy.

V The Elusive Character of the Primary Sources

Although among the most often repeated legal provisions having commercial import in the Qur’ān and *ḥadīṭ*, the meaning of *ribā* and therefore the implications of its condemnation remains far from clear even after an exhaustive review of express provisions in the primary materials. The textual *ṣarī‘a* leaves wide latitude for definition and interpretation. When the evolution of law, society, economics and the modern trading and financial infrastructure are contemplated it quickly becomes apparent that this latitude yawns

open into a chasm. It provides a compelling demonstration of the distance the Islamic lawyer (or for that matter any individual Muslim) must travel from *ṣarī‘a* to its application (*taṭbīq*) in a contemporary setting.

C Islamic Legal Opinion: Identifying *ribawī* Property and Contracts

What follows in this section is a schematic description of a consensus emerging from classical Islamic legal writings and opinions on *ribā*. There are minor doctrinal differences between legal schools of thought (*madhāb*; pl. *maḏāhib*) but these are almost entirely omitted as they are immaterial here. There are two types of *ribā*, and they are partially overlapping: credit *ribā* (*ribā an-nasī‘a*) and surplus *ribā* (*ribā al-faḍl*). Together these two types exhaust what will hereinafter be called ‘the *ribā* rules.’

I Credit *ribā* (*ribā an-nasī‘a*)

This is the genus of *ribā* known in pre-Islamic Arabia and during the life-time of the Prophet Muḥammad. It is most likely the type featured in the Qur’ān.⁴¹ In the Islamic legal literature it is also described as the *ribā* of ignorance: *ribā al-ḡāhiliya*. Rather than referring to an absence of knowledge, ignorance here refers to pre-Islamic

amount, and similarly, the selling of wheat for wheat is *ribā* (usury) unless it is from hand to hand and equal in amount, and the selling of barley for barley is usury unless it is from hand to hand and equal in amount, and dates for dates, is usury unless it is from hand to hand and equal in amount”.

³⁹ Narrated by ‘Abdullāh bin Abī ‘Aufa: “A man displayed some goods in the market and took a false oath that he had been offered so much for them though he was not offered that amount. Then the following Divine Verse

was revealed: Verily! Those who purchase a little gain at the cost of Allāh’s covenant and their oaths ... Will get painful punishment.” (3:77) Ibn Abu ‘Aufa added: “Such person as described above is a treacherous *ribā*-eater (i. e. eater of usury)’. Book 3, vol. 48, *ḥadīṭ* 841 (fn. 33).

⁴⁰ Book 37, vol. 3, *ḥadīṭ* 486 (fn. 33).

⁴¹ Zuḥailī (fn. 33), p. 27: “Credit *ribā*, which was the only type known by the pre-Islamic Arabs. This type is taken against a delay in settlement of a due debt, regardless whether the debt be that of a goods sold or a loan”.

Arabia.⁴² In credit *ribā* the amount of goods or money payable is altered in exchange for an alteration of the due date: increased for a postponement or decreased for an earlier return date.⁴³ The alteration of the amount payable can occur before or after the original return date; these situations are comparable to pre-payment, or to an early form of financing respectively.

II Surplus *ribā* (*ribā al-faḍl*)

This type of *ribā* governs the exchange commodities, excluding money. A commodity by definition is a non-specific good, as that is expressed in English contract law. The same quantity of the same grade of commodity is interchangeable with any other. In Islamic law a commodity is a good which is measured by weight or volume, which by a different means implies that commodities are interchangeable, provided that they are of the same quality or grade. In other words these goods are fungible (*miṭlī*).⁴⁴

Surplus *ribā* interdicts two types of transaction. First, it blocks the exchange of the same commodity of different grades; for example, the exchange of a greater amount of low-grade wheat for a lesser amount of high-grade wheat. Second, it blocks the exchange of the same or disparate amounts of different commodities; for example, the exchange of salt for barley. Gold and silver are included among the commodities expressly regulated by the *ribā al-faḍl* rule. The other five

expressly named commodities are not precious metals, but low-value consumables: wheat, barley, salt, raisins and dry dates.⁴⁵ A minority view, that of the *Zāhirīs* – following a characteristically literalist interpretation – treats the list of seven items as exhaustive.⁴⁶ This interpretation implies that fiat money would be exempt from the *ribā* rules. However the dominant view, that of the four major Sunni legal schools, is that the rule applies to other commodities which are analogous to the seven named *ribawī* goods. Such reasoning by analogy (*qiyās*) is a common technique for extending the law to apply to novel facts, and to facts or circumstances not expressly envisaged by the primary sources. Analogical reasoning entails a two-stage procedure. First, which characteristic(s) do the seven *ribawī* goods share? Second, which characteristic(s) must another good display in order to be deemed, like them, *ribawī*? The selected comparators are the *ʿillāt al-ḥukum* (plural); or the *ʿilla* (singular).⁴⁷ The material question is whether fiat money is *ribawī* property – in Arabic, *māl ribawī*. Gold and silver were used at and after the time of Islamic revelation as a unit of account, a medium of exchange, and a store of value – as fiat money is now ubiquitously deployed. By operation of *qiyās* then it is evident that fiat money – that is cash, denominated as national currency – is *māl ribawī*.⁴⁸ Identical reasoning clearly applies to money in its de-materialised forms and to crypto-currencies and blockchain.

⁴² Some pre-Islamic custom (*ʿurf*) and conventions (*ā-dāʿ*) are a source drawn upon by both Qurʾān and *ḥadīṭ*, whilst other such practices extant at the time of the arrival of Islam (including *ribā* and female infanticide) are forbidden.

⁴³ Zuḥailī (fn. 33), p. 43.

⁴⁴ Logically it is apparent that non-specific goods are a larger category as they could include, for example, new cars or appliances, etc.; there were some but relatively

few such manufactured artefacts in early Muslim societies.

⁴⁵ Zuḥailī (fn. 33), p. 27.

⁴⁶ Emad H. Khalil: An Overview of the Shariʿa Prohibition of *riba*, in: Thomas (fn. 8), pp. 55 and 65.

⁴⁷ For an accessible explanation see Nabil Saleh: *Unlawful Gain and Legitimate Profit in Islamic Law*, CUP 1986, pp. 14 and 17.

⁴⁸ W. M. Ballantyne: *Commercial Law in the Arab Middle East*, London 1986, p. 123.

III The Commodification of Money in English and Islamic Law

It is self-evident that in English law money can be bought and sold as a commodity. Hence the institutions of the money market or the capital market. The names speak for themselves. In a highly regarded work by Frank Vogel and Samuel L. Hayes III, the authors state that in Islamic law by contrast “[m]oney is not treated as a commodity, as in the West.”⁴⁹ However since as argued in the section immediately above money is analogous to gold and silver, and gold and silver are two of the seven expressly *ribawī* commodities, it follows that Islamic law does permit treating money as a commodity. There is no legal bar to doing so. Since the positions of English and Islamic law are identical in relation to the commodification of money, the position on this matter cannot explain the Islamic law against charging a money premium on the sale or purchase, or the lending or borrowing, of money.

IV Reprise: the Time Value of Money

In Islamic economic history a barter economy gave way to commodity money (gold and silver) which in turn gave way to the mint and to the artefacts it manufactured: fiat money, most often denominated as dinars or dirhams.⁵⁰

⁴⁹ Frank E. Vogel / Samuel L. Hayes III: *Islamic Law and Finance*, Kluwer Law International 1998, pp. 2 f.

⁵⁰ Which remains the names of the currencies in the UAE, Iraq, Qatar, Jordan, Algeria, Bahrain, Kuwait and Libya among others.

⁵¹ *Ar-ribā, Mausū‘at ar-Risāla* s.d., pp. 20 f. and the *magnum opus* of the most famous proponent of an Islamic economics, Muḥammad aṣ-Ṣadr: *Iqtisādunā [Our Economics]*, Dār at-Taʾrūf s.d., p. 639.

⁵² Timur Kuran: The Absence of the Corporation in Islamic Law: Origins and Persistence, in: *The American Journal of Comparative Law* 53.4 (2005), pp. 785, 797 f., 816–819, 831–834. The closest equivalent is that of the charitable trust (*waqf*). For source material on the *waqf* see Scott Morrison: *The Social and Legislative History of the*

Therefore Islamic law has evolved together with the development of fiat money. As already established fiat money is *māl ribawī* which accordingly falls to be regulated by the *ribā* rules. Having dismissed commodification as an explanation, another possible justification for the *ribā* rules is that Islamic law unlike English law does not permit the ascription of time value to money. The *locus classicus* of this position is to be found in the writing of two scholars: Sayyid Abū al-Aḳlā Mauḏūdi and Muḥammad Bāqir aṣ-Ṣadr.⁵¹ Unfortunately this explanation also founders as it is clear that Islamic law permits according time value to money. However the monetisation of the time value of money is achieved not by means of interest as at English law, but by means of partnerships and ‘cost-plus-profit’ credit sales (*murābaḥa*).

As in England (as evidenced by the Law of Partnership Act 1890 and subsequent company law statutes) partnerships were long the dominant business structure in Muslim societies; Islamic legal scholars only latterly and informally accepted the doctrine of separate legal personality and the company⁵² limited by shares or guarantee. In Islamic law the law of partnership consists in joint partnerships (*muṣāraka*) and sleeping partnerships (*mudāraba*).⁵³ Each of these effectively imputes a time value to money. This is particularly clear in the case of the *muḏāraba*

Islamic Trust (*waqf*) in Mauritius, in: *Commonwealth Law Bulletin* 45.1 (2015), pp. 1–4. The *waqf* differs from the company in that it is not for profit. And it differs from the English trust in that it is necessarily perpetual (contra the English rule against perpetuities), at least until the assets are exhausted and it may be wound up in a procedure similar to *cy prés*.

⁵³ *Meğelle*, 10th Book, Preface-Definitions and Chapters I–VII; see also Chapter VIII re other partnerships not discussed here. Written in Ottoman Turkish and translated into Arabic (*al-Mağallat al-Aḥkām al-‘Adliya* – literally: *The Journal of Judicial Rules*) is available in English as *The Mejelle*, The Other Press 2007. On its significance past and present, see Chibli Mallat: *Introduction to Middle Eastern Law*, OUP 2009, p. 245.

where the investor of capital (*rabb al-māl*) earns a return without any personal labour or any mandated entrepreneurial or managerial engagement with the business enterprise. In contrast to a fixed income security, however, in a partnership the return on the investment can be neither guaranteed nor profit amounts fixed in advance, and the investor stands to lose his or her entire capital contribution – as with an equity or a share. A partnership is not a debt relationship,⁵⁴ and there can be no contractual duty to re-pay as there would be for a borrower. However should the enterprise be profitable, the investor is contractually entitled to a share of the profits, and to be compensated for the loss of their access to the money; in the interim, in other words, the partner or investor is compensated for the time value of their money and for the opportunity costs thereby incurred.

A second example of the time value of money in trite Islamic law is the *murābaḥa* contract. It is, simply, a credit sale of goods. A premium is charged (relative to the spot price) for a delayed payment arrangement; that is, as compensation for the loss of the use of money for a period of time. In its modern instantiation a bank purchases a product at the request of a customer. Upon taking possession, the bank sells the product on to the customer on deferred or instalment payment terms. The bank does not act as a money-lender. Instead, the bank acts as a trader, charging a mark-up relative to cost. The presence of a non-monetary asset renders the transaction lawful; if

the subject matter of the sale were money or receivables it would breach the credit *ribā* rule. In terms of accounting the excess payable is characterised as profit rather than interest; although benchmarks are used (sometimes problematically) in Islamic finance and retail banking there is no necessary reliance on an interest rate (i. e. the wholesale rate at which the bank itself can borrow money) as there would be in case of a loan or a bond spread. Setting aside recurrent arguments about whether the modern deployments of *mušāraka*, *muḍāraba* and *murābaḥa* contracts rise to the level of sham transactions, or rely on objectionable legal fictions, it is evident in any event that there is an implied sanction of money's time value. Islamic law then does not differ in this respect to English law.⁵⁵ The position on treating money as a commodity is also, as already established, common ground. Therefore it is necessary to look elsewhere in order to explain the divergence of English and Islamic law regarding the legality of usury, and the reason for the *ribā* rules.

V Two Alternative Explanations

Ribā blocks some transactions that would be regarded in all national jurisdictions⁵⁶ as dealing in interest. Regarding the relationship of the two types of *ribā*, “surplus *ribā* implies credit *ribā*”.⁵⁷ However surplus *ribā* also interdicts other, additional transactions – as seen in section C part II. Therefore it is necessary to explain surplus *ribā*.

⁵⁴ Vogel/Hayes (fn. 49), pp. 2 f.: ‘If investors finance the acquisition of tangible goods by sale or lease, they may legitimately compensate themselves for foregone opportunities. Profits deriving from lease payments or from credit sale may reflect, even explicitly, a time factor.’

⁵⁵ *Westminster Bank* (fn. 13); *Re Euro Hotel* (fn. 14), para. 1084. See also Martin Heckel: *Wie islamisch ist Islamic Finance? – ein Beitrag zum Trust als Rückgrat islamischer Zertifikate (Ṣukūk)*, in: *Islamisches Recht in Wis-*

senschaft und Praxis: Festschrift zu Ehren von Hans-Georg Ebert, ed by Hatem Elliesie, Beate Anam and Thoralf Hanstein, Berlin 2018, pp. 371–394 (376).

⁵⁶ According to the English court at least Islamic law is non-national: *Beximco Pharmaceuticals Ltd and Ors v Shamil Bank of Bahrain EWCA Civ 19*, [40], [43], [48].

⁵⁷ For example if “a person sells gold, for example, on credit, then pays back in silver more than the equivalent of what he had taken in gold.” Zuḥailī (fn. 33), p. 27.

Having done so the reasoning underpinning credit *ribā* will become apparent. This section reports the justifications that two Islamic legal scholars have advanced for the rule on surplus *ribā*. These two accounts, emanating from within Islamic intellectual traditions, form the skeleton to which a critical and more contemporary analysis will add body and flesh in section D.

1 Ibn Qaiyim: Economic and Commercial Utility

In the fourteenth century an Arab jurist Ibn Qaiyim (1292–1350 CE) advanced an argument based on economic necessity. He claimed that property must be priced as a condition precedent to sale. It must not be bartered on terms that are unequal, whether the inequality of the trade should be with respect to the quality or quantity of the property. He assumed that the value of money in which goods are priced must be fixed. The results are the same whether his theory is construed to require pricing in either commodity money (gold and silver) or fiat money.

Dirhams and dinars are the prices of articles sold and the price is the standard by which the evaluation of property is recognized. It must therefore be fixed and regulated so that it does not go up or down, since were the price to go up or down like commodities, we would not have a price with which to value the articles sold. Indeed, everything is a commodity and the people's need for a price by which to value the articles sold is a general and compelling one.⁵⁸

'Commodity' here is evidently used to include fungible and non-fungible goods, and in fact to apply to any property – which is to say anything capable of being owned or sold: all property, real

and personal, in the language of English law. He continues, explaining fixed prices as a requisite for commensurability:

Such valuing is not possible save on the basis of a rate by which to know value. This requires a price on the basis of which things are assessed, which continues upon one state of affairs, and which is not (itself) assessed by reference to anything else. If it becomes a commodity which goes up and down, then the transactions of the people will be impaired.⁵⁹

The argument against barter and in favour of pricing by means of money is a utilitarian or functional argument in that pricing (and therefore money) are presented as necessary in order to facilitate trade and exchange. A further *ḥadīth* which lends support to Ibn Qaiyim's interpretation is as follows:

Once Bilāl brought Barni [a high grade, sweet date] to the Prophet and the Prophet asked him, "From where have you brought these?" Bilāl replied, "I had some inferior type of dates and exchanged two Sas [a unit of measure] of it for one Sa of Barni dates in order to give it to the Prophet; to eat." Thereupon the Prophet said, "Beware! Beware! This is definitely Riba [...] Don't do so, but if you want to buy (a superior kind of dates) sell the inferior dates for money and then buy the superior kind of dates with that money."⁶⁰

The *ḥadīth* does not articulate the reason for attaching a monetary value to goods but is emphatic that the failure to do so for an exchange of dates of differing qualities breaches the *ribā* rules. Ibn Qaiyim calls such an exchange covert or hidden *ribā* – and condemns it as a pretext to committing forbidden acts, impliedly credit *ribā*.⁶¹ However since surplus *ribā* includes five

⁵⁸ Quoted in Ballantyne (fn. 48), p. 123.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Book 3, vol. 38, *ḥadīth* 506 (fn. 33).

⁶¹ Zuḥaili (fn. 33), p. 27, as stated in the *ḥadīth*: "Do not sell one dirham for two, for I fear for you that you fall into *ribā*", which suggests the equation of interest and *ribā* is not as obvious as it is now commonly thought.

edible commodities that did not and do not function as money, it is not apparent that surplus *ribā* adds anything essential if the aim were to interdict credit *ribā* alone.

2 Ibn Ruṣd: Transactional Justice

Earlier, in the twelfth century, Muslim philosopher Ibn Ruṣd (1126–1198 CE)⁶² offered an analysis of surplus *ribā*. The intentions of the law, and the motive of justice and of avoiding harm are foremost in his account – as against Ibn Qaiyim’s analysis, which privileged commerce and utility over more directly humanistic concerns:

It is clear from the *ṣarīʿa* that the intention behind the impermissibility of *riba* is the enormous amount of unjust harm which accrues therefrom, since justice in financial transactions occurs when commodities are exchanged for an exact equivalent. However, since exactly equal exchange is a rare thing when trading commodities which are of different essences, the *dinar* and *dirham* are used in order to evaluate their value. Furthermore, justice and equality in trading commodities of different essences [qualities] occur when their value is proportionate to one another, meaning that the proportionate value of one of the two counter-values in relation to its kind is equal to the proportionate value of the other counter-value in relation to its kind. Hence commutative transactions of countable commodities necessitate a difference of the products one to another when sold; while justice in those objects measured by volume or weight is by equality of amount in the volume or weight.⁶³

Ibn Ruṣd here echoes (and may well have been influenced by) Aristotle’s remarks on absolute

and proportionate equality.⁶⁴ His is fundamentally a normative argument predicated on a substantive conception of justice. He states that trades of identical goods are just, even as he acknowledges the non-commerciality of such an exchange; the purpose of this tautology is likely to emphasise the value of equality and proportionality, as matters of fairness, rather than to prescribe specific kinds of transactions. Where there can be no doubt about the equality of the goods exchanged there can be no injustice or harm. Conversely where there is subjectivity, as when quantities and grades do not match and judgments must be made, there is a high probability of errors or of other mistake, deceit, fraud, unfairness or exploitation. As with Ibn Qaiyim’s prescriptions, attaching a value measured in money allows each party to reduce these dangers. An intermediate step is made as compared with direct barter: goods are converted to money which can then be converted back to goods. The following section expands upon the insights of Ibn Qaiyim and Ibn Ruṣd to develop a fuller account of the justification and effects of the *ribā* rules.

D Reading the *ribā* Rules through Economics and Psychology

I Ibn Qaiyim, Ibn Ruṣd and Modern Economic Theory

Ibn Qaiyim’s analysis of fixed prices and currencies is now anachronistic given the existence of a large and highly developed foreign exchange market. Any currency and by extension all money’s worth can very easily be measured in another currency – as it is at high speeds and

⁶² Known in Europe, historically, as Averroës.

⁶³ Ibn Ruṣd: *al-Muqaddimāt al-Mumahhidāt [The Introductions and the Prefaces]*, Matbaʿat as-Saʿāda s. d., p. 42. The inspiration for the treatments of Ibn Ruṣd and Ibn

Qaiyim was Mahmoud A. El-Gamal: *An Attempt to Understand the Economic Wisdom (ḥikma) in the Prohibition of ribā*, in: Thomas (fn. 8), p. 112.

⁶⁴ In both *Nicomachean Ethics*, Hackett 1999; and *Politics* (fn. 2).

with great frequency on a daily basis. The rate of exchange of most currencies floats, while some others are fixed. Forex affects capital controls, cross-border contracts and commercial parties obligated under them, company and consumer purchasing power parity, and national trade balances. However the type of economic impairment that Ibn Qaiyim warns against is simple to imagine even if it is not fully articulated: less trade due to uncertainty and the fear (or more probably the reality) of exploitation, extortionate or (effectively) monopolistic pricing, unjust enrichment or otherwise unconscionable bargains. Modern economics presumes a money economy and the foreign exchange market. In a normative register it holds that competition is in general salubrious and should be promoted as it extracts gains from comparative advantage and the division of labour; it leads to higher productivity, efficiency and growth; higher production values; lower prices and better quality and value for consumers; and generates employment and profits. Since *ceteris paribus* more trade is better than less, any uncertainty or reduction in consumer activity or confidence, such as that borne of inconsistent or non-existent pricing has deleterious consequences which should be mitigated.

Whilst Ibn Qaiyim makes an economic or utilitarian argument in which prices serve an instrumental purpose, Ibn Rušd's analysis of *ribā* amounts to an argument from justice. Ibn Rušd invokes pricing and its incidental effects: fairness, protection of vulnerable parties and more just outcomes. Both Ibn Qaiyim and Ibn Rušd call for marking to market – that is, allowing price to be determined by supply and demand in an open market where price information is freely available under competitive conditions.

II Economic Actors, Models, and Markets

This article has revealed the congruity of Islamic and English law regarding two characteristics of money: time value and the treatment of money as commodity. It then set out the additional rules to which money is subject in Islamic law. This section draws upon psychological insights in order to unpack the analyses of Ibn Qaiyim and Ibn Rušd, and to further explore possible justifications for, and the consequences of, the *ribā* rules.

Every economic model either tacitly or explicitly makes assumptions about the fundamental unit of analysis: the economic actor. Every model imputes characteristics to the economic actor, seeking at once to explain and to predict actions, outcomes and the distribution or allocation of resources: goods and services. The economic model that is commonly considered the 'standard' model presupposes that economic actors (whether legal or natural persons) are rational and self-interested. This model has however been challenged over the last three or four decades.⁶⁵ Contra the standard model, *behavioural* economics queries whether economic actors actually do act consistently and rationally, and in particular whether they do so under conditions of uncertainty and imperfect information – that is, under those conditions encountered pervasively in actual economic life. Traditional economics constructs models that deliberately simplify reality in order to subject empirical events to rigorous study and analysis and to make predictions about future events. This is a valuable exercise and such simplifying assumptions are indispensable for many purposes, including the development and implementation of micro- and macro-economic policy. The standard model and the methods refined by its application may however be improved by carefully incorporating insights from behavioural economics.

⁶⁵ Edward Cartwright: *Behavioural Economics*, Routledge 2011, p. 3. However Cartwright considers the antecedent

to be Adam Smith's 1759 book *Theory of Moral Sentiments* (p. 5).

Empirical and experimental results have revealed biases that appear to be hard-wired into the human mind, proclivities which produce what are (when compared with the standard model's presumed economic actors) errors. These irrational decisions of individuals interact and aggregate to produce sub-optimal economic distributions and equilibria. Each of these foibles, or their expression in economic life, is predicated upon or facilitated by the circulation of money. In each money is both a contributing cause and simultaneously a partial solution to the flawed rationality and other weaknesses in thought, attitude and action which economic actors (including both legal and natural persons) exhibit. Therefore what follows are not intrinsic characteristics of money but characteristics of money imbued into it by the human relationship with, and responsiveness to, money. These characteristics are essential to understand in order to critically analyse the legal regulation of money, and what the law should or should not allow people to do with money.

Market interactions of the simple sort contemplated by Islamic commercial and contract law⁶⁶ in its early years and well into its classical age were bilateral agreements concluded in person;

or face to face by means of agents, as Islamic law includes a law of agency and makes provision for principal-agent relationships. The actions of potentially contracting parties depend not only on their own interests but also on what they anticipate their counter-party will do.⁶⁷ The relationship and the thought processes animating the parties then are strategic. The same is true of many psychological experiments in behavioural economics, which together with economics and other social sciences has adopted formal modelling and game theory.⁶⁸ Viewing negotiation, contracting and trading as games necessitates articulating assumptions about player motivation. It is probably true to say, on casual observation, that the primary Islamic texts broadly expect more honesty, altruism and benevolence of *Homo Islamicus*⁶⁹ than standard economic theory does of *Homo Economicus*. Without developing a full-scale representation of human nature in Islam – which would be well outside the purview of this article – suffice it to say that Islam does not depart in any material fashion in its understanding of human motivations in arms-length commercial transactions. If after all humans were angels (to borrow a phrase from another time and place),

⁶⁶ A concise account of contract in Islamic law is available in David Nethercott and Craig Eisenberg: *Islamic Finance: Law and Practice*, OUP 2012.

⁶⁷ In situations of interdependence, those where “one person’s behavior affects another person’s well-being positively or negatively. Such situations are called strategic settings because, in order for a person to decide how to behave, he must consider how others around him choose their actions.” Joel Watson: *Strategy: An Introduction to Game Theory*, Norton & Co. 2013, p. 1.

⁶⁸ Erik Angner: *A Course in Behavioural Economics*, Palgrave Macmillan (2012), p. 176: “[Y]ou are playing a game whenever you face a decision problem in which the final outcome depends not just on your action, and on whatever state of the world obtains, but also on the actions of at least one other agent.” See also Avinash Dixit /

Susan Skeath / David Reiley: *Games of Strategy*, Norton & Co. 2009, p. 3. Game theory began with the analyses of James Waldegrave of card games, in 1713; in the 1800s game theorists Antoine Augustin Cournot and Francis Ysidro Edgeworth used game theory to analyse conditions of oligopoly; in 1913 Ernest Zermelo developed a formal theory in relation to chess. John von Neumann and Oskar Morgenstern produced the seminal *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton 1944, which sought to represent games in a precisely mathematical form. Later John Nash made the crucial distinction between cooperative and non-cooperative games. On the history and accomplishments of game theoretic analysis, see Watson (fn. 67), pp. 1 f.

⁶⁹ See *ḥadīth* (fn. 39 f.).

there would be no need to outlaw *ribā*. What follows in this section states three of the central insights from behavioural economic theory in order to demonstrate that these insights help to account for the *ribā* rules. Stating the same proposition in historical, chronological order, the claim that this section supports is that Islamic law recognised and made allowances for insights later empirically tested by behavioural economists. The three insights as evidenced and elaborated by modern behavioural economics are: adverse selection 1, framing effects, which encompass both the endowment effect and loss aversion 2, and temporal discounting 3.

1 Adverse Selection

In a contractual negotiation where the parties lack equal knowledge or expertise regarding the subject matter or consideration, either the offeror or the offeree possesses an informational advantage over the other party. A situation where the offeror possesses the informational advantage typifies adverse selection as theorised in the modern economics literature. However section DII 1 b below extrapolates from that application of the concept of adverse selection to consider circumstances where the advantage is the offeree's.

a) Offeror's Advantage

Adverse selection occurs when one party has greater information about a good or service being offered. The informationally advantaged party will trade selectively, to maximise their advantage, doing so to the detriment of their counterparty. This is straightforwardly a zero-sum game – one party's loss is the other party's gain.

In the classic article on adverse selection⁷⁰ the example of 'lemons' (poor-quality or defective used cars) appears. Since used car buyers cannot readily (or at all) distinguish between high-quality and low-quality cars, buyers are always willing to pay less than they would were they confident in their ability to be more discerning. As a result owners of high-quality used cars are discouraged from selling, as they will obtain a lower price than they would if information were equally available to both prospective parties. As a further consequence the quality of used cars in the market predictably declines. The economic consequence of this state of affairs is deadweight loss: lost efficiency and foregone trades that would have been mutually advantageous. As Akerlof states:

There are many markets in which buyers use some market statistic to judge the quality of prospective purchases. In this case there is incentive for sellers to market poor quality merchandise, since the returns for good quality accrue mainly to the entire group whose statistic is affected rather than to the individual seller. As a result there tends to be a reduction in the average quality of goods and also in the size of the market.⁷¹

Adverse selection is a problem which marketing to market does not eliminate. However it reduces it, as compared to a situation where the parties barter without offering the good on an open market; the effect of the market is that a greater (although depending upon the size of the market possibly still an imperfect and asymmetric) degree of information about the quality and value of the product becomes available to prospective buyers. The situation envisaged in Islamic legal

⁷⁰ George A. Akerlof: The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism, in: *Quarterly Journal of Economics* 84.3 (1970), p. 488. Together with colleagues Akerlof received the Nobel Prize in 2001 for

analysing markets characterised by asymmetric information.

⁷¹ Ibid.

texts in which the exchange of commodities of different grades is far worse than the problem of adverse selection identified by Akerlof as there is effectively no market and therefore no ‘market statistic’. Consequently the requirement of marking to market as prescribed by the *ribā* rules represents incremental progress: it reduces adverse selection and the sub-optimal outcomes envisaged by the ‘lemon’ problem. This problem may but need not be framed in terms of the unilateral exploitation of the buyer since the seller and the larger economy may also suffer from adverse selection. To be sure, additional remedies such as warranties or certifications by independent third parties (for instance in the case of used cars) is necessary in order to reduce reliance on interpersonal trust, or to reduce deficits in trust and to remedy the problem of adverse selection with respect to any particular product and market.

b) Offeree’s Advantage

Although not the situation envisaged by Akerlof, the informational advantage may be reversed: the offeree may possess skills or expertise that the offeror lacks. To give some simple examples: Selling family heirlooms, antiques, or pawning almost anything virtually guarantees that the prospective offeree who is acting in the course of their business (where the offeror is not, and is a relative amateur) will have negotiating leverage created among other things by a knowledge of the relevant market(s), value, price and probable price movements. Just as in DII 1 a, marking to market does not fully protect the offeror. However it reduces the probability that the seller will receive less than the market value and sustain an unfair and avoidable loss. Taking the good to market means that there is no obligation to sell to any particular person, further protecting the

seller. A well-known *ḥadīth* encapsulates the themes of information asymmetry and market functions: “Let not a city-dweller sell on behalf of an incoming Bedouin. Leave the people so that Allāh may make them benefit one another.”⁷² Here the seller, the Bedouin freshly arrived from the desert is at an informational disadvantage, ripe for exploitation. The *ḥadīth* proposes the market as a protective device, one that will maximise mutual advantage, or at least avoid the exploitation of one party’s ignorance. That is not to say that the existence of a market guarantees better results for the new arrival as he may meet deception and treachery in town; however having access to the market represents an incremental, relative improvement from the position of unequal leverage and information sure to obtain on the outskirts of the city. From a systemic perspective, marking to market as indicated by the *ribā* rules reduces informational asymmetries, and the uncertainties and risks borne by one or both parties; it increases efficiency, frequency of trade, and the probability of achieving and maintaining Pareto optimality.⁷³

2 Framing Effects: The Endowment Effect and Loss Aversion

A framing effect is one where a person’s preferences depend on how the options are presented to him or her.⁷⁴ It is a significant irrationality because there is no necessary correspondence between how options are presented or framed, and the benefit (or in economic terms, the utility) of the respective options. The perfectly rational economic actor is immune to framing effects and would consistently disregard appearances created by means of presentation. However empirical evidence demonstrates a high incidence of framing effects, two of which will be explained here.

distribution will cause at least one person to become worse off.

⁷⁴ Angner (fn. 68), p. 45.

⁷² Narrated by Muslim, quoted in Gamal (fn. 63), p. 118.

⁷³ Pareto optimality is the situation where goods or other resources are distributed in such a way that any re-

Possession of a good by itself tends to cause the possessor to overvalue the good. This is known as the endowment effect. In colloquial terms we cherish what we have, simply because it is ours. A variety of psychological explanations can be given but for present purposes it is enough to note that this characteristic overvaluing of property entails a tendency (when offering a possession for sale) to demand an inflated price.⁷⁵ There need be no allegation of extortionate behaviour or unfairness here, since the endowment effect operates at the level of affective preference rather than strategic calculation. Translating goods or other property possessed into money's worth is a form of reality-testing, effectively the debunking of the endowment effect when the offeror settles for an equilibrium price imposed by the market – how much (or how little) the market will bear.

Logically speaking an entailment of the endowment effect is another effect: aversion to loss. The experimental finding is “the apparent fact that people dislike losses more than they like commensurate gains. Loss aversion is reflected in the fact that many people are more upset when they lose something than pleased when they find the same thing.”⁷⁶ People accord less importance to gains than to losses, which in economic terms is expressed as the proposition that they discount gains more than they discount losses. Such negative discounting of loss is one form of dynamic inconsistency.⁷⁷ Arithmetically losses and gains of equal magnitude are the same (a pound incoming is equal in value to a pound outgoing). Therefore logically there should be no discount. Generalised risk aversion is one of the side-effects of the negative discounting of loss.

⁷⁵ Ibid.: The “manner in which people assess various options might depend on a reference point – in this case, their current endowment”.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ R. Thaler: Some Empirical Evidence on Dynamic Inconsistency, in: *Economic Letters* 8 (1981), p. 201.

Whether a good is bartered or sold for money, the endowment effect and loss aversion reduces the number of mutually advantageous exchanges that take place. Exposure to a market as opposed to exposure to a single buyer, however, is likely to diminish each of these two effects and therefore to increase the number of mutually beneficial trades. In relation to the endowment effect if many parties (as in a large market) have rejected an offered price, as opposed to only a single buyer (or to a small number in a series of one-on-one attempted barter transactions), the reduction in the endowment effect is likely to be correspondingly greater.

