

Hatem Elliesie – Bruno Menhofer – Dirk Otto (Hrsg.)

# Festschrift zu Ehren des 90. Geburtstags von Prof. Omaia Elwan

Hatem Elliesie – Bruno Menhofer – Dirk Otto (Hrsg.)

Festschrift zu Ehren  
des 90. Geburtstags  
von Prof. Omaia Elwan

RECHT, GESELLSCHAFT UND ISLAM

LAW, SOCIETY, AND ISLAM

Herausgegeben von | Edited by

Hatem Elliesie

Band 1 | Volume 1

---

ERGON VERLAG

Hatem Elliesie – Bruno Menhofer – Dirk Otto (Hrsg.)

Festschrift zu Ehren  
des 90. Geburtstags  
von Prof. Omaia Elwan

---

ERGON VERLAG

Open-Access-Förderung durch die Max-Planck-Gesellschaft.  
Gedruckt mit Unterstützung der Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht e.V. (GAIR)  
und AMERELLER Rechtsanwälte PmbB Berlin.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische  
Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Auflage 2024

© Die Autor:innen

Publiziert von

© Ergon – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2024  
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden  
[www.nomos.de](http://www.nomos.de)

Gesamtherstellung:

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG  
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-98740-019-3

ISBN (ePDF): 978-3-98740-130-5

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783987401305>



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung  
4.0 International Lizenz.

## Inhaltsverzeichnis

### EINFÜHRUNG

*Hatem Elliesie, Bruno Menhofer & Dirk Otto*

Vorwort der Herausgeber ..... 23

*Hatem Elliesie*

Laudatio auf Prof. em. Dr. Omaia Elwan ..... 35

### Schriftenverzeichnis

*zusammengestellt von Hatem Elliesie, Bruno Menhofer & Dirk Otto* ..... 41

Bücher von und zu Ehren des Jubilars ..... 41

Veröffentlichte Gutachten des Jubilars ..... 41

Omaia Elwans Beiträge in Festschriften ..... 43

Omaia Elwans Beiträge in Sammelbänden ..... 44

Omaia Elwans Artikel in Fachzeitschriften ..... 45

Omaia Elwans Beiträge in Enzyklopädien/Lexika ..... 47

Omaia Elwans Rezensionen ..... 47

Juristische Übersetzungen des Jubilars ..... 48

Biographische Angaben der Beitragenden ..... 49

### ARABISCH-ISLAMISCHES RECHT/INTERNATIONALES PRIVATRECHT

*Hans-Georg Ebert*

Die Kodifikationen von Muḥammad Qadrī Pāšā (gest. 1886)

und ihr Einfluss auf die moderne ägyptische und arabische

Rechtsentwicklung ..... 59

A. Einleitung ..... 59

B. Der rechtlich-religiöse Hintergrund in Ägypten

in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts ..... 60

C. Der rechtlich-religiöse Hintergrund in Ägypten

in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts ..... 61

D. Das rechtswissenschaftliche Werk von Muḥammad Qadrī ..... 63

E. Die Besonderheiten der Kodifikationen von Muḥammad Qadrī ..... 66

F. Die Kodifikationen und ihre Auswirkungen

auf die arabische Rechtsentwicklung ..... 67

G. Conclusio ..... 69

Bibliographie ..... 69

*Imen Gallala-Arndt*

Das internationale Personalstaut arabischer Länder: Sinnbild einer gemeinsamen Rechtskultur? .....	73
A. Einleitung .....	73
B. Rechtskultur .....	73
C. Gemeinsame Merkmale des Internationalen Eherechts der arabischen Länder .....	76
D. Anknüpfungspunkte .....	77
E. <i>Ordre public</i> .....	78
F. Ablehnung des <i>Renvoi</i> .....	81
G. Risse im Bild eines ›arabischen‹ internationalen Familienrechts .....	84
I. Tunesien: ein internationales Familienrecht nach westlichem Vorbild .....	84
II. Die Vereinigten Arabischen Emirate: Eine Entwicklung <i>sui generis</i> .....	91
H. Schlussfolgerung .....	94
Bibliographie .....	95

*Bruno Menhofer*

Grenzen der Ermittlung ausländischen Rechts .....	101
A. Einleitung .....	101
B. Die Entscheidung des OLG Hamburg zum <i>Schulchan Aruch</i> .....	101
C. Die Ermittlung ausländischen Rechts .....	104
I. Amtswegige Ermittlung des ausländischen Rechts .....	104
II. Wege zur Ermittlung des ausländischen Rechts .....	107
III. Reichweite der Ermittlung des ausländischen Rechts .....	109
IV. Verweisung auf religiöse Rechtsordnungen und Teilrechtsordnungen .....	111
V. Dauer und Kosten der Ermittlung des ausländischen Rechts .....	114
VI. Folgen der Nichtfeststellbarkeit des ausländischen Rechts .....	118
D. Fazit .....	121
Bibliographie .....	122

*Reda El Amraoui*

Zwischen <i>child's best interest</i> und <i>pluralisme culturel</i> – die <i>Kafāla</i> , kleiner Bruder der Adoption? .....	125
A. Einleitung .....	125
B. <i>Pluralisme culturel</i> als Bedingung für die universelle Geltung von Menschenrechten .....	126

C. Die Stellung der <i>Kafāla</i> im System des <i>pluralisme culturel</i> .....	127
I. Der Ursprung der <i>Kafāla</i> im religiösen Kontext .....	128
II. Die Kodifikation der <i>Kafāla</i> in Marokko und Algerien .....	129
III. Rezeption der <i>Kafāla</i> auf supranationaler Ebene.....	131
IV. Zwischenergebnis.....	133
D. Die <i>Kafāla</i> in der europäischen Gerichtsbarkeit .....	??
I. Harroudj c. France .....	133
II. Chbihi/Loudoudi c. Belgique.....	135
III. EuGH 2019 C-129/ 18 am 26. März 2019.....	137
IV. Bewertung.....	138
E. Fazit.....	139
Bibliographie .....	139

محمد حسام محمود لطفي	
143 ..... زوال قوة الشيء المقضي بسحب محكمة النقض لحكمها.....	
153 ..... الفرع الأول.....	
153 ..... إشكالية المصطلح.....	
156 ..... الفرع الثاني.....	
156 ..... الأساس القانوني لفكرة سحب الأحكام من محكمة النقض.....	
160 ..... الفرع الثالث.....	
160 ..... موقف محكمة النقض من سحب الأحكام.....	
162 ..... يقتضي الأمر التفرقة بين موقف الدوائر الجنائية والدوائر المدنية على النحو الآتي.....	
178 ..... وقد انقسم الفقه حول هذا الحل.....	
178 ..... وذهب البعض الآخر إلى التفرقة بين حالتين، وهما.....	
186 ..... بالمقابل رفضت محكمة النقض السحب في الحالات الآتية:.....	
189 ..... الفرع الرابع.....	
189 ..... رأينا الخاص.....	
Bibliographie .....	200



*Thomas Pfeiffer*

Das Statut der nachträglichen Genehmigung:	
Zum IPR der Vertretung ohne Vertretungsmacht .....	203
A. Einleitung .....	203
B. Stellvertretung als Teilfrage .....	203
C. Streitig: Das Statut der nachträglichen Genehmigung .....	203
D. Zulässigkeit einer Rechtswahl .....	204
E. Fälle ohne Rechtswahl .....	206
F. Ergebnis .....	207
Bibliographie .....	207

## KLASSISCHES ISLAMISCHES RECHT/GEWOHNHEITSRECHTE

*Mathias Rohe*

Kodifikation des Rechts und Normenpluralismus	
in der islamischen Welt – das Beispiel Afghanistan .....	211
A. Kodifikation in der islamischen Welt: Hintergründe und Folgen .....	211
B. Kodifikation in Afghanistan und Normenpluralismus .....	212
I. Überblick über den Kodifikationsprozess .....	212
II. Der Geltungsbereich islamischen/islamisch inspirierten Rechts .....	212
C. Vorrechtliche Steuerungsfaktoren .....	219
I. Misogynie .....	219
II. Weitere Facetten der Gewaltanwendung .....	220
D. Schluss .....	221
E. Ausblick .....	221
Bibliographie .....	222

*Serdar Kurnaz*

Zwischen Kontext, Erkenntnislehre, Hermeneutik und Theologie –	
Ḥanafitische Rechtssystematik bei Abū Zayd ad-Dabūsī (gest. 430/1039) .....	227
A. Einführung .....	227
B. Biographisches und Kontext .....	227
I. Abū Zayd ad-Dabūsī: Leben und Werke .....	227
II. Der sāmānidisch-zentralasiatische Kontext .....	228
C. Erkenntnislehre ad-Dabūsīs .....	231
D. Deutung von verbietenden Aussagen: Suche nach einem Mittelweg	
zwischen Traditionalismus und Rationalismus .....	235

E. Systematik der Vierteilung am Beispiel der Klarheit von Aussagen .....	237
F. Einbezug der Atomlehre in Rechtsdiskussionen .....	240
G. Schlussbetrachtung .....	242
Bibliographie .....	243

### *Lara-Lauren Goudarzi-Gereke*

Zur Einführung (teilweise) schiitischer Personalstatutsgesetze in Bahrain (2017) und Kuwait (2019) .....	247
A. Einleitung .....	247
B. Entstehung und Einführung der Gesetze .....	248
I. Bahrain .....	248
II. Kuwait .....	250
C. Allgemeines und Zuständigkeiten .....	252
I. Bahrain .....	252
II. Kuwait .....	252
D. Ausgewählte Regelungsbereiche .....	254
I. <i>Talāq</i> .....	254
II. <i>Ḥaḍāna</i> .....	258
E. Schlussbetrachtung .....	262
Bibliographie .....	263

## WIRTSCHAFTSRECHTLICHE ENTWICKLUNGEN

### *Kilian Bälz*

Scharia, Ordre Public und Bankenprivileg: Die Zinsgrenzen in der ägyptischen Rechtsprechung .....	269
A. Einleitung .....	269
B. Die gesetzlichen Regelungen im ZGB .....	270
C. Eine Hommage an das islamische Recht? .....	271
D. Zinsbeschränkungen und Marktzugang: Das ›Bankenprivileg‹ .....	273
E. Ägyptisches IPR und IZPR: Die Zinsgrenzen als Teil des internationalen Ordre Public? .....	274
F. Europäisches IPR: Die Zinsgrenzen als Eingriffsnormen im Sinne von Art. 9 (3) Rom I-VO? .....	276
G. Schluss .....	278
Bibliographie .....	279

*Alexander Hiller*

Third-Party Funding: Arab and Islamic Perspectives .....	283
A. Introduction .....	283
B. Elements of a Third-party Funding Arrangement .....	283
C. Issues Arising in the Context of Third-party Funding .....	285
I. Disclosure of the Funding Arrangement .....	285
II. Costs: Security, Jurisdiction, Allocation .....	285
D. Opportunities and Challenges in the Arab World .....	286
E. Islamic Law .....	286
I. Key Issues .....	287
II. Qualification of Third-party Funding Agreements under <i>Šarī'a</i> Law .....	288
F. Codified Legal Systems .....	291
I. Egypt .....	291
II. United Arab Emirates .....	292
G. Outlook .....	295
Bibliography .....	295

*Stephan Morweiser*

Ausfuhren nach Ägypten aus exportkontrollrechtlicher Sicht .....	297
A. Einleitung .....	297
B. Ausfuhrbeschränkungen .....	298
C. Ausfuhrbegriff .....	298
I. Gegenständliche Lieferung und nichtgegenständliche Übertragung .....	298
II. Europäischer und nationaler Ausfuhrbegriff .....	299
D. Genehmigungs- und Verbotstatbestände .....	299
I. Embargos .....	299
II. Rüstungsgüter .....	300
III. Dual-Use-Güter .....	301
IV. Catch-All-Vorschriften .....	302
V. Anti-Folter-Verordnung .....	307
E. Schlussbemerkung .....	308
Bibliographie .....	308

## ASPEKTE AFRIKANISCHER UND ASIATISCHER RECHTSORDNUNGEN

*Christian Ule*

Das African Continental Free Trade Area (AfCFTA) – Game Changer für Ägypten?.....	313
A. Im Handel liegt der Wandel.....	313
B. Der lange Weg zur Einigung.....	315
I. Geburtsstunde des AfCFTA.....	315
II. Neuer Anstoß durch die Agenda 2063.....	315
III. Vierjähriger Schlusssprint .....	316
IV. Momentaufnahme .....	316
C. Wer oder was ist AfCFTA?.....	318
I. Rechtliche Einordnung .....	318
II. Regelungsinhalt der Protokolle .....	319
D. Bausteine und Institutionen des AfCFTA .....	321
I. Regionale Wirtschaftsgemeinschaften.....	321
II. Organe im Rahmen des AfCFTA .....	323
E. AfCFTA: Meilenstein oder Papiertiger? .....	324
I. Ein hochgestecktes Ziel.....	324
II. Ein Aktionsplan mit vielen Fragezeichen .....	325
F. Ausblick.....	328
Bibliographie .....	328

*Erik Jayme*

Betrachtungen zur lusitanischen Rechtsfamilie mit besonderem Bezug zu Ländern in Afrika .....	333
A. Einführung .....	333
B. Familienrecht: Anerkennung faktischer Gemeinschaften neben der Ehe .....	334
C. Afrika .....	335
D. Schlussbetrachtung .....	336
Bibliographie .....	337

*Dirk Otto*

Die Reform des portugiesischen Erbrechts in Goa und deren interlokal- und internationalprivatrechtliche Auswirkungen.....	339
A. Hintergrund.....	339
B. Inhalte der Erbrechtsreform .....	340
I. Materielles Recht.....	340
II. Internationalprivatrechtliche Bestimmungen des Erbrechtsgesetzes .....	347
III. Interlokalrechtliche Fragen .....	351
C. Unionsterritorium Dadra and Nagar Haveli and Daman and Diu dürfte der Reform folgen .....	352
D. Ausblick.....	352
Bibliographie .....	353

## Abkürzungsverzeichnis

AAOIFI	Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions
AB	Appellate Body
ABl. L	Amtsblatt der Europäischen Union (Teil L: Rechtsvorschriften)
Abs.	Absatz, Absätze
ADGM	Abu Dhabi Global Market
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AfCFTA	African Continental Free Trade Area
AG	Amtsgericht
AHK	Deutsche Auslandshandelskammern
AL	Ausfuhrliste
alg.	algerisch
ALL MR	All Maharashtra Law Reporter
Anm.	Anmerkung
arab., Arab.	arabisch, Arabisch/Arabic
Art., Artt.	Artikel, Artikel (Pl.)
ATO	African Trade Observatory
ATT	Arms Trade Treaty
AU	African Union/Afrikanische Union
Aufl.	Auflage(n)
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
AW-Prax	Außenwirtschaftliche Praxis (Online-Magazin)
AWV	Außenwirtschaftsverordnung
b.	<i>bin/ibn</i>
BAFA	Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle
BAnz AT	Bundesanzeiger Amtlicher Teil
Bd.	Band/Bände
Beck-OGK	Beck-online Großkommentar
BeckOK	Beck-online Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Beschl.	Beschluss
BfB	Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGHSt	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BIAT	Action Plan for Boosting Intra-Africa Trade

---

BIT	Berliner Institut für Islamische Theologie
BMWK	Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BvL	Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit
BvR	Aktenzeichen einer Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht
C. c. fr.	Le Code civil des Français
CC	Cour de Cassation
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women
CEN-SAD	Gemeinschaft der Sahel-Sahara-Staaten
cf.	<i>confer</i>
CFam	Código da Família – Familiengesetzbuch von São Tomé und Príncipe (Gesetz Nr. 19/2018 vom 23. August 2018)
CFI	Court of First Instance
CGE-Modell	computable-general-equilibrium-Modell
COMESA	Gemeinsamer Markt für das Östliche und Südliche Afrika
CRCICA	Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration
d.	died
d. h.	das heißt
DIAC	Dubai International Arbitration Centre
DIFC	Dubai International Financial Centre
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit
Diss.	Dissertation
Dr. h. c. mult.	<i>doctor honoris causa multiplex</i>
DSB	Dispute Settlement Body
DSW	Deutsche Stiftung Weltbevölkerung
e. g.	<i>exempli gratia</i>
EAC	East African Community/Ostafrikanische Gemeinschaft
ECCAS	Economic Community of Central African States/Zentralafrikanische Wirtschaftsgemeinschaft
ECOWAS	Economic Community of West African States/Westafrikanische Wirtschaftsgemeinschaft
ed./eds.	editor/editors
EFTA	European Free Trade Association
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
em.	emeritiert

EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention [Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten]
engl.	englisch
Erg.-Lfg.	Ergänzungslieferung
etc.	<i>et cetera</i>
EU	European Union/Europäische Union
EU-Dual-Use-VO	Dual-Use Verordnung der Europäischen Union [Verordnung (EG) Nr. 428/2009 des Rates vom 5. Mai 2009 über eine Gemeinschaftsregelung für die Kontrolle der Ausfuhr, der Verbringung, der Vermittlung und der Durchfuhr von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck]
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EWHC	England and Wales High Court
EZIRE	FAU Forschungszentrum für Islam und Recht in Europa
f./ff.	nachfolgende Seite/n
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamGB	Familiengesetzbuch
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fn.	Fußnote
FreizügigkeitsRL	Freizügigkeitsrichtlinie (Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten)
FU	Freie Universität Berlin
GAFTA	Greater Arab Free Trade Area
GAIR	Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht
GASP	Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik
GATS	General Agreement on Trade in Services
gem.	gemäß
gest.	gestorben
GFK	Genfer Flüchtlingskonvention [Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge]
GG	Grundgesetz
GIZ	Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit
GRCh	Grundrechtecharta [Charta der Grundrechte der Europäischen Union]
GTAI	Germany Trade and Invest
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz



HAÜ	Haager Übereinkommen [Haager Übereinkommen vom 29. Mai 1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption]
HGB	Handelsgesetzbuch
Hg./Hgg.	Herausgeber (Sg./Pl.)
hrsg.	herausgegeben
i. e.	<i>id est</i>
i. S.	im Sinne
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
ibid.	<i>ibidem</i>
ICCA	International Congress and Convention Association
id.	<i>idem</i>
IGAD	Intergovernmental Authority on Development/Zwischenstaatliche Behörde für Entwicklung
IPG	Internationales und ausländisches Privatrecht
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Fachzeitschrift)
IPRG	Gesetzbuch über das internationale Privatrecht/Code de droit international privé
ISC	Islamic Scholars' Council
ISIL-KP	Islamic State in Iraq and the Levant – Khorasan
IZPR	Internationales Zivilprozessrecht
IZPR	Internationales Zivilverfahrensrecht
jurisPR-IWR	juris PraxisReport Internationales Wirtschaftsrecht
KaG	Loi no 15-01 du 13 juin 2002 relative à la prise en charge des enfants abandonnés [Marokkos]
KAS	Konrad-Adenauer-Stiftung
KrWaffKontrG	Kriegswaffenkontrollgesetz [Ausführungsgesetz zu Art. 26 Abs. 2 des Grundgesetzes (Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen)]
KSÜ	Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern [Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern, kurz: Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern]
LCIA	London Court of International Arbitration
LDCs	least developed countries
lit.	<i>litera</i>

LL.M.	Legum Magister
LLP	Limited Liability Partnership
mar.	marokkanisch
MENA	Middle East and North Africa
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
MPI	Max-Planck-Institut
MSME	Micro, Small and Medium Enterprise
MTCR	Missile Technology Control Regime
MüKo	Münchner Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NGO	Nichtregierungsorganisation
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW – Rechtsprechungs-Report
No./no./n°/ Nr.	Number/number/nombre/Nummer(n)
NSG	Nuclear Suppliers Group
NTBs	non-tariff barriers
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
o.D.	ohne Datum
o.J.	ohne Jahr
o. O.	ohne Ort
OAE	Organisation für Afrikanische Einheit
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development/Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OLG	Oberlandesgericht
<i>op.cit.</i>	<i>opus citatum/opere citato</i>
OSZE	Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa
p./pp.	page/pages
p. a.	<i>per annum</i>
PAPSS	Pan-African Payment and Settlement System
para.	Paragraph
paras.	Paragraphs
PmbB	Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung
PPGDir	Programa de Pós-Graduação em Direito
Prof.	Professor:in
PstG	Personalstandsgesetz
PTB	Physikalisch-Technische Bundesanstalt
Q	<i>al-Qurʾān</i> [arab. Koran]
RCREEE	Regional Centre for Renewable Energy and Energy Efficiency
RECs	regional economic communities

---

reg.	regiert
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rz.	Randziffer
S.	Seite(n)
s. a.	siehe auch
SADC	Entwicklungsgemeinschaft des südlichen Afrikas
SCC	Supreme Court Cases
SCC OnLine Bom	Supreme Court Cases (Online) Bombay Section
SCJ	Supreme Court Journal
S. C. R.	Supreme Court Reports
Sec./Secs	Section/ Sections
SLP	Special Limited Partnership
s. o.	siehe oben
St. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
StAZ	Verlag für Standesamtswesen
StB	Steuerbevollmächtigte:r
StR	Steuerrecht
TFTA	Tripartite Free Trade Area
tralac	Trade Law Centre
UAE	United Arab Emirates/Vereinigte Arabische Emirate
UAM	Union des Arabischen Maghreb
UFRGS	Universidade Federal do Rio Grande do Sul
UN	United Nation/Vereinte Nationen
UNAMA	United Nations Assistance Mission in Afghanistan
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
UNECA	United Nations Economic Commission for Africa
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
UNÜ	New Yorker Übereinkommen über Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche
Urt.	Urteil
USA	United States of Amerika/Vereinigte Staaten von Amerika
VAE	Vereinigte Arabische Emirate
Var.	Variante
VfSt	Verlag für Standesamtswesen
vgl.	vergleiche
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
wörtl.	wörtlich
WTO	World Trade Organization

---

WVK	Wiener Vertragsrechtskonvention der Vereinten Nationen [Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969]
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGB	Zivilgesetzbuch
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Zivilrecht



# Einführung



# Vorwort der Herausgeber

*Hatem Elliesie, Bruno Menhofer & Dirk Otto*

«اطْلُبُوا الْعِلْمَ وَلَوْ بِالصَّيْنِ» – «Uṭlubū al-‘ilm wa-law bi-ṣ-Ṣīn»

Eine Überlieferung, die von den Hadithgelehrten als ›schwach‹ (*ḍaʿīf*),<sup>1</sup> zuweilen als ›erfunden‹ (*mawḍūʿ*),<sup>2</sup> klassifiziert wird, besagt, dass das Wissen zu suchen ist, selbst wenn es in China wäre. Diese Überlieferung gilt jedoch – abgesehen von der hadithwissenschaftlichen Einordnung – als *ḥadīṭ mašhūr*,<sup>3</sup> eine bekannte Überlieferung, auf die insbesondere in der mystischen Literatur sowie in der Erbauungsliteratur reichhaltig Bezug genommen wurde. Sie findet auch Erwähnung in dem bekannten Werk *Qūt al-qulūb* von dem in Mekka, Basra und Bagdad wirkenden Mystiker und Asketen Abū Ṭālib al-Makkī (gest. 996 n. Chr.)<sup>4</sup> sowie in *Iḥyāʾ ulūm ad-dīn* des Mystikers und Philosophen Abū Ḥāmid al-Ġazālī (gest. 1111 n. Chr.).<sup>5</sup> Aus dieser Betrachtungsweise beschreibt sie das weitreichende Erkenntnisinteresse des Jubilars. Professor em. Dr. Elwan ist diesem Leitgedanken in langer und vielfältiger Weise nachgekommen. Ihm sind nicht zuletzt deswegen bereits mehrere Bücher zu Ehren gewidmet, darunter ein Symposiumsband<sup>6</sup> und ein Tagungsband der Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht.<sup>7</sup> Aufgrund der ungebrochenen Schaffenskraft des Geehrten erscheint jedoch anlässlich seines 90. Geburtstags eine weitere Veröffentlichung notwendig, um das reiche wissenschaftliche Werk und Wirken abzubilden. Dabei dient dieser Band zugleich als Auftakt einer neuen Reihe, die sich mit dem islamischen Recht und seiner Wechselwirkung in der Gesellschaft auch künftig weiterhin beschäftigen möchte, wobei sie auf das vielfältige Wirken des geehrten Jubilars zurückgreifen kann.

Die juristische Gemeinschaft, die sich mit dem islamischen Recht beschäftigt, verdankt dem Geehrten viel. Zuvorderst und zuerst ist dabei seine langjährige und vielfältige Tätigkeit als Lehrer und Mentor zu nennen, aus der auch der Anstoß der ihm überaus verbundenen Herausgeber zur Publikation des

<sup>1</sup> Vgl. al-Bayhaqī: *al-Ġāmiʿ li-ṣuʿab al-īmān*, S. 193 f.; as-Saḥāwī: *al-Maqāṣid*, S. 121.

<sup>2</sup> Vgl. Abū l-Faraġ ʿAbd ar-Raḥmān b. ʿAlī Ibn al-Ġawzī: *Kitāb al-mawḍūʿāt*, ed. von ʿAbd ar-Raḥmān Muḥammad ʿUṭmān, 3 Bde., Medina: Muḥammad ʿAbd al-Muḥsin, 1966–1968, Bd. III, S. 215 f.

<sup>3</sup> Vgl. al-Bayhaqī: *al-Ġāmiʿ li-ṣuʿab al-īmān*, S. 193 f.; as-Saḥāwī: *al-Maqāṣid*, S. 121.

<sup>4</sup> Vgl. al-Makkī: *Qūt al-qulūb fī muʿāmalat al-maḥbūb*, S. 363.

<sup>5</sup> Vgl. al-Ġazālī: *Iḥyāʾ ulūm ad-dīn*, S. 35, 54.

<sup>6</sup> *Islamisches und arabisches Recht als Problem der Rechtsanwendung/Symposium zu Ehren von Professor Emeritus Dr. iur. Omaia Elwan*, hrsg. von Kronke, Reinhart und Witteborg.

<sup>7</sup> *Recht nach dem Arabischen Frühling: Tagungsband zu Ehren des 80. Geburtstags von Professor em. Dr. Omaia Elwan*, hrsg. von Menhofer und Otto.



vorliegenden Bandes resultiert. Professor Elwan hat in seinem nahezu 60-jährigen Wirken am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg<sup>8</sup> in vielfältiger Weise über Generationen hinweg Studierenden, Forschenden und Lehrenden mit seinem breit gefächerten und tiefen Wissen über islamisches Recht geholfen. Besonders hervorzuheben ist dabei seine auch über Länder- und Sprachgrenzen hinweg gehende Bereitschaft, sich unermüdlich und geduldig mit den Anliegen und Rechtsfragen der Rechtssuchenden zu befassen, wobei er stets auf seinen Fundus vertieften Wissens zu diesen Fragen, gestützt durch eine umfangreiche Literatursammlung, zurückgreifen konnte. Grundlage hierfür ist ein tiefes kulturelles, politisches und juristisches Verständnis, das erst die Verknüpfung des islamischen Rechtsdenkens mit den oft nur verstreuten und partiellen Regelungen in den Staaten, die dem sog. islamischen Rechtskreis zugeordnet werden,<sup>9</sup> verbindet.

Dementsprechend erstreckt sich auch das wissenschaftliche Wirken von Professor Elwan nicht nur über einen außerordentlich langen Zeitraum, sondern auch über ein sehr weites Spektrum von Rechtsmaterien. Zu nennen sind hier in erster Linie eine Vielzahl von Veröffentlichungen und Beiträgen sowie eine schier unabsehbare Zahl von Rechtsgutachten, die der Jubilar für Wissenschaft und Praxis erstellt hat.<sup>10</sup> Gerade die umfangreiche Befassung des Geehrten mit der Erstattung von Rechtsgutachten zeigt auf die anspruchsvolle Verbindung der Fragen nach dem zutreffend anzuwendenden Recht, nach der zutreffenden Ermittlung des ausländischen Rechts, das oft nur einzelne Regelungen auf der Grundlage eines umfassenden, im islamischen Recht vorwiegend religiös geprägten Rechtsverständnisses aufweist, und nicht zuletzt nach der zutreffenden Anwendung dieser Regeln im konkreten Fall hin. Die Vielfältigkeit der Rechtskenntnisse und des Wirkens von Professor Elwan findet sich auch in der auf den ersten Blick eklektisch anmutenden Vielfalt des vorliegenden Bandes wieder:

Ausgangspunkt und vielfach erforschter Gegenstand der Tätigkeit von Professor Elwan ist das islamische Recht und seine Umsetzung und Wirkweise in islamisch geprägten Staaten und darüber hinaus. Diesbezüglich finden sich im **ersten Kapitel Arabisch-islamisches Recht und Internationales Privatrecht** Artikel von

<sup>8</sup> Weiterführend: Elliesie, *Klassisches Islamisches Recht in der deutschen Hochschultradition*, S. 67–132 (insb. S. 99 f.).

<sup>9</sup> Hierzu beispielsweise Ebert, *Rechtsvergleichung*, S. 118 ff. und auch Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*. Diese Rechtskreiseinteilung findet sich aber in ähnlicher Form auch schon bei Arminjon u. a.: *Traité de droit comparé*. Anders als in ihrer Erstauflage nehmen Zweigert/Kötz zwischenzeitlich allerdings in ihrer Einteilung Abstand von einem fernöstlichen oder islamischen Rechtskreis. So stellen sie nunmehr das japanische und chinesische Recht oder das islamische Recht und Hindu-Recht lediglich geeint durch die gemeinsamen Überschriften *Recht im fernen Osten* bzw. *Religiöse Rechte* dar, ohne dass es jenseits der gemeinsamen Überschrift einen Hinweis auf einen zugehörigen Rechtskreis gäbe; vgl. Kischel, *Rechtsvergleichung*, S. 218.

<sup>10</sup> Siehe hierzu das zusammengestellte Schriftenverzeichnis der Herausgeber in der vorliegenden Festschrift zu Ehren des Jubilars.

Hans-Georg EBERT, Imen GALLALA-ARNDT, Bruno MENHOFER, Reda EL AMRAOUI, Muḥammad Ḥusām Maḥmūd LUṬFĪ und Thomas PFEIFFER.

In diesem Rahmen greift zunächst EBERT ein Thema auf, das der Jubilar in seinen Sommersemester-Vorlesungen *Einführung in das Islamische Recht* regelmäßig behandelt. Ebert beschreibt nachfolgend die Kodifikationen von Muḥammad Qadrī Pāšā (gest. 1886), die ersten ihrer Art in der islamischen Welt, und legt ihren Einfluss auf die moderne ägyptische und arabische Rechtsentwicklung und deren -ordnungen dar. Den arabischen Rechtsordnungen widmet sich ebenfalls GALLALA-ARNDT. Sie betrachtet diese vor dem Hintergrund der These einer gemeinsamen Rechtskultur, stellt rechtsdogmatisch gemeinsame Merkmale des internationalen Familienrechts in den arabischen Staaten dar sowie deren zuweilen eigene Ansätze, beispielsweise in Tunesien, dem Libanon und den Vereinigten Arabischen Emiraten, welche von den sich ähnelnden Mustern des Internationalen Privatrechts abweichen.

Mit dem Internationalen Privatrecht befasst sich auch MENHOFER, der verfahrensrechtliche Aspekte in der Ermittlung ausländischen Rechts in Deutschland in den Blick nimmt. Diese Ermittlung sei die ›Kehrseite der Münze‹ des internationalen Privatrechts. Während die Vorderseite nach dem internationalprivatrechtlichen Ziel der Berücksichtigung ausländischer Rechtsvorstellungen die sachgerechte Kollisionsnorm für den entscheidenden Fall ermittelt, ist die Rückseite mit dem Substrat des ausländischen Rechts zu füllen.

Der Würdigung Menhofers, dass genau hierin in großen Teilen die jahrzehntelange, unermüdliche und mühsame Arbeit unseres Jubilars besteht, pflichtet PFEIFFER bei. Er nimmt sich eines Themas an, das Elwan im Grunde seit seiner Dissertation zur *Stellvertretung in dogmengeschichtlicher und rechtsvergleichender Sicht*<sup>11</sup> interessiert. Pfeiffer geht auf die praktisch höchst bedeutsamen IPR-Fragen der Vertretung ohne Vertretungsmacht ein und stellt eingangs nochmals klar, dass nach deutschem IPR Fragen der Vertretungsmacht bei der Beurteilung der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts als Teilfrage einzuordnen und damit grundsätzlich gesondert anzuknüpfen sind. Er führt weiter aus, dass von der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung eine nachträgliche Genehmigung zu unterscheiden ist. Die Frage, nach welchem Recht es sich bestimmt, ob ein durch einen vollmachtlosen Vertreter abgeschlossenes Rechtsgeschäft nachträglich genehmigt werden kann, und welches Recht über die Voraussetzungen der Genehmigung bestimmt, war und ist im deutschen IPR umstritten. Diesbezüglich sei auch die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht einheitlich und gradlinig in ihrer Entwicklung. Pfeiffer stellt die unterschiedlichen Standpunkte des BGH – Geschäftsstatut *versus* Vollmachtsstatut – vor und erörtert anschließend Konstellationen, die eine und keine Rechtswahl ausweisen.

<sup>11</sup> Siehe dazu Elliesie: *Laudatio auf Prof. em. Dr. Omaia Elwan*, sowie das von Elliesie, Menhofer & Otto zusammengestellte *Schriftenverzeichnis*, jeweils im vorliegenden Band im einleitenden Kapitel.

In der Heidelberger Tradition steht ebenso die Abhandlung von EL AMRAOUI. In dieser wird vor dem Hintergrund des islamrechtlichen Verbots der Rechtsfigur der Adoption<sup>12</sup> (*at-tabannī*) das Substitut in zahlreichen arabischen Rechtsordnungen, die *Kafāla*, vorgestellt. Dabei zeigt er, ähnlich wie Gallala-Arndt, dass die Regelungen in den arabischen Rechtsordnungen nicht einem einheitlichen Muster, sondern zuweilen eigenen Ansätzen folgen. Ausgehend von Fallkonstellationen marokkanischer und algerischer Prägung nimmt er schließlich Entscheidungen des EGMR und des EuGHs in den Blick, die sich mit dem, was Menhofer als »Substrat des ausländischen Rechts« beschreibt, befassen.

Einblicke in dieses Substrat ägyptischen Rechts gewährt der Beitrag von Muḥammad Ḥusām Maḥmūd LUṬFĪ. Er befasst sich mit den verfahrensrechtlichen Aspekten zur Rechtskraft von Entscheidungen des ägyptischen Kassationsgerichts. Dabei berücksichtigt auch diese Abhandlung rechtsvergleichende Aspekte.

Das **zweite Kapitel** *Klassisches islamisches Recht/Gewohnheitsrechte* setzt sich aus Beiträgen von Mathias ROHE, Serdar KURNAZ und Lara-Lauren GOUDARZIGEREKE zusammen.

ROHE betrachtet in seinem Beitrag *Kodifikation des Rechts und Normenpluralismus in der islamischen Welt* zunächst Recht ḥanafitischer Prägung in Afghanistan und verdeutlicht dann, dass vor Ort die praktische Umsetzung islamischen Rechts auf Schwierigkeiten stößt. Dies macht er an drei Faktoren fest: (1) konkurrierenden, abweichenden Gewohnheitsrechten, (2) dem defizitären Ausbildungscharakter juristischer Praktiker sowie (3) gesellschaftspolitischen Druck, der zu ergebnisorientierten Entscheidungen führt, die mit den offiziell geltenden Rechtsvorschriften nicht in Übereinstimmung zu bringen sind. Auch verdeutlicht Rohe, dass der von den sozio-kulturellen Rahmenbedingungen geprägte Normenkomplex bei der vom BGH geforderten Aufklärung des Menhoferschen »Substrats ausländischen Rechts« »nicht mit einem Rekurs auf staatlich gesetztes oder auch traditionelles islamisches Recht [ausreicht]«.

KURNAZ stellt mit Abū Zayd ad-Dabūsī (gest. 1039), neben dem Ebertschen Beitrag zu und über Muḥammad Qadrī Pāšā, einen weiteren bedeutenden ḥanafitischen Gelehrten vor. Ad-Dabūsī stammt gemäß der *nisba* aus der Ortschaft Dabūsiya im heutigen Usbekistan, die zwischen Samarkand und Buchara liegt. Abū Zayd ad-Dabūsī wurde von der zentralasiatisch-ḥanafitischen Gelehrsamkeit wohl auch wegen seiner Richtertätigkeit, die ihm den *laqab* (den [ehrenvollen] Beinamen) al-Qāḍī Zayd einbrachte, stark rezipiert. Er wird, wie Kurnaz angibt, oft auch als Begründer in der Etablierung des *ihṭilāf* als Disziplin angesehen. Die vorliegende Darstellung der Lehren ad-Dabūsīs verharret nicht auf einer

<sup>12</sup> Hierzu bereits der Jubilar, Elwan: Ägyptisches Adoptionsrecht, S. 276–283 und weiterführend Ebert: Das Verbot der Adoption im islamischen Recht, S. 460; vgl. zur teilweise abweichenden Praxis ferner u. a. auch Linant de Bellefonds: *Traité de droit musulman comparé*, Rn. 1170 f. und jüngst Ebert: *Islamisches Familien- und Erbrecht*, S. 123 ff.

erkenntnistheoretischen Ebene, sondern zeichnet sich insbesondere dadurch aus, dass sie u. a. mit typischen Beispielen des Handels- und Wirtschaftslebens wie *salam*, *iğāra*, *ribā* etc. unterfüttert wird.

Geographisch und thematisch wird dieses Kapitel schließlich von GOUDARZI-GEREKE erweitert. Sie widmet sich den Personalstatusgesetzen der beiden Golfmonarchien Bahrain und Kuwait. Zu letzterem war es der zu Ehrende, welcher unmittelbar nach Einführung des Gesetzes Nr. 51/1984 über das Personalstatut (*Qānūn fī ša'n al-aḥwāl aš-šaḥṣīya*), Gesetzblatt (*al-Kuwayt al-yawm*) Nr. 1570 vom 23. Juli 1984, 1985 in der *IPrax* zum Familien- und Erbrecht publizierte.<sup>13</sup> Die kontrastiv ausgelegte Abhandlung von Goudarzi-Gereke zeigt, dass Bahrain, wo der überwiegende Teil der Bevölkerung schiitisch ist, 2017 ein einheitliches (*muwaḥḥad*) Familiengesetz (mit teilweise separaten Regelungen für Sunniten und Schiiten) eingeführt hat, wohingegen in Kuwait, wo Schiiten eine Minderheit ausmachen, 2019 ein schiitisches Personalstatutsgesetz eingeführt wurde, das erstmals Familienrecht für Schiiten im Land gesetzlich regelt. Auch sie bedient sich zweier wesentlicher Beispiele, an denen sie die unterschiedlichen Regelungsgehalte festmacht. So vergleicht sie – neben der kindschaftsrechtlichen *ḥadāna*, die tatsächliche Personensorge – im Bereich des Scheidungsrechts beispielhaft die gesetzlichen Bestimmungen des *ṭalāq*, dessen Wirksamkeitsvoraussetzungen im klassischen schiitischen Recht Restriktionen für den Ehemann vorsehen, die das sunnitische Recht nicht fordert.

Das **dritte Kapitel** hat *Wirtschaftsrechtliche Entwicklungen* zum Gegenstand. Das Wirtschaftsrecht der Staaten des islamischen Rechtskreises<sup>14</sup> ist einer der Schwerpunkte der Tätigkeit von Professor Elwan neben dem Familienrecht. In diesem Kapitel finden sich ebenfalls drei Beiträge, nämlich diejenigen von Kilian BÄLZ, Alexander HILLER und Stephan MORWEISER.

Das von Kurnaz zuvor thematisierte Thema *ribā* greift BÄLZ in Bezug auf *Zinsgrenzen in der ägyptischen Rechtsprechung* auf. Er würdigt dabei den Jubilar, der sich »[m]it dem Thema Zinsgrenzen und Ordre Public [...] als einer der ersten – in seinem Beitrag zum ägyptischen Scheckrecht in der Festschrift Serick (1992) auseinander[gesetzt] hat.«<sup>15</sup> Sein Vorschlag, hierbei zwischen internationalem und internem *ordre public* zu unterscheiden sei weiter aktuell. Auch Bälz nimmt Bezug auf einen bedeuten Rechtsgelehrten: ‘Abd ar-Razzāq as-Sanhūrī (gest. 1971), der als prominentester Jurist in der modernen ägyptischen Geschichte gilt, war es ein Anliegen, eine Synthese von islamischem Recht und den rezipierten Bestimmungen des europäischen Rechts zu schaffen, was

<sup>13</sup> Elwan: Neues Familien- und Erbrecht in Kuwait, S. 305–307; zu Bahrain siehe auch ders.: Bahrainische Kollisionsbestimmungen, S. 59 f.

<sup>14</sup> Zur Rechtskreislehre, den teilweise synonym verwendeten Begrifflichkeiten wie ›Rechtsfamilien‹, *familles de droit*, *systèmes de droit* und Diskursen siehe Kischel: *Rechtsvergleichung*, S. 217–228, insb. Rn. 26.

<sup>15</sup> Elwan: Der Scheck im ägyptischen Recht, S. 57–85.

Ebert in seinem Beitrag im ersten Kapitel als »eine eingeschränkte Nutzung islamischer Normen auf der Basis französischer Zivilrechtsauffassungen« mit anderen Worten umschrieb. Dieser Ansatz as-Sanhūrīs schlug sich jedenfalls auch im ägyptischen Zivilgesetzbuch von 1948 nieder, als dessen geistiger Vater er gilt. Nach einer Darstellung zu as-Sanhūrīs Ausdifferenzierung zum *ribā* stellt Bälz klar, dass Zinsgrenzen dem ägyptischen ZGB nicht fremd waren und sind sowie dass die von der ägyptischen Rechtsprechung durchgesetzten Zinsgrenzen<sup>16</sup> mit dem klassisch islamrechtlichen Verständnis nicht mehr viel zu tun haben. Zudem sind die von der ägyptischen Zentralbank lizenzierten Finanzinstitutionen von Zinsgrenzen ausgenommen. Ausländische Kreditgeber partizipieren an diesem Bankenprivileg nicht, was Auswirkungen auf die Praxis habe, beispielsweise bei *Cross-Border*-Geschäften oder auch alternativen Finanzinstitutionen und -formen.

Die Wechselwirkungen zwischen islamischem Rechtsdenken und nationalen Wirtschaftsinteressen zeichnet ebenso HILLER in seinem Beitrag zum *Third Party Funding* nach. Beim *Third Party Funding* handelt es sich um eine Vereinbarung zwischen einem spezialisierten Finanzierungsunternehmen und einem Klienten – in der Regel dem/der Kläger:in eines Rechtsstreits –, bei der sich der Geldgeber bereit erklärt, einen Teil oder die gesamten Gebühren und (Anwalts) Kosten des Klienten zu finanzieren und dafür einen Anteil an den ›Fallerlösen‹, in der Regel den erstrittenen Schadensersatz, zu erhalten. Solche Finanzierungsvereinbarungen können in mehrere Verträge aufgeteilt werden, welche die unterschiedlichen Rollen und Rechtsbeziehungen der Beteiligten widerspiegeln. Schlüsseldokument ist in aller Regel eine Finanzierungsvereinbarung zwischen der Streitpartei und dem/der Geldgeber:in. In den Finanzierungsverträgen ist es üblich, dass auf Zahlungen des Gelegers/der Geldgeber:in Zinsen anfallen. Die Zinsen werden auf die zu erstattenden Ausgaben aufgeschlagen, bevor die Nettogewinne geteilt werden. Solche Zinsen sind, so Hiller, nicht mit den Zinsen für ein Darlehen vergleichbar, da der Geldgeber keine Garantie für die Rückzahlung übernimmt. Dennoch sei es denkbar, dass derartige Bestimmungen nach islamischem Recht als *ribā* angesehen werden. Um die Wechselwirkungen zwischen islamischem Rechtsdenken in nationalrechtlichen Wirtschaftsrahmen nachvollziehbar zu machen, ordnet Hiller die Vereinbarungen in die Taxonomie der islamkonformen Finanzinstrumente *mušāraka*, *muḍāraba* und *ḡu‘āla* sowie die Rechtsordnungen Ägyptens und der Vereinigten Arabischen Emirate ein.

Eine andere Perspektive auf Ägypten steuert schließlich der Beitrag von MORWEISER zur exportkontrollrechtlichen Sicht von Ausfuhren nach Ägypten bei. Er gewährt Einblicke darin, nach welchen Kriterien nationale oder europarechtliche Genehmigungstatbestände zur Anwendung kommen. Dabei nimmt er Genehmigungs- und Verbotstatbestände zu Embargos, die zwischenzeitlich aufgehoben wurden, Rüstungsgüter, sogenannte *Dual-Use*-Güter und nicht gelistete Güter, die den *Catch-All*-Vorschriften unterfallen, in ihren Grundlagen und Regelungs-

<sup>16</sup> Vgl. dazu u. a. Elliesie: *Approaches to Islamic Finance and Banking*, S. 216 f. m. w. N.

gehältern in den Blick. Nachdem er auf Letztere am ausführlichsten eingeht, schließt er mit dem Hinweis ab, dass der Handel mit Gütern, die zur Vollstreckung der Todesstrafe, zur Folter oder zu anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung verwendet werden können, nach der »Anti-Folter-Verordnung«<sup>17</sup> verboten beziehungsweise genehmigungspflichtig ist.

Im **vierten Kapitel** stehen *Aspekte afrikanischer und asiatischer Rechtsordnungen* im Fokus. Hierzu steuern Christian ULE, Erik JAMYE und Dirk OTTO Beiträge bei.

ULE nimmt in seinem Beitrag Ägypten im Rahmen der African Continental Free Trade Area (AfCFTA) in den Blick. Ägypten ist nach Südafrika der am stärksten industrialisierte Staat des Kontinents, das drittbevölkerungsreichste Land auf dem Kontinent und der fünftgrößte Exporteur Afrikas. Zwischen 2017 und 2020 verzeichnete Ägypten mit 21 Prozent den höchsten Anteil an ausländischen Direktinvestitionen in der Elektronik- und Elektroindustrie in Afrika. Das Land am Nil trägt demnach nicht unwesentlich dazu bei, dass der Kontinent im globalen Wirtschaftswachstum an Bedeutung gewinnt. Der innerafrikanische Handel ist hingegen trotz des hohen Marktpotentials deutlich weniger stark ausgeprägt. Gründe sind administrative, daraus resultierende faktische und rechtliche Umstände. Ule nennt hierfür unter anderem schwerfällige Bürokratien und schwache Infrastrukturen. Im Vergleich zu Europa liege beispielsweise die durchschnittliche Wartezeit bei der Grenzzollabfertigung an afrikanischen Grenzen mit 97 Stunden weit über dem europäischen Durchschnitt von acht Stunden. 2015 kam daher mit der *Agenda 2063* das Vorhaben eines gemeinsamen Handelsabkommens wieder ins Rollen. Dabei handelt es sich um den ersten von der Afrikanischen Union ausgehenden Entwicklungsplan. Das von Ule beleuchtete AfCFTA ist eines der Leuchtturmprojekte dieses Entwicklungsplans. Von den 55 Ländern Afrikas haben 54 Länder das Abkommen unterschrieben und 43 ratifiziert. Ule stellt dessen rechtliche Einordnung, Struktur, die Regelungsinhalte der Protokolle sowie den Stand des Aktionsplans dar, um anschließend in einem Ausblick eine Prognose zu wagen.

Darauf, dass sich in Afrika fünf Staaten befinden, »deren Recht auf der portugiesischen Rechtstradition und Rechtstechniken beruht, nämlich Capoverde, Guinea-Bissau, Angola, São Tomé e Príncipe sowie Mozambique« weist Jayme in seinem Artikel hin. Dieser Hinweis ist – bezogen auf den Jubilar – erwähnenswert, war es doch traditionell der Ort seiner Wirkungsstätte, das Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht,<sup>18</sup> an dem bis Mitte der 1990er Jahre die Gesellschaft für afrikanisches Recht im Erdgeschoss

<sup>17</sup> Verordnung (EU) 2019/125 des Europäischen Parlaments und des Rats vom 16. Januar 2019 über den Handel mit bestimmten Gütern, die zur Vollstreckung der Todesstrafe, zu Folter oder zu anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe verwendet werden könnten, in: *Amtsblatt der Europäischen Union* L 30/2 vom 31. Januar 2019.

<sup>18</sup> Hierzu ausführlicher Elliesie, *Laudatio auf Prof. em. Dr. Omaia Elwan*, im vorliegenden Band.



in Seminarraum I alljährlich und stets unter reger Beteiligung ihres Mitglieds Omaia Elwan in Heidelberg tagte.<sup>19</sup> In dem von Kurt Madlener im Auftrag der Gesellschaft von 1981 bis 1997 herausgegebenen Jahrbuch war die Erweiterung auf afrikabezogene lusophone Beiträge geplant, konnte aber letztlich trotz Manuskriptvorlagen nicht umgesetzt werden. Umso wertvoller ist der Beitrag Jaymes unter dem Titel *Betrachtungen zur lusitanischen Rechtsfamilie mit besonderem Bezug zu Ländern Afrikas*, da dieser Bereich – jedenfalls in der deutschsprachigen Afrikaforschung – allenfalls randständig betrachtet wird. Jayme verdeutlicht in seinem Beitrag, dass zur Beantwortung gutachterlichen Fragen deutscher Gerichte beispielsweise zur angolanischen Rechtssystematik fundierte Überlegungen zur portugiesischen Zivilrechtsdogmatik förderlich sind. Ferner weist er auch auf weitgehend unbekannte, gesetzlich geregelte Besonderheiten der lusitanischen Rechtsfamilie hin: Zum einen stellt er die faktische Verbindung von Mann und Frau außerhalb der Ehe, die in Angola mit *união de facto* bezeichnet wird und in Título IV des Código da Família – im Übrigen ebenso ausführlich wie Título III des Código da Família von São Tomé und Príncipe – geregelt ist. In Guinea-Bissau wird die faktische Gemeinschaft als *casamento não formalizado* bezeichnet. Diese nicht formalisierte Ehe ist eine faktische Gemeinschaft zwischen einem Mann und einer Frau, welche die Fähigkeit für eine Eheschließung besitzen. Sie hat alle Rechtswirkungen, die einer Ehe eigen sind, wenn sie gerichtlich anerkannt wurde. Diese Anerkennung wirkt auf den Beginn der faktischen Gemeinschaft zurück. Jayme verweist ferner darauf hin, dass diese faktische Gemeinschaft in Brasilien zwischenzeitlich *união estável* genannt wird und in Portugal nach Gesetz Nr.7/2001 vom 11.5.2001 (zuletzt geändert durch das Gesetz n.º 71/2018 vom 31.12.2018) über die Protecção das uniões de facto auch zwei Personen unabhängig vom Geschlecht umfasst. Ergänzend ist dem noch hinzuzufügen, dass in Brasilien seit 2011, nach einer Grundsatzentscheidung des Supremo Tribunal Federal, *união estável* zwischen Personen gleichen (*uniões homossexuais* oder *uniões homoafetivas*) und solchen verschiedenen Geschlechts grundsätzlich rechtlich gleich zu behandeln sind. Auf Mozambik bezogen weist er schließlich darauf hin, dass islamisches Recht mozambikischer Prägung in das Gesetzesrecht eingearbeitet wurde und dadurch von vielen Rechtsordnungen Afrikas südlich der Sahara rechtssystematisch abweiche, wo im internationalen Privatrecht – bezugnehmend auf Menhofer<sup>20</sup> – eine »mehrstufige Anknüpfung des religiösen Rechts«, notwendig sei.

Die von Jayme behandelte lusitanische Rechtsfamilie betrachtet auch OTTO in Südasien, indem er sich mit der »Reform des portugiesischen Erbrechts in Goa und deren interlokal- und internationalprivatrechtlichen Auswirkungen« befasst. Goa, der kleinste Bundesstaat Indiens, war als Teil von Estado da Índia (Portu-

<sup>19</sup> Prof. Elwan trat laut Mitgliederdatei im Jahre 1989 der Gesellschaft für afrikanisches Recht bei und ist demnach seit 35 Jahren – stets aktiv – Mitglied dieser wissenschaftlichen Vereinigung.

<sup>20</sup> Siehe Menhofer: *Religiöses Recht und Internationales Privatrecht*, S. 37 ff.

giesisch-Indien) rund 450 Jahre lang portugiesische Kolonie und weist daher zu den anderen Bundesstaaten des Landes eine besondere rechtliche und kulturelle Prägung auf. So wurde nach der Annexion der ehemaligen portugiesischen Kolonien durch Indien Ende 1961 im Goa, Daman and Diu (Administration) Act aus dem Jahr 1962 bestimmt, dass alle dort bisher geltenden (portugiesischen) Gesetze weiter in Kraft bleiben. Die familien- und erbrechtlichen Bestimmungen des Código Civil wurden also in einem ›Sonderrechtsgebiet‹ beibehalten, weshalb Goa, so Otto weiter, »auch in Indien immer als ein leuchtendes Beispiel für ein – vom indischen Gesetzgeber angestrebtes, aber bis heute nie verwirklichtes – einheitliches Familien- und Erbrecht hochgehalten [wird]«. Obwohl in Portugal selbst das Código Civil 1966 reformiert wurde, schlug man in Goa erst 2016 diesen Weg ein. Otto stellt die Inhalte der Erbrechtsreform im Bereich des materiellen Rechts zur gesetzlichen Erbfolge, der testamentarischen Erbfolge, dem Pflichtteilsrecht, der Erbausschlagung und der Nachlassabwicklung vor. So wurden beispielsweise das Konzept der Universalsukzession und die bisherigen Prinzipien der Gesamtrechtsnachfolge beibehalten. Das bereits nach portugiesischem Recht bestehende Pflichtteilsrecht wurde ebenso, allerdings in modifizierter Form, beibehalten. Kollisionsrechtlichen Regelungen wurde kein eigener Abschnitt gewidmet. Diese wurden vereinzelt im Gesetz statuiert, worauf Otto auch mit Bezugnahmen auf die indische Rechtsprechung eingeht. Dabei weist er darauf hin, dass die in Indien bestehende Aufteilung in bewegliches und unbewegliches Vermögen – jedenfalls bei interlokalrechtlichen Erbfällen – nicht erfolgt. Dass (noch) keine umfassende und vollständige Reform der noch geltenden Teile des Código Civil umgesetzt wurden, führt Otto darauf zurück, dass »Reformüberlegungen zum Ehe- und Scheidungsrecht seit langer Zeit in Komitees und Arbeitsgruppen des Landesparlaments festhängen«.

Mit diesem abschließenden Beitrag zu Südasien haben wir den eingangs aufgeworfenen Bogen nahezu bis nach China in Südostasien spannen und zugleich zeigen können, wie ausgesprochen vielfältig interessiert und weiterhin aktiv Professor Elwan ist. Die Beitragenden haben dieses Interesse aufgenommen und in ihren Kapiteln reflektiert. Hierfür möchten wir uns bei allen Mitwirkenden herzlichst bedanken. Ein besonderer Dank gilt Dorothea Schmidt, wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Professur für Islamisches Recht der Universität Leipzig, die uns in der redaktionellen Arbeit unermüdlich unterstützte, sowie Sina Nikolajew, die mit ihrer unvergleichlichen Professionalität immer wieder mit Rat und Tat von Berlin aus zur Seite stand. Anders als bei Festschriften in vergleichbarem Format<sup>21</sup> haben wir bei diesem Werk auf einen Index verzichtet. Dafür haben wir keine Kosten und Mühen gescheut, um parallel zur Druckfassung auch eine allgemein zugängliche Open-access-Ausgabe zur Verfügung zu stellen. Über diese lassen sich Suchbegriffe unkompliziert und schnell ausfindig machen. Danken

<sup>21</sup> Wie beispielsweise Elliesie: *Festschrift Voigt*, S. 659–667.



wollen wir in diesem Zusammenhang auch der Max Planck Digital Library und dem Nomos-Verlag, insbesondere Melanie Sauer, Kim Hagedorn, Vanessa Schöffner, Marco Ganzhorn und Holger Schumacher, für die Begleitung in den unterschiedlichsten Phasen des Publikationsprozesses, welcher erst durch die finanzielle Unterstützung von Schülern des Jubilars sowie der Rechtsanwaltskanzleien Amereller Rechtsanwälte PmbB und DENK Rechtsanwälte PmbB möglich wurde. Für die Gewährung eines ergänzenden finanziellen Zuschusses sind wir dem aktuellen Vorstand der Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht verbunden.

Halle (Saale)/Leipzig/Frankfurt am Main

### Bibliographie

- Arminjon, Pierre/Nolde, Boris Emmanuilovič/Wolff, Martin (1950): *Traité de droit comparé* I, Paris: Pichon et Durand-Auzias.
- al-Bayhaqī, Abū Bakr Aḥmad b. al-Ḥusain (2003): الجامع لشعب الإيمان [*al-Ġāmiʿ li-ṣuʿab al-īmān*], hrsg. von ʿAbd al-ʿAlī ʿAbd al-Ḥamīd Ḥamīd, 14 Bde., Riyad: Maktabat ar-Ruṣd.
- Ebert, Hans-Georg (2001): Das Verbot der Adoption im islamischen Recht, in: *Akten des 27. Deutschen Orientalistentages. Norm und Abweichung (Bonn, 28. September bis 2. Oktober 1998)* (Kultur, Recht und Politik in muslimischen Gesellschaften 1), hrsg. von Stefan Wild und H. Schild, Würzburg: Ergon, S. 459–472.
- Ebert, Hans-Georg (2020): *Islamisches Familien- und Erbrecht der arabischen Länder: Herausforderungen und Reformen* (Leipzig Middle East Studies 1), Berlin: Frank & Timme.
- Ebert, Kurt Hanns (1978): *Rechtsvergleichung: Einführung in die Grundlagen*, Bern: Stämpfli.
- Elliesie, Hatem (2014): Index, in: *Multidisciplinary Views on the Horn of Africa – Festschrift in Honour of Rainer Voigt's 70<sup>th</sup> Birthday*, hrsg. von Hatem Elliesie, Köln: Köppe, S. 659–667 [zitiert: *Festschrift Voigt*].
- Elliesie, Hatem (2018): Approaches to Islamic Finance and Banking: Between Islamic Legal Theory and Economic Practice, in: *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law* 20 (2018–2019) – *Special Issue Islamic Finance and Banking*, hrsg. von Martin Lau und Faris Nasrallah, Leiden/Boston: Brill, S. 204–242.
- Elliesie, Hatem (2018): Klassisches Islamisches Recht in der deutschen Hochschultradition: Genese und wissenschaftsgenealogische Einblicke, in: *Islamisches Recht in Wissenschaft und Praxis – Festschrift zu Ehren von Hans-Georg Ebert*, hrsg. von Hatem Elliesie, Beate Anam und Thoralf Hanstein, Frankfurt am Main u. a.: Peter Lang, S. 67–132.