In relation to loss aversion, the larger the market exposure and the greater the information that is factored into the price, the greater assurance the buyer has that selling represents an appreciable gain rather than a loss. And the perceived likelihood that they are cheated or treated unfairly correspondingly diminishes. By requiring marketing to market the *ribā* rules require market exposure, which is as or more important for redressing the irrational endowment effect and loss aversion as is the conversion of perceived value into a monetary price.

3 Temporal Discounting

A second form of dynamic inconsistency is when preferences are inconsistent over time. The actual value of two options does not change simply because time elapses.⁷⁸ However the tendency to discount an option that is further in the future is a marked human tendency, even when the discounting is so great as to make it irrational.⁷⁹ The

⁷⁸ Angner (fn. 68), p. 159. However, a sufficiently distant time horizon arguably does justify discounting, for example if extended out after a person's anticipated date of death.

⁷⁹ “Thus, events deferred one year in the immediate future is discounted much more heavily than ones deferred

experimental findings however suggest that people tend to postpone loss for immediate gain,⁸⁰ which is irrational and a further manifestation of loss aversion. Future discounting is also, to put the point simply, a form of impatience and an inability to delay gratification – even when it is known that such delay will be rewarded with an increased pay-off. Impulsivity, self-control problems, and weakness of will conspire to make the execution of plans difficult or impossible, depending upon the continence and temperance of the individual in question.⁸¹ As a result of these tendencies people are liable to take on debt in order to enable immediate consumption;⁸² postpone pain for pleasure; and to ‘mortgage’ their financial futures. The credit *ribā* rule addresses these behaviours of temporal discounting. If credit is not readily available it will be impossible to indulge these tendencies. People are forced to live within their means; they are also compelled to increase their rate of saving. Easy credit has the opposite motivational effect. It feeds rather than retards inconsistent time preferences and framing effects.

E Conclusion: Some Characteristics of Money in English and Islamic Law

The purpose of this article is to juxtapose two normative frameworks and the law developing out of them, having regard to the operative economic definition of money, and to the legal regulation and control of the uses of money. The law adds nothing to the economic definition of

money. This article restated that tripartite definition in the Introduction. This article then traced the world historical evolution from the barter system to the creation of commodity money, and finally to the manufacture of paper or electronic fiat money denominated in currency. Notwithstanding the law’s reliance on economics for the definition of money, the law alone decides what may or may not be done with money. Broadly both English and Islamic law presuppose the value of trade and the existence of market capitalism. Each permits according time value to money and the commoditization of money. This article set itself the aim of explaining why then Islamic law alone (among the world’s legal systems, national and non-national) condemns usury.

The common law adopts what could be characterised as a *laissez-faire* approach to interest and debt. It is clear that neither the standard economic nor the behavioural economic model have impinged upon or altered this approach. Characteristically and probably wisely the courts have largely left money and business to the professional people of banking and business – to managers, boards, and entrepreneurs.⁸³

With regard to Islamic commercial law, this article has surveyed the primary and secondary sources, selecting two theories from Islamic legal-intellectual traditions for further scrutiny. Based on psychological traits hypothesized by behavioural economists regarding human attitudes towards property, and the effects of markets and monetisation, this article claims that an overriding imperative drives the *ribā* rules: reducing the

one year in the distant future. This is the common difference effect.” Gamal (fn. 63), p. 120.

⁸⁰ Angner (fn. 68), p. 159.

⁸¹ Compare Harry Frankfurt on second order desires; Freedom of the Will and the Concept of a Person, in: *The Journal of Philosophy* 68.1 (1971), p. 5.

⁸² Thaler (fn. 77), *ibid.*

⁸³ On the reticence of the English courts to intervene in management: *Howard Smith Ltd v Ampol Petroleum Ltd* [1974] AC 821 (PC) [835]. There is however greater scope for intervention by statute, with the Companies Act 2006 and within it director’s duties (chapter 2 concerning the general duties) being substantial examples.

losses and risks individuals incur by acting on incomplete information and predictably biased beliefs. The article contends that this fuller cognisance of some characteristics of money and demonstrable human proclivities have given rise to and to some extent continue to justify prohibitions that English law does not impose.

It is not the purpose of this article to defend or to advocate English, Islamic or any other attempt to regulate money or monetary transactions by means of law. However having at least tacitly intimated that the *ribā* rules are based on a more complete analysis of human nature and the mischiefs to which money may act as an accessory, it is worth concluding by briefly entertaining some possible rejoinders to the claims made, namely that the *ribā* rules are: (a) paternalistic, (b) moralising, and (c) impracticable.

Regarding (a), there is no doubt that the abolition of credit would be both paternalistic and draconian. However this is not the position at Islamic law, which has devised means of financing that supply credit and liquidity, even as they restrain lending as such by requiring the presence of an asset (as contrasted with a pure debt obligation) or joint exposure to loss and risk in pursuit of profits (as in partnerships). Islamic finance restrains leverage and limits the quantum of liabilities with the requirement of an asset, as is also the case with asset-based finance pledging no fealty to Islamic law. In addition this article has demonstrated that Islamic law permits according a time value to money, contrary to what an unqualified equation of *ribā* and interest would suggest.

Regarding (b), it is certainly true that the *ribā* rules interdict transactions, reducing the freedom to contract, as well as the ease with which resources can be mobilised – even for the best motives and most worthy objectives. As the organic development of English contract law readily demonstrates party autonomy is not an absolute value, but one that is tempered by policy and a continuing accretion of terms implied by statute. Freedom of contract is nowhere of infinite weight in the scales of justice.⁸⁴ Different states and societies can and should strike the balance in different ways.⁸⁵ Calling one attempt at completing this balancing exercise moralising and another liberating would be quite arbitrary and senseless.

(C) amplifies both (a) and (b). The impracticability of the *ribā* rules is the most serious objection that can be made regarding the application of Islamic commercial law in modern times, and a challenge that the nascent Islamic banking industry seeks to meet, with varying levels of success.⁸⁶ Even if Islamic law does not abolish the provision of finance facilities, it still proposes a drastic curtailment of the status quo. It is the proverbial sledge hammer cracking a walnut. The world is through and through inter-penetrated by debt and debt-like obligations; loans are the very lifeblood of governments, companies and households. Efforts to ‘Islamize’ entire economies have failed miserably, for a host of reasons. At the same time a diatribe against debt (which this article is not) would likely meet with a receptive audience in many quarters, not least because of the latest global economic crisis fomented by the

⁸⁴ It might be thought that freedom of contract is primary in English law, whereas it is secondary in Islamic law where some notion of justice is primary. However this generalisation is hardly tenable considering statutory interventions in English, European Union and international law, with which Islamic law has not kept up due to its status as non-national law: for example, Unfair Contract Terms Act 1977, the Sale of Goods Act 1979, a host of

European directives, UNIDROIT, and other efforts to harmonise contract law.

⁸⁵ Compare Charles de Secondat Baron de Montesquieu: *The Spirit of Laws*, transl. by Thomas Nugent, Bell & Sons 1914.

⁸⁶ On the significance of Islamic finance and its impact on *ṣarī‘a*: Jonathan Ercanbrack: *The Transformation of Islamic Law in Global Financial Markets*, CUP 2015.

following factors, among others: indiscriminate lending, excessive consumer borrowing, insufficient national saving, the fettered judgment or negligence of rating agencies, excessive leveraging of banks, and the trading of derivatives detached from real assets. In short, a recognisable pattern of human failings writ large.

As a concluding assessment this article suggests that Islamic law to a greater degree than English law appears to incorporate several sound insights regarding bounded and imperfect rationality; judgment that is clouded by framing effects; inconsistent dynamic preferences across loss and gain, and unwarranted future discounting. A diagnosis is not a cure. However a diagnosis further elaborated under modern-day conditions by means of rigorous social scientific methods may clarify likely effects of adopting in modified, partial form the *ribā* rules. In the alternative, those rules serve as a reminder of the role of markets as mechanisms for equalising information, and monetisation as a means of increasing

efficiency, fairness and mutually beneficial exchanges. The Islamic understanding of debt and interest, and the verification of that understanding by empirical research occasions – in an indicative list – a revaluation of possible: Parliamentary interventions promulgating some sensible form of usury statute; regulatory controls on credit card interest rates; banking disclosure rules; public financial and accounting education; mandatory borrowing and due diligence requirements for lenders; and adequate prudential requirements for financial institutions. The story of Islamic economics, banking and finance is a story whose ending is not yet known. However that story might unfold, perhaps the *ribā* rules are best understood as a provocative antithesis to the routine, contemporary provision of banking services and financing. An antithesis preceding a synthesis that may yet arrive and may come to rest at some as yet unimagined equilibrium.

Dr Scott Morrison is Reader in Commercial Law at Oxford Brookes University School of Law, in Oxford, England, where he teaches equity and trusts, banking and financial law and other commercial subjects. He completed the PhD at Columbia University in 2004 and was called to the English Bar by Gray's Inn (London) in 2012. He has taught law and politics in London, Christchurch (New Zealand), Tokyo and Akita (Japan), Dubai and Abu Dhabi, the Maldives, Istanbul and New York City.

Modernes Sklaventum? – Die Rechtsstellung des Gastarbeiters in den Golfstaaten

Ruben Kühl

I Einleitung

Von Mitternacht bis halb drei am Morgen hat meine Arbeitgeberin mich mit einem Stromkabel geschlagen. Am Ende sagte sie: „Andere Hausherrinnen würden dich nach Hause schicken, aber ich nicht. Du hast nur zwei Möglichkeiten: Entweder arbeitest du ohne Lohn, oder du wirst hier sterben. Wenn du stirbst, sage ich der Polizei, du hättest Selbstmord begangen.“ Selbst wenn ich ohne Lohn arbeitete, garantierte das nicht, dass ich nicht geschlagen würde. Deshalb bin ich geflohen. Alle Türen waren abgeschlossen, sodass kein Weg rausführte; an den Fenstern waren Metallgitter, aber es gab ein Loch für die Lüftung im Badezimmer, durch das ich fliehen konnte. Bevor ich floh, betete ich zu Allāh, dass er mir helfen möge, obwohl mein Körper sehr dreckig war, weil sie mir für einen Monat lang nicht erlaubte, ein Bad zu nehmen. Ich betete.

Das vorstehende Zitat¹ stammt aus einem Interview der NGO Human Rights Watch (HRW) mit einer indonesischen Gastarbeiterin in Riyad, Saudi-Arabien im März 2008. Es schildert die Situation von einer der mehr als 11 Millionen² ausländischen Arbeiter in Saudi-Arabien, die größtenteils aus Asien oder Afrika kommen und als ungelernete Arbeitskräfte zu extrem niedrigen Löhnen in der Agrikultur, im Dienstleistungssektor oder

als Haushaltshilfen tätig sind.³ Sie stellen in den Golfstaaten einen Großteil der Arbeitskräfte: Bis zu 95 % der Arbeitskraft in den Vereinigten Arabischen Emiraten kommt von Gastarbeitern,⁴ sie repräsentieren mehr als 80 % der Gesamtbevölkerung Qatars⁵ und ein Drittel der Gesamtbevölkerung in Saudi-Arabien.⁶ Migranten in den Golfstaaten machen 10 % aller Migranten auf dem Globus aus; Saudi-Arabien weist die weltweit

¹ Human Rights Watch Report: „As if I Am Not Human“ – Abuses against Asian Domestic Workers in Saudi Arabia (übersetzt aus dem Englischen durch den Autor), 2008, www.hrw.org/sites/default/files/reports/saudiaria0708_1.pdf (letzter Zugriff 10. 09. 2019), S. 1.

² General Authority for Statistics – Kingdom of Saudi Arabia: *Population by Age Groups, Gender and Nationality 2016*, www.stats.gov.sa/sites/default/files/estm_pop_2016_4.pdf (letzter Aufruf 19. 05. 2017).

³ Anthony H. Cordesman / Nawaf Corobaid: *National Security in Saudi Arabia: Threats, Responses, and Challenges* (2005), S. 374.

⁴ Antoinette Vlioger: *Domestic Workers in Saudi Arabia and the Emirates: A Socio-Legal Study on Conflicts* (2011), S. 32.

⁵ Priya Dsouza Business Intelligence: *Population of Qatar by Nationality – 2017 Report*, priyadsouza.com/population-of-qatar-by-nationality-in-2017 (letzter Aufruf 21. 05. 2017).

⁶ General Authority for Statistics – Kingdom of Saudi Arabia: *Population by Age Groups, Gender and Nationality 2016*, www.stats.gov.sa/sites/default/files/estm_pop_2016_4.pdf (letzter Aufruf 19. 05. 2017).

viertgrößte Anzahl von Ausländern in der Bevölkerung auf.⁷ Zwar kehren viele der Arbeitskräfte ohne Beschwerden nach Hause zurück.⁸ Jedoch finden sich die, die an ihrem Arbeitsplatz Ausbeutung, Missbrauch oder Gewalt erfahren, einem System ausgesetzt, in dem sie der Willkür ihrer Arbeitgeber sowie staatlicher Diskriminierung und Entrechtung ausgeliefert sind.

Die Liste der Menschenrechtsverletzungen an Gastarbeitern in den Golfstaaten ist lang; eine kleine Auswahl von Vorfällen wird in dieser Arbeit exemplarisch behandelt. Immer wieder finden Berichte über Missbrauch und Grausamkeiten an ausländischen Arbeitskräften den Weg in die internationale Presse; insbesondere beim Zuschlag der WM 2022 an Qatar häuften sich Medienberichte über „sklavenartige“ Bedingungen auf den Baustellen von Fußballstadien und anderer Infrastruktur.⁹

Diese Arbeit untersucht die Situation von Gastarbeitern in den Staaten des *Gulf Cooperation Council* (GCC) in Einbeziehung der historischen Entwicklungen, internationalen und nationalen rechtlichen Rahmenbedingungen und der Rekrutierungspraktik in den Heimatländern. Der Begriff ‚Gastarbeiter‘ wird im Rahmen dieser Arbeit für die Männer und Frauen gebraucht, die als ungelernte oder niedrig qualifizierte Arbeitskräfte temporär in die Golfstaaten immigrieren.

Zur Betrachtung der Rechtslage wurde aus Platzgründen nur die rechtliche Lage in Saudi-Arabien und Qatar im Detail aufgearbeitet; die beiden Länder wurden ausgewählt, da Saudi-Arabien der bevölkerungsreichste Golfstaat ist¹⁰ und Qatar das höchste Bruttoinlandsprodukt pro Kopf aufweist.¹¹ Im Übrigen ähneln sich die relevanten Arbeits- und Migrationsgesetze in Bezug auf ausländische Arbeitskräfte in allen GCC-Staaten mit Ausnahme von Bahrain stark, sodass die Darstellung der Rechtslage in Qatar und Saudi-Arabien als repräsentativ für die Lage in den GCC-Staaten betrachtet werden kann.¹²

Abschließend wird mit Blick auf die getroffenen Feststellungen diskutiert, inwiefern die Situation der Gastarbeiter tatsächlich als ‚modernes Sklaventum‘ anzusehen ist und welche Perspektiven zur Änderung der Lage vorhanden sind.

II Gastarbeit und Migration in den GCC-Staaten

Heute sieht sich der Arbeitsmarkt in den ölreichen Staaten der arabischen Halbinsel mit besonderen Herausforderungen konfrontiert: Bis zur Mitte der 1980er Jahre blieben die Arbeitsmärkte wegen hoher Nachfrage aufgrund steigender staatlicher Investitionen stabil; ausländische Arbeitskräfte besetzten vorrangig die Arbeitsplätze,

⁷ International Labour Organisation: *Labour Migration: Facts and Figures*, www.ilo.org/beirut/areasofwork/labour-migration/lang--en/index.htm (letzter Aufruf 21. 05. 2017).

⁸ Human Rights Watch: *Bad Dreams – Exploitation and Abuse of Migrant Workers in Saudi Arabia*, in: *Human Rights Watch Report 16* (Juli 2004), S. 1.

⁹ The Guardian: *Revealed: Qatar’s World Cup ‘Slaves’* (25. 09. 2013), domide.colmex.mx/Archivos/Doc_6031.pdf (letzter Aufruf 19. 05. 2017).

¹⁰ Gulf Labour Markets and Migration: *CC: Total Population and Percentage of Nationals and Non-nationals in GCC*

Countries (31. 03. 2015), gulfmigration.eu/total-population-and-percentage-of-nationals-and-non-nationals-in-gcc-countries-latest-national-statistics-2010-2015 (letzter Aufruf 25. 06. 2017).

¹¹ Islamic Economics: *GCC GDP & Per Capita Income* (05. 05. 2016), islamiceconomics.net/gcc-gdp-per-capita-income (letzter Aufruf 21. 05. 2017).

¹² Maysa Zahra: *The Legal Framework of the Sponsorship Systems of Qatar, Saudi Arabia and Kuwait: A Comparative Examination*, in: *Gulf Labour Markets and Migration 7* (2014), S. 4.

die nicht durch Staatsbürger gefüllt wurden. Sinkende, instabile Ölpreise und ein daraus resultierender Rückgang staatlicher Investitionen führten jedoch in den letzten Jahrzehnten zu einem Rückgang der Arbeitsnachfrage im öffentlichen Sektor, der traditionell die überwiegende Mehrheit der GCC-Staatsbürger beschäftigte.

Dies verursachte ein nie dagewesenes Phänomen: Die Zahl der Arbeitslosen unter Staatsbürgern der GCC-Staaten wird immer höher (2010 waren ca. 500 000 saudische Staatsangehörige arbeitslos; die Jugendarbeitslosenquote lag bei 30,2%)¹³, während Arbeitsmigranten erfolgreich in allen Sektoren der Wirtschaft tätig sind.¹⁴

Junge Bildungsabsolventen mit hohen Einkommenserwartungen aus den GCC-Staaten erfüllen nicht die Qualifikationsstandards privater wirtschaftlicher Unternehmen; aufgrund niedrigerer Löhne und höheren Rentenalters ist die Arbeit in der Privatwirtschaft für Einheimische unattraktiv; die Einstellung Einheimischer ist andererseits auch für Unternehmen nicht reizvoll, da billigere und produktivere ausländische Arbeitskräfte unbegrenzt zur Verfügung stehen. Auch die Einführung von Pflichtquoten für die Beschäftigung von Einheimischen hatte keine wesentlichen Auswirkungen auf die Erwerbsquote bei Einheimischen.

Rechtliche und traditionsbedingte Hindernisse bei der Beschäftigung von Frauen bewirken zudem eine extrem niedrige Erwerbsquote bei Frauen. Daher kommt in allen GCC-Staaten mehr als

80 % der Arbeitskraft im privaten Sektor von ausländischen Arbeitern (bis zu 99% in Qatar).¹⁵ Dem staatlichen Sektor ist es unterdessen kaum möglich, genug Positionen für die Masse arbeitsloser Staatsbürger zu schaffen, die von diesem Sektor aber fast vollständig abhängig sind.¹⁶

Am stärksten besteht die beschriebene Lage im Markt für ungelernete Arbeitskräfte: Kulturelle Barrieren schließen Staatsbürger von fast allen Tätigkeiten im Dienstleistungssektor aus, dessen anstrengende, teils gefährliche und ‚dreckige‘ Tätigkeiten soweit mit ausländischen Arbeitern aus Asien und Afrika assoziiert werden, dass Einheimische sich weigern, dort tätig zu werden.¹⁷

Hier hat sich vor allem die Herkunft der Arbeitsmigranten in den letzten Jahrzehnten stark verändert: Stammten noch 1975 mehr als 90 % der Arbeitsmigranten in Saudi-Arabien aus einem arabischen Nachbarland (mit dem Vorteil der weitgehenden sprachlichen und kulturellen Übereinstimmungen), machten diese 2002 nur noch einen Anteil von 37 % aus.¹⁸ Aktuell kommt die große Mehrheit der niedrig qualifizierten Arbeitsmigranten aus Asien, insbesondere aus Indien, Pakistan, den Philippinen und Bangladesch, aber auch aus Nepal, Sri Lanka und Vietnam.¹⁹

Dies hat im Wesentlichen zwei Gründe: Zum einen sind die asiatischen Arbeitskräfte billiger und anspruchsloser, und lassen im Gegensatz zu arabischen Gastarbeitern im Regelfall ihre Familien im Herkunftsland zurück, wobei ein Familiennachzug von Behörden der GCC-Staaten höchst unerwünscht war.

¹³ Focus Migration: *Länderprofil GCC-Staaten* (2012), S. 8.

¹⁴ Maurice Girgis: National versus Migrant Workers in the GCC: Coping with Change, in: *Employment Creation and Social Protection in the Middle East and North Africa* (2002), S. 95.

¹⁵ Martin Baldwin-Edwards: *Labour Immigration and Labour Markets in the GCC Countries: National Patterns and Trends* (2011), S. 18.

¹⁶ Girgis: National versus Migrant Workers in the GCC, S. 96.

¹⁷ Ray Jureidini: *Migrant Workers and Xenophobia in the Middle East*, *United Nations Research Institute for Social Development*, S. III.

¹⁸ Andrej Kapiszewski: Arab Labour Migration to the GCC States, in: *Arab Migration in a Globalized World*, *International Organization for Migration* (2004), S. 123.

¹⁹ Vlieger: *Domestic Workers in Saudi Arabia and the Emirates*, S. 47.

Der andere Grund ist politischer Natur: Ab den 1970er Jahren sahen sich die Behörden zunehmend konfrontiert mit radikalen säkularen, pro-sowjetischen oder panarabistischen Ideologien, die sich im Rest der Levante ausbreiteten und Arbeitskämpfe sowie revolutionären Aufbau unter arabischen Migranten auch am arabischen Golf speisten.²⁰ Insbesondere nach den Ereignissen des zweiten Golfkrieges wurden mehr als 1,5 Millionen Iraker und Angehörige von Unterstützerstaaten des Irak (vor allem Palästinenser, Jordanier, Jemeniten und Sudanesen) aus den GCC-Staaten ausgewiesen, von denen ein Großteil nicht später zurückkehrte.²¹

Im Jahr 2002 kamen die meisten Gastarbeiter in den GCC-Staaten aus Indien (3,2 Mio.) Pakistan (1,7 Mio.), Ägypten (1,4 Mio.), dem Jemen (1 Mio.), Bangladesh (820 000), den Philippinen (730 000) und Sri Lanka (700 000).²²

Zwar arbeitet auch eine größere Zahl *Expatriates* in höheren, gut bezahlten Positionen im Wirtschaftssektor der GCC-Staaten, der Fokus dieser Arbeit liegt aber auf der Situation von Hausangestellten und Arbeitern im Bauhandwerk, die als meist ungelernte Arbeitskräfte den niedrigsten Status in der Gesellschaft besitzen und am häufigsten Missbrauch und Ausbeutung ausgesetzt sind.

Seit den 1970er Jahren machen Hausangestellte, meist Frauen, einen substanziellen Anteil

der ausländischen Arbeitskräfte in den GCC-Staaten aus. 2009 waren mehr als 1,8 Millionen ausländische Hausangestellte in den GCC-Staaten beschäftigt, davon mehr als 1,1 Millionen Frauen.²³ Männer werden häufig als Köche, Gärtner, Fahrer oder Wachpersonal eingestellt, während Frauen fast ausschließlich im Haushalt tätig sind und Aufgaben wie Reinigung, Wäsche und Kinder- und Seniorenbetreuung übernehmen.²⁴

Im Gegensatz zu den OECD-Staaten ist die hohe Nachfrage nach Hausangestellten in den Golfstaaten nicht bedingt einem Trend zum doppelten Haushaltseinkommen, sondern vielmehr dem begüterten Lebensstil der ölreichen Staaten und einem Mangel an staatlichen Fürsorgeangeboten für Kinder, Behinderte, Kranke und Senioren geschuldet.

Die GCC-Staaten sind weltweit die einzigen Staaten, in denen der Mittelstand Hausangestellte beschäftigt; die Zahl der Hausangestellten fungiert als Statussymbol einer Familie.²⁵

Die Angestellten verdienen zwischen 100 und 300 US-Dollar im Monat, womit sie für den Arbeitgeber extrem günstig sind und die Arbeitnehmer immer noch wesentlich besser verdienen als in ihren Heimatländern. Gleichzeitig profitieren Staatshaushalte und Familien der Hausangestellten in der Heimat von transferiertem Geld und niedrigeren Arbeitslosenzahlen.²⁶

²⁰ Kapiszewski: *Arab Labour Migration to the GCC States*, S. 119.

²¹ Martin Baldwin-Edwards: *Labour Immigration and Labour Markets in the GCC Countries: National Patterns and Trends*, in: *LSE Global Governance* 15.03 (2011), S. 37.

²² Andrej Kapiszewski: *Arab versus Asian Migrant Workers in the GCC Countries*, *United Nations Expert Group Meeting on International Migration and Development in the Arab Region*, *UN Department of Economic and Social Affairs* (2006), S. 10.

²³ Bina Fernandez: *Essential Yet Invisible: Migrant Domestic Workers in the GCC*, in: *Gulf Labour Markets and Migration* 4 (2014), S. 4.

²⁴ International Labour Organization: *Who Are Domestic Workers?* (2015), www.ilo.org/global/docs/WCMS_209773/lang--en/index.htm (letzter Aufruf 22. 05. 2017).

²⁵ Focus Migration: *Länderprofil GCC-Staaten* (2012), S. 8.

²⁶ Fernandez: *Essential Yet Invisible: Migrant Domestic Workers in the GCC*, S. 5.

Andererseits sind Hausangestellte meist am verwundbarsten gegen Übergriffe und Ausbeutung durch ihre Arbeitgeber, da die Arbeitsbedingungen in Privatwohnungen quasi nicht staatlich kontrollierbar sind, die meisten Hausangestellten im Haus des Arbeitgebers übernachten und auch sonst nur selten die häusliche Sphäre verlassen (dürfen). Außerdem sind Hausangestellte in allen GCC-Staaten explizit von den wenigen existierenden Arbeitsschutzvorschriften ausgeschlossen.²⁷

Ausländische Hausangestellte sind daher multiplen Faktoren von Ausbeutung und Missbrauch ausgesetzt, die im nachfolgenden Abschnitt 3.1 genauer untersucht werden.

Der wachsende Bausektor in den GCC-Staaten, der mit dem Ölboom der 1970er Jahre große Bedeutung erlangte, deckte seinen Bedarf an Arbeitskräften von Beginn an aus dem Ausland; in den VAE sind heute beispielsweise mehr als eine halbe Million ausländischer Bauarbeiter beschäftigt.²⁸ Sie machen in den VAE knapp 20 % und in Saudi-Arabien etwa 26 %²⁹ der ausländischen Arbeitskraft aus, kommen größtenteils aus ländlichen Gegenden der südasiatischen Länder und sind oft Analphabeten.

Die fast ausschließlich männlichen und oft analphabetischen Arbeiter im Bausektor in den GCC-Staaten sind ebenfalls Opfer von Ausbeutung und marginalen Arbeitsbedingungen, auch wenn sich die Art der Gefahren von den Gefahren

für Hausangestellte unterscheidet. Arbeitsschutzmaßnahmen an Baustellen fehlen meist vollständig; die Arbeiter müssen exzessive Schichten in hohen Temperaturen ohne Pausen durcharbeiten, werden in unhygienischen und überfüllten Massenunterkünften untergebracht, werden verspätet oder gar nicht bezahlt³⁰ und dürfen sich in allen GCC-Staaten (mit Ausnahme von Bahrain und Qatar) nicht gewerkschaftlich organisieren.³¹

Besondere Aufmerksamkeit erfuhren die Menschenrechtsverletzungen an ausländischen Bauarbeiten in Qatar im Zusammenhang mit dem Zuschlag der Fußballweltmeisterschaft 2022; die Regierung bemühte sich daraufhin zur Erstellung eines *Workers' Welfare Standard*.³²

Berichten von Amnesty International zufolge bewirkte dies jedoch nur unwesentliche Verbesserungen der Lage an den Baustellen für WM-Infrastruktur.³³

Obwohl zwar die Mehrheit der Gastarbeiter ihre Arbeitszeit in den GCC-Staaten ohne Probleme verbringt,³⁴ konzentriert sich dieser Abschnitt auf publik gewordene problematische Fälle. Diese weisen bestimmte Muster von Ausbeutung und Missbrauch auf, angesichts derer und in Betracht der schieren Zahl an Beschwerden es gerechtfertigt erscheint, nicht von Einzelfällen, sondern von einem strukturellen Defizit zu sprechen,³⁵ das zu großen Teilen der rechtlichen Situation der Gastarbeiter geschuldet ist.

²⁷ Ibid., S. 9; vgl.: Amnesty International: *“My Sleep is my Break”*: Exploitation of Migrant Domestic Workers in Qatar (2014), S. 23.

²⁸ Human Rights Watch: *Building Towers, Cheating Workers* (11. 11. 2016).

²⁹ Françoise De Bel Air: Demography, Migration and Labour Market in Saudi Arabia, in: *Gulf Labour Markets and Migration* 1 (2014), S. 6.

³⁰ Amnesty International: *The Ugly Side of the Beautiful Game* (2016), S. 5.

³¹ Human Rights Watch: *Gulf Countries: Bid to Protect Migrant Workers* (22. 12. 2015), www.hrw.org/news/2015/12/22/gulf-countries-bid-protect-migrant-workers (letzter Aufruf 22. 05. 2017).

³² Amnesty International: *The Ugly Side of the Beautiful Game*, S. 9.

³³ Ibid.

³⁴ Human Rights Watch: *Bad Dreams*, S. 1.

³⁵ Amnesty International: *My Sleep is my Break*, S. 7.

So verzeichnete die philippinische Botschaft in Qatar 2011 mehr als 3 500 Beschwerden über Nichtbezahlung, unmenschliche Arbeitsbedingungen, Missbrauch und physische Gewalt an Gastarbeitern; die nepalesische Botschaft berichtet von durchschnittlich 50 derartigen Beschwerden pro Tag.³⁶

Die Praxis der Konfiszierung des Reisepasses durch den Arbeitgeber ist, obwohl inzwischen in den meisten GCC-Staaten verboten,³⁷ immer noch weit verbreitet³⁸ und stellt Arbeiter in absolute Abhängigkeit von ihrem Arbeitgeber, wenn die Arbeit gekündigt werden soll oder eine Rückkehr in den Heimatstaat gewünscht ist.

Jegliche Organisation in Gewerkschaften ist für Gastarbeiter in Saudi-Arabien und den VAE verboten;³⁹ streikende Arbeiter sehen sich brutaler Repression durch die Sicherheitskräfte und in den meisten Fällen einer Internierung in Abschiebelagern und anschließender Abschiebung ohne Auszahlung des Lohns ausgesetzt.⁴⁰

Dieser Abschnitt soll anhand von Einzelfallberichten die Situationen illustrieren, in denen sich ausländische Arbeitskräfte wiederfinden können, wenn Probleme mit dem Arbeitgeber auftreten. Missbrauchsfälle an Hausangestellten lassen sich

kategorisieren in Fälle von Nichtbezahlung und exzessiven Arbeitszeiten, Belästigung und Nötigung bis hin zu schwerer physischer und sexueller Gewalt.⁴¹

Hausangestellte in Qatar und Saudi-Arabien arbeiten durchschnittlich mehr als 60 Stunden in der Woche;⁴² in einer Befragung durch HRW 2014 gab die Mehrzahl der Befragten sogar Arbeitszeiten von 15 bis 21 Stunden pro Tag an. Von 99 befragten Hausangestellten in derselben von HRW durchgeführten Untersuchung in den VAE im Jahr 2014 erklärten 22, dass ihr Arbeitgeber sie physisch missbraucht habe. Viele berichteten von Stockschlägen und Tritten, um sie zu ‚härterem Arbeiten‘ zu bewegen:

Sie schlugen mich ins Gesicht und traten mich. Sie haben einen Stock für mich. Wenn ich einen kleinen Fehler machte, würden sie mich auf die Waden, den Rücken und den Kopf schlagen. Der Hausherr ohrfeigte mich oder schlug mir ins Gesicht. Wenn sie vom Einkaufszentrum zurückkamen und ich nicht mit der Arbeit fertig war, schlugen sie mich. Sie sagten: „Wenn du deine Arbeit gemacht hättest, würden wir dich nicht schlagen“.⁴³

³⁶ Ray Jureidini: *Migrant Labour Recruitment to Qatar, Report for Qatar Foundation Migrant Workers Welfare Initiative* (2014), S. 126.

³⁷ Zum Verbot in Qatar siehe The Guardian: *Balfour Beatty and Interserve Accused of Migrant Worker Labour Abuses in Qatar* (13. 04. 2016), www.theguardian.com/globaldevelopment/2016/apr/13/balfour-beatty-interserve-accused-migrant-worker-labour-abuses-qatar (letzter Aufruf 25. 05. 2017); zum Verbot in Saudi-Arabien siehe Saudi Gazette: *SR2000 Fine for Keeping Workers' Passports: Ministry* (22. 10. 2015), saudigazette.com.sa/saudi-arabia/sr2000-fine-for-keeping-workers-passports-ministry (letzter Aufruf 25. 05. 2017); zum gerichtlichen Verbot in den VAE Human Rights Watch: *Migrant Workers Rights on Saadiyat Island in the United Arab Emirates* (10. 02. 2015), www.hrw.org/report/2015/02/10/migrant-workers-rights-saadiyat-island-united-arab-emirates/2015-progress-report (letzter Aufruf 25. 05. 2017).

³⁸ Human Rights Watch: *Gulf Countries: Bid to Protect Migrant Workers*.