- Elliesie, Hatem (2024): Laudatio auf Prof. em. Dr. Omaia Elwan, in: *Festschrift zu Ehren des 90. Geburtstags von Prof. Omaia Elwan*, hrsg. von Hatem Elliesie, Bruno Menhofer und Dirk Otto, Baden-Baden: Nomos.
- Elwan, Omaia (1985): Neues Familien- und Erbrecht in Kuwait, in: *IPRax – Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 5, S. 305–307.
- Elwan, Omaia (1992): Der Scheck im ägyptischen Recht mit vergleichenden Hinweisen auf das Recht anderer arabischer Staaten, in: *Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag*, hrsg. von Erik Jayme und Ulrich Huber, Heidelberg: Recht und Wirtschaft, S. 57–85.
- Elwan, Omaia (1982): Ägyptisches Adoptionsrecht, in: *Gutachten zum Internationalen und Ausländischen Privatrecht* (1982), veröffentlicht im Auftrag des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, hrsg. von Murad Ferid, Gerhard Kegel und Konrad Zweigert, Frankfurt am Main: Peter Lang, S. 276–283.
- Elwan, Omaia (1986): Bahrainische Kollisionsbestimmungen über das Personalstatut, in: *IPRax – Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 1, S. 59 f.
- al-Ġazālī, Abū Ḥāmid Muḥammad b. Muḥammad (2011): إحياء علوم الدين [Iḥyā' 'ulūm ad-dīn], 9 Bde., Dschidda: Dār al-Minhāġ.
- Ibn al-Ġawzī, Abū-l-Faraġ 'Abd ar-Raḥmān b. 'Alī (1966–1968): كتاب الموضوعات [Kitāb al-mawḍū'āt], hrsg. von 'Abd ar-Raḥmān Muḥammad 'Uṭmān, 3 Bde., Medina: Muḥammad 'Abd al-Muḥsin.
- Kischel, Uwe (2015): *Rechtsvergleichung*, München: C. H. Beck.
- Kronke, Herbert/Reinhart, Gert/Witteborg, Nikka (Hgg.) (2001): *Islamisches und arabisches Recht als Problem der Rechtsanwendung/Symposium zu Ehren von Professor Emeritus Dr. iur. Omaia Elwan* (Studien zum vergleichenden und internationalen Recht 60), Frankfurt am Main u. a.: Peter Lang.
- Linant de Bellefonds, Yvon (1973): *Traité de droit musulman comparé*, 3: *Filiation, incapacités, libéralités entre vifs* (Recherches méditerranéennes. Études 9), Paris u. a.: Mouton.
- al-Makkī, Abū Ṭālib Muḥammad ibn 'Alī (2001): قوت القلوب في معاملة المحبوب [Qūt al-qulūb fī mu'āmalat al-maḥbūb wa-waṣf ṭarīq al-murīd ilā maqām at-tawḥīd], hrsg. von Maḥmūd Ibrāhīm Muḥammad ar-Raḍwānī, 3 Bde., Kairo: Maktabat Dār at-Turāṭ.
- Menhofer, Bruno (1995): *Religiöses Recht und Internationales Privatrecht dargestellt am Beispiel Ägypten* (Heidelberger rechtsvergleichende und wirtschaftsrechtliche Studien 24), Heidelberg: Universitätsverlag Winter.
- Menhofer, Bruno/Otto, Dirk (Hgg.) (2014): *Recht nach dem Arabischen Frühling: Tagungsband zu Ehren des 80. Geburtstags von Professor em. Dr. Omaia Elwan* (Leipziger Beiträge zur Orientforschung 32; Beiträge zum Islamischen Recht 9), Frankfurt am Main: Peter Lang.
- as-Sahāwī, Šams ad-Dīn Muḥammad b. 'Abd ar-Raḥmān (1985): المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة [al-Maqāṣid al-ḥasana fī bayān kaṭīr min

*al-aḥādīṭ al-muštahira ‘alā al-alsina*], hrsg. von Muḥammad ‘Uṭmān al-Ḥašt, Beirut: Dār al-Kitāb al-‘Arabī.

Zweigert, Konrad/Kötz, Hein (1971): *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen: Mohr Siebeck.

# Laudatio auf Prof. em. Dr. Omaia Elwan

*Hatem Elliesie*

Lieber Herr Elwan, sehr geehrter Herr Pfeiffer,

verehrte Mitglieder der Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht, liebe Kommiliton:innen und Schüler:innen unseres Jubilars,

im Namen der Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht möchte ich zunächst einen besonderen Dank an Sie, Herr Professor Pfeiffer, als Direktor des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht, richten. Seit der Gründung der Gesellschaft, am 24. Oktober 1997, also auf den Monat genau vor einem Vierteljahrhundert, tagen wir nunmehr zum dritten Mal in Kooperation mit dem Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Ruperto Carola. Haben Sie daher vielen herzlichen Dank für die Möglichkeit und vielfältige Unterstützung in der Ausrichtung des *Joint Venture*, wie es Ihr Kollege Herr Professor Herbert Kronke am 14. Mai 1999 auf der ersten gemeinsamen Veranstaltung in der gegenüberliegenden Augustinergasse 9 bezeichnete. Ein Dank gebührt seitens der Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht erneut den beiden Gründungsmitgliedern, Herrn Dr. Bruno Menhofer, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Frankfurt am Main, und Herrn Rechtsanwalt Dr. Dirk Otto, für den unvergleichlichen Einsatz in der Vorbereitung und Durchführung der diesjährigen Tagung. *Last und surely not the least* danken wir Frau Angela Tauber, der Institutssekretärin, und den vielen weiteren unterstützenden Personen und helfenden Händen vor Ort, die unser Zusammenkommen in dieser Form möglich machen. Wir, die zahlreichen anwesenden Schüler:innen, Mitarbeiter:innen und Kolleg:innen von Ihnen, lieber Herr Professor Elwan, freuen uns sehr auf zwei interessante Tage des in der 3. Auflage stattfindenden *Joint Venture* an der ältesten Universität Deutschlands mit durchgehendem Lehrbetrieb, unserer Alma Mater.

Vor genau zehn Jahren haben wir uns letztmalig in diesem Gebäude am Universitätsplatz zusammengefunden. Die damals 15. Jahrestagung der Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht fand am 21. und 22. September 2012 im Hörsaal 4a des Erdgeschosses der Neuen Universität statt. Sie stand unter dem Rahmenthema *Recht nach dem Arabischen Frühling* und war dem 80. Geburtstag von Herrn Professor Dr. em. Omaia Elwan, einem der Gründungsmitglieder der Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht, gewidmet. Der Tagungsband zu Ehren des Jubilars erschien in den *Leipziger Beiträgen zur Orientforschung* als Band 32 beziehungsweise darin als *Beiträge zum islamischen Recht IX*. Dieser Band wurde von seinen auch heute anwesenden und eben erwähnten Schülern Herrn Dr. Bruno Menhofer und Herrn Dr. Dirk Otto herausgegeben. Die Beiträge spiegeln, wie es die Herausgeber in ihrem Vorwort zusammenfassen, Zweierlei:

»zum Einen die Vielfalt der Themen, in denen die politischen und gesellschaftlichen Veränderungen einer Vielzahl islamischer und arabischer Staaten deren Rechtsordnung in teilweise ganz neue Zusammenhänge stellen, zum anderen aber auch die Vielfalt des Werkes des Geehrten, der nicht nur im Familien- und Erbrecht, im Zivil- und Handels- und Wirtschaftsrecht, zugleich aber auch im Staats- und Völkerrecht islamischer und arabischer Staaten gutachterlich und literarisch gewirkt hat.«

Letzteres beruht auch – wie er selbst in seinen Dankesworten des Symposiums zu seinen Ehren am 14. Mai 1999 erwähnte – auf der nebenamtlichen Referententätigkeit am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht ab 1973.

Dem folgend lassen sich zwei Dinge ableiten: Der Universitätsstandort Heidelberg ist – was die Tagungen der Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht betrifft – mit Leipzig unter der Ägide unseres vormaligen 1. Vorstandsvorsitzenden, lieber Herr Professor Hans-Georg Ebert, und mit Göttingen unter der Ägide unserer aktuellen 1. Vorstandsvorsitzenden, Frau Professorin Irene Schneider, gleichauf. Dies verdeutlicht den hohen Stellenwert und zeigt, welche Ausstrahlungswirkung Sie, lieber Herr Professor Elwan, für die Fachcommunity haben. Ich empfinde es daher auch als eine große Ehre, als einer Ihrer zahlreichen Heidelberger Schüler die Laudatio anlässlich Ihres 90. Geburtstags halten zu dürfen. Dass ich, aus dem erlesenen *Pool* und dem engeren Zirkel Ihrer Schüler heraus, dafür in Frage kommen würde, hätte ich mir vor meiner Anreise in den Ort meines Studiums und in die Heimatsstadt meiner Mutter nicht träumen lassen. Nun sind aber die spontanen Dinge im Leben oft auch die schönsten.

*In medias res:* Betrachtet man den Lebenslauf unseres Jubilars, so verwundert es nicht, dass er jahrzehntelang das Referat *Recht der Entwicklungsländer* am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht leitete und vor 50 Jahren Herrn Professor Hermann Mosler, seinerzeit Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, von dessen damaligen Direktor, Herrn Professor Rolf Serick, ergänzend als Referent vorgeschlagen wurde. Geboren am 1. August 1932 in Kairo, schloss Herr Professor Omaia Elwan nämlich sein Jurastudium mit der *Licence en Droit* im Jahre 1953 ab, um im Anschluss das *Diplôme d'Études Supérieures de Doctorat* 1954 in *Droit privé* und 1955 in *Droit public* zu erwerben. Sein weiteres *Diplôme d'Études Supérieures de Doctorat* in *Droit romain et histoire de droit* erhielt er vier Jahre später in Rennes, Frankreich. Seinen akademischen Werdegang in Frankreich setzte unser Jubilar jedoch, dank Herrn Professor Eduard Wahl, dem Direktor des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht, seinerzeit nicht fort, obwohl beide das Forschungsinteresse am französischen Recht verband. Wahl war es, der ihn dazu ermutigte, sein Studium in Deutschland an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg weiterzuverfolgen, wo er an der juristischen Fakultät 1962 zum Thema *Die Stellvertretung in dogmengeschichtlicher und rechtsvergleichender Sicht* promoviert wurde.

Abgesehen von einem anschließenden Stipendium der Alexander von Humboldt-Stiftung, welches Sie 1963 als Gastreferent an das Hamburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht verschlug, wirken Sie, lieber Herr Professor Omaia Elwan, seit 1964 ununterbrochen in der Heidelberger Altstadt am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht, wo Ihnen die Leitung der Abteilung *Recht der Entwicklungsländer* und ab 1973 im Neuenheimer Feld zudem am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Nebentätigkeit die Betreuung der Länderreferate Arabische Staaten, Arabische Liga, Äthiopien und Iran anvertraut wurde. Das sind heute stolze 58 Jahre. Sie waren also schon in dem, was Sie akademisch beschäftigt, in Deutschland, wenn nicht sogar in Europa bereits ein Pionier, bevor viele von uns geboren wurden oder noch in den Kinderschuhen steckten. Und dass Sie dieses Wissen an nachfolgende Generationen weitergeben und eher im Stillen durch Gutachten fördern, zeichnet Sie in besonderem Maße aus. Was unseren Jubiliar aber weit über das Akademische hinaus ausmacht, ist, dass er stets ein offenes Ohr für die Sorgen und Nöte des Nachwuchses hat. So haben Sie auch mir und vielen anderen der hier und heute zu Ihren Ehren Anwesenden in schwierigen Lebensphasen zur Seite gestanden.

Ein Blick auf den Mitgliederbestand und auch die Liste der Gründungsmitglieder der Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht verdeutlicht zudem, dass zahlreiche Personen aus Ihrem wissenschaftlichen Umfeld den Weg zur und in der Gesellschaft gefunden haben. Sie sind seit ihrer Gründung eine der treibenden Kräfte, die unermüdlich engagierte und fachlich gut ausgebildete Mitglieder zu Tage fördert. Ich erinnere mich noch sehr gut daran, als ich in den 1990er Jahren mit Herrn Ibrahim Bilgin, heute Head of Legal der KT Bank in Frankfurt am Main, in Ihrer Vorlesung zum Islamischen Recht von der ersten Tagung der Gesellschaft für Arabisches Recht in Bonn-Bad Godesberg erfuhr und von Ihnen ermuntert wurde, daran teilzunehmen. Es ist erstaunlich, wie viele der von Ihnen unmittelbar oder mittelbar geförderten Studierenden sich im Verlauf der Jahrzehnte in der Wissenschaft und Rechtspraxis etabliert haben. Dazu zählen auch Vorsitzende Richter:innen an den unterschiedlichsten Gerichten, renommierte Rechtsanwält:innen und Notar:innen, leitende Beamt:innen in Behörden und Wirtschaftsunternehmen, in allererster Linie in Deutschland und Ägypten. Wir alle konsultieren Sie bis heute. Ihr beeindruckendes Œuvre – aus dem Sie, wie ich Sie kenne, sicherlich in den nächsten beiden Tagen einiges beisteuern werden – reicht von Fragen zum Familienrecht und damit zusammenhängenden Kontexten in lebensnahen Bereichen wie dem Schenkungs-, Ehegüter-, Adoptions- und Sachenrecht über wirtschafts- und verfassungsrechtliche Entwicklungen bis hin zu konzeptionell-rechtvergleichenden und historischen Forschungsbereichen. Diese hier und heute aufzuzählen, würde ganz sicher den zeitlichen Rahmen sprengen.

Dieser reiche Fundus an Wissen – man kann da durchaus auch von einem enzyklopädischen Wissen sprechen – beruht natürlich auf Herrn Professor Elwans

unglaublichem Bestand an Büchern, der allein im Institut über zwei Räume, weit überwiegend mit der Signatur EL versehen, füllt, und auch im Hause Elwan in Schriesheim – Frau Elwan wird mir dies sicherlich bestätigen – einen nicht unwesentlichen Teil des oberen Stockwerkes Ihres Hauses einnimmt. Hierfür nehme ich auch eine gewisse Schuld auf mich, habe ich doch auch auf mancher Rückreise aus Kairo einige Bücher mitgenommen, die der Fahrer Ihres Bruders dem *Bawwāb* in Duqqī zuvor übergeben hatte. Letztlich hat sich aber – und das ist Ihr großer Verdienst, lieber Herr Professor Elwan – eine einzigartige Bibliothek, insbesondere zu nahezu oder gar nicht mehr erhältlichen antiquarischen Werken in Heidelberg angesammelt, die hoffentlich in ihrer Gesamtheit so erhalten bleibt. Jeder, der einmal in Ihrer Wirkungsstätte nebenan, in Ihrem Büro in der Augustinergasse 9 war, wird dies bestätigen. Ich konnte mich erst gestern, nach etwa zehn Jahren, wieder einmal davon überzeugen. Es ist, als sei die Zeit stehen geblieben; doch mögen wohl einige Stapel mit Kopien dazugekommen sein. Man sieht jedenfalls, dass Sie nach wie vor unermüdlich am Schaffen sind und den Zustrom an neuem Quellenmaterial unaufhörlich verarbeiten.

*Ad multos annos*, lieber Herr Professor Elwan

### Referenzliteratur

- Elliesie, Hatem (2018): Klassisches Islamisches Recht in der deutschen Hochschultradition: Genese und wissenschaftsgenealogische Einblicke, in: *Islamisches Recht in Wissenschaft und Praxis – Festschrift zu Ehren von Hans-Georg Ebert*, hrsg. von Hatem Elliesie, Beate Anam und Thoralf Hanstein, Frankfurt am Main u. a.: Peter Lang, S. 67–132 (insb. S. 99 f.).
- Elwan, Omaia (1963): *Die Stellvertretung in dogmengeschichtlicher und rechtsvergleichender Sicht*, Heidelberg : o.V.
- Elwan Omaia (2001): Dankesworte, in: *Islamisches und arabisches Recht als Problem der Rechtsanwendung/Symposium zu Ehren von Professor Emeritus Dr. iur. Omaia Elwan* (Studien zum vergleichenden und internationalen Recht 60), hrsg. von Herbert Kronke, Gert Reinhart und Nikka Witteborg, Frankfurt am Main u. a.: Peter Lang, S. 11–13.
- Kronke, Herbert (2001): Laudatio auf Professor emeritus Dr. iur. Omaia Elwan, in: *Islamisches und arabisches Recht als Problem der Rechtsanwendung/Symposium zu Ehren von Professor Emeritus Dr. iur. Omaia Elwan* (Studien zum vergleichenden und internationalen Recht 60), hrsg. von Herbert Kronke, Gert Reinhart und Nikka Witteborg, Frankfurt am Main u. a.: Peter Lang, S. 5–9.
- Kronke, Herbert/Reinhart, Gert (2001): Vorwort der Herausgeber, *Islamisches und arabisches Recht als Problem der Rechtsanwendung/Symposium zu Ehren von Professor Emeritus Dr. iur. Omaia Elwan* (Studien zum vergleichenden

- und internationalen Recht 60), hrsg. von Herbert Kronke, Gert Reinhart und Nikka Witteborg, Frankfurt am Main u. a.: Peter Lang, S. v.
- Menhofer, Bruno/Otto Dirk (2005): Vorwort, in: *Gutachten zum ausländischen Familien- und Erbrecht: Naher und Mittlerer Osten, Afrika und Asien, erstattet von Omaia Elwan*, hrsg. von Omaia Elwan, Bruno Menhofer und Dirk Otto, Frankfurt am Main/Berlin: Verlag für Standesamtswesen, S. 9 f.
- Menhofer, Bruno/Otto, Dirk (2014): Vorwort, in: *Recht nach dem Arabischen Frühling: Tagungsband zu Ehren des 80. Geburtstags von Professor em. Dr. Omaia Elwan* (Leipziger Beiträge zur Orientforschung 32; Beiträge zum Islamischen Recht 9), hrsg. von Bruno Menhofer und Dirk Otto, Frankfurt am Main/Berlin u. a.: Peter Lang, S. 5 f.
- Pfeiffer, Thomas (o. D.): Geschichte und Chronik des Instituts, [www.ipr.uni-heidelberg.de/institut/geschichte.html](http://www.ipr.uni-heidelberg.de/institut/geschichte.html) (letzte Bearbeitung 18.10.2022)].
- Reinhardt, Gert (1967): Das Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg 1917–1967, in: *Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung: Festschrift zum 50 jährigen Bestehen des Instituts für Ausländisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg*, hrsg. von Eduard Wahl, Rolf Serick und Hubert Niederländer, Heidelberg: Winter, S. 23–53.





# Schriftenverzeichnis

*zusammengestellt von*

*Hatem Elliesie, Bruno Menhofer & Dirk Otto*

## *Bücher von und zu Ehren des Jubilars*

*Die Stellvertretung in dogmengeschichtlicher und rechtsvergleichender Sicht*, Heidelberg: o.V. 1963.

*Islamisches und arabisches Recht als Problem der Rechtsanwendung/Symposium zu Ehren von Professor Emeritus Dr. iur. Omaia Elwan* (Studien zum vergleichenden und internationalen Recht, 60), hrsg. von Herbert Kronke, Gert Reinhart und Nikka Witteborg, Frankfurt am Main u. a.: Peter Lang 2001.

*Gutachten zum ausländischen Familien- und Erbrecht: Naher und Mittlerer Osten, Afrika und Asien, erstattet von Omaia Elwan*, hrsg. von Omaia Elwan, Bruno Menhofer und Dirk Otto, Frankfurt am Main/Berlin: Verlag für Landesamtswesen 2005.

*Recht nach dem Arabischen Frühling: Tagungsband zu Ehren des 80. Geburtstags von Professor em. Dr. Omaia Elwan* (Leipziger Beiträge zur Orientforschung, 32; Beiträge zum Islamischen Recht, 9), hrsg. von Bruno Menhofer und Dirk Otto, Frankfurt am Main/Berlin et al.: Peter Lang 2014.

## *Veröffentlichte Gutachten des Jubilars*

Französisches Vertrags- und Wechselrecht, in: *Gutachten zum Internationalen und Ausländischen Privatrecht* (1967/1968), veröffentlicht im Auftrag des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, hrsg. von Murad Ferid, Gerhard Kegel und Konrad Zweigert, Tübingen/Berlin: Mohr Siebeck/De Gruyter 1970, S. 37–53.

Anerkennung von Ehescheidungsurteilen in Ägypten und Libanon, Libanesisches interkonfessionelles Recht, in: *Gutachten zum Internationalen und Ausländischen Privatrecht* (1969), veröffentlicht im Auftrag des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, hrsg. von Murad Ferid, Gerhard Kegel und Konrad Zweigert, Tübingen/Berlin: Mohr Siebeck/De Gruyter 1971, S. 352–360.

Anerkennung von Scheidungsurteilen in Marokko sowie jüdisch/marokkanisches Scheidungsrecht, in: *Gutachten zum Internationalen und Ausländischen Privatrecht* (1969), veröffentlicht im Auftrag des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, hrsg. von Murad Ferid, Gerhard Kegel und Konrad Zweigert, Tübingen/Berlin: Mohr Siebeck/De Gruyter 1971, S. 360–367.

- Anerkennung von deutschen Ehescheidungsurteilen in Ägypten – Scheidung von Kopten, in: *Gutachten zum Internationalen und Ausländischen Privatrecht* (1970), veröffentlicht im Auftrag des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, hrsg. von Murad Ferid, Gerhard Kegel und Konrad Zweigert, Tübingen/Berlin: Mohr Siebeck/De Gruyter 1971, S. 345–351.
- Libanesisches Schenkungs-, Ehegüter- und Sachenrecht, in: *Gutachten zum Internationalen und Ausländischen Privatrecht* (1973), veröffentlicht im Auftrag des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, hrsg. von Murad Ferid, Gerhard Kegel und Konrad Zweigert, Tübingen/Berlin: Mohr Siebeck/De Gruyter 1974, S. 172–179.
- Syrisches und islamisches Adoptionsrecht, in: *Gutachten zum Internationalen und Ausländischen Privatrecht* (1976), veröffentlicht im Auftrag des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, hrsg. von Murad Ferid, Gerhard Kegel und Konrad Zweigert, Tübingen/Berlin: Mohr Siebeck/De Gruyter 1977, S. 423–427.
- Irakisches Nachlaßverfahren und Erbrecht, in: *Gutachten zum Internationalen und Ausländischen Privatrecht* (1979), veröffentlicht im Auftrag des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, hrsg. von Murad Ferid, Gerhard Kegel und Konrad Zweigert, Frankfurt am Main: Peter Lang 1981, S. 349–354.
- Libanesisches Erb-, Delikts- und Lebensversicherungsrecht, in: *Gutachten zum Internationalen und Ausländischen Privatrecht* (1980/1981), veröffentlicht im Auftrag des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, hrsg. von Murad Ferid, Gerhard Kegel und Konrad Zweigert, Frankfurt am Main: Peter Lang 1983, S. 296–302.
- Ägyptisches Adoptionsrecht, in: *Gutachten zum Internationalen und Ausländischen Privatrecht* (1982), veröffentlicht im Auftrag des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, hrsg. von Murad Ferid, Gerhard Kegel und Konrad Zweigert, Frankfurt am Main: Peter Lang 1984, S. 276–283.
- Marokkanisches Namensrecht, in: *Gutachten zum Internationalen und Ausländischen Privatrecht* (1984), veröffentlicht im Auftrag des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, hrsg. von Murad Ferid, Gerhard Kegel und Konrad Zweigert, Frankfurt am Main: Peter Lang 1986, S. 10–15.
- Jordanisches Ehegüterrecht, in: *Gutachten zum Internationalen und Ausländischen Privatrecht* (1985/1986), veröffentlicht im Auftrag des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, hrsg. von Murad Ferid, Gerhard Kegel und Konrad Zweigert, Frankfurt am Main: Peter Lang 1989, S. 333–339.
- Ägyptisches Erbrecht, in: *Gutachten zum Internationalen und Ausländischen Privatrecht* (1987/1988), veröffentlicht im Auftrag des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, hrsg. von Murad Ferid, Gerhard Kegel und Konrad Zweigert, Frankfurt am Main: Peter Lang 1990, S. 384–401.
- Jordanisches Eheschließungsrecht, in: *Gutachten zum Internationalen und Ausländischen Privatrecht* (1996), veröffentlicht im Auftrag des Deutschen Rates

- für Internationales Privatrecht, hrsg. von Ulrich Drobnig, Murad Ferid, Gerhard Kegel, Frankfurt am Main: Peter Lang 1997, S. 305–315.
- Marokkanisches Anwaltsrecht: in *Gutachten zum Internationalen und Ausländischen Privatrecht* (1997), veröffentlicht im Auftrag des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, hrsg. von Ulrich Drobnig, Murad Ferid, Gerhard Kegel, Frankfurt am Main: Peter Lang 1999, S. 615–629.
- Israelisches Testamentsrecht: in *Gutachten zum Internationalen und Ausländischen Privatrecht* (1997), veröffentlicht im Auftrag des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, hrsg. von Ulrich Drobnig, Murad Ferid, Gerhard Kegel, Frankfurt am Main: Peter Lang 1999, S. 493–501.
- Gutachten zum ausländischen Familien- und Erbrecht: Naher und Mittlerer Osten, Afrika und Asien*, erstattet von Omaia Elwan, hrsg. von Omaia Elwan, Bruno Menhofer und Dirk Otto, Frankfurt am Main/Berlin: Verlag für Standesamtswesen 2005.

### *Omaia Elwans Beiträge in Festschriften*

- Empfängnisregelung und Abtreibung im Islam. Ein Beitrag zum Recht der Entwicklungsländer, in: *Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung: Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Instituts für Ausländisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg*, hrsg. von Eduard Wahl, Rolf Serick und Hubert Niederländer, Heidelberg: Winter 1967, S. 439–470.
- Der Scheck im ägyptischen Recht mit vergleichenden Hinweisen auf das Recht anderer arabischer Staaten, in: *Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag*, hrsg. von Erik Jayme und Ulrich Huber, Heidelberg: Winter 1992, S. 57–85.
- Die Rechtsordnung des Sultanats Oman, insbesondere dessen Handelsprozeßordnung, in: *Lebendiges Recht – Von den Sumerern bis zur Gegenwart: Festschrift für Reinhold Trinkner*, hrsg. von Friedrich Graf von Westphalen und Otto Sandrock, Heidelberg: Recht und Wirtschaft 1995, S. 525–547.
- [gemeinsam mit Dirk Otto] Rechtliche Probleme deutsch-indischer bigamischer Ehe, in: *Mélanges Fritz Sturm: offerts par ses collègues et ses amis l'occasion de son soixante-dixième anniversaire*, Band II, Lüttich: Editions Juridiques de la Faculté de Droit de Liege 1999, S. 1425–1446.
- Die Form von zwischen Ägyptern und Deutschen in Ägypten geschlossenen Ehen aus dem Blickwinkel des deutschen Kollisionsrechts, in: *Festschrift für Erik Jayme*, Band I, hrsg. von Hans-Peter Mansel, Thomas Pfeiffer und Herbert Kronke, München: Sellier European Law Publishers 2004, S. 153–167.
- Qualifikation der Unzulässigkeit von Klagen aus 'urfī-Ehen im ägyptischen Recht, in: *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag am 28. Dezember 2011*, hrsg. von Herbert Kronke und Karsten Thorn, Bielefeld: Gieseking 2011, S. 99–114.

- Ausgewählte praxisrelevante Fragen in deutsch-algerischen Erbrechtsfällen, in: *Recht ohne Grenzen: Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag*, hrsg. von Reinhold Geimer und Rolf A. Schütze, München: Sellier European Law Publishers 2012, S. 167–186.
- [gemeinsam mit Hatem Elliesie] Exequaturverfahren syrischer Urteile in Deutschland, in: *Islamisches Recht in Wissenschaft und Praxis – Festschrift zu Ehren von Hans-Georg Ebert*, hrsg. von Hatem Elliesie, Beate Anam und Thoralf Hanstein, Berlin: Peter Lang 2018, S. 243–265.
- [gemeinsam mit Dirk Otto] Staaten und Staatsunternehmen im internationalen Schieds- und Zivilverfahrensrecht, in: *National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht – Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag*, hrsg. von Christoph Benicke und Stefan Huber, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld: Gieseking 2020, S. 73–86.

### *Omaia Elwans Beiträge in Sammelbänden*

- Das Rechtswesen in Saudi-Arabien, in: *Saudi-Arabien: Ölmacht und Entwicklungsland. Beiträge zur Geschichte, Politik, Wirtschaft und Gesellschaft* (Mitteilungen des Deutschen Orient-Instituts, 20), hrsg. von Thomas Koszinowski, Hamburg: Deutsches Orient-Institut 1983, S. 177–218.
- Gesetzgebung und Rechtsprechung in islamischen Staaten, in: *Der moderne Nahe und Mittlere Osten – Band I: Grundlagen, Strukturen und Problemfelder* 1, hrsg. von Udo Steinbach und Rüdiger Robert, Opladen: Leske und Budrich 1988, S. 221–254.
- Unitization under Arab Municipal and Inter-Arab Law, in: *Papers presented at the second Arab Regional Conference & Regional Energy Law Seminar, Bahrain 5–8 March 1989* 2: Energy Law, hrsg. von International Bar Association, London: Routledge 1989, S. 73–108.
- Einflüsse des Islam und des Begriffs der arabischen Nation auf das Staatsangehörigkeits-, Fremden- und Kollisionsrecht der arabischen Staaten, in: *Nation und Staat im Internationalen Privatrecht: Zum kollisionsrechtlichen Staatsangehörigkeitsprinzip in verfassungsrechtlicher und international privatrechtlicher Sicht*, hrsg. von Erik Jayme und Hans-Peter Mansel, Heidelberg: C. F. Müller 1990, S. 291–305.
- L'Islam et les systèmes de conflits de lois, in: *Le Statut Personnel des Musulmans. Droit comparé et droit international privé*, hrsg. von Jean-Yves Carlier und Michel Verwilghen, Travaux de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Brüssel: Bruyant 1992, S. 313–341.
- Du droit applicable à la responsabilité pré-contractuelle de la rupture des négociations des contrats internationaux, in: *Colloque International. Les systèmes contractuels de droit civil et les exigences du commerce international*, hrsg. von

Institut de Droit des Affaires Internationales, Faculté de Droit de l'Université du Caire, Gizeh: Maison Galaxie 1994, S. 17–37.

Le droit islamique et sa réception par les tribunaux occidentaux, in: *Islamic Law and its Reception by the Courts in the West: Congress from 23 to 24 October 1998 in Osnabrück/Le droit islamique et sa réception par les tribunaux occidentaux: Congrès du 23 au 24 octobre 1998 à Osnabrück*, Köln u. a.: Heymann 1999, S. 53–81.

Rechtsnormen im Islam und Menschenrechte, in: *Islam – eine andere Welt?*, Heidelberg: Universitätsverlag C. Winter <sup>2</sup>2002, S. 73–87.<sup>1</sup>

Allgemeine Bemerkungen zum interreligiösen Recht und dem Personalstatutsrecht der Yeziden im Irak in: *Beiträge zum Islamischen Recht V* (Leipziger Beiträge zur Orientforschung 19), hrsg. von Irene Schneider und Thoralf Hanstein, Frankfurt am Main: Peter Lang 2006, S. 117–140.

### *Omaia Elwans Artikel in Fachzeitschriften*

Das Problem der Empfängnisregelung und Abtreibung. Die herrschende Auffassung des Staates und der religiösen Kreise in islamischen Ländern, in: *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 70 Bde., 1968, S. 26–80.

Das Recht des »Handelsvertreters« (Vermittlungsvertreters) im arabisch-deutschen Wirtschaftsverkehr, in: *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 80 (1981), S. 89–149.

Die Organisation Arabischer Erdölexportierender Länder (OAPEC) – eine arabische Rohstoffproduzentenvereinigung mit supranationalen Merkmalen, in: *Recht der Internationalen Wirtschaft*, Beilage zu Heft 3 (1983), 16 S.

The Organization of Arab Petroleum-Exporting Countries (OAPEC) – An Arab Producers Association with Supra-National Features, in: *L'Égypte Contemporaine* 398 (1984), S. 220–275.

Die weltwirtschaftliche Bedeutung von Auslandsinvestitionen und Technologietransfer, in: *Recht der Internationalen Wirtschaft* 2 (1985), S. II–III.

Neues Familien- und Erbrecht in Kuwait, in: *IPRax – Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 5, 1985, S. 305–307.

Die kollisionsrechtlichen Bestimmungen im Gesetz über den zivilrechtlichen Geschäftsverkehr der Demokratischen Republik Sudan, in: *IPRax – Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 1, 1986, S. 56–57.

Bahrainische Kollisionsbestimmungen über das Personalstatut, in: *IPRax – Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 1, 1986, S. 59 f.

<sup>1</sup> Die 1. Auflage ist 1999 in der Reihe *Studium Generale* der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg erschienen.

- Zur Eheschließung zwischen muslimischen Iranern und deutschen nicht-muslimischen Frauen, in: *IPRax – Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2, 1986, S. 124–126.
- Überblick über die Entwicklung des ägyptischen Staatsrechts seit den 70er Jahren, in: *Verfassung und Recht in Übersee*, 3. Quartal 1990, S. 297–327.
- Die Voraussetzungen der internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte für die Scheidung rein iranischer Ehen (§ 606 a Abs. 1 S. 1 Nr. 4 ZPO), in: *IPRax – Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 4, 1994, S. 282–285.
- Das iranische Gesetz zur Änderung der Scheidungsbestimmungen vom 26.11.1992 (5.9.1371) – veröffentlicht in *Roznameh Rasmi* Nr. 13914 vom 10.12.1992, in: *IPRax – Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 4, 1994, S. 326 f.
- [gemeinsam mit Dirk Otto] Die Vereinigung aller Aktien in einer Hand im luxemburgischen Aktienrecht, in: *Recht der Internationalen Wirtschaft* 9, 1994, S. 728–731.
- [gemeinsam mit Hartmut Ost] Kollisionsrechtliche Probleme bei Arbeitsstreitigkeiten zwischen einer Internationalen Organisation und ihren Ortskräften, dargestellt am Beispiel der Arabischen Liga, in: *IPRax – Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 1, 1995, S. 1–8.
- Das Zusammenspiel von Ehegüterrecht und Erbrecht in Namibia und Südafrika – Auswirkungen auf die Abwicklung internationaler Erbfälle in Deutschland (mit Dirk Otto), *IPRax* 6, 1995, S. 354–360.
- Das Handelsgesetzbuch des Sultanats Oman von 1990 und sein Verhältnis zur Scharia, *RIW* 12, 1995, S. 985–992.
- Die Scheidung deutsch-jordanischer Ehen vor deutschen Gerichten, unter besonderer Berücksichtigung des griechisch-orthodoxen Kirchenrechts (mit Hartmut Ost), *IPRax* 6, 1996, S. 389–397.
- [gemeinsam Dirk Otto]: Die Polygamie im pakistanischen Recht, in: *StAZ Das Standesamt: Zeitschrift für Standesamtswesen, Familienrecht, Staatsangehörigkeitsrecht, Personenstandsrecht, internationales Privatrecht des In- und Auslands* 2000, S. 97–102.
- La Loi Applicable à la Garantie Bancaire à Première Demande, in: *Recueil des Cours*, Tome 275 (1998), S. 1–217.
- Talaq nach iranischem Recht und die wesensmäßige Zuständigkeit deutscher Gerichte: zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 6.10.2004, in: *StAZ Das Standesamt: Zeitschrift für Standesamtswesen, Familienrecht, Staatsangehörigkeitsrecht, Personenstandsrecht, internationales Privatrecht des In- und Auslands* 6, 2005, S. 168–174.
- [gemeinsam mit Bruno Menhofer] Scheidungswunsch versus in Syrien geltendes Recht der unierten Ostkirche? Zur Entscheidung des BGH vom 11.10.2006, in: *StAZ Das Standesamt: Zeitschrift für Standesamtswesen, Familienrecht, Staatsangehörigkeitsrecht, Personenstandsrecht, internationales Privatrecht des In- und Auslands* 2007, S. 325–330, 337.



### *Omaia Elwans Beiträge in Enzyklopädien/Lexika*

- The Organization of Arab Petroleum-Exporting Countries, in: *Encyclopedia of Public International Law*, 6: *Regional Cooperation, Organizations and Problems*, hrsg. von Rudolf Bernhardt, Amsterdam/New York/Oxford: North Holland 1983, S. 281–287.
- Nile River, *Encyclopedia of Public International Law*, hrsg. Rudolf Bernhardt, *Volume III (J–P)* 1997, Elsevier: Amsterdam/Lausanne/New York u. a. S. 589–596.
- Nile River, in: *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, *Volume VII: (MA–OZ)*, hrsg. von Rüdiger Wolfrum, Oxford: Oxford University Press 2012, S. 681–697.
- Verfassung und Recht: Ägypten, in: *Staatslexikon: Die Staaten der Welt 2*, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 7., völlig neu bearb. Aufl., Freiburg im Breisgau u. a.: Herder 1993, S. 513–519.
- Verfassung und Recht: Algerien, in: *Staatslexikon: Die Staaten der Welt 2*, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 7., völlig neu bearb. Aufl., Freiburg im Breisgau u. a.: Herder 1993, S. 519–523.
- Verfassung und Recht: Libyen, in: *Staatslexikon: Die Staaten der Welt 2*, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 7., völlig neu bearb. Aufl., Freiburg im Breisgau u. a.: Herder 1993, S. 523–527.
- Verfassung und Recht: Marokko, in: *Staatslexikon: Die Staaten der Welt 2*, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 7., völlig neu bearb. Aufl., Freiburg im Breisgau u. a.: Herder 1993, S. 527–530.
- Verfassung und Recht: Tunesien, in: *Staatslexikon: Die Staaten der Welt 2*, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 7., völlig neu bearb. Aufl., Freiburg im Breisgau u. a.: Herder 1993, S. 531–535.
- [gemeinsam mit Dirk Otto] Kommentar zu Art. V(2) der New Yorker Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in: *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, hrsg. von Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto und Christine Nicola Port, Austin, TX: Kluwer Law International 2010, S. 345–414.

### *Omaia Elwans Rezensionen*

- Ünal Tekinalp, Anonim ortaklığın bilançosu ve yedek akçeleri, Istanbul 1979. XL, 473 S. [Die Bilanz und die Rücklagen der Aktiengesellschaften unter Berücksichtigung des Publizitätsgrundsatzes, 2., durchges. und erw. Aufl., Istanbul (1979)], in: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 1981, S. 386.
- Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku, Genişletilmiş 2. basi. Istanbul 1975–1976 (Gesellschaftsrecht, 2., erw. Aufl., Istanbul 1975–



1976, Band I und II), in: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 1981, S. 387.

[gemeinsam mit Dirk Otto] Iranian Family and Succession Laws and their Application in German Courts (Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, 43), hrsg. von Jürgen Basedow und Nadjma Yassari, Mohr: Tübingen 2004, in: *StAZ Das Standesamt: Zeitschrift für Standesamtswesen, Familienrecht, Staatsangehörigkeitsrecht, Personenstandsrecht, internationales Privatrecht des In- und Auslands* 2005, S. 87 f.

### *Juristische Übersetzungen des Jubilars*

Das *Übereinkommen betreffend den internationalen Handel mit gefährdeten freilebenden Tier- und Pflanzenarten* (CITES) [Washingtoner Artenschutzübereinkommen], übersetzt in die arabische Sprache im Auftrag des Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora Secretariat, Genf 1980.

Übersetzung der *Statuten des Schiedsgerichtshofes der Internationalen Handelskammer* ins Arabische, Paris 1988.

Übersetzung in das Arabische (zusammen mit Mohieddin I. Alameddin [Muḥyī ed-Dīn I. ‘Alam ed-Dīn] und M. Hossam Loutfi [Muḥammad Ḥusām Maḥmūd Luṭfī] der 2. Aufl. von *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* 2004, Kairo 2008.

## Biographische Angaben der Beitragenden

KILIAN BÄLZ ist Rechtsanwalt und Partner bei Amereller Rechtsanwälte PmbB. Von Berlin und Kairo aus berät er deutsche und internationale Unternehmen bei Investitionen in der MENA-Region und damit zusammenhängenden Streitigkeiten vor Gerichten und Schiedsgerichten. Zuvor war er Partner bei Gleiss Lutz PmbB und Gründungsdirektor des Regional Centre for Renewable Energy and Energy Efficiency (RCREEE) in Kairo, eine zwischenstaatliche Organisation, die erneuerbare Energien in den arabischen Staaten fördert. Kilian Bälz wurde an der Freien Universität Berlin mit einer rechtsvergleichenden Arbeit zum arabischen Recht promoviert. Der Jubilar war ihm dabei ein stets ein wissenschaftliches Vorbild und wichtiger Ratgeber. Kilian Bälz studierte Jura, Arabisch und Nahoststudien in Freiburg i.Br., Damaskus, Kairo und London, wo er an der School of Oriental and African Studies der University of London einen LL. M. erwarb. Im Jahr 2008 war er Fellow an der Harvard Law School. Er war, wie auch der Jubilar, Gründungsmitglied der Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht, deren Vorstand und Kuratorium Herr Bälz über zwei Jahrzehnte angehörte.

HANS-GEORG EBERT war bis 2019 Professor für Islamisches Recht am Orientalischen Institut der Universität Leipzig. Er forscht in den Bereichen Islamisches Recht, Recht arabischer Länder, islamische Staats- und Rechtskonzeptionen und Islamwissenschaft. Er ist Autor zahlreicher Publikationen zum Islamischen Recht und zum Recht arabischer Länder. Seit 2017 wirkt er als Mitherausgeber und Autor des Standardwerkes *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht mit Staatsangehörigkeitsrecht* des Verlages für Standesamtswesen. Mit der Gründung der Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht gehörte er bis 2023 ununterbrochen dem Vorstand an und war von 2009 bis 2015 ihr 1. Vorsitzender. In der von ihm betreuten Reihe *Leipziger Beiträge zur Orientforschung* erschienen insgesamt zwölf Tagungsbände der Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht, u.a. auch der von Bruno Menhofer und Dirk Otto herausgegebene Band zum 80. Geburtstag von Omaia Elwan. Mit dem Jubilar verbindet ihn eine lange Freundschaft, die nicht nur zu vielen Gesprächen und Diskussionen über fachliche Themen führte, sondern auch zu bestimmten Forschungsinteressen anregte. Hans-Georg Ebert blickt mit Dankbarkeit auf diese langjährige vertrauensvolle Zusammenarbeit.

REDA EL AMRAOUI ist Doktorand an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg am Lehrstuhl von Professor Dr. Christoph A. Kern, LL. M. (Harvard). Er war jahrelang studentische Hilfskraft des Jubilars und kam unter seiner Ägide erstmals in Berührung mit den rechtlichen Entwicklungen der arabischen Welt. Bis zum heutigen Tage darf er sich mit Professor Elwan dessen berühmtes Büro im Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht teilen. Das Promotionsvorhaben von Reda El Amraoui fasst schwerpunktmäßig das Unternehmens- und Schiedsverfahrensrecht arabischer Staaten, Frankreichs und der

Schweiz ins Auge. Er verbrachte schon während des Studiums mehrere Semester in Casablanca und Lausanne. Nach dem ersten Staatsexamen war er *assistant diplômé* am Centre de droit privé der Université de Lausanne. Gegenwärtig arbeitet er promotionsbegleitend als wissenschaftlicher Mitarbeiter in einer internationalen Wirtschaftskanzlei in Frankfurt am Main. Ohne die fortwährende und aufrichtige Unterstützung von Herrn Professor Elwan, welche weit über bloßen Zuspruch hinausreichte, hätte er nicht den Mut aufgebracht, diesen Weg zu beschreiten.

HATEM ELLIESIE ist Gruppenleiter des Max-Planck-Instituts für ethnologische Forschung, wo er seit 2016 in der Abteilung *Recht und Ethnologie* tätig ist. Er vertritt zudem seit 2021 die Professur für islamisches Recht an der Universität Leipzig, auf die er in den Jahren 2020 und 2023 den Ruf erhielt. Herr Elliesie ist ferner Nachwuchsgruppenleiter an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, wo er am Forschungszentrum für Islam und Recht in Europa eine seiner insgesamt drei Forschungsgruppen leitet. 2017 vertrat er die Professur für islamisches Recht an der Universität Münster. Vor seinem Rechtsreferendariat in Berlin und der Promotion an der Freien Universität Berlin (FU) war er wissenschaftlicher Mitarbeiter am Seminar für Semitistik und Arabistik an der FU und am Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung sowie Lehrbeauftragter am Institut für Asien- und Afrikanwissenschaften der Humboldt-Universität zu Berlin. Er studierte u. a. Rechts-, Umwelt- und Islamwissenschaften in Oxford, Kairo, Malta, Mannheim, Heidelberg und Hannover, welche er mit dem juristischen Staatsexamen und ergänzend mit dem Magister Legum Europae abschloss. Im Sommersemester 1998 nahm er in Heidelberg erstmals an den Lehrveranstaltungen von Professor Elwan teil und ist mit dem Jubilar auch Jahrzehnte nach den Heidelberger Studienjahren, wie er in der Laudatio zum Ausdruck bringt, persönlich und fachlich eng verbunden geblieben. Herr Elliesie ist 1. Vorsitzender des Vorstands sowohl der Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht als auch der Gesellschaft für afrikanisches Recht.

IMEN GALLALA-ARNDT ist eine tunesisch-deutsche Juristin. Sie wurde an der juristischen Fakultät in Heidelberg promoviert. Dort und am MPI für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht konnte sie stets von Professor Omaia Elwans sowohl fachlicher als auch menschlicher Unterstützung profitieren. Auf Anraten von Herrn Elwan hat sie sich am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht beworben, wo sie neun Jahre in der Forschungsgruppe für das Familien- und Erbrecht islamischer Länder tätig war. Demgemäß hat sie im Bereich des Familienrechts und des Einflusses der Religion auf die Gesetzgebung in den Ländern der MENA-Region vielfältig publiziert. Sie ist derzeit an der Abteilung Recht und Ethnologie des Max-Planck-Instituts für ethnologische Forschung in Halle/Saale assoziiert und habilitiert am Fachbereich Jura der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg zum Thema interreligiöse Ehen im Spannungsverhältnis zwischen säkularem Recht und religiösem Recht am Beispiel von Israel, Libanon und Tunesien. Frau Gallala-Arndt war von 2022 kooptiertes Mit-

glied des Kuratoriums der Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht, in dessen Vorstand sie 2023 gewählt wurde.

LARA-LAUREN GOUDARZI-GEREKE war wissenschaftliche Mitarbeiterin am Seminar für Arabistik/Islamwissenschaft in Göttingen. Sie studierte Arabistik/Islamwissenschaft, Iranistik und Rechtswissenschaft in Leipzig und Göttingen und steht kurz vor dem Abschluss ihrer Promotion zu schiitischem Familienrecht zwischen Frauenrechten und Konfessionalismus in Afghanistan, Bahrain und Irak aus rechtsvergleichender Perspektive. Ihr Interessenschwerpunkt liegt auf islamischem Familienrecht im Kontext moderner Rechtsordnungen mit besonderem Fokus auf schiitischem Recht und religiöser Rechtsspaltung. Frau Goudarzi-Gereke verdankt Herrn Professor Omaia Elwan in seiner Rolle als Autor und in vielfältigen Bereichen bewanderter Teilnehmer der Jahrestagungen der Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht wertvolle Impulse und Anregungen für Studium, Lehre und Forschung und fand in seinen Texten und Beiträgen stets Ermutigung zu interdisziplinärem Arbeiten. Den in diesem Band enthaltenen Beitrag präsentierte Frau Goudarzi-Gereke wenige Wochen vor Fertigstellung ihrer Dissertation und durfte für diese Phase die ausführlichen, herzlichen und umfangreichen Kenntnisse auch schiitischer Rechtsdiskurse demonstrierenden Anmerkungen und Fragen des Jubilars zu ihrem Vortrag dankend mitnehmen.

ALEXANDER HILLER ist seit 2021 als Rechtsanwalt bei der internationalen Anwaltskanzlei LALIVE in Genf in der Schweiz tätig. Er ist spezialisiert auf die internationale Handels- und Investitionsschiedsgerichtsbarkeit mit Schwerpunkt auf Streitigkeiten mit Nahostbezug. Er ist Mitglied der Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht, deren Gründungsmitglied und langjähriges Vorstandsmitglied der Jubilar war. Herr Hiller ist außerdem Gründungsmitglied der gemeinsamen Arbeitsgruppe der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) und des Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (CRCICA). Während eines Auslandsstudiums an der Universität Kairo bot Professor Omaia Elwan Herrn Hiller eine Stelle als Assistent an, die er bis zum Abschluss seines Studiums in Heidelberg innehatte. Auf Anraten des Jubilars und mit ihm in engem fachlichen Austausch forschte Herr Hiller im Anschluss für eine Dissertation zu einem schiedsverfahrensrechtlichen Thema, mit der er 2021 an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg promoviert wurde. Die Arbeit mit einem ausgewiesenen Kenner des Rechts arabischer Staaten wie auch des internationalen Privat- und Zivilprozessrechts prägt die anwaltliche Tätigkeit von Herrn Hiller bis heute.

ERIK JAYME war bis zu seiner Emeritierung 2002 Ordinarius für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung sowie geschäftsführender Direktor des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg. Als Herr Jayme 1983 nach Professuren in Münster und München an die Universität Heidelberg berufen wurde, leitete Herr Elwan bereits die Abteilung *Recht der Entwicklungsländer*. Dem Jubilar war Herr

Jayme, der vor dem Erscheinen der vorliegenden Festschrift am 1. Mai 2024 verstarb, nach eigenen Angaben seither in vielfältiger Weise herzlich und dankbar verbunden, nicht zuletzt für die zahlreichen Gespräche zum Kollisionsrecht bei Mehrrechtsstaaten in der jahrzehntelangen Zusammenarbeit. Er war unter anderem Richter am Internationalen Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts/ UNIDROIT in Rom, Mitglied des Institut de Droit international in Genf, dessen Präsident er von 1997 bis 1999 war, sowie der Haager Akademie für Internationales Rechts in Den Haag, dessen Kuratorium er von 1998 bis 2016 angehörte. Herr Jayme hat die Erforschung der lusitanischen Rechtsfamilie und die Deutsch-Lusitanische Juristenvereinigung begründet. Hierzu in dieser Festschrift einen Beitrag mit Bezügen zu Afrika beizusteuern, nachdem sich der Jubilar an der Festschrift für Herrn Jayme anlässlich dessen 70. Geburtstags im Jahre 2004 mit einem Artikel zu in Ägypten geschlossenen deutsch-ägyptischen Ehen aus dem Blickwinkel des deutschen Kollisionsrechts beitrug, betrachtet Jayme als eine ehrenvolle Aufgabe.

SERDAR KURNAZ ist seit 2019 Professor für Islamisches Recht in Geschichte und Gegenwart am Berliner Institut für Islamische Theologie (BIT) der Humboldt-Universität zu Berlin und zugleich der Geschäftsführende Direktor des Instituts. Er wurde an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg im Fach Islamisch-religiöse Studien habilitiert und promovierte an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, wo er Islamische Religion, Jüdisch-christliche Religionswissenschaften und Pädagogik studierte. Herr Kurnaz war von 2015–2016 als Gastprofessor und Direktor des Schweizerischen Zentrums für Islam und Gesellschaft an der Universität Freiburg in der Schweiz tätig. 2016 wurde Kurnaz zum Juniorprofessor für Islamische Theologie mit dem Schwerpunkt Islamisches Recht und Ethik an der Akademie der Weltreligionen der Universität Hamburg ernannt. Zu den Forschungsschwerpunkten von Kurnaz gehören das islamische Recht, islamische Rechtsmethodik, -theorie und -philosophie sowie Koranexegese und Hadithwissenschaften. Er teilt damit zahlreiche Forschungsinteressen mit dem Jubilar, zu denen sie sich auch auf Tagungen austauschen konnten. Den Fachgesprächen mit und zahlreichen Arbeiten von Professor Elwan zu Aspekten der islamischen Rechtsgeschichte folgend, knüpft der vorliegende Beitrag daran an, indem er einen unbekannten rechtsphilosophischen Ansatz eines bekannten Gelehrten aus der islamischen Rechtsgeschichte darstellt und bespricht. Herr Kurnaz ist seit 2023 Vorstandsmitglied der Gesellschaft für arabisches und islamisches Recht.

MUHAMMAD HUSAM MAHMUD LUTFI ist Professor für Zivilrecht an der Beni Suef University. Dort hat er den UNESCO Chair for Copyright and Related Rights inne. Er promovierte in Frankreich und ist in Ägypten als Rechtsanwalt tätig. Er steht seit über dreißig Jahren, seit seiner Zeit als Privatdozent, als die Universität Beni Suef noch ein Zweig der Universität Kairo war, im ständigen wissenschaftlichen Austausch mit Professor Omaia Elwan. Herr Lutfi ist einer der Kollegen, die den Jubilar stets über die neuen rechtlichen Entwicklungen, insbesondere in Ägypten,

auf dem Laufenden halten. Professor Elwan bezeichnet ihn daher auch als den ›Hauptlieferanten‹. Mit ihm und einem anderen Kollegen hat Professor Elwan die *Unidroit Principles* ins Arabische übersetzt. Die arabische Übersetzung ist in mehreren Auflagen in Papierform in Kairo veröffentlicht worden. Demnächst erscheint die Neuauflage der Übersetzung nach der Version der *Principles* von 2016.

BRUNO MENCHOFER ist Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht. Er studierte und promovierte an der Universität Heidelberg. Für Professor Omaia Elwan war er mehrere Jahre lang als wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig und auch in die Erstellung von Rechtsgutachten eingebunden. Professor Elwan betreute und beriet ihn zugleich bei seiner Doktorarbeit, die sich dem interreligiösen Recht in islamischen Staaten unter besonderer Berücksichtigung des ägyptischen Rechts widmete. Er ist Gründungsmitglied der Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht. Auch wegen der vielfältigen Anregungen und Ermunterungen des Jubilars ist Herr Menchofer dem islamischen Rechtskreis und Rechtsdenken stets verbunden geblieben, was sich in mehreren hierauf bezogenen Publikationen, teilweise gemeinsam mit dem Jubilar, niedergeschlagen hat. Derzeit ist er Vorsitzender eines auf Banken- und Insolvenzrecht spezialisierten Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main.

STEPHAN MORWEISER ist Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof. Er studierte an der Universität Heidelberg und war für Professor Omaia Elwan während seines Referendariats als wissenschaftlicher Mitarbeiter des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg tätig und mit der Erstellung von Rechtsgutachten befasst. Nach Stationen als Richter am Landgericht und Amtsgericht war er langjährig Staatsanwalt bei der Schwerpunktabteilung für Wirtschaftsstrafsachen der Staatsanwaltschaft Mannheim. 2005 wechselte Herr Morweiser zum Generalbundesanwalt nach Karlsruhe, wo er als Referatsleiter für Strafverfahren wegen Landesverrats und Gefährdung der äußeren Sicherheit zuständig ist. Darunter fallen auch besonders schwerwiegende Verstöße im Bereich des Außenwirtschaftsrechts, ein Rechtsgebiet, in dem er vielfach publiziert. Herr Morweiser hat den Jubilar als liebenswerten Lehrer und profunden Kenner des Rechts arabischer Staaten im Allgemeinen und des ägyptischen Rechts im Besonderen schätzen gelernt. Ägypten steht daher auch im Focus der exportkontrollrechtlichen Betrachtungen, mit denen sich sein Festschriftbeitrag zu Ehren von Professor Elwan befasst.

DIRK OTTO ist Rechtsanwalt und Notar in Frankfurt am Main und Partner von DENK Rechtsanwälte. Er berät als Rechtsanwalt insbesondere familiengeführte Unternehmen bei deutschen und internationalen M&A-Transaktionen. Zuvor war er Partner bei Norton Rose Fulbright LLP. Herr Otto hat an der Universität Heidelberg promoviert. Er studierte Jura in Bochum, Heidelberg und London, wo er 1992 an der School of Oriental and African Studies der University of London einen LL. M. erwarb. Er war wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für ausländisches

und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg, wo er zuletzt für den Jubilar tätig war. Mit dem Jubilar verbindet ihn ein tiefes Interesse für afrikanische, arabische und asiatische Rechtsordnungen, was sich in zahlreichen Veröffentlichungen, auch mit dem Jubilar, niederschlägt. Er war, wie auch der Jubilar, Gründungsmitglied der Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht.

THOMAS PFEIFFER ist seit 2002 Ordinarius für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung und Internationales Verfahrensrecht sowie Direktor des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Heidelberg. Zuvor war er von 1994 bis 2002 ordentlicher Universitätsprofessor an der Universität Bielefeld, Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung und Zivilprozessrecht sowie Direktor des Instituts für deutsches, europäisches und internationales Wirtschaftsrecht. Nahezu zeitgleich war er von 1996 bis 2002 im weiteren Hauptamt Richter am Oberlandesgericht Hamm. An der Universität Heidelberg war Herr Pfeiffer zudem von 2004 bis 2006 Dekan der Juristischen Fakultät, von 2007 bis 2023 Mitglied des Universitätsrats, dessen stellvertretender Vorsitzender er von 2021 bis 2023 war, sowie von dessen Finanzprüfungsausschuss und Vorsitzender der Grundordnungskommission der Universität. Herr Pfeiffer hat den Jubilar wie sein Vorgänger am Institut, Erik Jayme, als einen außerordentlichen Kenner mit umfassendem Wissen über das Recht der arabischen Staaten und islamisch geprägten Länder und nicht zuletzt aufgrund seiner umfangreichen Gutachtenpraxis am Heidelberger Institut, die im erheblichem Umfang Fragen der kollisionsrechtlichen Ermittlung des anwendbaren Rechts einschließt, kennen- und schätzen gelernt. Demgemäß soll der Beitrag zur vorliegenden Festschrift zu Ehren von Omaia Elwan einer praktisch höchst bedeutsamen Frage des Internationalen Privatrechts nachgehen.

MATHIAS ROHE hat Rechts- und Islamwissenschaften in Tübingen und Damaskus studiert. Er forscht und lehrt seit 1997 an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen Nürnberg (Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung) und hat dort im Jahr 2009 das Erlanger Zentrum für Islam und Recht in Europa gegründet, dessen geschäftsführender Vorstand er bis zur Umfirmierung in das interfakultäre Forschungszentrum für Islam und Recht in Europa | EZIRE er war. 2023 wurde er in dessen konstituierender Sitzung zum Sprecher gewählt. Von 2001 bis 2007 war er zudem Richter am Oberlandesgericht Nürnberg im zweiten Hauptamt. Dem Jubilar ist er seit der Gründung der GAIR als Mitglied des Vorstandes bis 2023 und als deren Vorsitzender von 2001 bis 2009 herzlich verbunden. Omaia Elwan war und ist ein Pionier in der sorgsamsten Erforschung und Anwendung arabischer und islamisch geprägter Rechtsordnungen. Auf einige hoffnungsvolle Doktoranden, die Mathias Rohe betreut hat, wurde er von Omaia Elwan aufmerksam gemacht. Für den kontinuierlichen fachlichen Austausch mit vielerlei hilfreichen Anregungen ist er dem Jubilar verbunden. Mathias Rohe ist es eine Ehre und Freude, zu dieser hochverdienten Festschrift beizutragen.



CHRISTIAN ULE ist Rechtsanwalt und Managing Partner bei Ule & Steiner SLP | MIDEAST Law in Sevilla und spezialisiert auf das Recht des Nahen und Mittleren Ostens. Er wurde in Heidelberg geboren und wuchs in Libyen, Jordanien, Ägypten und den USA auf. Er studierte Rechtswissenschaften und Islamwissenschaften an der Northwestern University in Illinois, den Universitäten Heidelberg, Mainz und Alexandria (Arabisch). Sein anschließendes Referendariat in Rheinland-Pfalz absolvierte er unter anderem an der Verwaltungshochschule in Speyer. 1997 promovierte er an der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz über das internationale Wasserrecht am Nil. Der Jubilar hat ihn dabei mit wertvollen Hinweisen unterstützt. Mit ihm verbindet ihn auch eine langjährige Zusammenarbeit als Gründungs- und Vorstandsmitglied der Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht, die gemeinsam mit weiteren Autoren dieser Festschrift in Bonn gegründet wurde. Christian Ule berät seit 1995 deutsche und internationale Unternehmen bei grenzüberschreitenden Transaktionen und Investitionen in der MENA-Region. Er begann seine anwaltliche Laufbahn als Prozessanwalt in Bonn, arbeitete als Senior Associate für Schürman & Partner und Coudert Brothers LLP in Frankfurt am Main und machte sich 2004 mit MENA Legal Advisers in Dubai selbstständig. Im Jahr 2015 verlegte er seinen Kanzleisitz nach Kairo, wo er bis heute in Partnerschaft mit Karim Adel Law Office tätig ist.





# Arabisch-islamisches Recht/ Internationales Privatrecht



# Die Kodifikationen von Muḥammad Qadrī Pāšā (gest. 1886) und ihr Einfluss auf die moderne ägyptische und arabische Rechtsentwicklung

Hans-Georg Ebert

## A. Einleitung

Der Anlass dieser Festschrift, der 90. Geburtstag von Prof. em. Dr. Omaia Elwan, bietet eine willkommene Gelegenheit, diesen herausragenden Kenner des arabischen und islamischen Rechts, der seit Jahrzehnten den diesbezüglichen Diskurs in Deutschland maßgeblich prägt, in eine Reihe von ägyptischen Juristen zu stellen, die weit über Ägypten hinaus das Rechtsdenken und die Rechtsordnungen in der islamischen Region nachhaltig beeinflusst haben. Es liegt nahe, diese Würdigung durch die Bezugnahme auf eine ebenfalls prominente Persönlichkeit in der ägyptischen Rechtswissenschaft zu untermauern. Eine kleine Anmerkung sei den Ausführungen vorangestellt: Seit einigen Jahren bemüht sich die Stadtverwaltung von Kairo, eine Straße zwischen der Ibn-Ṭulūn-Moschee und der Moschee as-Sayyida Zainab zu rekonstruieren. Der ehemalige Gouverneur von Kairo, Ḡalāl Muṣṭafā Saʿīd, forderte am 14. Juni 2014 sogar, diese Straße wegen ihrer historischen und städtebaulichen Bedeutung mitten im sog. *Ḥalīfa*-Viertel der ägyptischen Hauptstadt vom Autoverkehr zu befreien. Ob der Straßename, der an einen der berühmtesten ägyptischen Juristen, Muḥammad Qadrī Pāšā, erinnert, dabei eine wichtige Rolle gespielt hat, ist leider nicht überliefert, aber nicht unwahrscheinlich.<sup>1</sup>

Muḥammad Qadrī Pāšā, 1821 im oberägyptischen al-Mallawī geboren, verkörpert wie kaum ein anderer ägyptischer Jurist des 19. Jahrhunderts einen Gelehrten, der den staatlich-rechtlichen Umbruch des Landes organisatorisch und inhaltlich in wesentlichen Bereichen beeinflusst hat. Selbst kein Azhar-Absolvent, aber vertraut mit den islamisch-rechtlichen Methoden und Regelungen, setzte er entscheidende Impulse für die Umgestaltung und Neuausrichtung der ägyptischen Rechtsordnung, ohne indes selbst die Früchte seines Wirkens sehen oder ernten zu können. Muḥammad Qadrī veröffentlichte zahlreiche historische, sprachliche und literarische Schriften, die ihn als ausgezeichneten Kenner seines Landes ausweisen, aber – in diesem Zusammenhang von Bedeutung – vor allem auch juristische Werke in verschiedenen Rechtsgebieten.<sup>2</sup> Seine Übersetzung des französischen Strafgesetzbuches (*Code pénal*) ins Arabische, die im Jahre 1866/67 in Kairo erschien, beförderte die in Ägypten seit Beginn des 19. Jahrhunderts erfolgte

<sup>1</sup> Vgl. ʿĀtif: «قَدْرِي».

<sup>2</sup> Leben und Werk von Muḥammad Qadrī Pāšā in: Ebert: Qadrī Pāšā.

Neuordnung des Strafrechts und die Einführung westlicher, vor allem französischer, Regelungen.<sup>3</sup> Andererseits hat Muḥammad Qadrī Herausragendes in Bezug auf die Formulierung von Rechtstexten auf ḥanafitischer Grundlage geleistet und damit – wie noch zu zeigen ist – eine ›Ḥanafitisierung‹ der Rechtsordnungen auch in jenen Teilen der arabischen Welt eingeleitet, in denen šāfiʿitisches, mālikitisches oder ḥanbalitisches Recht bis dahin dominiert. So lässt sich die ägyptische Rechtsordnung nicht auf einen geradlinigen und widerspruchsfreien Übergang in eine nationalstaatliche Gesetzgebung reduzieren, sondern entwickelt sich in Auseinandersetzung mit islamisch-rechtlichen, gewohnheitsrechtlichen und westlichen Konzepten. Um diesen Prozess methodisch und inhaltlich darzustellen, bedarf es aber zunächst einer kurzen zeitbezogenen Erläuterung der ägyptischen Rechtsverhältnisse in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts und – daran anschließend – der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts.

### *B. Der rechtlich-religiöse Hintergrund in Ägypten in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*

Der Schock der Napoleon-Expedition nach Ägypten und die sich anschließende Periode der Herrschaft von Muḥammad ʿAlī (gest. 1849) als Gouverneur der osmanischen Provinz Ägypten haben die politisch-staatliche Ausrichtung des Landes entscheidend verändert: Die Abhängigkeit von der Hohen Pforte war durch eine neue Abhängigkeit von Großbritannien und anderen europäischen Staaten abgelöst worden. Die ökonomischen Strukturen konzentrierten sich immer stärker auf landwirtschaftliche Monokultur (vor allem Baumwolle). Von der Eröffnung des Suez-Kanals 1869 profitierten vor allem die Europäer.<sup>4</sup> Der politische Einfluss der europäischen Mächte musste notwendigerweise Auswirkungen auf die Gestaltung der Rechtsordnung haben, denn die wirtschaftlichen Interessen der Europäer konnten nur durchgesetzt werden, wenn die ägyptisch-osmanischen Gesetze und Verordnungen durch neue, am europäischen Beispiel orientierte Regelungen ersetzt oder ergänzt werden würden. Die Einführung der Zivil-, Handels- und Strafgesetzbücher und der Erlass einer Zivil- und Strafprozessordnung 1875/76 gingen mit Veränderungen im Bereich der Rechtsverwirklichung einher. So entstanden 1875 ›weltliche‹ sog. ›Gemischte Gerichte‹ (*maḥākīm muḥtaṭiṭa*) für Verfahren mit Auslandsbeteiligung. Diese Gerichte hatten auf der Grundlage von spezifischen Gesetzen in Zivil- und Handelsverfahren zu entscheiden. 1882 folgten sog. ›Einheimische Gerichte‹ (*maḥākīm ahlīya*).<sup>5</sup> Muḥammad Qadrī beteiligte sich als Mitglied einer vom Justizministerium (*wizārat al-ḥaqqānīya*) eingesetzten Expertenkommission an der Ausar-

<sup>3</sup> Zur Entwicklung des Strafrechts in Ägypten im 19. Jahrhundert siehe: Peters: *Age of the Triumphant Prison*, S. 253–285.

<sup>4</sup> Vgl. Ṭaha: *معالم تاريخ مصر*, S. 11–268.

<sup>5</sup> Hoyle: *Mixed Courts of Egypt*, S. 1–30.

beutung eines Zivilgesetzbuches auf französisch-rechtlicher Grundlage, welches durch einige islamisch-rechtliche Regelungen ergänzt wurde und 1883 in Kraft trat, sowie an der Übertragung der Gesetze für die Gemischten Gerichte ins Arabische. Später war er als Justizminister maßgeblich für die Gesetzgebung und die Organisation der Einheimischen Gerichte verantwortlich.<sup>6</sup>

Ägypten, noch zu jener Zeit formaler Bestandteil des Osmanischen Reiches, orientierte sich in einigen Bereichen weiterhin an der osmanischen Gesetzgebung, da bestimmte islamisch-rechtliche Besonderheiten, etwa im Landbesitz, übereinstimmend wirksam waren. So war das osmanische Landgesetz von 1858 auch für Ägypten mit einigen kleineren Veränderungen maßgeblich. Das in den Jahren 1869 bis 1876 entwickelte osmanische Zivilgesetzbuch (*Mecelle*) auf ḥanafitischer Grundlage, also eine erste islamische Kodifikation des Vertrags- und Zivilverfahrensrechts, hatte dagegen für Ägypten keine praktische Relevanz, da eigenständige Gesetze für die entsprechenden Gemischten Gerichte bzw. Einheimischen Gerichte unter ausländischem Druck vorgesehen waren.<sup>7</sup>

Hier wird erkennbar, dass die Rechtsordnung Ägyptens am Scheideweg stand: Sollten die *šarī'a*-rechtlichen Regelungen fortan nur im Familien- und Erbrecht für Muslime Gültigkeit besitzen oder aber auch in anderen Rechtsbereichen gesamtstaatliche Relevanz erlangen? Könnte eine durchgreifende Säkularisierung im Sinne einer Abschaffung religiös-orientierter Gesetze die angestrebte Modernisierung voranbringen, auch wenn das Wort ›Säkularisierung‹ in seiner arabischen Übersetzung (*al-ʿalmana*) Religionsfeindlichkeit konnotiert? Könnte eine Übernahme westlicher Gesetze im Sinne eines Rechtstransfers und einer Rezeption in einem traditionell-religiösen Umfeld die gesellschaftliche Stagnation überwinden helfen? Oder aber: Würde die Wiederbelebung islamischer Normen neue produktive Kräfte in der ägyptischen Gesellschaft freilegen und eine eigenständige Entwicklung unterstützen?

### *C. Der rechtlich-religiöse Hintergrund in Ägypten in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts*

Zu Beginn des 20. Jahrhunderts war die ägyptische Rechtsordnung einerseits von der Fortexistenz religiöser Normen (islamischer und koptisch-orthodoxer) im Bereich des Personalstatuts und andererseits von europäischen Regelungen in weiten Gebieten des Zivil- und Handelsrechts geprägt. Die Azhar-Universität von Kairo, die bis heute wichtigste sunnitische Lehranstalt im Nahen Osten und Nordafrika, hatte bereits mit der Gründung einer *madrasat al-ḥuqūq al-ḥidīwīya* (Rechtsschule des Khediven) im Jahre 1868 das Monopol der juristischen Ausbildung in Ägypten verloren. Diese Rechtsschule trug zunächst den Namen *Schule*

<sup>6</sup> Elwan: Gesetzgebung und Rechtsprechung, S. 228 f.

<sup>7</sup> Liebesny: Stability and Change in Islamic Law.

für Verwaltung und Sprachen (*Madrasat al-idāra wa-l-alsun*). Im Jahr 1882 wurde sie als Verwaltungsschule selbstständig und ab 1886 in *Rechtsschule* umbenannt. 1925 erfolgte ihr Anschluss an die neugegründete Ägyptische Universität, die spätere Kairo-Universität mit der sie bis heute prägenden Juristischen Fakultät.<sup>8</sup> Erster Direktor der Schule (1868–1891) war der französische Rechtsgelehrte Victor Vidal (Vidal Pāšā).<sup>9</sup>

Einige ägyptische muslimische Rechts- und Religionsgelehrte (*‘ulamā’*) waren bemüht, technische, soziale und auch juristische Neuerungen aus dem Westen mit islamischen Auffassungen zu verbinden oder – mit anderen Worten – Glauben und Vernunft miteinander in Übereinstimmung zu bringen. Muḥammad ‘Abduh (gest. 1905), bis zu seinem Tode Großmufti von Ägypten, beförderte diese Reformbewegung des Modernismus, welcher in der Folge nur als Minderheitsmeinung ein säkulares Staats- und Rechtsverständnis, welches die Religion weitgehend zur Privatangelegenheit erklärt, favorisierte.<sup>10</sup> Aus dem Modernismus entwickelte sich jedoch auch eine islamistische Tendenz, die in der Bildung der Muslimbruderschaft (*al-Iḥwān al-muslimūn*) durch Ḥasan al-Bannā (gest. 1949) im Jahre 1928 kulminierte und bis heute ein wesentlicher Faktor gesellschaftlicher Konflikte geblieben ist.<sup>11</sup>

Ogleich Ägypten noch bis 1914 formal Bestandteil des Osmanischen Reiches war, bestimmten die Briten bereits davor und selbstverständlich auch in der Phase der Protektoratsherrschaft die inneren und äußeren Angelegenheiten des Landes. Die erstarkende nationale Bewegung unter Führung der Wafd-Partei mit Sa’d Zaghlūl (gest. 1927) an der Spitze drängte nach der am 28. Februar 1922<sup>12</sup> erklärten formellen Unabhängigkeit des Landes auf eine Überwindung der verbliebenen rechtlichen Diskriminierungen, insbesondere der sog. Kapitulationen (*imtiyāzāt*)<sup>13</sup> und der Gemischten Gerichte. Im Vertrag von Montreux (Schweiz) vom 8. Mai 1937 wurde eine Einigung darüber erzielt, nach einer Übergangszeit von 12 Jahren zum 14. Oktober 1949 die Rechtsordnung Ägyptens zu nationalisieren. Dafür war es notwendig, die Strafgerichtsbarkeit, Zivilgerichtsbarkeit und die Gerichtsbarkeit über personen- und familienrechtliche Fragen den Gemischten Gerichten bzw. den Konsulargerichten zu entziehen, neue Gesetze – insbesondere

<sup>8</sup> Omaia Elwan ist selbst Absolvent dieser Universität und seit 1997 Professor Emeritus an der Juristischen Fakultät (siehe *Laudatio auf Prof. em. Dr. Omaia Elwan* von Hatem Elliesie in diesem Band; vgl. auch Universität Heidelberg: Lebenslauf Elwan).

<sup>9</sup> Botiveau: *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, S. 169–176. Weitere zivile (und auch militärische) Schulen wurden in der Regierungszeit von Muḥammad ‘Alī Pāšā in Ägypten gegründet.

<sup>10</sup> Als Vertreter dieser Richtung gilt z. B. ‘Alī ‘Abd ar-Rāziq (gest. 1966); vgl. Ebert/Hefny: *Der Islam und die Grundlagen der Herrschaft*.

<sup>11</sup> Vgl. Lombardi: *State Law as Islamic Law*, S. 73–100.

<sup>12</sup> Am 19. April 1923 wurde die erste Unabhängigkeitsverfassung des Landes verkündet.

<sup>13</sup> Die Kapitulationen waren Privilegien für Nichtägypter, deren Angelegenheiten vor nichtägyptischen Gerichten und auf der Grundlage von speziellen Gesetzen (s. o.) verhandelt worden sind. Die entsprechenden Verträge des Osmanischen Reiches mit ausländischen Mächten wurden am 15. Juli 1840 durch die Londoner Konferenz auf Ägypten übertragen.

zum Strafrecht und zum Zivilrecht – zu erlassen und ein einheitliches nationales ägyptisches Gerichtssystem zu verwirklichen.<sup>14</sup> Omaia Elwan hat in diesem Zusammenhang die staatsgesetzliche Einschränkung der islamisch-rechtlichen Formen der Eheschließung detailliert untersucht und beschrieben.<sup>15</sup> Durch das Gesetz Nr. 147 vom 28. August 1949 und das Gesetz Nr. 462 von 1955 vom 21. September 1955 wurde die Gerichtsbarkeit in Ägypten ausschließlich Nationalen Gerichten (*maḥākīm waṭanīya*) übertragen. Wenden wir uns nun einigen konkreten Auffassungen zur Gestaltung des ägyptischen Rechtswesens zu.

#### D. Das rechtswissenschaftliche Werk von Muḥammad Qadrī

Muḥammad Qadrī suchte in Kenntnis der islamischen *und* der europäischen Rechtsordnungen sowie als eine in den Prozess der Umgestaltung des ägyptischen Rechts involvierte Persönlichkeit nach Antworten in Bezug auf die im Abschnitt zwei aufgeworfenen Fragen. Er erkannte einerseits, dass bestimmte islamische Normen, so im Strafrecht, unter den gegebenen Bedingungen nicht mehr anwendbar waren, favorisierte andererseits aber auch die Umsetzung islamischer Normen, die er perspektivisch als wirkmächtig empfand. So stellte er sich der Aufgabe, die für eine moderne Gesetzgebung am besten geeigneten Normen der ḥanafitischen Lehre zu extrahieren und nach westlichem Muster in einem Gesetz zusammenzuführen. Auch wenn nicht klar ist, ob der Begriff Kodifikation für die Zusammenstellungen von Muḥammad Qadrī geeignet erscheint, weil es sich ja grundsätzlich um private, d. h. nicht durch ein Herrschaftsorgan fixierte, Texte handelt und daher eher der Begriff Kompilation verwendet werden müsste, so wird doch aus praktischen Gründen der Begriff Kodifikation hier benutzt, zumal er sich in Bezug auf Muḥammad Qadrī in der Literatur durchgesetzt hat.<sup>16</sup>

In der Zeit von 1875 bis zu seinem Tod im Jahre 1886 verfasste Muḥammad Qadrī insgesamt drei Kodifikationen:

1. *Al-Aḥkām aš-šarīya fī l-aḥwāl aš-šaḥṣīya ‘alā maḍhab Abū Ḥanīfa an-Nu‘mān* (Die islamisch-rechtlichen Bestimmungen zum Personalstatut nach der Rechtsschule von Abū Ḥanīfa an-Nu‘mān; gest. 767). Das Werk wurde um 1875 von Muḥammad Qadrī, wie in jener Zeit üblich, zunächst handschriftlich verfasst und erst einige Jahre später (1880/81) in Būlāq (Kairo) gedruckt.<sup>17</sup>
2. *Muršid al-ḥairān ilā ma‘rifat aḥwāl al-insān fī l-mu‘āmalāt aš-šarīya ‘alā maḍhab al-imām al-a‘ẓam Abī Ḥanīfa an-Nu‘mān mulā‘iman li-‘urf ad-diyār al-Miṣrīya wa-sā’ir al-umam al-islāmīya* (Der Führer für den Ratlosen zur

<sup>14</sup> Tabouillot: Die Abschaffung der Kapitulationen in Ägypten, S. 511–535.

<sup>15</sup> Elwan: Die Form von zwischen Ägyptern und Deutschen in Ägypten geschlossenen Ehen, S. 157–159.

<sup>16</sup> Zur Diskussion um den Begriff siehe Plagemann: *Von Allahs Gesetz zur Modernisierung per Gesetz*, S. 11–47.

<sup>17</sup> Qadrī Pāšā: الأحكام الشرعية.



Kenntnis über die Angelegenheiten des Menschen in den islamischen Rechtsgeschäften nach der Rechtsschule des ehrwürdigen Imāms Abū Ḥanīfa an-Nu'mān in Übereinstimmung mit dem in Ägypten und anderen islamischen Gebieten existierenden Gewohnheitsrecht). Das als Handschrift überlieferte und vom Dār al-Kutub (Nationalbibliothek) angekaufte Werk wurde im Jahre 1890 aufgrund eines Beschlusses des Unterrichtsministeriums erstmalig in der Maṭba'a Amīriya gedruckt.<sup>18</sup>

3. *Qānūn al-'adl wa-l-iṣṣāf li-l-qaḍā' 'alā muṣkilāt al-awqāf* (Gesetz der Gerechtigkeit und Billigkeit zur Beseitigung von Problemen der Religiösen Stiftungen). Muḥammad Qadrī konnte dieses Werk durch seinen Tod nicht selbst veröffentlichen. Sein Sohn Maḥmūd übernahm aus dem Nachlass drei Manuskripte, die er dem Unterrichtsministerium zur Prüfung hinsichtlich einer Veröffentlichung überließ. Im Kontakt mit dem Justizministerium wurden die Manuskripte später angekauft und das nunmehr als einheitliche Abschrift vorliegende Werk im Jahre 1894 erstmals in Būlāq gedruckt.<sup>19</sup>

Diese drei Rechtstexte bilden die wesentliche juristische Hinterlassenschaft von Muḥammad Qadrī.<sup>20</sup> Sie decken zunächst drei Rechtszweige ab: Das Familien- und Erbrecht (einschließlich des Allgemeinen Personenrechts), das Vermögensprivatrecht und das Recht der Religiösen Stiftungen. Ein genauer Blick auf die Texte zeigt jedoch, dass auch das Prozessrecht innerhalb der Regelungen zu den Religiösen Stiftungen ausführlich behandelt wird. Somit bleibt nur der Bereich des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts ausgeklammert, für den Muḥammad Qadrī offenbar keine islamisch-rechtliche Perspektive sah, vielleicht auch wegen seiner Kenntnis des französischen Strafrechts (s. o.) und seiner Einsicht in politisch-soziale Gegebenheiten jener Zeit.

Muḥammad Qadrī war ein ausgezeichnete Kenner des ḥanafitischen Rechts. Er orientierte sich hauptsächlich am Damaszener Gelehrten Ibn 'Ābidīn (gest. 1836), dessen Schrift *Radd al-muḥtār 'alā ad-durr al-muḥtār* (Die Erwiderung des Ratlosen auf die auserwählten Perlen) sich auf das Ausgangswerk *Tanwīr al-abṣār* (Erleuchtung der Einblicke) von at-Timurtāšī (gest. 1595) bezieht. Ob die besondere Affinität von Muḥammad Qadrī für Ibn 'Ābidīn auch aus seiner Tätigkeit in Damaskus selbst resultierte, kann nur spekuliert werden. Jedenfalls war Ibn 'Ābidīn – und darin liegt seine besondere Bedeutung – einer der letzten großen muslimischen Rechtsgelehrten, der sein Werk in der ›klassischen‹ Form veröffentlichte, d. h. noch keine westliche Gesetzesstruktur als Maßstab anerkannte. Selbstverständlich benutzte Muḥammad Qadrī auch andere Quel-

<sup>18</sup> Qadrī Pāšā: مرشد الخيران. Deutsche Übersetzung: Ebert/Hefny: *Islamisches Zivilrecht*.

<sup>19</sup> Qadrī Pāšā: قانون العدل والإنصاف للقضاء. Deutsche Übersetzung: Ebert: *Die Religiöse Stiftung im Islam*.

<sup>20</sup> Mittlerweile sind neue, bislang noch nicht bekannte Handschriften von Muḥammad Qadrī in Ägypten gefunden worden, die nunmehr auch wissenschaftlich erschlossen werden. Diesen Hinweis verdanke ich dem Jubilar Omaia Elwan.

lenwerke, besonders die in der ḥanafitischen Lehre weit verbreiteten *Fatwā*-Sammlungen *al-Hindiya*, *al-Fatāwā al-Anqarawīya*, *al-Fatāwā al-Ḥānīya* sowie die von Ibn ʿĀbidīn verfasste Korrektur der Rechtsgutachten von Saʿdī Efendī Ḥāmid (gest. 1577; *Tanqīḥ al-Ḥāmidīya*).<sup>21</sup> Wenn die genannten Quellen keine eindeutigen Hinweise ergaben oder mit den übrigen Regelungen im Widerspruch standen, berief sich Muḥammad Qadrī direkt auf Abū Ḥanīfa (gest. 767), Abū Yūsuf (gest. 795) und Muḥammad aš-Šaybānī (gest. 805), bisweilen auch auf andere ḥanafitische Gelehrte. Obzwar er auch mit der Rechtsliteratur der übrigen sunnitischen Rechtsschulen vertraut war, vermied er es zumeist, diese Werke zu zitieren oder einen unmittelbaren Bezug darauf herzustellen. Bestimmte Formulierungen in seinen Kodifikationen, so der Hinweis auf eine ›Übereinstimmung‹ (der Rechtsgelehrten) oder ›die islamische Jurisprudenz‹ (*al-fiqh*)<sup>22</sup> im Allgemeinen erlauben jedoch den Schluss, dass Muḥammad Qadrī durchaus nicht-ḥanafitisches Recht zur Kenntnis genommen hat.

Die rechtswissenschaftlichen Aktivitäten von Muḥammad Qadrī bewegten sich noch nicht im nationalstaatlichen Umfeld, denn erst mit der formalen Unabhängigkeit Ägyptens (s. o.) kann überhaupt von einer nationalstaatlichen Rechtsordnung gesprochen werden. Freilich gab es sowohl vor als auch nach 1922 keine idealtypische koloniale oder nationale Gesetzgebung. Vielmehr überlagerten sich unterschiedliche Aktivitäten der Kolonialmacht einerseits und der abhängigen Vertretung der Ägypter auf staatlicher oder religiöser Ebene andererseits. Unter gewandelten Rahmenbedingungen und mit anderen Akteuren lassen sich solche Prozesse bis in die Gegenwart verfolgen. Islamisch-rechtliche Regelungen, in ihrem Grundverständnis nicht nationalstaatlich eingeschränkt, unterliegen damit der Tendenz einer ›Verstaatlichung‹ und somit einem verstärkten Einfluss staatlicher Handlungsträger auf ihren Inhalt und ihre Anwendbarkeit. Kilian Bälz spricht daher zutreffend von einer »Neudefinition des islamischen Rechts im modernen Nationalstaat«.<sup>23</sup> Die Kodifikationen von Muḥammad Qadrī berühren eben jenes Feld der Neuordnung, Umgestaltung und Anpassung von islamischen Normen unter veränderten sozial-ökonomischen und politischen Bedingungen. Es geht also um die Anpassung an neue Regelungserfordernisse, rechtstechnisch auch um die Abkehr von traditionellen Formen islamisch-rechtlicher Literatur (Rechtshandbücher, Kommentare, Superkommentare, Glossen u. a.) hin zu einer im Westen üblichen Gesetzesstruktur mit den entsprechenden Abschnitten und Artikeln nach dem Vorbild der osmanischen *Mecelle*.

<sup>21</sup> Siehe dazu die Übersicht in Ebert: *Die Religiöse Stiftung im Islam*, S. 22 f. und Spies/Pritsch: *Klassisches Islamisches Recht*, S. 238–248.

<sup>22</sup> Z. B. Art. 262 bzw. 63 und Art. 603 der Kodifikation zu den Religiösen Stiftungen.

<sup>23</sup> Bälz: *Die »Islamisierung« des Rechts*, S. 462.

## E. Die Besonderheiten der Kodifikationen von Muḥammad Qadrī

Muḥammad Qadrī widmet sich in seinen Kodifikationen vor allem solchen rechtlichen Problemen, die bis heute den Kernbereich der praktischen Relevanz von *ṣarīʿa*-Normen in den einzelnen islamischen Ländern ausmachen. Es ist aus den vorliegenden Quellen nicht nachweisbar, ob er die Kodifikationen in ihrer Abfolge aus eigenem Interesse so geplant hat oder ob diese im Zusammenhang mit praktischen Erfordernissen bei der Ausgestaltung der ›einheimischen‹ Gerichtsordnung stehen. Auf jeden Fall beziehen sich die drei Kodifikationen mit ihren insgesamt 2342 Artikeln<sup>24</sup> aufeinander, wobei gelegentlich Wiederholungen auftreten. Nur an wenigen Stellen wird allerdings eine solche Bezugnahme direkt erwähnt. Im Gesetzestext zu den Religiösen Stiftungen sind derartige Wiederholungen wohl der Tatsache geschuldet, dass Muḥammad Qadrī durch seinen Tod im Jahre 1886 den Text nicht mehr selbst redigieren konnte.<sup>25</sup>

Muḥammad Qadrī bedient sich in der Erarbeitung seiner Kodifikationen solcher Methoden, die von den Rechts- und Religionsgelehrten traditionell verwendet worden sind, um eine Anpassung an veränderte gesellschaftliche Verhältnisse zu erreichen. Obwohl ihm Ibn ʿĀbidīn als hauptsächliche Quelle dient, greift er auf unterschiedliche Meinungen innerhalb der ḥanafitischen Lehre zurück, ja er bemüht sogar den Namensgeber der Rechtsschule und seine beiden Schüler, wie bereits erwähnt, um durch Auswahl (*at-taḥaiyur*) und Kombination (*at-talfīq*) ein ›neuartiges‹ ḥanafitisches Gesetzeswerk zu kreieren. An vielen Stellen wird in den drei Rechtstexten die Zeit- und Ortsabhängigkeit der Normen betont, eine Theorie, die an die von den Rechts- und Religionsgelehrten entwickelten Methoden der Offenbarungsgründe (*asbāb an-nuzūl*), der Abrogation (*an-nash*) und der Grund-und-Folge-Regel (*al-illa wa-l-maʿlūl*) bei der Interpretation koranischer Verse anknüpft.<sup>26</sup> Muḥammad Qadrī nutzt den Spielraum der ḥanafitischen Rechtsquellenlehre aus, indem er konsequent erlaubte Rechtskniffe (*ḥiyal*) zur Anwendung bringt und das Gewohnheitsrecht (*al-ʿurf*) als eigenständige Rechtsquelle anerkennt.<sup>27</sup> Als vorzüglicher Kenner der ägyptischen Lebensverhältnisse und aufgrund seiner vergleichenden Betrachtung von anderen islamischen und nichtislamischen Gebieten ist er so in der Lage, regionale Besonderheiten, etwa in der Ausgestaltung von Miet- und Pachtverträgen, in die ḥanafitische Lehre zu integrieren oder aber die Austauschbarkeit von gestifteten Immobilien nicht vorrangig am Zeitwert, sondern vor allem an der Lage der Immobilie und den daraus resultierenden Wertsteigerungen festzumachen. Dass einige der Normen, die

<sup>24</sup> Personalstatut: 647 Artikel, Zivilrecht: 1049 Artikel, Religiöse Stiftungen: 646 Artikel.

<sup>25</sup> Dies betrifft insbesondere das 7. Kapitel, welches verfahrensrechtliche Bestimmungen enthält (Artt. 474–646).

<sup>26</sup> Hefny: Hermeneutik, Koraninterpretation und Menschenrechte, S. 80–82.

<sup>27</sup> Hierbei bezieht sich Muhammad Qadrī in besonderer Weise auf Ibn ʿĀbidīn. Dazu weiterführend: Ebert/Heilen: *Islamisches Recht*, S. 65–73. Siehe auch Ebert: Wege in eine zeitgemäße Rechtsordnung, S. 136–142.

Muḥammad Qadrī systematisch erfasst, aus heutiger Sicht als obsolet oder nicht mehr zeitgemäß eingestuft werden müssen, z. B. hinsichtlich des Sklavenrechts, überrascht keineswegs, denn bis zum Ende des 19. Jahrhunderts war Ägypten ein wichtiger Umschlagplatz für den Sklavenhandel.<sup>28</sup> Auch die berücksichtigten Formen des Landbesitzes im Sinne einer Steuerpacht und die unterschiedliche Besteuerung aufgrund religiöser Gegebenheiten haben heute allenfalls eine historische Bedeutung.<sup>29</sup>

Alles in allem geht Muḥammad Qadrī von der ḥanafitischen Rechtslehre in ihren Quellen und Normen aus, ohne indes das diesbezügliche Veränderungspotenzial zu verkennen. Trotz kritischer Stimmen, auch von hochrangigen Vertretern des Islams in jener Zeit, konnte mit dem Druck der drei umfänglichen Manuskripte eine hohe Wirkung dieser Texte erreicht werden.

### *F. Die Kodifikationen und ihre Auswirkungen auf die arabische Rechtsentwicklung*

Durch die Drucklegung der drei genannten Kodifikationen sowie durch ihre (wenn auch nicht immer wörtliche) Übertragung ins Französische eröffnete sich die Möglichkeit einer raschen Verbreitung. Angesichts der Herausforderungen im Zuge der Neuordnung der osmanischen Territorien bot sich die Chance, Islamisches Recht partiell in nationales Recht zu verwandeln und damit auch völlig neue Zuständigkeiten und Abhängigkeiten zu schaffen. Abgesehen von der wissenschaftlichen Beachtung, die die Kodifikationen erfahren haben, kristallisieren sich drei Wirkungsstränge heraus, die bis heute relevant sind:

1. Das osmanische Familiengesetz vom 25. Oktober 1917, welches bis heute mit einigen Veränderungen in Libanon, Palästina und Israel<sup>30</sup> gilt, basiert in wesentlichen Punkten auf der Kodifikation von Muḥammad Qadrī zum Familienrecht. Auch das ägyptische Gesetz Nr. 25 von 1920 und das Gesetzesdekret Nr. 25 von 1929 stehen in dieser Traditionslinie.<sup>31</sup> Mit den Familiengesetzen, die in den arabischen Ländern seit dem Zweiten Weltkrieg erlassen worden sind, hat sich diese Entwicklung fortgesetzt. Noch deutlicher wird allerdings der Einfluss der Qadrī-Pāšā-Kodifikation im Erbrecht. Vermittelt durch das ägyptische Gesetz Nr. 77 von 1943 über die Erbschaft und das Gesetz Nr. 71

<sup>28</sup> Vgl. dazu Arsenault/Rose: *Africa Enslaved*.

<sup>29</sup> Es geht hierbei vor allem um die verschiedenen Formen der Steuerpacht und die bis 1896 in Ägypten existierende Unterscheidung zwischen *ḥarāḡ*-Land und *ʿuṣr*-Land. Vgl. dazu Sato: *State and Rural Society in Medieval Islam*.

<sup>30</sup> Siehe zu Libanon: *al-Ġāmiʿa al-Lubnaniyya*: المراكز المعلوماتية القانونية, gedruckt u. a. Statut Personnel, S. 59–85, jeweils unter Verzicht auf die außer Kraft gesetzten Bestimmungen für Nichtmuslime. Zu Israel siehe *kullu l-ḥaqq*: الزواج والطلاق.

<sup>31</sup> Beide ägyptischen Rechtstexte in: *Qānūn al-aḥwāl aš-šaḥṣiyya li-l-muslimīn* (2004), al-Qāhira: al-Maṭābiʿ al-Amīriyya S. 1–13.

von 1946 zum Vermächtnis<sup>32</sup> haben die meisten arabischen Länder (auch solche, die mehrheitlich nicht ḥanafitisch geprägt sind) die Regelungen von Muḥammad Qadrī übernommen.<sup>33</sup> Diese Ausstrahlung wird noch dadurch verstärkt, dass bei Gesetzeslücken, die nicht selten bewusst in Kauf genommen werden, um Konflikte in Bezug auf die Anwendung islamischer Bestimmungen zu vermeiden, regelmäßig auf diese Familienrechtskodifikation zurückgegriffen wird. In der Kautelarpraxis spielt die Kodifikation von Muḥammad Qadrī nach wie vor eine wichtige Rolle.

2. Der *Murṣid al-ḥairān* diene dem Verfasser des irakischen, syrischen und ägyptischen Zivilgesetzbuches,<sup>34</sup> ‘Abd ar-Razzāq as-Sanhūrī (gest. 1971), nach eigenen Aussagen als eine wichtige Orientierungshilfe, auch wenn kein direkter Verweis darauf erkennbar ist, denn as-Sanhūrī ging es in erster Linie um eine eingeschränkte Nutzung islamischer Normen auf der Basis französischer Zivilrechtsauffassungen. Norbert Ferdinand Küppers macht aber schon hinsichtlich des irakischen Zivilgesetzbuches, welches als das ›Lieblingskind‹ von as-Sanhūrī gilt, darauf aufmerksam, dass »eine starke Anlehnung an die Ausdrucksweise des Murṣid al-ḥairān und der Mejella beobachtet werden (kann)«. Konkret erwähnt er die entsprechenden Bezeichnungen für die Eigentumsbeschränkungen.<sup>35</sup> In Art. 1 Abs. 2 des ägyptischen Zivilgesetzbuches Nr. 131 von 1948<sup>36</sup> kann eine entsprechende islamische Norm angewendet werden, sofern kein Rechtstext oder eine gewohnheitsrechtliche Bestimmung für einen bestimmten Tatbestand auffindbar ist. Hilmar Krüger und Holger Jung sprechen zutreffend von einem »ägyptischen Rechtskreis« (»Egyptian Legal Family«),<sup>37</sup> der trotz einer auf das anglo-amerikanische Recht abgestellten Rechtspolitik der arabischen Golfländer auch dort fortexistiert.
3. Neben dem Familien- und Erbrecht ist das Recht der Religiösen Stiftungen bis heute eine Domäne des Islamischen Rechts. Es fällt nicht in den Bereich des Privatrechts, sondern wird dem Gebiet der göttlichen Rechtsansprüche (*ḥuqūq Allāh*) zugeordnet. Auch in diesem Bereich wird die Verbreitung des Rechtstextes von Muḥammad Qadrī über Ägypten vermittelt. Mit dem Gesetz Nr. 48 von 1946 zu den Bestimmungen der Religiösen Stiftung<sup>38</sup> werden wichtige ḥanafitische Prinzipien verankert, ohne indes andere Rechtsschulen voll-

<sup>32</sup> *Al-mirāt wa-l-waṣīya wa-l-wilāya ‘alā an-naḥs wa-l-māl* (2006), S. 3–15 bzw. S. 19–40.

<sup>33</sup> Eine Übersicht dazu und rechtsvergleichend: Ebert: *Islamisches Familien- und Erbrecht*, S. 51–69.

<sup>34</sup> Zu den einzelnen Quellen und Kommentaren vgl. Ebert/Hefny: *Islamisches Zivilrecht*, S. 21–23.

<sup>35</sup> Weiterhin trifft das auch auf Bestimmungen zum gemeinsamen Eigentum, zur Teilung, zum Stockwerkseigentum, zur »gemeinsamen Wand« u. a. zu. Siehe Küppers: *Das irakische Zivilgesetzbuch*, S. 27 f.

<sup>36</sup> In Übereinstimmung mit dem erwähnten Vertrag von Montreux (s. o.) trat es mit Wirkung vom 15. Oktober 1949 in Kraft.

<sup>37</sup> Krüger: *An Introduction to the Law of Contract*, S. 207–213, Jung: *Der arabische internationale ordre public*, S. 55–63.

<sup>38</sup> *Qawānīn al-waqf wa-l-ḥikr wa-l-qarārāt at-tanfīḍiyya* (2004), S. 1–17.

ständig auszuklammern. Muḥammad Qadrī hat diesen Weg vorgezeichnet und dabei Veränderungen zugelassen. Die späteren Reformgesetze zu den Religiösen Stiftungen in den arabischen Ländern,<sup>39</sup> allen voran das ägyptische Gesetzesdekret Nr. 180 von 1952 über die Abschaffung aller nicht-gemeinnützigen Religiösen Stiftungen,<sup>40</sup> haben die Lage im Stiftungswesen der arabischen Länder zwar wesentlich verändert, indem die privatnützigen Stiftungen als Umgehungsgeschäfte verboten oder auf zwei Generationen begrenzt worden sind, aber die Defizite in der Erfassung, Verwaltung und Kontrolle der Stiftungen nicht beseitigt. So könnten Regelungen aus dem Rechtstext von Muḥammad Qadrī perspektivisch geeignet sein, um Stagnation und Lethargie seitens der zuständigen staatlichen Stellen zu überwinden.

### G. Conclusio

Muḥammad Qadrī hat mit seinen rechtlichen Werken den Diskurs um die Gestaltung der nationalen Rechtsordnungen arabischer Länder nachhaltig beeinflusst. Nach wie vor stehen sich Befürworter und Gegner einer islamisierten Rechtsordnung eher unversöhnlich gegenüber. Kann der säkulare Staat, auch wenn er sich weder verfassungsrechtlich noch ideologisch als solcher bekennt, eine *partielle* Übernahme oder Bewahrung islamischer Normen – etwa nach dem Muster der hier behandelten Kodifikationen – tolerieren, ohne in eine Islamisierungsfalle zu tappen? Angesichts der religiösen, politischen und wirtschaftlichen Situation in den meisten arabischen Ländern lässt sich gegenwärtig nicht absehen, ob und wann es gelingen kann, *šarī'a*-rechtliche Bestimmungen im Privatrecht und im Stiftungsrecht vollständig zu verdrängen. Eine Lösung kann nur in der Suche nach einem Kompromiss liegen. Und dafür lohnt sich ein Blick in die Kodifikationen von Muḥammad Qadrī, nicht nur, um geeignete zeitgemäße Regelungen zu finden, sondern auch, um rechtliche Konflikte durch die Nutzung von aufgezeigten Methoden der Rechtsetzung und Rechtsverwirklichung zu vermeiden.

### Bibliographie

- Al-Ġāmi'a al-Lubnāniya: مركز المعلوماتية القانونية [markaz al-m'alūmātīya al-qānūnīya], 77.42.251.205/LawView.aspx?opt=view&LawID=258195 (Zugriff: 15.10.2022).  
*Al-Mīrāt wa-l-waṣīya wa-l-wilāya 'alā an-naḥs wa-l-māl* (2006), S.3–15 bzw. S.19–40.  
 Arsenault, Natalie/Rose, Christopher (2004): *Africa Enslaved: A Curriculum Unit on Comparative Slave Systems for Grades 9–12*, Texas: University of Texas at Austin.

<sup>39</sup> Siehe Kogelmann: *Islamische fromme Stiftungen und Staat*, S.38–66.

<sup>40</sup> *Qawānīn al-waqf wa-l-ḥikr wa-l-qarārāt at-tanfīdīya* (2004), S.22–27.



- ‘Āṭif, Sūzān: «السيدة زينب «قدرى» محافظ القاهرة يأمر بتطوير شارع [Muḥāfiẓ al-Qāhira ya’muru bi-taṭwīr šārī »Qadrī« bi-s-Sayyida Zaynab], [www.almasryalyoum.com/news/details/463974](http://www.almasryalyoum.com/news/details/463974) (Zugriff: 15.10.2022).
- Bälz, Kilian (1998): Die »Islamisierung« des Rechts in Ägypten und Libyen: Islamische Rechtsetzung im Nationalstaat, in: *Rabels Zeitschrift* 62.3, S. 437–463.
- Botiveau, Bernard (1993): *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*. Préface de Jacques Berque, Paris: Karthala.
- Ebert, Hans-Georg (2010): *Die Qadrî-Pâshâ-Kodifikation. Islamisches Personalstatut der hanafitischen Rechtsschule*, Frankfurt am Main: Peter Lang.
- Ebert, Hans-Georg (2014): Wege in eine zeitgemäße Rechtsordnung: Muḥammad Qadrî Pâšā (gest. 1886) und die Kodifikation des Islamischen Rechts, in: *GAIR-Mitteilungen 2014*, hrsg. von Hatem Elliesie, Peter Scholz und Beate Backe, S. 135–142.
- Ebert, Hans-Georg (2018): *Die Religiöse Stiftung im Islam (waqf) nach hanafitischer Lehre. Die stiftungsrechtliche Kodifikation von Qadrî Pâshâ*, Berlin: Peter Lang.
- Ebert, Hans-Georg (2020): *Islamisches Familien- und Erbrecht der arabischen Länder. Herausforderungen und Reformen*, Berlin: Frank & Timme.
- Ebert, Hans-Georg (2021): Muḥammad Qadrî Pâshâ, in: *Encyclopaedia of Islam, THREE*, hrsg. von Kate Fleet u. a., [referenceworks.brillonline.com/entries/encyclopaedia-of-islam-3/muhammad-qadri-pasha-COM\\_40619?s.num=0&s.f.s2\\_parent=s.f.book.encyclopaedia-of-islam-3&s.q=hans-georg+ebert](https://referenceworks.brillonline.com/entries/encyclopaedia-of-islam-3/muhammad-qadri-pasha-COM_40619?s.num=0&s.f.s2_parent=s.f.book.encyclopaedia-of-islam-3&s.q=hans-georg+ebert) (Zugriff: 4.8.2023).
- Ebert, Hans-Georg/Hefny, Assem (2010): *Der Islam und die Grundlagen der Herrschaft. Übersetzung und Kommentar des Werkes von Alî Abd ar-Râziq*, Frankfurt am Main: Peter Lang.
- Ebert, Hans-Georg/Hefny, Assem (2013): *Islamisches Zivilrecht der hanafitischen Lehre. Die zivilrechtliche Kodifikation des Qadrî Pâshâ*, Frankfurt am Main: Peter Lang.
- Ebert, Hans-Georg/Heilen, Julia (2016): *Islamisches Recht. Ein Lehrbuch*, Leipzig: Edition Hamouda.
- Elliesie, Hatem (2024): Laudatio auf Prof. em. Dr. Omaia Elwan, in: *Festschrift zu Ehren des 90. Geburtstags von Prof. Omaia Elwan*, hrsg. von Hatem Elliesie, Bruno Menhofer und Dirk Otto, Baden-Baden: Nomos.
- Elwan, Omaia (1988): Gesetzgebung und Rechtsprechung, in: *Der Nahe und Mittlere Osten. Politik, Gesellschaft, Wirtschaft, Geschichte, Kultur*, hrsg. von Udo Steinbach und Rüdiger Robert, Opladen: Leske + Budrich, S. 221–254.
- Elwan, Omaia (2004): Die Form von zwischen Ägyptern und Deutschen in Ägypten geschlossenen Ehen aus dem Blickwinkel des deutschen Kollisionsrechts, in: *Festschrift für Erik Jayme*, hrsg. von Heinz-Peter Mansel u. a., München: Sellier, S. 153–168.

- Hefny, Assem (2010): Hermeneutik, Koraninterpretation und Menschenrechte, in: *Islam und Menschenrechte*, hrsg. von Hatem Elliesie, Frankfurt am Main: Peter Lang, S. 73–97.
- Hoyle, Mark S. W. (1991): *Mixed Courts of Egypt*, London u. a.: Graham & Trotman, S. 1–30.
- Jung, Holger (2000): Der arabische internationale ordre public als Einfallstor für islamisches Rechtsdenken, in: *Beiträge zum Islamischen Recht*, hrsg. von Hans-Georg Ebert, Frankfurt am Main: Peter Lang, S. 53–67.
- Kogelmann, Franz (1999): *Islamische fromme Stiftungen und Staat. Der Wandel in den Beziehungen zwischen einer religiösen Institution und dem marokkanischen Staat seit dem 19. Jahrhundert bis 1937*, Würzburg: ERGON.
- Krüger, Hilmar (2002): Zum zeitlich-räumlichen Geltungsbereich der osmanischen Mejelle, in: *Liber amicorum Gerhard Kegel*, München: C.H. Beck, S. 43–63.
- Krüger, Hilmar (2004): An Introduction to the Law of Contract in Arab States, in: *Studi Magribini* 2, S. 201–222.
- Kullu l-ḥaqq: الزواج والطلاق [az-Zawwāğ wa-ṭ-ṭalāq], [www.kolzchut.org.il/ar/الزواجوالطلاق/](http://www.kolzchut.org.il/ar/الزواجوالطلاق/) (Zugriff: 15.10.2022).
- Küppers, Norbert Ferdinand (1961): Das irakische Zivilgesetzbuch, in: *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 63, S. 1–44.
- Liebesny, Herbert Joseph (1967): Stability and Change in Islamic Law, in: *The Middle East Journal* 21.1, S. 16–34.
- Lombardi, Clark. B. (2006): *State Law as Islamic Law in Modern Egypt. The Incorporation of the Sharī'a into Egyptian Constitutional Law*, Leiden/Boston: Brill.
- Peters, Rudolph (2002): Egypt and the Age of the Triumphant Prison: Legal Punishment in Nineteenth Century Egypt, in: *Annales Islamologiques, Institut Français d'Archéologie Orientale* 36, S. 253–285.
- Plagemann, Gottfried (2009): *Von Allahs Gesetz zur Modernisierung per Gesetz. Gesetz und Gesetzgebung im Osmanischen Reich und der Republik Türkei*, Münster: LIT.
- Qadrī Pāšā, Muḥammad (2006): الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية [al-Aḥkām aš-šarīya fi-l-aḥwāl aš-šaḥṣīya], Kairo: Dār al-Islām, 4 Bände.
- Qadrī Pāšā, Muḥammad (2006): قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف [Qānūn al-ʿadl wa-l-iṣṣāf li-l-qaḍāʾ ʿalā muškilāt al-auqāf], Kairo: Dār al-Islām.
- Qadrī Pāšā, Muḥammad (2011): مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية [Muršid al-ḥairān ilā maʿrifat aḥwāl al-insān fi-l-muʿamalāt aš-šarīya], Kairo: Dār al-Islām, 3 Bände.
- Sato, Tsugitaka (1997): *State and Rural Society in Medieval Islam. Sultans, Muqtaʿs and Fallahun*, Leiden u. a.: Brill.
- Spies, Otto/Pritsch, Erwin (1964): Klassisches Islamisches Recht, in: *Handbuch der Orientalistik*, Erste Abteilung: Der Nahe und Mittlere Osten. Ergän-



zungsband III: Orientalisches Recht, hrsg. von Bertold Spuler, Köln: Brill, S. 238–248.

*Statut Personnel. Textes en Vigueur au Liban, rassemblés et traduits par Maher Mahmassani et Ibtissam Messarra* (1970), Beirut: Faculté des Droit et des Sciences Économiques.

Tabouillot, Wolfgang von (1937): Die Abschaffung der Kapitulationen in Ägypten, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 7, S. 511–535.

Ṭaha, Ġād (1985): *معالم تاريخ مصر الحديث والمعاصر* [Ma‘ālim tāriḥ Miṣr al-ḥadīṭ wa-l-mu‘āṣir], Kairo: Dār al-Fikr al-‘Arabī.

Universität Heidelberg: Lebenslauf Prof. em. Dr. Omaia Elwan, [www.ipr.uni-heidelberg.de/personen/elwan/werdegang.html](http://www.ipr.uni-heidelberg.de/personen/elwan/werdegang.html) (Zugriff: 15.10.2022).

# Das internationale Personalstatut arabischer Länder: Sinnbild einer gemeinsamen Rechtskultur?

Imen Gallala-Arndt

## A. Einleitung

Die Disziplin der Rechtsvergleichung befasst sich mit dem Vergleich zwischen den Rechtsordnungen und mit der Kenntnis ihrer Vielfalt.<sup>1</sup> Selbstverständlich ist es legitim, sich zu fragen, aus welchem Grund sich Juristen diesem komplizierten Unterfangen hingeben. Dies kann aus reiner Neugier geschehen oder aus dem Ansinnen heraus, von den Erfahrungen anderer Rechtsordnungen zu lernen und geeignete Lösungen für die eigene Rechtsordnung zu finden. Besonders wichtig ist diese Disziplin für das Internationale Privatrecht, in der es immer um mindestens zwei Rechtsordnungen geht: die *lex fori* und das anzuwendende ausländische Recht.<sup>2</sup> In Europa ist die Kenntnis der anderen Rechtsordnungen sehr bedeutend insbesondere seit dem Pellegrini Urteil des EGMR.<sup>3</sup> Dort wird von Vertragsparteien verlangt, dass das Recht eines ausländischen Staates, das sie in Anwendung ihrer Kollisionsnormen anwenden, mit den Menschenrechten der Konvention vereinbar sein muss, auch wenn dieser keine Vertragspartei ist.<sup>4</sup>

Die europäischen Richter müssen deswegen auch darauf Acht geben, welches ausländische Recht sie anwenden und ob dieses mit ihrem nationalen oder mit dem europäischen *Ordre public* vereinbar ist. Glücklicherweise werden Rechtsordnungen der arabischen Staaten von europäischen Gerichten differenziert behandelt. Dieser Beitrag beabsichtigt, die gemeinsamen Merkmale des internationalen Familienrechts in den arabischen Staaten darzustellen, aber er soll auch die Beispiele hervorheben, in welchen einzelne arabische Staaten eigene Wege gehen, die nicht das gemeinsame Muster des IPR arabischer Länder widerspiegeln. Zunächst werden einige Überlegungen zum Konzept einer Rechtskultur eingebracht.

## B. Rechtskultur

Das IPR ist darauf gerichtet, die Begegnungen zwischen Rechtsordnungen, die unterschiedlichen staatlichen Souveränitäten untergeordnet sind, zu gestalten.<sup>5</sup> Dafür ist es notwendig, dass sich diese Rechtsordnungen gegenseitig als solche anerkennen und auf Augenhöhe begegnen. Savigny hat vermutlich deswegen

<sup>1</sup> Michaels: Comparative Law and Private international law, S. 417.

<sup>2</sup> Gannagé: Regards sur le droit international privé, S. 418.

<sup>3</sup> Bostanji: Rapport introduction, S. 31.

<sup>4</sup> Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Pellegrini v. Italy, Urt. v. 20.7.2001 - 30882/96.

<sup>5</sup> Mezghani: Innovations du code tunisien, S. 81.

die Existenz des IPR auf die Zugehörigkeit zu einem Kulturkreis beschränkt. Es ist nicht einfach zu definieren, was eine Rechtskultur ausmacht. Sie spiegelt die Merkmale einer Rechtsordnung wider, sowohl in ihren Strukturen, Einteilungen und ihrem ›Stil‹ als auch in den Ideologien und Menschenbildern, die die Normen bestimmen und beeinflussen.<sup>6</sup> Zur Rechtskultur gehören die Institutionen, Wissenschaft, Ausbildung, kurz alle soziologisch messbaren Faktoren, die sich auf das Recht auswirken. Hinzu treten Geschichte und Tradition sowie der Zusammenhang von Recht und Religion.<sup>7</sup>

Die Idee der Zugehörigkeit zu einem Kulturkreis ist mit viel Vorsicht zu genießen, auch wenn sie nicht komplett von der Hand zu weisen ist. Trotz der Ähnlichkeiten und gemeinsamen Merkmale, die eine Gruppe von Staaten haben kann, behält jeder seine Eigenschaften. Darüber hinaus sind Staaten mit ihrem Recht lebendige Systeme, die sich langsam oder schnell, aber stets verändern. Kaum stellt man bei einem Element ein einendes Merkmal fest, schon weist ein anderes eine neue Eigenschaft auf, die das Recht von dem des anderen Staates absondert. Man darf nicht vergessen, dass in den 1970er Jahren europäische Staaten im Bereich des Familienrechts die Anwendung eines anderen europäischen Rechts wegen Verstoßes gegen den *Ordre public* verweigert haben. Die Problematik der ›Spanier-Beschlüsse‹ in Deutschland kann dies bestens veranschaulichen. So hatten deutsche Gerichte Schwierigkeiten, das Eheverbot im spanischen Recht zu akzeptieren, weil es dort die Scheidung nicht kennt und nicht erlaubt, dass ein Geschiedener neu heiratet.<sup>8</sup> Heute entsteht ein gemeinsames europäisches IPR, so dass in vielen Bereichen der Mitgliedstaaten der EU internationalprivatrechtliche Sachverhalte gemeinsamen Regelungen unterworfen sind. Allerdings sind Klassifikationen nur eine Annäherung an die Wirklichkeit, sie sind aber notwendig, weil sie es einfacher machen, die Wirklichkeit zu verstehen und zu erfassen und damit Einfluss auf sie zu haben. Jayme verteidigt die Relevanz der kulturellen Dimension des Rechts, ohne die Wandelbarkeit des Rechts zu leugnen, indem er hervorhebt, dass es um die Betrachtung der unmittelbaren Gegenwart geht.<sup>9</sup>

Der folgende Beitrag befasst sich mit einigen Aspekten der Rechtskultur in der arabischen Welt, die eine kulturelle Einheit darstellt. Gegenstand der Untersuchung ist die Frage, inwieweit das internationale Personalstatut der arabischen Länder eine gemeinsame Rechtskultur widerspiegelt. Das Personalstatut bezeichnet traditionell das Familien- und Erbrecht. Die arabischen Länder sind die Mitglieder der Arabischen Liga und haben Arabisch als Amtssprache. Sie sind eine geographische Einheit und von einer weitgehend gemeinsamen Geschichte geprägt, insbesondere von dem islamischen Reich und seit dem neunzehnten Jahrhundert vom Phänomen des Kolonialismus. Die Bildung der Nationalstaa-

<sup>6</sup> Mankowski: *Rechtskultur*, S. 1 f.

<sup>7</sup> Jayme: Die Kulturelle Dimension des Rechts, S. 216.

<sup>8</sup> Dazu beispielsweise siehe Stöcker: Internationaler Ordre public, S. 79–127.

<sup>9</sup> Jayme: Die kulturelle Dimension des Rechts, S. 214.

ten nach der Dekolonisierungswelle hat die arabische Welt vor die Herausforderung gestellt, ein Gleichgewicht zwischen dem Modell des westlichen Staates und der Tradition und ihrer Kultur herzustellen.<sup>10</sup> Auch wenn die Mehrheit der arabischen Staaten muslimisch ist, befasst sich der Beitrag mit arabischen Staaten insgesamt, weil sie auch eine nichtmuslimische Bevölkerung haben. Zu denken ist an die christlichen Minderheiten in Ägypten, Syrien, Palästina und Jordanien, und der Libanon ist ein multikonfessioneller Staat. Der Vorrang der religiös-rechtlichen Erwägungen ist meist gerechtfertigt, allerdings darf er nicht das Monopol für alle Erklärungen beanspruchen. Die Hegemonie des Mannes etwa kann auch in anderen religiösen Rechten festgestellt werden, so z. B. auch im Judentum. Es ist nicht primär die Religion, die das zentrale Objekt dieser Analyse bildet, sondern eine Region, die eine gemeinsame Geschichte und sozio-ökonomische Ähnlichkeiten aufweist.<sup>11</sup> Die kulturelle Dimension des Rechts wird auch gelegentlich als Harmonisierungsschranke bezeichnet.<sup>12</sup> Dies kann man im Rahmen der Haager Konferenz feststellen, bei der unterschiedliche Ansichten über die Familie und die Kinder ein Hindernis für die arabischen Länder darstellen, um diesem System beizutreten.<sup>13</sup>

Zwangsläufig ist die Rechtskultur ein Erklärungsmodell für Eigenheiten einer Rechtsordnung. Es sollte allerdings nicht aus den Augen verloren werden, dass manches dem Zufall geschuldet oder das Ergebnis einer Entscheidung eines einzelnen Herrschers ist, weil der Staat das Recht als Verhaltenssteuerungsinstrument nutzt. Die Rechtsvergleichung bietet uns ein Mittel, dies zu unterscheiden:

»Was die Rechtsvergleichung hier beitragen könnte, sind ihre Erfahrungen und Vertrautheit etwa mit dem Aufeinandertreffen verschiedener Rechtskulturen und -systeme, ihre Erkenntnisse, inwieweit Unterschiede und Gemeinsamkeiten zufällig oder kulturbedingt sind, ihre vergleichenden Einsichten in das komplizierte Verhältnis zwischen konkreter Falllösung und deren systematisch-dogmatischer Herleitung, zwischen Rechtsregeln und Funktionen.«<sup>14</sup>

Aber gleich, welcher Rechtsschule man angehört, ob das Recht Ergebnis eines objektiven Willens des Gesetzgebers ist oder dem Volksgeist oder »aus sich heraus geistig kulturelle[r] Lebenskraft des Volkes«<sup>15</sup> entspricht, bleibt das Recht ein anpassungsfähiges System und ändert sich. Es besteht eine Wechselwirkung zwischen dem Gesetz und der Gesellschaft sowie den internationalen Gegebenheiten. So ist es notwendig, immer wieder bestimmte Ergebnisse, die die Rechtsvergleichung über fremde Rechtsordnungen und Rechtskulturen ausgearbeitet hat, zu überprüfen. Dieser Beitrag stellt sich die Frage, ob das IPR arabischer

<sup>10</sup> Ben Achour: *La deuxième Fātiha*, S. 10; Mezghani: *L'État inachevé*, S. 25.

<sup>11</sup> Es gab bereits in der vorislamischen Zeit eine arabische Rechtskultur, die teilweise auch in den Islam selbst eingeflossen ist. Siehe dazu z. B. Abd-El Salam: *Theologie im Wandel*.

<sup>12</sup> Jayme: Die kulturelle Dimension des Rechts, S. 213 f.

<sup>13</sup> Van Loon: Accommodation of religious laws, S. 263.

<sup>14</sup> Michaels: Im Westen nichts Neues?, S. 113 f.

<sup>15</sup> Seif: Savigny und IPR, S. 501.

Staaten immer noch einer arabischen bzw. muslimischen Rechtskultur entspricht, oder ob in diesem Gebilde einige Risse zu vermerken sind.

Das IPR stellt eine Besonderheit in dieser Übung dar, weil es gleichzeitig das Sachrecht widerspiegelt, aber auch zeigt, wie die betroffene Rechtsordnung das Fremde jenseits der nationalen und der religiösen Grenzen betrachtet. Das IPR teilt auch Eigenschaften des nationalen Sachrechts. Obwohl es die Koordinierung anstrebt, bleibt es ein innerstaatliches nationales Recht.

### *C. Gemeinsame Merkmale des Internationalen Eherechts der arabischen Länder*

Mit Ausnahme von Tunesien gibt es in der arabischen Welt kein Gesetzbuch, das dem IPR gewidmet ist.<sup>16</sup> Die Regelungen sind nicht ausführlich<sup>17</sup> und teilweise in den Zivilgesetzbüchern und in speziellen Gesetzgebungen zersplittert. Diese Zersplitterung ist weder für die Parteien noch für die Richter hilfreich. Die Rechtssicherheit wird dadurch gefährdet, und es zeigt sich ein Mangel an Harmonie in der Gesetzgebung.<sup>18</sup>

Auch wenn die Kodifikation des autonomen IPR in Europa ein relativ junges Phänomen ist, sind arabische Staaten dem Trend dieser Kodifikation nicht gefolgt. Vielleicht spielte der Einfluss Frankreichs in dieser Hinsicht eine wichtige Rolle.<sup>19</sup> Wie in Frankreich bleibt der Beitrag der Rechtsprechung für die Entwicklung des IPR sehr bedeutend. Das ägyptische Zivilgesetzbuch diente für zahlreiche arabische Rechtsordnungen als Vorbild auch in der Regelung des Kollisionsrechts.<sup>20</sup>

Auf der internationalen Ebene stößt der Trend der Rechtsvereinheitlichung gegen die religiösen Standards und Vorbehalte der arabischen Rechtsordnungen. Die große Mehrheit der arabischen Staaten bleibt dem Haager Konferenz-System fern.<sup>21</sup> Grund hierfür ist die Befürchtung, dass die Haager Konferenz Werte vertritt, die nicht mit dem kulturell verwurzelten Bild der Familie in der arabischen Welt übereinstimmen.<sup>22</sup> Allerdings sind einige arabische Staaten Parteien in der Haager Konferenz.<sup>23</sup> Ägypten hat bereits das Haager Übereinkommen über die Anerkennung von Ehescheidungen und Ehetrennung vom 1. Juni 1970 ratifiziert.<sup>24</sup>

<sup>16</sup> Ben Achour: *Le code tunisien*, S. 19.