³⁹ Migrant Rights Report: *We Still Need to Talk About Construction Worker Safety in the Gulf* (28. 04. 2015), www.migrant-rights.org/2015/04/we-still-need-to-talk-about-construction-worker-safety-in-the-gulf (letzter Aufruf 25. 05. 2017).

⁴⁰ Migrant Rights Report: *Labor Strikes in the GCC – Deportations and Victories in 2014* (29. 10. 2014), www.migrant-rights.org/2014/10/labor-strikes-in-the-gcc-deportations-and-victories-in-2014 (letzter Aufruf 25. 05. 2017).

⁴¹ Shirani Hetti Arachichi: *Violation of Women Workers' Rights in the Middle East*, in: *International Journal of Arts and Commerce* 2.2 (Februar 2013), S. 340.

⁴² Amnesty International: *My Sleep is my Break*, S. 28.

⁴³ Human Rights Watch: *„I Already Bought You“ – Abuse and Exploitation of Female Migrant Domestic Workers in the United Arab Emirates* (22. 10. 2014).

Die indonesische Botschaft in Qatar gab 2014 an, dass 5 bis 10 Hausangestellte täglich vor Gewalt durch Arbeitgeber in die Botschaft flohen.⁴⁴ 2010 berichtete BBC von einem Fall aus Saudi-Arabien, bei dem Ärzte 13 Nägel aus dem Körper einer Hausangestellten aus Sri Lanka entfernen mussten, die ihr Arbeitgeber als Strafe in ihren Körper getrieben hatte.⁴⁵ Ein CNN-Bericht von 2014 erhebt Anschuldigungen gegen einen saudi-arabischen Arbeitgeber, der seiner philippinischen Hausfrau als Strafe kochendes Wasser über den Körper goss.⁴⁶ Ein anderer Report von 2015 berichtet von einer indischen Hausfrau in Riyad, der von ihrem Arbeitgeber der Arm abgeschlagen wurde als Strafe für einen Fluchtversuch aus dem Haus.⁴⁷

Demgegenüber leiden ausländische Bauarbeiter in den GCC-Staaten vor allem unter einer Bezahlung weit unterhalb der Armutsgrenze bei exzessiven Arbeitszeiten, menschenunwürdigen Unterkünften, extrem unsicheren Arbeitsbedingungen und der Zurückbehaltung von Löhnen.⁴⁸

Im Jahr 2013 starben 276 nepalesische Arbeiter in Qatar an Überarbeitung (vor allem durch plötzlichen Herzstillstand und Schlaganfälle).⁴⁹ Ihre Unterbringung erfolgt in durch den Arbeitgeber bestimmten Großunterkünften sogenann-

ter *labour camps* in der Peripherie am Stadtrand der Großstädte mit 10 bis 15 Personen in kleinen Räumen.⁵⁰ Schlechte hygienische Bedingungen, fehlende oder unzureichende Sanitäreinrichtungen und oftmals fehlende Elektrizität führen zu Krankheiten und Insektenbefall.⁵¹

Eine Fernsehreportage von BBC im April 2009 enthüllte die inhumanen Bedingungen in den Camps und zeigte überfüllte Räume mit übergekauften Sanitäreinrichtungen, die zu der größten Baufirma der VAE, *Arabtec*, gehörten. Als Reaktion auf die Enthüllung wurde *Arabtec* lediglich zur Zahlung eines Bußgeldes in Höhe von umgerechnet 2723 \$ verurteilt.⁵²

Das Durchschnittsgehalt von Bauarbeitern in den VAE beträgt 175 \$ im Monat; eine Summe, die weit unter dem Existenzminimum in den Golfstaaten liegt.⁵³ Nach einem starken Abfall der Ölpreise im Jahr 2016 wurden mehr als 50 000 ausländische Arbeiter der saudi-arabischen Baufirma *Saudi Oger* arbeitslos; die Firma blieb den Arbeitslohn für sieben Monate schuldig. Ohne Unterkunft, Geld und Essen hat sich die Situation der Arbeiter zu einer humanitären Krise verschärft; ihre Versorgung hing nur von der Hilfe durch Nichtregierungsorganisationen und Essenslieferungen durch die indische Botschaft ab.⁵⁴

⁴⁴ Facilitating Exploitation: A Review of Labour Laws for Migrant Domestic Workers in the Gulf Cooperation Council Countries, in: *International Trade Union Confederation Legal and Policy Brief* (November 2014), S. 4.

⁴⁵ BBC News: *Nails Removed from Tortured Sri Lankan Maid* (27. 08. 2014), www.bbc.com/news/world-south-asia-11109726 (letzter Aufruf 23. 05. 2017).

⁴⁶ CNN: *Cousin Tells of Filipino Maid's Horrific Burns* (23. 05. 2014), edition.cnn.com/2014/05/22/world/middle-east/saudi-filipino-maid (letzter Aufruf 23. 05. 2017).

⁴⁷ BBC News: *India Woman's arm 'Cut off by Employer' in Saudi-Arabia* (09. 10. 2015), www.bbc.com/news/world-asia-india-34483504 (letzter Aufruf 23. 05. 2017).

⁴⁸ Sara Hamza: *Migrant Labour in the Arabian Gulf*, *University of Tennessee Honors Thesis Project* (2014), S. 11 ff.

⁴⁹ Americans for Democracy and Human Rights in Bahrain: *Slaving Away – Migrant Labor Exploitation and Human Trafficking in the Gulf* (2014), S. 31.

⁵⁰ Jennifer Heeg: *Seeing Security: Societal Securitization in Qatar* [Dissertation], Georgetown University 2010, S. 201.

⁵¹ Americans for Democracy and Human Rights in Bahrain: *Slaving Away*, S. 31.

⁵² Hamza: *Migrant Labor in the Arabian Gulf*, S. 13.

⁵³ *Ibid.*, S. 11.

⁵⁴ France24: *Foreign Workers in Saudi Arabia Face Food Crisis after Months without Pay* (04. 08. 2016), observers.france24.com/en/20160804-saudi-arabia-construction-company-oger-foreign-workers-india-pakistan-philippines (letzter Aufruf 25. 05. 2017).

III Die Rechtslage in den einzelnen Staaten

1 *Kafāla*-System und Aufenthaltsrecht in den GCC-Staaten

Die Rechtslage von Gastarbeitern in den GCC-Staaten wird im Wesentlichen geprägt vom sog. *Kafāla*-System und dessen Ausgestaltung durch das jeweilige lokale Aufenthaltsgesetz. Eingeführt wurde es in allen GCC-Staaten um 1950/1960;⁵⁵ etwa zur selben Zeit, in der die Golfstaaten mehrheitlich die Sklaverei abschafften.⁵⁶ Das System der *Kafāla* (arabisch für Bürgerschaft, Sponsorenschaft) basiert auf einem beduinischen Prinzip der Gastfreundschaft, das bestimmte Anforderungen an die Behandlung und den Schutz fremder Gäste stellt.

Historisch funktionierte das *Kafāla*-System als Mechanismus, um Fremde in einer beduinischen Gesellschaft unterzubringen. Der Gastgeber verbürgte sich für den Gast und übernahm Verantwortung für dessen Verhalten und seine Sicherheit.⁵⁷ Heutzutage wird es vielmehr als zentrales rechtliches Instrument der GCC-Regierungen zur Regulation der Arbeitsmigration in die eigenen Länder, und insbesondere zur Sicherstellung des Verlassens des Landes durch den Gastarbeiter nach Ablauf des Arbeitsverhältnisses angesehen.⁵⁸

Zwar existieren die Prinzipien der *Kafāla* auch in anderen arabischen Ländern wie Jordanien und Libanon; in den Golfstaaten wird es jedoch am striktesten praktiziert.

Arbeitsmigranten sind ab der Einreise in einen GCC-Staat (mit Ausnahme von Bahrain) an einen einheimischen Sponsor (*kafil*) gebunden. In der Regel ist dies der zukünftige Arbeitgeber, mit dem ein Vertrag bereits beim Rekrutierungsprozess im Heimatstaat abgeschlossen wurde (s. u.: Anwerbepolitik in den Heimatstaaten), der das Arbeitsvisum bezahlt, die rechtliche und ökonomische Verantwortung für den Arbeitnehmer trägt und schließlich auch die Ausreise nach Ende des Arbeitsverhältnisses durch ein sog. *No-Objection-Certificate* bewilligen muss.⁵⁹

Dadurch ist der ausländische Arbeitnehmer bei seiner Ankunft bereits von seiner Arbeit und dem Sponsoren abhängig; dies wird sich auch für die gesamte Zeit seines Aufenthalts nicht ändern. Das System verpflichtet den *Kafil*, für alle Kosten aufzukommen, die typischerweise in Verbindung mit der Beschäftigung eines Gastarbeiters stehen, wie Krankenversicherung, Arbeits- und Aufenthaltserlaubnisse.⁶⁰

Ebenfalls ist der Sponsor finanziell verantwortlich für die Repatriierung des Arbeitnehmers nach Ablauf des Arbeitsvertrages.⁶¹

⁵⁵ Heather Murray: Hope for Reform Springs Eternal: How the Sponsorship System, Domestic Laws and Traditional Customs Fail to Protect Migrant Domestic Workers in GCC Countries, in: *Cornell International Law Journal* (01. 04. 2012), S. 467.

⁵⁶ Zur Abschaffung in Saudi-Arabien 1962 Peter Willson/Douglas Graham: *Saudi Arabia: The Coming Storm* (1994), S. 15; zur Abschaffung in Qatar und VAE 1952 bzw. 1963 William Clarence-Smith: *Islam and the Abolition of Slavery* (2006), S. 117.

⁵⁷ Rooja Bajracharya / Bandita Sijapati: The Kafala System and its Implications for Nepali Domestic Workers, in: *Policy Brief 1* (2012), S. 3.

⁵⁸ Azfar Khan / Helene Harroff-Tavel: Reforming the Kafala: Challenges and Opportunities in Moving Forward, in: *Asian and Pacific Migration Journal* 20 (2011), S. 294.

⁵⁹ Onn Winckler: *Die Auswirkungen des rentenökonomischen Charakters der GCC-Staaten auf die Arbeitsmärkte, Länderprofile Migration, Bundeszentrale für politische Bildung* (30. 11. 2012), www.bpb.de/gesellschaft/migration/laenderprofile/150757/arbeitsmaerkte (letzter Aufruf 28. 05. 2017).

⁶⁰ Maysa Zahra: The Legal Framework of the Sponsorship Systems of Qatar, Saudi Arabia and Kuwait: A Comparative Examination, S. 4.

⁶¹ Noora Lori: *Temporary Workers or Permanent Migrants? The Kafala System and Contestations over Residency in the Arab Gulf States*, IFRI – Center for Migrations and Citizenship (2012), S. 15 f.

Gleichzeitig ist es dem Arbeitnehmer für die Dauer einer Mindestvertragslaufzeit verboten, seinen Sponsor und damit Arbeitgeber ohne dessen Genehmigung zu wechseln oder das Land ohne seine Erlaubnis zu verlassen.⁶²

Die Einzelheiten variieren zwischen den GCC-Staaten und ihren jeweiligen Arbeitsgesetzen. Zusammenfassend stellt das *Kafāla*-System einen Mechanismus dar, mit dem der Staat seine Überwachungs- und Sicherungsfunktion sowie die Kosten der Arbeitsmigration effektiv an seine Bürger weitergibt und privatisiert.⁶³

2 Internationale rechtliche Rahmenbedingungen

Auf internationaler Ebene existieren verschiedenste multilaterale Abkommen zum Arbeitsschutz migrantischer Arbeitskräfte, jedoch wurden nur wenige Konventionen durch Saudi-Arabien und Qatar ratifiziert.

Relevant für die Rechte von Gastarbeitern sind in erster Linie die 1948 von der UN-Vollversammlung verabschiedete *Universal Declaration of Human Rights*, die allerdings wie alle Beschlüsse der Vollversammlung lediglich Empfehlungscharakter aufweist⁶⁴ und darüber hinaus von Saudi-Arabien in der Abstimmung abgelehnt wurde.⁶⁵ Jedoch haben mittlerweile, auch in der Praxis des Internationalen Gerichtshofs große Teile,

wenn nicht sogar der gesamte Inhalt der *Universal Declaration of Human Rights*, den Status von Völkergewohnheitsrecht erhalten.⁶⁶

Gegen ihren Inhalt wird bereits durch die Umsetzung des *Kafāla*-Systems in Saudi-Arabien, Qatar und den VAE täglich verstoßen, etwa gegen die Bewegungsfreiheit und das Recht zur Rückkehr ins eigene Land aus Art. 13 I bzw. II sowie das Recht zur freien Wahl der Arbeitsstätte und die Koalitionsfreiheit aus Art. 23 I bzw. IV.⁶⁷

Als Gegenentwurf zur UN-Menschenrechtserklärung, die aus Sicht vieler arabischer Staaten unzureichend Rücksicht auf islamische kulturelle und religiöse Belange nahm,⁶⁸ verabschiedeten eine Reihe islamisch geprägter Staaten 2008 die Arabische Menschenrechtscharta, die unter anderem von Saudi-Arabien, Qatar und den VAE ratifiziert wurde.⁶⁹

So verpflichtet Art. 8 II der Arabischen Menschenrechtscharta die Staaten zum Schutz aller Individuen vor Folter, Erniedrigung und unmenschlicher Behandlung und Art. 12 zur Gewährung von Rechtsschutz unabhängig von der Staatsangehörigkeit.⁷⁰

Die Charta bleibt allerdings weit hinter der UN-Menschenrechtserklärung zurück und enthält keine Regelungen zur Sanktion bei Nicht-einhaltung, wofür sie international stark kritisiert wurde.⁷¹

⁶² Zahra: The Legal Framework of the Sponsorship Systems of Qatar, Saudi Arabia and Kuwait, S. 5.

⁶³ Fernandez: Essential Yet Invisible: Migrant Domestic Workers in the GCC, S. 7.

⁶⁴ General Assembly of the United Nations: *Functions and Powers of the General Assembly*, www.un.org/en/ga/about/background.shtml (letzter Aufruf 01. 06. 2017).

⁶⁵ Voting Record for A/RES/217(III) of the UN General Assembly, unbisnet.un.org:8080/ipac20/ipac.jsp?&profile=voting&uri=full=3100023~%21909326~%210&ri=1&aspect=power&menu=search&source=~%21horizon (letzter Aufruf 01. 06. 2017).

⁶⁶ Hurst Hannum: The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law, in:

Georgia Journal of International & Comparative Law 25 (1986), S. 232 ff.

⁶⁷ United Nations: *Universal Declaration of Human Rights*, www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html (letzter Aufruf 01. 06. 2017).

⁶⁸ Vlioger: *Domestic Workers in Saudi Arabia and the Emirates*, S. 147.

⁶⁹ Mervat Rishmawi: The Arab Charter on Human Rights and the League of Arab States: An Update, in: *Human Rights Law Review* 10 (2010), S. 172.

⁷⁰ *Arab Charter on Human Rights*, hrlibrary.umn.edu/instrree/loas2005.html (letzter Aufruf 01. 06. 2017).

⁷¹ Vlioger: *Domestic Workers in Saudi Arabia and the Emirates*, S. 147.

Die beiden weiteren Meilensteine des internationalen Menschenrechtsschutzes, der UN-Zivilpakt und der UN-Sozialpakt, wurden weder von Saudi-Arabien noch von Qatar und den VAE ratifiziert.

Die 2003 in Kraft getretene UN-Konvention zum Schutz aller Wanderarbeiter und ihrer Familienangehörigen wurde ebenfalls von keinem GCC-Staat ratifiziert.⁷²

Sowohl Saudi-Arabien als auch Qatar und die VAE sind Mitglied der International Labour Organization, haben jedoch unterschiedlich viele Konventionen ratifiziert. Alle drei Staaten haben die ILO-Konventionen C029 und C105 (*Forced Labour Convention* bzw. *Abolition of Forced Labour Convention*) ratifiziert.⁷³ Auch diese Konventionen haben keine Bindungswirkung, eine solche wurde erst 2014 durch das P029-Protokoll geschaffen, das aber von keinem GCC-Staat ratifiziert wurde.

Die für Hausangestellte relevanteste Konvention C189 (*Domestic Workers Convention*), die Hausarbeit allen anderen Arbeitsverhältnissen rechtlich gleichstellt und als „historischer Schritt“ für die Rechte von Hausangestellten beurteilt wird,⁷⁴ wurde von keinem GCC-Staat ratifiziert, ebenso wie die Konventionen C97 und C143 zum Schutz von Arbeitsmigranten.⁷⁵

Selbst bei ratifizierten Abkommen ist die nationale Umsetzung durch einzelne GCC-Staaten oft durch Reservationen mit Verweis auf das Islamische Recht eingeschränkt;⁷⁶ so haben Saudi-Arabien und die VAE zwar die *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against*

Women (CEDAW) ratifiziert, verstoßen aber durch die Regelungen von *hulwa* (strenge Geschlechtertrennung) und *mahram* (rechtliche Vormundschaft des Ehemanns oder männlichem Verwandten), die den Zugang von Frauen zum Rechtssystem limitieren, ständig gegen die Kernziele der Konvention.⁷⁷

Letztendlich stellen die GCC-Staaten in den meisten Fällen völkerrechtliche Verpflichtungen im Bereich der Menschenrechte hinter eigene Prioritäten wie die Bewahrung der islamischen Tradition und die strenge Kontrolle über Ausländer im Land. Die Beteiligung im internationalen Menschenrechtsschutz ist gering; die GCC-Staaten stehen bei zahlreichen Menschenrechtsabkommen auf der Liste der nicht-beteiligten Staaten.

Beispielhaft für die Einstellung der Golfstaaten gegenüber internationalen Menschenrechtsabkommen ist die Reservation Saudi-Arabiens zum CEDAW:

In case of contradiction between any term of the Convention and the norms of Islamic law, the Kingdom is not under obligation to observe the contradictory terms of the Convention.⁷⁸

⁷² United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights: *Status of Ratification Dashboard*, indicators.ohchr.org (letzter Aufruf 01. 06. 2017).

⁷³ International Labour Organization: *Ratification of ILO Conventions by Country*, www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:103208 (letzter Aufruf 01. 06. 2017).

⁷⁴ *Facilitating Exploitation: A Review of Labour Laws for Migrant Domestic Workers in the Gulf Cooperation Council Countries*, S. 9.

⁷⁵ Fernandez: *Essential Yet Invisible: Migrant Domestic Workers in the GCC*, S. 7.

⁷⁶ United Nations Treaty Collection: Chapter IV, Human Rights, i. a. *Saudische Reservation zur Convention on the Rights of the Child*, treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=ind&mtdsg_no=iv-11&chapter=4&clang=en (letzter Aufruf 22. 05. 2018).

⁷⁷ Vlieger: *Domestic Workers in Saudi Arabia and the Emirates*, S. 149 f.

⁷⁸ United Nations Women Watch: *Declarations, Reservations and Objections to CEDAW*, www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reservations-country.htm (letzter Aufruf 01. 06. 2017).

3 Die Rechtslage in Saudi-Arabien

In Saudi-Arabien ist der König das oberste Exekutivorgan und hat gleichzeitig die Aufsicht über die gesamte Legislative; er kann Erlasse (Sg. *niẓām*) tätigen, falls die Šarī'a keine direkte Antwort auf eine Rechtsfrage gibt oder zusätzliche Regulation, wie etwa im Arbeitsrecht, erforderlich ist.⁷⁹

Eine Art ‚Grundgesetz‘ bietet das *Basic Law of Governance*, das 1992 per königlichem Dekret von König Fahd Bin Abdulaziz Al-Saud (Fahd b. ʿAbd al-ʿAzīz Āl-Saʿūd) erlassen wurde und verschiedene Aspekte der staatsrechtlichen Ordnung in Saudi-Arabien kodifiziert, aber keinerlei Grundrechte oder vergleichbare Abwehrrechte enthält.⁸⁰

Das *Kafāla*-System ist im Wesentlichen in seiner oben erläuterten Form in Saudi-Arabien kodifiziert durch die *Residence Regulations*, die 1952 per königlichem Dekret erlassen wurden.⁸¹

1969 erließ König Faisal den *Labor and Workmen Code* als erstes kodifiziertes Gesetz des Landes und Grundstein des heutigen Arbeitsrechts. Der *Labor and Workmen Code* diente aber weniger dem Arbeitsschutz, sondern eher als protektionistisches Instrument gegen den Einfluss der *Arabian American Oil Company*, die mit ihren ausländischen Arbeitern faktisch alleinige Kontrolle über die natürlichen Ressourcen Saudi-Arabiens ausübte.⁸²

Das heutige Arbeitsrecht ist im Wesentlichen geprägt durch das 2005 per königlichem Erlass eingeführte *Labor Law*.⁸³ Für ausländische Arbeitskräfte sind speziell die Artt. 32–41 relevant; Hausangestellte fallen aber nach Art. 7 II nicht unter das Gesetz, es bestimmt lediglich, dass das Ministerium einen Katalog von Regulationen für die Rechtsverhältnisse von Gastarbeitern anfertigen soll (s. u.).

Art. 33 bestimmt die Pflicht einer Arbeitserlaubnis für Ausländer und die Bedingungen zum Erhalt einer solchen: So muss der Arbeitnehmer legal eingereist sein (und unterliegt damit bereits den Bestimmungen der *Kafāla*, Einzelheiten s. u.), professionelle Fähigkeiten besitzen, die das Land benötigt und die nicht genügend Staatsbürger besitzen, oder zu der benötigten Art ungelerner Arbeitskräfte gehören und bereits einen Arbeitsvertrag mit dem Arbeitgeber und Sponsoren vorweisen können.

Nach Artt. 38 und 39 darf der Arbeitnehmer nur in der in der Arbeitserlaubnis angegebenen Tätigkeit und für den im Arbeitsvertrag festgelegten Arbeitgeber arbeiten, was die Abhängigkeit vom vor der Einreise bereits festgelegten Arbeitgeber noch erhöht.

Art. 40 bestimmt, als einzige spezifische Schutzvorschrift für ausländische Arbeitnehmer, die Kostentragung für Visa, Arbeitserlaubnis, Ausreiserlaubnis und Rückreiseticket nach Vertragsende durch den Arbeitgeber. In der Praxis werden diese Kosten trotzdem häufig auf den Arbeitnehmer umgelegt.⁸⁴

⁷⁹ Jan Michiel Otto: *Sharia Incorporated: A Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present* (2010), S. 157.

⁸⁰ Basic Law of Governance of Saudi-Arabia, Royal Order No. A91.

⁸¹ Residence Regulations, Royal Decree No. 17/2/25/1337, gulfmigration.eu/database/legal_module/Saudi%20Arabi/National%20Legal%20Framework/Residence/1.2%20Residence%20Law_EN.pdf (letzter Aufruf 23.05.2017).

⁸² Jordan Balcer: *Controlling Influence: The Development and Function of Labor Law in Saudi Arabia* [Master Thesis] (2014), S. 1 f.

⁸³ Labor Law, Royal Decree No. M51 (27.09.2005) www.saudiarabien.diplo.de/contentblob/2761466/Date_n/850057/Arbeitsrecht_SDA.pdf (letzter Aufruf 23.05.2017).

⁸⁴ Vlioger: *Domestic Workers in Saudi Arabia and the Emirates*, S. 131 f.

Für sämtliche Arbeitsverhältnisse (mit Ausnahme der in Art. 7 festgelegten Tätigkeiten wie Haushaltshilfen) sieht das Gesetz in verschiedenen Artikeln sogar recht weit reichenden Arbeitsschutz vor, etwa gegen Nichtbezahlung (Art. 61 ff., 81), Abfindungen nach Ende des Arbeitsverhältnisses (Art. 84 ff.), zur maximalen Arbeitszeit (Art. 98 ff.) sowie auch zum Arbeitsschutz (Art. 121 ff.).

Angesichts der in Abschnitt 3 beschriebenen Häufung von Missbrauchsfällen stellt sich die Frage, warum viele Gastarbeiter gegen ihren Arbeitgeber nicht rechtlich vorgehen, und warum sich ihre Lage dadurch nicht strukturell verbessert. Für alle Arten von Streitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sieht das *Labor Law* nach Art. 210 ff. eine *Commission for the Settlement of Labor Disputes* vor, die u. a. in Artt. 72 ff., 91 ff. und weiteren als erste zuständige Stelle genannt wird.

Die Kommissionen sind je nach Streitwert und -gegenstand in verschiedene Instanzen aufgeteilt, deren Mitglieder einen Šarī'a- oder juristischen Abschluss vorweisen müssen (Art. 211). Um Rechtsschutz bzw. einen Ausgleich mit dem Arbeitgeber zu erlangen, muss der Arbeitnehmer eine beweisgestützte Beschwerde bei einer staatlichen Arbeitsbehörde einreichen.

An dieser Stelle beginnt das erste Hindernis für Gastarbeiter: Die Sprache im gesamten Prozess ist Arabisch, von dem die meisten asiatischen Gastarbeiter keine oder nur rudimentäre Kenntnisse besitzen. Zwar können manche Botschaften in beschränkter Zahl Übersetzer zur Verfügung stellen, diese können aber nur beim Ausfüllen des Antrags helfen, den der Arbeiter persönlich zu stellen hat; Dolmetscher dürften nicht in der behördlichen Anhörung auftreten.⁸⁵

Nach Einreichung des Antrags werden beide Parteien angehört, wobei es die Aufgabe des Arbeitnehmers ist, die Vorladung an den Arbeitgeber zu überbringen. Wurde einem Antrag durch die Kommission stattgegeben, stellt sich das zweite, größere Problem für den Arbeitnehmer: Die Vollstreckung der Entscheidungen geschieht extrem unzuverlässig; viele Arbeitnehmer ignorieren die Entscheidungen einfach und lassen es darauf ankommen, dass der Arbeiter den zur behördlichen Vollstreckung der Entscheidung notwendigen, komplexeren Zivilprozess nicht eingeht.⁸⁶

Die Entscheidungen der Kommissionen werden zwar als relativ fair, doch zeitaufwändig eingeschätzt, und Arbeitgeber können ausländische Arbeiter während des Prozesses an der Ausreise hindern.⁸⁷

Ebenfalls abgehalten von der Prozessaufnahme werden Arbeiter, die Visum oder Arbeitserlaubnis illegal erworben haben, was beim Prozess zutage kommen könnte, oder wenn der Arbeitgeber einflussreiche Verbindungen zu staatlichen Kreisen besitzt.⁸⁸

Ebenfalls kann es vorkommen, dass Arbeiter zur Unterschrift von in arabischer Schrift geschriebenen Dokumenten bewegt werden und über den Inhalt des Dokuments, beispielsweise eine Lohnzahlungsbestätigung, getäuscht wurden.⁸⁹

Insgesamt ist in Saudi-Arabien aber ein Trend zur Verbesserung der Rechte von Arbeitnehmern und insbesondere ausländischen Arbeitnehmern zu erkennen: So wurde dem *Labor Law* 2015 eine Reihe von Änderungen hinzugefügt, die unter anderem die Konfiszierung des Reisepasses, Verspätungen der Bezahlung und Täuschungen im Arbeitsvertrag unter Strafe stellen.⁹⁰

⁸⁵ Human Rights Watch: *Bad Dreams*, S. 74 f.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ U. S. Department of State: *Country Reports on Human Rights Practices – Saudi Arabia* (2004), www.state.gov/j/drl/rls/hrrpt/2003/27937.htm (letzter Aufruf 05.06.2017).

⁸⁸ Human Rights Watch: *Bad Dreams*, S. 75.

⁸⁹ *Ibid.*, S. 76.

⁹⁰ Human Rights Watch: *Saudi Arabia: Steps Toward Migrant Workers' Rights* (15.11.2015), www.hrw.org/news/2015/11/15/saudi-arabia-steps-toward-migrant-workers-rights (letzter Aufruf 04.06.2017).

Da Hausangestellte keine Anträge nach dem *Labor Law* stellen können, wurde 2013 vom Arbeitsministerium in Übereinstimmung mit Art. 7 des *Labor Law* eine Verordnung über Rechte und Pflichten im Umgang mit Hausangestellten verabschiedet (u. a. maximale Arbeitszeit von 9 Stunden täglich, Urlaubsanspruch nach zwei Jahren Arbeitszeit, geeignete Unterkunft), die auch die Einrichtung von Kommissionen für Beschwerden vorsieht.⁹¹

2014 wurde die staatliche Website *Musaned* bereitgestellt, die die Möglichkeit elektronischer Vertragsschlüsse bietet und in englischer Sprache die Rechte von Hausangestellten und die Möglichkeiten, gegen Rechtsverletzungen vorzugehen, darlegt.⁹²

Es bleibt trotzdem fraglich, ob dies Verbesserungen in Zugang und Vollzug des Rechtsschutzes und im tatsächlichen Umgang mit Hausangestellten bewirkt hat.

Gerade vor dem Hintergrund der aktuellen Modernisierungspolitik unter Kronprinz Muḥammad b. Salman (Muḥammad b. Salmān), die einhergeht mit verstärkten Bemühungen zur ‚Saudiisierung‘ des Landes, bleibt die Zukunft für ausländische Arbeitskräfte im Land ungewiss.

4 Die Rechtslage in Qatar

Die Hauptrechtsquelle im Arbeitsrecht Qatars ist das *Qatar Labor Law*, das alle Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowohl für Staatsbürger als auch für ausländische Parteien regelt.⁹³ Ähnlich wie das saudi-arabische Arbeits-

gesetz enthält es einen Katalog von Arbeitnehmerrechten mit einer maximalen Arbeitszeit (Art. 73 ff.), Abfindungen nach Vertragsende (Art. 54), gegen die Zurückbehaltung von Löhnen (Art. 70), zur Bezahlung im Krankheitsfall und während des *Ḥağğ* (Art. 82 f.) und zum Arbeitsschutz (Art. 99 ff.). Im Gegensatz zu Saudi-Arabien erlaubt das Arbeitsgesetz in Qatar auch die gewerkschaftliche Organisation von Arbeitern (Art. 116 ff.) und seit kurzem sogar den Arbeitskampf (Art. 120 ff.).

Art. 129 gibt dem Arbeitnehmer im Fall von Auseinandersetzungen mit dem Arbeitgeber die Möglichkeit einer Beschwerde beim *Department of Labor Relations*. Der Zugang zum Beschwerdeprozess ist allerdings schwierig, da die Beschwerde persönlich in Schriftform auf Arabisch im einzigen Büro in Doha eingereicht werden muss; Arbeiter haben zudem häufig Angst vor Repressionen durch den Arbeitgeber.⁹⁴

Wurde einer Beschwerde stattgegeben und kommt der Arbeitgeber den Anweisungen der Behörde nicht nach, muss der Arbeiter die Vollstreckung in einem langen und kostenintensiven Gerichtsprozess erwirken, was die Kapazitäten der Arbeiter meistens übersteigt.⁹⁵

Ferner sieht das *Qatar Labor Law* die Einrichtung eines *Work Inspection Organ* vor, welches die Durchsetzung der Vorschriften überwacht. Problematisch ist aber auch hier die Umsetzung der Vorschriften bei Firmen, die ausländische Arbeiter beschäftigen: Der Jahresbericht des Internationalen Gewerkschaftsbunds 2014 stellte fest, dass die Zahl und Natur der vielen Beschwerden

⁹¹ Decision 310/1434 on Domestic Workers, Gulf Labour Markets and Migration, gulfmigration.eu/decision-no-310-of-1434-on-domestic-workers (letzter Aufruf 06. 06. 2017).

⁹² Domestic Workers Rights Campaign: *Musaned* (21. 1. 2017), www.dwrights.org/?p=480; Website *Musaned*: www.musaned.com.sa/en/rights (letzter Aufruf 05. 06. 2017).

⁹³ Qatar Labor Law, Law No. 14/2004, qatarlaborlaw.com/qatar-labor-law (letzter Aufruf 23. 05. 2017).

⁹⁴ International Trade Union: *The Case Against Qatar*, International Trade Union Confederation Report (März 2014), S. 22, www.ituc-csi.org/IMG/pdf/the_case_against_qatar_en_web170314.pdf (letzter Aufruf 23. 05. 2017).

⁹⁵ *Ibid.*, S. 23.

von Arbeitern in geführten Interviews nicht möglich wäre, wenn die staatliche Arbeitsaufsicht tatsächlich dem Gesetz entsprechend vollzogen würde.⁹⁶

Die gewerkschaftliche Organisation ist in Qatar zwar seit kurzem erlaubt, jedoch ist die Mitgliedschaft in Gewerkschaften nur Staatsbürgern Qatars erlaubt, wodurch Arbeitsmigranten von dem Recht zur Organisation ausgeschlossen sind (Art. 116 Abs. 3).