<sup>17</sup> Gannagé: *Regards sur le droit international privé*, S. 420.

<sup>18</sup> Méziou: *Introduction au Code de Droit International Privé*, S. 2 f.

<sup>19</sup> Saïd: *La technique de la codification*, S. 374.

<sup>20</sup> Gannagé: *Regards sur le droit international privé*, S. 420.

<sup>21</sup> Gannagé: *Les méthodes du droit international*, S. 250.

<sup>22</sup> Van Loon: *Accommodation of religious laws*, S. 263.

<sup>23</sup> Zu nennen seien hier Ägypten (1961), Marokko (1993), Jordanien (2001), Saudi-Arabien (seit 2016), Tunesien (2014).

<sup>24</sup> Stand der Ratifikationen abrufbar unter [www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1976/1546\\_1546\\_1546/de](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1976/1546_1546_1546/de) (Zugriff: 16.8.2023).

Marokko hat als einziges arabisches Land das Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern (KSÜ) ratifiziert.<sup>25</sup> Tunesien ist das einzige arabische Land, das das Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. Oktober 1980 im Jahr 2017 ratifiziert hat.<sup>26</sup>

Es ist zutreffend, dass das IPR an sich als Mechanismus zur Berufung eines ausländischen Rechts lange fremd für die arabisch-islamische Rechtskultur geblieben ist. Die Gründe dafür sind historischer Natur: Zunächst sind die arabischen Personalstatute vom klassischen islamischen Recht geprägt. Das islamische Recht ist von einer imperialen Ethik geprägt, in welcher andere politische Gemeinschaften nicht als juristisch gleichgestellt betrachtet werden.<sup>27</sup> Deswegen ist es nicht leicht für den muslimischen Richter zu akzeptieren, dass das eigene Recht in einem Streit mit muslimischer Beteiligung beiseitegeschoben und das Recht eines anderen Staates angewendet wird. Dies würde dem Grundsatz, dass der Islam immer die Oberhand hat, widersprechen.<sup>28</sup> Als die arabischen Staaten unter kolonialer oder ähnlicher Herrschaft standen, war es nicht möglich, auf Augenhöhe internationale Rechtsverhältnisse souverän zu regeln, ob öffentlich oder privatrechtlich.<sup>29</sup> So waren Ausländer in den arabischen Territorien lediglich ihrem Heimatrecht und ihren Konsulargerichten unterworfen.<sup>30</sup> Es ist vielsagend, dass Art. 74 der irakischen Verfassung von 1925 dem Richter ausdrücklich erlaubt, in Anwendung der Methoden des IPR ein ausländisches Recht anzuwenden.<sup>31</sup> Dass dafür eine ausdrückliche Erlaubnis von der Verfassung nötig war, könnte darauf hinweisen, dass die Idee an sich neu ist, dass ein Richter ein ausländisches Recht anwendet.

#### D. Anknüpfungspunkte

In der ursprünglichen Theorie des IPR sollen die Anknüpfungspunkte so bestimmt werden, dass sie zur Berufung des Rechts führen, das mit dem Sachverhalt am engsten verbunden ist. Aber mit der Zeit konnte festgestellt werden, dass diese Anknüpfungspunkte nicht lediglich diesem Ziel dienen. Sie sind oft Träger einer Ideologie und Sinnbild einer bestimmten Kultur.<sup>32</sup>

<sup>25</sup> Stand der Ratifikationen abrufbar unter [www.hcch.net/de/instruments/conventions/status-table/?cid=70](http://www.hcch.net/de/instruments/conventions/status-table/?cid=70) (Zugriff: 16.8.2023).

<sup>26</sup> Stand der Ratifikationen abrufbar unter [www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24](http://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24) (Zugriff: 16.8.2023); Ben Achour: *Le code tunisien*, S. 21.

<sup>27</sup> Emon: *Islamic Law and Private International Law*.

<sup>28</sup> Charfi: *L'influence de la religion*, S. 400.

<sup>29</sup> Déprez: *Droit international privé et conflits de civilisations*, S. 422.

<sup>30</sup> Gatteschi: *Droit international public et privé*, S. 573 ff.; Déprez: *Droit international privé et conflits de civilisations*, S. 54.

<sup>31</sup> Al-Dabbagh: *Regards critiques*, S. 887.

<sup>32</sup> Das IPR ist nicht nur technisch. Deswegen wird der Ansatz empfohlen, das IPR als Mittel einzusetzen, um die UN-Ziele der nachhaltigen Entwicklung zu verwirklichen: Dazu Michaels/Ruiz-Abou Nigm/Van Loon: *Private Side of Transforming our World*.

Diese Kultur ist in dem Recht arabischer Länder u. a. durch den Personalismus im Recht und die Vorherrschaft des Ehemannes als Form des Patriarchalismus gekennzeichnet. Es ist kein Zufall, dass in allen arabischen Ländern mit sehr wenigen Ausnahmen verschiedene Aspekte des Familien- und Erbrechts dem Heimatrecht der Betroffenen unterworfen sind. Die wichtigen Aspekte der Ehe werden durch das Heimatrecht des Ehemannes bestimmt, falls die Paare keine gemeinsame Staatsangehörigkeit haben. Grund dafür ist auch die historische Bedeutung des Personalismus im islamischen Recht, nach dem im Gegensatz zum Territorialismus Menschen einem bestimmten Recht unterworfen sind, nicht weil sie sich auf einem Territorium befinden, sondern weil sie einer bestimmten Religion angehören oder eine Staatsangehörigkeit besitzen. Hinzu kommt auch eine Privilegierung der männlichen Mitglieder einer Familie, daher werden die Ehewirkungen und die Ehescheidung dem Heimatrecht des Ehemannes unterworfen.<sup>33</sup> Dies ist auch eine kulturell verwurzelte Rechtsnorm.

Dazu kommt, dass mehrere Kollisionsnormen durch einen starken Unilateralismus gekennzeichnet sind, entweder eindeutig oder versteckt.<sup>34</sup> Einen eindeutigen Unilateralismus beinhaltet Art. 2 Abs. 3 der marokkanischen Mudawwana (Familiengesetzbuch), da dieses Gesetzbuch Anwendung auf Rechtsstreitigkeiten zwischen zwei Personen findet, wenn eine davon die marokkanische Staatsangehörigkeit hat. Einen versteckten Unilateralismus zeigen Kollisionsnormen in den meisten arabischen Zivilgesetzbüchern, die zwar multilaterale Kollisionsnormen beinhalten, wie Art. 13 ägyptisches ZGB, wonach die Ehewirkungen dem Recht des Ehemannes unterliegen, oder Art. 12 ägyptisches ZGB, wonach die Ehevoraussetzungen für jeden Verlobten seinem Heimatrecht unterliegen, dann aber vorsehen, das eigene Recht anzuwenden, wenn einer der Ehegatten Angehöriger des eigenen Staates ist (wie Art. 14 ägyptisches ZGB).<sup>35</sup>

Neben dem Privileg der Staatsangehörigkeit besteht auch das Privileg der Religion in Art. 2 der marokkanischen Mudawwana. So ist die Mudawwana anzuwenden, wenn eine der Parteien muslimischen Glaubens ist.

Das Privileg der Religion wird allerdings insbesondere durch das Einsetzen des *Ordre public* sichtbar.

## E. Ordre public

Der *Ordre public* ist ein Mechanismus, der dem Richter erlaubt, das durch seine Kollisionsnorm berufene Recht nicht anzuwenden, wenn feststeht, dass sein Inhalt die grundsätzlichen Wertanschauungen der eigenen Rechtsordnung verletzt. Der *Ordre public* kann auch im Rahmen des Verfahrens der Anerkennung

<sup>33</sup> Zum Beispiel Art. 12 des algerischen Zivilgesetzbuches.

<sup>34</sup> Gannagé: *Les méthodes du droit international privé*, S. 286 f.

<sup>35</sup> So ist es in Art. 13 des algerischen ZGB.

ausländischer Gerichtsentscheidungen eingreifen.<sup>36</sup> Somit ist der *Ordre public* Fallschirm bei der Öffnung zu fremden Rechtsordnungen. Er soll das Gleichgewicht in dem inhärenten Dilemma des IPR zwischen der Sicherung der Koordination der Rechtsordnungen und der Bewahrung dessen herstellen, was den Kernbestand der eigenen Rechtsordnung ausmacht. Man könnte somit behaupten, dass Rechtsordnungen mit einer gemeinsamen Rechtskultur einen *Ordre public* mit dem gleichen Inhalt aufweisen. Interessanterweise gibt es keinen homogenen *Ordre public* in den arabischen Ländern, auch nicht im Bereich des Personalstatuts.<sup>37</sup> Manche Länder, insbesondere Tunesien und Libanon, weichen vom *Ordre public* anderer arabischer Länder ab. Es bestehen allerdings eindeutige gemeinsame Merkmale. Genau wie die Disziplin des Privatrechts ist auch der Mechanismus des *Ordre Public* eine europäische Erfindung.<sup>38</sup> Es ist vielsagend, dass er von arabischen Ländern übernommen wurde, um die eigenen religiös bezogenen Werte und Prinzipien der Familie zu schützen.<sup>39</sup>

Nicht alle legislativen Definitionen des *Ordre public* in den arabischen Ländern beziehen sich ausdrücklich auf den Islam bzw. die Scharia (arab. *šarī'a*). Wie das ägyptische Vorbild (Art. 28 ZGB) sieht Art. 32 des irakischen ZGB vor, dass die Bestimmungen des durch die Kollisionsnormen berufenen Rechts nicht angewandt werden dürfen, »wenn sie gegen den *Ordre public* und die Sittlichkeit verstoßen« (arab. *an-nidām al-ām wa-l-ādāb*).<sup>40</sup> Die Doktrin unterstreicht, dass es dabei nicht um eine persönliche Meinung des Richters geht, sondern um einen rechtlichen Mechanismus, der auf objektiven Kriterien fundiert sein soll.<sup>41</sup> Der irakische Jurist Sulṭān Maḥmūd definiert den *Ordre public* als

»die Summe der wesentlichen Interessen und höchsten Werte des Staates und der politischen Gemeinschaft, die sie für sich akzeptiert haben. Diese stellen den Grundstein für die Gesellschaft dar und werden von der Rechtsordnung festgehalten. Diese Interessen sind politischer, sozialer, wirtschaftlicher, moralischer und religiöser Natur. [Bei ihrer] Gefährdung droht die Auflösung der Gesellschaft«.

Auch entsprechend den Materialien des ägyptischen Gesetzbuchs schreibt Abdel Wahab, dass dem Richter ein Spielraum bei dem Einsetzen des *Ordre public* überlassen wird, allerdings soll es an erster Stelle um die tief verwurzelten Werte und Vorstellungen der Gesellschaft gehen.<sup>42</sup> Einige arabische Länder beziehen sich ausdrücklich auf die Scharia in ihren *Ordre public*-Klauseln, wie zum Beispiel das sudanesisches Gesetz und das ZGB der Vereinigten Arabischen Emirate (VAE). Damit sind allerdings nicht die Regeln der Scharia insgesamt gemeint, weil diese nicht auf Nichtmuslime angewendet werden, sondern dies hat zur

<sup>36</sup> Zum Beispiel Art. 605 der zivilrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Prozessordnung.

<sup>37</sup> Naïmi: *Ordre public et droit musulman*, S. 127.

<sup>38</sup> Berger: *Conflicts Law and Public Policy*, S. 555.

<sup>39</sup> Gannagé: *Les méthodes du droit international privé*, S. 295.

<sup>40</sup> Art. 32 des irakischen Zivilgesetzbuches.

<sup>41</sup> Maḥmūd: *تعريف النظام العام*, S. 91.

<sup>42</sup> Abdel Wahab: *L'ordre public*, S. 75.



Folge, dass Muslime dem islamischen Recht unterworfen sein müssen.<sup>43</sup> Ganz gleich ob es einen ausdrücklichen Verweis auf die Scharia gibt, ist die Handhabung des *Ordre public*-Mechanismus in den arabischen Ländern durch eine unmittelbare Anwendbarkeit des eigenen Scharia-geprägten Rechts bestimmt, sobald Muslime involviert sind. Dafür greift der *Ordre public*-Mechanismus nicht, wenn nur Nichtmuslime beteiligt sind.

In Ägypten und in anderen arabischen Ländern ist die fehlende Säkularisierung entscheidend für den Mechanismus des *Ordre public*. Der Religion wird eine besondere Stellung in der Verfassung zugewiesen. In Ägypten ist die Scharia die wesentliche Quelle der Gesetzgebung (arab. *al-mašdar ar-raʿsī*). Somit werden Bestimmungen, die im fremden Recht die Scharia missachten, als unanwendbar betrachtet. Es geht allerdings nicht um alle Bestimmungen des ausländischen Rechts, sondern nur um die wesentlichen Prinzipien der Scharia. Das Wichtigste dabei ist der Anwendungsbereich der Scharia nach ihren eigenen Regeln. In der Tat hat das islamische Recht einen Anwendungsanspruch in Streitigkeiten, sobald Muslime involviert sind.<sup>44</sup> Viele arabische Rechtsordnungen scheinen diesen Grundsatz zu befolgen, obwohl das Anknüpfungskriterium in diesen Ländern die Staatsangehörigkeit und nicht die Religion ist.<sup>45</sup> Die Rechtsprechung in Ägypten ignoriert die Staatsangehörigkeit, solange die Person muslimischen Glaubens ist. So wird es als Zweck des *Ordre public* betrachtet, einen Muslim nicht seines Rechtsstatuts im Islam zu berauben.<sup>46</sup>

In Marokko wurde das Erbe eines zum Islam konvertierten Franzosen automatisch dem marokkanischem Recht unterworfen.<sup>47</sup> Das wird von der Doktrin zum Teil kritisiert, weil marokkanische Richter im Personalstatut zwingendes Recht sehen, das Vorrang vor dem Kollisionsrecht hat.<sup>48</sup> In Ägypten betrachten die Doktrin und die Rechtsprechung Rechte, die der Koran einem Muslim zugestanden hat, als Teil des ägyptischen *Ordre public*. So wird die polygame Eheschließung eines Muslims anerkannt, auch wenn er Ausländer ist und sein Heimatrecht die Polygamie verbietet.<sup>49</sup> Obwohl nicht die Religion, sondern die Staatsangehörigkeit Anknüpfungsmerkmal in Ägypten ist, wird sie wieder relevant durch das Eingreifen des *Ordre public*, sobald ein Muslim betroffen ist.<sup>50</sup> Die Bedeutung der Unterwerfung von Muslimen unter islamischrechtlich fundiertes Recht ging in Marokko so weit, dass die Anerkennung ausländischer Entscheidungen verweigert wurde, weil die Richter, die sie gefällt haben, Nichtmuslime sind. Der Oberste Gerichtshof (*maḥkamat an-naqḍ*) in Marokko hat dies abge-

<sup>43</sup> Charfi: *L'influence de la religion*, S. 401 f.

<sup>44</sup> Ebd., S. 386.

<sup>45</sup> Abdel Wahab: *L'ordre public*, S. 73.

<sup>46</sup> Ebd., S. 83.

<sup>47</sup> Déprez: *Droit international privé et conflits de civilisations*, S. 132.

<sup>48</sup> Loukili: *L'Ordre public*, S. 128.

<sup>49</sup> Berger: *Conflicts Law and Public Policy*, S. 574.

<sup>50</sup> Ebd., S. 563.

lehnt, und eine entsprechende Reform der Mudawwana in Art.128 hat diese IPR-unfreundliche Praxis in Schach gehalten.<sup>51</sup>

Manche Autoren aus der arabischen Welt loben die Liberalität des islamischen Rechts, weil es personalistischer Natur ist. Dementsprechend sind Nichtmuslime ihrem eigenen Recht ohne Vorbehalte oder *Ordre public* unterworfen.<sup>52</sup> Darin sehen sie ein Zeichen der Toleranz, und es wird bedauert, dass in den europäischen Rechtsordnungen der *Ordre public* eingesetzt wird, um Muslime nicht dem eigenen Recht zu unterwerfen.<sup>53</sup> Somit ist in dieser Vorstellung die Verbindung zwischen dem Einzelnen und seiner ursprünglichen Religion entscheidend. Ein Teil der Doktrin sieht deswegen in dem Eingreifen des *Ordre public* in den europäischen Ländern, wenn das ausländische Recht islamisch geprägt ist, den Versuch, ein europäisches Familienmodell überall imperialistisch durchzusetzen.<sup>54</sup>

Auch wenn die Rechtsprechung den Verstoß des ausländischen Rechts gegen das islamische Familienrecht in Kauf nimmt, wenn keine Muslime betroffen sind, kennt diese Toleranz Grenzen. Heutzutage betrifft dies meistens ›die Ehe für alle‹ bzw. die Ehe unter Gleichgeschlechtlichen, die in den westlichen Ländern weitgehend anerkannt wurde. Dies stellt in der arabischen Welt immer noch die Überschreitung einer Grenze und einen *Ordre Public*-Verstoß dar, auch wenn keine Einheimischen und keine Muslime betroffen sind.<sup>55</sup> Dies ist übrigens auch der Fall innerhalb der Europäischen Union, wo osteuropäische Länder ausländische gleichgeschlechtliche Ehen nicht anerkennen, weil sie in den Verfassungen der osteuropäischen Länder verboten sind.<sup>56</sup>

## F. Ablehnung des Renvoi

Es ist vom *Renvoi* die Rede, wenn die Kollisionsnorm der *lex fori* ein ausländisches Recht beruft und die Kollisionsnorm dieses Rechts das Recht der *lex fori* als anwendbar betrachtet. Die *lex fori* kann diese Rückverweisung berücksichtigen oder nicht. In anderen Fällen verweist die Kollisionsnorm des berufenen Rechts auf ein drittes Recht weiter. Eine Verweisung ist entweder eine Gesamt- bzw. Kollisionsnormverweisung oder eine Sachnormverweisung. Bei der ersten prüft der Richter, ob die anwendbare Kollisionsnorm des berufenen Rechts diese Verweisung akzeptiert oder auf die *lex fori* zurückverweist oder auf eine weitere Norm weiterverweist. Eine Sachnormverweisung ist nur gegeben, wenn das Kollisionsrecht der *lex fori* lediglich auf das Sachrecht des anwendbaren Rechts verweist, ohne zu berücksichtigen, ob dieses Recht auch als anwendbar betrachtet wird.

<sup>51</sup> Loukili: La jurisprudence marocaine, S.78 f.

<sup>52</sup> Adnane: Droit international privé, S.47.

<sup>53</sup> Abdel Wahab: L'ordre public, S.71.

<sup>54</sup> Dazu Gannagé: *L'ordre public international*, S.207.

<sup>55</sup> Abdel Wahab: L'ordre public, S.89.

<sup>56</sup> Nishitani: Identité culturelle, S.158–162.

Im deutschen Recht ist eine Verweisung grundsätzlich eine Kollisionsnormverweisung, sofern dies nicht dem Sinn der Verweisung widerspricht (Art. 4 Abs. 1 EGBGB).<sup>57</sup> Das Recht der arabischen Länder berücksichtigt grundsätzlich keinen *Renvoi*,<sup>58</sup> d.h. sie wenden das vom Kollisionsrecht berufene Sachrecht ohne Rück- oder Weiterverweisung (arab. *bidūni ihāla*) an.<sup>59</sup> Die einzige deutliche Ausnahme stellt in diesem Zusammenhang das Recht der VAE dar, in einer geringeren Reichweite auch das Recht des Libanon. In Tunesien hat der Gesetzgeber im damals neuen Gesetzbuch des IPR überraschenderweise den *Renvoi* verboten, obwohl, oder vielleicht gerade weil richterliche Entscheidungen ihn akzeptiert haben. Auch die Lehre in Tunesien hat diese Reform kritisiert, weil sie den Zielen des damals neuen Gesetzbuches zuwiderzulaufen scheint, nämlich der Verwirklichung einer materiellen Gerechtigkeit.<sup>60</sup>

Der *Renvoi* ist ein Koordinationsmittel im IPR und wurde vorgesehen, damit der Entscheidungseinklang beachtet wird. Die *lex fori* gibt der Kollisionsnorm des berufenen Rechts Vorrang. Der *Renvoi* zeugt von der Beachtung des Rechts des anderen als ebenbürtig. Man kann sich fragen, was die Nichtberücksichtigung des *Renvoi* im IPR der arabischen Staaten über dieses Recht mitteilt. Dafür behandeln wir zunächst die Reichweite dieser Regelung, und danach untersuchen wir die Gründe und die Folgen dieser Regelung.

Einer der wichtigsten Gründe, die die arabischen Länder vorbringen, um die Rückverweisung nicht zu berücksichtigen, ist der religiöse Charakter ihres Rechts im Bereich des Personalstatuts. Dieses Recht wird vom religiösen Recht abgeleitet und ist für die Angehörigen einer bestimmten Religion vorgesehen.<sup>61</sup>

Im irakischen Recht war vor dem Erlass des Zivilgesetzbuches der *Renvoi* in Art. 1 des Gesetzes Nr. 78-1931 über das Personalstatut der Ausländer vorgesehen. Hiernach ist in Angelegenheiten des Personalstatuts das anwendbare Recht das Heimatrecht der Betroffenen oder das von diesem Recht berufene Recht. Diese Regelung hat zu inakzeptablen Ergebnissen geführt, so beispielsweise bei der Eheschließung der minderjährigen Tochter englischer Staatsangehöriger. Das vom irakischen Recht berufene englische Recht verwies bezüglich der Ehemündigkeit auf das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts, also auf das irakische Recht. Der irakische Kassationsgerichtshof hat diese Ehe für gültig gehalten, weil nach dem irakischen Recht, welches islamrechtlich geprägt ist, das Mindestheiratsalter niedrig ist. Im Ergebnis wurde das religiös-islamische Recht auf Nichtmuslime angewandt.<sup>62</sup> Um dies zu vermeiden, hat das irakische Zivilgesetzbuch Nr. 40 von 1951 den *Renvoi* ausdrücklich ausgeschlossen.

<sup>57</sup> Sonnentag: *Der Renvoi im Internationalen Privatrecht*, S. 10.

<sup>58</sup> Art. 27 des ägyptischen Zivilgesetzbuches, Art. 29 des syrischen Zivilgesetzbuches, Art. 10 des libyschen Zivilgesetzbuches.

<sup>59</sup> Kassir: *Le renvoi en droit international privé*, S. 50.

<sup>60</sup> Mezghani: *Faut-il déjà modifier le Code de droit international privé*, S. 168 f.

<sup>61</sup> Kassir: *Le renvoi en droit international privé*, S. 50–52.

<sup>62</sup> Al-Dabbagh: *Regards critiques*, S. 893.

Diese Ablehnung des *Renvoi* in den arabischen IPR-Regelungen wurde zu Recht von der Doktrin kritisiert, weil sie über das Ziel hinausschießt. Es wäre angebracht, die Weiterverweisung zuzulassen, weil sie auf eine dritte Rechtsordnung mit einem verwandten Wertesystem gerichtet sein kann.<sup>63</sup>

Im Libanon ist die Behandlung des *Renvoi* anders. Die Rechtsprechung dort vertritt die Meinung, dass der *Renvoi* grundsätzlich zu akzeptieren ist, es sei denn, dass Schwierigkeiten ›technischer Natur‹ im Wege stehen. Damit sind die religiöse Natur des Familien- und Erbrechts und die weitgehende interpersonale Rechtspaltung und das Nichtvorhandensein eines einheitlichen Rechts im Libanon gemeint. Der Richter würde vor einer Rechtslücke stehen: Es stellt sich die Frage, welches von den vielen im Libanon anwendbaren religiösen Rechten aufgrund einer Rückverweisung anzuwenden wäre.<sup>64</sup>

In dem berühmten Fall Philibert hat der libanesische Kassationsgerichtshof (*maḥkamat an-naqḍ*) klargestellt, dass der *Renvoi* im internationalen Erbrecht nicht zu berücksichtigen ist.<sup>65</sup> Interessanterweise erwähnt der Kassationsgerichtshof ein Kriterium für die Berücksichtigung des *Renvoi*, ohne es allerdings in dem vorliegenden Fall anzuwenden. Das Gericht erklärt, dass der *Renvoi* grundsätzlich zu beachten ist, es sei denn, er würde die gegenseitige Souveränität oder den *Ordre public* verletzen.<sup>66</sup> Der Kassationsgerichtshof hat die Entscheidung damit gerechtfertigt, dass das libanesische Gesetz für Nichtmuslime, das nichteheliche Kinder von der Erbfolge ihres Vaters ausschließt, nicht die Natur eines *droit commun* hat.<sup>67</sup>

In jedem Fall spiegelt die Rechtsprechung im Libanon das Bemühen um Beachtung des internationalen Entscheidungseinklangs und der Kontinuität des Personalstatuts bei der Migration wider. Dies entspricht dem Wesen des IPR als Mittel zur Koordination zwischen den Rechtsordnungen, um die Parteien von den Schwierigkeiten der hinkenden Rechtsverhältnisse zu schützen. So kann die komplette Berücksichtigung des *Renvoi* den Zielen des IPR zuwiderlaufen.

Einen besonderen Weg ist der emiratische Gesetzgeber gegangen. Obwohl das im Gesetzbuch der zivilrechtlichen Geschäfte geregelte Kollisionsrecht wie die meisten arabischen Länder dem ägyptischen Modell folgt, erlaubt es die Rückverweisung, wenn sie sich auf das emiratische Recht richtet (Art. 26 ZGB).<sup>68</sup> Das heißt, die Weiterverweisung auf ein drittes Recht wird nicht berücksichtigt.<sup>69</sup> Somit wendet der emiratische Richter bei einer Rückverweisung sein Sachrecht sowohl in Personalstatutsangelegenheiten als auch in handelsrechtlichen Strei-

<sup>63</sup> Ebd., S. 894; Kassir: *Le renvoi en droit international privé*, S. 53; Voß: *Reformierung des irakischen Privatrechts*, S. 72.

<sup>64</sup> Kassir: *Le renvoi en droit international privé*, S. 50; Najm: *Principes directeurs*, S. 200.

<sup>65</sup> Civ. 5, 28 mai 1998, zit. von Najm: *Principes directeurs*, S. 210.

<sup>66</sup> Kassir: *Le renvoi en droit international privé*, S. 101–104.

<sup>67</sup> Najm: *Principes directeurs*, S. 210.

<sup>68</sup> Elhawary: *Conflict of Laws in the United Arab Emirates*, S. 17.

<sup>69</sup> Ebd.

tigkeiten an. Dies kann zu nicht zufriedenstellenden Ergebnissen führen, wenn das islamisch geprägte Familien- und Erbrecht auf nichtmuslimische Parteien angewandt wird.

### *G. Risse im Bild eines ›arabischen‹ internationalen Familienrechts*

Obwohl das internationale Familien- und Erbrecht in den arabischen Staaten bedeutende gemeinsame Merkmale zeigt, sind auch länderspezifische Besonderheiten festzustellen.<sup>70</sup> Diese Besonderheiten sind in manchen Fällen so tiefgehend, dass es berechtigt ist, sich zu fragen, ob das IPR in den arabischen Ländern noch eine gemeinsame Rechtskultur widerspiegelt.

Wie oben dargestellt wurde, sind die Privilegien der Religion und der Staatsangehörigkeit, die eine objektive Anknüpfung verhindern, ein zentrales Merkmal des IPR in den arabischen Ländern. Diese Privilegien werden in einigen arabischen Ländern verdrängt, wie in Tunesien und im Libanon. Der Libanon als einziger arabischer Staat, in dem alle anerkannten Religionen die gleiche Stellung in der Rechtsordnung haben, zeigte sehr früh eigene besondere Merkmale in seinem IPR. Im Libanon ist in internationalprivatrechtlichen Streitigkeiten ohne libanesische Beteiligung die religiöse Zugehörigkeit der Parteien irrelevant. So hat Art. 1 des Arrêté Nr. 109/LR du 14 mai 1935 vorgesehen, dass lediglich Zivilgerichte für Streitigkeiten des Personalstatuts zuständig sind, solange ein Betroffener in seinem Heimatrecht dem staatlichen Zivilrecht unterworfen ist. Und Art. 10 des Arrêté Nr. 60/LR vom 13. März 1936, geändert durch den Arrêté Nr. 146 vom 18. November 1938, bestimmt das Prinzip der Anwendbarkeit des Heimatsrechts. So sind muslimische Türken zum Beispiel nicht der Zuständigkeit der Schariagerichte unterworfen, sondern der Zivilgerichte, und das anwendbare Recht ist das türkische Zivilrecht.<sup>71</sup>

In Tunesien ist die Verdrängung des Privilegs der Religion viel deutlicher und großflächiger als im Libanon. Auch die VAE sind im Bereich des internationalen Familienrechts eigene Wege gegangen, allerdings nicht im Sinne der Säkularisierung, sondern durch eine Verdrängung der Methoden des IPR. Dazu weiterführen nachfolgend unter den Gliederungspunkten I und II.

### *I. Tunesien: ein internationales Familienrecht nach westlichem Vorbild*

Das Gesetzbuch über das internationale Privatrecht vom 27. November 1998 ist seit dem 1. März 1999 in Kraft.<sup>72</sup> Tunesien ist der einzige arabische Staat mit

<sup>70</sup> Gannagé: *Les méthodes du droit international privé*, S. 296.

<sup>71</sup> Najm: *Principes directeurs*, S. 184 f.

<sup>72</sup> Code de droit international privé, G Nr 98-97 v 27.11.1998, JO v 1.12.1998 S 2332. Abgedruckt unten III B 1. Ferid/Bergmann, Länderbericht Tunesien, Stand 1.12.2011 (Schönberger).

einer ausführlichen Kodifikation des IPR in einem eigenen Gesetzbuch.<sup>73</sup> Das herkömmliche internationale Familienrecht war insbesondere im Dekret zur Regelung kollisionsrechtlicher Fragen von Ausländern vom 12. Juli 1956 lückenhaft geregelt. Die ursprüngliche Funktion dieses Dekretes war, das anwendbare Recht in Beziehungen zwischen Tunesiern unterschiedlichen Glaubens (Muslime, Juden und andere) festzulegen. Erst nachdem alle Tunesier in Angelegenheiten des Familien- und Erbrechts einem einheitlichen Recht (*Code du Statut Personnel*) unterworfen wurden,<sup>74</sup> wurde das Kollisionsrecht im Dekret auf die Beziehungen von Ausländern verlagert.<sup>75</sup> Dieses Dekret hat viele Fragen aufgeworfen, die von der Rechtsprechung unterschiedlich gelöst wurden. Oft wurde das Dekret nicht angewendet, wenn ein Tunesier Partei im Rechtsstreit war. Die tunesische Lehre hat diese Rechtsprechung kritisch als ein Privileg der Staatsangehörigkeit betrachtet und zum Erlass eines IPR-Gesetzbuches aufgerufen.<sup>76</sup> Auch der Gesetzgeber beabsichtigte, das IPR in Tunesien so zu modernisieren, dass es den international akzeptierten Grundsätzen und Methoden dieses Rechtsgebiets gerecht wird. Vordergründig dabei waren die Ziele, das Privileg der Staatsangehörigkeit zu beseitigen, die Koordinationen zwischen den Rechtsordnungen und die Kontinuität des Personalstatus der Individuen zu gewährleisten.<sup>77</sup>

### 1. Besonderheiten des IPR-Gesetzbuches von 1998

#### a) Die Zuständigkeit tunesischer Gerichte

Die Zuständigkeit tunesischer Gerichte war vor dem Erlass des IPRG weit und bot neben den üblichen Zuständigkeitstatbeständen (Beklagtenwohnsitz, Erfüllungsort des Vertrages etc.) ein Staatsangehörigkeitsprivileg (*privilege de jurisdiction*), d. h., sobald Tunesier im Rechtsstreit auch als Kläger involviert sind, sind tunesische Gerichte international zuständig.<sup>78</sup> Der Gesetzgeber wollte dieses Privileg beseitigen, deswegen hat er ausdrücklich in Art. 3 IPRG geregelt, dass die tunesischen Gerichte zuständig sind, wenn der Beklagte unabhängig von der Staatsangehörigkeit seinen Wohnsitz in Tunesien hat. Außerdem sind die tunesischen Gerichte zuständig, wenn die Parteien vereinbaren, ihnen den Rechtsstreit vorzulegen, oder wenn der Beklagte in ihre Zuständigkeit einwilligt (Art. 4 IPRG). Sinn dieser Einschränkung der Zuständigkeit der tunesischen Gerichte war, das Prinzip des Entscheidungseinklangs des IPR zu beachten. Da der Trend dahin geht, dass der Beklagtenwohnsitz die Zuständigkeit begründet, wollte der

<sup>73</sup> Ben Achour: *Le Code tunisien*, S. 18 f.

<sup>74</sup> Borrmans: *L'évolution du statut personnel*, S. 6.

<sup>75</sup> Châdlî/Gazwânî: *مجلة القانون الدولي الخاص*, S. 13.

<sup>76</sup> Ebd., S. 7.

<sup>77</sup> Béjaoui: *L'abolition des privilèges*, S. 77.

<sup>78</sup> Die Zuständigkeit tunesischer Gerichte war in dem Gesetzbuch über zivilrechtliche und handelsrechtliche Prozessordnungen (*code des procédures civiles et commerciales*) geregelt.

tunesische Gesetzgeber vermeiden, dass in derselben Rechtssache sich widersprechende Entscheidungen getroffen werden, was die Kontinuität des Personalstatuts beträchtlich schädigen kann.

Diese guten Absichten haben sich in der Praxis der internationalen Scheidungen teilweise als realitätsfern gezeigt. Zahlreiche tunesische Frauen sind mit tunesischen Männern verheiratet, die im Ausland ihren Wohnsitz haben. Nach den neuen Zuständigkeitsregeln dürfen diese Frauen die Scheidung nicht vor tunesischen Gerichten beantragen, sondern nur vor den Gerichten des Wohnsitzes des Ehemannes. Diesen Frauen fehlt es in der Regel an den finanziellen und logistischen Mitteln, um solche Klagen im Ausland zu erheben.<sup>79</sup> Als die tunesischen Gerichte mit solchen Anträgen konfrontiert wurden, haben sie sich verpflichtet gesehen, sich für zuständig zu erklären, um eine Justizverweigerung zu vermeiden.<sup>80</sup>

Die Absicht des tunesischen Gesetzgebers war zu begrüßen, als er die Koordination zwischen den Rechtsordnungen sichern und die Kontinuität im Personalstatut der Individuen beachten wollte. Allerdings hat der restriktive Charakter der Zuständigkeitsregelung im Falle der internationalen Scheidungen dazu geführt, das Zuständigkeitsprivileg für Tunesier durch die Hintertür wieder einzuführen.<sup>81</sup>

#### *b) Kollisionskriterien*

Wie sich bereits bei der Zuständigkeitsregelung feststellen ließ, beabsichtigte der Gesetzgeber, auch das Kollisionsrecht zu modernisieren. Im Einklang mit der Savigny-Theorie hat er versucht, Rechtsverhältnisse dem Recht zu unterwerfen, mit dem sie den engsten Bezug haben.<sup>82</sup> Sehr wichtig war es in diesem Zusammenhang, geschlechtsbezogene Diskriminierung auf der Ebene der Anknüpfungspunkte zu beseitigen.<sup>83</sup> Art. 4 des Dekrets über das Personalstatut der Ausländer vom 12. Juli 1956 sah vor, dass die allgemeinen Ehewirkungen, die Trennung von Tisch und Bett, die Scheidung und die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe dem Heimatrecht des Ehemannes unterliegen. Dass das Heimatrecht des Ehemannes und nicht der Ehefrau als anwendbares Recht festgelegt wurde, lag damals an der patriarchalen Prägung der Gesellschaft in der muslimischen wie auch in den nichtmuslimischen Bevölkerungsgruppen.<sup>84</sup>

Im Gegensatz zu allen arabischen Kollisionsnormen im Bereich der Ehewirkungen und Ehescheidungen hat das tunesische IPRG keine geschlechtsbezogenen Anknüpfungspunkte vorgesehen. Es wurde zwar am Staatsangehörigkeitsprin-

<sup>79</sup> Chādli/Gazwāni: *مجلة القانون الدولي الخاص*, S. 84.

<sup>80</sup> Laabidi: *Le caractère exceptionnel*, S. 164.

<sup>81</sup> Béjaoui: *L'abolition des privilèges*, S. 94 f.

<sup>82</sup> Chādli/Gazwāni: *مجلة القانون الدولي الخاص*, S. 20.

<sup>83</sup> Dazu Niboyet: *Regard européen*, S. 151.

<sup>84</sup> Charfi: *L'influence de la religion*, S. 393.



zip festgehalten, allerdings ohne einen Ehegatten zu privilegieren. Dazu hat der Wohnsitz eine wichtige Rolle als Anknüpfungsprinzip. Beispielsweise unterliegen die Pflichten der Eheleute ihrem gemeinsamen Heimatrecht, anderenfalls dem Recht des letzten gemeinsamen Wohnsitzes und in Ermangelung dessen der *lex fori* (Art. 47 IPRG).

Für den Schutz von Personen, die der Gesetzgeber für schutzbedürftig hält, sollen die Anknüpfungspunkte nicht zur Anwendung des Rechtes führen, welches mit dem Sachverhalt am engsten verbunden ist, sondern welches für den Schutz der schutzbedürftigen Person am günstigsten ist. So wendet der Richter nach Art. 52 IPRG zwischen dem Heimatrecht oder dem Wohnsitzrecht des Beklagten oder dem Heimatrecht oder dem Wohnsitzrecht des Kindes das günstigste Recht für die Feststellung der Abstammung an. Das tunesische Kollisionsrecht zielt somit auf Werte, die nicht immer mit dem klassischen islamischen Recht im Einklang stehen.<sup>85</sup> Das Interesse des Kindes, seine Abstammung festzustellen, wird jedem anderen Überlegungsfaktor vorangestellt. Diese Abstraktionsebene in der Kollisionsnorm zeigt, dass das islamische Recht nicht von vornherein als das überlegene Recht vorausgesetzt wird, um die schutzbedürftige Partei zu schützen, sondern es wird dem Einzelfall überlassen, welches Recht am günstigsten ist.<sup>86</sup>

Als Ergebnis wendet der tunesische Richter das Recht arabischer Länder im Bereich der Abstammung und der Personensorge selten an.<sup>87</sup> Damit hat sich die tunesische Rechtsordnung von den Rechtsordnungen anderer arabischer Staaten entfernt, sogar der ihrer maghrebinischen Nachbarn.<sup>88</sup>

### c) Ordre public

Der *Ordre public* wird im IPRG ausführlich und klar definiert. Der Gesetzgeber möchte dadurch dem Richter wenig Spielraum in dieser Hinsicht überlassen.<sup>89</sup>

Nach Art. 36 IPRG kann

»der Richter den Einwand des ordre public nur erheben, wenn die Bestimmungen des ausländischen Rechts, auf das verwiesen wird, den wesentlichen Grundsätzen der tunesischen Rechtsordnung widersprechen. Der Richter erhebt den Einwand des ordre public unabhängig von der Staatsangehörigkeit der Parteien. Der Einwand des ordre public hängt nicht von der Intensität der Verbindung des Rechtsstreits zu der tunesischen Rechtsordnung ab [...]«.

Auch die *Ordre public*-Regelung zeigt, wie das tunesische IPR sich von dem arabischen IPR-Muster entfernt. Der Gesetzgeber beabsichtigte, die Verwechslung

<sup>85</sup> Zur Abstammungsregelungen in verschiedenen muslimischen Ländern siehe Yassari/Möller/Najm: *Filiation and the Protection of Parentless Children*.

<sup>86</sup> Ben Achour: Tunisia, S. 334.

<sup>87</sup> Méziou: Migrations et relations familiales, S. 342.

<sup>88</sup> Guénon: Algeria, S. 45.

<sup>89</sup> Chādli/Gazwāni: مجلة القانون الدولي الخاص, S. 507.



zwischen dem internen *Ordre public* und dem internationalen *Ordre public* in der tunesischen Rechtsprechung zu überwinden.<sup>90</sup> Wie in der Rechtsprechung anderer arabischer Länder hatten tunesische Gerichte nicht selten tunesisches Recht mit der Begründung angewandt, dass die angewandten tunesischen Sachnormen wie Eingriffsnormen *Ordre public*-Charakter haben. Daher hat der Gesetzgeber in Art. 26 IPRG vorgesehen, dass bei einem internationalen Bezug der Richter verpflichtet ist, zunächst das Kollisionsrecht und das davon berufene Recht anzuwenden, bevor der *Ordre public* geprüft wird.<sup>91</sup>

Es ist auch bemerkenswert, dass der Gesetzgeber absichtlich keinen Verweis auf die Scharia als Inhalt des *Ordre public* gemacht hat. Dies ist damit zu begründen, dass vor dem Erlass des IPRG tunesische Gerichte dem internationalen *Ordre Public* zwei gegensätzliche Prinzipien zum Inhalt gaben. Auf der einen Seite wurden die Zugehörigkeit zum Islam und die Beachtung des islamischen Rechts als Grund aufgeführt, um ausländischen Gerichtsentscheidungen in Tunesien die Vollstreckbarkeitserklärung zu verweigern. Dies ist beispielsweise der Fall in Adoptionsbeschlüssen.<sup>92</sup> Auf der anderen Seite wurde die Anerkennung islamisch-rechtlicher Institutionen in arabischen Rechtsordnungen wie der Verstoßung und der Polygamie mit der Begründung ausgeschlossen, dass diese grundlegenden Prinzipien des tunesischen Rechts widersprechen. In einem Beschluss des Tribunal de première instance von Tunis von 1977 konnte das marokkanische Recht wegen *Ordre public*-Widrigkeit nicht zur Anwendung kommen, da es der Ehefrau nicht die gleichen Scheidungsmöglichkeiten wie dem Ehemann gewährt.<sup>93</sup> Bereits zu dem damaligen Zeitpunkt in den 1970er Jahren war der Grundsatz der Geschlechtergleichheit im Familienrecht grundlegend.

Dieser Zwiespalt in der früheren Rechtsprechung bezüglich des *Ordre public* zwischen der Beachtung islamisch-rechtlicher Normen und ihrer Ablehnung wurde von der Doktrin kritisiert, weil sie der Funktion des *Ordre public* zuwiderlaufe. Der *Ordre public* solle die Harmonie der eigenen Rechtsordnung bewahren, indem er ihr fremde Rechtsinstitutionen daran hindert, Anwendung zu finden. So dürfe der *Ordre public* gerade keinen Widerspruch innerhalb der Rechtsordnung schaffen.<sup>94</sup> Aus diesem Grund habe der Gesetzgeber ausdrücklich »die wesentlichen Prinzipien der tunesischen Rechtsordnung« und nicht die Prinzipien des islamischen Rechts als Inhalt des *Ordre public* vorgesehen.

Es liegt auf der Hand, dass die wesentlichen Prinzipien der tunesischen Rechtsordnung im Bereich des Familienrechts der Schutz der Familie und die Beachtung der Menschenrechte, insbesondere die Gleichheit zwischen Mann und Frau sind.<sup>95</sup> Es handelt sich dabei um Errungenschaften der Frauenrechte und der

<sup>90</sup> Béjaoui: L'abolition des privilèges, S. 87.

<sup>91</sup> Ebd., S. 85.

<sup>92</sup> Elbalti: Recognition and Enforcement, S. 380.

<sup>93</sup> Tribunal de première instance de Tunis, 19. April 1977, *Revue Tunisienne de Droit* 1977 I, S. 91.

<sup>94</sup> Chādli/Gazwāni: المجلة القانون الدولي الخاص, S. 513 f.

<sup>95</sup> Ebd., S. 509.

Familie, die in die verschiedenen Verfassungen Tunesiens in unterschiedlichen Formen Eingang gefunden haben.<sup>96</sup>

Auch als Reaktion auf die frühere Rechtsprechung hat der Gesetzgeber hervorgehoben, dass der Einwand des *Ordre public* unabhängig von der Staatsangehörigkeit und der Intensität der Verbindung zwischen der tunesischen Rechtsordnung und dem Rechtsstreit erhoben werden darf.<sup>97</sup> Im Gegensatz dazu wird im Westen in den meisten Rechtsordnungen ein hinreichender Inlandsbezug für die Erhebung des Einwands des *Ordre public* verlangt.<sup>98</sup> Auch in den anderen arabischen Rechtsordnungen wird der Mechanismus des *Ordre public* nicht in Rechtsstreitigkeiten ohne muslimische Beteiligung eingesetzt.

In Art. 37 IPRG wird die grundsätzliche Anerkennung ausländischer Rechtsverhältnisse unter Vorbehalt des *Ordre public* geregelt. So sieht diese Bestimmung vor, dass die Wirkungen von Rechtsverhältnissen, die im Ausland nach dem durch die tunesische Kollisionsnorm bestimmten Recht ordnungsgemäß entstanden sind, in Tunesien anerkannt werden, es sei denn, dass diese Wirkungen mit dem tunesischen *Ordre public* nicht zu vereinbaren sind. Unter Anwendung dieser Norm werden die Wirkungen von islamisch-rechtlichen Institutionen nach den Regelungen arabischer Länder anerkannt, obgleich die Institutionen selbst wie die Verstoßung und die Polygamie als *Ordre public*-widrig betrachtet werden. Die Gerichte erkennen z. B. die Folgen einer Verstoßung an, wenn auch die Ehefrau die Ehescheidung will, was sie zum Ausdruck bringt, indem sie die Anerkennung der Scheidung in Tunesien beantragt.<sup>99</sup> In anderen Fällen wurden der zweiten Frau in einer polygamen Ehe, die an sich in Tunesien unwirksam ist, einige vermögensrechtliche Rechte zugestanden.<sup>100</sup> Manche Autoren warnen dennoch vor diesem Aspekt, weil er das Risiko in sich birgt, polygame Ehen damit zu normalisieren. Es wird von der Doktrin daher eine radikale Ablehnung dieser Ehen und ihrer Wirkungen empfohlen.<sup>101</sup>

## 2. Der Fall ›Farouk‹ (2019)

Eine Entscheidung des Kassationsgerichtshofes veranschaulicht, wie sich das tunesische IPR von den Rechtsordnungen der arabischen Länder entfernt hat. Es handelt sich dabei um eine Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 7. November 2018.<sup>102</sup> ›Farouk‹ und seine Frau, beide tunesische Staatsangehörige, haben in Tunesien im Jahr 1986 geheiratet und sind nach Katar emigriert,

<sup>96</sup> Gallala-Arndt: Women's Rights at Risk?, S. 603.

<sup>97</sup> Béjaoui: L'abolition des privilèges, S. 89.

<sup>98</sup> Chedly: *Le principe de proximité*, S. 325.

<sup>99</sup> Morjane: La reconnaissance immédiate, S. 218 f. CA Tunis Nr. 79204 vom 3. Oktober 2001, zit. nach Ben Lamine: La jurisprudence tunisienne, S. 13.

<sup>100</sup> Ben Jémia: *L'ordre public tunisien*, S. 33.

<sup>101</sup> Ebd., S. 41.

<sup>102</sup> Cour Cassation N. 63357/2018 unveröffentlicht zit. nach Bostanji: Le for de nécessité, S. 71 ff.

um dort zu arbeiten. Als die Beziehung des Paares sich verschlechterte, hat der Ehemann vor einem katarischen Gericht in Doha die Scheidung beantragt. Dieses Gericht hat ihm ein Dokument über die Verstoßung (arab. *waṭikat ṭalāq*) ausgestellt, in dem es den Willen des Ehemannes, die Ehe aufzulösen, festhält und diese Auflösung dann feststellt, ohne die Frau angehört zu haben. Wahrscheinlich hat das Gericht keinen IPR-Zusammenhang in diesem Fall gesehen. Weil das Paar muslimisch war, wurde das islamisch-rechtlich geprägte katarische Scheidungsrecht angewandt und der Wille des Ehemannes als ausreichend angesehen, um die Ehe aufzulösen. Der Ehemann hatte zutreffend Zweifel an der Wirkung dieses Dokuments in Tunesien, so hat er, um sich abzusichern, auch vor einem tunesischen Gericht einen Antrag auf Scheidung nach Art. 32 Abs. 3 des Gesetzbuchs über das Personalstatut eingereicht. Danach können sowohl der Mann als auch die Frau ohne Angabe eines Grundes die Scheidung einseitig beantragen.

Die Entscheidung des Tribunal de première instance hat die Scheidung aufgrund von Art. 31 Abs. 3 PstG ausgesprochen und seine Entscheidung damit begründet, dass das Dokument des katarischen Gerichts keine Chance auf Anerkennung bzw. Vollstreckbarerklärung in Tunesien habe. Grund dafür sei die Inkompatibilität mit dem tunesischen *Ordre public*. Das Urteil des tunesischen Gerichts wurde von der Cour d'appel Tunis wegen Unzuständigkeit aufgehoben. Die Cour d'appel hat auf die Bestimmungen Art. 3 und Art. 4 im IPRG verwiesen, die die Zuständigkeit der tunesischen Gerichte auf den Wohnsitz des Beklagten in Tunesien oder dessen Zustimmung zu einer Zuständigkeit tunesischer Gerichte einschränken. Da die Ehefrau in Doha wohnhaft war, hat das Berufungsgericht die Nichtzuständigkeit festgestellt.<sup>103</sup>

Gegen diese Entscheidung hat der Ehemann Revision vor der Cour de Cassation (CC) eingelegt. In ihrer Entscheidung betonte die CC, dass die tunesische Staatsangehörigkeit der Parteien keine Zuständigkeit begründen könne. Sie hat jedoch hervorgehoben, dass die ausländische Urkunde voraussichtlich in Tunesien keine Wirkungen entfalten könne, weil sie als *Ordre public*-widrig betrachtet und ihr die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung verwehrt werde. Das Gericht in Doha habe die Ehefrau nicht angehört und die Entscheidung sei nicht begründet worden. Aus diesen Gründen verstoße diese Entscheidung gegen ein wesentliches Prinzip des tunesischen Rechts, das Recht auf ein faires Verfahren. Damit müsse dem Scheidungswilligen ein Weg zu den tunesischen Gerichten eröffnet werden, um eine Justizverweigerung zu vermeiden. Die CC hat damit ihre Rechtsprechung zur Notzuständigkeit (arab. *maḥkamat aḍ-ḍarūra*; franz. *for de nécessité*) bestätigt.<sup>104</sup>

Bereits im Jahr 2009 war die CC dieser Argumentation im Fall Boutheina gefolgt.<sup>105</sup> Es handelte sich dabei um eine tunesische Ehefrau, die mit ihrem

<sup>103</sup> Cour d'appel 27. März 2018 zit. nach Bostanji: Le for de nécessité, S. 72.

<sup>104</sup> Bostanji: Le for de nécessité, S. 79.

<sup>105</sup> Cour de cassation, arrêt du 21 mai 2009 zit. nach Bostanji: Le for de nécessité, S. 79 f.

ägyptischen Ehemann in Ägypten wohnhaft war. Sie hat vor tunesischen Gerichten die Scheidung beantragt. In diesem Fall hat die CC die Zuständigkeit der tunesischen Gerichte mit folgender Begründung bejaht: Im ägyptischen Recht stehe der Klägerin lediglich die Option eines Antrages auf eine *Hul'*-Scheidung zur Verfügung.<sup>106</sup> Bei dieser islamisch-rechtlichen fundierten Scheidungsform verzichtet die Ehefrau auf sämtliche Vermögensrechte, um von dem Ehemann geschieden zu werden. Die CC hat ausgeführt, dass eine potentielle ägyptische *Hul'*-Entscheidung in Tunesien nicht anerkannt werden dürfe. Diese Institution verstoße gegen die Gleichheit von Mann und Frau im Scheidungsrecht und widerspreche somit dem tunesischen *Ordre public*. Mit dieser Begründung hat das Gericht die Tunesierin vor einer Situation der Justizverweigerung geschützt.

Diese Beispiele aus der Rechtsprechung rütteln stark an der These, dass die arabischen Rechtsordnungen eine gemeinsame Rechtskultur widerspiegeln. Es ist vielsagend, dass die CC sehr deutlich im Voraus zu dem Schluss gekommen ist, dass die Scheidungsentscheidungen der katarischen und ägyptischen Gerichte in Tunesien nicht anerkannt werden können. Es ist für die CC wichtig, dass der Inhalt dieser Entscheidungen Prinzipien und Werte widerspiegelt, die im tunesischen Recht nicht akzeptiert werden können, weil sie wesentlichen Prinzipien des tunesischen Rechts widersprechen. In dieser Hinsicht haben Scheidungsentscheidungen aus dem ›Westen‹ mehr Chancen, in Tunesien anerkannt zu werden und ihre Wirkungen zu entfalten als Ehescheidungen aus arabischen Rechtsordnungen.

## *II Die Vereinigten Arabischen Emirate: Eine Entwicklung sui generis*

Angesichts der steigenden Globalisierung ist die Zugehörigkeit eines Individuums zu einem Staat schwächer als früher. Länder, die früher mit einer bestimmten Kultur identifiziert waren, werden zunehmend multi-ethnisch und multi-religiös.<sup>107</sup> Das staatliche Recht muss eine Antwort bzw. eine Reaktion hierzu liefern. Dies wird sehr deutlich am Beispiel des Golfstaates VAE.

### *1. Entwicklungen im emiratischen internationalen Familienrecht im Allgemeinen*

Die VAE haben die Absicht, ihre Rechtsordnung zu modernisieren, damit Experten und Arbeitskräfte keine Scheu haben, in den Emiraten zu arbeiten und zu leben. Allerdings ist bekannt, dass sich emiratische Richter bisher schwer damit getan haben, ausländisches Recht anzuwenden. Der Weg dafür ist von Art. 28 ZGB geebnet, wonach das ausländische Recht als Tatsache und nicht als Recht betrachtet wird. Daher ist es Aufgabe der Parteien, dieses Recht zu ermitteln,

<sup>106</sup> Rohe: *Das islamische Recht*, S. 226.

<sup>107</sup> Nishitani: *Identité culturelle de l'individu*, S. 145.

vorzutragen und nachzuweisen.<sup>108</sup> Es ist klar, dass dies für die Parteien zusätzliche Kosten bedeutet. Sich dieser Hürden bewusst seiend, hat der emiratische Gesetzgeber im Jahr 2020 versucht, das Kollisionsrecht durch das Gesetz über die Änderung des Kollisionsrechts im Bereich der Eheschließung, der Ehwirkungen, der Trennung und der Scheidung<sup>109</sup> so zu ändern, dass es den internationalen Trends näherkommt und den Parteien die Prozessführung vereinfacht.

Im neuen Kollisionsrecht ist vorgesehen, dass die Voraussetzungen der Eheschließung dem Recht des Eheschließungsrechts unterliegen (Art. 12 Abs. 1 ZGB). Gleichermäßen sind nach Art. 13 ZGB die personenbezogenen und die vermögensrechtlichen Ehwirkungen, die Scheidung und die Trennung dem Eheschließungsortsrecht unterworfen. Nach Art. 17 ZGB unterliegen die erbrechtlichen Angelegenheiten dem Heimatrecht des Erblassers. So hat das Nationalitätsprinzip an Reichweite zugunsten des Wohnsitzprinzips verloren, ohne komplett verdrängt zu sein. Dies entfernt das internationale Familienrecht in den VAE von dem Spiegelbild einer gemeinsamen arabischen Rechtskultur. Allerdings fügt der Gesetzgeber in die Novelle den unveränderten Art. 27 ZGB ein, wonach das berufene Gesetz nicht angewandt werden darf, wenn es gegen die Scharia und die Sittlichkeit verstößt.

Hinzu kommt auch die Reform des Anwendungsbereichs des emiratischen Gesetzes über das Personalstatut.<sup>110</sup> Danach wird das islamisch-rechtlich geprägte Gesetz auf alle emiratischen Bürger angewendet, es sei denn, sie unterliegen als Nichtmuslime dem Recht ihrer Religionsgemeinschaften. Dazu sind auch alle Ausländer diesem Gesetz unterworfen, es sei denn, sie entscheiden sich für die Anwendung des Heimatrechts. Dies betrifft nicht die Angelegenheiten, die im ZGB dem Recht des Eheschließungsortes unterworfen sind.

Auch auf der Ebene der einzelnen Emirate sind Maßnahmen getroffen worden, um für Ausländer oder Nichtmuslime einen flexiblen und nutzerfreundlichen Rahmen für ihre familienrechtlichen Verhältnisse zur Verfügung zu stellen.

## *2. Das Gesetz von Abu Dhabi über das Personalstatut von Nichtmuslimen*

In Abu Dhabi wurde ein Gesetz erlassen, um nichtmuslimischen Ausländern mit Wohnsitz, Aufenthaltsort oder Arbeitsort in Abu Dhabi einen flexiblen Rahmen für ihre Streitigkeiten im Bereich des Personalstatuts entsprechend der internationalen Praxis zur Verfügung zu stellen.<sup>111</sup> Das Gesetz stellt klar, dass es sich dabei

<sup>108</sup> Gallala-Arndt: Vereinigte Arabische Emirate, S. 20.

<sup>109</sup> Federal Decree Law No. 30 of 2020 Amending Certain Provisions of the Federal Law No. (5) of 1985 Concerning the Civil Code.

<sup>110</sup> Federal Decree Law No. 29 of 2020 Amending Certain Provisions of the Federal Law No. (28) of 2005 Concerning Personal Status.

<sup>111</sup> Art. 1 Abu Dhabi Law No. 14/2021 on Personal Status for Non-Muslim Foreigners in the Emirate of Abu Dhabi.

um eine Pionierinitiative handelt.<sup>112</sup> Das Gesetz zielt darauf ab, Ausländern ein Recht anzubieten, das international anerkannte Grundsätze und ihre Kultur und Tradition berücksichtigt. Nach einem hochrangigen Regierungsmitarbeiter weist diese Novelle auf den Toleranzgeist des Islams hin.<sup>113</sup>

Dieses Gesetz eröffnet nichtmuslimischen Ausländern hinsichtlich Eheschließung, Ehescheidung und Erbfolge die Wahl zwischen dem Heimatrecht und den sachrechtlichen Normen, die in dem neuen Gesetz enthalten sind.

Das Gesetz besteht aus 20 Artikeln, die in mehrere Kapitel unterteilt sind und sich mit den Themen Zivilehe, Scheidung, gemeinsames Sorgerecht für Kinder und Erbschaft befassen. Es regelt das Heiratsverfahren für Ausländer vor Gericht durch die Einführung des Konzepts einer Zivilehe auf der Grundlage des Willens von Ehemann und Ehefrau, Scheidungsverfahren und die Rechte geschiedener Ehegatten sowie die Ermessensbefugnis des Richters, die finanziellen Rechte der Ehefrau auf der Grundlage mehrerer Kriterien zu beurteilen. Das Gesetz führt auch das Konzept des gemeinsamen Sorgerechts für Kinder nach der Scheidung ein, d. h. die gleichberechtigte Beteiligung von Vater und Mutter am Sorgerecht, um den Zusammenhalt der Familie nach der Scheidung zu gewährleisten und die psychische Gesundheit der Kinder zu erhalten. Darüber hinaus befasst sich das Gesetz auch mit Fragen des Erb- und Nachlassrechts sowie mit der Regelung der Vaterschaft von Kindern für nichtmuslimische Ausländer, indem es vorsieht, dass die Vaterschaft durch Heirat oder durch Erklärung entstehen kann.