Hausangestellte sind, wie in Saudi-Arabien, nicht von den Vorschriften des Gesetzes umfasst (vgl. Art. 3 IV); im Februar 2017 wurde aber ein Gesetzesentwurf für die Rechte von Hausangestellten adaptiert.⁹⁷ Der Entwurf, der bisher noch nicht vollständig veröffentlicht wurde, erfuhr aber bereits Kritik durch Migrantenorganisationen aufgrund des fehlenden Mindestlohns, der fehlenden effektiven Kontrollmechanismen und fehlender Auseinandersetzung mit dem Problem der von ihrem Arbeitsplatz geflüchteten Hausangestellten, die nach Meldung durch den Arbeitgeber einen illegalen Aufenthaltsstatus bekommen.⁹⁸

Das *Kafāla*-System in Qatar erfährt Kodifizierung durch das *Sponsorship Law* von 2004 sowie dessen Änderungsgesetz, das am 13.12.2016 in Kraft trat.⁹⁹ Letzteres wurde von verschiedenen Seiten bereits als Ende des *Kafāla*-Systems interpretiert.¹⁰⁰ So wird die Ausreise für ausländische Arbeiter nicht mehr von einem *No-Objection-Certificate* des Arbeitgebers abhängig gemacht, sondern ist in Abstimmung mit den Behörden bereits vorher möglich.¹⁰¹ Zudem kann der Arbeitnehmer nach Ende des Arbeitsvertrages den Arbeitgeber und Sponsor frei wechseln.¹⁰²

Amnesty International kritisierte die Gesetzesänderung jedoch als ineffektiv und „kaum an der Oberfläche kratzend“.¹⁰³ Zwar benötigen Arbeiter zur Ausreise kein *No-Objection-Certificate* mehr, sondern die Behörde informiert den Sponsor vor der Ausreise, der wiederum der Ausreise widersprechen kann und damit einen längeren behördlichen Prozess in Gang setzt.¹⁰⁴ Auf diese Weise an der Ausreise gehinderte Arbeiter können im Rahmen des Prozesses dagegen vorgehen, sind dabei aber auf sich allein gestellt.¹⁰⁵

⁹⁶ Ibid., S. 22.

⁹⁷ The National: *Qatar Approves Draft Law for Domestic Workers* (09. 02. 2017), www.thenational.ae/world/middle-east/qatar-approves-draft-law-for-domestic-workers (letzter Aufruf 07. 06. 2017).

⁹⁸ Migrant Rights: *Qatar's Domestic Worker Law is Sketchy on the Details* (14. 03. 2017), www.migrant-rights.org/2017/03/qatars-domestic-worker-law-is-sketchy-on-the-details (letzter Aufruf 07. 06. 2017).

⁹⁹ Qatar Sponsorship Law, Law No. 4/2009, Changes to the Sponsorship Law, Law No. 21/2015, qatarlaborlaw.com/#kafala-and-the-qatar-labor-law / Volltext: www.ilo.org/dyn/natlex/docs/MONOGRAPH/102231/123499/F-577602842/QAT102231%20Eng.pdf (letzter Aufruf 23. 05. 2017).

¹⁰⁰ BBC News: *Qatar Abolishes Controversial 'kafala' Labour System* (13. 12. 2016).

¹⁰¹ Squire Patton Boggs Lawfirm Publications: *The New Sponsorship Law* (2016), www.squirepattonboggs.com/~

[/media/files/insights/publications/2016/04/new-sponsorship-law/22837--new-sponsorship-law--alert-v3.pdf](http://media/files/insights/publications/2016/04/new-sponsorship-law/22837--new-sponsorship-law--alert-v3.pdf) (letzter Aufruf 07. 06. 2017).

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Amnesty International: *Qatar: Migrant Workers Still at Risk of Abuse Despite Reforms*, Amnesty International Press Release (12. 12. 2016), www.amnesty.org/en/press-releases/2016/12/qatar-migrant-workers-still-at-risk-of-abuse-despite-reforms (letzter Aufruf 07. 06. 2017/).

¹⁰⁴ Sherif Rohayem: *Katar – Neues Aufenthaltsgesetz ändert die Begriffe mehr als die Verhältnisse*, Germany Trade & Invest (28. 1. 2016), www.gtai.de/GTAI/Navigation/DE/Trade/Recht-Zoll/Wirtschafts-und-steuerrecht/recht-aktuell,t=katar--neues-aufenthaltsgesetz-aendert-die-begriffe-mehr-als-die-verhaeltnisse,did=1402272.html (letzter Aufruf 07. 06. 2017).

¹⁰⁵ Amnesty International Annual Report on Qatar 2016/17 (2017), S. 302.

Auch ist für einen Arbeitgeber- und damit Sponsorenwechsel während eines laufenden Arbeitsvertrages immer noch die Erlaubnis des Arbeitgebers notwendig, was den Schutz vor ausbeuterischen oder missbräuchlichen Arbeitgebern deutlich reduziert.¹⁰⁶

Auf internationaler Ebene hat Qatar im Wesentlichen lediglich die *Forced Labour Convention* im Jahre 1998 ratifiziert (verabschiedet wurde die Konvention 1930).¹⁰⁷

2016 wurde das Land jedoch wegen fehlender Bemühungen zur Verbesserung der Lage der Gastarbeiter durch die ILO wegen Verletzung der *Forced Labour Convention* gerügt.¹⁰⁸

Es wurde unter anderem menschenunwürdige Unterkünfte und die immer noch weit verbreitete Praxis der Umladung von Rekrutierungskosten auf Arbeiter beanstandet, was laut ILO durch die Verschuldung der Arbeiter zu Zwangsarbeitsverhältnissen führt (Näheres zu dieser These im Fazit).¹⁰⁹ Qatar wurde ein Ultimatum von einem Jahr zur Verbesserung der Zustände gesetzt und die Entsendung einer *Commission of Inquiry* angedroht.¹¹⁰

IV Anwerbepolitik in den Heimatstaaten – Mitursache für Ausbeutung?

Menschenrechtsorganisationen zufolge liegt im Rekrutierungsprozess in den Heimatstaaten ein wesentlicher Faktor in dem System, das Ausbeutung und Missbrauch von Arbeitsmigranten ermöglicht.¹¹¹ Dieser findet teils in den Heimatstaaten und teils in den Zielstaaten statt, ist deshalb unterschiedlicher Regulation unterworfen und der Legislation in den Zielstaaten schwerer zugänglich. Der Rekrutierungsprozess beginnt mit der An- oder Bewerbung von Arbeitskräften bei privaten Agenturen in den Heimatstaaten: In der Regel zahlen Arbeiter bereits eine Gebühr von 100 bis 1000 \$ zur Platzierung in der Agentur im Heimatstaat, die dann wiederum mit einer oder mehreren Vermittlungsagenturen, einem Unternehmen oder privaten Arbeitgebern im Zielstaat die Entsendung koordiniert.¹¹²

Bereits für die Kosten der Platzierung in einer Agentur im Heimatland müssen sich Migranten meistens verschulden oder geben wesentliche Teile ihres Eigentums auf.¹¹³

Der Arbeitgeber im Zielstaat übernimmt die Sponsorenschaft im Rahmen des *Kafāla-Systems* sowie die Kosten des Fluges, Krankenversicherung und Vermittlungsgebühren in Höhe von 1500 bis 3500 \$ und ist verantwortlich für die Besorgung der Formalitäten wie Visa und Arbeitserlaubnis.¹¹⁴

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ International Labour Organization: *Ratification of ILO Conventions by Country*, www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100 INSTRUMENT ID:312174:NO (letzter Aufruf 01. 06. 2017).

¹⁰⁸ International Labor Organization: *Complaint Concerning Non-observance by Qatar of the Forced Labour Convention*, 326. Session (17. 03. 2016), Appendix 1, S. 5, www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed_norm/elconf/documents/meetingdocument/wcms_459148.pdf (letzter Aufruf 25. 05. 2017).

¹⁰⁹ The Guardian: *UN Gives Qatar a Year to End Forced Labour of Migrant Workers* (24. 3. 2016), www.theguardian.com/world/2016/mar/24/un-gives-qatar-year-end-forced-labour-migrant-workers (letzter Aufruf 23. 05. 2017).

[com/world/2016/mar/24/un-gives-qatar-year-end-forced-labour-migrant-workers](http://www.theguardian.com/world/2016/mar/24/un-gives-qatar-year-end-forced-labour-migrant-workers) (letzter Aufruf 23. 05. 2017).

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Migration and Development Network: *Recruitment Fees & Migrants' Rights Violations*, madenetwork.org/sites/default/files/Policy-Brief-Recruitment-Fees-Migrants-Rights-Violations.pdf (letzter Aufruf 17. 07. 2017).

¹¹² Fernandez: *Essential Yet Invisible: Migrant Domestic Workers in the GCC*, S. 5.

¹¹³ Jureidini: *Arab Gulf States: Recruitment of Asian Workers*, S. 5.

¹¹⁴ Ibid.

Immer noch weit verbreitet ist die Praxis, sämtliche von der Agentur und dem Sponsor übernommenen Kosten auf den Arbeiter umzulagern, der dann mit Aufnahme seiner Arbeitstätigkeit beginnt, die Schulden abzubezahlen.¹¹⁵

Zwar verbieten sowohl Qatar als auch Saudi-Arabien die Umlagerung jeglicher Rekrutierungskosten auf den Arbeiter (Art. 33 *Qatar Labour Law* bzw. Art. 40 Abs. 1 *Saudi Labour Law*); häufig erfolgt die Umlagerung jedoch bereits in der Agentur im Heimatland jenseits der Jurisdiktion Qatars und Saudi-Arabiens, oder die Gesetze werden angesichts fehlenden Vollzugs schlichtweg ignoriert.¹¹⁶

Unmittelbar vor der Abreise oder sogar erst nach der Ankunft erhalten Arbeiter in der Regel einen Vertrag oder ein ‚Jobangebot‘, das Arbeitsbedingungen und Bezahlung enthält; häufig sind diese Dokumente aber nicht in der Muttersprache der Arbeiter verfasst und werden ihnen in Stresssituationen (z. B. noch am Flughafen) zur Unterzeichnung vorgelegt, sodass ein vollständiges Verständnis der eingegangenen Verpflichtungen oft nicht möglich ist.¹¹⁷

Ebenso ist es üblich, die ursprünglichen Verträge zu ignorieren und bei Ankunft an der Arbeitsstelle neue Ersatzverträge aufzusetzen, deren Konditionen für den Arbeiter nachteilig sind; diese Praxis etablierte sich beispielsweise 2006, als die Philippinen den Mindestlohn auf 400 \$ festsetzten, bei der Rekrutierung von philippinischen Hausangestellten.¹¹⁸

Auf diese Weise unterscheiden sich die Konditionen, die Gastarbeiter bei der Ankunft den GCC-Staaten vorfinden, bereits stark von dem, was bei der Anwerbung im Heimatstaat versprochen wurde. Einmal angekommen, besteht aufgrund der Bindung an das *Kafāla*-System und

der hohen Verschuldung kaum die Möglichkeit zur Umkehr. Wie bereits erläutert sind die Möglichkeiten, gegen Vertragsverletzungen vorzugehen, stark begrenzt, und der Gastarbeiter ist somit schon mit der Ankunft in einem ausbeuterischen System gefangen.

V Perspektiven und Fazit

Während die Ausbeutung ungelernter ausländischer Arbeitskräfte global stattfindet, schafft das Zusammenspiel von hoher Nachfrage nach niedrigqualifizierter ausländischer Arbeit, *Kafāla*-System, Verschuldung durch Umladung von Anwerbekosten, sonstiger rechtlicher Diskriminierung, unzureichendem Vollzug vorhandener Normen und einer defizitären Anwerbepolitik in den Heimat- und Zielstaaten eine Sondersituation in den GCC-Staaten: Während unzufriedene Gastarbeiter anderswo ihre Arbeitsstelle nach ihrem Willen verlassen können und, notfalls durch Abschiebung, in ihr Heimatland zurückkehren können, sind Arbeiter mit Ausreisewunsch in Saudi-Arabien, Qatar und den VAE von ihrem Sponsor abhängig.

Da dieser für die Rekrutierung bereits substanzielle Ausgaben getätigt hat, die sich nur durch die Ableistung der im Arbeitsvertrag bestimmten Arbeitszeit amortisieren, wird der Sponsor in der Regel nicht mit der Ausreise einverstanden sein, und die Arbeiter sind zur Durchsetzung ihres Ausreisewunsches auf die unzulänglichen staatlichen Mechanismen angewiesen.

Durch die aus der illegalen Umladung von Anwerbekosten resultierende hohe Verschuldung, sowie die weit verbreiteten illegalen Praktiken der Einbehaltung von Pässen oder Lohnzahlungen und ähnlichen Druckmitteln werden Arbeiter

¹¹⁵ Georgetown University Qatar (Center for International and Regional Studies): *Migrant Recruitment Fees and the GCC Construction Sector*, cirs.georgetown.edu/news-events/events/migrant-recruitment-fees-and-gcc-construction-sector (letzter Aufruf 13. 07. 2017).

¹¹⁶ Jureidini: Arab Gulf States: Recruitment of Asian Workers, S. 5.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Ibid.

oft bereits im Vorfeld von der Abreise und dem Verlassen ihrer Arbeitsstelle abgehalten. Besonders verwundbar sind Hausangestellte, die durch ihre ständige räumliche Nähe zum Sponsor noch stärker dessen Willkür ausgeliefert sind, und deren Arbeitsbedingungen aufgrund der sakrosankten Stellung der heimischen Privatsphäre im arabischen Raum kaum kontrollierbar sind.¹¹⁹

Diese Umstände sind heranzuziehen zur Beantwortung der Frage, inwiefern die Verhältnisse tatsächlich als Zwangsarbeit oder ‚Sklaverei‘ zu bezeichnen sind. Die ILO definiert Zwangsarbeit als „Situation, in der eine Person durch Gewalt oder Einschüchterung, oder subtilere Mittel wie angehäuften Schulden, Zurückbehaltung von Identifikationspapieren oder Drohung der Denunziation bei Immigrationsbehörden zur Arbeit gezwungen wird“.¹²⁰ Insofern erscheint die Anklage der „Zwangsarbeit mit sklavenartigen Verhältnissen“, wie sie unter anderem von HRW erhoben wurde,¹²¹ sowohl gegen Saudi-Arabien als auch gegen die VAE und Qatar gerechtfertigt.

Es wird deutlich, dass Konstellationen, in denen sich die benannten Faktoren zu einer Situation von Zwangsarbeit im Sinne der ILO-Definition verdichten, keine Einzelfälle sind, sondern durch das Ausbleiben einer effektiven Gesetzgebung und Vollziehung bedingt sind.

Forderungen nach der Änderung der Aufenthaltsgesetze, der Abschaffung des *Kafāla*-Systems und der Ratifizierung der internationalen Abkommen zum Schutz von Gastarbeitern werden schon seit Jahrzehnten von UN-Organen und Nichtregierungsorganisationen gestellt; sie zeigen jedoch wenig Wirkung.

Qatar sieht sich im Zuge der WM-Vergabe zwar einem stärkeren internationalen Druck ausgesetzt und machte verschiedene Versprechen zur Verbesserung der Menschenrechtslage für Arbeiter; ihre Umsetzung bleibt aber fraglich. In Bezug auf die Exklusion von Hausangestellten vom Arbeitsrecht stellt Vlioger die These auf, dass die dadurch ermöglichte billige Verfügbarkeit von Hausangestellten in Saudi-Arabien ein „Luxusgeschenk“ des Regimes zur Befriedigung der Oberklasse sei; deshalb sei ein Versprechen zur Verbesserung der Rechte von Hausangestellten nicht zu erwarten.¹²²

Eine Änderung, die wesentlich zur Verbesserung der Lage beitragen könnte, ist die völlige Abschaffung privater Anwerbeagenturen, um die Praxis der Umlegung von Rekrutierungskosten effektiv einzudämmen und damit die Verschuldung von Arbeitern bei der Ankunft zu stoppen, die oft die Ursache für Zwangsarbeitssituationen darstellt.¹²³

Um ausbeuterischen Arbeitsverhältnissen und menschenunwürdigen Arbeitsbedingungen entgegenzuwirken, müssten effektive Kontrollmechanismen für Arbeitgeber geschaffen werden und klar definierte rechtliche Standards für Arbeitsverhältnisse geschaffen werden, die bei Zuwiderhandlung durch Arbeitgeber mit repressiven Maßnahmen geahndet werden können.

Das Hauptproblem für die Menschenrechtslage der Gastarbeiter bleibt jedoch unstrittig das *Kafāla*-System. Trotz verschiedener Reformen (wie beispielsweise in Qatar) ist es ein an sich unheilbares, menschenrechtsfeindliches System; die Aufsicht über Migration und Migranten in private

¹¹⁹ Fernandez: *Essential Yet Invisible: Migrant Domestic Workers in the GCC*, S. 6.

¹²⁰ International Labour Organization: *The Meanings of Forced Labour* (10. 3. 2014), cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/32149/GLMM%20ExpNote_03-2014.pdf?sequence=1 (letzter Aufruf 20. 06. 2017).

¹²¹ Human Rights Watch: *As If I Am Not Human*, S. 5.

¹²² Vlioger: *Domestic Workers in Saudi Arabia and the Emirates*, S. 291.

¹²³ Jureidini: *Arab Gulf States: Recruitment of Asian Workers*, S. 5.

Hände zu legen führt automatisch zu einem Machtgefälle mit großer Anfälligkeit für Ausbeutung.

Zur effektiven Bekämpfung des Missbrauchs ist letztendlich ein verstaatlichtes Migrationssystem von Nöten, das Sponsoren ihre Druckmittel auf Arbeiter entzieht und den Aufenthaltsstatus vom Arbeitsverhältnis separiert.

Alternative Ansätze zum *Kafāla*-System werden bereits in Bahrain und Kuwait verfolgt, wo das System bereits 2009 bzw. 2011 abgeschafft wurde und durch ein rein staatliches Migrationssystem ersetzt wurde.¹²⁴ Demgegenüber signalisiert das Königshaus in Saudi-Arabien einem Statement des Arbeitsministeriums zufolge keinerlei Reformwillen.¹²⁵

Schließlich stellt sich die Frage, warum der stetige Fluss an Gastarbeitern in die Golfstaaten trotz der bekanntermaßen miserablen Zustände weiterhin anhält. Dies lässt sich anhand der Lohnstatistiken leicht erklären: Hausangestellte in Indien verdienen durchschnittlich ca. 92 \$ im Monat,¹²⁶ in Saudi-Arabien verdienen sie nach den Vorgaben eines bilateralen Abkommens zwischen Saudi-Arabien und Indien von 2014 das

Vierfache.¹²⁷ Der Mindestlohn für ungelernete Arbeitskräfte beträgt in Indien selbst in Metropolen ungefähr 3,30 \$ am Tag,¹²⁸ während ungelernete Bauarbeiter in Qatar durchschnittlich 330 \$ im Monat verdienen.¹²⁹

Solange derartige Gefälle im Lohnniveau bestehen, wird der Zustrom von Migranten in die GCC-Staaten anhalten und Sponsoren und Anwerbeagenturen werden weiterhin von der schwachen Rechtsstellung der Gastarbeiter profitieren.

Da in Saudi-Arabien, Qatar und den VAE offensichtlich kein weitergehendes Interesse an einer Verbesserung der Lage besteht, ist die internationale Gemeinschaft verpflichtet, dahingehenden Druck auf die Golfstaaten auszuüben. Großinvestitionen in den GCC-Staaten wie die Vergabe der Fußballweltmeisterschaft an Qatar, die als Großereignis mit einem hohen Bedarf an Niedriglohnarbeitskräften einhergeht, signalisieren allerdings keine besondere Sorge der internationalen Gemeinschaft um die Menschenrechtssituation am arabischen Golf.

Ruben Kühl studiert Rechtswissenschaften an der Freien Universität Berlin.

¹²⁴ Khan / Harroff-Tavel: *Reforming the Kafala: Challenges and Opportunities in Moving Forward*, S. 299.

¹²⁵ Ibid., S. 301.

¹²⁶ Wall Street Journal: *How Much Do Indians Pay their Domestic Helpers?* (03. 05. 2016), blogs.wsj.com/indiarealtime/2016/05/03/how-much-do-indians-pay-their-many-domestic-helpers (letzter Aufruf 20. 06. 2017).

¹²⁷ Migrant Rights: *New Agreement for Indian Domestic Workers in Saudi Arabia* (17. 12. 2014), www.migrant-rights.org/2014/12/new-agreement-for-indian-domestic-workers-in-saudi-arabia (letzter Aufruf 20. 06. 2017).

¹²⁸ The Indian Express: *Minimum Wage for Unskilled Workers Increased by Rs 42 in Tier III Cities* (14. 07. 2014), indianexpress.com/article/india/india-others/minimum-wages-for-unskilled-workers-increased-by-rs-42 (letzter Aufruf 20. 06. 2017).

¹²⁹ Arabian Business: *Average Wage for Qatar's Expat Labourers Revealed* (30. 03. 2011), www.arabianbusiness.com/average-wage-for-qatar-s-expat-labourers-revealed-391005.html (letzter Aufruf 20. 06. 2017).

German Investments in the Member States of the Gulf Cooperation Council and the German Foreign Tax Act

Constantin Frank-Fahle

Abstract

German companies investing in the member states of the Gulf Cooperation Council (GCC) and staff seconded from Germany to these countries face a range of tax-related issues. Among other things, given the low corporate income tax rates and the absence of personal income taxation in the GCC member states, the German Foreign Tax Act provides for a range of tax charges that can apply in such situations. In addition, whenever GCC subsidiaries of German investors are managed effectively from Germany, such subsidiaries may be taxable in Germany on their worldwide income. This article will examine the relevant tax risks applicable in such transactions and how investments can be structured to avoid negative tax impacts.

1 Introduction

For German investors, the member states of the Gulf Cooperation Council (GCC)¹ are a dynamic hub for investments. Large scale infrastructure projects, growing middle-class populations alongside with substantial efforts to reform local economies to make them less dependent on oil and gas, provide for numerous business opportunities across the region. The economic strength of the GCC member states varies, as can be seen from **table 1**.² According to the *World Bank's Ease of Doing Business Index* the GCC member states rank as in **table 2**.³

While the GCC member states are known for their relaxed tax framework, German investors should keep in mind the consequences of the

German Foreign Tax Act (FTA)⁴ when placing investments in the region and seconding staff from Germany to the GCC member states. In addition, whenever GCC subsidiaries of German investors are in effect managed from Germany they may be subject to German tax. This article provides an overview of the respective key tax risks German investors may face and how to avoid them.

2 Transfer Pricing

Depending on the applicable foreign investment law and operational aspects such as access to key customers and distribution channels, German investors will usually enter GCC markets through a separate legal entity, such as a:

– wholly owned subsidiary; or

¹ Current member states are: Bahrain, Kuwait, Oman, Qatar, Saudi Arabia and the United Arab Emirates (UAE).

² International Monetary Fund: *World Economic Outlook Database* (October 2017 Edition), retrievable under www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2017/02/weodata/index.aspx (last access 12. 03. 2018).

All Tables can be found at the end of this article.

³ World Bank: *Doing Business 2018: Reforming to Create Jobs* (2018), p. 4, retrievable under www.doingbusiness.org

www.doingbusiness.org/~media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB2018-Full-Report.pdf (last access 12. 03. 2018). New Zealand ranks first, Singapore second, the United Kingdom seventh and Germany twentieth.

⁴ German name: Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen (Außensteuergesetz), dated 8 November 1972 (BGBl. I S. 1713), last amended by Art. 5 des Act (27 June 2017) (BGBl. I S. 2074).

– a joint venture with a local partner.⁵

Whenever the German parent company and the GCC subsidiary provide goods, services, intellectual property, financing and other benefits to each other, the price charged for these benefits is referred to as the transfer price.⁶ The respective transfer price will impact the profit/losses to be booked in the subsidiary's local financial statements. The transfer price, therefore, also has an impact on the corporate income tax applicable to the respective subsidiary and its mother company.

Recently, the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) has adopted an action plan to tackle tax avoidance strategies (also referred to as Base Erosion and Profit Shifting – BEPS). According to the BEPS Action Point 13,

– a new guidance on transfer pricing documentation; and

– country-by-country reporting (CbCR)

shall be implemented throughout the OECD member states.⁷

While Germany is a long-standing member of the OECD (since 27 September 1961), none of the GCC member states are.⁸ Germany has implemented the OECD's BEPS Action Point 13 by enacting respective legislation in December 2016 and, thereby, required multi-national corporations to provide the following documentation to its tax authority:⁹

– A 'master file' containing high-level standardized group information for fiscal years beginning after 31 December 2016, if local taxpayer's sales (intercompany as well as with third parties) amounted to at least EUR 100 000 000 in the previous fiscal year.

– A 'local file' covering information on the taxpayer's cross-border intercompany transactions (*inter alia* their structure and purpose, the risks involved as well as an economic analysis) for fiscal years beginning after 31 December 2016, if either intercompany supplies of goods exceed EUR 5 000 000 or services or other transactions exceed EUR 500 000 per year.

– Country-by-Country Reporting (CbCR) particularly involving country-specific key financial figures for fiscal years beginning after 31 December 2015 with a filing deadline of 12 months after fiscal year end (i. e. for the first time until 31 December 2017) if the consolidated group sales of the previous fiscal year amount to at least EUR 750 000 000.

In Germany, tax authorities have the right to adjust a German taxpayer's taxable income from cross-border transactions with related parties if the transactions were not at arm's length.¹⁰ The FTA provides for the statutory priority of the accepted methods for determining transfer prices (comparable uncontrolled price method, resale price method, cost plus method).¹¹ The transfer

⁵ In general, it is also possible to structure investment via representative or branch offices. This article will focus, however, on placing investments by establishing a corporate vehicle (e. g. Limited Liability Company – LLC).

⁶ Wittendorff: *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle* (2010), pp. 4 ff.

⁷ OECD: *Action 13: Guidance on the Implementation of Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting* (2015), retrievable under www.oecd.org/ctp/beps-action-13-guidance-implementation-tp-documentation-cb-c-reporting.pdf (last access 12. 03. 2018).

⁸ The list of OECD Member countries is retrievable under www.oecd.org/about/membersandpartners/list-oecd-member-countries.htm (last access 12. 03. 2018).

⁹ The German Federal Parliament and Federal Council on 2 December 2016 and 16 December 2016, respectively, passed tax legislation that includes provisions related to the OECD's BEPS project. German name: Gesetz zur Umsetzung der Änderungen der EU-Amtshilferichtlinie und von weiteren Maßnahmen gegen Gewinnkürzungen, dated 20 December 2016 (BGBl. I S. 3000).

¹⁰ Sec. 1 FTA.

¹¹ Sec. 1 para. 3 FTA.

pricing regulations apply to “related parties”, which means that they apply if a German parent company owns at least 25% of the shares in the respective GCC subsidiary.¹² German taxpayers are obliged to maintain, and upon request present, appropriate documentation with respect to transactions between related parties.¹³ The Federal Ministry of Finance has enacted regulations that provide details on how the documentation must be provided and what has to be contained therein.¹⁴

In case taxpayers do not submit transfer pricing documentation, if the documentation is unusable or if the records have not been set up in due time, the tax authorities may, in general, assume that the taxpayer’s income is higher than reported (*legal assumption*). The taxpayer may, however, exculpate himself.¹⁵

The taxpayer must pay a penalty of at least EUR 5 000 if he does not produce the documentation or if the documentation is unusable.¹⁶

The penalty will be 5 to 10% of the additional income that is assessed because of the non-submission of the records if this amount exceeds EUR 5 000.¹⁷ If the documentation is produced

late, a minimum penalty of EUR 100 per day will be due, up to EUR 1 000 000.¹⁸

In the GCC member states, the following transfer pricing rules apply: While Kuwait, Oman, Qatar and Saudi Arabia¹⁹ apply transfer pricing rules regarding intra-group transactions, Bahrain and the UAE do not.²⁰ Regarding the former states, it is recommended to prepare local transfer pricing documentation, even though there is no statutory requirement in doing so. Based on the above, the situation among GCC member states is as in **table 3**.

In most GCC jurisdictions, tax authorities may re-characterise or re-allocate income or expenses arising from a transaction, regardless of whether a transfer pricing law has been introduced or not. Based on that, German investors should adapt their existing transfer pricing documents to the respective GCC jurisdiction.

3 Relocation of Functions

German investors planning to be active in the GCC member states usually consider implementing new functions in the region which were carried out in Germany previously (*e. g. moving sales*

¹² Sec. 1 para. 2 FTA.

¹³ Sec. 90 para. 3 General Tax Act (GTA – German name: Abgabenordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Oktober 2002 (BGBl. I S. 3866; 2003 I S. 61) die zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2745) geändert worden ist).

¹⁴ Regulations regarding the Documentation of Profit Allocations (German name: Verordnung zu Art, Inhalt und Umfang von Aufzeichnungen im Sinne des § 90 Absatz 3 der Abgabenordnung (Gewinnabgrenzungsaufzeichnungsverordnung – GAufzV) dated 12 July 2017).

¹⁵ Sec. 162 para. 3 GTA.

¹⁶ Sec. 162 para. 4 sentences 1 and 3 GTA.

¹⁷ Sec. 162 para. 4 sentence 2 GTA.

¹⁸ Sec. 162 para. 4 sentence 3 GTA.

¹⁹ The General Authority of Zakat and Tax (GAZT) published its draft Transfer Pricing By-Law in order to implement the Organisation for Economic Co-operation and Development’s (OECD) Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) recommendations on Transfer Pricing on 10 December 2019. The Draft By-Laws include documentation requirements and empowers the tax authority to adjust the tax base if the transfer price does not comply with the arm’s length principle. It is expected that the Draft By-laws will be implemented in 2019. The Draft By-Law is retrievable under www.gazt.gov.sa/sites/default/files/2018-12/180911_BYLAWS_TP_ENG_PCV_v.012%20%2-812.05%29.pdf (last access 07. 01. 2019).

²⁰ The relevant laws and regulations are for Kuwait: Executive Rule No 24 of 2010; Oman: Income Tax Law (Royal Decree 28/2009); Qatar: Income Tax Law (Law No. 21/2009); Saudi-Arabia: Income Tax Law (2004).

operations from Germany into the Middle East). From a German perspective, such a reorganisation may be treated as a so-called *relocation of functions* (*Funktionsverlagerung*).

The relevant provisions are based on the notion that a *relocation of functions* results in a potential loss of taxes for the German fiscal authorities. This is the case, as profits generated by the transferred functions are no longer taxable in Germany.²¹

3.1 Requirements

The *relocation of functions* is defined in the *Regulations governing the Transfer of Functions* (*Funktionsverlagerungsverordnung*).²² A *function* is defined as an aggregation of tasks, which are executed by units of a company.²³ A *relocation* can be understood as a transfer of such a function from one company to another affiliated company or permanent establishment, regardless of whether the transfer is of temporary or partial nature or not.²⁴

Should, for example, a sales department for the GCC market be closed in Germany by the German parent entity and a new one opened in Saudi-Arabia by the subsidiary of the German mother company, this would constitute a *relocation of functions*.

3.2 Consequences

The *relocation of function* provisions grant the German fiscal authorities the power to reassess the so-called *transfer package* within a period of up to ten years after the relocation of such function occurred. The *transfer package* is referred to as a valuation of the transferred assets, risks and opportunities and potential profits related thereto.²⁵

The FTA requires that the relocation of function must be adequately compensated for, taking into account the chances and risks and rewards associated with the concern, as well as the transferred assets, including intangibles (e.g. *know-how*), as a single package.²⁶ The value of the *transfer package* is to be calculated on the basis of the discounted cash method applying at-arm's-length interest rates. In case the transfer price is not adequate, the German tax authorities may carry out a partial business valuation (*a valuation of the function in its entirety*).²⁷

3.3 Avoidance Strategies

To avoid a reassessment of the *transfer package* and subsequent tax claims by the German fiscal authorities, German companies investing in the GCC member states should take the following measures:

²¹ Wittmann, in: Campbell (ed.): *International Taxation of Low-Tax Transactions* (2009), p. GER/30.

²² German name: Verordnung zur Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes nach § 1 Abs. 1 des Außensteuergesetzes in Fällen grenzüberschreitender Funktionsverlagerungen (Funktionsverlagerungsverordnung – FVerlV), dated 12 August 2008 (BGBl. I S. 1680), last amended by Art. 24 Act dated 26. June 2013 (BGBl. I S. 1809).

²³ Sec. 1 para. 1 Regulations governing the Transfer of Functions.

²⁴ Sec. 1 para. 2 Regulations governing the Transfer of Functions.

²⁵ Sec. 1 para. 3 Regulations governing the Transfer of Functions.

²⁶ Sec. 1 para. 3 sentence 6 FTA.

²⁷ Sec. 1 para. 3 sentence 12 FTA.

- Evaluate whether a function to be carried out by a GCC subsidiary is already carried out by the German parent company;
- Should this be the case, consider duplicating the function. This allows after five years to cease operating the respective function within the German parent company without triggering any negative tax consequences (so-called *Funktionsverdopplung*);²⁸ and
- Prepare clear documentation of respective functions to prove that the subsidiary's activities do not constitute a relocation of functions.

4 Controlled Foreign Company Rules

According to the Controlled Foreign Company (CFC) rules,²⁹ a foreign subsidiary's profit can be included in the German parent company's income and taxed in Germany as well if three tests are met:³⁰

- The German taxpayer (directly or indirectly) controls or owns more than 50 % of the foreign company's shares;³¹
- The subsidiary is subject to a corporate income tax rate of less than 25 % (*low-tax jurisdiction*);³² and

- The foreign company generates *passive income*.³³
- The CFC rules aim at avoiding a reduction of tax revenue by moving sources of income to companies into low-tax jurisdictions.³⁴

4.1 Requirements

4.1.1 German Majority Ownership and/or Control

Depending on whether the applicable foreign investment law makes it necessary to enter into a joint venture with a local partner and the joint venture's terms, the German parent company may control the GCC subsidiary or not. Control for the purposes of the FTA exists where a shareholder who is resident in Germany holds (alone or jointly, directly or indirectly) more than 50 % of the shares or voting rights of a foreign corporation.³⁵

4.1.2 Low Effective Taxation

All GCC member states are considered *low tax jurisdictions* according to the German CFC rules (as can be seen from **table 4**) since their corporate income tax rates are below 25 %.³⁶

²⁸ Sec. 1 para. 6 Regulations governing the Transfer of Functions.