Mit diesem Gesetz geht Abu Dhabi eigene Wege in zweierlei Hinsicht: Eine sachrechtliche zivilrechtliche Regelung des Personalstatuts für nichtmuslimische Ausländer ist ein Novum in der arabischen Rechtskultur. In der muslimisch-arabischen rechtlichen Tradition unterliegen Nichtmuslime, Ausländer oder Einheimische gleichermaßen ihrem jeweiligen religiösen Recht.<sup>114</sup> Das Emirat hat sich auch von der Logik des Kollisionsrechts entfernt, indem es spezifisch für Ausländer ein Sachrecht erlassen hat, für dessen Anwendung sie sich entscheiden können. Die Besonderheit dieses Gesetzes ist auch inhaltlich. Vermutlich hatte der Gesetzgeber das Augenmerk auf Fach- und Arbeitskräfte gelegt, in deren Ländern das christlich-religiöse Recht kaum Einfluss mehr auf das staatliche Recht hat. So sollte das Gesetz die allgemeinen internationalen Standards übernehmen. Diese internationalen Standards, wie vom Gesetzgeber in Abu Dhabi verstanden, manifestieren sich in wichtigen Prinzipien, die in der arabischen Rechtskultur noch einen Fremdkörper darstellen: so die Einführung der Zivilehe ohne jeglichen Bezug zu einem religiösen Recht oder zur Religionszugehörigkeit der Ehewilligen (Art. 4) und die Gleichheit von Mann und Frau bei Eheschließung, Scheidung und Erbe (Art. 16). In dem Gesetz hat die religiöse

<sup>112</sup> Am 10. Dezember 2022 wurde ein Bundesgesetz über das Personalstatut von nichtmuslimischen Ausländern im ganzen Land verkündet. Das Gesetz soll am 1. Februar 2023 in Kraft treten. Siehe dazu Fatima: UAE announces new Personal Status Law.

<sup>113</sup> Alghoul/Ismail: UAE President issues.

<sup>114</sup> Möller: Abu Dhabi introduces personal status law.

Zugehörigkeit auch für das Erbrecht keine Relevanz. Gleichmaßen haben das Prinzip der Scheidung ohne Verschulden (Art. 6)<sup>115</sup> und das Prinzip des gemeinsamen Sorgerechts (Art. 10) Eingang in die Novelle gefunden.

Es handelt sich dabei um eine pragmatische Lösung, die nicht die Koordination zwischen den Rechtssystemen im Auge hat, sondern das unmittelbare Interesse der Parteien, ihre familien- und erbrechtlichen Angelegenheiten unkompliziert nach ihren Bedürfnissen regeln zu können. Es geht darum, den nichtmuslimischen Ausländern eine brauchbare Dienstleistung anzubieten.

Das Gesetz hat auch ein spezielles Gericht eingerichtet. Weil die Parteien dort nur Nichtmuslime sind, erlaubt das Gesetz ausdrücklich, dass auch der Richter Nichtmuslim sein kann (Art. 17).<sup>116</sup> Dieses Gericht muss sich mit schwierigen Fragen befassen, weil sich im Gesetz einige Unklarheiten befinden, wie zum Beispiel die unterschiedlichen Regelungen des Kollisionsrechts auf der Bundesebene mit dem Gesetz von Abu Dhabi zu vereinbaren sind. Wie bereits dargestellt, wurde der Kollisionsanknüpfungspunkt im Bereich der Eheschließung und Ehescheidung vom Heimatrecht auf das Recht des Eheschließungsortes geändert. In Abu Dhabi gibt das Gesetz den Nichtmuslimen die Wahl zwischen ihrem Heimatrecht und dem genannten Gesetz.

Im Dezember 2021 wurde die erste Zivilehe in Abu Dhabi im Gericht für das Personalstatut nichtmuslimischer Ausländer zwischen zwei kanadischen Bürgern geschlossen.<sup>117</sup>

Allerdings besteht das Risiko, dass Entscheidungen dieses Gerichts in den Heimatländern nicht anerkannt werden.<sup>118</sup> So könnte das Recht des Heimatlandes eine ausschließliche Zuständigkeit für sich beanspruchen, oder die Gegenseitigkeit der Anerkennung könnte nicht verbürgt sein.

Auch wenn diese Reform *sui generis* ist, weil sie die Mechanismen des IPR verlässt und Ausländer einem internen Sachrecht unterwirft, könnte die von den liberalen Prinzipien des Familienrechts gespeiste Reform den Reformbestrebungen im emiratischen *droit commun* zugunsten mehr Geschlechtergleichstellung den Weg ebnen.

## H. Schlussfolgerung

Es steht außer Zweifel, dass das internationale Personalstatut in den arabischen Ländern eine gemeinsame Rechtskultur widerspiegelt. Es ist eine Rechtskultur, in der die Religion eine signifikante Stellung und das Individuum zu seiner

<sup>115</sup> Nach Art. 6 reicht für die Scheidung aus, wenn einer der Ehegatten vor dem Gericht seinen Willen zur Trennung und zur Beendigung der ehelichen Beziehung erklärt, ohne, dass er diesen Antrag begründen oder einen Schaden nachweisen oder dem anderen die Schuld geben muss.

<sup>116</sup> Al-Nowais: Abu Dhabi opens Family Court.

<sup>117</sup> Rasheed: Abu Dhabi Issues First.

<sup>118</sup> Möller: Abu Dhabi introduces personal status law.



Religion und seinem Land eine starke Verbindung hat. Einige wenige arabische Länder haben sich von diesem Muster des arabischen internationalen Personalstatuts entfernt. Tunesien nähert sich dem westlichen Vorbild des IPR, indem es die Religions- und Staatsangehörigkeitsprivilegien beseitigt hat und Rechtsinstitutionen aus anderen arabischen Rechtsordnungen wie die Verstoßung und die Polygamie als *Ordre public*-widrig betrachtet. Ein anderes Land, die VAE, obwohl auf der Ebene des internen Personalstatuts mit islamisch-rechtlichen Standards sehr verbunden, entfernt sich von dieser Tradition für die nichtmuslimischen Ausländer. Das Emirat Abu Dhabi hat für sie ein besonderes Sachrecht geschaffen und versucht sich dabei an den internationalen Standards in diesem Bereich zu orientieren. Durch diese Initiative wird jedoch ein wesentliches Prinzip des IPR, nämlich der internationale Entscheidungseinklang, gefährdet.

Als Ausdruck einer gemeinsamen arabischen Rechtskultur bleiben jedoch gewisse Grenzen erhalten, so werden gleichgeschlechtliche Ehen auch unter Nichtmuslimen und Ausländern als *Ordre public*-widrig nicht anerkannt. Die heterosexuelle Ehe bleibt das Leitbild der Familie in der arabischen Welt.

## Bibliographie

- Abdel Wahab, Mohamed S. (2012): L'ordre public en droit international privé égyptien de la famille, in: *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du nord*, hrsg. von Nathalie Bernard-Maugiron und Baudouin Dupret, Bruxelles/Marseille: Bruylant, S. 71–95.
- Abd-Elsalam, Ahmed M. (2021): *Theologie im Wandel zur Islamisierung altarabischer Rechtsnormen*, Bielefeld: Transcript.
- Adnane, Abdelali (2021): Droit international privé et statuts personnels des non musulmans en terre d'islam: Liberté à l'infini, zéro ordre public, in: *Revista Internacional de pensamiento político* 13.1, S. 39–66.
- Al-Dabbagh, Harith (2006): Regards critiques sur les règles de conflits de lois en droit international privé irakien, in: *Revue Internationale de Droit Comparé* 3, S. 885–924.
- Alghoul, Rola / Ismail, Esraa (2021): *UAE President issues Personal Status Law for non-Muslims in Abu Dhabi* (7.11.2021), [wam.ae/en/details/1395302989938](https://wam.ae/en/details/1395302989938) (Zugriff: 16.8.2023).
- Al-Nowais, Shireena (2021): Abu Dhabi Opens Family Court for non-Muslims (14.12.2021), [www.thenationalnews.com/uae/government/2021/12/14/abudhabi-opens-family-court-for-non-muslims](https://www.thenationalnews.com/uae/government/2021/12/14/abudhabi-opens-family-court-for-non-muslims) (Zugriff: 16.8.2023).
- Béjaoui, Béchir (2015): »L'abolition des privilèges: mythe ou réalité?«, in: *Actualités du droit international privé de la famille en Tunisie et à l'étranger*, hrsg. von Souhayma Ben Achour und Lotfi Chedly, Tunis: Latrach, S. 75–104.
- Ben Achour, Souhayma (2019): Tunisia, in: *Filiation and the Protection of Parentless Children. Towards a Social Definition of the Family in Muslim Jurisdictions*,



- hrsg. von Nadjma Yassari, Lena-Maria Möller und Marie-Claude Najm, Wiesbaden: Springer VS, S. 325–350.
- Ben Achour, Souhayma (2020): Le code tunisien de droit international privé et les conventions internationales, in: *Le Code de Droit International Privé – Vingt ans d'application (1998–2018)*, hrsg. von dems. und Salma Triki, Tunis: Latrach, S. 15–48.
- Ben Achour, Yadh (2011): *La deuxième Fâtiha, l'Islam et la pensée des droits de l'Homme*, Paris: Presses Universitaires de France.
- Ben Jémia, Monia (2006): L'ordre public tunisien, peut-il s'atténuer en matière de polygamie?, in: *Polygamie et répudiation dans les relations internationale*, Tunis: AB Consulting, S. 27–41.
- Ben Lamine, Meriem (2009): La jurisprudence tunisienne en matière d'exquatur: Cas du droit de la famille, in: *Les dix-ans d'application judiciaires du code de droit international privé tunisien*, Tunis: Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, S. 1–15.
- Berger, Maurits S. (2002): Conflicts Law and Public Policy in Egyptian Family Law: Islamic Law Through the Backdoor, in: *The American Journal of Comparative Law* 50.3, S. 555–594.
- Borrmans, Maurice (1971): L'évolution du statut personnel en Afrique du nord depuis l'indépendance, in: *Monde Arabe* 43.1, S. 29–43.
- Bostanji, Sami (2022): Le for de nécessité, remède à l'ineffectivité des décisions étrangères en Tunisie, in: *Revue de la Cour de Cassation* 2, S. 71–86.
- Bostanji, Sami (2015): Rapport introductif: Le droit international privé de la famille à la croisée des chemins, in: *Actualités du Droit International Privé de la Famille en Tunisie et à l'étranger*, hrsg. von Souhayma Ben Achour und Lotfi Chedly, Tunis: Latrach, S. 9–40.
- Chādī, Lotfī/Gāzwānī, Mālik (Hgg.) (2008): *مجلة القانون الدولي الخاص [Mağallat al-qānūn ad-duwalī al-ḥāṣṣ]*, Tunis: Centre des Études juridiques et judiciaires.
- Charfi, Mohamed (1987): L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans, in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 203.3, S. 321–454.
- Chedly, Lotfi (2005): Le principe de proximité et le code tunisien de droit international privé, in: *Mouvements du droit contemporain: Mélanges offerts au professeur Sassi Ben Halima*, hrsg. von Mohamed Zine u. a., Tunis: CPU, S. 325–356.
- Déprez, Jean (1988): *Droit international privé et conflits de civilisations – Aspects méthodologiques, les relations entre systèmes d'Europe occidentale et système islamique en matière de statut personnel*, Leiden u. a.: Martinus Nijhoff.
- Elbalti, Bélig (2019): The Recognition and Enforcement of Foreign Filiation Judgements in Arab Countries, in: *Filiation and the Protection of Parentless Children. Towards a Social Definition of the Family in Muslim Jurisdictions*, hrsg. von Nadjma Yassari, Lena-Maria Möller und Marie-Claude Najm, Wiesbaden: Springer VS, S. 373–402.

- Elhawary, Ahmed M. (2013): Regulation of Conflict of Laws in the United Arab Emirates, in: *Arab Law Quarterly* 27.1, S. 1–27.
- Emon, Anver M. (2015): *Islamic Law and Private International law, the case of international child abduction*, [www.ias.edu/ideas/2015/emon-law](http://www.ias.edu/ideas/2015/emon-law) (Zugriff: 14.8.2023).
- Fatima, Saskina (2022): *UAE announces new Personal Status Law for non-Muslim Expats* (10.12.2022), [www.siasat.com/uae-announces-new-personal-status-law-for-non-muslim-expats-2476190](http://www.siasat.com/uae-announces-new-personal-status-law-for-non-muslim-expats-2476190) (Zugriff: 16.8.2023).
- Gallala-Arndt, Imen (<sup>11</sup>2013): Vereinigte Arabische Emirate (VAE), in: *Ausländisches Familienrecht*, hrsg. von Jürgen Rieck, München: C. H. Beck, S. 1–21.
- Gallala-Arndt, Imen (2016): Women's Rights at Risk?, in: *Constitutionalism, Human Rights and Islam after the Arab Spring*, hrsg. von Rainer Grote und Tilmann J. Röder, New York: Oxford University Press, S. 599–614.
- Gannagé, Léna (2013): *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures*, Leiden: Académie de Droit International de la Haye.
- Gannagé, Léna (2009): L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs, in: *Travaux du Comité français de droit international privé* 18, S. 205–241.
- Gannagé, Pierre (2000): Regards sur le droit international privé des Etats du Moyen-Orient, in: *Revue internationale de droit compare* 52.2, S. 417–427.
- Gatteschi, Domenico (1862): Du Droit international public et privé en Égypte, in: *Revue historique de droit français et étranger* 8, S. 573–595.
- Guénon, Melanie (2019): Algeria, in: *Filiation and the Protection of Parentless Children. Towards a Social Definition of the Family in Muslim Jurisdictions*, hrsg. von Nadjma Yassari, Lena-Maria Möller und Marie-Claude Najm, Wiesbaden: Springer VS, S. 45–65.
- Jayne, Erik (2003): Die kulturelle Dimension des Rechts – ihre Bedeutung für das Internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 67.2, S. 211–230.
- Kassir, Walid (2016): *Le renvoi en droit international privé – Technique de dialogue entre les cultures juridiques*, Leiden: Brill Nijhoff.
- Laabidi, Amina (2020): Le caractère exceptionnel du for de nécessité en droit international privé tunisien, in: *Le Code de Droit International Privé – Vingt ans d'application (1998–2018)*, hrsg. von Souhayma Ben Achour und Salma Triki, Tunis: Latrach, S. 161–194.
- Loukili, Mohamed (2012): L'Ordre public en droit international privé marocain de la famille, in: *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du nord*, hrsg. von Nathalie Bernard-Maugiron und Baudouin Dupret, Bruxelles/Marseille: Bruylant, S. 127–159.
- Loukili, Mohamed (2016): La jurisprudence marocaine relative à l'application du code de la famille, in: *Le code marocain de la famille en Europe – Bilan comparé de dix ans d'application*, hrsg. von Marie-Claire Foblets, Bruxelles: La Charte, S. 69–84.

- Maḥmūd, Sulṭān (2010): تعريف النظام العام [Ta'rif an-niḍām al-'ām], in: *Mağallat ar-rāfidain l-il-ḥuqūq* 43, S. 85–109.
- Mankowski, Peter (2016): *Rechtskultur* (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht 115), Tübingen: Mohr Siebeck.
- Mezghani, Ali (2001): Les innovations du code tunisien de droit international privé, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 65, S. 78–100.
- Mezghani, Ali (2003): Faut-il déjà modifier le Code de droit international privé, in: *Le code de droit international privé deux ans après*, hrsg. von Kalthoum Méziou u. a., Tunis: CPU, S. 163–175.
- Mezghani, Ali (2011): *L'État inachevé: La question du droit dans les pays arabes*, Paris: Gallimard.
- Méziou, Kalthoum (2003): Introduction au Code de Droit International Privé, in: *Le code de droit international privé deux ans après*, hrsg. von dems. u. a., Tunis: CPU, S. 1–12.
- Méziou, Kalthoum (2011): Migrations et relations familiales, in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 345, S. 17–381.
- Michaels, Ralf (2002): Im Westen nichts Neues? Zum Stand der Rechtsvergleichung 100 Jahre nach dem Pariser Kongress – Gedanken anlässlich einer Jubiläumskonferenz in New Orleans, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 97, S. 97–115.
- Michaels, Ralf (2017): Comparative Law and Private International law, in: *Encyclopedia of Private International Law* 1, hrsg. von Jürgen Basedow u. a., Cheltenham: Edward Elgar Publishing, S. 417–425.
- Michaels, Ralf/Ruiz-Abou Nigm, Verónica/Van Loon, Hans (Hgg.) (2021): *The Private Side of Transforming our World – UN Sustainable Development Goals 2030 and the Role of Private International Law*, Cambridge: Intersentia.
- Möller, Lena-Maria (2021): *Abu Dhabi introduces personal status law for non-Muslim Foreigners, shakes up domestic and International Family law* (11.11.2021), [conflictflaws.net/2021/abu-dhabi-introduces-personal-status-law-for-non-muslim-foreigners/comment-page-1](https://conflictflaws.net/2021/abu-dhabi-introduces-personal-status-law-for-non-muslim-foreigners/comment-page-1) (Zugriff: 16.8.2023).
- Morjane, Sana (2020): La reconnaissance immédiate des décisions judiciaires étrangères en droit international privé tunisien, in: *Le Code de Droit International Privé – Vingt ans d'application (1998–2018)*, hrsg. von Souhayma Ben Achour und Salma Triki, Tunis: Latrach, S. 237–250.
- Naïmi, Mustapha (2014): Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord par Nathalie Bernard-Maugiron et Baudouin Dupret, in: *Archives des sciences sociales des religions* 168, S. 127.
- Najm, Marie-Claude (2005): *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, Paris: Dalloz.
- Niboyet, Marie Lauret (2003): Regard européen sur le nouveau droit international privé tunisien, in: *Le code de droit international privé deux ans après*, hrsg. von Kalthoum Méziou u. a., Tunis: CPU, S. 47–162.

- Nishitani Yuko (2019): Identité Culturelle en Droit International Privé de la Famille, in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 401, S. 158–162.
- Rasheed, Abdulla (2021): *Abu Dhabi Issues First non-Muslim Civil Marriage Contract to Canadian Couple* (27.12.2021), [gulfnews.com/uae/abu-dhabi-issues-first-non-muslim-civil-marriage-contract-to-canadian-couple-1.84625790](https://gulfnews.com/uae/abu-dhabi-issues-first-non-muslim-civil-marriage-contract-to-canadian-couple-1.84625790) (Zugriff: 16.8.2023).
- Rohe, Mathias (2011): *Das islamische Recht. Geschichte und Gegenwart*, München: C. H. Beck.
- Säïd, Nabil Ahmed (1956): La technique de la codification en matière de droit international privé en Égypte, in: *Revue internationale de droit comparé* 3, S. 371–375.
- Seif, Ulrike (2002): Savigny und das Internationalen Privatrecht des 19. Jahrhunderts, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 65.3, S. 492–512.
- Sonnentag, Michael (2001): *Der Renvoi im Internationalen Privatrecht* (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 86), Tübingen: Mohr Siebeck.
- Stöcker, Hans A. (1974): Der internationale Ordre public im Familien- und Familienerbrecht, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 38.1, S. 79–127.
- Van Loon, Hans (2019): The accommodation of religious laws in cross-border situations: the contribution of the Hague Conference on Private International Law, in: *Cuadernos de derecho transnacional* 2.1, S. 261–267.
- Voß, Amira (2019): *Für eine Reformierung des irakischen Privatrechts* (Inauguraldissertation, Juristische Fakultät der Universität Potsdam); [doi.org/10.25932/publishup-43019](https://doi.org/10.25932/publishup-43019) (Zugriff: 15.8.2023).
- Yassari, Nadjma/Möller, Lena-Maria/Najm, Marie-Claude (Hgg.) (2019): *Filiation and the Protection of Parentless Children. Towards a Social Definition of the Family in Muslim Jurisdictions*, Wiesbaden: Springer VS.



# Grenzen der Ermittlung ausländischen Rechts

*Bruno Menhofer*

## *A. Einleitung*

Sinn des internationalen Privatrechts ist es, in den geeigneten und richtig erscheinenden Fällen ausländisches Recht zur Anwendung zu bringen. Die tatsächliche Arbeit des Rechtsanwenders ist jedoch nicht mit der Ermittlung der richtigen Kollisionsnorm beendet, sondern erfordert bei einer Verweisung ins Ausland die Ermittlung des ausländischen Rechts. Dieser ›zweite Schritt‹ im Kollisionsrecht stellt in der Praxis den oft aufwendigeren und langwierigen Arbeitsschritt gegenüber dem Auffinden der ›richtigen‹ Kollisionsnorm dar. Das Lebenswerk des in diesem Band Geehrten besteht zu einem großen Teil darin, die dann erst einsetzende mühsame Arbeit der Rechtsfindung im Rahmen des geltenden Verfahrensrechts auf den Weg zu bringen und im Rahmen einer gutachterlichen Stellungnahme umfassende Antworten zu geben, die nicht nur auf einzelne, gleichsam separierte Rechtsfragen, Antworten geben, sondern die für den jeweiligen Fall maßgeblichen Rechtsfragen und Rechtsbegriffe einordnen und erläutern. Die Ermittlung des ausländischen Rechts ist bereits Gegenstand einer Reihe von gerichtlichen Entscheidungen und Stellungnahmen der Literatur gewesen, ihre Vorgaben und Grenzen sind gleichwohl nicht abschließend geklärt. Der vorliegende Beitrag möchte hieran anknüpfend den Blick auf die Schwierigkeiten der Ermittlung religiöser Rechte oder personaler Teilrechtsordnungen lenken, wo der kollisionsrechtliche Anwendungsbefehl bisweilen auf ein schwer ermittelbares Normensubstrat stößt. Als Leitentscheidung soll dabei eine neuere Entscheidung des OLG Hamburg vorgestellt werden, an der sich die Schwierigkeiten der Ermittlung des ausländischen Rechts exemplarisch darstellen lassen.

## *B. Die Entscheidung des OLG Hamburg zum Schulchan Aruch*

Die Grenzen der Ermittelbarkeit des ausländischen Rechts zeigen sich besonders bei der Verweisung auf das Recht von Teilrechtsordnungen, sofern und soweit diesbezüglich ein aktueller Rechtsstand unter Berücksichtigung der geltenden Regelungen und deren Ausprägung in der Rechtsprechung nicht ermittelt werden kann. Ein sehr plastisches Beispiel ergibt sich aus einer aktuellen Entscheidung des OLG Hamburg vom 29. März 2021, die eine Prüfung des iranisch-jüdischen Erbrechts anhand eines Lehrbuchs aus dem 16. Jahrhundert zum Gegenstand hatte.<sup>1</sup> Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

---

<sup>1</sup> OLG Hamburg, Beschl. v. 29.3.2021 – 2 W 17/20.

Ein iranischer Staatsangehöriger jüdischen Glaubens, der den Iran verlassen hatte und jedenfalls seit 1980 bis zu seinem Tode in Deutschland lebte, errichtete im Jahre 2007 zwei wortgleiche Testamente, in denen er jeweils seine Ehefrau zur Alleinerbin einsetzte und seinen Sohn enterbte.

Nachdem in einem gerichtlichen Erbscheinverfahren im Jahre 2010 auch durch Einholung einer Stellungnahme des Max-Planck-Instituts in Hamburg keine hinreichend klaren Nachweise über den genauen Inhalt des jüdischen Rechts des Iran festgestellt werden konnten, erteilte das Nachlassgericht auf den Antrag der Ehefrau einen auf den inländischen Nachlass beschränkten Erbschein, der diese als Alleinerbin auswies. Aufgrund der angenommenen Nichtermittelbarkeit des Inhalts des iranisch-jüdischen Rechts wendete es deutsches Recht als Ersatzrecht an.<sup>2</sup> Der enterbte Sohn beantragte im Jahr 2012 die Einziehung des Erbscheins unter Berufung auf Stellungnahmen des zentralen Rabbinatsgerichts für Europa in Frankfurt am Main und des Obersten Rabbinatsgerichts für Iran. Die Ehefrau ist dem unter Bezugnahme auf die Stellungnahme einer kalifornischen Synagoge entgegengetreten. Das Nachlassgericht hat nach Einholung einer weiteren Stellungnahme der ursprünglich beauftragten Sachverständigen, der Einholung einer Stellungnahme des iranischen Generalkonsulats in Hamburg, der Vernehmung des Rabbiners der jüdischen Gemeinde in Hamburg sowie nach Auswertung eines Lehrbuchs, des Schulchan Aruch, das iranisch-jüdische Recht als nicht ermittelbar angesehen. Den Antrag auf Einziehung des Erbscheins hat es danach unter erneuter Anwendung des deutschen Rechts als Ersatzrecht zurückgewiesen.<sup>3</sup>

Das Oberlandesgericht Hamburg hat die dagegen gerichtete Beschwerde des Sohnes zurückgewiesen. Gemäß Art. 3 Abs. 3 des Niederlassungsabkommens zwischen dem Deutschen Reich und dem Kaiserreich Persien vom 7. Februar 1929 finde das iranische Erbrecht auf den vorliegenden Fall Anwendung. Soweit das Oberlandesgericht Hamburg eine Flüchtlingseigenschaft des Erblassers geprüft hatte, die gemäß Art. 12 GFK und Art. 25 EGBGB alter Fassung zu einer Anwendbarkeit des deutschen Erbrechts geführt hätten, hat es dies im Ergebnis dahinstehen lassen und ist zu Gunsten des Antragstellers weiter davon ausgegangen, dass es bei der Anwendung des iranischen Rechts verbleibe.

Gemäß Art. 1 Abs. 2 des iranischen Gesetzes über die Zulässigkeit der Berücksichtigung des Personalstatuts nichtschiiitischer Iraner durch die Gerichte vom 10.5.1312/1.8.1933 richte sich das auf den Erbfall anzuwendende Recht nach dem jüdisch-religiösen Recht.

Nachdem konkrete Regelungen und Gesetzeswerke hierzu für das Oberlandesgericht nicht feststellbar waren, hat es sich mit den durch den Antragsteller angeführten Regelungen in dem Schulchan Aruch auseinandergesetzt. Es hat danach angenommen, dass nach diesen Regelungen die Erbinsetzung der Ehe-

<sup>2</sup> AG Hamburg-St. Georg, Beschl. v. 1.12.2010 – 970 IV 154/10.

<sup>3</sup> AG Hamburg-St. Georg, Beschl. v. 25.9.2019 – 970 IV 154/10.



frau nach jüdisch-religiösem Recht als unwirksam anzusehen wäre. Diese Regeln würden indessen wegen eines Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz und wegen unzulässiger Einschränkung der Testierfreiheit den deutschen *Ordre public* verletzen, so dass es wiederum bei der Anwendung deutschen Rechts bleibt. Der Erbschein war danach zutreffend erteilt und nicht einzuziehen.<sup>4</sup>

Die Entscheidung wirft in unterschiedlichen Kontexten eine Reihe von Fragen auf. Sie verdeutlicht vor allem aber in sehr plastischer Weise die hohen Anforderungen des internationalen Privatrechts an den Rechtsanwender bei der Ermittlung und Anwendung schwer zugänglicher ausländischer Rechtsordnungen.

Ein besonderes Augenmerk verdient hierbei zunächst die vorliegend maßgebliche Verweisungsnorm des anwendbaren iranischen Rechts: Das dortige Gesetz vom 22. Juli 1933 sieht in Art. 1 Ziff. 2 vor, dass in Fragen der gesetzlichen Erbfolge und des Testaments »die in der Religionsrichtung des Erblassers in Geltung stehenden, unbestrittenen Regeln und Bräuche« zur Anwendung gelangen.<sup>5</sup> Erst diese Verweisung erforderte die mühsame Ermittlung des für die jüdische Religionsgemeinschaft im Iran geltenden Rechtes.

Mangels auffindbarer expliziter iranischer Regelungen hierzu war daher auf das Recht der Religionsgemeinschaft selbst zurückzugreifen, das nicht kodifiziert ist. Ein Rückgriff auf im Recht des Staates Israel geltende Regeln verbot sich im vorliegenden Fall bereits deshalb, weil insoweit zwar in Einzelfällen das Recht der jüdischen Gemeinschaft zur Anwendung kommen kann, das Erbrecht in Israel aber einheitlich für alle Staatsangehörigen geregelt ist.<sup>6</sup>

Bezugspunkt der interreligiösen Verweisung ist damit nicht eine besondere gesetzliche Regelung, sondern es sind die Regeln und Gebräuche einer Religionsgemeinschaft. Auch diese sind nach Anwendbarkeitserklärung durch den staatlichen Gesetzgeber gemäß § 293 ZPO durch den deutschen Rechtsanwender zu ermitteln. Das Beispiel demonstriert recht gut die rechtlichen Unschärfen, die bei der Verweisung auf ausländisches Recht auftreten können.

Nähere Betrachtung verdient hier auch die Prüfung des Schulchan Aruch als Rechtsquelle des jüdisch-iranischen Rechts: Bei dem Schulchan Aruch (>gedeckter Tisch<) handelt es sich um eine Kompilation von Gesetzesanmerkungen, die Josef Karo im 16. Jahrhundert fertigte und die eine Darstellung der für das jüdische religiöse Leben relevanten Rechtsregeln enthält.<sup>7</sup> Der Schulchan Aruch bildet für den täglichen Gebrauch weltweit bei vielen Juden, vor allem im orthodoxen Judentum, eine anerkannte schriftliche Rechtsvorschrift.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> OLG Hamburg, Beschl. v. 29.3.2021 – 2 W 17/20.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu Gutachten 5 in Elwan: *Gutachten zum ausländischen Familien- und Erbrecht*, S. 250.

<sup>6</sup> Vgl. hierzu Margalith/Assan: *Länderbericht Israel*, S. 3 f. und 19 f.

<sup>7</sup> Vgl. hierzu ebd., S. 30; Lehner: *Religiöses Eheverständnis*, S. 4 f.; zu dem geschichtlichen Hintergrund des Schulchan Aruch und seiner Rezeption vgl. auch Cranshaw, *jurisPR-IWR* 1/2020 Anm. 5; Cranshaw, *jurisPR-IWR* 6/2021 Anm. 3; auch die jüdische Religionsgemeinschaft in Ägypten griff auf Gesetzsammlungen einzelner Rechtsgelehrter, unter anderem auch den Schulchan Aruch zurück: Menhofer: *Religiöses Recht*, S. 67.

<sup>8</sup> »Schulchan Aruch«, 2022.



Im Weiteren soll unter Bezugnahme auf die genannte Entscheidung untersucht werden, wie die Ermittlung ausländischen Rechts in der gutachterlichen Praxis den hierfür durch die Rechtsprechung gestellten Anforderungen standhalten kann.

### *C. Die Ermittlung ausländischen Rechts*

Die Ermittlung des ausländischen Rechts ist gleichsam die Kehrseite der Münze des internationalen Privatrechts. Während die Vorderseite nach dem internationalprivatrechtlichen Ziel der Berücksichtigung ausländischer Rechtsvorstellungen die sachgerechte Kollisionsnorm für den zu entscheidenden Fall ermittelt, ist die Rückseite mit dem Substrat des ausländischen Rechts zu füllen, das hierfür zur Anwendung berufen ist. Eigene internationalprivatrechtliche Regelungen für die Ermittlung des ausländischen Rechts bestehen nicht. In der Praxis wird die Erforschung und Darstellung des ausländischen Rechts durch universitäre, insbesondere rechtsvergleichende Forschung und die Befassung mit ausländischen Rechtsregeln und Rechtsordnungen in der Literatur ausgefüllt.

Die maßgebliche Leitnorm im deutschen Zivilprozess ist § 293 ZPO, dessen Auslegung maßgeblich durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und damit stark durch verfahrensrechtliche Vorgaben geprägt ist. Wie im Zuge der weiteren Darstellung zu zeigen sein wird, ist die Ermittlung des ausländischen Rechts aber maßgeblich als Entsprechung zur kollisionsrechtlichen Verweisung zu verstehen und daher nicht nur verfahrensrechtlich einzuordnen.

#### *I. Amtswegige Ermittlung des ausländischen Rechts*

Die Kenntnis des deutschen Rechts wird, nach dem Grundsatz *iura novit curia*, von dem den Fall entscheidenden Richter vorausgesetzt. Hierzu gehört, was in der Praxis doch wiederholt zu betonen ist, neben dem europarechtlichem Einheitsrecht auch die Kenntnis des deutschen internationalen Privatrechts und der hierfür maßgeblichen Normen und Rechtsverständnisse. Ist eine Auslandsberührung gegeben, so ist der Richter aufgrund des uneingeschränkt geltenden deutschen Kollisionsrechts zur kollisionsrechtlichen Prüfung verpflichtet.<sup>9</sup>

Bei der Anwendbarkeit ausländischen Rechts ist dies jedoch nur eingeschränkt der Fall. Ausländisches Recht ist nach allgemeiner Auffassung keine Tatsache, sondern Recht, dessen Kenntnis sich der entscheidende Richter regelmäßig verschaffen muss.<sup>10</sup> Er kann sich hierfür auf Vorbringen der Parteien berufen, ist aber in der Heranziehung weiterer Erkenntnisquellen grundsätzlich frei. Die

<sup>9</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 25.9.1997 – II ZR 113/96; Urt. v. 13.12.2000 – XII ZR 278/98; BGH, Urt. v. 15.7.2008 – VI ZR 105/07.

<sup>10</sup> Hierzu vgl. nur Prütting, MüKo-ZPO, § 293 Rn. 14; Zöller/Geimer, ZPO, § 293 Rn. 2; Geimer, IZPR, Rn. 2577 f.

Anerkennung ausländischen Rechts als Recht erscheint auch, anders als etwa im angloamerikanischen Rechtskreis, wo dies als Tatsache behandelt wird, inhaltlich zutreffend.<sup>11</sup> Denn die kollisionsrechtliche Verweisung bezieht sich gerade auf geltende Rechtssätze. Lediglich aus der Schwierigkeit, die Vielfalt und teilweise schwere Zugänglichkeit der weltweit geltenden Normen und Regelungen dem deutschen Richter zugänglich zu machen, ergibt sich die verfahrensrechtlich notwendige Folge, die Beibringung dieser Regeln beweisähnlichen Regelungen zu unterwerfen.

In welcher Weise der Tatrichter das ihm unbekannte ausländische Recht ermittelt, stellt § 293 ZPO in sein pflichtgemäßes Ermessen.<sup>12</sup> Art und Umfang der gebotenen Maßnahmen richten sich insbesondere danach, welche Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art die erforderliche Feststellung bereitet. Tragen die Parteien zu der maßgeblichen Rechtsfrage eingehend und kontrovers vor, kann es geboten sein, die zugänglichen Erkenntnismittel umfassend auszuschöpfen.<sup>13</sup>

Das Maß der Ermittlung des ausländischen Rechts ist § 293 ZPO nicht unmittelbar zu entnehmen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat hierzu Leitlinien entwickelt, die von dem Rechtsanwender letztlich eine jeweils fallbezogene Prüfung der Intensität, der Dauer und der Tiefe der Ermittlung des ausländischen Rechts erfordern.

Diese von Amts wegen bestehende Pflicht zur Ermittlung des Inhalts des ausländischen Rechts stellt keine Beweisaufnahme dar, sondern eine Informationsbeschaffung eigener Art für das Gericht. Dem Richter stehen dabei grundsätzlich die Möglichkeiten des Freibeweises zur Verfügung, d.h., er hat von sich aus sämtliche ihm zugänglichen Erkenntnismöglichkeiten auszuschöpfen. Gegebenenfalls kann er – und in der Praxis wird er auch regelmäßig – ein Sachverständigengutachten einholen. Dieses unterliegt nicht unmittelbar den Regelungen der §§ 402 f. ZPO, weil der Beweisgegenstand nicht den Beweisregeln zum Strengbeweis unterliegt und keine Tatsachenbehauptungen betrifft. Das Gericht ist aber im Rahmen seines Ermittlungsermessens nach § 293 ZPO an die Wahrung der entsprechenden Rechte der Parteien gebunden. Das bedeutet, dass Kostenvorschüsse einzuholen sind, der Sachverständige anzuleiten ist und die Frage- und Anhörungsrechte der Parteien uneingeschränkt gelten.<sup>14</sup>

Eine maßgebliche Weichenstellung für die Praxis ergibt sich hierbei aus der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach der Tatrichter sich bei der Ermittlung ausländischen Rechts nicht auf die Heranziehung der Rechtsquellen beschränken, sondern auch die konkrete Ausgestaltung des Rechts in

<sup>11</sup> Das gleiche Grundverständnis gilt in Frankreich, wo der Richter gleichfalls im Regelfall auf die Ermittlung des ausländischen Rechts durch Einholung von Sachverständigengutachten angewiesen ist: Corneloup: Rechtsermittlung, S. 850.

<sup>12</sup> Kritisch zur Gesetzesformulierung: Otto: Der verunglückte § 293, S. 299–305.

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 13.5.1997 – IX ZR 292/96.

<sup>14</sup> Zu letzterem: BGH, Urt. v. 15.6.1994 – VIII ZR 237/93.

der ausländischen Rechtspraxis, insbesondere die ausländische Rechtsprechung, berücksichtigen muss.<sup>15</sup> Aus den Anforderungen der Rechtsprechung zur Ermittlung des ausländischen Rechts folgt, dass nicht nur der reine Gesetzestext, sondern auch dessen gelebte Praxis in Literatur und Rechtsprechung herangezogen werden sollen. Dies schließt ein, »wann das Gesetz angewandt wird und wann nicht«.<sup>16</sup> Auf die Schwierigkeiten der Abgrenzung dessen, was die konkrete Ausgestaltung des ausländischen Rechtes jeweils ist und die Frage, wie diese Erkenntnisse in verfahrensrechtlich gesicherter Weise in den Prozess eingebracht werden könne, wird weiter unten differenziert einzugehen sein.

Dem besonderen Charakter der Anwendung des ausländischen Rechts entspricht es, dass in der Rechtsmittelinstanz nicht dessen Inhalt selbst zur Überprüfung steht, sondern lediglich die verfahrensmäßig richtige Ermittlung und Anwendung des ausländischen Rechts. Eine unzureichende Ermittlung kann dabei aber schon dann angenommen werden, wenn die angefochtene Entscheidung hierzu keinen hinreichenden Aufschluss darüber gibt, denn danach sei davon auszugehen, dass eine ausreichende Erforschung des ausländischen Rechts verfahrensfehlerhaft unterblieben sei.<sup>17</sup>

Dies gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch nach der Neufassung des § 545 ZPO unverändert.<sup>18</sup> Während die Revisibilität ausländischen Rechts in den Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Auffassungen in der Literatur streitig war, hat der Bundesgerichtshof auch diese Frage geklärt. Er hat der Fassung des § 72 FamFG entnommen, dass hier ebenso wie bei § 545 ZPO keine Revisibilität des Inhalts des ausländischen Rechtes gegeben ist, sondern lediglich seine unzureichende oder fehlerhafte Ermittlung gerügt werden kann.<sup>19</sup> Da nach einhelliger Auffassung die Art und Weise der Ermittlung des ausländischen Rechts sich auch in den Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach den Vorgaben des § 293 ZPO richtet, ist somit ein Gleichklang in der Ermittlung des ausländischen Rechts in zivilrechtlichen und in familien- und erbrechtlichen Streitigkeiten gegeben.

Wann im konkreten Einzelfall eine unzureichende Ermittlung des ausländischen Rechts gegeben ist, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ausdrücklich der Entscheidung im Einzelfall vorbehalten; das Ergebnis seiner Überprüfung ist danach aber gleichfalls regelmäßig schwer abzuschätzen.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> St. Rspr.; vgl. nur BGH, Urt. v. 14.1.2014 – II ZR 192/13.

<sup>16</sup> So Spellenberg: Ermittlung ausländischen Rechts, S. 141: »Alles andere wäre nicht das betreffende fremde Recht, sondern ein Kunstgebilde«.

<sup>17</sup> St. Rspr.: BGH, Urt. v. 26.6.2001 – XI ZR 241/00; Urt. v. 23.4.2002 – XI ZR 136/01; Beschl. v. 30.4.2013 – VII ZB 22/12.

<sup>18</sup> BGH, Beschl. v. 4.7.2013 – V ZB 197/12; Urt. v. 14.1.2014 – II ZR 192/13; vgl. hierzu Hess/Hübner: Revisibilität, S. 3231 f.; kritisch zur fehlenden Revisibilität: Geimer, IZPR, Rn. 2601 f.

<sup>19</sup> BGH, Beschl. v. 4.7.2013 – V ZB 197/12.

<sup>20</sup> Kritisch hierzu und zu einer möglichen Vermischung der Prüfung der Verfahrensrüge der unzureichenden Ermittlung des ausländischen Rechts und der (materiellen) Prüfung der unrichtigen Anwendung des ausländischen Rechts: Geimer, IZPR, Rn. 2616; ähnlich Thole,

Allein schon aus dieser verfahrensrechtlichen Sonderstellung wird die fallentscheidende Bedeutung der Ermittlung und Anwendung des ausländischen Rechts für den Einzelfall deutlich. Denn aus der durch die Rechtsprechung weitgespannten Ermittlungspflicht des ausländischen Rechts folgt eine Verpflichtung des Rechtsanwenders in zweierlei Hinsicht: In erster Linie ist er verpflichtet, den Bestand an Rechtsregeln im ausländischen Recht zu ermitteln. Im Weiteren soll hierbei von der Feststellbarkeit des ausländischen Rechts gesprochen werden, das ähnlich wie ein tatsächlicher Sachverhalt der Erkenntnismöglichkeit des Richters unterliegt und nicht nur vorgetragen, sondern von ihm selbst aktiv im Wege der Amtsermittlung nach dem Maßstab des Freibeweises herangezogen wird.<sup>21</sup> Hiervon zu unterscheiden ist aber die implizite Pflicht zur vollständigen Ermittlung des ausländischen Rechts, die im Folgenden als inhaltliche Ermittlung des ausländischen Rechts beschrieben werden soll und insbesondere in den Fällen der schwierigen oder Nichtermittelbarkeit Fragen aufwirft.

## *II. Wege zur Ermittlung des ausländischen Rechts*

In der Praxis stellt sich immer wieder die Frage der Zugänglichkeit ausländischer rechtlicher Regelungen. Innerhalb des europäischen Rechtsraums ist diese in den letzten Jahren deutlich verbessert worden. Für den entscheidenden Richter besteht dabei die Möglichkeit, Rechtsauskünfte verschiedener Stellen zu erlangen, insbesondere von Botschaften der betreffenden Staaten oder Auskünfte der deutschen Botschaften im Ausland. Auch kann heute eine Internetrecherche üblicherweise einen ersten Zugang bieten.<sup>22</sup> Dies gilt allerdings vorwiegend hinsichtlich der Veröffentlichung von Gesetzestexten und einführenden Darstellungen zu Rechtsfragen, die sich etwa teilweise auf der Seite von Handelskammern befinden.<sup>23</sup> Zu sehr vielen Rechtskreisen und Rechtsordnungen gibt es Literatur in deutscher Sprache, die oft weiterführende Hinweise oder bereits umfassende und für den jeweiligen Einzelfall gegebenenfalls auch ausreichende Erklärungen enthält.

Insbesondere zu familienrechtlichen und erbrechtlichen Fragen bestehen daneben seit langen Jahren etablierte Entscheidungssammlungen und Nach-

ZPO, § 293 Rn. 82 f.

<sup>21</sup> Zu einer ähnlichen Unterscheidung nach der Ermittlung der deskriptiven Ebene und der interpretatorischen Ebene: Yassari: Staatszerfall, S. 957 m. w. N.; ähnlich auch Thole, ZPO, § 293 Rn. 66, wonach die Beurteilung der Richtigkeit der Erkenntnisquelle von der inhaltlichen Bindung des Gerichts an den ermittelten Rechtssatz und dessen Auslegung zu unterscheiden sei.

<sup>22</sup> Überblick bei von Hein, MüKo-BGB, Einl IPR Rn. 325; Hüßtege: Internetrecherche, S. 261 f. mit Nachweisen zu weiteren Erkenntnisquellen. Sehr plastisch ist hier ein durch das OLG München entschiedener Fall: Zwar ist der Tatrichter grundsätzlich nach pflichtgemäßem Ermessen frei, wie er sich fehlende Kenntnisse ausländischen Rechts verschafft; eine Internet-Recherche zu Reisehinweisen für und zu Verkehrsregeln in Portugal ist jedoch mangels Verbindlichkeit und Zuverlässigkeit nicht ausreichend (OLG München, Urt. v. 21.10.2016 – 10 U 2372/16).

<sup>23</sup> Z. B. Länderberichte zu wirtschaftsbezogenen Fragen bei [www.gtai.de](http://www.gtai.de) (Zugriff: 4.3.2023).

schlagewerke, die jedenfalls einen ersten Einstieg in die rechtliche Prüfung ermöglichen.<sup>24</sup> Nur eingeschränkte Erkenntnisse für den Einzelfall lassen sich dagegen aus Informationsmöglichkeiten wie dem Londoner Europäischen Übereinkommen vom 7. Juni 1968 entnehmen, da dieses lediglich der Beantwortung abstrakter Rechtsfragen dient.<sup>25</sup>

Übereinstimmendes Vorbringen der Parteien im Prozess zum Inhalt des ausländischen Rechts kann der Richter als ausreichende Erkenntnis verwerten, in der Regel wird er jedoch gehalten sein, eine diesbezügliche Überprüfung anhand weiterer Kriterien vorzunehmen.

Die übereinstimmende Verneinung eines Auslandsbezugs durch die Parteien entbindet den Richter dagegen weder von der Ermittlung des maßgeblichen Kollisionsrechts, noch von der des möglicherweise anwendbaren ausländischen Rechts.<sup>26</sup> Der Bundesgerichtshof hält daran fest, dass der Parteivortrag das reversible Ermittlungsermessen des Richters beeinflusst. Tragen die Parteien eine bestimmte ausländische Rechtspraxis detailliert und kontrovers vor, ist er – abhängig jeweils von den Besonderheiten des Einzelfalls – gehalten, sich gegebenenfalls detailliert mit den einzelnen Rechtsauffassungen auseinanderzusetzen.<sup>27</sup> § 293 ZPO postuliert dabei eine genuine Ermittlungspflicht des Gerichts, zu der die Parteien lediglich beitragen, diese aber nicht ersetzen können.<sup>28</sup> Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof es bereits für nicht ausreichend erachtet, wenn das Gericht sich mit einer von einer Partei vorgelegten Übersetzung eines ausländischen Gesetzestextes begnügt und hat es für erforderlich erachtet, dass das Gericht sich den Gesetzestext im Original verschafft.<sup>29</sup>

Hieran wird die letztlich nicht auflösbare Zwitterstellung des ausländischen Rechts im System des deutschen Zivilprozessrechts deutlich: Anders als bei Tatsachen, die die Parteien übereinstimmend unstreitig stellen können und bei deren Fehlen der Richter stets eine rechtliche Entscheidungsmöglichkeit hat, ist der Richter auf die Auffindung eines zutreffenden Obersatzes angewiesen, auch wenn sich dies nicht wie beim inländischen Recht in aller Regel durch eine überschaubare Recherche in einem etablierten Kommentar bewerkstelligen lässt. Das Vorbringen der Parteien kann insoweit einerseits eine Stütze sein, als diese

<sup>24</sup> Z. B. Heinrich/Dutta/Ebert: *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*; Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann: *Internationales Erbrecht*.

<sup>25</sup> Vgl. Prütting, MüKo-ZPO, § 293 Rn. 46; Hüßtege: Internetrecherche, S. 2631 f.

<sup>26</sup> BGH, Urt. v. 15.7.2008 – VI ZR 105/07.

<sup>27</sup> BGH, Urt. v. 30.4.1990 – IX ZR 233/90.

<sup>28</sup> Die Ermittlungspflicht des Richters wird hierdurch lediglich eingeschränkt, aber nicht aufgehoben: Seibl: *Iura novit curia*, S. 433 f.

<sup>29</sup> BGH, Urt. v. 26.6.2001 – XI ZR 241/00; als nicht näher begründete allgemeine Anforderungen fehlt diesem Anspruch jedoch eine hinreichende Grundlage. Zutreffend dürfte dies in den Fällen sein, in denen Zweifel an der Entscheidbarkeit des Rechtstreites allein auf der Grundlage der vorliegenden Übersetzung ohne weitere Kenntnisse des ausländischen Rechts geltend gemacht werden können oder wenn die Parteien über den zutreffenden Inhalt der Übersetzung streiten; ähnlich: Thole, ZPO, § 293 Rn. 52.

durch die Einführung von Literatur- und Rechtsprechungsbelegen die Rechtsermittlung des Richters unterstützen. In aller Regel wird dies jedoch wegen der unterschiedlichen Rechtsauffassungen die Rechtslage verunklaren und zu unterschiedlichen Obersätzen führen, was den Ermittlungsdruck für den Rechtsanwender erhöht. Sofern die Parteien nicht ein Privatgutachten beibringen, dessen Feststellungen akzeptiert werden und die auch für den Richter eine hinreichende Erkenntnisgrundlage darstellen, wird in der Praxis daher regelmäßig ein Sachverständigengutachten zu beauftragen sein.<sup>30</sup>

Dies gilt besonders bei komplexen Fragestellungen, die nicht etwa nur die bloße Kenntnis einzelner Normen betreffen, und auch bei außerhalb des europäischen Rechtskreis gelegenen Rechtsordnungen. Hier stößt die Umsetzung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an faktische Grenzen, denn der Tatrichter soll seiner Erforschungspflicht schon dann nicht genügen, wenn er das Gutachten eines (Sachverständigen eines) wissenschaftlichen Instituts einholt, sofern es entscheidend auf die ausländische Rechtspraxis ankommt und der Gutachter nicht über spezielle Kenntnisse derselben verfügt, vielmehr allein auf die Auswertung der ihm zugänglichen Literatur angewiesen ist.<sup>31</sup>

### *III. Reichweite der Ermittlung des ausländischen Rechts*

Der Bundesgerichtshof hat die gebotene Reichweite der Ermittlung des ausländischen Rechts in einer Reihe von Entscheidungen festgelegt. Die gefestigte Rechtsprechung mehrerer Zivilsenate wiederholt daher regelmäßig als Obersatz, dass nach § 293 ZPO der Tatrichter ausländisches Recht von Amts wegen zu ermitteln hat. Wie er sich diese Kenntnis verschafft, liege in seinem pflichtgemäßen Ermessen. Jedoch darf sich die Ermittlung des fremden Rechts nicht auf die Heranziehung der Rechtsquellen beschränken, sondern muss auch die konkrete Ausgestaltung des Rechts in der ausländischen Rechtspraxis, insbesondere die ausländische Rechtsprechung, berücksichtigen. Der Tatrichter sei danach gehalten, das Recht als Ganzes zu ermitteln, wie es sich in Lehre und Rechtsprechung entwickelt hat. Er muss dabei die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausschöpfen.<sup>32</sup> Noch weitreichender hat es das Bundesverwaltungsgericht formuliert: Es gilt der Grundsatz der größtmöglichen Annäherung an das ausländische Recht, das in seinem systematischen Kontext, mit Hilfe der im ausländischen Rechtssystem gebräuchlichen Methoden und unter Einbeziehung der ausländischen Rechtsprechung erfasst werden muss.<sup>33</sup> Vom Revisionsgericht bzw. vom Rechtsbeschwerdegericht werde insoweit lediglich überprüft, ob der

<sup>30</sup> Zu den hierdurch regelmäßig anfallenden Kosten: Seibl: *Iura novit curia*, S. 439 f.

<sup>31</sup> BGH, Urt. v. 21.1.1991 – II ZR 49/90.

<sup>32</sup> St. Rspr.; vgl. BGH, Urt. v. 23.4.2002 – XI ZR 136/01; Urt. v. 23.6.2003 – II ZR 305/01; Urt. v. 14.1.2014 – II ZR 192/13; Beschl. v. 9.2.2017 – V ZB 166/15.

<sup>33</sup> BVerwG, Urt. v. 19.7.2012 – 10 C 2/12, unter Bezugnahme auf eine gefestigte Rechtsprechung.

Tatrichter sein Ermessen rechtsfehlerfrei ausgeübt, insbesondere sich anbietende Erkenntnisquellen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls hinreichend ausgeschöpft hat.

Diese auf der Grundlage der Auslegung einer Verfahrensvorschrift entstandene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die – soweit ersichtlich – weitgehend in der Literatur Akzeptanz erfahren hat, impliziert jedoch letztlich einen unerfüllbaren Anspruch: Denn die Vorgabe, das ausländische Recht als Ganzes zu ermitteln, wie es sich in Lehre und Rechtsprechung entwickelt habe, betrifft seine umfassende inhaltliche Ermittlung, sein richtiges Verständnis und seine hiernach richtige Anwendung. Dass dieser in den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs durch eher beiläufige und stets gleichlautende Formulierungen wiederholte Anspruch letztlich unerfüllbar ist, ergibt sich leicht aus einem Vergleich mit dem Anspruch, das inländische deutsche Recht als Ganzes zu ermitteln, wie es sich in Lehre und Rechtsprechung entwickelt hat. Nicht zuletzt aus der Vielzahl divergierender gerichtlicher Entscheidungen und der Vielfalt juristischer Meinungen zum inländischen Recht lässt sich die Unmöglichkeit der konsequenten Umsetzung dieses Anspruchs erkennen.<sup>34</sup> Denn das bloß verfahrensbezogene Verständnis der Ermittlung des ausländischen Rechts blendet aus, dass dieses – ebenso wie das inländische Recht – nicht statisch und eindeutig ist, sondern selbst wiederum Unklarheiten und streitige Fragen aufwirft. Trotz der grundsätzlichen Ermittlung der einschlägigen Rechtssätze kann danach die konkrete Einzelfrage, die es zu beantworten gilt, umstritten, nicht geregelt oder nicht höchstrichterlich entschieden sein.<sup>35</sup> Dass der Rechtsanwender – im Einzelfall – durch die Ermittlungen ausländischer Rechtsnormen oder auch durch die Einholung eines Sachverständigen in die Lage versetzt sein soll, eine ihm fremde und möglicherweise komplexe ausländische Rechtsordnung in der Form zu erfassen wie jemand, der diese studiert und lange Zeit angewendet hat, ist danach letztlich ein bloßes Desideratum.

Dem durch den Bundesgerichtshof formulierten Anspruch der weitestgehenden Ausermittlung des Inhalts des ausländischen Rechts in seiner Rechtspraxis und seiner tatsächlichen Gestalt steht daneben das faktische Problem der Erschöpfung der Erkenntnismöglichkeiten gegenüber, wenn seine Regelungen und ihr Verständnis auch bei Ausschöpfung der Ermittlungsmöglichkeiten nicht hinreichend klar werden.

Dies lässt sich sehr deutlich an einer Kontroverse des OLG Hamm mit dem Bundesgerichtshof darstellen: In den Fällen unbegleiteter minderjähriger guineischer Staatsangehöriger stellte sich in Familienverfahren die Frage, ab welchem Alter eine Volljährigkeit der Flüchtlinge anzunehmen war. Während ein guineischer Gesetzestext auf das Alter von 21 Jahren abstellte, war unklar, welche Fol-

<sup>34</sup> Insoweit wird auch von der »Fiktion der Vollständigkeit des ausländischen Rechts« gesprochen: Thole, ZPO, § 293 Rn. 35.

<sup>35</sup> Zit. nach Yassari: Staatszerfall, S. 956.



gen sich diesbezüglich aus dem später erlassenen Art. 168 des Code de l'enfant ergeben, der auf ein Alter von 18 Jahren rekurriert. Der Bundesgerichtshof hat Entscheidungen des OLG Hamm, das sich nach Einholung von Auskünften zum guineischen Recht auf das Alter von 21 Jahren gestützt hatte, wegen unzureichender Ermittlungen aufgehoben und hat angemahnt, dass diesbezüglich ein aussagekräftiges Sachverständigengutachten einzuholen sei.<sup>36</sup> Nach Einholung von (weiteren) Stellungnahmen der guineischen Botschaft in der Bundesrepublik und der deutschen Botschaft in Conakry hat das OLG Hamm nunmehr auf ein Volljährigkeitsalter von 18 Jahren rekurriert und ausgeführt, dass sich die Einholung eines Sachverständigengutachtens erübrigt habe, da der Sachverständige auch nicht über weitergehende Kenntnisse verfügen könne.<sup>37</sup> Der zu dem Bereich des afrikanischen Rechts renommierte Sachverständige Prof. Spellenberg hat hierzu mitgeteilt, zu diesen Fragen auch lediglich über die Gesetzestexte zu verfügen, aber keinen Zugang zu Theorie und oder Praxis zu finden.<sup>38</sup>

Das Beispiel zeigt plastisch auf, dass die Problematik der Ermittlung ausländischen Rechts oft weniger das Verständnis der ausländischen Rechtsregeln ist, als der rein faktische Zugang zur Rechtsprechung und Literatur, die sich insbesondere außerhalb des europäischen oder nordamerikanischen Rechtskreises oft nicht in der Dichte und Zugänglichkeit finden lässt, wie dies etwa bei inländischem Recht der Fall ist.

Geht es aber nicht um die Auffindung und inhaltlich zutreffende Bestimmung von Rechtsregeln, die als Obersätze für eine Entscheidungsfindung dienen können, sondern um die verfahrensbezogene Deutung der Vorschrift, nämlich der tatsächlichen Feststellung vorhandener Regeln und ihrer Einführung in den Prozess, so führt die genannte Anforderung des Bundesgerichtshofs lediglich dazu, dass der Rechtsanwender sich bei der Ermittlung des ausländischen Rechts nicht auf die bloßen Gesetzestexte und Normen beschränken kann, sondern dass er sich zu bemühen hat, deren Anwendung, Auslegung und Verständnis im ausländischen Recht nach Möglichkeit zu erfassen.

Bedeutsam wird diese Unterscheidung insbesondere bei den Fragen der faktischen Nichtermittelbarkeit einzelner Rechte und der Frage des anwendbaren Ersatzrechtes, wie weiter unten zu zeigen sein wird.

#### *IV. Verweisung auf religiöse Rechtsordnungen und Teilrechtsordnungen*

Ausgangspunkt der kollisionsrechtlichen Verweisungen auf ausländische Rechtsordnungen ist die Rechtsetzungshoheit des jeweiligen Staates. Danach kann nicht die Rechtsordnung einer einzelnen Religion oder Glaubensgemeinschaft Gegen-

<sup>36</sup> BGH, Beschl. v. 20.12.2017 – XII ZB 333/17; Beschl. v. 24.1.2018 – XII ZB 423/17.

<sup>37</sup> OLG Hamm, Beschl. v. 20.2.2018 – II-4 UF 243/16; Beschl. v. 21.8.2018 – II-12 UF 224/16, Beschl. v. 2.11.2018 – 6 UF 50/18.

<sup>38</sup> Spellenberg: Ermittlung ausländischen Rechts, S. 145, Rn. 113.



stand einer staatlichen Verweisung sein, es bedarf vielmehr der Prüfung des ausländischen Rechts, ob dieses wiederum auf einer religiösen Rechtsordnung oder Rechtsvorstellungen basiert oder ob dieses im Wege der Teilverweisung auf die Rechtsordnung bestimmter Religionsgemeinschaften verweist.<sup>39</sup>

Religiöse Rechtsordnungen begegnen dem Rechtsanwender im internationalen Privatrecht noch regelmäßig in den Fällen, in denen Rechtsordnungen islamisch geprägter Staaten zur Anwendung gelangen sollen.<sup>40</sup> In diesen Staaten ist das zur Anwendung berufene Recht in der Regel das islamische Recht, wobei eine Vielzahl von Ausnahmen zu berücksichtigen ist. Zunächst haben die staatlichen Gesetzgeber einzelne Gegenstände einer staatlichen Regelung unterworfen.<sup>41</sup> Diese gelten regelmäßig für alle Staatsangehörigen oder Rechtsunterworfenen unabhängig von ihrer Religionszugehörigkeit. So wird etwa in vielen Staaten islamischer Prägung die grundsätzlich formlos abschließbare Ehe einem mehr oder weniger starken Formzwang dadurch unterworfen, dass für die Herleitung von Rechtswirkungen die Registrierung der Eheschließung Voraussetzung ist, was eine staatliche Überprüfung der Eheschließungsvoraussetzungen und die konkrete Feststellbarkeit und Nachvollziehbarkeit der Personalstatutsänderungen ermöglicht.