²⁹ Sec. 7–14 FTA. Also referred to as *Hinzurechnungsbesteuerung*. For a more detailed account of the CFC rules: Weiss: *Recent Developments in the German Tax Treatment of CFCs*, European Taxation (2015), p. 439.

³⁰ Sec. 9 FTA provides for a *de minimis* rule which exempts CFC income from attribution to the German shareholder under the following conditions: CFC income must not exceed EUR 80 000 for a single CFC or the German taxpayer overall. In addition, the share of passive income in the overall income of a CFC must not exceed 10 %.

³¹ Sec. 7 para. 1 FTA.

³² Sec. 8 para. 3 FTA.

³³ Sec. 8 para. 1 FTA.

³⁴ Aigner / Scheuerle / Stefaner, in: Lang (ed.): *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law* (2004), p. 15 ff.

³⁵ Sec. 7 para. 1 FTA.

³⁶ Sec. 8 para. 3 FTA. According to Sec. 23 para. 1 Corporate Tax Act, Germany currently applies a corporate income tax rate of 15 %. Based on that, Germany would be considered as a "*low tax jurisdiction*" by its own measures.

4.1.3 Passive Income

Whether the GCC subsidiary has *passive* income depends on the type of activities carried out.³⁷ Experience shows that production, trade and service activities are the most common business activities for German investors in the GCC member states.³⁸

4.1.3.1 Production

Production is always considered as generating an *active* income. The same applies to the construction of industrial plants, since, by definition, the processing or assembly of goods generates *active* income.

4.1.3.2 Trade

Trade is generally regarded as a source of *active* income.³⁹ However, if one of the following two requirements are met, income from trading is considered as *passive* income:

– The GCC subsidiary is a *sales company* which trades in goods provided to it by a German controlling shareholder who is taxable in Germany;⁴⁰ or

– The GCC subsidiary is a *purchasing company* which provides the traded goods to a controlling shareholder taxable in Germany.⁴¹

However, the FTA re-characterizes *passive* income under these rules as *active* income if the taxable person provides evidence regarding the following:

– The GCC subsidiary maintains an office structure which is sufficiently equipped for carrying out such trading business (*sufficient economic substance*). This can be achieved by showing an office infrastructure that can carry out the respective trade activities, in particular participating in general commercial transactions.⁴²;

– The trade activities need to be carried out without the German parent company's (or controlling shareholder's) involvement.⁴³

³⁷ The entire catalogue of non-passive (active) income of Sec. 8 para. 1 FTA includes the following: 1) Agriculture and forestry; 2) exploitation of natural resources, energy generation, manufacturing and processing of goods; 3) banking or insurance business (unless captive); 4) trading (unless captive); 5) services (unless captive); 6) leasing of movable and immovable assets and licensing (of self-developed intangibles); 7) the taking on of debt and on-lending to a German business or to a foreign active business; 8) profit distributions of corporations; 9) the sale of shares in corporations, as well as the dissolution or reduction of capital, except to the extent that the capital gain can be allocated to assets used to generate certain types of passive investment income or to certain immovable assets of real estate investment trusts; and 10) reorganizations if they could take place at book value under German tax law (irrespective of requirements for residency or legal form of the entity).

³⁸ Sec. 8 para. 1 no. 2 FTA.

³⁹ Sec. 8 para. 1 no. 4 FTA.

⁴⁰ Sec. 8 para. 1 no. 4 a FTA.

⁴¹ Sec. 8 para. 1 no. 4 b FTA.

⁴² Federal Ministry of Finance: *circular*, dated 2 December 1994 (IV B 4 - S 1340 - 11/04), point 8.1.4.2.1, retrievable on the website of the German Federal Ministry of Finance: [www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Internationales_Steuerrecht/Allgemeine_Informationen/2004-05-14-Grundsatz-Anwendung-AStG.pdf? blob=publicationFile&v=3](http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Internationales_Steuerrecht/Allgemeine_Informationen/2004-05-14-Grundsatz-Anwendung-AStG.pdf?blob=publicationFile&v=3) (last access 12. 03. 2018).

⁴³ Federal Ministry of Finance: *circular*, dated 2 December 1994 (IV B 4 - S 1340 - 11/04), point 8.1.4.3 ff., retrievable on the website of the German Federal Ministry of Finance: www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Internationales_Steuerrecht/Allgemeine_Informationen/2004-05-14-Grundsatz-Anwendung-AStG.pdf? blob=publicationFile&v=3 (last access 12. 03. 2018).

– The subsidiary participates in general commercial transactions. According to the Federal Ministry of Finance, this is the case if the CFC provides its services in the open market to an extent that is not merely insignificant.⁴⁴

It is therefore a matter of whether a GCC trade company has an appropriate established business, carries out general commercial transactions and is involved in the business activities of the affiliates through its organs and employees.⁴⁵

4.1.3.3 Service

The same principles apply with regard to service companies. Income derived from service activities is generally considered *active* income, may, however, be re-characterized as *passive* and *active* income.⁴⁶

4.2 Consequences

Under the CFC rules, *passive* income is attributed proportionally to the German shareholders and taxed in Germany as if the income would have been directly earned by the respective shareholders.⁴⁷ In case both *active* (e. g. the production of tools) and *passive* income is achieved, the income must be separated from one another by reference to functional considerations, e. g. sales, service and production activities.

⁴⁴ Federal Ministry of Finance: *circular*, dated 2 December 1994 (IV B 4 - S 1340 - 11/04), point 8.1.4.2.2, retrievable on the website of the German Federal Ministry of Finance: www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Internationales_Steuerrecht/Allgemeine_Informationen/2004-05-14-Grundsatz-Anwendung-AStG.pdf?blob=publicationFile&v=3 (last access 12. 03. 2018).

⁴⁵ Federal Ministry of Finance: *circular*, dated 2 December 1994 (IV B 4 - S 1340 - 11/04), point 8.1.4.2.2, retrievable on the website of the German Federal Ministry of

4.3 Avoidance Strategies

As all GCC member states are considered *low-tax jurisdictions* as defined in the FTA and as subsidiaries may often be German controlled, the CFC test usually centres around the question whether the GCC subsidiary has *passive* income. Based on that, when setting-up trade and service entities in the GCC member states it must be ensured that the GCC subsidiary is structured in a way that it carries out trade and service activities as independently as possible from the German parent company. Otherwise, significant tax risks may arise in Germany.⁴⁸ The CFC implications can be avoided when *passive* income derived from trade and/or service activities is re-characterized as *active* income under the following conditions:

- The GCC subsidiary has an established business for the provision of such services (*sufficient economic substance*);
- without using the assistance of the unlimited taxable person or a related person (*no assistance from the German parent Company*); and
- the foreign company participates in general commercial transactions.

While German tax law generally requires the fiscal authorities to prove tax liability, this rule does not apply with regard to foreign activities.⁴⁹ Consequently, comprehensive documentation should be prepared with regard to the aforementioned points.

Finance: www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Internationales_Steuerrecht/Allgemeine_Informationen/2004-05-14-Grundsatz-Anwendung-AStG.pdf?blob=publicationFile&v=3 (last access 12. 03. 2018).

⁴⁶ Sec. 8 para. 1 no. 5 FTA.

⁴⁷ Sec. 10 FTA.

⁴⁸ Wittmann, in: Campbell (ed.): *International Taxation of Low-Tax Transactions* (2009), p. GER/46.

⁴⁹ Sec. 90 para. 2 GTA.

5 Place of Effective Management in Germany

In practice, it GCC subsidiaries are often managed by persons who are either resident in other GCC member states (*e. g. in the UAE*) or Germany. If a GCC company's management is located in Germany, this may result in it being liable to corporate income tax in Germany.⁵⁰

5.1 Requirements

According to the *German Corporation Tax Act* (CTA), corporations whose place of management or registered office is located in the Federal Republic of Germany are subject to taxation on their world-wide income.⁵¹

5.1.1 GCC subsidiary as equivalent to a German corporation according to the German Corporation Tax Act

Subsidiaries in the GCC member states are usually incorporated as limited liability companies (LLC). According to the German Federal Ministry of Finance, US LLCs are considered equivalent to German corporations.⁵² US LLCs and LLCs in the GCC member states are similar in structure. Based on that GCC LLCs would likely be considered as equivalent to German corporations, making the CTA applicable to such companies.

5.1.2 Centre of Business Management

According to the *General Tax Act* (GTA), the place of management is where the company's senior business management is centred.⁵³ In other words, the place of effective management is where persons are located who have authority to take final decisions concerning the management of the business.

In the case of management acting in several places, the place of management is where the most important commercial and organisational decisions are taken. Should the management be divided into commercial and technical management, the commercial management is determinant.⁵⁴

5.2 Double Taxation

5.2.1 Double Taxation Agreements

Germany has concluded Double Taxation Agreements (DTA) with the GCC member states **table 5** listed.⁵⁵

As shown below, currently only with Kuwait and the UAE are DTAs in force.

Art. 4 para. 1 lit. b (ii) of the DTA with the UAE stipulates that a GCC company is a resident of the UAE if it is incorporated in the UAE "and has its place of effective management there, provided that the company can give evidence that its

⁵⁰ Federal Finance Court: ruling, dated 23 June 1992 (IX R 182/87).

⁵¹ Sec. 1 para. 1 CTA German name: Körperschaftsteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Oktober 2002 (BGBl. I S. 4144), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2730) geändert worden ist.

⁵² Federal Ministry of Finance: *circular*, dated 19 March 2004 (IV B 4 - S 1301 USA - 22/04).

⁵³ Sec. 10 GTA.

⁵⁴ Federal Finance Court: *ruling*, dated 23 January 1991 (I-R-22/90).

⁵⁵ Federal Ministry of Finance: *circular*, dated 18 January 2017 (IV B 2 - S 1301/07/10017-08), laying out the negotiation status of the Double Taxation Agreements, retrievable on the website of the German Federal Ministry of Finance: [www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Internationales_Steuerrecht/Allgemeine_Informationen/2017-01-18-stand-DBA-1-januar-2017.pdf? blob = publicationFile&v = 4](http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Internationales_Steuerrecht/Allgemeine_Informationen/2017-01-18-stand-DBA-1-januar-2017.pdf?blob=publicationFile&v=4) (last access 12. 03. 2018).

capital is beneficially owned exclusively by [...] individuals being residents of the [UAE] and the company is controlled by the aforementioned residents.”

According to Art. 4 para. 1 lit. b of the DTA with Kuwait, a company is considered a tax resident when it “is incorporated in the State of Kuwait and has its place of effective management there.”

In case the place of effective management lies in Germany, the UAE or Kuwait-based subsidiaries will be considered tax resident of Germany according to the provisions mentioned above. Based on that, these companies will be subject to German corporate income tax. However, the activities of the subsidiaries in the UAE or Kuwait would be considered a permanent establishment.⁵⁶ In general, profits derived from such permanent establishments would be excluded from taxation in Germany.⁵⁷ Since the UAE do not levy any corporate income tax and the DTA with the UAE operates on the basis of the imputation method, the profits of the UAE subsidiary would be fully taxable in Germany.⁵⁸ With regard to a Kuwait-based subsidiary, corporate income tax paid in Kuwait can be credited against the German corporate income tax.⁵⁹

5.2.2 No Double Taxation Agreements

Regarding those countries that have not entered into DTAs with Germany (Bahrain, Qatar and Saudi Arabia) or the respective DTA is not in force yet (Oman), the following applies:

⁵⁶ Art. 5 para. 2 DTA UAE and Art. 5 para. 2 DTA Kuwait.

⁵⁷ Art. 7 para. 1 DTA UAE and Art. 7 para. 1 DTA Kuwait.

⁵⁸ Art. 22 para. DTA UAE.

⁵⁹ Art. 24 para. 1 c DTA Kuwait.

⁶⁰ Sec. 26 para. 1 no. 1 CTA and Sec. 34c Income Tax Act (German name: Einkommensteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. Oktober 2009 (BGBl. I

With regard to those countries levying corporate income tax, namely Oman, Qatar and Saudi Arabia, the regular rules of German tax law apply. Corporate income tax paid in these countries can be credited against the German corporate income tax.⁶⁰ Regarding Bahrain where no corporate income tax is levied, no taxes can be credited. The result is that the tax burden is increased to the maximum German level in these cases.

To avoid this negative outcome, a GCC subsidiary’s management should be physically located in the respective GCC member state where the company has been incorporated. Any directors located abroad should only supervise, not actively manage, the company’s operations.

6 Taxation on Exit

Natural persons shifting their (tax) residence from Germany to one (or more) of the GCC member states may be confronted with the so-called *extended limited personal income tax liability and exit taxation*.⁶¹

6.1 Extended Limited Personal Income Tax Liability

6.1.1 Requirements

Extended limited personal income tax liability applies exclusively to natural persons and requires that the individual has:⁶²

S. 3366, 3862), das zuletzt durch Artikel 9 des Gesetzes vom 14. August 2017 (BGBl. I S. 3214) geändert worden ist).

⁶¹ Also referred to as *erweiterte beschränkte Steuerpflicht* and *Wegzugsbesteuerung* in German.

⁶² According to Sec. 2 para. 1 sentence 2 FTA provides for a *de minimis* rule: EUR 16 500 must be exceeded in order to apply the extended limited tax liability.

- been subject to taxation on his world-wide income in Germany for at least 5 years during the past 10 years;⁶³
- held German citizenship for at least 5 years during the past 10 years;⁶⁴
- established a tax residency in a low-taxation jurisdiction;⁶⁵ and
- retained significant economic interests in Germany.⁶⁶

The ten-year period is counted from the date on which the taxpayer ceases to be tax resident in Germany.⁶⁷

6.1.1.2 Emigration to a Low-Tax Jurisdiction

The term *low taxation* is defined differently for personal income tax and corporate income tax.⁶⁸ Low taxation occurs if personal income taxation in the foreign jurisdiction is lower than one-third of the tax burden in Germany.

In contrast to the CFC rules which base the *low-taxation jurisdiction* on an absolute tax rate,⁶⁹ the definition for the purposes of extended limited income tax liability compares the effective income tax burden. A *low-tax jurisdiction* is any country where the personal income tax on an unmarried person with an annual taxable income of EUR 77 000 is one third lower than in Germany.⁷⁰ This is currently the case for all the GCC member states, since no personal income tax is levied in the GCC member states (table 6).

Emigrating to one of the GCC member states normally includes giving up tax residency in Germany. According to German tax law, an individual is considered tax resident if he maintains a place of residence or habitual place of abode in Germany. A place of residence is a home or dwelling owned by or rented to the taxpayer who has full control over that property.⁷¹ Domicile is a question of fact and is not determined by the intention of the taxpayer.⁷²

6.1.1.3 Significant Economic Interest in Germany

The extended limited income tax liability requires that the individual maintains significant economic interests in Germany. This is the case if it:

- carries out commercial activity or participates in a commercial enterprise in Germany,⁷³ or
- has domestic income above a certain amount.⁷⁴

6.1.2 Consequences

In case the conditions mentioned above are met, the emigrant remains liable to tax on all non-foreign income for up to ten years after giving up his tax residency in Germany.⁷⁵

The consequences of the extended limited personal income tax liability can only be prevented by retaining tax residency in Germany *e.g. by retaining an apartment in Germany* (which would, however, lead to liability for regular German

⁶³ Sec. 2 para. 1 sentence 1 FTA. Tax liability is determined by the concept of residence. An individual is a German resident if he has either a permanent home (Sec. 8 GTA) or habitual abode (Sec. 9 GTA) in Germany.

⁶⁴ Sec. 2 para. 1 sentence 1 FTA.

⁶⁵ Sec. 2 para. 1 no. 1 FTA.

⁶⁶ Sec. 2 para. 1 no. 2 FTA.

⁶⁷ Sec. 2 para. 1 sentence 1 FTA.

⁶⁸ Wittmann, in: Campbell (ed.): *International Taxation of Low-Tax Transactions* (2009), p. GER/46.

⁶⁹ Sec. 8 para. 3 FTA, for further details also regard under item 4.

⁷⁰ Sec. 2 para. 2 no. 1 FTA.

⁷¹ Sec. 8 GTA.

⁷² Sec. 9 GTA.

⁷³ Sec. 2 para. 3 no. 1 FTA.

⁷⁴ Sec. 2 para. 3 no. 2 and 3 FTA.

⁷⁵ Sec. 2 para. 1 FTA.

income tax), or by giving up any significant economic interests in Germany.⁷⁶

6.2 Taxation on Exit

When relocating from Germany to one of the GCC member states and giving up tax residency in Germany, taxation on exit must be kept in mind as well.⁷⁷

6.2.1 Conditions

Taxation on exit applies exclusively with regard to individuals who

- have been subject to unlimited income tax liability for at least ten years before emigration (giving up the tax residency in Germany);⁷⁸ and
- privately hold shares in a company in a domestic or foreign corporation (with a minimum holding of 1 % of the capital within the last five years).⁷⁹

Unlike in case of the “*extended limited income tax liability*” mentioned above, the taxation on exit does not require German nationality and establishing (tax) residency in a *low-tax jurisdiction*.

6.2.2 Consequences

If the conditions are met, the difference between the common value of the shares and the acquisition costs at the time of the departure is taxed.⁸⁰

Should management personnel be seconded to the GCC member states, it may be advisable to retain a German tax residency, e. g. by maintaining an apartment in Germany. This will, however, have an impact on any income earned in GCC member states, as such income would, in general, be taxable in Germany.

Based on that, it should be assessed on a case-by-case basis, whether the retention of tax residency in Germany makes sense commercially.

7 Summary

Recent developments regarding transfer pricing law will put further documentary burdens on German parent entities. At the same time, it can be expected that the GCC countries will tighten their respective transfer pricing rules as it becomes increasingly important to utilise tax revenue more efficiently.

In those jurisdictions which have not yet implemented a general corporate income tax, namely Bahrain and the UAE, such developments may arise with the introduction of such tax. In any case, it is advisable to put in place intercompany agreements reflecting the arm’s length principle and document such transactions accordingly.

It is expected that *de facto* reporting requirements will increase in the future, as tax authorities aim to better exploit the existing tax sources. GCC subsidiaries of foreign investors may be targeted at a higher pace than companies without foreign investment.

⁷⁶ Sec. 2 para. 3 FTA.

⁷⁷ For a more detailed account: Moser / Hentschel: *43 Intertax* 10 (2015), pp. 610 ff.

⁷⁸ According to Sec. 6 para. 1 No. 2 FTA, instead of giving up the unlimited tax liability it also sufficient for the purposes of taxation on exit to resume a tax residency according to a DTA. With regard to the GCC member states, however, the tax residency is (also) dependent on holding the respective nationality (regard Sec. 4 para. 1

lit. b DTA Kuwait, Sec. 4 para. 1 lit. b (ii) DTA UAE; Sec. 4 para. 1 lit. b DTA Oman).

⁷⁹ Sec. 6 para. 1 FTA.

⁸⁰ Sec. 6 para. 1 FTA and Sec. 17 Einkommenssteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. Oktober 2009 (BGBl. I S. 3366), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 29. November 2018 (BGBl. I S. 2210) geändert worden ist.

Incorporating production or distribution entities in the GCC member states may constitute a *relocation of functions* from a German tax point of view if such activities have been carried out in Germany prior to the investment in the GCC countries. In an ideal case, such functions should be duplicated temporarily. To avoid the application of the CFC rules, the parent company's influence, in particular with regard to trade and service activities, should be limited as far as possible. Comprehensive documentation should be maintained to show that the GCC subsidiary has an appropriate established business, that it is carrying out general commercial transactions and that it is involved in the business activities of the affiliates through its organs and employees.

It should also be kept in mind that the place of effective management should be physically located in the respective GCC country and not in Germany. In case staff are to be relocated from Germany to the GCC countries, e. g. for the purposes of managing such an operation, the rules on taxation on exit should be considered.

In conclusion, structuring investments in the GCC member states from Germany comes along with various (foreign) tax related risks from a German perspective. As can be seen in the points mentioned above, such risks can be mitigated in case investments have been structured well in advance.

Tables

GDP according to the International Monetary Fund	
Country	GDP (million \$)
Saudi Arabia	1 789 264
United Arab Emirates	691 948
Qatar	341 730
Kuwait	302 529
Oman	187 882
Bahrain	69 773

Table 1: GDP – GCC Member States (forecasted estimates for 2017 by the *International Monetary Fund*)

Ease of Doing Business Rank	
Country	Rank
United Arab Emirates	21
Bahrain	66
Oman	71
Qatar	83
Saudi Arabia	92
Kuwait	96

Table 2: *Ease of Doing Business Rank* – GCC Member States

Country	Transfer Pricing rules apply to intra-group transactions	Transfer Pricing rules are based on the arm's length principle	Statutory Transfer Pricing documentation requirements
Bahrain	-	-	-
Kuwait	✓	✓	-
Oman	✓	✓	-
Qatar	✓	✓	-
Saudi Arabia	✓	✓	- ¹
United Arab Emirates	-	-	-

Table 3: Transfer Pricing in the GCC Member States

Corporate Income Tax in the GCC Member States	
Country	CIT Rate
Bahrain	none ²
Kuwait	15 % ³
Oman	15 % ⁴
Qatar	10 % ⁵
Saudi Arabia	20 % ⁶
United Arab Emirates	none ⁷

Table 4: Corporate Income Tax in the GCC Member States

¹ Compare with fn. 16.

² With exceptions applicable to the gas and oil sector.

³ Only applicable with regard to GCC companies with foreign ownership.

⁴ Omani proprietorships and LLCs that fulfil the conditions of small and medium enterprises; income derived from the sale of petroleum is subject special provisions.

⁵ Only applicable with regard to companies wholly or partially foreign owned. The tax liability of a joint venture is dependent upon the foreign partners' share of the joint venture's profit.

⁶ Only applicable with regard to non-Saudi investors. Where a company is owned by both Saudi and non-Saudi nationals, the portion of taxable income attributable to the non-Saudi interest is subject to income tax, and the Saudi share is subject to Zakat. Further exceptions are applicable to the oil and gas sector.

⁷ Theoretically, corporate income tax may be imposed on all companies at rates of up to 55 %. However, corporate income tax is only enforced with regard to companies active in the oil and gas sector.

Country	Agreement	In Force since
Bahrain	none	–
Kuwait	Agreement between the Federal Republic of Germany and the State of Kuwait for the Avoidance of Double Taxation with Respect to Taxes on Income and Capital and for the Fostering of Economic Relations, dated 18 May 1999 ⁸	2 August 2000
Oman	Agreement between the Federal Republic of Germany and the Sultanate of Oman for the Avoidance of Double Taxation with respect to Taxes on Income and on Capital, dated 15 August 2012 ⁹	not in force yet
Qatar	none	–
Saudi Arabia	none ¹⁰	–
United Arab Emirates	Agreement between the Federal Republic of Germany and the United Arab Emirates for the Avoidance of Double Taxation and of Tax Evasion with respect to Taxes on Income ¹¹	14 July 2011

Table 5: Double Taxation Agreement between Germany and the GCC member states

⁸ Retrievable on the website of the German Federal Ministry of Finance: www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Internationales Steuerrecht/Staatenbezogene Informationen/Laender_A_Z/Kuwait/2000-03-09-Kuwait-Abkommen-DBA-Gesetz.pdf? blob = publicationFile&v = 3 (last access 12. 03. 2018).

⁹ Retrievable on the website of the German Federal Ministry of Finance: www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Internationales Steuerrecht/Staatenbezogene Informationen/Laender_A_Z/Oman/2012-08-15-Oman-Abkommen-DBA-Englische-Fassung.pdf? blob = publicationFile&v = 3 (last access 12. 03. 2018).

¹⁰ However, Germany and Saudi Arabia have entered into an “Agreement between the Federal Republic of Germany and the Kingdom of Saudi Arabia for the Avoidance of Double Taxation with respect to Taxes on

Income and on Capital of Air Transport Enterprises and on the Remuneration of Employees of such Enterprises”, dated 8 November 2007, in force since 9 July 2009. The agreement is retrievable on the website of the German Federal Ministry of Finance: www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Internationales Steuerrecht/Staatenbezogene Informationen/Laender_A_Z/Saudi arab/2008-08-07-Saudi-Arabien-Abkommen-Luftfahrt-Gesetz.pdf? blob = publicationFile&v = 3 (last access 12. 03. 2018).

¹¹ Retrievable on the website of the German Federal Ministry of Finance: www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Internationales Steuerrecht/Staatenbezogene Informationen/Laender_A_Z/Vereinigte Arab Emirate/2011-05-05-Vereinigte-Arabische-Emirate-Abkommen-DBA-Gesetz.pdf? blob = publicationFile&v = 3 (last access 12. 03. 2018).

Personal Income Taxation in the GCC Member States	
Country	PIT Rate
Bahrain	none
Kuwait	none
Oman	none
Qatar	none
Saudi Arabia	none
United Arab Emirates	none

Table 6: Personal Income Taxation in the GCC Member States

Dr Constantin Frank-Fahle LL.M. is an Attorney-at-Law (qualified in Germany– Munich Bar) at the Dubai Office of SCHLÜTER GRAF Legal Consultants.

TAGUNGSBERICHTE

Bericht zum V. Symposium des Deutschen Forums für Islamisches Recht: Angewandtes Islamisches Recht – Scharia und Gesellschaft, 22. und 23. September 2017, Zentrum für Islamische Theologie, Westfälische-Wilhelms-Universität Münster

Ahmed M. F. Abd-Elsalam

Am 22. und 23. September 2017 fand im Zentrum für Islamische Theologie der Westfälischen-Wilhelms-Universität Münster das V. Symposium des Deutschen Forums für Islamisches Recht statt, welches bisher als *Arbeitskreis Islamisches Recht der Islamischen Theologie Deutschland* bezeichnet wurde. Das Symposium wurde in Zusammenarbeit mit dem Zentrum für Islamische Theologie Münster unter dem Titel *Angewandtes Islamisches Recht – Scharia und Gesellschaft* organisiert und wurde von Ahmed Abd-Elsalam (Zentrum für Islamische Theologie Münster) koordiniert und durchgeführt.

Das Symposium widmete sich der Frage der Rechtswirklichkeit des islamischen Rechts und der islamischen Normen in der Geschichte und der Gegenwart.

Zunächst wurde folgende These aufgestellt:

Charakteristika des modernen Staates wie etwa gesetzliche Kodifizierungen, Zwangsvollstreckung, Zentralisierungs- und Homogenisierungstendenz und Regulierungsdrang sind keine typischen Elemente der islamischen Rechtstradition, ja stehen gar im Spannungsverhältnis zum Geist der Scharia. Die islamische Rechtstradition ist vielmehr gekennzeichnet durch Außerstaatlichkeit sowie Rechtspluralität.

Beispielsweise existieren so viele normative Verständnisse der Scharia, wie es Rechtslehren (*fiqh*) von bedeutenden Juristen gibt.

Sollte sich ein Staat dafür entscheiden, bestimmte Auffassungen der islamischen Rechtslehre (*fiqh*) (unter vielen anderen, die ebenso berechtigt existieren) gesetzlich zu kodifizieren, so müsste man von einem staatlich objektiviertem Recht, nicht jedoch von dem *fiqh* im *šari‘a*-rechtlichen Sinne sprechen.

Diese (Hypo-)These konnte sich aber während des Symposiums nicht wirklich bzw. nur bedingt bewähren. Denn im historischen Kontext herrschten andere Verhältnisse und Rechtsverständnisse. Auch im Hinblick auf die Zukunft kann man davon ausgehen, dass sich die Verständnisse und Verhältnisse von Rechtspluralität anders gestalten werden, als bisher im gegenwärtigen Kontext des objektiven staatlichen Rechts und seiner beanspruchten Rechtssouveränität.

Im Symposium wurden die Beiträge der Referentinnen und Referenten in Bezug auf die Frage der Rechtswirklichkeit des islamischen Rechts thematisch in vier kulturelle Kontextbereiche klassifiziert.

Historischer Kontext der Vormoderne

Beim ersten Bereich handelt es sich um einen historischen Kontext, in dem das Recht des vormodernen Staates das damalige Verständnis islamischer Normen wiedergab bzw. wiedergeben sollte.

Zu diesem Bereich gab es zahlreiche Beiträge, die verschiedene Perspektiven und unterschiedliche lokale wie örtliche Kontexte behandelten.

Nahed Samour: Eine islamische Kritik der Rechtsprechung: Qadi und Mufti (Humboldt Universität zu Berlin)

In ihrem Eröffnungsvortrag sprach Nahed Samour von „einer islamischen Kritik der Rechtsprechung“ unter den Abbasiden.

In ihrem Vortrag geht es Samour um die Autorität des Rechts und wie sie durch die Autoritäten im Recht erstritten und erschaffen wird. Die Autorität des Rechts, also den Anspruch des Rechts, befolgt zu werden, hängt ihrer Ansicht nach maßgeblich davon ab, wer die Rechtsfindung betreibt und wer dem Recht Geltungskraft verleiht. Dies gelte auch für das islamische Recht, da der religiöse Offenbarungsursprung des Rechts nichts daran ändere, dass das Recht von Menschen interpretiert, angewandt und damit letztlich mit geschaffen werde. In ihrem Beitrag geht es damit also zentral um die Frage: Wer spricht eigentlich Recht?

Der Richter (*qāḍī*) habe lange als die Verkörperung der islamischen Rechtsprechung gegolten, obgleich er nicht der einzige gewesen sei, der Recht gesprochen habe. Schon in der frühen islamischen Rechtsgeschichte der Abbasiden habe es auch die Gerichtsbarkeit des Marktinspektors (*muḥtasib*), der Polizei (*šurta*), des Militärs (*qāḍī askarī*) und der Revisionsgerichtsbarkeit gegeben (*mazālim*). Nicht nur zur Pluralität des isla-

mischen Rechts sondern auch zur Pluralität der islamischen Gerichtsbarkeit müsse noch geforscht werden, so Samour.

Der Fokus von Samour liegt im Weiteren auf den beiden Rechtsautoritäten des staatlichen Richters und des nicht der staatlichen Justiz zugehörigen Rechtsberaters, *qāḍī* (Qadi) und *muftī* (Mufti), und darauf, wie beide mit- oder gegeneinander die Rechtsprechung geformt und dabei in Abgrenzung zueinander ihren Autoritätsbereich markiert haben. Dieses Ringen zwischen Qadi und Mufti ist der Raum, in dem Samour eine islamische Kritik der Rechtsprechung verortet, und dieses frühe Ringen beider Rechtsakteure soll zeigen, dass eine islamische Kritik der Rechtsprechung schon sehr früh verankert werden und als Beginn einer ‚Genealogie der Kritik‘ der Rechtsprechung angesehen werden kann.

Abschließend kommt sie zum Ergebnis, dass das Prinzip der Beratung für die Frage von Autorität und Kritik auf drei Ebenen von besonderer Bedeutung ist:

1. Beratung sei Ausfluss eines epistemologischen Rechtsskeptizismus. Denn Beratung solle praktiziert werden im Bewusstsein, dass die normativen Grundlagen des Rechts unbestimmt seien. Das sei besonders akut im islamischen Recht, da es sich um eine göttlich offenbarte Rechtsgrundlage handele. Unbestimmtheit im Recht schaffe Rechtsautoritäten.

2. Beratung beleuchte das Verhältnis der Rechtsautoritäten anhand der Punkte Kooperation, Konfrontation und Kooptation. Richter könnten Rat suchen, Muftis Rat geben, mit, ohne oder gegen den Willen des Richters. Der Einzelrichter stehe meist einem Kollektiv von Rechtsberatern gegenüber, die als Rechtsgelehrte Mitspracherecht in der islamischen Rechtsprechung haben wollten.

3. Beratung erstarke als eine normativ verankerte und empirisch praktizierte Kritik der Rechtsprechung. Kritik im islamischen Recht habe damit einen institutionalisierten Platz in Form der Beratung. Die Betrachtung der abbasidischen Periode ermögliche damit also einen frühen Zeitpunkt der Genealogie einer islamischen Kritik der Rechtsprechung.

Ahmed M. F. Abd-Elsalam: *Die Entwicklung der hisba von religiöser Norm zu einer staatlichen Institution am Beispiel des muhtasib-Amtes in der Mamluken-Dynastie* (Zentrum für Islamische Theologie, Westfälische Wilhelms-Münster)

In seinem Beitrag zum *muhtasib*-Amt stellt Ahmed M. F. Abd-Elsalam fest, dass in der islamischen Normenlehre kein Konsensus darüber herrscht, – welcher Art von Pflichten die *hisba* zuzuordnen ist, außerdem

- wer diese Pflicht erfüllen darf bzw. muss,
- mit welchen Mitteln diese Pflicht erfüllt werden darf bzw. ob man Gewalt anwenden darf.

Im Kontext der Debatte um die genannten Fragen erwähnt er die wichtigsten Positionen großer Rechtsgelehrter wie Al-Ḥasan al-Baṣrī, Māwardī und Ḡazālī. Māwardī sei der Ansicht, dass es zwischen dem amtierenden *muhtasib*, einer vom Herrscher als solcher eingesetzten Person, und dem *muhtasib mutaṭauwi*⁶, einer ehrenamtlich und freiwillig *hisba*-ausübenden Person, zu unterscheiden sei. Dementsprechend lege Māwardī dar, dass die Verpflichtung eines *muhtasib* eine individuelle Pflicht (*farḍ ‘ayn*) und die Verpflichtung eines *mutaṭauwi*⁶ eine unverbindliche Pflicht sei.