Daneben bleiben regelmäßig weite Bereiche des Rechtes durch den staatlichen Gesetzgeber nicht geregelt, was insbesondere dann der Fall ist, wenn diesbezüglich ausdrückliche koranische Gebote bzw. Verbote oder als zwingend empfundenes islamisches Recht (i. S. d. Scharia) bestehen, von denen nicht abgewichen werden soll. Auch hier wählt der Gesetzgeber bisweilen den Weg einer Formalisierung und Registrierung bestimmter Rechtsformen, ohne ihre Inhalte (tiefgreifend) zu verändern.

Das ungeschriebene und nicht kodifizierte islamische Recht selbst bleibt als Grundlage beim Fehlen ausdrücklicher gesetzlicher Regelung anwendbar: Nur beispielhaft seien hier Art. 1 Abs. 2 des ägyptischen ZGB und Art. 3 des ägyptischen Gesetzes Nr. 1/2000 über die Regelung einiger Grundsätze und Maßnahmen der Prozessführungen in Angelegenheiten des Personalstatuts benannt. Beide verweisen den Rechtsanwender in den Fällen von Gesetzeslücken vorrangig auf das islamische Recht in der hanafitischen Ausprägung.<sup>42</sup> Diese Rechtsauffassungen lassen sich durch verschiedene Literaturstellen oder veröffentliche

<sup>39</sup> BGH, Beschl. v. 12.12.1979 – IV ZB 65/79; BGH, Urt. v. 6.10.2004 – XII ZR 225/01; so auch AG Hamburg-St. Georg, Beschl. v. 25.9.2019 – 970 IV 154/10, Rn. 35 f.; ebenso Cranshaw, jurisPR-IWR 1/2020 Anm. 5; vgl. auch Menhofer: *Religiöses Recht*, S. 203 f.; der BGH betont dabei, dass die Prüfung, ob die Voraussetzungen für die Scheidung nach einem anzuwendenden religiösen Recht gegeben sind, eine schlichte Rechtsanwendung ist, die dem deutschen Gericht nichts Wesensfremdes abverlangt: BGH, Urt. v. 6.10.2004 – XII ZR 225/01.

<sup>40</sup> Vgl. nur von Hein, MüKo-BGB, Art. 4 EGBGB, Rn. 251 f.

<sup>41</sup> Ausführlich zum Ganzen: Ebert: *Familien- und Erbrecht*, S. 51 f.; Rohe: *Islamisches Recht*, S. 182 f.

<sup>42</sup> Vgl. Ebert: *Familien- und Erbrecht*, S. 61, 68; Menhofer: *Religiöses Recht*, S. 87; zum Prozess der Rechtsanwendung nach staatlichen Vorgaben: Rohe: *Islamisches Recht*, S. 182 f.

Rechtsmeinungen (Fatawa) ermitteln, die zum Teil bis weit in die Frühzeiten des islamischen Rechts zurückreichen.

Die Ermittlung des ausländischen Rechts in diesen Kontexten stellt den Rechtsanwender und insbesondere den hiermit beauftragten Sachverständigen vor besondere Schwierigkeiten. Denn bei den teils sehr alten und lange Zeit nicht modifizierten religiösen Rechten mischt sich die inhaltliche Ebene, für deren Ermittlung auf Grundlagen des islamischen Rechts und die entsprechenden juristischen oder theologischen Werke zurückgegriffen werden kann, mit nationalen und regionalen Eigenheiten sowie einer fortschreitenden Kodifikation nationaler Gesetzgeber, die – wie ausgeführt – in aller Regel aber nur Teilbereiche erfasst.

Entsprechend ihrer Eigenart, nämlich geoffenbartes Recht zu sein, das sich auf einen göttlichen Ursprung zurückbezieht, ist dabei nahezu allen religiösen Rechtsordnungen eigen, dass sie unveränderliche Regelungen aufweisen, deren Glaubensgehalt so stark ist, dass sie als unveränderbar angesehen werden. Sehr plastisch ist diese Entwicklung insbesondere im islamischen Recht, soweit rechtliche Regelungen sich aus dem Koran oder auch auf die Überlieferungen der Aussagen und Handlungen des Propheten Muḥammad (Hadith, arab. *ḥadīṭ*) zurückgehen. Die Nähe einzelner rechtlicher Regelungen zu den religiösen Kernaussagen bildet damit eine Achse, anhand der der Rechtsanwender den Aussagegehalt von Regelungen des religiösen Rechts ermitteln muss. Eine andere Achse ergibt sich daraus, dass nahezu alle religiösen Gemeinschaften in mehrere Glaubensrichtungen aufgespalten sind, die wiederum eigene Schwerpunkte setzen, aus denen im Bereich der Rechtsordnungen eigene Regelungen erfolgen. Auch insoweit ist die Entwicklung des islamischen Rechts sehr plastisch, weil hierbei die unterschiedlichen Entwicklungen und Meinungen jeweils der sunnitischen und der schiitischen Glaubensrichtung zu berücksichtigen sind, die sich wiederum in einzelne Rechtsschulen aufspalten.<sup>43</sup> Eine dritte Achse ergibt sich aus dem unterschiedlichen Stand der einzelnen nationalen Kodifikationen. Insbesondere in Ländern des islamischen Rechtskreises sind einzelne Bereiche des Familien- und Erbrechts teilweise national, teilweise bezogen auf Angehörige verschiedener religiöser Minderheiten in mehr oder minder weitem Umfang geregelt. Der Rechtsanwender, der durch die deutschen Kollisionsregeln auf die Ermittlung ausländischer religiöser Rechtsordnungen verwiesen worden ist, findet sich damit vor der Schwierigkeit, für den betreffenden Fall gleichsam in einem dreidimensionalen Koordinatensystem die maßgeblichen Regelungen zu ermitteln. In dieser Konstellation stellt die Anforderung der Rechtsprechung, den Gehalt des ausländischen Rechts auch nach der gelebten Praxis und Rechtsprechung zu ermitteln, sehr hohe Anforderungen an die zutreffende Ermittlung der rechtlichen Regelungen.

<sup>43</sup> Zum Ganzen: Ebert: *Familien- und Erbrecht*, S. 15 f.; ders.: *Religiöse Rechte, Islamisches Recht*, S. 7 f.

Verdeutlicht wird dies an der oben zitierten Entscheidung des OLG Hamburg: Mangels nationaler Regelungen und mangels kodifizierter Regelungen in der religiösen Gemeinschaft selbst war auf einer ersten Ebene der Gehalt der maßgeblichen Regelungen des religiösen Rechtes zu ermitteln, der sich hier aus einer unverändert in Gebrauch befindlichen Kompilation in Form eines Handbuchs ergibt. Abgesichert wurde dieses Erkenntnis durch die Beurteilung durch – allerdings widersprechende – Stellungnahmen verschiedener Rabbinatsgerichte, wobei die Schwierigkeit in der Beurteilung der rechtlichen Verbindlichkeit von deren Äußerungen lag. Vor diesem Hintergrund hat das OLG Hamburg eine elegante Lösung gefunden, indem es zu Gunsten des Antragstellers die Geltung des von ihm als maßgeblich ›behaupteten‹ jüdischen Rechts zunächst unterstellt und seine Vereinbarkeit mit dem deutschen Recht geprüft und im Ergebnis wegen der *Ordre public*-Widrigkeit verneint hat. Zwar fordert die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass das Gericht sich – auch wegen der Frage der unterschiedlichen Revisibilität – festlegt, ob ausländisches oder deutsches Recht zur Anwendung kommt.<sup>44</sup> Im vorliegenden Fall konnte dies jedoch offen bleiben, weil die Verweisung auf das ausländische – hier iranisch-jüdische – Recht wegen Verstoßes des Rechtsanwendungsergebnisses im Einzelfall ohnehin nicht zum Tragen gekommen wäre.

Mangels auffindbaren gesetzten Rechts hat das OLG Hamburg damit versucht, aus einer Zusammenschau einer Literaturstelle und Stellungnahmen religiöser Institutionen tragfähige Aussagen zu dem Inhalt religiösen Rechts zu entnehmen. Dem steht nicht entgegen, dass sich die Zusammenfassung der Rechtsregeln hier aus einem alten Buch ergibt, dessen Autor nicht als Gesetzgeber legitimiert ist, weil der Stand der ausländischen Rechtsordnung nicht nur anhand der Entscheidungen von Gerichten, sondern auch anhand deren literarischer Behandlung und natürlich auch anhand literarischer Kommentierungen und Monographien zu berücksichtigen ist.

Vor diesem Hintergrund erscheint auch bemerkenswert, dass das durch das Nachlassgericht in dem entschiedenen Fall ursprünglich beauftragte Max-Planck-Institut für Internationales Privatrecht in Hamburg die Rechtslage bereits in dem vorausgehenden Erbscheinsverfahren als nicht ermittelbar ansah und dem Gericht empfahl, mangels feststellbaren ausländischen Rechts das deutsche Recht als Ersatzrecht anzuwenden.

### *V. Dauer und Kosten der Ermittlung des ausländischen Rechts*

Je nach Lage des Einzelfalls und Komplexität der aufgeworfenen Fragen zum ausländischen Recht kann die hinreichende und zutreffende Ermittlung des ausländischen Rechts erhebliche Zeit in Anspruch nehmen. Der Rechtsprechung

<sup>44</sup> BGH, Urt. v. 3.5.1988 – X ZR 99/86; die gilt jedoch nur für das Berufungsgericht: BGH, Urt. v. 25.1.1991 – V ZR 258/89.

des Bundesgerichtshofs lässt sich insoweit lediglich entnehmen, dass eine Nichtermittelbarkeit des ausländischen Rechts angenommen werden könne, wenn dieses nur mit unverhältnismäßigem Aufwand und erheblicher Verzögerung möglich wäre.<sup>45</sup> In der Literatur ist eine unverhältnismäßige Verfahrensdauer zum Nachteil der Parteien wegen Schwierigkeiten bei der Ermittlung des ausländischen Rechtes unterschiedlich kritisiert worden.<sup>46</sup>

Paradigmatisch für die Problematik ist die oben zitierte Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg. Während das Nachlassgericht nach dem mitgeteilten Sachverhalt und für die Erteilung des Erbscheins trotz Einholung einer gutachterlichen Stellungnahme nicht einmal ein Jahr benötigte, vergingen sieben Jahre bis zur erstinstanzlichen Entscheidung über den im Jahre 2012 gestellten Antrag zur Einziehung des Erbscheins.

Ausgehend von einzelnen kritischen Stimmen in der Literatur ist danach die Frage aufgeworfen worden, ob eine Unverhältnismäßigkeit der Ermittlungsdauer des ausländischen Rechts angenommen werden kann. Zum Schutze der Rechte der Parteien auf einen effektiven Rechtsschutz solle dem Gericht ein vorsichtig auszuübendes Ermessen zugestanden werden, Ermittlungsversuche zu unterlassen, die das Verfahren unverhältnismäßig verlängern.<sup>47</sup>

Eine unverhältnismäßig lange Dauer der Ermittlung des ausländischen Rechts ist aber angesichts des internationalprivatrechtlichen Anspruchs auf die Anwendbarkeit des ausländischen Rechts nicht geeignet, sich inhaltlich verfahrensbegrenzend auszuwirken und Gegenstand einer mehr oder minder willkürlich anzunehmenden zeitlichen Begrenzung zu werden. Denn hierbei handelt es sich um eine rein verfahrensbezogene Frage, bei der auf die Eigenheiten des jeweiligen Prozesses abzustellen ist. Ähnlich wie bei der Ermittlung von tatsächlichen Sachverhalten, bei denen sich Beweisaufnahmen durch Zeugenvernehmungen und Einholung weiterer und ergänzender Sachverständigengutachten ausgesprochen lange hinziehen können, ist die Verfahrensdauer schon mangels Bestimmbarkeit einer ›richtigen‹ oder ›angemessenen‹ Verfahrensdauer nicht geeignet, abstrakt und generell vorgegeben zu werden, sondern ist jeweils bezogen auf den Einzelfall zu ermitteln.

Hierbei ist auch die Rolle der Parteien zu würdigen. Anders als in einer idealtypischen Grundkonstellation, in der die Parteien ihre Stellungnahmen abschließend und frühzeitig dem Gericht unterbreitet haben, begegnen in der Rechtspraxis oft ergänzende, überholende und nachlaufende Stellungnahmen, zum Beispiel durch Einreichung von Privatgutachten und ergänzenden Rechtsauskünften, auf die das Gericht jeweils angemessen zu reagieren hat. Auch insoweit liefert die oben genannte Entscheidung des OLG Hamburg einen plastischen Hintergrund, weil die Parteien auf Hinweise des Amtsgerichts und die Einholung

<sup>45</sup> BGH, Beschl. 26.10.1977 – IV ZB 7/77.

<sup>46</sup> Nachweise bei Duden: IPR in Ungefähr, S. 51 f.

<sup>47</sup> Ebd., S. 52 f.

einer Stellungnahme der iranischen Botschaft mit der Vorlage von Stellungnahmen rabbinischer Gerichte noch im Jahr 2019 reagiert haben.

Unabhängig davon spricht der dort mitgeteilte Sachverhalt, nachdem nämlich ein Wechsel des Vorsitzenden des Nachlassgerichts stattgefunden habe und die Sache nach einem Hinweis des Gerichtes in neuer Besetzung einer erneuten und eingehenden Prüfung bedürfe, dafür, dass Verfahrensverzögerungen auch auf die bekannten justitiellen Probleme der häufigen Dezernatswechsel und mögliche Überlastungen zurückgeführt werden könnten. Die Rechte der Parteien gegen eine unzumutbare Verzögerung durch das Gericht werden insoweit aber durch die Möglichkeit der Erhebung einer Verzögerungsrüge nach § 198 GVG, die in sämtlichen Verfahren der ordentlichen Gerichtsbarkeit möglich ist, gewahrt.

Gleiches gilt hinsichtlich der Kosten der Ermittlung des ausländischen Rechts. Der Bundesgerichtshof hat insoweit festgehalten, dass der Umstand, dass ein Gutachten ein Vielfaches des Streitwerts kosten wird, allein noch kein Grund sei, davon Abstand zu nehmen.<sup>48</sup> Die in der Literatur hiergegen teilweise geäußerten Bedenken rühren im Grunde aus der Sorge, dass die Parteien durch unabsehbar lange und nicht nachvollziehbare Ermittlungen des Gerichts sowohl mit einer überlangen Verfahrensdauer als auch mit unverhältnismäßigen Kosten belastet werden.<sup>49</sup> Diese letztlich aus Unannehmlichkeiten der gerichtlichen Verfahren selbst rührenden Beeinträchtigungen sind aber kein tragfähiger Grund, die gebotene Ermittlung und Anwendung des ausländischen Rechts zu unterlassen oder zu beschränken. Den Interessen der Parteien wird nach dem oben Gesagten bereits dadurch Rechnung getragen, dass das Gericht auch im Wege des gebotenen Freibeweises regelmäßig gehalten ist, einen förmlichen Beweisbeschluss zu erlassen, aus dem die Parteien die für das Gericht relevanten aufzuklärenden Fragen zum ausländischen Recht entnehmen können. Zugleich ergibt sich aus entsprechenden Kostenanforderungen die Möglichkeit der Abschätzbarkeit des Risikos und im Rahmen des üblicherweise einzuholenden Sachverständigengutachtens entsprechende Prüf- und Informationspflichten des Sachverständigen, die sich auch auf die voraussichtlichen Kosten seiner Tätigkeit erstrecken (§ 407a ZPO). In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass gerade in den familien- und erbrechtlichen Verfahren, in denen die Anwendung ausländischen Rechts in Personalstatutsfragen regelmäßig in Betracht kommt, grundsätzlich Verfahrenskostenhilfe beantragt werden kann, so dass eine wenig begüterte Partei nicht ein unabsehbares Kostenrisiko zu tragen hat.<sup>50</sup>

Nicht von der Hand zu weisen sind indessen verfassungsrechtliche Bedenken, die sich dann ergeben können, wenn die Parteien, insbesondere in familien- und erbrechtlichen Bezügen, ohne die Möglichkeit der Rechtswahl oder

<sup>48</sup> BGH, Urt. v. 14.1.2014 – II ZR 192/13; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 23.5.2012 – 1 BvR 2096/09.

<sup>49</sup> Seibl: *Iura novit curia*, S. 453 f.

<sup>50</sup> Hierzu auch BVerfG, Beschl. v. 23.5.2012 – 1 BvR 2096/09; ähnlich Seibl: *Iura novit curia*, S. 441.

eigener vertraglicher Gestaltung auf die gerichtliche Entscheidung und dabei auf eine kostenträchtige Ermittlung des ausländischen Rechts angewiesen sind.<sup>51</sup> In diesen Konstellationen könnte im Einzelfall eine unzumutbare Erschwerung des Zugangs zu Gericht wegen eines erheblichen Kostenrisikos angenommen werden. Zu berücksichtigen ist aber, dass – ohne dass hiermit ein Vorwurf der Veranlassung an die Parteien verbunden wäre – die Notwendigkeit der Ermittlung des ausländischen Rechts sich letztlich aus dem Umstand ergibt, dass der durch die angerufenen deutschen Gerichte zu entscheidende Sachverhalt gerade nicht dem deutschen Recht unterliegt, das den deutschen Gerichten als inländisches oder europäisches Recht ohne weiteres zur Verfügung steht. Die in den erhobenen Gerichtsgebühren ansonsten gleichsam ›eingepreiste‹ Kenntnis des eigenen Rechts ist in diesen Fällen schlicht nicht gegeben und kann durch die rechtssuchenden Parteien auch nicht kompensationslos vorausgesetzt werden. Ebenso wie etwa Übersetzungskosten oder in Statussachen die Kosten und der Aufwand für die Erlangung und die Beibringung notwendiger Urkunden und Bescheinigungen stellen sie schlicht einzelfallbezogen kostenauslösende Entscheidungsvoraussetzungen dar, die hier lediglich durch das Gericht veranlasst werden.

Unabhängig davon ist darauf hinzuweisen, dass alle Parteien in allen Rechtsstreitigkeiten stets das Risiko der kostenintensiven Ermittlung entscheidungserheblicher Umstände trifft.<sup>52</sup>

Vergleichbar den Fällen, in denen (wie etwa im Baurecht) bisweilen kostenintensiv und langwierig um die Feststellung von Tatsachen zu streiten ist, so wird auch in komplizierten Fällen, in denen die Ermittlung des ausländischen Rechts aufwendig ist, nicht ohne weiteres hierauf aufgrund eines lediglich unterstellten und abstrakten Kosteninteresses verzichtet werden können.

Auch insoweit lohnt eine Einzelfallbetrachtung der genannten gerichtlichen Entscheidungen: In der dem OLG Hamburg vorausgegangenen Entscheidung des AG Hamburg St. Georg wurden die Kosten des Verfahrens über die beantragte Einziehung des Erbscheins dem Antragsteller gemäß § 82 FamFG auferlegt. Die Kosten der Begutachtung waren bereits im vorangegangenen Erbscheinsverfahren angefallen und umfassten lediglich eine (kostenschonende) Stellungnahme und kein ausführliches Rechtsgutachten. Sowohl das Amtsgericht Hamburg St. Georg als auch das OLG Hamburg haben im Weiteren (kostenschonend) lediglich ergänzende Stellungnahmen von verschiedenen Stellen eingeholt. Insgesamt sind unverhältnismäßige Kosten in diesem Fall trotz der exzeptionell schwierigen Ermittlung des ausländischen Rechts daher nicht ersichtlich.

Unabhängig davon besteht in vergleichbaren Konstellationen die – soweit ersichtlich – nicht sehr verbreitete Möglichkeit der Anwendung des § 81 Abs. 1

<sup>51</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 12.2.1992 – 1 BvL 1/89; kritisch hierzu auch Seibl: *Iura novit curia*, S. 439 f. mit Vorschlägen zu einer Abhilfe *de lege ferenda*.

<sup>52</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.5.2012 – 1 BvR 2096/09, das auf die beide Parteien des Rechtsstreits gleichermaßen betreffende Kalkulierbarkeit der Verfahrenskosten hinweist.

S.2 FamFG, wonach das Gericht nach billigem Ermessen von der Erhebung von Gerichtskosten, wozu auch die Kosten eines eingeholten Sachverständigengutachtens gehören, absehen kann.<sup>53</sup>

Anschaulich ist auch insoweit die oben dargestellte Kontroverse zwischen dem OLG Hamm und dem Bundesgerichtshof. Denn das OLG Hamm hatte – soweit ersichtlich – mehrfache Entscheidungen zu gleichgelagerten Fällen zu entscheiden, die jeweils auf das guineische Adoptionsrecht bezogen waren. Es konnte insoweit auf zuvor gewonnene Erkenntnisse zurückgreifen, die sich entweder aus der Verwertung von Sachverständigengutachten oder aus der Heranziehung veröffentlichter Entscheidungen zu gleichen Themen ergaben.

Die Annahme einer ungerechtfertigten Kostenbelastung der Parteien durch die notwendige Ermittlung des Inhalts des ausländischen Rechts lässt sich danach nicht unesehen als genereller Topos aufrechterhalten, sondern mag nur im Einzelfall geeignet sein, auf eine kostenschonende Lösung hinzuwirken.

## *VI. Folgen der Nichtfeststellbarkeit des ausländischen Rechts*

Die Folgen der Nichtfeststellbarkeit des Inhalts des ausländischen Rechts sind im Gesetz nicht geregelt. Der Bundesgerichtshof neigt der Auffassung zu, dass deutsches Recht zur Anwendung gelangt, wenn trotz aller Sorgfalt der Inhalt des ausländischen Rechts nicht festgestellt werden kann.

In den maßgeblichen Leitentscheidungen hat der Bundesgerichtshof ausgesprochen, dass dann, wenn das an sich berufene ausländische Recht nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand und erheblicher Verfahrensverzögerung feststellbar ist, grundsätzlich die Sachnormen des deutschen Rechts Anwendung finden sollen.<sup>54</sup> Einschränkend ist insoweit allerdings hinzugefügt, dass dies jedenfalls bei starken Inlandsbeziehungen und mangelndem Widerspruch der Beteiligten gelten soll. In Fällen, in denen die Anwendung des inländischen Rechts äußerst unbefriedigend wäre, könne auch die Anwendung des dem an sich berufenen Recht nächstverwandten oder des wahrscheinlich geltenden Rechts gerechtfertigt sein.<sup>55</sup>

In der Literatur werden hierzu verschiedene Auffassungen vertreten, die von der Ermittlung von Lösungen aus verwandten Rechtskreisen über die Anknüpfung an Einheitsrecht bis zur Verwendung einer Hilfsanknüpfung reichen.<sup>56</sup> Ihnen gemeinsam ist der Grundsatz der größtmöglichen Annäherung an den unbekannten tatsächlichen Rechtszustand.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> Vgl. nur Schindler, MüKo-FamFG, § 81 Rn. 19a; OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 16.1.2012 – 5 WF 6/12.

<sup>54</sup> BGH, Urt. v. 23.12.1981 – IVb ZR 643/80; Urt. v. 23.1.1985 – IVa ZR 66/83.

<sup>55</sup> BGH, Beschl. v. 26.10.1977 – IV ZB 7/77, Urt. v. 23.12.1982 – IV b ZR 643/80.

<sup>56</sup> Vgl. hierzu nur die Übersicht bei Prütting, MüKo-ZPO, § 293 Rn 59 f., Duden: IPR in Ungefahr, S. 53 f.

<sup>57</sup> Geimer, IZPR, Rn. 2598 f., 2561.



Diskussionswürdig erscheint dabei aber bereits der Begriff der Nichtermittelbarkeit, der letztlich das vollständige Fehlen jeglicher Feststellungen zum ausländischen Recht voraussetzt. Tatsächlich handelt es sich aber in der Praxis – wie an den Fallbeispielen gezeigt – in der Regel darum, dass der Gehalt des ausländischen Rechts mangels Zugangs zu aktuellen Normen oder aufgrund erschwerten Zugangs zu vorhandener Literatur nicht vollständig und sicher ermittelbar ist. Dies gilt neben den Fällen der eigentlichen Regelungslücken auch dann, wenn zu einzelnen Rechtsfragen keinerlei Rechtsprechung oder rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung im ausländischen Recht ermittelbar sind.<sup>58</sup> Hierbei schwingt auch der Gedanke einer ›Beweisfälligkeit‹ aufgrund der mangelnden Feststellbarkeit des ausländischen Rechtes mit, die letzteres zu Unrecht in die Nähe einer Tatsache rückt.

Soweit vertreten wird, dass die Ermittlung einer der hiesigen Rechtswissenschaft und -praxis nicht bekannten Rechtsordnung die Gefahr langwieriger Verfahren und im Ergebnis fehlgeschlagener kostenträchtiger Ermittlungsversuche birgt, führt dieser Gedanke letztlich zur ausschließlichen Anwendung der *lex fori*.<sup>59</sup> Denn mangels greifbarer Kriterien dafür, wann ein Verfahren zu lange und zu kostenintensiv sein soll, wäre von Ermittlungen zum ausländischen Recht schon bei geringsten Schwierigkeiten abzusehen. Auch insoweit erscheint es demgegenüber richtiger und praxisgerechter, die im Einzelfall auftretenden Schwierigkeiten der Ermittlung ausländischen Rechts mittels der oben aufgezeigten Verfahrensinstrumente zu handhaben. Denn dies ist anders als in den Fällen der Verletzung des *Ordre public* nicht schon aus Rechtsgründen geboten.

Ein Hinweis für die Lösung der Frage der Nichtermittelbarkeit ergibt sich aus der gefestigten und allseits anerkannten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass im Falle der Nichtermittelbarkeit jedenfalls keine Abweisung der Klage nach Beweislastregeln in Betracht kommt.<sup>60</sup> Dies erscheint auch zutreffend, denn bei dem ausländischen Recht handelt es sich nicht um Tatsachen, sondern eben um Recht, das der Richter als subsumtionsfähigen Obersatz seiner Entscheidung zugrunde zu legen hat. Stellt aber die Ermittlung des ausländischen Rechts die Suche nach einem solchen Obersatz dar, so ist der Wunsch, dieses in seiner vollständigen Ausprägung unter Berücksichtigung von Rechtsprechung und Praxis im Ausland anzuwenden, letztlich ein Desideratum dar, das aber weder verfahrensrechtlich noch internationalprivatrechtlich zwingend erforderlich ist. Denn eine hinreichende Entscheidungsgrundlage kann sich auch dann ergeben, wenn das Gericht durch hinreichend gesicherte Feststellungen zu verwandten Rechtskreisen eine im Einzelfall tragfähige Entscheidung zu den Normen des ausländischen Rechts treffen kann.

<sup>58</sup> Differenzierend auch: Thole in: Stein/Jonas, ZPO, § 293 Rn. 72.

<sup>59</sup> Duden: IPR in Ungefähr, S. 54 f.

<sup>60</sup> BGH, Urt. v. 23.12.1981 – IVb ZR 643/80.



Wann der Richter dabei den Inhalt des ausländischen Rechts hinreichend tief ermittelt und auch zutreffend erfasst und umgesetzt hat, wird sich nicht nach abstrakten Vorgaben richten können, sondern es bedarf eines Maßstabs, der sich an den Erkenntnismöglichkeiten im gerichtlichen Verfahren orientiert. Insoweit liegt es nahe, ausgehend von dem internationalprivatrechtlichen Ansatz der weitestgehenden Berücksichtigung ausländischer Rechtsvorstellungen auf die Grundsätze zurückzugreifen, die für die Lückenfüllung der *lex causae* gelten. Danach kann das verwandte Recht als Auslegungsstütze herangezogen werden.<sup>61</sup> Gerade in den Fällen der Verweisung auf religiöse Rechte oder auf personale Teilrechtsordnungen mischen sich die Ebene der faktischen Ermittelbarkeit des geltenden Rechts und seine inhaltliche Ermittlung. Insbesondere in den islamischen Rechtsordnungen ist bei einer nationalen oder interpersonalen Rechtsordnung oft der Rückgriff auf Rechtsquellen notwendig, die als interpretatorische Grundlage den Gehalt nationaler Regelungen oder auch das Verständnis für das Fehlen von Regelungslücken erst erschließen. Ein sehr plastisches Beispiel ergibt sich wiederum aus der oben dargestellten Anwendung des Schulchan Aruch, der sowohl zeitlich als auch territorial vollkommen ungebunden als Grundlage für die Feststellung des tatsächlichen Inhalts der rechtlichen Regelungen der iranisch-jüdischen Religionsgemeinschaft herangezogen werden konnte.

Auch das Maß der Pflicht des Rechtsanwenders zur inhaltlichen Ermittlung des ausländischen Rechts ergibt sich weniger aus einer verfahrensrechtlichen Perspektive als vielmehr aus dem Rückgriff auf den allgemeinen Grundsatz, sowohl das inländische als auch das ausländische Recht nach bestem Wissen und Gewissen zu erkennen und anzuwenden. Ohne die Ebene des (faktischen) Beweisrechts und der Rechtsermittlung zu vermengen, kann hierfür gleichsam heuristisch auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zurückgegriffen werden, wonach der Richter sich in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen kann und muss, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.<sup>62</sup> Sind die richterlichen Erkenntnismöglichkeiten trotz Mitwirkung der Parteien und Ausschöpfung der zugänglichen Sachverständigen erschöpft, so ist im Einzelfall zu prüfen, ob der ermittelte Erkenntnisstand eine hinreichend sichere Beurteilung des ausländischen Rechts ermöglicht. Sollte dies nicht der Fall sein, erscheint es zutreffend, in einer gestuften Prüfung auf verwandte Rechte aus dem gleichen Rechtskreis zurückzugreifen, sofern dies inhaltlich hinreichend sicher begründet werden kann. Lediglich im Falle des vollständigen Ausfalls der Erkenntnisse erscheint es dann auch richtig, mangels anderweitiger subsumtionsfähiger Obersätze auf das deutsche Recht als Ersatzrecht zurückzugreifen.

<sup>61</sup> Vgl. Yassari: Staatszerfall, S. 957 f., 959; dort auch zu kollisionsrechtlichen Lösungen, die bei der Nichtermittelbarkeit andere Anknüpfungen wählen; was aber in der Regel gleichfalls zur *lex fori* führt.

<sup>62</sup> BGH, Urt. v. 17.2.1970 – III ZR 139/67 – Anastasia.

### *D. Fazit*

Die Ermittlung des ausländischen Rechts nach einer entsprechenden Verweisung durch das deutsche Kollisionsrecht ist eine genuin internationalprivatrechtliche Aufgabe. Die maßgebliche Verfahrensvorschrift des § 293 ZPO gibt hierfür in der Ausprägung, die sie durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gefunden hat, hinreichende Vorgaben dazu, wie das ausländische Recht zum Gegenstand der Entscheidung der inländischen Sachentscheidungen gemacht werden kann. Auch in den Fällen, in denen die Ermittlung des ausländischen Rechts, insbesondere bei der Ermittlung religiöser Rechte oder religiöser Teilrechtsordnungen problematisch und aufwändig wird, sind trotz der Komplexität, einer möglicherweise langen Verfahrensdauer und erheblicher Kosten die Erkenntnismöglichkeiten grundsätzlich auszuschöpfen.

Soweit § 293 ZPO der Regelungsgehalt entnommen wird, dass die Ermittlung des ausländischen Rechts nicht nur nach dessen normativen Gehalt, sondern auch nach der Ausprägung erfolgen soll, die es in der Literatur und Rechtsprechung im Ausland gefunden hat, kann sich dies allein auf die verfahrensrechtlichen Vorgaben zur Ermittlung der Grundlagen für die rechtliche Beurteilung beziehen. Die richtige Anwendung des ausländischen Rechts ist ebenso wie die des inländischen Rechts eine Frage der Rechtsanwendung. Auch wenn sie nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs lediglich als Frage des Verfahrensrechts revisibel ist, kann die Entscheidung des ermittelnden Gerichts auf ihre Vollständigkeit und die Plausibilität der Rechtsanwendung überprüft werden. Sofern dies zu einer letztlich einzelfallbezogenen Beurteilung nach dem Umfang der Feststellungen zum ausländischen Recht, nach seiner Regelungsichte und der Beurteilung seines materiellen Regelungsgehaltes durch das Vordergericht führt, entspricht dies letztlich der Vielgestaltigkeit ausländischer Rechte, deren Ermittlung und Anwendung sich einer schematischen Beurteilung nach inländischen Verfahrensnormen entziehen. Der Rückgriff auf die *lex fori* entgegen der kollisionsrechtlichen Auslandsverweisung braucht daher erst dann vorgenommen zu werden, wenn auch nach Ausschöpfung sämtlicher Erkenntnismöglichkeiten, insbesondere sachverständiger Ermittlung verwandter und plausibel heranziehbarer Rechte, kein hinreichendes Entscheidungssubstrat gefunden werden kann.

## Bibliographie

- Corneloup, Sabine (2014): Rechtsermittlung im internationalen Privatrecht der EU: Überlegungen aus Frankreich, in: *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 78, S. 844–862.
- Cranshaw, Friedrich (2020): Anwendung des deutschen Erbrechtsstatuts als Ersatzerbrecht bei nicht ermittelbarem ausländischem Statut (hier: iranisch-jüdisches Erbrecht), *jurisPR-IWR* 1, Anm. 5.
- Cranshaw, Friedrich (2021): Kollisionen ausländischer religiös geprägter Erbrechte mit dem inländischen ordre public, *jurisPR-IWR* 6, Anm. 3.
- Duden, Konrad (2023): IPR im Ungefahr – Nichtermittelbarkeit ausländischen Rechts, Ersatzrechtsanwendung und Offenlassen des anwendbaren Rechts, in: *Praxis des internationalen Privat und Verfahrensrechts (IPRax)* 1, S. 49–56.
- Ebert, Hans-Georg (2020): *Islamisches Familien- und Erbrecht der arabischen Länder – Herausforderungen und Reformen*, Berlin: Frank & Timme.
- Ebert, Hans-Georg (<sup>7</sup>2024): *Religiöse Rechte, Islamisches Recht*, in: *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, 2023, Lieferung 2024, hrsg. von Dieter Henrich, Anatol Dutta und Hans-Georg Ebert.
- Elwan, Omaia/Menhof, Bruno/Otto, Dirk (2005): *Gutachten zum ausländischen Familien- und Erbrecht. Naher und Mittlerer Osten, Afrika und Asien*, Frankfurt am Main: VfSt.
- Geimer, Reinhold (<sup>7</sup>2015): Rn. 2577 f., in: *Internationales Zivilprozessrecht*, Köln: Otto Schmidt.
- Geimer, Reinhold (<sup>34</sup>2022): § 293, in: Zöller, *Kommentar zur ZPO*, Köln: Otto Schmidt.
- Hausmann, Rainer (Hg.) (<sup>124</sup>2023): *Internationales Erbrecht, Loseblattsammlung*, München: C. H. Beck.
- Hess, Burkhard/Hübner, Rudolf (2009): Die Revisibilität ausländischen Rechts nach der Neufassung des § 545 ZPO, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 43, S. 3132–3135.
- Hüßtege, Rainer (2021): Internetrecherche contra Sachverständigengutachten – zur Ermittlung ausländischen Rechts durch deutsche Gerichte, in: *Praxis des internationalen Privat und Verfahrensrechts (IPRax)* 3, S. 261–264.
- Lehner, Moris (2011): Religiöses Eheverständnis und bürgerliche Ehe im Judentum, in: *FamRZ – Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 1, S. 4 f.
- Margalith, Alexandra (<sup>6</sup>2022): Israel, in: *Bürgerliches Gesetzbuch: BGB*, Bd. 5: *Bürgerliches Gesetzbuch: Erbrecht*, hrsg. von Ludwig Kroiß und Claus-Henrik Horn, Baden-Baden: Nomos.
- Margalith, Alexandra/Assan, Dan (<sup>7</sup>2024): Länderteil Israel, in: *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, 2023, Lieferung 2024, hrsg. von Dieter Henrich, Anatol Dutta und Hans-Georg Ebert, Frankfurt am Main: VfSt.

- Menhofer, Bruno (1995): *Religiöses Recht und Internationales Privatrecht dargestellt am Beispiel Ägypten* (Heidelberger rechtsvergleichende und wirtschaftsrechtliche Studien 24), Heidelberg: Universitätsverlag Winter.
- Otto, Günter (1995): Der verunglückte § 293 ZPO und die Ermittlung ausländischen Rechts durch »Beweiserhebung«, in: *Praxis des internationalen Privat und Verfahrensrechts (IPRax)* 5, S. 299–305.
- Prütting, Hanns (<sup>6</sup>2020): § 293, in: *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO*, München: C. H. Beck [zit. MüKo-ZPO].
- Rohe, Matthias (<sup>4</sup>2022): *Das islamische Recht. Geschichte und Gegenwart*, München: C. H. Beck.
- Schindler, Wulf (<sup>3</sup>2018): § 18, in: *Münchener Kommentar zum FamFG*, München: C. H. Beck [zit. MüKo-FamFG].
- »Schulchan Aruch« (2023), in: *Wikipedia – Die freie Enzyklopädie*, de.wikipedia.org/w/index.php?title=Schulchan\_Aruch&oldid=232247569 (Zugriff: 4.3.2023).
- Seibl, Maximilian (2015): Iura novit curia, Justizgewährungsanspruch und die Frage der Kostentragung für gerichtlich erholte Gutachten zum Inhalt des ausländischen Rechts, in: *ZZP – Zeitschrift für Zivilprozess* 128, S. 431–463.
- Spellenberg, Ulrich (2020): Ermittlung ausländischen Rechts – Unbegleitete Jugendliche aus Guinea, in: *Praxis des internationalen Privat und Verfahrensrechts (IPRax)* 2, S. 136–145.
- Thole, Christoph (<sup>23</sup>2018): § 293, in: *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, hrsg. von Friedrich Stein und Martin Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung 4, Tübingen: Mohr/Siebeck [zit. ZPO].
- von Hein, Jan (<sup>8</sup>2020): Einleitung IPR, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München: C. H. Beck [zit. MüKo-BGB].
- Yassari, Nadjma (2018): Staatszerfall und Internationales Privatrecht, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 82, S. 944–971.



# Zwischen *child's best interest* und *pluralisme culturel* – die *Kafāla*, kleiner Bruder der Adoption?

Reda El Amraoui

## A. Einleitung

Wir schreiben das Jahr 2023 – Europa der Kontinent.

Für die breite Masse der Bevölkerung wird erstmals die Not erfahrbar, welche jeder Krieg zeitigt. Waren militärische Konflikte und Verfolgung bis anhin nur eine ›Fernsehrealität‹, können wir heute kaum noch das Haus verlassen, ohne – überwiegend jungen – Menschen aus Syrien, Afghanistan und dem Maghreb zu begegnen. Menschen, die sich virtuell ein Leben im Westen erträumt haben mögen, aber niemals wünschten, infolge realer Lebensgefahr ihr Dasein in europäischen Flüchtlingslagern zu fristen. Im Akkord erreichen uns Nachrichten von nicht enden wollenden Flüchtlingswellen und erbarmungslosen Machtkämpfen in und vor den Toren Europas.

Doch was treibt ganze Menschenmassen dazu, ihre Heimat hinter sich zu lassen und ihr Glück auf einem Fischerboot gen Europa zu suchen? Es ist der Wunsch nach Stabilität. Dies betrifft allem voran einen integren Staat, der soziale Härtefälle stemmen kann. Stabilität kann näher betrachtet nicht in einem rein wirtschaftlichen Sinne verstanden werden. Hungersnöte herrschen schließlich nicht in jedem Anrainerstaat der Europäischen Union. Andernfalls läge es – im wahrsten Sinne des Wortes – näher, gen Asien oder in die Arme der Ölmonarchien zu flüchten.

Europa steht in diesem Zusammenhang für ein Versprechen. Dieses Wort hat die universelle und unterschiedslose Geltung von Menschenrechten zum Gegenstand. Der Wert eines Wortes wird dadurch determiniert, ob sein Urheber glaubwürdig ist – nahezu jede Verfassung der Welt lässt sich zumindest ›auf dem Papier‹ gut lesen.

Glaubhaft lässt das europäische Bekenntnis erscheinen, dass es der Einsicht der hinter ihm stehenden Völker entsprang. Diese Völker sind mehr als eine geographische Ansammlung von Menschen. Vielmehr sind sie das Spiegelbild der sie konstituierenden Ethnien, Weltanschauungen und Religionsgemeinschaften. Ihnen kommt im demokratischen Gefüge – zumindest im weiteren Sinne – die Urheberschaft an den Rechtssätzen zu. Schließlich wurden die internationalen Konventionen und europäischen Verträge nicht in steinernen Tafeln auf einen Berg herabgesandt, sondern über Jahre zusammengetragen.

In transnationalen Sachverhalten kommt es zwangsläufig zu Berührungen mit uns unbekannten Rechtsinstituten. Die Menschen brachten in ihrem ›Gepäck‹ auch ihr eigenes Verständnis von Recht, Religion und Identität mit. Virulent

wird dies vor allem auf dem Gebiet des so sensiblen Familienrechts. Vor dem Hintergrund der Flüchtlingskrise sehen sich hiesige Gerichte mit einer Fülle von Schicksalen und Rechtsfragen konfrontiert. Der vorliegende Beitrag zieht exemplarisch die *Kafāla* heran, welche funktionell ein Adoptionssubstitut vieler arabischer Staaten ist.<sup>1</sup> In mehreren Entscheidungen mussten sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) und der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) mit ihrer Rezeption befassen. Zum Leidwesen der Betroffenen schlossen es die Richter aus, die *Kafāla* in eine Adoption umzuwandeln oder sie ihr in ihren Wirkungen gleichzustellen. Dabei mutete es beinahe schizophren an, dass die Richter ausgerechnet im Namen des *child's best interest* und *pluralisme culturel* urteilten. Es stellt sich die Frage, ob die ›Kinder islamischen Rechts‹ diskriminiert werden und wie die Gerichte ihr Recht auf ein Privat- und Familienleben sicherstellen. Dabei treten öffentliche und private Interessen miteinander in Wettstreit.

In der Folge wird das oben erwähnte Versprechen der universellen Geltung von Menschenrechten auf den Prüfstand gestellt.

## *B. Pluralisme culturel als Bedingung für die universelle Geltung von Menschenrechten*

Die ›Menschenrechte‹ sind anders gewendet all jene Rechte, welche ihren Adressaten aufgrund ihres Menschseins zukommen und zustehen. Das bedeutet auch, dass sie mit der rechtserheblichen Umgebung ihrer Träger konfrontiert werden. Darunter fällt eine Vielzahl von Kulturen, Religionen und Identitäten. Wollen die Menschenrechte also nicht einzig zum Gesprächsstoff philosophischer ›Sitzkreise‹ verkommen, müssen sie in dieser Umgebung überlebensfähig sein. Nur wenn sie gezwungen sind, die gleiche Luft wie ihre Träger ›zu atmen‹, werden sie ein akzeptables Schutzniveau entfalten.<sup>2</sup>

Sind alle Adressaten – mitsamt der rechtserheblichen Umgebung – identifiziert, lässt sich im nächsten Schritt nach ihrem kleinsten gemeinsamen Nenner in der Gestalt von übereinstimmenden Werten, Überzeugungen und Moralvorstellungen suchen.<sup>3</sup> Den Adressatenbegriff füllen in diesem Zusammenhang die betroffenen kulturellen, religiösen und weltanschaulichen Kollektive in einer Gesellschaft aus.<sup>4</sup> Sie bündeln die Interessen möglichst vieler Individuen und verschaffen ihnen auf völkerrechtlicher Ebene ein Gehör, sodass sie einerseits

<sup>1</sup> Menhofer: *Kafala des marokkanischen Rechts*, S. 252 f.

<sup>2</sup> Sehr anschaulich dargestellt in, Pastena: *Recognition of Kafala*, S. 48 ff.

<sup>3</sup> Ebd., S. 48. »›Cultural diversity‹ in this sense came to be identified as the common heritage of humanity whose protection represented an ethical imperative inseparable from the respect for human dignity, and stood out as a guarantee of pluralism, democracy and social cohesion« (ebd., S. 69).

<sup>4</sup> Ebd., S. 48 f.

eine Filterfunktion innehaben und zugleich selbst Inhaber von Rechten sind.<sup>5</sup> Nun obliegt es den ratifizierenden Staaten, die übereinstimmenden Interessen in ihr Rechtssystem zu integrieren. Dazu bedarf es eines hinreichend großen Einschätzungsspielraums.<sup>6</sup>

Für transnationale Sachverhalte lässt sich festhalten, dass die Antwort auf rechtliche Probleme zuerst im Rechtsgefülle der Betroffenen zu suchen ist.<sup>7</sup> Ein Ausdruck dieses Subsidiaritätsprinzips ist das Zusammenspiel der Art. 20 Abs. 3 S. 2, 21 lit. b des Übereinkommens über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (im Folgenden: UN-Kinderrechtskonvention), wonach bei der Auswahl zwischen verschiedenen Formen der Kindesbetreuung »die erwünschte Kontinuität in der Erziehung des Kindes sowie die ethnische, religiöse, kulturelle und sprachliche Herkunft« maßgeblich sind.<sup>8</sup> Konsequenterweise sind die Rechtsinstitute anderer Rechtsordnungen im grenzüberschreitenden Zusammenhang als gleichwertig anzuerkennen.<sup>9</sup>

### C. Die Stellung der Kafāla im System des pluralisme culturel

Der *Kafāla* steht als kodifiziertes und islamrechtliches Institut gleich in zweifacher Hinsicht ein Anteil am *pluralisme culturel* zu. Damit findet sie sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene Beachtung. Um die universelle Anwendung der Menschenrechte zu verwirklichen, kann es gerechtfertigt sein, dass die Interessen Einzelner eingeschränkt werden, solange nicht gegen fundamentale Rechte wie die Menschenwürde verstoßen wird.<sup>10</sup> Kinder aus arabischen Staaten sind von der Adoption in Europa nahezu abgeschnitten, da ihre Rechtsordnungen die Volladoption verbieten.<sup>11</sup> Sie haben keinen Einfluss darauf, in welches der oben genannten Kollektive sie hineingeboren werden. Aus diesem Grund könnten sie in ihrer Religionsfreiheit im Sinne von Art. 14 Abs. 1 UN-Kinderrechtskonvention verletzt sein. Um zu untersuchen, ob der *pluralisme culturel* auch im Rahmen religiös inspirierter Rechtsinstitute das richtige Konzept ist, muss die Regelung der *Kafāla* auf nationaler und internationaler Ebene untersucht werden.

<sup>5</sup> Ebd., S. 48.

<sup>6</sup> Gallala-Arndt: Europäische Konvention für Menschenrechte und IPR, S. 405, 421.

<sup>7</sup> Pastena: *Recognition of Kafala*, S. 53.

<sup>8</sup> Jayme: Kulturelle Identität und Kindeswohl, S. 237 f.

<sup>9</sup> Jayme: *IPR und Kulturgüterschutz*, S. 152.

<sup>10</sup> Pastena: *Recognition of Kafala*, S. 53.

<sup>11</sup> Milliot/Blanc: *L'étude du droit musulman*, Rn. 519.



## I. Der Ursprung der Kafāla im religiösen Kontext

Im arabischen Raum muss sich stets vor Augen gehalten werden, dass völkische Traditionen und die Kultur einen entscheidenden Einfluss auf die Rechtsfindung und deren Anwendung ausüben können.<sup>12</sup> Eine überregional anerkannte Anlaufstelle für Rechtsfragen bildet aber der Koran. Dieser beansprucht als heilige Schrift der Muslime höchste Autorität für sich und wirkt unmittelbar auf das Gesellschaftsleben ein.<sup>13</sup>

In der vorislamischen Zeit (*ḡāhiliya*) war die Volladoption ein gängiges Mittel, um an Einfluss und Ansehen in der Stammesgesellschaft zu gewinnen.<sup>14</sup> Der Prophet Mohammed nahm seinerseits vor Beginn der göttlichen Offenbarung einen Adoptivsohn an und gab ihm seinen Namen.<sup>15</sup> Erst nachdem die Volladoption durch koranische Offenbarungen ausdrücklich verboten wurde, erfuhr diese Tradition in der arabischen Welt einen Rücklauf.<sup>16</sup> Anschließend benannte der Prophet seinen Ziehsohn wieder um und vermählte sich mit dessen geschiedener Frau.<sup>17</sup> Darin kommt offenkundig die Ablehnung einer Eltern-Kind-Beziehung zum Ausdruck, da es ihm nach islamischen Recht verboten wäre, die geschiedene Frau seines Sohnes zu ehelichen.<sup>18</sup>

Die »Wahrheit der Abstammung« ist damit das tragende Prinzip der islamischen Kindschaftspflege.<sup>19</sup> Sie ist konzeptionell darauf ausgerichtet, die Identität eines Menschen im streng-formellen Sinne zu wahren und erhält somit das göttliche System aufrecht.<sup>20</sup> Zwar soll die islamische Gemeinschaft (*umma*) notleidenden Kindern Zuflucht gewähren, aber nicht um jeden Preis. Die gottgegebenen Rechte und Interessen der Angehörigen dürfen zu keiner Zeit entwertet werden.<sup>21</sup> Damit stößt sich der »europäische« Ansatz, welcher im Rahmen der Volladoption eine rechtliche Eltern-Kind-Beziehung etabliert.<sup>22</sup> Mit ihr korreliert nicht nur der Abbruch der Verwandtschaftsbande zur biologischen Familie, sondern auch eine Reihe vermögensrechtlicher Implikationen. So erwachsen dem adoptierten Kind erb- und unterhaltsrechtliche Ansprüche.<sup>23</sup> Zudem besteht aus islamischer Sicht das Risiko inzestuöser Beziehungen, sobald die biologische Abstammung

<sup>12</sup> Rohe: *Das islamische Recht*, S. 22, 68 f.; Gallala-Arndt: Europäische Konvention für Menschenrechte und IPR, S. 405, 418.

<sup>13</sup> Elwan: Gesetzgebung und Rechtsprechung, S. 221.

<sup>14</sup> Mechri: *L'enfant objet et sujet d'affection*, S. 221.

<sup>15</sup> Abdellatif: *L'adoption au Maghreb*, S. 299, 301.

<sup>16</sup> Vgl. Q 33:4.5.

<sup>17</sup> Vgl. Q 33:37.40.

<sup>18</sup> Vgl. Q 4:23.

<sup>19</sup> Kohler: *Vaterschaftsanerkennnis im Islamrecht*, S. 78; Rotabi u. a.: *Care of Orphaned and Vulnerable Children*, S. 16 f.

<sup>20</sup> Siehe Anmerkung zu Hadith 3508, in: *Auszüge aus dem Ṣaḥīḥ al-Buḥārī*, S. 374.

<sup>21</sup> Naji El Mekkaoui: *La Moudawanah*, S. 270.

<sup>22</sup> Winkelsträter: *Internationale Adoptionen in Deutschland*, S. 32.

<sup>23</sup> Vgl. § 1754 ff. BGB.

undurchsichtig wird.<sup>24</sup> Auch der Schutzzweck religiöser Gebote, wie beispielsweise der Verschleierung, könnte nicht erreicht werden. Frauen dürfen etwa ihren Kindern und Brüdern unverschleiert entgegentreten, weil diese keine sexuellen Neigungen zu ihnen entwickeln.<sup>25</sup> Führte die Adoption eines fremden Jugendlichen zu einem Verwandtschaftsverhältnis, unterfiele er dieser Ausnahme und der religiös gebotene Zweck der Verschleierung liefe ins Leere.

Dem unbestrittenen Grundbedürfnis nach familiärer Geborgenheit trägt der Islam anderweitig Rechnung. Er schafft durch das Rechtsinstitut der *Kafāla* ein Umfeld, dass affektive Bindungen erlaubt, ohne die Abstammung zu verfälschen.<sup>26</sup> Der Aufnehmende (*kāfil*) schützt, versorgt und erzieht das hilfsbedürftige Kind (*makfūl*) bis zu dessen Volljährigkeit.<sup>27</sup> Dem *makfūl* stehen keine erbrechtlichen Ansprüche zu, sofern keine testamentarische Verfügung (*tanzīl*) zu seinen Gunsten erfolgt.<sup>28</sup> Diese darf ein Drittel des hinterlassenen Vermögens nicht überschreiten, solange andere Erben leben.<sup>29</sup>

Wenngleich die *Kafāla* ein islamrechtliches Institut ist, können ihre einzelstaatlichen Kodifikationen keinesfalls als uniform betrachtet werden, vielmehr haben ihr die unterschiedlichen Rechtsordnungen einen eigenen »Farbton« gegeben.<sup>30</sup> Nachfolgend soll der nordafrikanische Rechtsraum im Fokus stehen, zumal sich Gerichte in Europa vornehmlich mit der *Kafāla* marokkanischer und algerischer Prägung auseinandersetzen.<sup>31</sup>

## II. Die Kodifikation der *Kafāla* in Marokko und Algerien

Nachdem sich im letzten Jahrhundert in Algerien der Widerstand gegen das französische Protektorat erhob, füllten sich die Straßen mit den zurückgebliebenen *enfants des martyrs*, sodass dem Gesetzgeber keine andere Wahl blieb, als für eine Übergangszeit das französische Recht anzuwenden.<sup>32</sup> Infolgedessen tolerierten algerische Gerichte – entgegen politischen Drucks – bis zum Jahre 1965 die Volladoption und verneinten einen Verstoß gegen den *Ordre public*.<sup>33</sup>

Nach Art. 149 Abs. 1 mar. FamGB ist die Adoption nichtig und zeitigt keine der Wirkungen väterlicher Abstammung. Genauso verbietet Art. 46 alg. FamGB die Adoption *par la chari'a et la loi*. Stattdessen kommt in sozialen Notlagen die *Kafāla* zur Anwendung, die ihrer Natur nach einem Pflegevertrag ähnelt.<sup>34</sup> Den

<sup>24</sup> Siehe Anmerkung zu ḥadīth 3508, in: Auszüge aus dem *Ṣaḥīḥ al-Buḥārīyy*, S. 374.

<sup>25</sup> Vgl. Q 24:31.

<sup>26</sup> Klingenstein: *Kulturelle Identität und Kindeswohl*, S. 49.

<sup>27</sup> Abdellatif: *L'adoption au Maghreb*, S. 299, 302.

<sup>28</sup> Aldeeb/Bonomi: *Le droit musulman de la famille*, S. 253.

<sup>29</sup> Linant de Bellefonds: *Droit musulman comparé*, Rn. 1169.

<sup>30</sup> Cf. Gallala-Arndt: *Europäische Konvention für Menschenrechte und IPR*, S. 405, 412 f.

<sup>31</sup> Zu den Urteilen des EGMR und EuGH siehe unten.

<sup>32</sup> Mechri: *L'enfant objet et sujet d'affection*, S. 242 ff.

<sup>33</sup> Ebd., S. 244.

<sup>34</sup> Menhofer: *Zur Kafala des marokkanischen Rechts*, S. 252 f. m. w. N.

rechtlichen Rahmen bilden neben familienrechtlichen Vorschriften auch spezielle Gesetze, Dekrete und ministerielle Erlasse.<sup>35</sup>

Nach Art. 2 S. 1 mar. KafG<sup>36</sup> schützt, erzieht und versorgt der *kafil* das *enfant abandonné* im selben Maße wie es ein leiblicher Vater für sein Kind täte.<sup>37</sup> Imitiert wird lediglich das Verhalten eines Elternteils, was auch durch die systematische Stellung der algerischen Parallelvorschrift außerhalb der Normen über die *filiation* belegt wird.<sup>38</sup> Die *Kafāla* öffnet mithin die Tür zu einem Heim, nicht aber zu einer Familie.<sup>39</sup>

Ist der *Kāfil* eine natürliche Person, muss sie ein volljähriger Muslim, integer und dazu in der Lage sein, wirtschaftlich für die Bedürfnisse des *Makfūl* aufzukommen.<sup>40</sup> In Marokko kann überdies nur eine weibliche Person oder aber ein Ehepaar die *Kafāla* gemeinsam übernehmen.<sup>41</sup> Der *Makfūl* darf nicht älter als 18 Jahre alt sein, ganz gleich, ob seine Eltern bekannt sind oder noch leben.<sup>42</sup> Ferner bedarf es unter gewissen Umständen auch der Zustimmung des Kindes.<sup>43</sup> Während in Marokko die *Kafāla* durch den Vormundschaftsrichter erteilt wird, kommt in Algerien auch die notarielle Mitwirkung in Betracht.<sup>44</sup> Letztere kommt in der Praxis häufig zwischen nahen Angehörigen vor.

Der *Kāfil* muss das Kind bis zur Volljährigkeit versorgen und, falls es sich um ein Mädchen handelt, kann die *Kafāla* auch über die Volljährigkeit hinaus bis zur Eheschließung andauern.<sup>45</sup> Dafür hat der *Kāfil* die gleichen Ansprüche auf staatliche Hilfen wie die leiblichen Eltern und verwaltet das Vermögen des *Makfūl*. Es steht ihm darüber hinaus frei, testamentarische Verfügungen oder Schenkungen zugunsten des *Makfūl* vorzunehmen.<sup>46</sup> In Algerien geht die *Kafāla* – mit ihrer Zustimmung – sogar auf die Erben des *Kāfil* über, um dem hilfsbedürftigen Kind ein stabiles Umfeld zu gewähren.<sup>47</sup> Seit dem *Décret algérien n° 92–24 du 13 jan. 1992 modifiant le décret n° 71–157 du 3 juin 1971 relatif au changement de nom* kann der *Makfūl* sogar den Namen des *Kāfil* annehmen, wenn sein Vater unbekannt ist und die Mutter zustimmt. Zwar wird dadurch kein Abstammungsverhältnis begründet, aber der Gesetzgeber suggeriert schrittweise den Willen,

<sup>35</sup> Naji El Mekkaoui: La Moudawanah, S. 278.

<sup>36</sup> Loi n° 15-01 du 13 juin 2002 relative à la prise en charge des enfants abandonnés, Bulletin Officiel du Royaume du Maroc, n° 5036 du 5 septembre 2002, im Folgenden: mar. KafG.

<sup>37</sup> Ähnlich Art. 116 alg. FamGB: Le recueil légal est l'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur, au même titre que le ferait un père pour son fils. Il est établi par acte légal.

<sup>38</sup> Mechri: *L'enfant objet et sujet d'affection*, S. 243.

<sup>39</sup> Ebd., S. 240.

<sup>40</sup> Vgl. Art. 9 mar. KafG; Art. 118 alg. FamGB.

<sup>41</sup> Vgl. Art. 9 mar. KafG.

<sup>42</sup> Vgl. Art. 1 mar. KafG; Art. 119 alg. FamGB.

<sup>43</sup> Vgl. Art. 12 mar. KafG.

<sup>44</sup> Vgl. Art. 14 ff. mar KafG; Art. 117 Var. 2 alg. FamGB.

<sup>45</sup> Vgl. Art. 22 Abs. 2 mar. KafG.

<sup>46</sup> Vgl. Art. 277 mar. FamGB; Art. 123 alg. FamGB.

<sup>47</sup> Vgl. Art. 125 S. 2 alg. FamGB.

den identitären Bedürfnissen des Kindes gerecht zu werden, ohne dass er sich in einen offenen Schlagabtausch mit religiösen Geboten begibt.<sup>48</sup> Erwähnenswert ist auch Art. 24 mar. KafG, nach dem der *Kāfil* mit dem Kind das Königreich verlassen darf, um sich dauerhaft im Ausland niederzulassen. Die Eltern können formell jederzeit die *Kafāla* aufheben, allerdings hat das Kind unter bestimmten Voraussetzungen ein Widerspruchsrecht, oder das Vormundschaftsgericht übt es in seinem Interesse aus.<sup>49</sup>

Damit steht die *Kafāla* der Volladoption in ihren Rechtswirkungen, nicht aber in ihrer sozialen Auffangfunktion nach. Zudem gibt der Gesetzgeber nach dem eben Gesagten schrittweise ›Boden ab‹, und durch den *Tanzil* können die vermögensrechtlichen Interessen des *Makfūl* auch über die Inpflegnahme hinaus berücksichtigt werden. Es bleibt anzumerken, dass die Volladoption tunesischen Rechts infolge ihrer oberflächlichen Regelungen mehr Verwirrung als Nutzen stiftete.<sup>50</sup> Folglich kann die *Kafāla* zumindest in einem nationalen Kontext das Kindeswohl schützen und seinen Anteil am *pluralisme culturel* rechtfertigen.

### III. Rezeption der *Kafāla* auf supranationaler Ebene

Fraglich ist, ob die *Kafāla* diesem Anspruch auch in einem transnationalen Kontext gerecht wird. Dazu ist ein Blick auf ihre Stellung in den internationalen Rechtsquellen zu werfen.

#### 1. Die *Kafāla* in internationalen Übereinkommen

Die *Kafāla* hat sich unmittelbar oder mittelbar ebenso den Weg in völker- und europarechtliche Vorschriften gebahnt. Ihr kommt als Ausfluss religiösen und nationalen Rechts ein Anteil am Netz zu, welches in Form des *pluralisme culturel* die Erdkugel umspannt. Das bedeutet allerdings auch, dass sie sich in ein System einfügen muss, welches aus unterschiedlichen Rechtssätzen besteht. Diese Normen schweigen sich nicht an, vielmehr haben sie eine narrative Funktion

<sup>48</sup> Zur Tendenz, das Familienrecht in Marokko zu reformieren, ohne in offenen Konflikt mit religiösen Geboten zu treten: »Cependant l'engagement du Maroc, eu égard à la société internationale, se fait en conformité avec son référentiel islamique, dont la Moudawanah tire ses origines. C'est, d'ailleurs, ce que reflète le Discours Royal prononcé au siège du Parlement à l'occasion de l'ouverture de la deuxième année législative de la septième législature, et l'annonce du projet de la Mw, le 10 Septembre 2003: ›Je ne peux en ma qualité d'Amir Al Mouminine autoriser ce que Dieu a prohibé, ni interdire ce que le Très Haut a autorisé ...‹«, in: Naji El Mekkaoui: *La Moudawanah*, S. 245.

<sup>49</sup> Vgl. Art. 29 mar. KafG; Art. 124 alg. FamGB.

<sup>50</sup> Siehe ausführlicher Mechri: *L'enfant objet et sujet d'affection*, S. 237, der von zahlreichen *zones d'ombre* spricht. Zur *Kafāla* tunesischen Rechts, welche als Alternative zur Adoption weiterhin möglich ist, siehe die Artt. 3–7 Loi n° 1958-0027 du 4 mars 1958 relative à la tutelle publique, à la tutelle officieuse et à l'adoption.

im Bezug aufeinander.<sup>51</sup> Auch aus diesem Grund berücksichtigt der EGMR über Art. 31 Abs. 3 lit. e WVK<sup>52</sup> alle relevanten Normen des Völkerrechts, um die EMRK auszulegen.<sup>53</sup>

Ausdrücklich wird die *Kafāla* in Art. 20 Abs. 3 S. 1 UN-Kinderrechtskonvention erwähnt. Sie tritt dort neben der Adoption als eine andere Form der Betreuung auf, die für islamische Kinder zu bevorzugen ist.<sup>54</sup> Die Norm bildet damit auch die Gewichtigkeit kultureller Relativität bei grenzüberschreitenden Sachverhalten ab.<sup>55</sup> Ausweislich des Wortlautes von Art. 20 Abs. 3 S. 2 UN-Kinderrechtskonvention sind »die ethnische, religiöse, kulturelle und sprachliche Herkunft des Kindes gebührend zu berücksichtigen«. Wie oben bereits aufgezeigt, spiegelt diese Vorschrift auch das adoptionsrechtliche Subsidiaritätsprinzip wider und verhindert bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, dass hinkende Rechtsverhältnisse entstehen.<sup>56</sup> Mittelbar nimmt auch das Haager Übereinkommen vom 29. Mai 1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption (im Folgenden HAÜ) Bezug auf die *Kafāla*. Zwar wurde es in den meisten islamischen Ländern nicht ratifiziert, verweist in Art. 1 lit. a HAÜ aber auf das Kindeswohl und die »völkerrechtlich anerkannten Grundrechte«. Ferner ist eine internationale Adoption nur möglich, wenn die Rechtsordnung des Kindes dies erlaubt und keine andere Unterbringungsmöglichkeit in seinem Heimatstaat besteht, Art. 4 lit. a, b HAÜ. Nicht zuletzt findet die *Kafāla* auch in Art. 3 lit. e KSÜ<sup>57</sup> eine ausdrückliche Erwähnung.

## 2. Die *Kafāla* in der EMRK und GRCh

Sollen die völkerrechtlichen Konventionen der Rechtsharmonisierung auf der ganzen Welt dienen, verfolgen die europäischen Legislativakte selbiges konsequenterweise auf einem etwas kleineren Parkett. Es kommt nicht von ungefähr, dass die Union gem. Art. 22 GRCh »die Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen« achtet.<sup>58</sup> Damit wirft das adoptionsrechtliche Subsidiaritätsprinzip auch auf europarechtlicher Ebene seinen Schatten. Allerdings ist seine Wirkung insofern von untergeordneter Bedeutung, als es sich funktionell »nur« um ein Auslegungsinstrument<sup>59</sup> handelt, sodass sich die Aufmerksamkeit auf die mit-

<sup>51</sup> Jayme: Kulturelle Identität und Kindeswohl, S. 237, 243.

<sup>52</sup> Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969.

<sup>53</sup> Vgl. EGMR 4.10.2012, *Harroudj c. France*, Rn. 42.

<sup>54</sup> Jayme: Kulturelle Identität und Kindeswohl, S. 237, 239.

<sup>55</sup> Jayme: *IPR und Kulturgüterschutz*, S. 150.

<sup>56</sup> Jayme: Kulturelle Identität und Kindeswohl, S. 237, 239.

<sup>57</sup> Das Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern, kurz Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern.

<sup>58</sup> Pastena: *Recognition of Kafala*, S. 69.

<sup>59</sup> Ebd.

gliedstaatlichen Umsetzungsakte richtet. In den Umsetzungsakten muss insbesondere auch berücksichtigt werden, dass die religiöse Erziehung den Eltern zusteht, Art. 14 GRCh.<sup>60</sup> In der EMRK findet sich kein ausdrücklicher Verweis auf die *Kafāla*, allerdings überprüfen sie die europäischen Gerichte innert des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens aus Art. 8 EMRK und im Rahmen von Art. 14 EMRK.<sup>61</sup> Über die Scharniernormen der Art. 7, 52 Abs. 3 GRCh sind die so gewonnen Ergebnisse auch auf die Ebene der Charta der Grundrechte der Europäischen Union übertragbar.

#### IV. Zwischenergebnis

Obschon die *Kafāla* im Ursprung religiöses Recht ist, hat sie über den arabischen Rechtsraum hinaus auch in europäischen und internationalen Gesetzestexten ihren Niederschlag gefunden. Sie spielt eine tragende Rolle im Kindschaftsrecht und ist damit ein Baustein des Kindeswohls. Zugleich leistet die *Kafāla* deshalb auch einen Beitrag zur universellen Geltung der Menschenrechte.

#### D. Die *Kafāla* in der europäischen Gerichtsbarkeit

Dass die *Kafāla* eine rechtstheoretische und soziale Rolle spielt, ist nun nicht mehr von der Hand zu weisen. Im nächsten Schritt wird auszuleuchten sein, ob die Rechtsprechung ihren Geist in der praktischen Umsetzung wahrt. Nur dann kann aus dem bloßen Versprechen universeller Menschenrechte auch eine Garantie werden.

##### I. *Harroudj c. France*

Der EGMR befasste sich im Jahre 2012 erstmals mit der Rezeption der *Kafāla* in Frankreich. Eine französische Staatsangehörige übernahm in Algerien wirksam die *Kafāla* für ein drei Monate altes Mädchen. Das algerische Gericht erlaubte ihr zudem, mit dem Kind auszureisen, um sich mit ihm in Frankreich niederzulassen. Die französischen Behörden und Gerichte versagten hingegen die Umwandlung der algerischen *Kafāla* in eine *adoption plénière* unter Verweis auf Art. 370 – 3 C.c.fr. Nach dieser Vorschrift dürfen ausländische Minderjährige nicht adoptiert werden, wenn ihr Heimatrecht es verbietet. Sodann prüfte der EGMR, ob die Beschwerdeführerin in ihrem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens aus Art. 8 Abs. 1 EMRK verletzt wurde. Zudem befasste sich das Gericht auch damit, ob ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot in Art. 14 EMRK vorliegt.

<sup>60</sup> Ebd.

<sup>61</sup> Vgl. EGMR 4.10.2012, *Harroudj c. France*, Rn. 40 ff.

Der EGMR führte aus, auch im Rahmen der *Kafāla* könne ein Familienleben im Sinne von Art. 8 Abs. 1 EMRK vorliegen.<sup>62</sup> Damit werden neben der Familie im rechtlichen oder biologischen Sinne auch faktische Eltern-Kind-Beziehungen erfasst. Daraus ließe sich aber kein Anspruch auf eine Adoption ableiten,<sup>63</sup> wenngleich bestehende familiäre Bindungen zu fördern seien.<sup>64</sup> Den Mitgliedstaaten komme ein weiter Umsetzungsspielraum zu, der sich innert der Vorgaben völkerrechtlicher Verträge frei bewegen dürfe.<sup>65</sup> Besondere Aufmerksamkeit wird dabei auf Art. 20 III 1 UN-Kinderrechtskonvention gelenkt, der die *Kafāla* neben der Adoption als gleichwertiges Betreuungsinstrument aufzählt. Damit rekurriert der EGMR konzeptionell auf den *pluralisme culturel* und argumentiert, dass das Kind auch in seinem eigenen Interesse nicht abrupt von den Normen seines Heimatlandes abgeschnitten werden dürfe.<sup>66</sup> Diese können über Art. 8 Abs. 1 UN-Kinderrechtskonvention auch als Teil seiner Identität zu berücksichtigen sein.<sup>67</sup> Aus diesem Grund sei der Verweis in Art. 370 – 3 C. c. fr. auf das algerische Recht legitim. Es reiche aus, wenn das französische Recht dem Kind zumutbare Alternativen zur Verfügung stelle, um eine sachgerechte Abwägung öffentlicher und privater Interessen zu ermöglichen.<sup>68</sup>

*In concreto* stellen die Richter darauf ab, dass in Frankreich geborene Kinder ausweislich des Art. 370 – 2 C. c. fr. nicht vom Adoptionsverbot erfasst sind, wenn sie dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Ferner kann das fehlende Erbrecht durch eine testamentarische Verfügung abgedeckt werden.<sup>69</sup> Zudem hat das Kind nach fünf Jahren einen erleichterten Zugang zur französischen Staatsbürgerschaft und damit zur Adoption.<sup>70</sup> Folglich scheide eine Verletzung von Art. 8 Abs. 1 EMRK aus. Kurz stellt das Gericht noch fest, dass aus diesen Gesichtspunkten auch eine Verletzung von Art. 14 EMRK fernliege.<sup>71</sup>

Indem der EGMR bei seiner Bewertung nach zumutbaren Alternativen im französischen Recht sucht, gibt er zu erkennen, dass die *Kafāla* in seinen Augen kein gleichwertiges Schutzniveau im Einzelfall gewährt. Die *Kafāla* mag als religiöses Rechtsinstitut einen Teil der Kindesidentität nach Art. 8 Abs. 1 UN-Kinderrechtskonvention ausmachen, bildet zugleich aber nur einen der schützenswerten Aspekte im Sinne von Art. 20 Abs. 3 UN-Kinderrechtskonvention ab. Dort wird auch auf die ethnische, sprachliche und kulturelle Herkunft des Kindes verwiesen. All diese Aspekte müssen ebenfalls bei der Ausfüllung des *pluralisme culturel* gewichtet werden.

<sup>62</sup> EGMR, 4.10.2012, *Harroudj c. France*, Rn. 46 f.

<sup>63</sup> EGMR, 22.1.2008, *E. B. c. France*, Rn. 41.

<sup>64</sup> EGMR, 28.6.2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, Rn. 119 f.

<sup>65</sup> EGMR, 4.10.2012, *Harroudj c. France*, Rn. 40, 44.

<sup>66</sup> Ebd., Rn. 51.

<sup>67</sup> Gallala-Arndt: Europäische Konvention für Menschenrechte und IPR, S. 405, 417.

<sup>68</sup> EGMR 4.10.2012, *Harroudj c. France*, Rn. 51.

<sup>69</sup> Ebd.

<sup>70</sup> Ebd.

<sup>71</sup> Ebd., Rn. 55.



In Algerien sind Arabisch und die berberische Sprache Tamazight (*Tamaziyt*) offizielle Landessprachen.<sup>72</sup> Letztere ist die Sprache der Ureinwohner Nordafrikas, die allein in Marokko schon zwei Drittel der Bevölkerung bilden.<sup>73</sup> Wenn gleich die meisten Berber muslimisch sind, haben sie ihre eigene Kultur und praktizieren entsprechend ihren Bräuchen auch die Volladoption, wenn auch nicht unter den Augen des Staates.<sup>74</sup>

In Art. 30 UN-Kinderrechtskonvention werden die Ureinwohner geschützt, sodass über Art. 8 Abs. 1 UN-Kinderrechtskonvention auch ihre Bräuche die kulturelle Identität ausfüllen.<sup>75</sup> Lässt sich verzeichnen, dass sich die maghrebinischen Länder schrittweise öffnen<sup>76</sup> und in Tunesien sogar die Volladoption möglich ist,<sup>77</sup> verwundert die Vehemenz, mit der in Europa die islamrechtliche ›Wahrheit der Abstammung‹ verteidigt wird. Die Volladoption wird in Marokko und Algerien faktisch durch das Legitimanerkenntnis (*iqrār*) ersetzt, bei dem es ausreicht zu behaupten, dass ein Kind unbekannter Abstammung das eigene sei.<sup>78</sup> Ist die *Kafāla* als ursprünglich religiöses Recht ein Teil der Kindesidentität, stellt sich darüber hinaus die Frage, wie mit Kindern aus Israel oder Tunesien umzugehen ist. In beiden Staaten ist die Volladoption kodifiziert,<sup>79</sup> aber aus jüdischer<sup>80</sup> und muslimischer Perspektive verboten. Damit behandelt der EGMR zwar im konkreten Fall die aufgetretenen Symptome, muss langfristig aber auf eine rechtspolitische Lösung pochen.

## II. Chbihi/Loudoudi c. Belgique

Als sich der EGMR in einer Folgeentscheidung erneut mit der *Kafāla* befasste, bemühte er in seiner Argumentation das *child's best interest*.<sup>81</sup> In dieser Entscheidung übernahm ein belgisches Ehepaar in Marokko die *Kafāla* für ihre Nichte durch eine private Vereinbarung mit ihren Eltern. Nachdem das Kind im Jahre 2005 in Belgien ankam, verweigerten die belgischen Autoritäten das

<sup>72</sup> Aktion Deutschland Hilft: Algerien.

<sup>73</sup> Göbel: Marokko.

<sup>74</sup> Milliot/Blanc: *L'étude du droit musulman*, Rn. 319, 519; Borrmans: *Statut Personnel*, S. 45.

<sup>75</sup> Klingenstein: Kulturelle Identität und Kindeswohl, S. 46.

<sup>76</sup> Naji El Mekkaoui: *La Moudawanah*, S. 258. »A la lumière de ce qui précède, nous constatons que ce n'est aucunement un hasard, si le droit musulman a élargi les modes de preuve légale s'agissant de la reconnaissance de paternité; et s'il a, paradoxalement, restreint les possibilités de désaveu de paternité. Ceci n'a d'autres raisons, sans doute, que la perspective de garantir aux enfants, hommes et femmes de demain, une filiation ou du moins une identité et leur procurer, par-là, l'équilibre psychique et la stabilité sociale« (ebd.).

<sup>77</sup> Loi n° 1958-27 du 4 mars 1958 relative à la tutelle publique, à la tutelle officieuse et à l'adoption modifiée par la loi n° 1959-69 du 19 juin 1959.

<sup>78</sup> Aldeeb/Bonomi: *Le droit musulman de la famille*, S. 254; Winkelsträter: *Internationale Adoption*, S. 38.

<sup>79</sup> Siehe Israeli Adoption of Children Law 5741/1981.

<sup>80</sup> Schereschewsky: Adoption, S. 440 f.

<sup>81</sup> EGMR 16.12.2014, *Chbihi Loudoudi u. a. c. Belgique*, Rn. 97.



Adoptionsgesuch der Beschwerdeführer. Infolgedessen wurde dem Mädchen bis zum Jahre 2014 keine dauerhafte Aufenthaltserlaubnis erteilt. Der EGMR untersuchte, ob darin eine Verletzung ihres Rechts auf ein Privat- und Familienleben nach Art. 8 Abs. 1 EMRK liegt. Zudem befasste er sich mit einer Verletzung von Art. 14 EMRK. Erneut bejahte der EGMR, dass ein Familienleben im Sinne des Art. 8 Abs. 1 EMRK auch bei der *Kafāla* möglich ist. Den Maßstab bilde dann, ob eine tatsächliche Eltern-Kind-Beziehung besteht, die sich an der Dauer und der Qualität des Verhältnisses zwischen den Erwachsenen und dem Kind orientiert.<sup>82</sup> Dass daneben noch eine rechtliche Eltern-Kind-Beziehung zu den biologischen Eltern bestehe, streite nicht dagegen.<sup>83</sup> Obwohl die *Kafāla* in Marokko eine rechtliche Verbindung zwischen den Beschwerdeführern zeitigt, stelle die von ihnen verfolgte Adoption aus marokkanischer Sicht eine darüber hinausgehende Rechtsposition dar.<sup>84</sup> Dem Staat stehe bei der Beurteilung, ob und wie er handelt, ein Einschätzungsspielraum zu, der die betroffenen Interessen des Einzelnen und der Gesellschaft miteinander abwägen muss.<sup>85</sup> Es kam im Jahre 2005 zu einer Reform des belgischen Adoptionsrechts, um die Vorgaben aus dem Haager Übereinkommen vom 29. Mai 1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption besser umzusetzen. Infolgedessen war die in Belgien zuvor mögliche Umwandlung der *Kafāla* in eine Adoption nicht mehr ohne weiteres möglich.<sup>86</sup> Da die oben genannte Konvention aber dem Schutze der Kinder dient, stehe das belgische Recht im *child's best interest*.<sup>87</sup> Dadurch würden hinkende Rechtsverhältnisse zum Nachteil des Kindes verhindert, die sich aus divergierenden Abstammungsverhältnissen in Marokko und Belgien ergäben.<sup>88</sup> Zudem habe das Kind infolge der Regelung keinen schweren Nachteil in seinem Alltag verzeichnet, da seine Aufenthaltserlaubnis in regelmäßigen Abständen verlängert wurde und es frei reisen konnte.<sup>89</sup> Eine Verletzung von Art. 8 Abs. 1 EMRK könne nicht allein daraus resultieren, dass der *Makfūl* über einen Zeitraum von sieben Monaten keine Aufenthaltserlaubnis hatte und deshalb nicht an einer Klassenfahrt teilnahm.<sup>90</sup> Erst recht sei aus den völkerrechtlichen Quellen kein Anspruch auf Erteilung eines bestimmten Aufenthaltsstatus ableitbar.<sup>91</sup> Aus den gleichen Gründen scheide auch eine Verletzung von Art. 14 EMRK in Verbindung mit Art. 8 EMRK aus.<sup>92</sup>

<sup>82</sup> Ebd., Rn. 78.

<sup>83</sup> Ebd., Rn. 78 f.

<sup>84</sup> Ebd., Rn. 91.

<sup>85</sup> Ebd., Rn. 91 f.

<sup>86</sup> Ebd., Rn. 55 ff.

<sup>87</sup> Ebd., Rn. 97 ff.

<sup>88</sup> Ebd., Rn. 101.

<sup>89</sup> Ebd., Rn. 132.

<sup>90</sup> Ebd., Rn. 132, 136 f.

<sup>91</sup> Ebd., Rn. 135.

<sup>92</sup> Ebd., Rn. 142 ff.

Kritik an diesem Verständnis des *child's best interest* wurde zuerst in den eigenen Reihen laut. In einer *dissenting opinion* kritisierten die abweichenden Richter vor allem den zu abstrakt gefassten Maßstab, den die nationalen Behörden anlegten.<sup>93</sup> Vielmehr sei eine ernstzunehmende Lösung in den Umständen des konkreten Falles zu suchen.<sup>94</sup> So zog sich der gesamte Prozess für das Mädchen über einen Zeitraum von mehreren Jahren und sie pflegte kaum Kontakt zu ihren leiblichen Eltern.<sup>95</sup> Indem sie dauerhaft um die Verlängerung ihrer Aufenthaltserlaubnis bangte, sah sie sich einer wachsenden psychischen Belastung ausgesetzt. Es gebe überdies im belgischen Recht keine vergleichbaren Erleichterungen wie in Frankreich, um eine Adoption zu ermöglichen.<sup>96</sup>

Es ist begrüßenswert, dass die abweichenden Richter eine stärkere Orientierung am konkreten Fall propagieren. Solange keine rechtspolitische Lösung gefunden wurde, kommt den Urteilen des EGMR eine immense Strahlkraft zu. Gelingt es, die Beachtung der konkreten Umstände des Falles bereits konzeptionell in das *child's best interest* zu integrieren, hat der Rechtsanwender das juristische Rüstzeug, um dem Kindeswohl auch in einem internationalen Kontext abzuhelpen – jedenfalls vorübergehend.

### III. EuGH 2019 C-129/18 am 26. März 2019

Zuletzt hat sich auch der EuGH erstmals im Rahmen einer Vorlagefrage mit der *Kafala* auseinandergesetzt. Ein französisches Ehepaar, welches im Vereinigten Königreich lebte, hatte in Algerien die *Kafala* für ein Kind übernommen. Diesem wurde anschließend keine Einreiseerlaubnis erteilt, da die *Kafala* nicht mit der Adoption gleichzusetzen und ein Antrag auf internationale Adoption nicht gestellt worden sei.<sup>97</sup>

Das vorlegende Gericht fragte anschließend, ob das Kind ein »Verwandter in gerader absteigender Linie« gem. Art. 2 Nr. 2 lit. c FreizügigkeitsRL<sup>98</sup> ist.<sup>99</sup>

Nach Art. 3 Abs. 1 FreizügigkeitsRL können sich sowohl Unionsbürger als auch ihre Familienangehörigen im Sinne von Art. 2 Nr. 2 FreizügigkeitsRL auf die Rechte aus der Richtlinie berufen.<sup>100</sup> Wer Verwandter in gerader absteigender Linie ist, werde durch autonome Auslegung ermittelt, da die Richtlinie nicht auf innerstaatliches Recht verweist.<sup>101</sup> Den Maßstab bilden im Interesse der einheit-

<sup>93</sup> EGMR 16.12.2014, *Chbihi Loudoudi u. a. c. Belgique*, opinion séparée, Rn. 9.

<sup>94</sup> So auch Najurieta: L'adoption internationale des mineurs, S. 429, Rn. 186.

<sup>95</sup> EGMR 16.12.2014, *Chbihi Loudoudi et al. c. Belgique*, opinion séparée, Rn. 9.

<sup>96</sup> Ebd., Rn. 10.

<sup>97</sup> EuGH 26.3.2019, C-129/18, Rn. 30.

<sup>98</sup> Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten.

<sup>99</sup> EuGH 26.3.2019, C-129/18, Rn. 38.

<sup>100</sup> Ebd., Rn. 48.

<sup>101</sup> Ebd., Rn. 50.

lichen Anwendung des EU-Rechts ihr Wortlaut, ihr Zusammenhang und ihre Ziele.<sup>102</sup> Da sie darauf abziele, die Einheit der Familie zu wahren, sei der Begriff des Abstammungsverhältnisses weit zu verstehen und umfasse biologische sowie rechtliche Verbindungen.<sup>103</sup> Allerdings begründe die *Kafāla* algerischen Rechts kein Abstammungsverhältnis und sei jederzeit entziehbar, sodass der *Makfūl* nicht als Verwandter »in gerader absteigender Linie« anzusehen sei.<sup>104</sup>

Damit stehe den einzelnen Staaten ein Ermessensspielraum zu, der alle Umstände des Einzelfalles und insbesondere das Kindeswohl respektieren müsse.<sup>105</sup> Ausgefüllt werde er durch die Vorschriften der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, allem voran dem Recht auf Achtung des Familienlebens gem. Art. 7 GRCh.<sup>106</sup> Die Vorschrift ist nach Art. 52 Abs. 3 GRCh auch am Maßstab von Art. 8 EMRK zu messen. Da die *Kafāla* zu einem Familienleben im Sinne des Art. 8 Abs. 1 EMRK führen kann (s. o.), könne der *Makfūl* ohne Not ein sonstiger Verwandter nach Art. 3 Abs. 2 lit. a FreizügigkeitsRL sein.<sup>107</sup> Dies hänge davon ab, ob alle Umstände des Einzelfalles und des konkreten Kindes beachtet wurden, wie beispielsweise sein Alter, die Qualität der Beziehung zum Erwachsenen und vorhandene oder potentielle Gefahren für sein Wohl.<sup>108</sup> Letztere können nicht allein daraus abgeleitet werden, dass die *Kafāla* prozessual weniger strenge Vorschriften festlege als das belgische oder internationale Recht im Rahmen von Adoptionen.<sup>109</sup> Sei ein Familienleben nach alledem zu bejahen, bestehe im Hinblick auf Art. 7, 24 GRCh grundsätzlich das Recht auf Einreise als sonstiges Familienmitglied im Sinne von Art. 3 Abs. 2 lit. a FreizügigkeitsRL.<sup>110</sup>

#### IV. Bewertung

Nach den Entscheidungen des EGMR und EuGH ist klar, dass die *Kafāla* aus europäischer Sicht nicht ohne weiteres im Gewande einer Adoption auftreten kann. Dennoch erkennt die Gerichtsbarkeit die legitimen Interessen der Familien und Kinder an und sucht nach anderen rechtlichen Instrumenten, um ihr Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens zu wahren. Sie stellt damit über die Mittel der Auslegung und des Einschätzungsspielraums weitgehende Ergebnisgleichheit her. Besonders lobenswert ist es, dass sich zumindest der EuGH auf eine differenziertere und einzelfallgerechtere Betrachtung festgelegt hat. Da er zugleich über Art. 52 Abs. 3 GRCh die EMRK und damit die Recht-

<sup>102</sup> Ebd., Rn. 51 m. w. N.

<sup>103</sup> Ebd., Rn. 54.

<sup>104</sup> Ebd., Rn. 56.

<sup>105</sup> Ebd., Rn. 63, 68.

<sup>106</sup> Ebd., Rn. 64.

<sup>107</sup> Ebd., Rn. 57.

<sup>108</sup> Ebd., Rn. 66, 68 ff.

<sup>109</sup> Ebd., Rn. 70.

<sup>110</sup> Ebd., Rn. 71.

sprechung des EGMR berücksichtigt, besteht die Hoffnung, dass letzterer – auch im Sinne einiger seiner Richter – fortan näher am Einzelfall operiert.

### E. Fazit

Die *Kafāla* hat ihren Platz in nationalen und internationalen Rechtsvorschriften eingenommen und berücksichtigt das Kindeswohl. In transnationalen Sachverhalten kann sie dennoch nicht mit einer Adoption gleichgesetzt werden. Folglich wäre es zu weitgehend, sie als ›kleinen Bruder der Adoption‹ zu betiteln. Angesichts des oben erwähnten Grundsatzes der Anerkennung fremder Rechtsinstitute ist einzuräumen, dass die *Kafāla* diesen Anspruch an sich auch nicht zu haben braucht. Den Gerichten in Europa gelingt es bis anhin noch, den Interessen arabisch-muslimischer Kinder auch in grenzüberschreitenden Sachverhalten Rechnung zu tragen. Von einer Diskriminierung der ›Kinder islamischen Rechts‹ kann folglich noch nicht gesprochen werden, wenngleich sich hiesige Gerichte und legislative Kräfte nicht darauf ausruhen sollten. Damit erfüllt auch der *pluralisme culturel* seinen Auftrag, indem er auf breiter Basis ein menschenwürdiges Umfeld für hilfsbedürftige Kinder schafft.

يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا.

»Ihr Menschen! Wir haben euch geschaffen (indem wir euch) von einem männlichen und einem weiblichen Wesen (abstammen ließen), und wir haben euch zu Verbänden und Stämmen gemacht, damit ihr euch (auf Grund der genealogischen Verhältnisse) untereinander kennt [...].«<sup>111</sup>

### Bibliographie

- Abdellatif, Soumaya (2021): L'adoption au Maghreb: *quid de «l'exception» tunisienne?*, in: *Parentalité(s) et après?*, hrsg. von Vincent Meyer und Salvatore Stella, Toulouse: Érès, S.299–312.
- Aktion Deutschland Hilft (o.D.): *Algerien – Länderinformation*, [www.aktion-deutschland-hilft.de/de/fachthemen/afrika/algerien](http://www.aktion-deutschland-hilft.de/de/fachthemen/afrika/algerien) (Zugriff: 14.12.2022).
- Aldeeb, Sami/Bonomi, Andrea (Hgg.) (1999): *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag.
- aş-Şāmit, 'Abdullāh/Elyas, Nadeem (2004): *Der edle Qur'ān und die Übersetzung seiner Bedeutungen in die deutsche Sprache*, al-Madīna al-Munawwara: König-Fahd-Komplex zum Druck vom Qur'ān.

<sup>111</sup> Q 49:13 übers. nach Paret: *Der Koran*, S.365.

- Borrmans, Maurice (1977): *Statut Personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, Interaction. L'homme et son environnement social 6, Paris: De Gruyter Mouton.
- Elwan, Omaia (1988): Gesetzgebung und Rechtsprechung, in: *Der Nahe und Mittlere Osten I: Grundlagen, Strukturen und Problemfelder*, hrsg. von Udo Steinbach und Robert Rüdiger, Opladen: Leske + Budrich, S. 221–254.
- Gallala-Arndt, Imen (2015): Die Einwirkung der Europäischen Konvention für Menschenrechte auf das Internationale Privatrecht am Beispiel der Rezeption der Kafala in Europa Besprechung der Entscheidung des EGMR Nr. 43631/09 vom 4.10.2012, Harroudj./Frankreich, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 79.2, S. 405–428.
- Göbel, Alexander (2013): Marokko. Das Schicksal der Berber, in: *Deutschlandfunk*, [www.deutschlandfunk.de/marokko-das-schicksal-der-berber-100.html](http://www.deutschlandfunk.de/marokko-das-schicksal-der-berber-100.html) (Zugriff: 14.12.2022).
- Ibn Aḥmad Ibn Rassoul, Abū-r-Riḍā' Muḥammad (Übers.) (1989): *Auszüge aus dem Ṣaḥīḥ Al-Buḥārīyy. Monolinguale Originalausgabe (Deutsch). Aus dem Arabischen übertragen und kommentiert von Abū-r-Riḍā' Muḥammad Ibn Aḥmad Ibn Rassoul*, Köln: Islamische Bibliothek.
- Jayme, Erik (1996): Kulturelle Identität und Kindeswohl im internationalen Kindschaftsrecht, in: *Praxis des internationalen Privat und Verfahrensrechts (IPRax)*, S. 237–244.
- Jayme, Erik (2022): *Internationales Privatrecht – Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte – Kulturgüterschutz, Kunstrecht und Urheberrecht Vorträge – Aufsätze – Betrachtungen*, Gesammelte Schriften 6, Heidelberg: C. F. Müller.
- Klingenstein, Katja (2000): *Kulturelle Identität und Kindeswohl im deutschen internationalen Adoptionsrecht*, Europäische Hochschulschriften Recht 2893, Frankfurt am Main u. a.: Peter Lang.
- Kohler, Christian (1976): *Das Vaterschaftsanerkennntnis im Islamrecht und seine Bedeutung für das deutsche internationale Privatrecht* (Rechts- und Sozialwissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres Gesellschaft), Paderborn: Ferdinand Schöningh.
- Linant de Bellefonds, Yvon (1973): *Traité de droit musulman comparé*, 3: *Filiation, incapacités, libéralités entre vifs* (Recherches Méditerranéennes, Études IX), Paris: De Gruyter Mouton.
- Mechri, Farouk (2006): *L'Enfant objet et sujet d'affection: approche juridique et juridique des rapports parents-enfant en droit tunisien et en droit compare*, Paris: Publisud.
- Menhofer, Bruno (1997): Zur Kafala des marokkanischen Rechts vor deutschen Gerichten, in: *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, S. 252–255.
- Milliot, Louis/Blanc, François-Paul (<sup>2</sup>1987): *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris: Editions Dalloz.

- Naji El Mekkaoui, Rajaâ (<sup>4</sup>2010): *La Moudawanah (Code Marocain de la Famille): Le Référentiel et le Conventionnel en Harmonie*, Le Mariage et la Filiation 1, Rabat: Editions & Impressions Bouregreg.
- Najurieta, María Susana (2014): L'adoption internationale des mineurs et les droits de l'enfant, in: *Collected Courses of The Hague Academy of International Law* 376, [referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/\\*A9789004297685\\_03](https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9789004297685_03) (Zugriff: 8.8.2023).
- Paret, Rudi (Übers.) (<sup>12</sup>2014): *Der Koran* [1979], Stuttgart: W. Kohlhammer.
- Pastena, Adele (2020): *Recognition of Kafala in the Italian Law System from a Comparative Perspective*, Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing.
- Rohe, Mathias (<sup>4</sup>2022): *Das islamische Recht. Geschichte und Gegenwart*, München: C. H. Beck.
- Schereschewsky, Ben-Zion (1975): Adoption, in: *The Principles of Jewish Law* (The Institute for Research in Jewish Law Publication, 6), hrsg. von Elon Menachem, Jerusalem: Encyclopaedia Judaica/Ketter S. 440–441.
- Smith Rotabi, Karen u. a. (2017): The Care of Orphaned and Vulnerable Children in Islam: Exploring Kafala with Muslim Social Work Practice with Unaccompanied Refugee Minors in the United States, in: *Journal of Human Rights and Social Work* 2, S. 16–24.
- Winkelsträter, Dagmar (2007): *Anerkennung und Durchführung internationaler Adoptionen in Deutschland. Unter Berücksichtigung des Haager Übereinkommens über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption vom 29. Mai 1993*, Studien zum Internationalen Privat- und Verfahrensrecht 12, Jena: Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft.



# زوال قوة الشيء المقضي بسحب محكمة النقض لحكمها<sup>١</sup>

محمد حسام محمود لطفي

بداية نؤكد على ما تتمتع به محكمة النقض<sup>٢</sup> - باعتبارها تعلى قمة النظام القضائي<sup>٣</sup> - من مكانة رفيعة، فيرى فيها العامة والخاصة على حد سواء مجلساً للحكام

<sup>١</sup> نشر هذا المطلب في بحث بعنوان "سحب أحكام محكمة النقض: دراسة تحليلية لأحكام القضاء المصري والفرنسي"، مجلة القضاء الفصلية، س ٢٦ (عدد يناير/ديسمبر سنة ٢٠٠٤م، ص ٥١: ٧١) ثم نشر منفصلاً في كتاب تحت نفس العنوان مع عنوان فرعي "نحو نظرية أوسع لتصحيح أحكام النقض من الأخطاء المادية والإجرائية" عام ٢٠٠٤م.

<sup>٢</sup> محكمة النقض المصرية مقرها مدينة القاهرة (دار القضاء العالي) مؤلفة من رئيس وعدد كاف من نواب الرئيس والمستشارين وفيها دوائر لنظر المواد الجنائية وأخرى لنظر المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والمواد الأخرى، وتصدر الأحكام من خمسة مستشارين. وتشكل الجمعية العامة لمحكمة النقض من هئتين كل منهما من أحد عشر مستشاراً برئاسة رئيس المحكمة أو أحد نوابه، إحداها للمواد الجنائية والثانية للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية وغيرها. وإذا رأت إحدى دوائر المحكمة العدول عن مبدأ قانوني قرره أحكام سابقة أحالت الدعوى إلى الهيئة العامة المختصة بالمحكمة للفصل فيها وتصدر أحكامها بالعدول بأغلبية سبعة أعضاء على الأقل. أما إذا رأت إحدى الدوائر العدول عن مبدأ قانوني قرره أحكام سابقة صادرة من دوائر أخرى أحالت الدعوى إلى الهيئتين مجتمعتين للفصل فيهما. وتصدر الأحكام في هذه الحالة بأغلبية أربعة عشر عضواً على الأقل المواد ٤: ٢ من قانون السلطة القضائية الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢م، الجريدة الرسمية، العدد ٤٠ في ٥ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٧٢م، المعدل بالقوانين أرقام ٧٩ لسنة ١٩٧٤م الجريدة الرسمية، العدد ٣٠ تابع في ٢٥ من يولييه/تموز سنة ١٩٧٤م، ص ٥٠١ و ١٩٧٦ الجريدة الرسمية، العدد ٢ تابع في ٨ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٧٦م، ص ٢، و ١٧ لسنة ١٩٧٦م، الجريدة الرسمية، العدد ١١ في ١١ من مارس/آذار سنة ١٩٧٦م، و ٩٦ لسنة ١٩٧٦م الجريدة الرسمية، العدد ٣٥ مكرراً في ٢٨ من أغسطس/آب سنة ١٩٧٦م، ص ٧٤٩، و ٥٤ لسنة ١٩٧٨ الجريدة الرسمية، العدد ٣٢ تابع في ١٠ من أغسطس/آب سنة ١٩٧٨م، ص ٩٩٩ و ١٤٣ لسنة ١٩٨٠ الجريدة الرسمية، العدد ٢٨ مكرراً في ١٣ من يولييه/تموز سنة ١٩٨٠م، و ١١ لسنة ١٩٨١م الجريدة الرسمية، العدد ١٠



تابع ج في ٥ من مارس/آذار سنة ١٩٨١م، ص ٣، و٤٤ لسنة ١٩٨١ الجريدة الرسمية، العدد ٢٦ في ٢٥ من يونيو/حزيران سنة ١٩٨١م، ص ١٧٨٠، و١٣٨ لسنة ١٩٨١م، الجريدة الرسمية، العدد ٣٣ تابع في ١٣ من أغسطس/آب سنة ١٩٨١م، ص ٥٧، و٣٥ لسنة ١٩٨٤م الجريدة الرسمية، العدد ١٣ مكرراً في ٣١ من مارس/آذار سنة ١٩٨٦م ص ١٤، والقرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣م الجريدة الرسمية، العدد ٤٠ تابع في ٧ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٩٣م، ص ٥، والقانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٢م الجريدة الرسمية، العدد ٣ مكرراً في ٢٠ من يناير/كانون ثان سنة ٢٠٠٢م، ص ٣، والقرار بقانون رقم ١٥٩ لسنة ٢٠٠٣م الجريدة الرسمية، العدد ٣٩ تابع في ٢٥ من سبتمبر/أيلول سنة ٢٠٠٣م، ص ٢، علماً بأن المواد ٤:٢ لم تدخل عليها أية تعديلات. أما محكمة النقض الفرنسية فقرها باريس (Palais de Justice) وتتكون من الرئيس الأول وعدد كاف من رؤساء الدوائر، ومنها دوائر لنظر المواد المدنية والجنائية تصدر أحكامها إما من إحدى الدوائر (une chambre) أو من دائرة مختلطة (Chambre Mixte) أو من الجمعية العمومية (Assemblée Plénière) وتختص الدائرة المختلطة التي يرأسها أحد نواب الرئيس أو في حالة توافر مانع أقدم رؤساء الدوائر، بناءً على تكليف من الرئيس الأول في إحدى حالتين وهما أن المسألة المطروحة تدخل في اختصاص عدة دوائر، أو أن المسألة المطروحة قد تختلف في شأن آراء الدوائر، أما إذا كان الرأي مناصفة بين المستشارين فالإحالة وجوبية إلى هذه الدائرة المختلطة. على العكس فإن الجمعية العمومية التي يرأسها الرئيس الأول وفي حالة توافر مانع أقدم رؤساء الدوائر، فتختص بأمر غير مسبب من الرئيس الأول مثل حفظ الطعن، أو بأمر غير مسبب من الدائرة المختصة. وتعد الإحالة وجوبية إذا كان النائب العام قد طلبها قبل نظر الطعن. وأخيراً إذا كان الطعن للمرة الثانية لرفض محكمة الإحالة : (La Cour de Renvoi)

المواد ١-١٢١، ٢، ٣، ٤، ٥، ٦، ٧، من تقنين السلطة القضائية Code de l'Organisation Judiciaire الصادر بالمرسوم ٣٢٩-٧٨ في ١٦ من مارس/آذار سنة ١٩٧٨م (Mars ١٨J.O.). وانظر في شأن قضاء النقض الفرنسي بوجه عام:

Jobard-Bachelier, Marie-Noëlle/Bachelier, Xavier (1994), *La technique de cassation: N° de pourvoi s et arrêts en matière civile*, Paris: Dalloz, pp. 14 ff.

٣ يعبر عن ذلك بالفرنسية على النحو الآتي:

«placé au sommet de la hiérarchie judiciaire» Faye, M. Ernest (1003): *La Cour de Cassation: Traité de ses attributions, de sa compétence et de la procédure observée en matière civile suivi du Code des Lois, Décrets, Ordonnances et Réglements*, Librairie Paris: A. Chevalier-Marescq & Cie, p. 1.

من أوتوا سعة في العلم وبسطة في القدرة على التحليل والتأصيل، فيرتضى الجميع حكمها، بل وتشعر محاكم الموضوع بوجوب احترام ما تنبأه محكمة النقض من تفسيرات لمختلف القواعد القانونية<sup>٤</sup>، مانحة بذلك لأحكامها - من الناحية الواقعية - قيمة تقترب من قيمة القواعد القانونية<sup>٥</sup> وقد تجل ذلك في حرص محكمة النقض على إعلاء شأن دورها الرقابي على قضاء محكمة الموضوع. وقد أكدت محكمة النقض ماهية هذا الدور الرقابي في حكم قديم لها صدر في ١٧ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٢٩م أفصحت فيه عن أن التظلم من أحكام النقض "... لا سبيل لمحكمة النقض إلى النظر فيه مهما يكن في ذاته مؤيداً بأمتن الأدلة، ذلك أن محكمة النقض ليست درجة استئنافية تعيد عمل قاضي الموضوع فتتظر في الأدلة وتقومها بما تستأهل وترى إن كانت منتجة. أو غير منتجة، وإنما هي درجة استئنائية محضة

وعبرت عن ذلك محكمة النقض نفسها بالقول بأن محكمة النقض: "تعتبر قمة السلطة القضائية في سلم ترتيب المحاكم". نقض مدني ٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٧م، مجموعة المكتب الفني، س ٢٨، ج ١ رقم ٧١ ص ٣٥٩.

٤ فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، عام ٢٠٠١م رقم ٣٨٠ ص ٧٧٤f. (٧٧٥)

٥ والي، المرجع السابق، رقم ٣٨٠ ص ٧٧٤: ٧٧٥؛ وانظر في معرض حرص محكمة النقض الفرنسية على الدفاع عن مكانتها كمحكمة عليا، حكم قضى بإلزام الطاعن بغرامة مالية قدرها ٢٠٠٠٠ فرنك فرنسي لتنازله عن طعنه بعد أن استشعر مع وضع مذكرة النيابة العامة ضده وحجز الدعوى للحكم، تفادياً لحكم ضده بحجة أن ذلك يعد دليلاً على تعسف الطاعن في إقامة الطعن. وقد أثار هذا الحكم تساؤلات عن السند القانوني الذي استندت إليه المحكمة في هذا الصدد لا سيما وأن النزاع لا يقصد به تأخير السير في الدعوى فضلاً عن أن محكمة النقض لم تنظر الطعن، بل اكتفت بتقرير النزاع وفرض الغرامة (Cass. 1<sup>re</sup> ch. Civ. 1996 Nov. 1997 J.C.P. 110. 2822). ويعد هذا الحكم دليلاً آخر على مدى اعتداد محكمة النقض بمكانتها وحرصها على فرض الشعور باحترامها. نقض جنائي في ١٧ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٢٩م، مجموعة عمر، ج ١ رقم ١١٥ ص ١٤١: ١٤٢.

وأن عملها مقصور على الرقابة على عدم مخالفة القانون<sup>٦</sup>، وهو ما أوجزته المحكمة نفسها بقولها "لا تختص محكمة النقض إلا بتقويم المعوج من جهة القانون ليس إلا"<sup>٧</sup>، وبأن "الطعن بالنقض ليس هو الخصومة المردودة - من قبل - أمام محكمة الموضوع وإنما هو مخاصمة للحكم النهائي الذي صدر فيها"<sup>٨</sup>، ولا مجال للتمسك بالنقض حال "السهو الواضح في التعبير (الذي) لا يغير من الحقائق الثابتة المعلومة لخصوم الدعوى"<sup>٩</sup>.

وقد درج رجال القانون على استخدام عبارات تعبر عما يكونه لهذه المحكمة من توقير واحترام، وترسخ هذا الشعور في نفوس الأجيال المتعاقبة حتى أصبح مجرد إسناد الخطأ إلى محكمة النقض من الأمور التي لا يجب أن تلوكها الألسنة أو يتداولها الناس، وكان السند في ذلك هو نص المادة (٢٧٢) من قانون

<sup>٦</sup> نقض جنائي في ١٧ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٢٩م، مجموعة عمر، ج ١ (سابق الإشارة إليه) وفي نفس المعنى قضاء النقض الفرنسي:

Cass. Soc. 27 Fév ... 1985, JCP 1985. IV.16, 13 Mars 1985. JCP 1985. IV.186 et 14 janv. 1987, JCP 1987. IV.91, www.legifrance.gouv.fr.

وعبرت عن ذلك في هذا الحكم بقولها:

«C'est la non-Conformité de la décision attaquée aux règles de droit qui doit être invoquée par l'auteur du N° de pourvoi ...»

<sup>٧</sup> Cass. Soc. 27 Fév. 1985, JCP 1985. IV.16, 13 Mars 1985. JCP 1985. IV.186 et 14 janv. 1987, JCP ١٩٨٧. IV.٩١, www.legifrance.gouv.fr.

<sup>٨</sup> نقض مدني في ٢١٨ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٦٧م، مجموعة المكتب الفني، س ١٨، رقم ٢٨٨ ص ١٩٠١.

<sup>٩</sup> نقض جنائي في ٢٧ من فبراير/شباط سنة ١٩٣٣م، مجموعة عمر، ج ٣، رقم ٩٥ ص ١٤٠، حيث انصب السهو على استبدال كلمة "أفيون" بكلمة "حشيش"، حيث رأت المحكمة أنه لا يصح للمتهم أن يترك كل ما ذكر في الحكم وكل ما دارت عليه المرافعة ويتمسك "ما ذكر سهواً في حكم المحكمة الأولى وديباجة الحكم الاستثنائي".

المرافعات المَدَنِيَّة والتجارية، الذي يشير بعبارات قطعية إلى عدم جواز الطعن في أحكام محكمة النقض بأي طريق من طرق الطعن.

وإذا كان هذا المسلك التشريعي الذي يعكس شعوراً عاماً بالثقة فيما تصدره هذه المحكمة من أحكام، له ما يبرره من تفادى تأييد المنازعات (éterniser les poursuites)<sup>١٠</sup> ولتوقير أحكام المحكمة العليا<sup>١١</sup>، فإن رجل القانون مطالب بالتأمل فيما قد يترتب على إعمال هذه القاعدة من نتائج، ليس أقلها أهمية القول بأن أحكام محكمة النقض واجبة الاحترام فيما خلصت إليه "سواء أخطأت أم أصابت"<sup>١٢</sup>، باعتبار أن إطلاق هذه العبارات بغير ضوابط قد يفضي إلى مظنة أن ينتهي الأمر بمحكمة النقض إلى أن تهدر نصوص القانون التي عهد إليها المشرع مهمة السهر على تطبيقها كما هو الحال إذا كان حكم النقض غير مسبب أو صدر في جلسة غير علنية أو بتشكيل غير صحيح للمحكمة<sup>١٣</sup>. وهذا الذي تقدم هو الذي دفعنا إلى التروي قبل التصدي لهذا الموضوع الحساس، وهي حساسية يشاركنا فيها العميد الفخري لمحكمة النقض الفرنسية<sup>١٤</sup> الذي لم يخف "الحرج" الذي يصيب من هو قريب من محكمة النقض ومن هو بعيد عنها على حد سواء، حيث يتعلق الأمر بحُجَّة (autorité) ودقة (fiabilité) أحكام النقض، وهو حرج يعبر عنه سيادته بالطبيعة

<sup>١٠</sup> De Hults, M. E.: *La cassation et la révision en droit pénal égyptien*, Librairie internationale, Le Caire: F. Diemer 1899, No. 319, p. 239.

<sup>١١</sup> Perdriau, M. André: *Les rabats d'arrêts de la cour de cassation*, J.C.P. G. 1994, 1. 3735, No. 13.

<sup>١٢</sup> نقض مدني ٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٧م، مجموعة المكتب الفني، س ٢٨، رقم ٧١ ص ٣٥٩.

<sup>١٣</sup> De Hults, op. cit.

<sup>١٤</sup> Perdriau, op. cit., No. 1.

الوعرة للموضوع (Matière assez scabreuse). فإذا كان حكم النقض هو عنوان للحقيقة (habetur) (Expression de la vérité/res judicata pro veritate)، وهي قرينة قانونية تلازمه ولا تقبل إثبات العكس<sup>١٥</sup>. وهذا ما عبرت عنه محكمة النقض المصرية بأن "حكم القضاء عنوان حقيقة هو أقوى من الحقيقة نفسها"<sup>١٦</sup>، ولا يجوز المعارضة في أحكامها "لأية علة مهما سمت"<sup>١٧</sup>. فهل يتصور أن تقدم محكمة النقض على سحب حكمها الذي أصدرته وإصدار حكم جديد؟

وهذا الذي تقدم هو الذي دفعنا إلى التروي قبل التصدي لهذا الموضوع الحساس، وهي حساسية يشاركنا فيها العميد الفخري لمحكمة النقض الفرنسية<sup>١٨</sup> الذي لم يخف "الحرج" الذي يصيب من هو قريب من محكمة النقض ومن هو بعيد عنها على حد سواء، حيث يتعلق الأمر بمُجبة (autorité) ودقة (fiabilité) أحكام النقض، وهو حرج يعبر عنه سيادته بالطبيعة الوعرة للموضوع (Matière assez scabreuse). فإذا كان حكم النقض هو عنوان (Expression de la vérité/res judicata pro veritate)، وهي قرينة قانونية تلازمه ولا تقبل إثبات

<sup>١٥</sup> M.-M. G. Stefani et G. Levasseur, Droit pénal général et procédure pénale, Tome II procédure pénale, Précis Dalloz 1964, No. 689, p. 195 et M.-M. G. Stefani, G. Levasseur et Bernard Bouloc, Procédure Pénale, Précis Dalloz 1990, No. 798, et secs. pp. 1009 ff.

<sup>١٦</sup> نقض جنائي ٣ من مايو/أيار سنة ١٩٦٦م، مجموعة المكتب الفني، س ١٧ رقم ١٠٠ ص ٥٥٥.

<sup>١٧</sup> نقض جنائي ٩ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٠م، مجموعة المكتب الفني، س ٢١ رقم ٦١ ص ٢٤٨.

<sup>١٨</sup> Perdriau, Les rabats d'arrêts de la cour de cassation, op. cit., No. 1.

العكس<sup>١٩</sup>. وهذا ما عبرت عنه محكمة النقض المصرية بأن "حكم القضاء عنوان حقيقة هو أقوى من الحقيقة نفسها"<sup>٢٠</sup>، ولا يجوز المعارضة في أحكامها "لأية علة مهما سمّت"<sup>٢١</sup>. فهل يتصور أن تقدم محكمة النقض على سحب حكمها الذي أصدرته وإصدار حكم جديد؟

بداية نستبعد من مجال الدراسة ما يمكن أن تقدم عليه محكمة النقض من "تصحيح"<sup>٢٢</sup> لأحكامها فيما عساه أن يقع في منطوق الحكم<sup>٢٣</sup> أو أسبابه من أخطاء مادية بحتة كغائية أو حسابية<sup>٢٤</sup>، مثل الالتباس في وضع أرقام أو تواريخ معينة فيوضع تاريخ مكان تاريخ أو رقم محل رقم، أو الخطأ في كتابة اسم المحكمة المحال إليه حيث يستدعي ذلك صدور تصحيح من المحكمة التي أصدرت الحكم (Arrêt)

<sup>١٩</sup> M.-M. G. Stefani et G. Levasseur, Droit pénal général et procédure pénale, Tome II procédure pénale, Précis Dalloz 1964, No. 689, p. 195 et M.-M. G. Stefani, G. Levasseur et Bernard Bouloc, Procédure Pénale, Précis Dalloz <sup>١٤</sup>1990, No. 798, et secs. 1009 ff.

<sup>٢٠</sup> نقض جنائي ٣ من مايو/أيار سنة ١٩٦٦م، مجموعة المكتب الفني، س ١٧ رقم ١٠٠ ص ٥٥٥.

<sup>٢١</sup> نقض جنائي ٩ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٠م، مجموعة المكتب الفني، س ٢١ رقم ٦١ ص ٢٤٨.

<sup>٢٢</sup> انظر في الإشارة إلى الخطر الداهم الذي يصاحب الإفراط في عمليات التصحيح بما يهدد حجية الأحكام:

M. Roger Perrot, L'arrêt d'appel: Exposé Introductif, Gaz. Pal. 1981 1e sem. Doctrine, p. 245.

<sup>٢٣</sup> كما إذا وقع خطأ مادي في المنطوق وزلة قلم لا تخفى على من يراجع ما سطر على غلاف الطعن وأسباب الحكم في مسودته مما يقتضي تصويب ما ورد في المنطوق من قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع برفضه بدلاً من قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه والإحالة حيث قضت المحكمة بالتصحيح: نقض جنائي في طعن رقم ٩٦٤ لسنة ٦١ ق جلسة ٤ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٩٦م (غير منشور).

<sup>٢٤</sup> نقض مدني ٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٧م، مجموعة المكتب الفني، س ٢٨ ج ١ رقم ٧١ ص ٣٥٩ (سابق الإشارة إليه).

(Rectificatif)<sup>٢٥</sup> لبيان اتضح عكسه بالرجوع إلى الملف أو بإعمال المنطق<sup>٢٦</sup>

(Selon que le dossier révèle ou, à défaut, ce que la)

(raison commande<sup>٢٧</sup>)، مع الأخذ في الاعتبار أن المشرع لم يتصد لمشكلة

وقوع خطأ ذهني (erreur intellectuelle) وهو ما يتمثل على سبيل المثال في

<sup>٢٥</sup> يصدر في فرنسا حكم بالتصحيح (Arrêt Rectificatif)، وفي مصر يختلف المصطلح حسبما إذا  
كما بصدد مادة جنائية فيصدر أمر من المحكمة التي أصدرت الحكم (مادة ٣٣٧ من قانون  
الإجراءات الجنائية) أو بصدد مادة مدنية أو تجارية فيصدر قرار بالتصحيح (مادة ١٩١  
من قانون المرافعات المدنية والتجارية).

<sup>٢٦</sup> انظر أمثلة لذلك في قضاء النقض الفرنسي:

\* تصحيح لخطأ وقع لدى النسخ على الآلة الكاتبة: ١٢٦٠٠-٩٣ inédit. Cass. Com. 6 Avril.  
١٩٩٣ N° de pourvoi

\* تصحيح لخطأ في مسمى محكمة الاستئناف المختصة :

No. 721-10203 inédit. N° de pourvoi Cass. Com. 26 Avril 1979.

\* تصحيح لخطأ متمثل في الإحالة إلى محكمة تجارية في بلد ليس فيه محاكم تجارية :

Mai 1992 N° de pourvoi Cass. Com. 10 No. 82-12408 inédit

وجدير بالذكر أن أسماء المحاكم تتعلق بالتنظيم الإداري القضائي ولا تتمتع بحجية الشيء المقضي  
فيه: انظر في الإشارة إلى ذلك مع بيانات هذه الأحكام غير المنشورة:

Perdriau, Les rabats ...., Nos. 7;9.

ويضيف المؤلف حالات أخرى لا تعد سبباً بل تصحيحاً مثل قضاء النقض في موضوع  
الطعن بعد نقض الحكم كلياً أو جزئياً (نفس المقال رقم ١٠) وانظر تطبيقاً آخر حيث قضت  
محكمة النقض في طعنين متتاليين بالنقض بإحالة الدعوى إلى لجنة تسوية منازعات التأمين  
الاجتماعي نظرتهما محكمة النقض بتصحيح الحكم بالإحالة إلى لجنة عمالية أخرى: Cass. Soc.  
Cass. Soc. ٣٨, IV, ١٩٨٥, J. C. P. ١٩٨٤ Novembre, ٢١ Rectification d'arrêt, Cass. Soc.  
١٢. Requête No. ١٩٩٥ dec. ٩٥-٤٢-٤٧٩ أو إلى محكمة مختصة.

<sup>٢٧</sup> مادة ١/٤٦٢ مرافعات فرنسي جديد. وانظر في التأكيد على عدم جواز "التصحيح" في غير  
الأحوال الواردة في هذه المادة:

Cass. civ. 5 Juin 1985, J. C. P. 985. IV 283 & Cass. Soc. 16 Janvier 1991 (Deux arrêts) D. S. 1991,  
Jurisprudence. pp. 245;248.

الخطأ في التفكير (la pensée) أو المعرفة (la connaissance) أو المنطقية (le raisonnement) أو الحكم (le jugement)<sup>٢٨</sup> كما نستبعد ما تلتزم به محكمة النقض من "تدارك". لما فاتها أن تنظره<sup>٢٩</sup> استبعدنا للأحكام الصادرة بعدم الاعتداد بالأحكام الصادرة من محكمة لا ولاية لها أساساً<sup>٣٠</sup> أو صدرت استناداً إلى نص

M. Barrere, La rétractation du juge civil, op. cit.

Cass. com. Ass. Plén. 1er Avril 1994 J.C.P. 1994. II, 22256 Conclusion de Michel Joel 1; D. S. 1994, II, 293.

www.legifrance.gouv.fr

وانظر في المطالبة بتحمل الجهاز القضائي نفقات التصحيح لأخطاء المحاكم تطبيقاً لقاعدة مفادها "من لا يخطئ لا يعمل" لعدم إمكان نسبة خطأ إلى الأطراف:

M. Jean Carel, Au sujet des erreurs en omissions matérielles affectant une décision judiciaire, Gaz Pal. 1973 1er sem, Chronique et Tribunal Libre 241.

<sup>٢٨</sup> M. Michel Joël, Premier Avocat Général à la cour de cassation, Conclusions sous Arrêt Cass. Ass. Plén. 1er Avril 1994, J. C. P. 1994 – II-22256 p.188 (précitée).

حيث يفرق بين الأخطاء القانونية Erreurs de droit وأخطاء القلم Erreurs de plume ويجعل الأخيرة وحدها قابلة للتصحيح reparable أما الأولى فهي قابلة للتعديل réformable، فلا بد من اللجوء إلى الطعن فيها وفقاً للقواعد العامة بشرط أن تكون قابلة للطعن فيها بطبيعة الحال.

<sup>٢٩</sup> طعن جنائي رقم ٨٧١٠ لسنة ٥٩ ق جلسة ٨ من يولييه/تموز سنة ١٩٩١م (غير منشور).

<sup>٣٠</sup> "إنه من المقرر قانوناً أن صدور حكم في مسألة تخرج عن ولاية المحكمة التي أصدرته، يحول دون الإعتداد بحجية هذا الحكم، أمام جهة القضاء المختصة ولائياً بنظر تلك المسألة، وهو ما لا تصححه قوة الأمر المقضي فيه، مما استوجب القضاء بعدم الاعتداد بالحكم الصادر من محكمة النقض "دائرة طعون رجال القضاء" في الطعن المقيم برقم ٣٨٣ لسنة ٨٤ ق الصادر بجلسته ٢٣ من ديسمبر/كانون أول سنة ٢٠١٤م فيما تضمنه من التدخل في شأن من شئون أعضاء المحكمة الدستورية العليا وهيئة المفوضين لديها، والتي انعقد الاختصاص بالفصل فيها لدائرة طلبات الأعضاء بهذه المحكمة دون سواها" (المحكمة الدستورية العليا، الطعن رقم ١ لسنة ٣٧ ق، جلسة ٢٤ من فبراير سنة ٢٠١٥م، الجريدة الرسمية، العدد ١٠ مكرراً (هـ) في ٢٤ من فبراير/شباط سنة ٢٠١٥ م ص ٢ وما بعدها).