Māwardī zufolge habe der Herrscher durch seine Huldigung (*bai‘a*) seine Amtsaufgaben und die dafür erforderliche Autorität erhalten. Damit würden einige der kollektiven Pflichten der Individuen auf ihn übertragen; darunter auch die *hisba*.

Auf diese Weise habe sich die *hisba* von einer Obligation zu einer gesellschaftlichen Institution, der *muhtasib*, entwickelt.

Abd-Elsalam ist der Ansicht, dass die Normen, Symbolik und Werte, über die die *hisba*-Institution verfügt, religiös sind, und deswegen diese Institution in den Quellen als religiös betrachtet werde. Trotzdem bleibe die Institution des *muhtasib* auf Grund ihrer Entwicklung als eine religionsunabhängige soziale Einrichtung bestehen, die gesellschaftliche Probleme zu lösen habe und gesellschaftliche Bedürfnisse befriedigen solle. Daher könne man vertreten, dass die *hisba* und der *muhtasib* zwei Institutionen seien, die aus historischen Gründen auf der theoretischen Ebene miteinander verflochten würden. In der Rechtswirklichkeit aber, insbesondere unter der Mamluken-Herrschaft (1250–1517) würden die säkularen gesellschaftlichen Eigenschaften der Funktion des *muhtasib*-Amtes deutlich wahrgenommen und umgesetzt.

Ali Ghandour: *Mā ḡarā bihi al-‘amal: Die lokale Rechtspraxis in der vormodernen Rechtsprechung bei den mālikītischen Richtern und Muftis* (Zentrum für Islamische Theologie, Westfälische Wilhelms-Universität Münster)

Im dritten Beitrag dieses Bereiches diskutiert Ali Ghandour die sogenannte Dekadenztheorie. Diese ist eine der verbreiteten Thesen bezüglich des *fiqh*, die davon ausgeht, dass das Rechtsdenken bei den Muslimen ab dem 11. bzw. 12. Jahrhundert eine allmähliche Dekadenz erlebte und dass es erst seit dem Ende des 19. Jahrhunderts und Anfang des 20. Jahrhunderts Versuche gab, das Rechtsdenken wiederzubeleben und den *fiqh* zu reformieren. Sie wird in den letzten zwei Jahrzehnten mehr und mehr in Frage gestellt. Zwei Punkte, die Ghandours Meinung nach die Grundlagen der Dekadenztheorie in Frage stellen, möchte ich hier betonen: Zum einen habe sich die

Erforschung des Rechtsdenkens bei den Muslimen lange Zeit auf die Region zwischen Ägypten und Irak konzentriert; man könne von einem ‚*Mašriq*-Zentrismus‘ sprechen. Die Entwicklung des Rechtsdenkens in Anatolien sowie in den Gebieten zwischen dem heutigen Iran und Indien, China und Südostasien, in der Balkan-Region sowie in Nord- und Westafrika sei noch nicht ausreichend untersucht worden, und zwar im Vergleich zu den relativ zahlreichen vorhandenen Studien zum *mašriq*. Insbesondere die Epoche zwischen dem 14. und 19. Jahrhundert warte noch darauf, gründlich erforscht zu werden.

Zum anderen: Die Erforschung des Rechtsdenkens habe sich bisher größtenteils nicht nur auf einen bestimmten Ort und eine bestimmte Epoche, sondern auch auf zwei Hauptgattungen des *fiqh*, nämlich *uṣūl al-fiqh* und die *furūʿ* der *maḏāhib* in ihrer theoretischen Form konzentriert, sprich man habe lediglich die theoretischen Hauptwerke der *maḏāhib* untersucht. Die Fatwabücher, die *aḥkām* und *qaḏāʿ*-Werke hätten nicht die gleiche Aufmerksamkeit erhalten.

Diese Tatsache führe – so Ali Ghandour – manchmal dazu, dass die Normen in den Hauptkompendien der jeweiligen *maḏāhib* mit der historischen Realität verwechselt würden.

Eva Kepplinger: Die Entwicklung der Formulierung islamischen internationalen Rechts am Beispiel des naṣridischen Granada

(Department Islamisch-Religiöse Studien der Friedrich-Alexander Universität Erlangen)

Eva Kepplinger behandelt in ihrem Beitrag ebenfalls die Frage der Rechtswirklichkeit in der Vormoderne. Sie widmet sich in ihrem Beitrag dem islamischen internationalen Recht und nimmt dabei das naṣridische Granada als Beispiel für dessen Entwicklung im Laufe der islamischen Geschichte in den Blick. Nachdem in frühen Wer-

ken, die sich mit politischen Theorien zu Beziehungen zwischen Muslimen und Nichtmuslimen befasst hätten, zu sehen sei, dass in vielen Fällen eine Zweiteilung der Welt in *dār al-islām* und *dār al-kufr* vorgenommen worden sei, sei es aufgrund historischer Entwicklungen notwendig geworden, juristische Ansätze auszuarbeiten, die z. B. den Vertragsabschluss zwischen unterschiedlichen Parteien erlaubten. Um in der Lage zu sein, mit juristisch komplexen Fällen umgehen zu können, sei das Konzept des ‚Gebiets, mit dem ein Vertrag eingegangen wurde‘ (*dār al-ahd* bzw. *dār aṣ-ṣulḥ*) entwickelt worden. In den meisten Fällen habe der Friedensvertrag (*ṣulḥ*) die Anerkennung der muslimischen Autorität durch die nichtmuslimische Partei bedeutet, was auf Situationen zugeschnitten sei, in welchen Muslime die dominierende Partei repräsentierten – eine Situation, die, wie die Geschichte zeige, keineswegs immer der Fall gewesen sei. Im Gegensatz zu Ansichten über das Verhältnis von Muslimen und Nichtmuslimen, wie sie z. B. in al-Māwardī's *al-Aḥkām as-sulṭānīya* beschrieben würden, zeige Granada, dass islamisches internationales Recht durchaus auf Augenhöhe formuliert und praktiziert werden könne. Um dies zu veranschaulichen, werden von Kepplinger arabische Verträge untersucht, die zwischen Granada und seinen christlichen Nachbarn geschlossen wurden und die Einblicke in die für die Parteien relevanten Themen von Verhandlungen gewähren.

Nationalstaaten mit islamischem ‚Vordergrund‘

Im zweiten Bereich verlässt man die Vormoderne und geht in die Neuzeit. Dort soll die Anwendung von islamischen Normen auf der Grundlage der Zivilgesetzgebung moderner arabischer Staaten mit muslimischer Bevölkerungsmehrheit unter-

sucht werden. Der klassische Fall dafür ist das Familien- und Erbrecht.

Hanane El Boussadani: Die Scheidung aufgrund der Zerrüttung im marokkanischen Familienrecht (Westfälische Wilhelms-Universität Münster)

In diesem Zusammenhang berichtet Hanane El Boussadani in ihrem Beitrag von der Integration und Anwendung mālikitischer Rechtsnormen in marokkanischen Gerichten. Hier bleibt die Frage offen, ob man in solchen Fällen von einem objektivierten zwingenden staatlichen Recht, oder doch von dem *fiqh* im *šarīʿa*-rechtlichen Sinne sprechen kann. Diese Frage findet im nächsten Bereich direkte Positionierung.

Islamisches Recht und das Grundgesetz – Deutscher spezifischer Kontext

Der dritte Bereich diskutiert die Position religiöser islamischer Normen aus der Perspektive des bundesdeutschen Grundgesetzes.

Çefli Ademi: Die Frage nach der Kompatibilität von Grundgesetz und Scharia (Zentrum für Islamische Theologie, Westfälische Wilhelms-Münster)

Çefli Ademi gewährte in seinem Vortrag einen Einblick in die islamische Rechtswissenschaft und setzte diese ins Verhältnis zur bundesdeutschen Verfassungsordnung. Er begründete zunächst die Verwendung juristischer Begriffe und machte wissenschaftstheoretisch deutlich, dass es sich beim *fiqh* um eine typische rechtswissenschaftliche Disziplin handle. Denn das Ergebnis sei stets die Begründung von juristischen Normen, die aus Verhaltens-, Sanktions- und Konditionalnormen in der Gesamtschau vor allem die Zwecke verfolg-

ten, Individuen über Recht und Unrecht zu sensibilisieren, Gerechtigkeit und Frieden zu etablieren und der Gesellschaft Nutzen zu bringen sowie Schaden von ihr abzuwenden. Damit deckten sich die Funktionen des *fiqh* mit denen des klassischen Rechts im kulturübergreifenden Sinne.

Ademi zeigte jedoch zugleich auf, dass der *fiqh* als Rechtsdiskurs bzw. Manifestation mehrerer Rechtsideen kein nationalstaatliches Recht sei und auch als solches nicht eingeführt werden könne, ohne seine Essenz zu verlieren. In praktischer Hinsicht sei dieser nämlich optimal auf vor-moderne Gesellschaften zugeschnitten gewesen, die sich grundsätzlich vom modernen Nationalstaat unterschieden hätten.

In rechtspraktischer Hinsicht führte Ademi aus, dass die islamische Rechtswissenschaft und die bundesdeutsche Verfassungsordnung vor dem Hintergrund des Territorialprinzips von einem praktischen Geltungsvorrang der Verfassung ausgehe. In Zuge dessen erinnerte Ademi an das Böckenförde-Diktum, in dem an das Erfordernis eines verfassungsethischen Gemeinsinns erinnert werde, auf den ein säkularer, freiheitlicher Staat langfristig angewiesen sei, den dieser jedoch wegen seiner Freiheitlichkeit nicht erzwingen könne. Mit Blick auf diese ‚Problematik‘ zeigte Ademi eindrucklich, dass die Theorie von den Zielen und Zwecken der normativen *šarīʿa* (*maqāsid aš-šarīʿa*) in begründungstheoretischer Hinsicht fruchtbar gemacht werden könne für eine moralische Affinität zu Verfassungswerten und Menschenrechten.

Assem Hefny: Scharia vs. Grundgesetz. Gemeinsamkeiten und Unterschiede hinsichtlich des göttlich-menschlichen Hintergrunds (Centrum für Nah- und Mittelost-Studien, Philipps-Universität Marburg)

Assem Hefny findet in seinem Beitrag *Scharia vs. Grundgesetz. Gemeinsamkeiten und Unterschiede hinsichtlich des göttlich-menschlichen Hintergrunds*,

dass es noch etwas komplexer ist, was mehr Differenzierung erfordert. Denn in Deutschland stelle sich die Frage, ob der Islam mit der parlamentarischen Demokratie und dem Grundgesetz vereinbar sei.

Die Antwort auf diese Frage hänge davon ab, von welchem Islam man spreche: Dem dogmatischen oder dem historischen Islam. Der dogmatische Islam sei ein geschlossenes System von Werten und Normen, das in vormoderner Zeit entstanden sei und sich die politische Ordnung einer Theokratie gegeben habe. In diesem System verkörperten die Offenbarungen, die von Allāh unmittelbar auf die Erde gekommen sein sollen, ewige Wahrheiten; sie bildeten den Rahmen für ein „Gottesrecht“, das über dem von Menschen geschaffenen Recht stehe. Der historische Islam hingegen, dessen Entwicklung wenige Jahrzehnte nach dem Tod des Propheten Muḥammad eingesetzt habe, sei eine Religion, die sich ständig an neue Bedingungen und historische Umstände angepasst habe, schreibt der säkulare syrische Philosoph Sadiq al Azm, der heute in Berlin lebt. Dieser Islam sei mit Diktaturen ebenso vereinbar wie mit einer modernen Demokratie.

Lena-Maria Möller: *Islamisch geprägtes Recht in der Praxis deutscher Gerichte: Anwendungsbereiche und rechtspolitische Debatten* (Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht Hamburg)

Lena-Maria Möller nimmt in ihrem Beitrag einen klaren Bezug zur Praxis in deutschen Gerichten: Das Zusammenspiel von *ordre public* und islamisch geprägtem Recht sei vor allem in jüngster Zeit einer verstärkten Emotionalisierung und Politisierung ausgesetzt.

Insbesondere könnten drei Problemfelder identifiziert werden: Erstens würden islamisch geprägte Rechtsordnungen nicht selten als fremd,

ungewöhnlich, nicht vergleichbar und tendenziell problematisch wahrgenommen; eine rechtsvergleichende Begegnung auf Augenhöhe finde dadurch oftmals nicht statt. Zweitens werde islamisch geprägtes staatliches Recht weiterhin zu oft als uniforme Sammlung religiöser Rechtsnormen verstanden. Eine Differenzierung und insbesondere die Berücksichtigung des staatlichen Elements würden fehlen. Zuletzt werde zum Teil ein spezifisch deutsches Rechtsverständnis auf ausländisches Recht übertragen, was einer funktionalen Betrachtung einzelner Rechtsinstitute im Wege stehe.

Die Folgen seien ein oft vorschnell eingesetzter *ordre public* bei der Begegnung mit religiös geprägtem Recht, in jüngster Zeit zudem die vermehrte Etablierung von Eingriffsnormen zur Konkretisierung des *ordre public* und, daraus resultierend, ein oftmals umfassender Ausschluss religiös geprägter Rechte, und abschließend, die Verkenning der genauen Funktion einzelner islamisch geprägter Rechtsinstitute.

Auf verschiedenen Einzelfallbeispielen aus der Praxis deutscher Gerichte aufbauend appellierte der Vortrag daher an Entpolitisierung und Re-Internationalisierung des internationalen Privatrechts. Die dem Kollisionsrecht inhärente grundsätzliche Gleichheit der Rechtsordnungen sollte auch bei der Begegnung mit islamisch geprägtem Recht zunächst als Prämisse dienen. Dies gelte insbesondere, als das internationale Privatrecht gerade nicht nach einem abstrakt ‚besseren‘ Recht suche, sondern das Recht zur Anwendung bringen wolle, das die größte Sachnähe aufweise. Die bislang etablierte, einzelfall- und ergebnisbezogene *ordre-public*-Prüfung sei daher vollkommen ausreichend, um grundlegende Wertungen des deutschen Rechts auch gegenüber religiös geprägtem Familienrecht durchzusetzen.

Zukunft als Herausforderung

Der vierte Bereich widmet sich dem Potenzial, Aspekte aus dem Bereich des islamischen Rechts und der Normenlehre in relevanten gegenwärtigen und zukünftigen Fragen der Umweltethik, Medizinethik und Seelsorge innovativ anzuwenden.

Sara Binay: Wasser–Fatwas in Jordanien. Religiöses Recht als Antwort auf drängende Umweltprobleme (Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit / Humboldt zu Universität Berlin)

So berichtet Sara Binay in ihrem Beitrag, dass sich die Jordanische Fatwabebehörde (*Dāʿirat al-Iftāʾ al-ʿĀmm*) in den vergangenen zwei bis drei Jahren mehrmals zum Thema Wasser geäußert habe. Dies sei vor dem Hintergrund erfolgt, dass Jordanien als eines der wasserärmsten Länder der Welt anzusehen sei und die Wasserverteilung aufgrund des Bevölkerungswachstums im Zusammenhang mit dem Bürgerkrieg in Syrien als eine der wichtigsten Zukunftsfragen für die Entwicklung des Landes gelte.

Zur Beschreibung der Wasserfatwas erwähnte Binay, dass es zunächst das Problem gebe, Wasserfatwas zu kategorisieren. So werde bspw. die Verwendung von Wasser im Zusammenhang mit ritueller Reinheit (*tahāra*) in den Fatwas mehrfach erwähnt.

Im Folgenden wurde auf eine Anzahl von Fatwas abgestellt, die vor dem Hintergrund der Wasserknappheit in Jordanien verfasst wurden bzw. direkt mit Wassersparmaßnahmen im Zusammenhang stehen. Die *Dāʿirat al-Iftāʾ al-ʿĀmm* sehe in diesem Kontext ihre Aufgabe darin, das Bewusstsein der jordanischen Bürger zu beeinflussen und eine Verhaltensänderung zu befördern. Die Fatwas der Behörde seien bisher nicht dazu

genutzt worden, um die jordanische staatliche Gesetzgebung weiterzuschreiben, sondern umgekehrt habe die jordanische Wasserautorität um Stellungnahmen gebeten, um die eigenen Erlasse zu unterstützen.

Zwischen den Jahren 2010 und 2017 seien immerhin insgesamt neun (oder zehn, je nach Zählung) Fatwas veröffentlicht worden, die sich mit verschiedenen Aspekten der Wassernutzung befassten. Die Hinwendung zu ethischen und praktischen Aspekten des Umgangs mit der Natur und ihren Ressourcen als explizites Thema von Fatwas sei einerseits relativ neu, könne andererseits aber auch als Rückbesinnung gewertet werden. Am bekanntesten seien im europäischen Kontext Fatwas zu medizin-ethischen Aspekten, wie Organtransplantation oder Fruchtbarkeitsbehandlungen, geworden. In Jordanien sei die Frage, zu welchen Themen sich die Fatwa-Behörde überhaupt äußern sollte, unter religiösen und nichtreligiösen Protagonisten durchaus umstritten, so Sara Binay.

Hadil Lababidi: Der Umgang mit muslimischen Demenzerkrankten nach Prinzipien der islamischen Bioethik (DIRS Erlangen)

Hadil Lababidi bespricht in ihrem Beitrag ein dringendes gesellschaftliches Problem in muslimischen Gemeinschaften.

In ihrer Einleitung schildert sie das Problem wie folgt: Seit den vergangenen zwanzig Jahren sei die Lebenserwartung in den mehrheitlich islamisch geprägten Ländern gestiegen. In einem höheren Alter steige die Wahrscheinlichkeit, an Demenz zu erkranken. Die Internationale Alzheimer Vereinigung, die weltweite Dachorganisation von Alzheimer-Gesellschaften, schätze die Zahl der Demenzerkrankten auf der ganzen Welt im Jahr 2010 auf 35,6 Millionen und prognostiziere für 2030 eine Verdopplung der Zahl der Er-

kranken. Die häusliche Betreuung einer demenziell zu behandelnden Person stelle die Angehörigen vor unerwartete Herausforderungen. Demenzerkrankte Menschen zu Hause zu pflegen, könne die Familienmitglieder überfordern. Daher suchten Angehörige professionelle Unterstützung.

In ihrem Vortrag behandelt sie die Frage über die Zulässigkeit einer Heimunterbringung. Eine Fatwa der ägyptischen Fatwa-Behörde dient dazu als Textgrundlage. Dabei untersucht Lababidi deren Argumentationsstruktur und die Frage, ob sowie welche Prinzipien der islamischen Bioethik angewandt werden. Der Aussteller dieses Fatwas ist der damalige ägyptische Großmufti, ‘Alī Ğum‘a Muḥammad. Der im Jahre 1952 geborene Rechtsgelehrte hatte dieses Amt zwischen 2003 und 2013 inne und folgt der schafiitischen Rechtsschule. Ğum‘a habe beispielsweise den schweren Zustand einer Patientin, welcher eine Lebensgefahr für sich und Angehörige zur Bedingung habe, zur Voraussetzung seiner weiteren Empfehlung gemacht. Die Schwere liege in der irrationalen Medikamentenaufnahme, welche tödliche Folgen haben könnte. In diesem Fall gelte für ihn eine externe Unterbringung nicht als pflichtvergessen und er verstehe diese Handlung nicht als Bruch mit den Verwandten. Da die Kinder der Situation nicht gewachsen seien, was sich aus den häufigen Medikamentenvergiftungen ablesen lasse, könne die Sicherheit der Patientin in der häuslichen Umgebung nicht gewährleistet werden. Vielmehr stelle es eine größere Gefahr für die Patientin dar, wenn sich an den Betreuungsverhältnissen nichts ändern sollte. Kinder von Demenzpatienten, deren Verhalten ebenso das eigene Leben oder das anderer Menschen bedrohe, würden demnach nicht als pflichtvergessen gelten, wenn sie professionelle Hilfe annähmen. Gleichzeitig sollte nicht jeder Demenzerkrankte sofort, sondern nur bei lebensbedrohendem Verhalten eingewiesen werden.

Die Positionen von weiteren muslimischen Rechtsgelehrten, Medizinem oder Seelsorgern werden in diesem Rahmen nicht erörtert.

Asmaa El Maroufi: *Gegenwärtige Problematiken einer angewandten islamischen Umweltethik. Verdeutlicht am Beispiel der Xenotransplantation* (Zentrum für Islamische Theologie, Westfälische Wilhelms-Münster)

Auch der letzte Beitrag betrifft die Bioethik. Asmaa El Maroufi stellt in ihrem Beitrag eine sehr gegenwärtige Problematik dar: Ihren Ausführungen gemäß führten Gentechnologie, Tierexperimente, Ressourcenverschwendung und ähnliche Themenfelder in den vergangenen Jahren zu vermehrt auftretenden moralisch-ethischen Fragestellungen der Gesellschaft hinsichtlich des korrekten Umgangs mit diesen und dem Bedürfnis nach entsprechenden Lösungsansätzen. Diesem Bedürfnis seien auch muslimische Gelehrte nachgekommen, da sie die Notwendigkeit einer theologischen Auseinandersetzung erkannt hätten. Doch zeigten einige ihrer Ausführungen, dass zwar Vor- und Nachteile des Menschen diskutiert und gegeneinander abgewogen würden, jedoch mögliche Nachteile für die Umwelt häufig keine Berücksichtigung bzw. Erwähnung fänden. Ein ganzheitlicher Blick, der alle Interessen Berücksichtigung finden lasse, scheine zum Teil (bewusst) nicht aufgenommen zu werden. Diese Problematik lasse sich am Beispiel der Rechtsprechungen zur Xenotransplantation, der Transplantation von Tierorganen in Menschen, verdeutlichen. Es könne dargelegt werden, worin die Problematiken als auch möglichen Grenzen der heute angewandten islamischen Umweltethik und der damit verbundenen islamischen Rechtsprechung liegen. Dies könne unter Berücksichtigung der *maqāṣid aš-šarī‘a* geschehen.

Abschließend ist zu betonen, dass die Beiträge der Referenten zu den vier verschiedenen kulturellen Kontexten sehr vielfältig und ausgesprochen bereichernd waren, da sie mehrheitlich Ergebnisse eigener Forschungsprojekte darstellten.

Dr. Ahmed M. F. Abd-Elsalam (Zentrum für Islamische Theologie, Westfälische Wilhelms-Münster)

Conference Report: *Religious Marriages in the Mediterranean*, 21–22 March 2018, Malta

Ibtisam Sadegh & Julie McBrien

In Mediterranean settings, religious marriages have long been a means of both incorporating and excluding individuals into religiously-defined and state-recognised ethnic communities.

Such an approach was an integral part of the Ottoman constitution; for example, aspects of the *millet* system continue to have some posthumous existence in states like Lebanon and Cyprus. Over the last century or so, the development of secular or ‘quasi-secular’ nation-states throughout the region has generally meant the active regulation of marriage and the replacement of religious by civil marriage within state legal systems. Whether this has occurred via silent absorption or principled exclusion of religious unions, or even by the creation of dualist systems giving civil marriage pride of place, the juridical implications of these recent changes have been profound. They have ranged from the complete legal marginalisation of previously dominant religious traditions to the creation of ‘protected zones’ within secular jurisdictions within which religious law can operate. Similarly, religious courts have been side-lined throughout the region and have either been completely eliminated, or compelled to accept a subordinate position within the state judicial hierarchy.

Nevertheless, unregistered religious marriages in the region seem to be a useful vehicle for addressing mismatches between state legislation and the matrimonial strategies of couples. In the context of current Mediterranean migration, for

example, state recognised marriages have become a means of granting or withholding access to citizenship and legal residence in states like Greece, Malta or Spain. States wishing to quell migration often make these marriages extremely difficult to conclude. Those who would like to marry and are not able to meet the demands of the state often resort to unregistered religious marriages. The Mediterranean, a point of both intersection and mixing where ideas about MENA and its ‘other’ are reproduced and transformed, has witnessed how these tensions have been variously resolved. In some cases a tense relationship between marriages regulated by formal, state laws and religious marriages celebrated according to informal, religious norms has emerged, while on the other end of the spectrum, civil marriages and (certain) religious marriages live harmoniously side-by-side and at times are also considered synonymous.

The Civil Law Department of the University of Malta and the Mediterranean Institute research group on Belief, Identity and Exchange in conjunction with the European Research Council funded research project *Problematizing “Muslim Marriages”: Ambiguities and Contestations*¹ hosted by the University of Amsterdam, convened a two-day interdisciplinary conference in Malta, on the 21st and 22nd March 2018, aimed at bringing together researchers who have engaged in research on religious marriages in the Mediterranean.

¹ ERC Project 2013-AdG-324180.

The closed conference organized by David Zammit (University of Malta), Ibtisam Sadegh (University of Amsterdam) and Susan Hirsch (George Mason University) consisted of five panels, each comprising three to four papers.² The conference included discussions on how mixed and religious marriages are discussed, problematized, politicized and concluded in the Mediterranean. The papers also explored how religious and civil marriage overlap and mutually reinforce one another, how they are at times in tension or even antagonistic to each other, and how religious marriages are variously treated in law and society within the diverse contexts, both from a contemporary as well as from a historical perspective.

Public Plenary Session with Marie-Louise Coleiro Preca (President on Malta)

Keynote Speech by Annelies Moors: *Problems with Regularising Religious Marriages*
(University of Amsterdam)

The conference included a public plenary session opened by Marie-Louise Coleiro Preca, The President of Malta. Addressing the inequalities and injustices confronted by individuals who face prejudice based upon racial restrictions on marriages, she emphasised that “successful intercultural dialogue means that there is a commitment to promote processes of inclusion, where each community is encouraged and supported to preserve and share what is most valuable about its own distinctive culture and tradition.” In her short speech, the President encouraged academics to share knowledge on the institution of

marriage as understood both legally and culturally, as per the aim of this interdisciplinary conference.

Following this, Prof. Annelies Moors delivered the conference’s keynote speech. During this public lecture, titled *Problems with Regularising Religious Marriages*, Moors discussed the rise in public policy debates on unregistered marriages in the Euro-MENA region, including in the Mediterranean, both in Muslim-minority and Muslim-majority countries. She highlighted the varying views of the main actors in these debates and demonstrated how state legislation that mandates official registration of religious marriages often has contradictory results. In addition to this evening session, the two-day event included five panels, with papers focused on the Mediterranean region.

Panel I: *Legalizing Religious Marriage, Pluralism and Resistance*

Rebeca Vázquez-Gómez: *Religious Marriages in the Spanish Legal System: The Special Status of the Canonical Celebration* (University of La Coruña)

In her paper, Vázquez-Gómez compared the agreements signed between the Spanish state and religious minorities, observing that the agreement made with the Holy See grants special status to canon law. She argued that although there is no doubt that the legal system only recognizes the minorities’ religious marriages with regards to their form of celebration, it is not as clear in relation to the canonical marriage. Vázquez-Gómez argued that the Spanish legal system seems to

² The conference organisers proceeded to coedit a special issue of the *Journal of Mediterranean Studies*, published by the University of Malta and dedicated to the theme of ‘Religious Marriages in the Mediterranean’; in which six of the papers presented at the conference (by Shifra Kisch,

Federica Sona, Gianluca Parolin, Paul Sant-Cassia, Christine Lindner and Benedetta Panchetti), are being published. *Journal of Mediterranean Studies*, ‘Religious Marriages in the Mediterranean’. Special Issue 27.2, pp. 101–218.

recognize the whole canonical institution; hence the form of celebrating canonical marriages as well as their substantive content. As a result, canon law indirectly forms part of the Spanish legal system. However, she concluded that albeit almost in an insignificant way, this nevertheless goes against the Spanish Constitution which guarantees full separation between the Church and the state.

Carmel Cassar: *Her Marriage Ring Will Shackle Her for Life: Marriage in Malta and the Council of Trent* (University of Malta)

By means of a series of case studies from 16th century Malta, Cassar discussed how changing views and regulation of marriage ceremonies by the Catholic Church impacted partner selection and gender relations in marriage. In the decree of Tametsi (1563), the Council of Trent sought to bring marriage under ecclesiastical control and declared that the Church strongly disapproved unions lacking parental consent. It nevertheless refused, once they had been solemnised in Church, to proclaim them null and void. Subsequently, argued Cassar, the Catholic Church began to emphasise the sacramental nature of marriage as well as the imminent value of virginity. Coupled with stricter enforcement of Roman law, the Tridentine principles reinforced a more dominant male figure. From then on, women had to embody the images of wives and mothers as sanctioned by the Church; a wife was associated to her male protector, had to promise full obedience to her husband, was expected to be sexually passive and to act in the interest of her husband's family, rather than hers. Women's attractiveness as a marriage partner was largely based on the dowry offered at marriage.

Cassar concluded that as a result, decisions on suitable marriage partners were heavily controlled by the immediate family, relatives and neighbours, because of the overriding importance to the family labour unit and its domestic economy.

David E. Zammit: *The 'Maltese Marriage Question': Pope versus Privy Council in 19th Century Malta* (University of Malta)

In his paper, Zammit discussed the complex, historical tangle of institutions, discourses and religious-political disputes which motivated the British decision to tacitly abstain from codifying marriage laws in Malta and to acknowledge the role of canon law in defining the lawfulness of marriage within the Maltese mixed legal system. Explaining the development of the Maltese marriage system, Zammit pointed out that until 1975 Malta had no Marriage Act and all marriages involving Catholics were governed by canon law.

The Marriage Act of 1975 subsequently introduced a new system whereby only civil marriages were recognised. The situation then changed once again when the Marriage Act was amended to reflect the new agreement that had been signed between Malta and the Holy See in 1993 establishing that canonical marriages would be granted legal effect equivalent to civil marriages. Today, canonical marriages continue to hold special status within the Maltese marriage law. Zammit concluded that this historical context provides the necessary background to understand the strategies of contemporary state and non-state actors in constructing and contesting the validity of marriages and in preserving multiple overlapping normative regimes.

Federica Sona: *Sailing between Law and Sharia, across the Mediterranean Sea*

(Max Planck Institute for Social Anthropology, Halle/Saale)

Sona explored the manners in which the Italian legal system is coping with the pluralization of concurrent and competing legal orders, paying specific attention to Muslim fiancés wishing to marry in Italy. More specifically, she investigated the potentially problematic interactions between (Italian and Muslim-majority countries) official state bodies and Muslim spouses, when the latter combine various sharia compliant, official and/or unofficial matrimonial forms. At the cross-roads of state laws and religiously-inspired legal orders, she demonstrated that Muslim spouses can benefit from a broad spectrum of nuptial possibilities.

Based on empirical qualitative data collected in Italy over the last fifteen years, Sona unveiled the strategies and dynamic accommodation techniques enacted by both (foreign) Muslim partners and state authorities and offered insights into both sharia and non-sharia compliant matrimonial forms that are utilized by Muslims in Italy. She argued that despite the room for manoeuvring, Muslims are nonetheless *de facto* discriminated against and prejudiced on the grounds of religious belief and national belonging. Access to citizenship, legal residence, family reunifications and related conjugal rights can indeed be prevented in case of unofficial and unregistered religious marriages.

Panel II: *Exploring the Constitutive and Agentive Power of Mixed Marriages*

Paul Sant-Cassia: *Mixed Religious Marriages, Group Formations, and Group Reproductions: Some Considerations from the Historical Mediterranean* (University of Malta)

Sant-Cassia argued that around the Mediterranean, in the early Modern period, mixed marriages between people of different faiths posed serious challenges to groups' culture, formation, and identities. Such unions, or the contemplation of entering into them, caused discussion about belonging, participation in religious rituals, incorporation into groups, and the transmissions of religious beliefs. Sant-Cassia demonstrated that historical decisions to marry were not merely individual elective ones, but were affected by both horizontal (to kith, kin, neighbours) and vertical ties. In his paper, Sant-Cassia compared Jewish-Christian intermarriage in Mallorca and Christian-Muslim ones in Cyprus. He investigated the implications of these marriages on the transmission of group identities and whether they resulted in the creation of new groups. Although for very different reasons and as result of diverse trajectories, he concluded that whilst ethnically mixed marriages clearly resulted in hyphenated, sometimes unstable or fluctuating, identities, religiously mixed marriages do not appear to have stimulated the emergence of distinct new self-reproducing social groups across time.

Sant-Cassia argued that the religious belonging of the offspring of such unions was generally with one, or the other, religious group. However, he argued, in the past such syncretic faiths may have exhibited some degree of 'inter-syncretic' endogamy, as with the *Linovamvakoi* in Cyprus or the *Larame* in Albania.

Ibtisam Sadegh: *Problematizing Interfaith Marriages in Ceuta, a Spanish Enclave in the North African Coast* (University of Amsterdam)

Sadegh's paper discussed interfaith intimate relationships and marriages in Ceuta, an enclave across the straits of Gibraltar from mainland Spain, which continues to fall under Spanish jurisdiction despite repeated requests by the Moroccan government to transfer its sovereignty. Sadegh pointed out that multicultural Ceuta is a zone of both intense confrontation and peaceful quotidian existence; in its small territory, the autonomous city has a dense heterogeneous population composed among others of Christians, Muslims, and smaller numbers of Hindus and Jews. The Ceutan government propagates a discourse of *convivencia* which promotes and celebrates the diverse local ethno-religious groups living and mixing peacefully together. Whereas the ideal of *convivencia* is generally aspired to by Ceutans, Sadegh argued that marriages crossing ethnic and religious boundaries are in practice generally frowned upon. Drawing on the everyday experiences of interfaith couples residing in Ceuta, she investigated which interfaith relationships are considered to be more or less desirable among Ceutans. Sadegh investigated how the marriages of interfaith couples who transgress, defy, and complicate such socio-cultural, legal and political boundaries, are problematized and labelled as marriages of convenience or as oppressive. She concluded that couples, despite being 'exceptions', nevertheless reproduce the dominant discourses regarding the problematization of such mixing.

Christine Lindner: *Protestant Marriages in Ottoman Syria* (Murray State University)

In her paper, Lindner examined the complex and sometimes-contradictory role that marriage played in the emergence of Protestantism, as a new socio-religious community, in the early to mid-19th century Ottoman Syria. Lindner argued that in some instances, marriage marked conversion or the distancing of an individual from other socio-religious communities. Missionaries promoted such marriages as the 'success' of their work and the individual's commitment to the new church. However, focusing on Protestant genealogies and the women of the community, she illuminated a more complicated reality. Lindner revealed in her findings a continuation of ties to non-Protestant communities through intermarriage, while simultaneously Protestants translated the culturally important role of the family and *wasta* networks to the new community. Nevertheless, she argued, Syrian Protestants often promoted a definition of marriage that affirmed an emerging definition of the 'Modern' bringing together individuals with complimentary educational training, who had distinct rights under the *tanzimāt* period of reform. Lindner concluded that while Syrian Protestants were often promoted as the model for these 'Modern' marriages, these ideals were not inherently Protestant, but rather an ideal open to and required from all 'Modern' Syrians.

Shifra Kisch: *Where is Religion in Marriage Conversion? Juridical Policy of Sharia Court in Israel and the Case of Romanian Brides and Palestinian Bedouin Grooms* (University of Amsterdam)

Based on ethnographic study conducted among the Naqab Bedouin, Kisch focused on Romanian women who join their Palestinian Bedouin partners in the Naqab following the latter's completion of their studies in Romania. When approaching the local sharia courts for marriage, these women are typically asked to convert to Islam. Such marriage conversions are largely not religiously motivated, and most women do not consider these conversions and the observance of some Muslim religious practices to be in contradiction with their Christianity. Their decision to marry in religious ceremony is partly a result of the Israeli legal system which does not facilitate civil marriage and submits interfaith couples to the judicial policy of religious courts, a construction inherited from the Ottoman millet system. The courts assert that conversion will avoid the assumed complexities of diverging juridical principles and interfaith relations. Kisch demonstrated how these courts are embedded in social and political contexts committed to keeping religious-national communities apart.

She argued that Romanian brides' conversion, despite the existence of alternatives, indexes their acknowledgment of religious difference. While conversion itself seems to confirm religious divides, in practice brides and in-laws often cultivate a discourse of monotheistic affinity and shared values. Kisch argued that while marriage conversions are often assumed to have little to do with religion, they inevitably involve the production and reproduction of religious categories and interfaith relations by both institutions and participants.

Panel III: *Discourse, Representation, and the Cultural Politics of Religious Marriages*

Gianluca Parolin: *Testing the Boundaries of Religious Marriage (and Divorce) in Popular Culture: Egyptian Television Drama Reinforcing and Challenging Marriage Taboos* (The Aga Khan University)

Parolin explored the depiction of religious marriage in popular culture in Egypt and the ways in which these programs allow for the testing of boundaries. The formal legal system of Egypt tenaciously holds to and monitors the conventional articulation of religious marriage and divorce as a matter of public policy. Egyptian television drama, however, Parolin argued, engages with some of its fringe aspects, testing the boundaries of their social acceptability. Television drama, he argued, is immensely popular and generates discussion at all social levels. In his paper, he looked at interfaith relations and out-of-wedlock pregnancy and how they challenge and reinforce taboos of the conventional articulation of religious marriage.

Parolin focused on a popular current series (*Sabe3 Gar*) and the backlash against it. A public campaign was mounted to cancel and suspend its airing. In this series, the three female screenwriters reframe the taboo of interfaith marriages within the broader hypocrisy of interfaith social relations and the non-denominational rules of gendered morality in Egypt; Parolin argued that for instance, while the series follows the longing of motherhood of a young woman with no desire to get married, in the same year, discussing out-of-wedlock pregnancy on a television programme led to a 3-year jail sentence for the television host on grounds of inciting immorality. Popular culture, he argued, illuminates the remote corners of the dynamics between the conventional artic-

ulation of religious marriage and social conventions. He concluded that in both areas, the series demonstrates how the conventional articulation could actually accommodate developments that are socially resisted.

Rahma Bavelaar: *Muslim-Coptic Marriage as Lens: Contesting the Intersections of Religion, Nation and Gender on the Egyptian Screen (1952–2000)* (University of Amsterdam)

Anthropologists and historians of Egyptian popular culture have argued that since the late 1990's, the explicit treatment of Muslim-Coptic relations in mainstream Egyptian film and television productions has had the paradoxical effect of reinforcing inter-communal tension rather than promoting tolerance and 'national unity' (*wahda wataniyya*), the stated aim of filmmakers and the cultural policies of the state. In her paper, Bavelaar discussed the plot for the film *The Night of Power* (1952) and the drama series *Time of Roses* (2000) arguing that both the film and the drama series elicited significant public controversy due to their frank portrayal of interfaith marriage.

Bavelaar examined the state and cultural elites involved in the censorship practices and public debates surrounding the two representations of interfaith relations. She investigated which Coptic institutions and social groups contested these representations and what was at stake for them. Moreover she examined how (and why) these debates changed over time despite the apparent persistence of Muslim-Coptic love as a popular cinematic trope. She concluded by investigating what the censorship practices and public debates reveal about the contestations around family, national identity and religious difference.

Amny Athamny: *Politicization of Religious Marriages in Israel/Palestine; Discourse Analysis* (University of Toronto)

In her paper, Athamny argued that the regulation of marriage remains an important mode for consolidating the ethnocratic Israeli state. She discussed the public debate, which arose in summer 2014 surrounding the marriage of an Arab Muslim man and a Jewish woman, who converted to Islam at marriage. A court ruling permitted right wing activists to protest 200 meters from the wedding party. At the same time, the president of the state of Israel called for citizens to respect the couple's choice and condemned the incitement. Hundreds of police officers were mobilized to secure the wedding. Between the two camps supporting and opposing the marriage, the controversy invoked concerns revolving around the assimilation of the Jewish population into the wider Muslim Arab population.

Through discourse analysis of newspapers and media outlets from the same period, Athamny explored the discourses that shaped the discussions supporting and opposing the marriage. She contextualized the case study in the wider context of colonialism and problematizes mixed marriages by politicizing them in this specific context. Moreover, she examined the inner workings of these discourses, how they operate on multiple levels and how discourses on morality and piety of women strengthen the ethnocratic Israeli state. By exploring the voices found and manifestations of those opposing and supporting the marriage, Athamny demonstrated how marriage is still one of the effective tools of maintaining ethnocracy.

Panel IV: *Religious Marriages in the Vanguard and the Wake of Reform*

Yüksel Sezgin: *Examining the Role of Civil Courts as Reformers of Shari'a: A Comparison of Muslim Family Laws in Israel and Greece*
(Princeton University)

Sezgin argued that there are 18 non-Muslim-majority countries that formally recognize and integrate Muslim family laws into their legal systems. By comparing sharia jurisprudence of civil courts in Israel and Greece over the last three decades, Sezgin examined if and under what conditions civil courts could affect systemic changes in Muslim laws in non-Muslim-majority countries where Muslim family laws are formally incorporated.

Based on empirical evidence gathered through field research in Israel and Greece, Sezgin argued that even though non-Muslim civil courts could not bring about direct changes in Muslim family laws, they could play an indirect role in the evolution of Muslim laws by pressuring religious courts and authorities to undertake self-reform.

He demonstrated that the prospects for internal reform in Muslim family law systems are usually greater when lower and higher civil courts work in tandem by exerting simultaneous lateral and vertical pressure, respectively, on Islamic courts, and when the sharia system is closely integrated into the normative hierarchy of the national legal system. He discussed which elements influence the direction and magnitude of change and illustrates the limits and potential of religio-legal accommodation in liberal democracies by closely comparing the experiences of Israel and Greece.

Sebastian Elsässer: *Coptic Orthodox Marriage between the Clergy and the State in post-2013 Egypt* (Christian-Albrechts-Universität Kiel)

In his paper, Elsässer discussed how Egypt witnessed a trend towards the (partial) secularization of marriage and family laws, which reached a climax with the abolition of the religious/communal courts in 1955. Nevertheless, Egyptian state law continues to differentiate between different religious communities in terms of family law. In the case of the Coptic Orthodox community, to which at least 5% of Egyptians belong, the clergy was able to stop and even reverse the legal and social trend towards the secularization of marriage based on continuous control over the Holy Sacrament of marriage. With the support of the Nasser regime between 1952 and 1970, the clergy disempowered the lay-dominated Coptic Community Council, which had been responsible for the promulgation and implementation of the relatively liberal 1938 Coptic Orthodox Family Code. Subsequently, the Church refused to comply with the divorce regulations incorporated in the code and started to refer divorce cases to clerical jurisdiction. Since 2013, the Church leadership has renewed its campaign for the desecularization of Coptic marriage.

Elsässer argued that their aim is to place both legislation and adjudication of Coptic family law under the complete control of the clergy and to neutralize the influence of both Coptic laypeople and the State. He argued that nevertheless this project faces resistance from certain quarters within the Coptic community, the Egyptian state and in civil society. Elsässer surveyed the current struggle over Coptic marriage and discussed who are the main participants, their positions and their ideological and interest-based motives.

Omar Fassatoui: *Religious and Civil Interactions in Marriage Laws in Tunisia*

(Aix Marseille University)

Fassatoui discussed the post-1956 independence family law in Tunisia, which introduced civil marriages and amended both the previous system based on the parties' confessions and the application of the French civil code in the case of European Christians living in Tunisia. The Tunisian Personal Status Code also prohibited polygamy and set a legal minimum age for marriage, among other changes made in defiance of Islamic law. He argued this code is today still considered as the most progressive family law in the Muslim world. Fassatoui argued however that this legislative change was made through political power without first investigating whether the Muslim majority society agreed to this 'modernization.' For instance the several cases of bigamous second marriages being concluded outside of Tunisia, he argued, will put Tunisia on the trail of 'marital tourism' where Tunisian men go abroad to take advantage of more favourable legislations, Egypt in particular. In his paper, Fassatoui focused on the interactions between social and legal marriages in Tunisia. He demonstrated how these evolved after the return of political Islam in 2011 when several cases of religious or religious-like marriages were subjected to Tunisian civil courts. He concluded by examining the impact that Tunisian family law and its Islamic law influence continues to have on non-Muslim marriages in Tunisia.

Panel V: *Marriage at the Interface of the Religious and Secular*

Mirela Krešić: *Shari'a Law and Mixed Marriages in the Interwar Croatia*

(University of Zagreb)

Krešić discussed the legal position of Islam in Croatia in light of secular state rulings and policies regulating Islam. In her paper, Krešić argued that following the state mandated obligatory application of Sharia law in 1921 and the establishment of the Croatian mufti in 1922 the conclusion of mixed marriages in the Croatian Sharia court was authorized; between 1923 and 1941, 351 marriages of the 529 performed were mixed marriages. The Islamic religious community reacted to the large number of mixed marriages in 1938 by issuing a 'Conclusion', fully banning mixed marriages. However, this was not observed by the court and mixed marriages continued to be performed. Krešić argued the Croatian Sharia judge justified this practice by arguing that the Islamic religious administration had no legal authority in matters of Sharia law, including in matrimonial matters. Moreover the Sharia judge argued that Sharia law was not familiar with any ban on mixed marriages for men. Krešić concluded that the validity of mixed marriages performed at the Croatian Sharia court, were confirmed by the Supreme Sharia court.

Benedetta Panchetti: *Between Religious Sectarianism and National Secular Identity: the Legal and Social Interaction between Religious and Civil Marriages in Lebanon*

(Catholic University Center, Rome)

Panchetti discussed how since 2013 several attempts have been made to legislate civil marriages in Lebanon as a means to lower religious sectarianism and reinforce national identity.

However, Lebanese religious authorities have described civil marriages as a rupturing to their sect ‘endogamy’, weakening the sectarian system, and threatening the multi-confessional system as a whole. Concurrently, civilly married couples consider civil marriages as a tool to put pressure on state authorities to pass civic laws and strengthen a national Lebanese identity over any religious affiliation. In her paper, based on historical material and numerous interviews, Panchetti first explained the path, which led to the contemporary multi-confessional system and discussed why even the French failed to introduce civil marriages during their Mandate in Lebanon.

Panchetti paid attention to the efforts made in the late 90s to draft a bill on civil marriages. These were, she argued, attempts to help rebuild an overarching Lebanese identity, which had been imperilled by the Civil War (1975–1990) partially fought along religious lines. Panchetti then investigated contemporary events; Lebanese citizens are only permitted to have religious marriages. However, if their religious laws do not allow the union, citizens can celebrate a civil marriage abroad. She concluded that this mostly happens in cases of Christian-Muslim unions between Muslim women and non-Muslim men.

Sharon Shakargy: *Religious Marriages and Secular Alternatives in Israel* (Hebrew University of Jerusalem)

Shakargy argued that since the Ottoman Empire, through the British Mandate and to this day under the State of Israel, religious marriages are the only means of creating a valid marriage in the territory that is now the state of Israel. Since marriages are governed by laws of different, recognized religious sects, interfaith marriages, same-sex marriages and other unions that are not acceptable under religious law cannot be concluded in Israel. Shakargy demonstrated how nevertheless the Israeli courts have created, and are still expanding and shaping, different secular alternatives that serve to bypass the religious norms. These alternatives include the *Reputed Couples* arrangement and the rule that allows registration-without-substantive-recognition of marriages celebrated abroad by Israelis. While many in Israel believe that these alternatives are equivalent to marriage, she argued that in fact this is not the case. These alternatives do grant some official recognition and rights, but lack in other aspects and therefore they are not equivalent to formal marriages celebrated according to religious law.

Shakargy discussed these alternative mechanisms in depth and concluded that they are not necessarily as progressive and liberating as they are often described. She argued that instead, they create a smoke-screen that quells debate over the rule of religious law and other public norms, thus preserving the conservative status-quo.

Ibtisam Sadegh, LL.D., currently conducts ethnographic research with interfaith couples in Ceuta as a PhD researcher in the ERC project *Problematizing 'Muslim Marriages': Ambiguities and Contestations* at the Amsterdam Institute for Social Science Research (University of Amsterdam).

Julie McBrien, Assistant Professor of Anthropology at the University of Amsterdam and Senior Research and co-coordinator of the ERC project *Problematizing Muslim Marriages* at the Amsterdam Institute for Social Science Research (University of Amsterdam).

Conference Report: IX International Conference of Islamic Legal Studies, 6–9 June 2018, Universities of Helsinki & Tampere, Finland

Serena Tolino*

The *International Society for Islamic Legal Studies* (ISILS, www.isils.net) is an international, non-profit, and non-political organization that aims to encourage scholarship and foster communication on Islamic law and related subjects. Its primary focus is the organization of the *Islamic Legal Studies (ILS)* conferences, which are held triennially. Between 6th and 9th June 2018 the ninth conference of the society took place at the Universities of Helsinki and Tampere, Finland.

Panel I: *Islamic Law and the Relationship between Ruler and Ruled* (Helsinki)

Frank E. Vogel: Keynote Lecture (Harvard Law School)

The conference was divided into two parts: The first part, which took place in Helsinki, was a panel of invited speakers who gave talks on the theme *Islamic Law and the Relationship between Ruler and Ruled* inspired by a keynote lecture by Frank E. Vogel, in which he explored *inter alia* the independence of jurists in times past and present *vis-à-vis* the regime, and how the law and institutions propagated by Sunni scholars, both in constitutional (*siyāsa šar‘īya*) and substantive (*furū‘*) matters, have, historically and until today, operated upon topics we now refer to under the heading of citizenship. The five invited speakers then explored the relationship between ruler and ruled in different historical periods.

Lena Salaymeh: *Muslim Citizenship and Islamic Governance in Late Antiquity*

(Tel Aviv University)

Lena Salaymeh focused on *Muslim Citizenship and Islamic Governance in Late Antiquity*, and discussed the concept of citizenship in reference to the early Muslim community. She showed how in late antiquity there was a large group of people who made claims to interpret Islamic Law: the ruler, the state’s legal actors and the jurists, while in later period the dominance of jurists would cause a shift in the balance of power, and this would reduce the ability of the ruler and the state’s legal actors to claim Islamic legal authority.

Christian Müller: *The Mamluk Case*

(Centre National de la Recherche Scientifique, Paris)

Christian Müller presented on *The Mamluk Case (1260–1516)*, showing, on the basis of documents from the Ḥaram corpus, how the ruled persisted all the way up to the sultan in order to get justice, and how *mazālim* courts effectively ruled when and where the *šarī‘a* courts were ineffective.

* I would like to thank Peri Bearman (Harvard Law School) for her support in compiling this report and for her enriching comments.

Evgenia Kermeli *The Concept of Citizenship in Ottoman Law: From tebâ'a to millet* (Hacettepe University, Ankara)

Evgenia Kermeli discussed the changes brought by the introduction of the millet system in the Ottoman Empire.

Rob Gleave: *Loyal Subjects of an Illegitimate Ruler: Imāmi Shī'ī Notions of the Legal Subject from the Nineteenth Century Onwards* (University of Exeter)

Rob Gleave expanded on the Imāmi respect for political quietism during the occultation of the Imam in pre-modern times. He then discussed two models in contemporary Imāmi thought on dealing with secular rule: one stemming from Muḥammad Bāqir aṣ-Ṣadr in which religious authorities compromises with the secular state in order to reach legitimate political ends, and the other stemming from Khomeini (Rūḥollāh Mūsawī Ḥomeinī), where the State gained its legitimacy from the emulation of the Imam.

Mulki al-Sharmani: *Legal Reform in Egypt: Negotiating Governance and Gendered Citizenship* (University of Helsinki)

Mulki al-Sharmani expounded on feminist citizenship, presenting a paper on *Legal Reform in Egypt: Negotiating Governance and Gendered Citizenship*, where she focused on reforms to Egyptian family law and in particular on the significance of the law on ḥul^{cl} and its relevance for gender equality. In her paper she also showed the relevance of taking class into account when looking at gender and law, arguing in particular that

some low class women resort to ḥul^c as a strategy to navigate poverty, as this does not only allow them to escape a bad marriage, but also to secure needed resources that they are more likely to obtain if they are divorced.

Panel II: *The Court and Islamic Law*
(Tampere)

The second part of the conference took place in Tampere. It was made up of five panels and twenty papers on different topics related to Islamic law. The first panel, which took place on 7th June, was devoted to *The Court and Islamic Law*.

Sohaira Siddiqui: *Contesting Anglo-Muhammadan Law in Colonial Courtrooms* (Georgetown University)

Sohaira Siddiqui presented a paper on *Contesting Anglo-Muhammadan Law in Colonial Courtrooms*, in which she explored how Muslim judges deciding cases in colonial India were able to resist British interpretation of Islamic law. Focusing in particular on the case of the first Muslim judge to be appointed to the British High Courts in India, Syed Mahmood Khan, she described how Muslim jurists used Islamic legal sources while remaining within the British legal framework.

Ari Schriber: *Functionalization of the Moroccan Qāḍī: The Statut des Cadis Decree of 1937–1938* (Harvard University),

The next talk was given in absentia, as the speaker, Ari Schriber, was taken ill right before the event. *Functionalization of the Moroccan Qāḍī: The*

¹ The term refers to a form of dissolution of the marriage, in which the wife makes an offer to the husband in order to be divorced from him. In its legal consequences it is equated to an irrevocable divorce. See Wael Hallaq:

Sharī'a. Theory, Practice, Transformations, Cambridge 2009, pp. 286-283 and Matthias Rohe: *Das islamische Recht. Geschichte und Gegenwart*. München ²2009: 222–226.

Statut des Cadis Decree of 1937–1938, read by Ebrahim Afsah (University of Vienna), concerned the impact the reforms imposed by the French Protectorate had on the Islamic legal system in Morocco, especially with regard to the position of judges who were subsumed, as state-appointed functionaries, into the state apparatus, which weakened their position of adjudicators of a discursive jurisprudential tradition.

Erin E. Stiles: *Who Is an Heir? Legal Pluralism and Inheritance Disputes in and out of Zanzibar's Islamic Courts* (University of Nevada)

The panel continued with a paper by Erin E. Stiles, who analyzed disputes over inheritance in rural Zanzibar through the framework of legal pluralism. Even though, theoretically, rural Zanzibari Muslims agree that inheritance shares must be divided according to Islamic law, they usually tend to resolve their disputes over inheritance in a variety of ways that can certainly include the local Islamic court but also, depending on their strategic aims, elders, state-appointed *shehas* (community leaders), or state-appointed inheritance officers.

Dominik Krell: *The Concept of the 'Best Interests of the Child' in Saudi Arabian Courts* (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg)

In the last slot of the panel, Dominik Krell presented his paper. Based on court records, Krell explored the Saudi legal discourse surrounding the concept of custody (*ḥaḍāna*) and in particular how Saudi scholars apply the concept of the 'best interests of the child' (*maṣlaḥat al-tifl*) when deciding custody.

Panel III: *Women and Islamic Law*

Marion Holmes Katz: *Is Marriage Really Like a Sale? Marriage and Its Metaphors in the Fifth–Sixth Century AH / Eleventh–Twelfth Century CE* (New York University)

The afternoon panel was devoted to *Women and Islamic Law*. Marion Holmes Katz presented a stimulating paper, in which she built on Kecia Ali's analogy between slavery and marriage in the formative phase of Islamic law.² Taking into account later sources, namely, sources from the fifth/eleventh and sixth/twelfth centuries, Katz showed that when one looks at specific legal issues, the master analogy marriage-slavery becomes questionable. Instead, it is more advisable to use other analogies that specifically fit a given legal issue; this also allows the reconstruction of a more nuanced picture of the gendered assumptions that inform Islamic law.

Delfina Serrano: *Legal Views on the Duration of Pregnancy and Their Impact on Islamic Notions of Paternity (nasab): Past and Present* (CSIC, Madrid)

Delfina Serrano then spoke on *Legal Views on the Duration of Pregnancy and Their Impact on Islamic Notions of Paternity (nasab): Past and Present*, where she analyzed legal opinions by contemporary Sunni *fiqh* scholars on the duration of pregnancy, looking at how they assessed their pre-modern precedents and what relevance they assigned to knowledge acquired through modern medicine. The paper demonstrated that reference to modern medicine in regard to the duration of pregnancy has often been strategically misused to increase the vulnerability of women, particularly of those whose pregnancy may result from non-marital intercourse.

² Kecia Ali: *Marriage and Slavery in Early Islam*, Cambridge 2010.

Rozaliya Garipova: *An Islamic Legal Debate on ‘Anchored’ Women in the Russian Empire*
(Nazarbayev University, Kazakhstan)

In the following paper, Rozaliya Garipova discussed a very much under-researched topic, namely, the history of Islamic family law in the Russian empire. The paper, used as sources records of the *Orenburg Muslim Spiritual Assembly* (a Muslim court of appeal created by the Russian state) in the nineteenth century. Garipova looked at cases of Muslim women requesting divorce from their husbands who had disappeared due to exile, war, or for other reasons. Interestingly, although Muslim marriage and divorce issues had to be resolved according to Islamic law, the Assembly referred to Russian imperial law in answering these women’s petitions. Garipova showed that while some of these women could obtain a divorce, many others remained ‘anchored’ in their marriages, and were left without provision and unable to remarry.

Irene Schneider: *Divorce Gaza Style: The ta‘mīm of 2016* (University of Göttingen)

Irene Schneider presented a paper titled *Divorce Gaza Style: The ta‘mīm of 2016*, in which she investigated the debate on the *ḥul‘* in Gaza. In 2012, a new regulation on *ḥul‘* (*ta‘mīm*) was issued in the West Bank (discussed by Schneider at the eighth ILS conference in Leiden, in 2015). Since then, a debate has taken place also in Gaza, and the media and women’s organizations’ activism led to a request to the government to reform the *ḥul‘*. However, this never happened. Instead, the Supreme Judge issued a regulation in 2016 that allows men to apply for divorce based on ‘dispute and discord’ (*ṣiqāq wa-nizā‘*), a form of divorce originally used by women.

Ayang Utriza Yakin: *Women, Right to Sexual Pleasure, and ‘Malu’: Sexual Enjoyment, Impotence, and Modesty in Indonesian Religious Courts* (Université Catholique, Louvain)

In the last paper of the day, Ayang Utriza Yakin presented a lively paper on *Women, Right to Sexual Pleasure, and ‘Malu’: Sexual Enjoyment, Impotence, and Modesty in Indonesian Religious Courts*, in which he showed how sexual pleasure is becoming an argument for divorce in Indonesian courts and how its absence in marriage is increasingly used by women to obtain a judicial divorce.

Panel IV: *Fiqh Discourse*

Ron Shaham: *Legal Maxims (qawā‘id fihiyya) in Yūsuf al-Qaraḏāwī’s Jurisprudence and Legal Opinions* (Hebrew University, Jerusalem)

The following day started with Ron Shaham, who presented a paper on *Legal Maxims (qawā‘id fihiyya) in Yūsuf al-Qaraḏāwī’s Jurisprudence and Legal Opinions*, in which he investigated specific fatwas to show how al-Qaraḏāwī uses maxims to connect with foundational ideas that he has about, e. g., laws functioning under stress (the necessity and harm maxims are particular favourites).

Serena Tolino: *Eunuchs in Islamic Law: The Gender of Castrated Men in the Islamic Legal Discourse* (University of Hamburg)

Serena Tolino gave a talk on *Eunuchs in Islamic Law: The Gender of Castrated Men in the Islamic Legal Discourse*, in which she looked at the consequences of castration for Muslim juristic opinions. Although in some ways eunuchs were completely gendered as men (for example, they held

offices as army commanders, governors, etc.), in other ways they were not considered as such, which allowed them to act as harem guardians. The paper explored how Muslim jurists specifically dealt with their gender, focusing on legal discussions on marriage, divorce, and the attribution of paternity.

Faris Zwirahn: *Your Marriage Contract Is Unlawful: The Validity of Virtual Communication Technology in Islamic Law*
(Princeton University)

For the last presentation of the panel Faris Zwirahn presented a paper with the title on *Your Marriage Contract Is Unlawful: The Validity of Virtual Communication Technology in Islamic Law*, in which he examined contemporary fatwas that address the issue of virtual communications and marriage contracts, and whether these contracts, if stipulated via *Skype*, *Messenger*, phone, or similar technologies, can be considered valid since the two parties and their witnesses are not located together in one place.

Panel V: *Islamic Law and Governance*
Ahmad Khan: *An Empire of Laws: The View from the Province* (University of Hamburg)

Ahmad Khan started the fifth panel and presented a paper with the title *An Empire of Laws: The View from the Province*, arguing for the wider inclusion of published and unpublished legal texts written in Ḥurāsān and Transoxiana from the ninth to the eleventh century, to increase understanding of how the early Islamic empire functioned. Looking at documentary sources, chronicles, and legal sources, the paper focused in particular on questions relating to the authority of the ruler and the legitimacy of the early Islamic empire in the provinces of Ḥurāsān and Transoxiana.

Gianluca P. Parolin: *Al-Ṭaḥṭāwī ‘Translating’ the 1814 French Charter: Crafting a New Semiotics of Law and Governance in 19th Century Egypt* (American University of Cairo)

Gianluca P. Parolin presented on *Al-Ṭaḥṭāwī ‘Translating’ the 1814 French Charter: Crafting a New Semiotics of Law and Governance in 19th Century Egypt*, in which he discussed the chapter of al-Ṭaḥṭāwī’s well-known *Talḥiṣ al-ibriz ilā talḥiṣ Bārīz*, devoted to the French system of governance (*fi-tadbīr al-dawlat al-faransiya*). In this chapter, al-Ṭaḥṭāwī attempted to describe the French constitutional arrangement to his contemporaries and, in order to do so, experimented with language. Using the language of Islamic law he tried to appeal to the already marginalized ‘ulamā’, while he used the language of the empire to appeal to his patron and his circle. Moreover, the comparison between the French Charter of 1814 and al-Ṭaḥṭāwī’s translation allows light to be shed on al-Ṭaḥṭāwī’s reasoning and aims, which should not be underestimated: indeed, al-Ṭaḥṭāwī led the translation movement that was so relevant in 19th-century Egypt and which has an impact on the field of law up to the present day.

Knut S. Vikør: *Imamate and Sultanate in Twentieth-Century Ibādī Thought* (University of Bergen)

In the last paper of the day, Knut S. Vikør spoke on *Imamate and Sultanate in Twentieth-century Ibādī Thought*. Starting from the division of Oman in the period 1920–55 into a sultanate in Musqat and an imamate in Nizwa, both of which considered themselves to be dominant over the other, Vikør analysed a number of works from the Ibādī tradition of the nineteenth and twentieth centuries on the requirements and the characteristics for the imamate.

Panel VI: *Fiqh Discourse II*

Chair: Susanne Dahlgren

(University of Tampere)

Steven Judd: *Muhammad al-Marwazī's Treatment of Sufyān al-Thawrī in his Ikhtilāf al-fuqahā'* (Southern Connecticut State University)

On the last day of conference, 9th June, a second panel was devoted to *Fiqh Discourse*. Steven Judd presented a paper on *Muhammad al-Marwazī's Treatment of Sufyān al-Thawrī in his Ikhtilāf al-fuqahā'*, one of the earliest surviving works in the *ikhtilāf* genre. Through his reading of al-Marwazī's text, Judd was able to glean some more of Sufyān's *fiqh*, his *madhhab*, and his apparently considerable influence on the Šāfi'ī scholar al-Marwazī.

Nurit Tsafir: *The Persian Influence on the Irāqī Ḥanafī Law: Some Notes on Its Literary Aspect* (Tel Aviv University)

Nurit Tsafir then discussed *The Persian Influence on the Irāqī Ḥanafī Law: Some Notes on Its Literary Aspect*, in which she focused on the process by which fatwas of Eastern Iranians were integrated into the standard Ḥanafī doctrine. She showed that these opinions were integrated into *šurūḥ* (commentaries) by the fifth/eleventh century and later, by the seventh/thirteenth century, into *mutūn* (compendia) acquiring the most authoritative legal authority.

Arzoo Osanloo: *Preserving Right, Forgiving Wrong: Mercy's Law in Iranian Criminal Sanctions* (University of Washington)

Arzoo Osanloo presented on *Preserving Right, Forgiving Wrong: Mercy's Law in Iranian Criminal Sanctions*, based on archival and ethnographic research in Iran's criminal courts. Iran's criminal justice system gives victims of crime the right of

retributive sanctioning. However, as Osanloo showed, the law also encourages forgiveness and compels judicial officials to attempt to achieve reconciliation, although without providing guidance on how it is to be achieved. This ambiguity generates what Osanloo defined as a "cottage industry of mercy and forgiveness work," which she looked at particularly through the lens of a particular case in which the family of the victim consented to forgo retribution.

Jakob Skovgaard-Petersen: *Featuring Fiqh* (University of Copenhagen)

Finally, Jakob Skovgaard-Petersen capped the conference with his paper *Featuring Fiqh*, in which he investigated the role of classical *fiqh* in Egyptian historical *musalsalāt* (soap operas), focusing in particular on those set in the Abbasid period. Skovgaard-Petersen looked at scenes related to Islamic law in order to reconstruct how *fiqh* is imagined and reconstructed, and how this contributes to the construction of an imagined – 'truly' Muslim – society in contrast to the modern one.

All in all, the conference was extremely interesting, the papers were on point, and the ambience warm and friendly. The whole event confirms that the field of Islamic legal studies is an exceedingly rich and lively one. While previous ISILS conferences had a conference topic, and all presenters were requested to present on that, with this conference ISILS decided to experiment a new format, allowing its members to present their own research, regardless of the topic. This contributed certainly to the success of the conference: without being constrained by the conference topic, the presenters could devote their energies to their own research, presenting papers that were extremely cutting-edge. The conference days were extremely fruitful for thinking in particular of the importance of looking at those

different *genres* that, taken together, make what we understand as ‘Islamic Law’, to reflect on the relation between Islamic law and society, and on

the different dynamics of power that shaped the relation between Islamic law and its subjects.

Serena Tolino, Universität Hamburg, is currently Junior Professor of Islamic Studies at the Asia and Africa Institute. Her main focuses of research are gender and sexuality in Islamicate societies, Islamic law, Law in Egypt and Egyptian modern and contemporary history.

**Conference Report: *Law, Islam and Anthropology*,
organized jointly by the Department Law & Anthropology
of the Max Planck Institute for Social Anthropology (MPI),
the Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht (GAIR),
and the Vereniging tot bestudering van het Recht van de Islam
en het Midden Oosten (RIMO), 9–10 November 2018, Halle/Saale**

Abdelghafar Salim & Maria G. Nikolova

The Conference entitled *Law, Islam and Anthropology* which was held on 9–10 November 2018 under the joint aegis of the Department ‘Law & Anthropology’ of the Max Planck Institute for Social Anthropology, GAIR, and RIMO, aimed to bring together academics and practitioners from the disciplines of law, anthropology, and Islamic studies to collaboratively explore the implications and possible trajectories of the conjoined study of the three intersecting fields. The papers presented at the conference addressed ethnographic observations and methodological and epistemological aspects of normativity ascribed to Islam and Islamic contexts. The topics discussed varied in range and included both traditional and novel approaches, from the regulation of family relations and commercial transactions to the ethics of daily life. Questions such as actor-driven social distinctions and cross-societal processes of interpreting and applying Islamic law and tradition were emphasized. The diverse perspectives represented at the conference were intended to help identify the manifold perceptions of cross-disciplinarity within the fields at hand, and enrich their understanding.

Welcome and Opening

Marie-Claire Foblets (Max Planck Institute for Social Anthropology, Halle/Saale)

The conference was opened by Marie-Claire Foblets who started with a welcoming address and a presentation of the history and aims of the Department ‘Law & Anthropology’ in her role as its director. Foblets introduced the genesis of the event as arising from a long-standing collaboration between academics engaged with law and Islam, and the initiative to engage legal practitioners in a dialogue on issues relevant to law and Islam, and invited everyone to help take responsibility as academics for the important topics under discussion at the event.

Susan Rutten (Maastricht University / RIMO)

Susan Rutten took the floor next to introduce RIMO. She welcomed this new instance cooperation between GAIR, RIMO, and the MPI and expressed her hopes that the conference would be only the first of many regular meetings. Rutten observed with regret that many highly qualified researchers are leaving this area of study because of its politicized connotation, and that this expertise may now be lost, exactly when the practice needs more knowledge about Law & Islam.

The activities of RIMO focus on a wider audience and have direct connection to law. RIMO hosts an annual conference in Leiden, and the materials presented there are published in the *Nomos* series by Brill. RIMO also offers an electronic database of judicial decisions in Dutch language, in which Islam plays a role in a number of different ways, and runs a writing competition for students on the subjects of Islam and law, and law of the Middle East.

Hatem Elliesie (Max Planck Institute for Social Anthropology, Halle/Saale, GAIR e. V., ZR&I)

Hatem Elliesie, the Vice-Chairperson of GAIR and editor-in-chief of the *Zeitschrift für Recht & Islam*, then made a brief introduction of GAIR, and talked about GAIR's annual conferences and meetings among working groups, as well as its current plans to establish a new group, the *Junges Netzwerk 'Recht und Islam'*. Elliesie expressed the hope that this attempt to bring junior practitioners and scholars together would help fulfil the idea behind GAIR's existence – to bridge disciplinary boundaries.

Panel I: Ethnography & Ethnics in the Field

Chair: Yafa Shanneik (University of Birmingham)

Annelise Moors: *Anthropologists in the Field of Islam: An Auto-Ethnographic Note on Ethics, Integrity and Academic Freedom* (University of Amsterdam)

The first panel, which dealt with auto-ethnography and ethics in the field, began with Annelise Moors who presented her paper *Anthropologists in the Field of Islam: An Auto-Ethnographic Note on Ethics, Integrity and Academic Freedom*. The paper comprised an auto-ethnographic piece on the importance of analysing unexpected experiences that can arise during fieldwork. She shared a

story from her own practice. The case concerned a small exploratory publication in an anthropological journal about a research project focused on Dutch-speaking women travelling to *ḡihādī* territories. The article was noticed and sensationalized by a national daily newspaper and caused an outcry in the media that resulted in a parliamentary inquiry and an external reflection audit. The public concern appeared to be centred on the lack of transparency on the part of the researchers with respect to the women informants. With the presentation of the case, Moors analysed the ways in which the ethical requirements of transparency that bind ethnographers affected by the widespread audit culture, and also pointed out the dangers faced by Muslim researchers within a climate of ethno-nationalism. She called for a need to relate anthropological ethics to epistemological concerns, and expressed the view that the shifting of attention to political values can be problematic for academic freedom.

In the discussion following Moors' paper, participants noted parallels with journalists and their equivalent responsibility to protect their own informants, but also the different status of information in anthropological research, where the focus is not on the identity of the interlocutors but on what they can teach the researchers. Another difference in the ethical codes of the two fields is that journalists have the right to protect the identities of their sources at least to some degree, while anthropologists do not. Another commentator pointed out that it is the researcher who bears the burden of credibility, and that transparency is not a helpful category in this situation, because the plausibility of information gathered is entirely dependent on the credibility of the researcher as eyewitness. Moors took the opportunity to address again the safety of junior researchers and referred back to the case that she described in her talk, pointing out that the journalists intended to publish the home address of

one of the researchers on the project, a young Muslim female academic. While she was being persecuted by the media, she also faced negative responses from senior academics, who attempted to distance themselves from her.

Panel II: Auto-ethnography and Ethics in the Field

Chair: Vishal Vora (Max Planck Institute for Social Anthropology, Halle/Saale)

Iris Sportel: *Muslim Family Law Across Borders – Law in the Everyday Life of Transnational Families* (Radboud University Nijmegen)

Sportel's paper on *Muslim Family Law Across Borders – Law in the Everyday Life of Transnational Families* presented a multi-sited study of divorce among Dutch-Moroccan and Dutch-Egyptian families, which explored how Muslim family laws travel across borders and how people interact with different family law systems. She introduced the topic with a story about a Moroccan woman who married a man in Morocco and immigrated to the Netherlands, where they eventually sought a divorce. The dispute between the two concerned the application of divorce law to their case – the woman claimed that Dutch law should apply, as it provided for the equal division of assets, whereas the man maintained that Moroccan law was applicable because they were married in that country, and under that law, in his opinion, his interests were better protected. Sportel has conducted research in three different countries, and the study revealed a number of problematic issues for marriage and divorce across borders, including the different documents required by various jurisdictions, the translation of these documents, the legal validity of marriage and divorce across borders, and cultural considerations.

She then explored the ways in which cases of transnational or migrant couples are approached, the practical concerns involved, and how these cases can be handled by the authorities within a framework of culturally sensitive alternative dispute-resolution systems. In conclusion, Sportel pointed out that there are many reasons for people's varying approaches to dealing with law, and it is not constructive to assume that conduct is always based on religion or culture. However, this should not mean that there must not be any space for culture and religion. In the ensuing discussion, Sportel expressed the view that people are strongly shaped by their experiences with legal systems, and that, at the same time, people from different legal and cultural backgrounds can have similar experiences. She suggested that rather than focusing on the question of sharing the same values, it is important to take a step back and see what people want and need from the law, before looking for solutions.

Ashrad Muradin: *Informal Family Dispute Resolution among Dutch-Moroccan Muslims: Recent Debates and Developments* (University of Leiden)

The presentation by Ashrad Muradin entitled *Informal Family Dispute Resolution among Dutch-Moroccan Muslims: Recent Debates and Developments*. His research builds on existing work regarding what legal solutions for marital disputes are available to Moroccan women in the Netherlands. It aimed to bridge a gap in these studies by exploring the ways in which the practices of mediation in marital disputes by Islamic experts within the community are used not as an alternative to the legal venues of adjudication, but as a meaningful path towards creating and terminating relationships in line with faith and cultural values. Muradin's research found that Muslim

communities favoured seeking advice and support in their immediate circle, and when looking for solutions they frequently approach religious experts for assistance. From a religious point of view, amicable resolution is considered preferable, since Muslims share a religious obligation to end hostilities and choose peaceful reconciliation. The study revealed the high importance that these Muslims attached in practice to maintaining contact with their own moral system, and their inclination to reject ‘Western liberal values’.

Among the difficulties encountered during the study were issues of trust and reluctance to talk about a sensitive subject, because marital problems are considered a topic not fit for open discussion outside the immediate family. Other difficulties were presented by considerations of privacy of the members of the studied community and how to balance this with neutrality and transparency. The study revealed an ‘evolution’ of the role of the Imams – while they do not typically engage in the resolution of marital problems, some Imams in the Netherlands have responded to the growing demand for their mediation services and are starting to introduce documentary requirements before a querent can qualify for advice, such as bank statements and evidence of address. At the same time, the study noted the emerging phenomenon of specialists who are competing with the Imams in providing those services – they are trained in Dutch law, and they are building a practice of cultural and religious reconciliation. Muradin also pointed out the central significance of the concept of trust, the meaning of which varies between the Muslim communities in Europe, and between Muslims and non-Muslims.

Panel III

Chair: Björn Bentlage (Martin Luther University Halle-Wittenberg)

Bertram Turner: *Anthropology of Code Switching: Navigating Religion and Normativity in Rural Morocco* (Max Planck Institute for Social Anthropology)

Turner’s work in Morocco concerned the preoccupation of the residents of a village with the ‘proper’ resolution of conflicts according to their perceptions of proper Islamic existence. For that purpose, they employed a variety of strategies, including code switching. Code switching, a term originating in linguistics, which signifies the use of more than one language within one’s interactions, was employed in this study to mean switching between different legal registers, and allowed people to pick and choose among various venues and strategies for dealing with conflicts. Turner used ethnographic vignettes to illustrate the practices of code switching, and also idiom shopping, employed by the villagers in their search for the best ways of handling their legal affairs, while navigating their way through external codes such as transnational legal templates. Techniques for containing conflict and for living in the right way, including what Turner called ‘coercive harmony’ and ‘low level violence’, were discussed and analysed, as well as the relationship and language used in the villagers’ communication with the ‘law merchants’, such as state officials, development agents and representatives of religious congregations.

Presentation of the *Festschrift* on the Occasion of Hans-Georg Ebert’s 65th Birthday

In the honorary address, Hatem Elliesie thanked Ebert for his tireless work and guidance during his chairmanship of GAIR (2009–2015).

Presentation of the GAIR Dissertation Award to Serdar Kurnaz (University of Hamburg) –
Serdar Kurnaz: *The Theory of Bayan and its Relation to the Methods of Deriving Norms (istinbāt al-aḥkām) from Qurʾān and Sunna in Islamic Legal Thinking*

Following this ceremony, Peter Scholz (Freie Universität Berlin / Amtsgericht Charlottenburg), the chairperson of GAIR's board of trustees, presented the Association's dissertation award to the prize-winner **Serdar Kurnaz** (University of Hamburg). Kurnaz then presented his work in a paper on *The Theory of Bayan and its Relation to the Methods of Deriving Norms (istinbāt al-aḥkām) from Qurʾān and Sunna in Islamic Legal Thinking*. He explained one of the earliest methodological problems in Islam's evolution, which has been the question of how to discover the meaning of the authoritative texts – the Qurʾān and the Sunna. This problem led to the development of the system of *bayān*, a collection of utterances from the Lawgiver about what is permissible and what is forbidden. By studying the system of *bayān* in the period between the fourth and the tenth centuries Serdar Kurnaz investigated the implicit meanings and the process of deriving norms of behaviour, as well as their epistemological preconditions. His research explored the question of whether the system of *bayān* provides access to valid rules, or whether instead it is the scholars who created the rules.

Panel IV

Chair: Kai Kreutzberger (Auswärtiges Amt / German Foreign Office in Berlin)
Martin Bünning: *The Sachsen-Anhalt Şukūk and Real Estate Acquisitions of 'Islamic' Investors* (Ashurst LLP, Frankfurt)

Bünning discussed the unprecedented introduction in 2004 of a debt instrument compliant with

Islamic principles in the German Federal State of Saxony-Anhalt. The instrument is called the *Saxony-Anhalt Şukūk* and it is designed for investors from the Middle East and the Gulf region. Sponsored by a US-based bank and endorsed by a *şarīʿa* board, this financial instrument was conceived as a tool to fill a gap in the existing legal and tax regime with a view to the growing interest of Middle-Eastern investors in the real estate market of Germany.

Panel V

Chair: Federica Sona (Max Planck Institute for Social Anthropology)
Baudouin Dupret: *Filling Gaps in Legislation: The Use of Fikh by Contemporary Courts (Morocco, Egypt, and Indonesia)* (Centre National de la Recherche Scientifique, Paris / Université Catholique de Louvain)

Dupret opened the second day with a paper entitled *Filling Gaps in Legislation: The Use of Fikh by Contemporary Courts (Morocco, Egypt, and Indonesia)* which addressed the methods used by contemporary judges in three different countries to issue decisions on family law cases, and explored how these methods have fundamentally altered the nature of legal cognition and of law itself. Muslim countries today use codified family laws. However, does this mean that these are codified versions of classic Islamic law? Dupret argued that judges in Morocco, Egypt, and Indonesia had to find ways to fill in what the lawyers call 'silences of the law' in order to close the gaps left by legislators. To achieve this goal, traditional Islamic legal references are 'swallowed and digested' and understood in a positivistic legal mode. The paper explored judicial interpretative work and judicial discretion as vehicles for managing gaps in the law. The way the judges think about the law reflects the patterns of codified state law, and consequently, new interpretative techniques

and modes of reasoning are devised, such as the principle of *iğtihād*, to handle *fiqh* references. Judicial training and technology make it possible to introduce the right formula in the form of templates. While judges previously used unofficial codification of *Hanaḥī fiqh* to substantiate their arguments, they now employ the more efficient and flexible formula of templates. The development of these new techniques led to the digitalization of judicial work and the harmonization of judicial resources. “Does it mean that this is not Islamic law?” asked Dupret in conclusion. Islamic law is not what scholars decide that it should be, but what judicial actors do with it. So much of legal modernity is about routine and bureaucracy, and that fact defines the law that is practised. Consequently, rather than asking if this is an instance of Islamic law, it is better to ask what the actors think, and how they do it.

Dörthe Engelcke: *Adjudicating Christian Family Law in Jordan: Legal Borrowing across Religious Lines?* (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg)

The paper discussions continued with **Dörthe Engelcke** addressing the question of what shapes adjudication and legal decision-making, Engelcke began her exploration of the systems of Christian family law that exist in Muslim countries. Various Christian communities operate their own courts and apply their own family laws. Based on extensive fieldwork conducted in Jordan in September 2016 and between March and May 2018, Engelcke presented her findings on how minority legal culture, here the Greek Orthodox court, and concluded it is shaped in settings of legal pluralism. Her study showed that Christian family law is created in much the same way as Muslim family law.

Judges in the Greek Orthodox court have used many provisions that exist in Muslim family law, albeit without making any reference to Islamic law. For instance, the father is considered the *walī* (‘guardian’) of his children and enjoys certain prerogatives. Christian courts, like *šarī‘a* courts, also enforce such provisions as *bayt al-tā‘a* (‘house of obedience’) and can prevent wives from traveling under certain circumstances. Christian courts also refer to *qiyās* (‘legal analogy’) and claim that they are engaging in *iğtihād* (‘independent reasoning’). However, there is also a number of differences: marriage is considered a sacrament in Christian doctrine and obtaining a divorce is therefore considerably more difficult than in the *šarī‘a* courts. In conclusion, the paper showed that the Greek Orthodox court in Jordan should be understood as firmly rooted in the local legal culture rather than as a completely separate system.

Panel IV

Chair: Jörn Thielmann (Friedrich-Alexander University Erlangen-Nürnberg)

Reik Kirchof: *Disintegration Within Integration – The Impossibility of Islamic Law: Realigning Field Observations of Islamic Normativity With New Theoretical Concepts of Normative Orders and Law* (Berlin)

This panel opened with a paper by **Reik Kirchof** who discussed the theoretical foundations of the empirical study of Islam and the (im)possibility of Islamic law as a research object. His work was informed by the notion that the genesis of Islamic law and its significance for social coherence remain largely unaddressed. He maintained that Islamic normativity is shaped by both Muslim and non-Muslim actors who call upon Islamic texts as applicable for establishing the legality or illegality of certain social actions. He suggested that *šarī‘a* did not exist as such at the time of the Prophet, but that it was implemented later on by

Muslim scholars. The Prophet did not apply any legal sources according to God's expectations. In Kirchof's view, *šari'a* fails to meet the legal demands of Muslims, especially in the modern era. He proposed the concept of legal normative orders in order to understand the social normative constellations in which Muslims are involved throughout history. Kirchof concluded by proposing that one has to look at institutions that deal with instances where expectations have not been met: whose expectations are talked about – God's expectations towards humans, or humans' expectations towards themselves and others? What is the quality of these expectations? Humankind cannot ask Him, or observe whether He is disappointed. But what Muslims think about the quality of their expectations, this can be observed – are they being fulfilled or not, and how are disappointments dealt with?

Dominik Müller: *The Bureaucratization of Islam and its Socio-Legal Dimensions in Southeast Asia* (Max Planck Institute for Social Anthropology)

Dominik Müller ended the second day's paper discussions with a presentation of the DFG Emmy Noether Research Group, which was established at the MPI in 2016. The research group, which

consists of four doctoral students and himself, investigates the bureaucratization of Islam from an anthropological perspective in five Asian countries (Brunei, Indonesia, Malaysia, the Philippines, and Singapore), with a particular focus on the state's attempted exercise of 'classificatory power' and its workings on the micro-level. Müller's project is a comparative anthropological study of the bureaucratization of Islam as a social phenomenon and its role in the state's exercise of classificatory power, which is co-produced and contested in each society in contrasting ways. He argued that despite the different national histories, discursive contexts, and local power-knowledge regimes, in each of these countries state actors try to inform (and in some cases outright prescribe) the direction of Islamic discourses in their territories, and engage in politically desirable Islamic meaning-making. To illustrate 'family resemblances' and differences of bureaucratized Islam in Southeast Asia, Müller gave empirical examples from his ethnographic work among Islamic institutions in Brunei and Singapore.

The conference concluded with a closed session between the Director of the MPI, GAIR, and RIMO to discuss their first collaborative event, and future projects.

Abdelghafar Salim, Department Law & Anthropology of the Max Planck Institute for Social Anthropology in Halle/Saale

Maria G. Nikolova, Department Law & Anthropology of the Max Planck Institute for Social Anthropology in Halle/Saale,

REZENSIONEN

Rezension zu Carlo Pohlhausen, *Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt in den arabischen Staaten. Eine rechtsvergleichende Analyse von Aktien-, Anleihe und Hybridemissionen am Beispiel Ägyptens, der Vereinigten Arabischen Emirate, Saudi-Arabiens und Jordaniens* Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 309, Tübingen: Mohr Siebeck 2014, 796 + XXXVII S.

Kilian Bälz

Gegenstand der Untersuchung ist das Recht der Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt in den Gesellschafts- und Kapitalmarktrechtsordnungen Ägyptens, Jordaniens, Saudi-Arabiens und der Vereinigten Arabischen Emirate. Auf den ersten Blick ein technisches wirtschaftsrechtliches Thema für Spezialisten, dem Pohlhausen in seiner schon allein vom Umfang her eindrucksvollen juristischen Dissertation Aspekte abgewinnt, die die Arbeit auch für allgemein zivilrechtlich-rechtsvergleichend interessierte Leser lesenswert macht. In dem Labyrinth gesellschafts- und kapitalmarktrechtlicher Vorschriften spiegelt sich exemplarisch die Wirtschafts- und Rechtsgeschichte der untersuchten Staaten. Es geht um weit mehr als Börsenregularien und Prospekte.

So beginnt Pohlhausen mit einer breit angelegten Einleitung, in der er die Rezeption des französischen Rechts in Ägypten, die Verstaatlichungen der Nasser-Ära und dann die in den siebziger Jahren einsetzende Politik der wirtschaftlichen Öffnung beschreibt, vor deren Hintergrund sich dann in den letzten 20 Jahren der moderne Kapitalmarkt entwickelt hat. Der Verfasser zeigt hier die unterschiedlichen Einflüsse auf, denen gerade die ägyptische Rechtsordnung ausgesetzt

war. Und er erläutert, wie bestimmte Konfigurationen (etwa: der ausgeprägte öffentliche Sektor, die Dominanz von Familienunternehmen) die Entwicklung des Rechts der Unternehmensfinanzierung beeinflusst haben. Die Vergleichsrechtsordnungen sind mit Bedacht gewählt: Das saudische Gesellschaftsgesetz aus dem Jahr 1965 hatte in den arabischen Staaten eine Vorbildfunktion, die VAE sind heute einer der wichtigsten (oder der wichtigste) Kapitalmarkt im Nahen Osten und in Jordanien zeigt sich, wie neben dem klassischen Spannungsverhältnis zwischen islamischem und staatlichem Recht ein weiteres entstanden ist, nämlich zwischen der Rezeption französischer und englischer Vorschriften.

Im Hauptteil erörtert der Verfasser das Recht der Aktien- und Anleiheemissionen und steigt dabei weit in die Details der – in den untersuchten Rechtsordnungen noch jungen – Diskussionen ein. Der Verfasser stützt sich auf eine breite Basis an Quellen: Neben den einschlägigen Gesellschafts- und Kapitalmarktgesetzen (einschließlich der betreffenden Ausführungsbestimmungen) und aufsichtsrechtlichen Regularien zieht er auch immer wieder Beispiele aus der Kautelarpraxis heran (insbesondere Emissionsprospekte). Das ist

im arabischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht auch geboten, weil hier die Gesellschaftsregister und Kapitalmarktaufsicht eine sehr viel aktivere Rolle spielen als in anderen Märkten. Hinzu kommt, dass das Kapitalmarktrecht von der Transaktionspraxis lebt, ein bloßes Referieren gesetzlicher Bestimmungen damit nur ein unvollkommenes Bild abgeben würde. Des Weiteren werden die Bezüge zum allgemeinen Zivilrecht hergestellt – etwa, wenn es um die Frage der Zinsen oder der Besicherung von Anleihen geht. Immer gründlich recherchiert, klar gegliedert und gut geschrieben bietet die Untersuchung von Pohlhausen eine informative und anregende Lektüre. Hinweise auf die deutsche und internationale Literatur zu den betreffenden Fragen helfen

dem Leser, die Ergebnisse einzuordnen und machen die Arbeit auch für Leser interessant, die sich nicht primär für das Recht der arabischen Staaten, sondern für Kapitalmarktrecht in Emerging Markets interessieren.

Das Buch von Pohlhausen wird sicher noch für viele Jahre Maßstäbe auf seinem Gebiet setzen. Dass das Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht einem steten Wandel unterworfen ist und sich Gesetze ändern, tut dem ebenso wenig Abbruch wie die sich abzeichnende Neuausrichtung der ägyptischen Wirtschaftspolitik, die wieder sehr viel mehr auf staatlich geführte Wirtschaftsentwicklung setzt und sich so von dem Primat der Privatwirtschaft der späten Mubarak-Periode abgesetzt hat.

**Rezension zu Andrea Issad: *Islamisch inspirierte Testamente*
Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 413,
Tübingen: Mohr Siebeck 2019, 137+ XV S.**

Kilian Bälz

Welche Grenzen setzt das deutsche Recht einem Erblasser, der ein Testament in Anlehnung an die Regelungen des islamischen Rechts errichten möchte? Dieser Frage geht die Verfasserin in ihrer von Mathias Rohe (Universität Erlangen) betreuten juristischen Dissertation nach. Das Spannungsverhältnis zwischen islamischem Erbrecht und Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung ist dabei ein ‚Klassiker‘ der internationalprivatrechtlichen *Ordre Public*-Prüfung.¹ Die vorliegende Untersuchung hat, worauf die Verfasserin gleich eingangs hinweist, aber eine andere Frage im Blick: Ihr geht es nicht um kollisionsrechtliche berufene islamisch rechtliche Bestimmungen, sondern vielmehr um *privatautonom* errichtete Testamente, die islamische Regelungen abbilden.

Die Inhaltskontrolle von Testamenten ist dabei eine unter dem Gesichtspunkt des § 138 BGB in Rechtsprechung und Wissenschaft intensiv diskutierte Frage. Zentral ist hier die „Hohenzollern“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG vom 22. März 2004, 1 BvR 2248/ 01), in dem dieses eine „Ebenbürtigkeitsklausel“ in einem Testament, die das Erbrecht von einer standesgemäßen Eheschließung abhängig gemacht wird, für verfassungswidrig erwachtet hat, soweit diese die Eheschließungsfreiheit unzulässig einschränkt. Auch islamisch inspirierte Testamente können Grundentscheidungen der deutschen Rechtsordnung widersprechen. Das gilt etwa für das ungleiche Erbrecht von Männern und Frauen, die Ein-

schränkungen der Testierfähigkeit und das Erbhindernis der Religionsfreiheit. Der Staat darf keine solchen Regelungen treffen oder sanktionieren. Doch heißt das zugleich, dass es einem Erblasser verwehrt ist, im Wege der testamentarischen Erbfolge eine entsprechende Anordnung zu treffen – die ja sonst im Übrigen nur durch das Pflichtteilsrecht beschränkt ist?

Die Verfasserin erörtert hier die verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben und referiert den Stand der Diskussion zur Funktion der Inhaltskontrolle letztwilliger Verfügungen. Im Ergebnis spricht sie sich gegen ein allgemeines zivilrechtliches Diskriminierungsverbot aus, das einem Erblasser eine geschlechtsspezifische Diskriminierung verbieten würde. Ein Erblasser kann daher nach dem Vorbild der islamischen Regelungen unterschiedliche Erbquoten für männliche und weibliche Erben festsetzen (S. 113 f.). Kritisch sieht die Verfasserin hingegen „Beeinflussungsfälle“, etwa in denen das Erbrecht von einer islamischen Lebensweise oder der Eheschließung mit einem Muslim abhängig gemacht wird (S. 115). Im Ergebnis überrascht dieses Ergebnis nicht. Das dürfte wohl im Einklang mit der herrschenden zivilrechtlichen Dogmatik stehen. Rechtspolitisch spricht für diese Lösung, dass ein Ansatz, der das Vererben nach islamischen Regeln pauschal für Gleichheitswidrig erklärt mit dem Recht auf Religionsfreiheit und kulturelle Differenz kollidiert. Eine Grenze setzen hier aber die Rechte des Ein-

¹ Siehe etwa Kurt Pattar: *Islamisch inspiriertes Erbrecht und deutscher Ordre public. Die Erbrechtsordnungen von Ägypten,*

Tunesien und Marokko und ihre Anwendbarkeit im Inland, Schriften zum Internationalen Recht (SIR) 169, Berlin 2007.

zelen, also insbesondere dann, wenn die islamisch inspirierten Regelungen erheblich in die freie Lebensführung eingreifen (wie das bei einem auferlegten Lebenswandel oder Einschränkungen der Eheschließungsfreiheit der Fall sein kann).

Die Arbeit besticht durch eine sorgfältige und klare Aufarbeitung der deutschen dogmatischen Diskussion zur Inhaltskontrolle letztwilliger Verfügungen, kurz und bündig referiert in gut lesbarer Form. Widerspruch fordert jedoch die Behauptung heraus, ein Testament könne die Erbfolge nicht pauschal durch den Verweis auf die Scharia regeln (S. 15). Zwar ist die Verfasserin hier in guter Gesellschaft mit den englischen Gerichten, die einem Verweis auf die Bestimmungen der Scharia jegliche Rechtswirkung aberkannt haben, weil der Inhalt der Scharia nicht sicher zu ermitteln sei (*Shamil Bank of Bahrain v. Beximco Pharmaceuticals and Others*, Court of Appeal, Civil Division 28 January 2004 [2004] EWCA Civ 19). Nach deutschem Recht gilt das aber nicht. Eine materiellrechtliche (nicht: kollisionsrechtliche) Verweisung auf die Bestimmungen des islamischen Rechts ist wirksam. Deutsche

Gerichte haben so etwa islamisch inspirierte Eheverträge im Lichte von Scharia-Prinzipien ausgelegt (BGH, Urteil vom 14. 10. 1998 - XII ZR 66–97). Es ist nicht ersichtlich, warum für eine letztwillige Verfügung etwas anderes gelten sollte – wobei das Nachlassgericht, das die Erbquoten errechnen muss, nicht zu beneiden ist. Und die Regelung aus Perspektive der Vertragsgestaltung nicht zu empfehlen ist.

Was bleibt ist die Frage, welche *praktische* Relevanz ein Vererben nach islamischen Regeln in Deutschland überhaupt hat. Spielt das in der Praxis überhaupt eine Rolle? Wie häufig sind denn solche Testamente, und wurde überhaupt schon einmal eine von islamischen Prinzipien inspirierte letztwillige Verfügung vor Gericht angegriffen? Beispielsfälle, ob aus der Kautelarpraxis oder der Rechtsprechung, bleibt die Verfasserin schuldig. Das aber ist auch nicht Thema der Arbeit, die am Beispiel islamisch inspirierter Testamente versucht, einen neuen zivilrechtlichen Ansatz zur Inhaltskontrolle letztwilliger Verfügungen zu entwickeln.

CALL FOR PAPERS

Aufruf zum Einreichen von Beiträgen für die

Zeitschrift für Recht & 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 ZR&I trägt diesem Anliegen Rechnung. In jährlich erscheinenden Ausgaben werden die einschlägigen rechtlichen Entwicklungen, die ihren Ausdruck in theoretisch besprochenem und praktisch umgesetztem säkularem und islamischen Recht finden, aus unterschiedlichen Perspektiven und im zeitlichen Verlauf thematisiert. Dabei gilt es, auch das Zusammenspiel von säkularem und islamischem Recht in unterschiedlichen Kontexten zu berücksichtigen. Betrachtung und Auseinandersetzung erfahren dabei nicht nur die allgemeinen Grundsätze und Grundzüge der jeweiligen Rechtsordnungen, sondern auch deren angestrebte sowie tatsächliche Entwicklung. Darüber hinaus werden die Schlüsselphänomene untersucht, die den wissenschaftlichen Diskurs, die Rechtssetzung und die Rechtspraxis in den betreffenden Staaten beeinflussen oder sogar prägen. Der Blick soll dabei jedoch nicht auf Themen von besonderem oder allgemeinem regionalen Interesse beschränkt bleiben, sondern auch die Einflüsse globaler Entwicklungen und Tendenzen im Hinblick auf die beschriebenen Rechtsbereiche bzw. die rechtlichen Beziehungen zwischen den Staaten nicht vernachlässigen.

In diesem Rahmen laden wir bereits anerkannte sowie Nachwuchs-Wissenschaftler und (Nachwuchs-)Praktiker dazu ein, durch das Einreichen veröffentlichungswürdiger Manuskripte zum gegenseitigen Verständnis und zum Austausch beizutragen! Mit dem Ziel, das der Gesellschaft zugrunde liegende Bestreben umfassend und breit gefächert umzusetzen, heißen wir sowohl disziplinäre als auch interdisziplinäre Beiträge willkommen, die sich mit den angesprochenen Aspekten befassen. Wir begrüßen hierfür unveröffentlichte und nicht an anderer Stelle zur Veröffentlichung eingereichte eigene Aufsätze, Berichte, Kommentare, Rezensionen sowie darüber hinaus Urteile.

Beiträge können auf Deutsch oder Englisch eingereicht werden. Bitte senden Sie Ihren Beitrag 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 Shari'a, in: *Arab Law Quarterly* 1.3 (1985), S. 245–264.
 - 3) für Internetseiten: 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 sowie die Herausgeber Beate Anam, Dr. Hatem Elliesie, Kai Kreutzberger und Prof. Dr. Dr. Peter Scholz unter zri@gair.de jederzeit zur Verfügung.

Call for Papers

Zeitschrift für Recht und Islam

The *Zeitschrift für Recht und Islam / Journal of 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: 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, as well as the editors Beate Anam, Dr Hatem Elliesie, Kai Kreutzberger and Prof Dr Dr Peter Scholz at zri@gair.de.

IMPRESSUM

Herausgeber der ZR&I: Zeitschrift für Recht & Islam – Journal for Law & Islam (vormals GAIR-Mitteilungen)

Hatem Elliesie (Halle/Saale) – Editor-in-Chief

Peter Scholz (Berlin)

Kontakt per E-Mail unter zri@gair.de

Beate Anam (Halle/Saale) – Managing Editor

Kai Kreutzberger (Kairo)

Redaktionssekretariat der ZR&I – Zeitschrift für Recht & Islam

Sina Nikolajew (Berlin) – Redaktionssekretariat (zri@gair.de)

Redaktionsmitglieder der ZR&I – Zeitschrift für Recht & Islam

Christopher Halas (Leipzig)

Abir Haddad (Köln)

Silvan Eppinger (Stuttgart)

Tim Knoche (Heidelberg)

Abdelghafar Salim (Halle/Saale)

Fachgutachter der ZR&I – Zeitschrift für Recht & Islam 10 (2018)

Hakkı Arslan (Institut für Islamische
Theologie, Universität Osnabrück)

Björn Bentlage (Seminar für Arabistik
und Islamwissenschaft, Martin-Luther-
Universität Halle-Wittenberg)

Francesco Biagi (Center for Constitutional
Studies and Democratic Development,
Bologna)

Rainer Grote (Max-Planck-Institut für
ausländisches öffentliches Recht und
Völkerrecht, Heidelberg)

Rüdiger Lohlker (Institut für Orientalistik,
Universität Wien)

Christian Müller (Institut de Recherche et
d'Histoire des Textes, Centre National
de la Recherche Scientifique, Paris)

Richard Potz (Institut für Rechtsphilosophie,
Universität Wien)

Mathias Rohe (Institut für Deutsches und
Internationales Privatrecht und
Zivilverfahrensrecht / Erlanger Zentrum
für Islam und Recht in Europa, Friedrich-
Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg)

Dževada Šuško (International University of
Sarajevo)

Silvia Tellenbach (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. Manuskriptensendungen gelten grundsätzlich als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen der Herausgeber. Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt schriftlich oder in Textform. Nicht sinnenstellende 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 / Journal of Law & Islam* 10 (2018), S. XX–XXX.