جنائي قضي بعدم دستوريته<sup>٣١</sup> أو فهم خاطيء لحكم للمحكمة الدستورية العليا<sup>٣٢</sup> أو للتفسير الذي ارتضته<sup>٣٣</sup>.

مُفاد ما تقدم أننا نقتصر على حالة واحدة وهي حالة وقوع أخطاء مادية لا يصلح معها التصحيح - بمفهومه التقليدي - في حكم لمحكمة النقض مما يستوجب سحب هذا الحكم وإصدار حكم جديد، كأن يطعن طاعن بالنقض في حكم بأسباب معينة ثم يتقدم بعد ذلك بطعن آخر بأسباب أخرى، ففي هذا الفرض كان يتعين على المحكمة ضم الطعنين ونظرهما معاً "كوحدة واحدة" حيث تكمل كل مذكرة بأسباب الأخرى، إما من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الطاعن<sup>(٣٤)</sup> أو يقدم الطاعن توكيل خاص بخوله الطعن بالنقض ثم لا يعرض هذا التوكيل على المحكمة فترفض الطعن ثم يتبين أن التوكيل كان مرفقاً بالملف أو أرفق خطأً في ملف آخر. فهل ترتضي محكمة النقض لدى تقدم الطاعن نفسه من جديد لها طالباً سحب حكمها الأول وإصدار حكم جديد أن ترفض سحب هذا الحكم بحجة أنه "لا نقض في النقض"، وأن محكمة النقض - حسب عبارات محكمة النقض- هي "خاتمة

٣١ المحكمة الدستورية العليا، الطعن رقم ٣٧ لسنة ٣٧ ق، جلسة ١٦ من مايو/أيار سنة ٢٠١٦م، الجريدة الرسمية، العدد ١٩ مكرراً (أ) في ١٦ من مايو/أيار سنة ٢٠١٦م ص ٨٧ وما بعدها.

٣٢ المحكمة الدستورية العليا، الطعن رقم ٢٨ لسنة ٣٧ ق، جلسة ٤ من يونيو/حزيران سنة ٢٠١٦م، الجريدة الرسمية، العدد ٢٣ مكرراً (د) في ١٥ من يونيو/حزيران سنة ٢٠١٦م، ص ٥٣ وما بعدها.

٣٣ المحكمة الدستورية العليا، الطعن رقم ٨ لسنة ٣٥ ق، جلسة ٢ من فبراير/شباط سنة ٢٠١٤م، مجموعة المكتب الفني، س ١٥، ص ٢١٣٩ وما بعدها.

٣٤ المستشار حسن علام، قانون الإجراءات الجنائية وقانون الطعن بالنقض معلقاً على نصوصهما، ج ٢: قانون حالات إجراءات الطعن أمام محكمة النقض (القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩م) الباب الثاني، في المواد الجنائية - مكتبة نادي القضاة، عام ١٩٩١م، ص ٢٥٤.

المطاف" في الخصومة وأن أحكامها "عنوان للحقيقة"، بل هي أقوى من الحقيقة نفسها، أصابت أم أخطأت؟، هذا كله هو ما نحاول البحث عن إجابة عنه في هذا البحث.

وجدير بالذكر أن المصطلحات تعددت للتعبير عن المشكلة موضوع البحث دون خلاف على ما يندرج تحته من مضمون، ونستعرض فيما يلي هذه المصطلحات كأساس لدراستنا الحالية في مصر ثم في فرنسا (الفرع الأول)، ثم نعرض للأساس القانوني لفكرة سحب الأحكام من محكمة النقض (الفرع الثاني) ثم لموقف محكمة النقض من سحب الأحكام (الفرع الثالث) وأخيراً نعرض لرأينا الخاص في (الفرع الرابع).

## الفرع الأول

### إشكالية المصطلح

نستعرض فيما يلي هذه الإشكالية في مصر ثم في فرنسا، لنصل إلى كلمة سواء فيما يتعلق بالمصطلح.

١ - إشكالية المصطلح في مصر: نستشف من الدراسة المتأنية التحليلية لما أبدى من آراء وصدر من أحكام في هذا الشأن إلى وجود عدة مصطلحات مستخدمة بالفعل، مما دفع البعض إلى القول بأنه "ولئن أطلق على هذا الطريق وصف "السحب" فهو في الواقع لا يعدو أن يكون إلغاءً للحكم بسبب ما وقع فيه من بطلان، ولا يهم أن يسمى

سحباً أو رجوعاً أو إلغاءً أو تصحيحاً أو نقضاً، طالما يستهدف تدارك ما وقع فيه الحكم من خطأ غير مادي بواسطة ذات المحكمة التي أصدرت الحكم<sup>٣٥</sup>.

مع ذلك فالواقع أن الشائع هو استخدام مصطلح سحب الحكم<sup>٣٦</sup>، والأقل شيوعاً هو استخدام مصطلح الرجوع في الحكم<sup>٣٧</sup> أو الرجوع عن الحكم<sup>٣٨</sup> أو الرجوع

<sup>٣٥</sup> وردت هذه العبارة في معرض تلخيص المحكمة لطلبات طاعن أمام محكمة النقض (الدائرة المدنية): نقض مدني ٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٧م، مجموعة المكتب الفني، س ٢٨ رقم ٧١ ص ٣٥٩ وبالذات ص ٣٦٥.

<sup>٣٦</sup> الأستاذ محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه، ج ١، الطبعة الثالثة، عام ١٩٩٥م، ص ٢٠٣٩ والأستاذ الدكتور نبيل إسماعيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية عام ١٩٨٠م، رقم ٢٣٩ ص ٤٦١. وانظر في فقه قانون الإجراءات الجنائية: الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ط ٢، عام ١٩٨٨م، رقم ١٣٨٨ ص ١٢٤٣، والمستشار الدكتور إدوار غالي الدهبي، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، مكتبة غريب - القاهرة، ط ٢، رقم ٦٥٩، ص ٩٧٧ الأستاذ الدكتور أحمد فتحي سرور، النقض الجنائي، طبعة نادي القضاة عام ٢٠٠٢م، رقم ٢٥٢ ص ٥٠٨.

<sup>٣٧</sup> انظر في القضاء: نقض مدني ٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٧م، مجموعة المكتب الفني، س ٢٨، رقم ٧١ ص ٣٥٩. ونقض جنائي ٤ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٧٠م، مجموعة المكتب الفني، س ٢١ رقم ٣ ص ١٧، وأنظر في الفقه الجنائي د. الدهبي، المرجع السابق، رقم ٦٥٩ ص ٩٧٧ وطعن رقم ١٧٤١٩ لسنة ٦٢ ق في ١١ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٥م (غير منشور). وفي عام ٢٠١٢م، أي بعد ما يزيد على ثمان سنوات من نشر بحثنا المائل في موضوع "سحب أحكام محكمة النقض"، استخدم السيد الدكتور محمد سعيد عبد الرحمن مصطلح "الرجوع" في مقال له بعنوان "الرجوع عن الأحكام الباتة (دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ولبنان)"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية/جامعة الإسكندرية، العدد الثاني عام ٢٠١٢ ص ١٧٥.

<sup>٣٨</sup> أنظر في القضاء: نقض جنائي في ١٥ من مايو/أيار سنة ١٩٩٦م، طعن رقم ١١٢٧٩ لسنة ٦٤ ق (غير منشور) و ١٣ من يناير/كانون ثان سنة ٢٠٠٠م طعن رقم ٩٧٧ لسنة ٦٦ ق (غير منشور) وأنظر في الفقه الجنائي: سرور، المرجع السابق رقم ٢٥٢ ص ٥١٨.

فيه<sup>٣٩</sup> أو العدول عن الحكم<sup>٤٠</sup> أو "استعادة القرار القضائي"<sup>٤١</sup>، ويرى الأستاذ الدكتور/وجدي راغب أن المصطلح الأدق هو تصحيح الأحكام استناداً إلى مفهوم واسع لا يقتصر على تصحيح الخطأ المادي وإنما يمتد إلى تصحيح الخطأ الإجرائي أيضاً<sup>٤٢</sup>.

٢ - إشكالية المصطلح في فرنسا: نورد فيما يلي المصطلحات الثلاثة المستخدمة للتعبير عن فكرة تصحيح الأحكام على التفصيل المتقدم مقرونة بالفعل والصفة المشتقة منه:

ويلاحظ أن البعض في فرنسا استخدام مصطلحات أخرى "أن يعد الحكم باطلاً وكأن لم يكن": (Déclaré nul et non avenu) أو يلغى (Rapporté)، وإن كان يفضل مصطلح السحب (Rabat)<sup>٤٣</sup>، ويطلق على الحكم محل السحب (arrêt rabattu).

<sup>٣٩</sup> نقض جنائي في ٢٥ من فبراير/شباط سنة ١٩٩٧م، طعن رقم ٢١٨٩٥ لسنة ٦٠ ق (غير منشور) و ١١ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٥م، طعن رقم ١٧٤٢٣ لسنة ٦٢ ق (غير منشور).

<sup>٤٠</sup> نقض جنائي في ٢٥ من فبراير/شباط سنة ١٩٩٧م، طعن رقم ٢١٨٩٥ لسنة ٦٠ ق.

<sup>٤١</sup> الدكتور بيار آميل طوبيا، الخطأ الإجرائي وطلب استعادة القرار القضائي المبرم بين النص ومقتضيات العدالة والانصاف والمحكمة العادلة (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي)، المؤسسة الحديثة للكتاب/طرابلس - لبنان، عام ٢٠١٠م.

<sup>٤٢</sup> مقابلة شخصية مع الأستاذ الدكتور/وجدي راغب (القاهرة في ٥ من أبريل/نيسان سنة ٢٠٠٤م).

<sup>٤٣</sup> انظر مثلاً:

Cass. Civ. 2e ch. 27 Novembre 1991, Arrêt No. 1237 N° de pourvoi 91-15-678 (inédit); Per-drial, Les rabats d'arrêts [...], op. cit, No. 45.

ويتم - عادة - التقدم بعريضة الطعن من خلال محام " نقض " مقيد في نقابة المحامين، ويتبع بصددتها، أساساً، نفس الإجراءات المطبقة على الطعن بالنقض<sup>٤٤</sup>.

## الفرع الثاني

### الأساس القانوني لفكرة سحب الأحكام من محكمة النقض

نشير بداية إلى أن قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري لم يرد فيه إلا نص واحد يخول محكمة النقض فيه حق سحب الحكم في حالة قيام سبب من أسباب عدم الصلاحية بأحد قضاتها الذين أصدروا الحكم، وهذه الأسباب هي (المادة ١٤٦ مرافعات):

- ١ - إذا كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة.
- ٢ - إذا كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته.
- ٣ - إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم في أعماله الخصوصية أو وصياً عليه أو قيماً أو مظنونة وراثته له، أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوصي أحد الخصوم أو بالقيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصة أو بأحد مديريها وكان لهذا العضو أو المدير مصلحة في الدعوى القائمة.
- ٤ - إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلاً عنه أو وصياً أو قيماً عليه مصلحة في الدعوى القائمة.

<sup>٤٤</sup> Conclusions de M. Michel Joël, Premier Avocat General à la Cour de Cassation. sous Arrêt Cass. Ass. Plén. 30 Juin 1995, J. C. P. 1995.11.22478.

هـ - إذا كان قد أفتى أو ترافع عن أحد الخصوم في الدعوى، أو كتب فيها ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء أو كان قد سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً أو محكماً، أو كان قد أدى شهادة فيها.

وقد نصت على ذلك صراحة (المادة ١٤٧ مرافعات) على النحو الآتي:  
"يقع باطلاً عمل القاضي أو قضاؤه في الأحوال المتقدمة الذكر ولو تم باتفاق الخصوم. وإذا وقع هذا البطلان في حكم صدر من محكمة النقض جاز للخصم أن يطلب منها إلغاء الحكم وإعادة نظر الطعن أمام دائرة أخرى".

وقد بررت هذا النص المذكرة الإيضاحية بقولها:  
"أن عمل القاضي في الأحوال المتقدمة ولو باتفاق الخصوم يقع باطلاً بحيث يجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة. وزيادة في الاطمئنان والتحوط لسمعة القضاء نص على أنه إذا وقع هذا البطلان في حكم صدر من محكمة النقض جاز للخصم أن يطلب منها سحب الحكم وإعادة نظر الطعن، وهذا استثناء من الأصل العام الذي يجعل أحكام محكمة النقض بمنجى من الطعن".

ولم يرد في القرار بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩م بشأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض<sup>٥</sup> المعدل بالقرارين بقانون الرقيمين ١٠٦ لسنة ١٩٦٢م<sup>٦</sup> و١٧٣ لسنة ١٩٨١م<sup>٧</sup> والقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢م<sup>٨</sup> إلا نص وحيد وهو نص المادة ٣٨ من القرار بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩م سالف الذكر، حيث يشير إلى أنه "إذا رفض الطعن موضوعاً فلا يجوز بأية حال لمن رفعه

<sup>٥</sup> الجريدة الرسمية في ٢١ من فبراير/شباط سنة ١٩٥٩م العدد ٣٣ مكرراً (ب).

<sup>٦</sup> الجريدة الرسمية في ١٧ من يونيو/حزيران سنة ١٩٦٢م العدد ١٣٦.

<sup>٧</sup> الجريدة الرسمية في ٤ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٨١م العدد ٤٤ مكرراً.

<sup>٨</sup> الجريدة الرسمية في أول يونيو/حزيران سنة ١٩٩٢م العدد ٢٢ مكرراً.

أن يرفع طعنًا آخر عن الحكم ذاته لأي سبب كان"، وهو يطابق من حيث المضمون نص المادة ٤٣١ من قانون الإجراءات الجنائية قبل إلغائها، والتي كانت تنص على أنه:

"إذا رفض الطعن موضوعًا فلا يجوز بأية حال لمن رفعه أن يرفع طعنًا آخر عن ذات الحكم السابق الطعن فيه لأي سبب كان".

مُفاد ذلك عدم وجود نص قانوني يبرر لمحكمة النقض سحب أحكامها، لذا يتعين مواجهة هذا القصور في التشريع بسده إعمالًا للمادة الأولى من القانون المدني التي تنص صراحة على ما يلي:

(١) تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها.

(٢) فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

بديهي أن يتسكك المفسر بعبارات واسعة وفضفاضة ومطاطة وضعت لتدرا عن القاضي الوقوع تحت طائلة قانون العقوبات ومخالفة قانون المرافعات المدنية والتجارية، على التفصيل التالي:

(١) الوقوع تحت طائلة قانون العقوبات، حيث تنص المادة (١٢٢) من قانون العقوبات على أن: "كل قاض امتنع عن الحكم يعاقب بالعزل وبغرامة لا تزيد على مائتي جنيه مصري<sup>٤٩</sup>. ويعد ممتنعًا عن الحكم كل قاض أبى أو توقف عن إصدار حكم بعد تقديم طلب إليه في هذا الشأن بالشروط المبينة في قانون

<sup>٤٩</sup> قيمة العقوبة معدلة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ م وكانت قبل التعديل لا تزيد على عشرين جنيه مصري.

المرافعات في المواد المَدَنِيَّة والتجارية ولو احتج بعدم وجود نص في القانون أو بأن النص غير صريح أو بأي وجه آخر".

(٢) مخالفة قانون المرافعات المَدَنِيَّة والتجارية، حيث تنص المادة (٤٩٤)

منه على أنه: "تجوز مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة. إذا امتنع القاضي عن الإجابة على عريضة قدمت له أو من الفصل في قضية صالحة للحكم وذلك بعد إذاره مرتين على يد محضر يتخللها ميعاد أربع وعشرين ساعة بالنسبة إلى الأوامر على عرائض وثلاثة أيام بالنسبة للأحكام في الدعاوى الجزئية والمستعجلة والتجارية وثمانية أيام في الدعاوى الأخرى. ولا يجوز رفع دعوى المخاصمة في هذه الحالة قبل مضي ثمانية أيام على آخر إذار".

وبالبناء على ما تقدم يثبت في يقيننا عدم وجود "مانع" من الأخذ بفكرة سحب الأحكام من محكمة النقض حيث لا يتصور الإبقاء على أخطاء غير مادية تقع في أحكام هذه المحكمة ولو كانت القوانين المعمول بها قد سكنت عن تنظيم هذه المسألة. فهل يتصور الإساءة إلى فكرة حُجِّية الأحكام والمكانة التي تتبوأها محكمة النقض على قبة النظام القضائي المصري كله بالتمسك بحكم ينطوي على خطأ غير مادي؟

وقد دافع العميد الفخري لمحكمة النقض الفرنسية<sup>٥٠</sup> عن فكرة سحب الأحكام، سواء بناءً على طلب أحد أطراف الطعن بالنقض أو من تلقاء نفس المحكمة أو بناءً على طلب النائب العام، بمقولة أن مكانة محكمة النقض وقدرها لن ينال منهما نزولها لحكم الواقع (réalisme) والتزامها التواضع (humilité) بالإقرار بأخطائها بهدف محوها<sup>٥١</sup>. ويؤكد سيادته أن هذه الفكرة هي شر لا بد منه (un mal

<sup>٥٠</sup> Perdriau, Les rabats d'arrêts, op. cit, No. 59.

<sup>٥١</sup> ورد في عبارته الفرنسية ما يلي:



(nécessaire) حيث لا يجب أن تركز محكمة النقض إلا إلى نفسها لتقويض آثار حكم قام الدليل بعد البحث والدراسة على أنه صدر بالمخالفة لقواعد آمرة<sup>٥٢</sup>. وقد ردد المحامي العام الأول لمحكمة النقض الفكرة نفسها بقوله<sup>٥٣</sup> أن سحب الأحكام يبدو بمثابة ضرورة عملية (une nécessité pratique) تعبيراً عن الاحترام للحقيقة وحقوق الدفاع (une exigence du respect due à la vérité et aux droits de la défense).

خلاصة القول أن ما يجمع مصر وفرنسا في هذا الصدد هو كون "السحب" غير منظم تشريعياً في أي منهما<sup>٥٤</sup>.

### الفرع الثالث

#### موقف محكمة النقض من سحب الأحكام

قبل أن نتصدى لهذا الموضوع قد يكون من المفيد أن نجيب بداية عن تساؤل مشروع لبيان ما إذا كانت المحكمة العليا في القضاء الإداري - وهي تعتبر على ما

»Nous persistons néanmoins à penser, pour notre part, que l'autorité et le prestige de la cour de cassation ne seraient pas amoindris dans l'hypothèse ou, faisant preuve à la fois de réalisme et d'humilité, celle-ci accepterait de reconnaître ses éventuelles erreurs de fait afin de les ›effacer‹ Perdriau», op. cit., No. 62.

<sup>٥٢</sup> Perdriau, op. cit., No. 60.

<sup>٥٣</sup> Conclusions sous arrêt Cass. Ass. Pl é n. 30 Juin 1995, J. C. P. 1995, 11, 22478 p. 319.

<sup>٥٤</sup> Perdriau, op. cit., No. 16 إنه سحب عن السحب [...] n'est prévu et organisé par aucun texte» ويردد المحامي العام الأول لدى محكمة النقض Michel Joël الفكرة بقوله »Aucun texte ne prévoit le rabat d'arrêts, ni n'en organise la mise en œuvre [...]«.

جرى به قضاء محكمة النقض - بمثابة "محكمة الدرجة الثانية بالنسبة لمحكمة القضاء الإداري"<sup>٥٥</sup> تعرف فكرة سحب الأحكام؟

الواقع أن المحكمة الإدارية العليا لم تتعرض في أحكامها إلى فكرة سحب الأحكام وتجعل السبيل الوحيد للطعن فيها هو دعوى أصلية بالبطالان ترفع أمام المحكمة الإدارية العليا نفسها<sup>٥٦</sup>، ويجعل لها أن تقبلها وتلغى الحكم على أحد أساسين وهما<sup>٥٧</sup>: الأول: انتفاء صفة الحكم القضائي عن الحكم، مثال ذلك أن يصدر الحكم عن مستشار قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للفصل في الدعوى.

الثاني: انطواء الحكم القضائي على عيب جسيم يمثل إهداراً للعدالة ويفقد فيها الحكم وظيفته، مثال ذلك، فقد الإعلان كيانه وصفته كما هو الحال في الأحوال الآتية<sup>٥٨</sup>:

- أ - صدور الحكم على من لم يعلن إطلاقاً بصحيفة الدعوى.
- ب - صدور الحكم على من تم إعلانه بإجراء معدوم.
- ج - صدور الحكم بناءً على محضر إعلان صدر حكم قضائي بتزويره.
- د - صدور الحكم على شخص بدون إعلانه للجلسة المحددة إعلاناً صحيحاً.

<sup>٥٥</sup> نقض مدني في ١٨ كمن فبراير/شباط سنة ١٩٩٩م، مجموعة المكتب الفني، س ٥٠ ج ١ رقم ٥٢ ص ٢٨٠.

<sup>٥٦</sup> طعن رقم ٥٧٤ س ٣٨ ق جلسة ٣٠ من مايو/أيار سنة ١٩٩٢م، الموسوعة الإدارية الحديثة: مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة ج ٣٣ (١٩٨٥ - ١٩٩٣) إصدار الدار العربية للموسوعات/القاهرة، عام ١٩٩٤م - ١٩٩٥م قاعدة رقم ٥١٧، ص ١٠٢٦.

<sup>٥٧</sup> مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً، ج ٢، مبادئ أرقام ١٠٤١٠ و ١١٤١٢ و ٤١٢، ص ١٣٨٠ وما بعدها.

<sup>٥٨</sup> طعن رقم ١٠٢٤ س ٣٥ ق، جلسة ٢٨ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٨٩م، الموسوعة الإدارية الحديثة، سابق الإشارة إليها، قاعدة رقم ٥١٦، ص ١٠٢٥.

وأكدت المحكمة الإدارية العليا على أن حكمها بالفصل في طعن معروض عليها، سواء حسم النزاع برمته أو في شق منه أو في مسألة قانونية أو واقعية متعلقة به هو حكم قطعي يحوز حجية الشيء المحكوم فيه كقرينة قانونية جازمة بصحة ما قُضي به، كما أنه حكم بات لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن، بما في ذلك التماس إعادة النظر<sup>٥٩</sup>. ورتبت على ذلك نتيجة هي أنه "يتعين" الالتزام به وتمتنع المحاجاة فيه صدعاً بحجتيه القاطعة ونزولاً على قوته الباتة<sup>٦٠</sup>.

فإذا كان ذلك هو موقف أعلى محكمة تترجع على قمة القضاء الإداري وهي المحكمة الإدارية العليا، فما هو موقف محكمة النقض؟

يقتضي الأمر التفرقة بين موقف الدوائر الجنائية والدوائر المدنية على النحو الآتي

أولاً: موقف الدوائر الجنائية بمحكمة النقض: تؤكد بداية بأن نص المادة (٣٨) من القرار بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩م بشأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض، لا يتعلق إلا بحالة رفض الطعن الأول موضوعاً بالنسبة لمن كان طرفاً فيه<sup>٦١</sup>، وليس شكلاً<sup>٦٢</sup>. أما إذا كان الطعن الأول قد حكم بعدم قبوله شكلاً -

<sup>٥٩</sup> المحكمة الإدارية العليا (الدائرة الثانية) طعن رقم ٤٨٧ س ٣٧ ق، جلسة ١٩ من يولييه/تموز سنة ١٩٩٧م [مجلة هيئة قضايا الدولة، يناير/كانون ثان - مارس/آذار سنة ١٩٩٨م، س ٤٢، ع ١، ص ١٨٠:١٧٩].

<sup>٦٠</sup> طعن رقم ١٠٧٤ س ٢٩ ق، جلسة ١٧ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٨٧، الموسوعة الإدارية الحديثة، سابق الإشارة إليها، قاعدة رقم ٥١١، ص ١٠١٥.

<sup>٦١</sup> مادة ٣١ من قانون حالات إجراءات الطعن بالنقض: نقض جنائي، ٢٨ من مارس/آذار سنة ١٩٨٣م، مجموعة المكتب الفني، س ٢٤، رقم ٩١.

<sup>٦٢</sup> أستاذنا الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، سابق الإشارة إليه، رقم ١٣٨٨، ص ١٢٤٣.

لعدم توقيع أسباب الطعن من محام مقبول أمام محكمة النقض قبل فوات مواعيد الطعن المقرر قانوناً - فيتعين الحكم بعدم قبول الطعن وليس بعدم الجواز<sup>٦٣</sup>. وقد استقرت أحكام محكمة النقض (الدائرة الجنائية) على عدم جواز الطعن الثاني ممن رفع الطعن الأول بأية صورة<sup>٦٤</sup>، واستعانت بهذه القاعدة لترفض أي تحايل في هذا الصدد عن طريق تقديم التماس إعادة نظر<sup>٦٥</sup> أو إشكال في التنفيذ<sup>٦٦</sup>، ولم تقصر تطبيقها على حالة إذا ما رفع طعناً للمرة الثانية عن ذات الحكم<sup>(٦٧)</sup> بعد أن تم رفض الطعن الأول موضوعاً<sup>٦٨</sup>.

- <sup>٦٣</sup> نقض جنائي (غرفة المشورة) طعن رقم ٢١٤٣٤ س ٦٠ ق، جلسة ١٩ من سبتمبر/أيلول سنة ١٩٩٣م (حكم غير منشور).
- <sup>٦٤</sup> نقض جنائي ٣٠ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٨٠م، مجموعة المكتب الفني، س ٣٢، رقم ١٨٢، ص ٩٣٩ و ١٢٠ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٨٤م، مجموعة المكتب الفني، س ٣٥، رقم ١٦٥، ص ٧٤٩.
- <sup>٦٥</sup> نقض جنائي، ٢٨ من مارس/آذار سنة ١٩٨٣م، مجموعة المكتب الفني، س ٢٤، رقم ٩١ ص ٤٤٨.
- <sup>٦٦</sup> نقض جنائي ٢ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٦٢م، مجموعة المكتب الفني، س ١٣ العدد الأول، رقم ١٤٩ ص ٥٩٦ و ٢٨ من مايو/أيار سنة ١٩٥٧م، مجموعة المكتب الفني، س ٨ (العدد الأول) رقم ١٥٦ ص ٥٦٧، و ١٨ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٧١م، مجموعة المكتب الفني، س ٢٢ رقم ١٣٣ ص ٥٥٧ و ٢٢ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٧٩م، مجموعة المكتب الفني، س ٣٠، رقم ١٦٣ ص ٧٧٣.
- <sup>٦٧</sup> نقض جنائي ٢١ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٥٧م، مجموعة المكتب الفني، س ٨ العدد الأول، رقم ٢١٤، ص ٧٩٨.
- <sup>٦٨</sup> نقض جنائي ١٩ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٧٠م، مجموعة المكتب الفني، س ١٥، رقم ٦، ص ٢٩.

مُفاد ذلك التّزام المحكمة بالحكم بعدم الجواز، وليس بعدم القبول شكلاً، حيث أن النظر في جواز الطعن يسبق - على حد قول محكمة النقض - الفصل في شكله<sup>٦٩</sup>.

وجدير بالذكر أن المذكرة الإيضاحية للمادة (١٤٣١) من قانون الإجراءات الجنائية التي استبدلت بها المادة (٣٨) من قانون حالات وإجراءات الطعن بالنقض، قد أفصحت عن الحكمة من عدم جواز الطعن ممن رفعه إذا رفض الطعن موضوعاً بأنها "رغبة في كبح جماح الطعون التي ترفع بغير ترو"، لأن القول بغير ذلك معناه أن تتكرر الطعون دون قيد، فلا يحوز الحكم أبداً الصفة الباتة<sup>٧٠</sup>. ويعد هذا الموقف من قبل محكمة النقض بشأن الحكم بعدم جواز الطعن احتراماً منها لمكانتها باعتبارها "خاتمة المطاف في مراحل التقاضي، وأحكامها باتة، ولا سبيل إلى الطعن فيها"<sup>٧١</sup>، حيث لم يجز المشرع الطعن في أحكامها إلا بدعوى البطلان إذا ما قام بأحد القضاة ممن أصدره سبب من أسباب عدم الصلاحية "وذلك زيادة في الاصطيان والتحوط لسمعة القضاء"<sup>٧٢</sup>. فإذا توافر مثل هذا السبب التزمت المحكمة - في هذه الحالة فقط - بإلغاء الحكم وإعادة نظر الطعن أمام دائرة أخرى.

<sup>٦٩</sup> نقض جنائي ٦ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٧٠م، مجموعة المكتب الفني، س ١٥، رقم ٦، ص ٢٩.

<sup>٧٠</sup> نقض جنائي ١٩ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٧٠م، مجموعة المكتب الفني، س ٢١، رقم ٣١، ص ١٢٩.

<sup>٧١</sup> نقض جنائي ٦ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٦٤م، مجموعة المكتب الفني، س ٢١، رقم ١٧٥، ص ١٠٩٢.

<sup>٧٢</sup> نقض جنائي ٣٠ من يونيو/حزيران سنة ١٩٧٠م، مجموعة المكتب الفني، س ٢١، رقم ١٧٥، ص ١٠٢٩.

مع ذلك فقد جرت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) على سحب الحكم عند وقوع خطأ مادي نظراً لتعلق الأمر بالأرواح والحريات<sup>٧٣</sup>. ويعد ذلك "من قبيل الاستثناء الذي يجب قصره في نطاق ما استثن من أجله وعدم التوسع فيه"<sup>٧٤</sup>. وقد أجازت محكمة النقض في حالة الحكم بعدم القبول شكلاً "الرجوع" عنه إذا تبين للمحكمة عدم صحة ما استندت إليه للنطق بهذا الحكم<sup>٧٥</sup>. تطبيقاً لذلك حكمت محكمة النقض بحقتها في العدول عن أحكامها<sup>٧٦</sup>. في أحوال مخصوصة تحقيقاً لحسن سير العدالة<sup>٧٦</sup> إذا ما حكمت بعدم قبول الطعن شكلاً استناداً إلى أمر معين، ثم يتبين عدم صحته "بما يخرج عن إرادة الطاعن"<sup>٧٧</sup> وذلك في الحالات الآتية:

**الحالة الأولى:** عدم تقديم الطاعن أسباباً لطعنه، ويتبين فيما بعد أن الطاعن قد قدم الأسباب في الميعاد ولكن قلم كتاب النيابة العامة المختصة قصر في إرسالها إلى قلم كتاب محكمة النقض<sup>٧٨</sup>.

<sup>٧٣</sup> كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص ٢٠٣٩.

<sup>٧٤</sup> إدوار غالي الذهبي، المرجع السابق رقم ٦٥٩، ص ٩٧٧.

<sup>٧٥</sup> محمود نجيب حسني، المرجع السابق، رقم ١٣٨٨، ص ١٢٤٤.

<sup>٧٦</sup> نقض جنائي ٢٩ من شهر أبريل/نيسان سنة ١٩٨٥ م، مجموعة المكتب الفني، س ٣٦، رقم ١٠٣، ص ٥٨٦.

<sup>٧٧</sup> نفس الحكم المشار إليه في الهامش عاليه.

<sup>٧٨</sup> نقض جنائي ٣٠ من نوفمبر/تشرين ثان سنة ١٩٤٢ م، مجموعة القواعد القانونية، ج ٦، رقم ٢٧، ص ٣٥، ٢ من يونيو/حزيران سنة ١٩٧٤ م، مجموعة المكتب الفني س ٢٥ رقم ١١٣ ص ٥٢٧، ٧ من مارس/آذار سنة ١٩٧٧ م، مجموعة المكتب الفني، س ٢٨، رقم ٨٢، ص ٣٨٦ و ١١ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٥ م، طعن رقم ١٧٤٢ لسنة ٦٢ ق (غير منشور)، وطعن رقم ١٧٤١٩ لسنة ٦٢ ق (غير منشور) و ١٥ من مايو/أيار سنة ١٩٩٦ م، طعن رقم ١١٢٧٩ لسنة ٦٤ ق (غير منشور).

الحالة الثانية: علم الطاعن بالجلسة التي عجل إليها نظر الطعن ولم يشرع مرافعة فيها، ويتبين أنه لم يعلم بها<sup>٧٩</sup>.

وجدير بالذكر أن محكمة النقض قد أكدت بعد إلغاء المادة (٤٣٠) من قانون الإجراءات الجنائية بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٥٩م في شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض واستحداث نص المادة (٣٨) الذي ينص على أن "تحكم المحكمة في الطعن بعد تلاوة التقرير- الذي يطعن أحد أعضائها - ويجوز لها سماع أقوال النيابة العامة والمحامين من الخصوم إذا رأت لزوماً لذلك"، بأنها بذلك". قد دلت على أن سماع الخصوم من الإجازات الموكولة لتقدير محكمة النقض متى اتصلت بالطعن بناءً على التقرير به وبالتالي لا يلزم دعوة الخصوم أيًا كانت صفاتهم بإعلانهم أو إخطارهم بالجلسة التي تحدد لنظر الطعن سواء كان أهم الطاعنين أو المطعون ضدهم متهمين أو مدعين بحقوق مدنية أو مسئولين عنها، لأن من لا يجب سماعه لا تلزم دعوته".

وبناءً على ذلك قضت المحكمة أنه "من المقرر أن مجرد التقرير بالطعن بالنقض في قلم الكتاب تصبح به محكمة النقض متصلة بالطعن اتصالاً قانونياً صحيحاً متى قدم التقرير في ميعاده القانوني. ويتعين على الطاعن أن يتابع طعنه دون أن يلتزم قلم الكتاب أو النيابة العامة بإعلانه، وبالتالي، فلا وجه لما يستند إليه الطالب من أنه لم يخطر للحضور بالجلسة السابق تحديدها لنظر الطعن"<sup>٨٠</sup>.

<sup>٧٩</sup> مجموعة القواعد القانونية في ربع قرن؛ طعن رقم ٢١٣٦، س ١٧ق، في ٦ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٤٨م، ج ٢ رقم ٦٤٥ ص ١١٧٤ و ٢ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٩٢م، طعن رقم ١٧٤١٧ لسنة ٦٢ ق ( غير منشور).

<sup>٨٠</sup> نقض جنائي في ٢٩ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨٥م، مجموعة المكتب الفني، س ٣٦ رقم ١٠٣ ص ٥٨٦ ( سابق الإشارة إليه).

الحالة الثالثة: حصول تقرير الطعن بالنقض بعد انقضاء الميعاد القانوني، ويتبين أن الطاعن كان قد قرر بالطعن في الميعاد<sup>٨١</sup>.

الحالة الرابعة: ثبوت وفاة الطاعن قبل صدور الحكم - وهي واقعة لم تكن معلومة للمحكمة وقت صدوره - حيث يتعين العدول عن الحكم. والقضاء بانقضاء الدعوى الجنائية لوفاة المحكوم عليه<sup>٨٢</sup>.

الحالة الخامسة: سقوط الطعن بعدم تقدم الطاعن للمثول للتنفيذ قبل إصدار الحكم، ثم يتبين أن التنفيذ قد أوقف قبل هذا الحكم لحين الفصل في الإشكال الذي رفعه الطاعن ولم يفصل فيه حتى نظر الطعن<sup>٨٣</sup> أو أن الإشكال قد قُضي فيه بوقف التنفيذ مؤقتاً حتى يفصل في الطعن بالنقض، فسقط عنه منذ هذا التاريخ، وقبل صدور القرار بسقوط الطعن، الالتزام بالتقدم للتنفيذ (مما يتعين معه) الرجوع في (قرار غرفة المشورة بسقوط الطعن وإلزام الطاعن بالمصاريف المدنية)<sup>٨٤</sup>.

<sup>٨١</sup> مجموعة القواعد القانونية في ربع قرن، ج ٢ رقم ٦٤٦، طعن رقم ١٧١٤ س ١٩ ق في ٢١

من مارس/آذار سنة ١٩٥٠م، مجموعة المكتب الفني، س ١، رقم ١٤٧، ص ٤٤٦.

<sup>٨٢</sup> نقض جنائي ٤ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٦٢م، مجموعة المكتب الفني، س ١٣، رقم

١٩٨، ص ٨٢٤.

<sup>٨٣</sup> نقض جنائي ٢٧ من مارس/آذار سنة ١٩٧٧م، مجموعة المكتب الفني، س ٢٨، رقم ٨٢

ص ٣٨٦، ونقض جنائي طعن رقم ٨٠٢٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ٢٧ من يناير/كانون ثان سنة

١٩٩١م (حكم غير منشور).

<sup>٨٤</sup> نقض جنائي جلسة ٢ من مارس/آذار سنة ١٩٨٩م، طعن جنائي رقم ٤٧٠٦ لسنة ٥٧

ق، مجموعة المكتب الفني س ٤٠ رقم ٧ ص ٤٧.



الحالة السادسة: عدم توقيع أسباب الطعن من محام مقبول أمام محكمة النقض ثم يتبين عكس ذلك<sup>٨٥</sup>.

الحالة السابعة: عدم توقيع أسباب الطعن "غير مقروء" ثم تبين بعدئذ أن صورة مذكرة الأسباب موقعة بتوقيع واضح مقروء لمحام مقبول أمام محكمة النقض<sup>٨٦</sup>.

الحالة الثامنة: صدور الحكم المطعون فيه من محكمة أمن الدولة العليا، ويتبين أنه صدر من محكمة الجنايات مُشكلة وفقاً لقانون الإجراءات الجنائية وليس باعتبارها محكمة أمن دولة عليا<sup>٨٧</sup>.

الحالة التاسعة: عدم إيداع محامي الطاعن التوكيل بالطعن، ويتبين ثبوت وجود التوكيل قبل نظر الطعن وأن تعذر إيداعه ملف الدعوى يرجع إلى وفاة المحامي بما يخرج عن إرادة الطاعن<sup>٨٨</sup>.

الحالة العاشرة: عدم وجود توكيل من محامي الطاعن يخوله الطعن بالنقض، ويبين أن هذا التوكيل كان ضمن مرفقات ملف الطعن بالفعل<sup>٨٩</sup>، أو أن التوكيل

<sup>٨٥</sup> نقض جنائي ٢٧ من فبراير/شباط سنة ١٩٦٨م، مجموعة المكتب الفني، س ١٩، رقم ٥٣ ص ٢٨٨ و ٨ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٩٠م، مجموعة المكتب الفني، س ٤١ رقم ١٧٨ ص ١٠٠٤.

<sup>٨٦</sup> طعن جنائي رقم ١٨٣٧٦ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٦ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٩٤م (غير منشور) وطعن رقم ٣٤٣١ لسنة ٦٠ ق جلسة ٢٢ من إبريل/نيسان سنة ١٩٩٧م (غير منشور).

<sup>٨٧</sup> نقض جنائي ٤ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٧٠م، مجموعة المكتب الفني، س ٢١، رقم ٣ ص ١٧.

<sup>٨٨</sup> نقض جنائي ١٧ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٥م، مجموعة المكتب الفني، س ٢٦، رقم ٢٤، ص ١٥٤.

<sup>٨٩</sup> نقض جنائي ١١ من مايو/أيار سنة ١٩٧٥م، مجموعة المكتب الفني، س ٢٦، رقم ٩١، ص ٣٩٦، و ١٤ من مارس/آذار سنة ١٩٩١م، مجموعة المكتب الفني، س ٤٢ رقم ٧٣ ص ٥٠٤.

المقدم هو صورة ضوئية لتوكيل غير مصدق عليه رسمياً ثم يتبين إنه كان مقدماً عند التقرير بالظعن بالنقض ومرفقاً بمفردات الدعوى ولم يرد ضمن أوراق الظعن عند نظره بالجلسة أمام غرفة المشورة<sup>٩٠</sup>.

الحالة الحادية عشرة: امتداد أثر الظعن إلى جميع المتهمين ثم يتبين أن بعضهم لم يكن طرفاً في الخصومة الاستئنافية ومن ثم فلا مصلحة لهما في امتداد أثر الظعن إليهما وقد قضي لهما بالبراءة وهو حتماً ينطوي ضمناً على رفض الدعوى المدنية بالنسبة لهما فضلاً عن أن المدعية بالحق المدني تطعن على الحكم بطريق النقض" [٣٣] الأمر الذي يستوجب الرجوع في الحكم عما قضي به من امتداد أثر الظعن إليهما<sup>٩١</sup>.

في كل هذه الحالات رأت الدوائر الجنائية بمحكمة النقض الرجوع في حكمها أو عنه كلما كانت هناك جدوى من الرجوع<sup>٩٢</sup> ونظر الظعن من جديد مغلبة في ذلك اعتبارات حماية الصالح العام.

في المقابل، رفضت المحكمة الرجوع عن حكمها بعدم القبول شكلاً على سند من القول بأن المحكمة لم تتعرض في حكمها لمذكرة أسباب الظعن الثانية المقدمة في الميعاد على أساس أن هذه المذكرة "تلتقي في جملتها مع أسباب الظعن الواردة في المذكرة الأولى التي تكفل الحكم الصادر من هذه المحكمة بالرد عليها"<sup>٩٣</sup> كما رفضت هذه الهيئة الاستجابة لطلب قدم إليها للرجوع في حكمها استناداً إلى أن

٩٠ نقض جنائي في ٢٥ من فبراير/شباط سنة ١٩٩٧م، ظعن رقم ٢١٨٩٥ لسنة ٦٥ ق (غير منشور).

٩١ نقض جنائي في ٢١ من مارس/آذار سنة ١٩٩٤م، مجموعة المكتب الفني، س ٤٥ رقم ٦٣ ص ٢٥.

٩٢ نقض جنائي في ١٣ من يناير/كانون ثان سنة ٢٠٠٠م، ظعن رقم ٤٩٧٧ لسنة ٦٦ ق.

٩٣ الحكم المشار إليه في الهامش السابق.

الطالب الذي لم يقبل طعنه شكلاً لعدم تقديم سند لإثبات الوكالة كان منتدباً بقرار معافاة لرفع الطعن ومباشرة إجراءاته، مادامت الصورة الرسمية لهذا القرار كانت مودعة ملف الطعن وقت صدور الحكم بعدم قبول الطعن شكلاً ومعروضة على الهيئة التي أصدرت الحكم ولم تر الأخذ به سنداً لإثبات الوكالة<sup>٩٤</sup>، أو إلى التزم قلم الكتاب أو النيابة العامة بإعلانه بميعاد الجلسة السابق تحديدها لنظر الطعن حيث رأت المحكمة أن الطاعن يلتزم بمتابعة طعنه بعد أن اتصلت به محكمة النقض اتصالاً قانونياً صحيحاً بتقديم الطاعن طلبه في ميعاده القانوني<sup>٩٥</sup> أو لوجود الطاعن مقيد الحرية بالسجن العمومي للقوات المسلحة يوم صدور الحكم الصادر ضده حيث رأت المحكمة أن وجود الطاعن في السجن لا ينهض بمجرد عذره لعدم التقرير بالطعن بالنقض ما دام لا يدعى أنه حيل بينه وبين إبداء رغبته في الطعن، فضلاً عن أنه لم يقرر بالطعن حتى الآن<sup>٩٦</sup>، أو صلاحية قرار نذب المحامي بقرار المعافاة لرفع الطعن ومباشرة إجراءاته سنداً لإثبات وكالته عن الطاعن<sup>٩٧</sup>.

<sup>٩٤</sup> نقض جنائي ٢٩ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨٥م، مجموعة المكتب الفني، س ٣٦، رقم ١٠٣، ص ٥٨٦.

<sup>٩٥</sup> حيث رأت المحكمة أنه يتعين عليه أن يتابع طعنه دون أن يلتزم قلم الكتاب أو النيابة العامة بإعلانه: نقض جنائي ٢٩ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨٥م، مجموعة المكتب الفني، س ٣٦، رقم ١٠٣، ص ٥٨٦.

<sup>٩٦</sup> حيث رأت المحكمة أن الصورة الرسمية لقرار النذب كانت مودعة ملف الطعن وقت صدور الحكم ولم تر المحكمة الأخذ به سنداً لإثبات الوكالة: نقض جنائي ٢٩ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨٥م، مجموعة المكتب الفني، س ٣٦، رقم ١٠٣، ص ٥٨٦.

<sup>٩٧</sup> نقض جنائي ٤ من أبريل/نيسان سنة ١٩٩١م، مجموعة المكتب الفني، س ٣٣ رقم ٨٨ ص ٦٠٢. وجدير بالذكر أن محكمة النقض قضت - مسaire لنفس المنطق - بعدم جواز تقدم المطعون ضده بالنقض بطعن بالنقض بطريق فرعي استناداً إلى وجود نص قانوني يبيح ذلك "خاصة وأن الطعن بالنقض طريق غير عادي": نقض مدني ١٦ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٨٢م، غير منشور في مجموعة المكتب الفني، ومنشور لدى المستشار عبد المنعم الشربيني،

تطبيقاً لذلك، رفضت محكمة النقض تعيين حكماها ولو كان سند الطالب في ذلك هو العدول عن مبدأ قانوني قرره أحكام سابقة وصدر الحكم دون إحالة إلى الهيئة العامة المختصة على خلاف ما تقضي به المادة الرابعة من القانون ٥٦ لسنة ١٩٥٩م<sup>٩٨</sup>، أو عدم دستورية القانون الذي صدر على حكم النقض المطلوب عدم الاعتداد به<sup>٩٩</sup>، أو انعدام حكم النقض لبطلان إعلان تقرير الطعن<sup>١٠٠</sup>، أو بطلان صحيفة الطعن لعدم التوقيع عليها من محام مقبول أمام محكمة النقض<sup>١٠١</sup>. ويتفق مسلك دوائر المواد الجنائية في مصر فيما تقدم، مع مسلك الدوائر الجنائية لمحكمة النقض في فرنسا متمسكة بتوافر الأخطاء المادية على التفصيل المتقدمة، رافضة ما لا يندرج تحتها *ne relève pas de la catégorie des erreurs matérielles*، ونورد بعض الأمثلة في هذا المعنى:

**المثال الأول:** صدر حكم محكمة النقض في ١٧ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٠م، بسقوط الطعن المقدم من المحكوم عليه في جريمة تهريب، بالسجن

الموسوعة الشاملة لأحكام محكمة النقض: الدوائر المدنية والتجارية والعمال والأحوال الشخصية والإيجارات، س ٣٣ ج ١١ (يناير/كانون ثان - يونيو/حزيران سنة ١٩٨٢م) ص ٦٣:٥٨.

<sup>٩٨</sup> نقض مَدَنِي (طلبات رجال القضاء) في ٢ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٦٩م، مجموعة المكتب الفني، س ٢٠، رقم ١٧٣، ص ١١٢٧، ونقض مَدَنِي ٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٧م، مجموعة المكتب الفني، س ٢٨، رقم ٧١، ص ٣٥٩.

<sup>٩٩</sup> نقض مَدَنِي ٧ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٤م، مجموعة المكتب الفني، س ٢٥ رقم ٧ ص ٤٥.

<sup>١٠٠</sup> نقض مَدَنِي ٣٠ من يونيو/حزيران سنة ١٩٧٠م، مجموعة المكتب الفني، س ٢١، رقم ١٧٥، ص ١٠٩٢.

<sup>١٠١</sup> نقض مَدَنِي ٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٧م، مجموعة المكتب الفني، س ٢٨، رقم ٧١، ص ٣٥٩.

Cass. crim. 14 Janvier 2022. N° de pourvoi: 21-81.857 (inédit) & 8 Novembre 2021, 21-

80- 203.

والحرمان النهائي من دخول الأراضي الفرنسية، فضلاً عن عدة عقوبات جرمية، لعدم تسليم المتهم نفسه أو الحصول على إعفاء من ذلك قبل نظر الطعن، ثم تقدم الأخير بطلب إلى المحكمة راجياً العدول عن حكمها حيث سبق له أن تقدم بطلب إلى المحامي العام لدى محكمة الاستئناف في ٥ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٠م، لإعفائه من تسليم نفسه.

رفضت المحكمة في ٢٤ من يولييه/تموز سنة ١٩٩١م، العدول عن حكمها وأكدت أن الطالب لم يتقدم بما يفيد حصوله فعلاً على هذا الإعفاء. مُفاد ذلك أن مثل هذا الطلب كان جائزاً أو مقبولاً لو كان الطالب قد أرفق به ما يفيد حصوله على الإعفاء<sup>١٠٢</sup>.

المثال الثاني: صدر حكم محكمة النقض في ٢٩ من يونيو/حزيران سنة ١٨٥٠م بسحب حكم سبق أن أصدرته بالرفض على أساس عدم إيداع الطاعن للغرامة، لثبوت أن هذه الغرامة قد أودعت بالفعل في ميقاتها<sup>١٠٣</sup>.

كل ذلك ما لم يكن الحكم المطلوب سحبه قابلاً للطعن فيه بأي طريق آخر من طرق الطعن احتراماً لكون الطعن بالنقض طريق استثنائي لا يمكن ولوجه إلا عند عدم توافر أي طريق طعن عادي<sup>١٠٤</sup>.

ثانياً: موقف الدوائر المدنية والتجارية بمحكمة النقض: قضت محكمة النقض، استناداً إلى المادتين ٩٢ و ٩٠ من القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩م في شأن السلطة القضائية بحظر الطعن في الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية

<sup>١٠٢</sup> Cass. crim. 24 Juillet 1991. N° de pourvoi 90-80, 798 (inédit).

<sup>١٠٣</sup> Cass. crim. 29 Juin 1850, D. P. 50-5-50 et 1er Février 1872. D. p. 72-1-205.

<sup>١٠٤</sup> Cass. crim. 29 Novembre 1995. N° de pourvoi 95-82, 859 é No. 6535. (inédit).

والتجارية بمحكمة النقض بأي طريق من طرق الطعن العادية وغير العادية<sup>(١٠٥)</sup>، سواء أمام محكمة النقض أو غيرها من المحاكم - لما في ذلك من مساس بحجية أحكام محكمة النقض<sup>١٠٦</sup>، بما في ذلك إعادة النظر<sup>١٠٧</sup>، وأغلقت السبيل إلى إلغائها إلا استناداً إلى توافر سبب من أسباب عدم الصلاحية بأحد القضاة الذين أصدره<sup>١٠٨</sup>، وذلك زيادة في الاصطيان والتحوط لسمعة القضاء<sup>١٠٩</sup>.

١٠٥ نقض مَدَنِي ٣١ من مارس/آذار سنة ١٩٨٩م، مجموعة المكتب الفني س ٣١ رقم ١٩٥، ص ١٠٠٣.

١٠٦ نقض مَدَنِي ٢٦ من أكتوبر/تشرين أول سنة ١٩٩٩م، مجموعة المكتب الفني، س ٥٠ ج ٢، رقم ٢٠٤ ص ١٠٤١، وقضت المحكمة تطبيقاً لذلك بأنه "لما كان الحكم المطعون فيه... محلاً للطعن بالنقض" [٠٠٠] وقضت محكمة النقض بعدم قبول الطعن، وإذا عادت الطاعة وطعن على الحكم المطعون فيه أمام محكمة الاستئناف التي أصدرته بالتماس إعادة النظر، وكان يتعين عليها أن تقضي في الالتماس بعدم جوازه لما في ذلك من مساس بحجية الحكم الصادر من محكمة النقض وإذ خالفت هذا النظر وتصدت لبحث مدى توافر أوجه الالتماس وانتهت بحكمها محل الطعن المائل إلى عدم قبول الالتماس بما كان يتعين معه نقض الحكم إلا أنه ولما كان عدم قبول الالتماس وعدم جوازه يتساويان في النتيجة بما لا يتحقق معه نقض الحكم سوى مجرد مصلحة نظرية بحتة فإنه يتعين الحكم برفض الطعن دون حاجة لبحث أسبابه".

١٠٧ نقض مَدَنِي ٣١ من مارس/آذار سنة ١٩٨١م، مجموعة المكتب الفني، س ٣١، رقم ١٩٥، ص ١٠٠٣.

١٠٨ نقض مَدَنِي ٢٠ من أبريل/نيسان سنة ١٩٧٢م، مجموعة المكتب الفني، س ٢٣، ج ١، رقم ٩٦، ص ٦١٩.

١٠٩ نقض مَدَنِي ٤ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٦٥م، مجموعة المكتب الفني، س ١٦، رقم ١٥٤، ص ٩٧٣ و ٢٢ من يونيو/حزيران سنة ١٩٨٩م، مجموعة المكتب الفني، س ٤٠، رقم ٢٧٤، ص ٦٦٣ و ٢٢ من مارس/آذار سنة ١٩٩٠م، مجموعة المكتب الفني، س ٤١، رقم ١٣٧، ص ١٨٩، وأكدت المحكمة أن سبيل الخَصْم إلى الطعن ببطالان حكم النقض يكون بطلب يقدمه لمحكمة النقض التي اختصها المشرع بنظره غير مقيد فيه بميعاد حتى أخذاً بعموم النص وإطلاقة حيث لا يعد طعنًا بطريق النقض وإنما هو بمثابة دعوى بطلان أصلية يكون للمحكمة أن تقضي فيه بإلغاء الحكم الصادر منها في الطعن وإعادة نظر الطعن أمام دائرة جديدة، أو الحكم بعدم قبوله بحسب ما إذا كان الطلب قد توافرت فيه موجبات قبوله من عدمه.

تطبيقاً لذلك رفضت محكمة النقض تعيب حكمها ولو كان سند الطالب في ذلك هو العدول عن مبدأ قانوني قرره أحكام سابقة وصدر الحكم دون إحالة إلى الهيئة العامة المختصة على خلاف ما تقضي به المادة الرابعة من القانون ٥٦ لسنة ١٩٥٩م<sup>١١٠</sup>، أو حتى مجرد سبق صدور حكم آخر لمحكمة النقض<sup>١١١</sup>، أو عدم دستورية القانون الذي صدر على أساسه حكم النقض المطلوب عدم الاعتداد به<sup>١١٢</sup>، أو انعدام حكم النقض لبطلان إعلان تقرير الطعن<sup>١١٣</sup>، أو بطلان صحيفة الطعن لعدم التوقيع عليها من محام مقرر أمام محكمة النقض<sup>١١٤</sup> أو خطأ من محكمة النقض في قراءة تاريخ إقامة الدعوى بصدد تنفيذ حكم صدر من القضاء الفرنسي بإلزام أب بنفقة طفله حيث يتعين أن تكون الدعوى الفرنسية أسبق من الدعوى المصرية، فخلطت محكمة النقض بين تاريخ طلب الطاعة من القضاء الفرنسي مساعدة قضائية وتاريخ دعواها لطلب النفقة، فرفضت بالصيغة التنفيذية إعمالاً

<sup>١١٠</sup> نقض مدني (طلبات رجال القضاء) ٢ من ديسمبر/كانون أول سنة ١٩٦٩م، مجموعة المكتب الفني س ٢٠، رقم ١٧٣، ص ١٢٧ ونقض مدني ٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٧م، مجموعة المكتب الفني، س ٢٨، رقم ٧١، ص ٣٥٩، ونقض (دائرة عمالية) في ١٣ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٨٥م، طعن رقم ١٩٤٧، س ٤٩ ق (حكم غير منشور) وانظر حكم حديث يؤكد على أن السبب الوارد في المتن ليس سبباً لبطلان الحكم أو للنعي على الحكم الناقض: نقض مدني ٦ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٩٤م، مجموعة المكتب الفني، س ٤٥، رقم ٢١، ص ٩٦.

<sup>١١١</sup> نقض مدني ١٠ من مارس/آذار سنة ١٩٨٥م، طعن رقم ٥٩١، س ٥١ ق (حكم غير منشور).

<sup>١١٢</sup> نقض مدني ٧ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٤م، مجموعة المكتب الفني، س ٢٥، رقم ٧، ص ٤٥.

<sup>١١٣</sup> نقض مدني ٣٠ من يونيو/حزيران سنة ١٩٧٠م، مجموعة المكتب الفني، س ٢١، رقم ١٧٥، ص ١٠٩٢.

<sup>١١٤</sup> نقض مدني ٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٧م، مجموعة المكتب الفني، س ٢٨، رقم ٧١، ص ٣٥٩.

"المادة ٢٥ من إتفاقية التعاون القضائي في المواد المدنية والتجارية والإدارية والأحوال الشخصية التي وافقت عليها مصر بقرار رئيس الجمهورية رقم ٣٣١ لسنة ١٩٨٢" باعتبار أن دعواها أمام القضاء المصري أقيمت في ١٦ من يونيه/حزيران سنة ٢٠١٤ وأن دعواها أمام القضاء الفرنسي أقيمت في ٢٧ من يونيه/حزيران سنة ٢٠١٤ (وهو تاريخ طلب المساعدة القضائية) وليس ١٢ من يونيه/حزيران سنة ٢٠١٤ (وهو تاريخ إقامة دعوى النفقة)<sup>١١٥</sup>.

في هذه الحالات جميعاً رفضت الدوائر المدنية والتجارية للمحكمة أن ترجع عن قضائها وتسحب حكمها استناداً إلى الأصل العام وهو عدم جواز سحب الأحكام في المسائل المدنية.

ورفضت المحكمة طلب الطاعن منها - إزاء سكوت المشرع علاج هذه الحالة الرجوع إلى المصادر الأخرى للتشريع المشار إليها في المادة الأولى من القانون المدني من عرف ومبادئ الشريعة لإسلامية وقانون طبيعي وقواعد العدالة، لإثبات حق محكمة النقض في سحب أحكامها المشوبة بأخطاء غير مادية، على سند من القول بأن "القوانين المتعلقة بالتنظيم القضائي والمرافعات المدنية هي المشتملة على الإجراءات والأوضاع التي تلزم مراعاتها عند الالتجاء إلى القضاء وبكيفية الفصل في الدعوى وقواعد إصدار الأحكام وتنفيذها لا شأن لها بجوهر الحقوق الموضوعية ولا بالنصوص القانونية المنظمة لها". وأكدت على أن المصدر الوحيد لهذه القوانين هو التشريع المتمثل أساساً في مجموعة المرافعات المدنية

<sup>١١٥</sup> نقض مَدْنِي ٢٣ من ديسمبر/كانون أول سنة ٢٠١٩ م- دائرة الإثنين (و) - ( طعن رقم ١٩٢٧٦ لسنة ٨٨ ق) ورفضت المحكمة- في غرفة مشورة - في ٢٣ من نوفمبر/تشرين ثان سنة ٢٠٢٠م قبول الطلب المقدم لها بـ"السحب" مؤكدة "أن الأخطاء غير المادية لا يجوز الرجوع في شأنها إلى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم، إذ فيه إبتداع لطريق من طرق الطعن لم يأذن به الشارع أو ينظمه القانون".



والتجارية والتشريعات المكملة لها دون ما اعتداد بأية مصادر أخرى. وأوضحت محكمة النقض بأن سندها في ذلك هو أن القضاء المدني الذي تعرض عليه خصومات مرددة بين الأفراد وتتصل بأموالهم ويدل كل خصم فيها حقاً يناهض حق الآخر ويوازن القاضي بين دفاع كل منهما ويرجح أحدهما على الآخر، وهو ما يستلزم بطبيعة الحال استقرار المراكز القانونية وعدم قلقاتها "فلا تجوز المحاجة بما درجت عليه الدائرة الجنائية في هذا الصدد"١١٦. وأضافت أن نص المادة ٢٧٢ من قانون المرافعات قاطع في هذا الصدد حيث يحظر الطعن في أحكام محكمة النقض بأي طريق من طرق الطعن، وهي عبارة تغطي بعمومها وإطلاقها كافة أحكام محكمة النقض، وكان نصها بهذه المثابة باقياً على عمومته لم يدخله التخصيص، بل وأطلق عن قرينة تمنع من إرادة تخصيصه. لذا انتهت المحكمة إلى أن ما يتدرع به الطاعن من إجازة الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة النقض بدعوى مخالفتها لحكم نهائي حائز قوة الأمر المقضي "ينطوي على مجاوزة لمراد الشارع"١١٧، حيث تسمو (قوة الأمر المقضي) على قواعد النظام العام"١١٨.

وفي هذا الصدد قضت الدائرة المدنية لمحكمة النقض بأنه "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه ليس في نصوص قانون المرافعات ما يحول دون أن يرفع الطاعن

١١٦ نقض مدني ٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٧م، مجموعة المكتب الفني، س ٢٨، رقم ٧١، ص ٣٥٩ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٨٥م طعن رقم ١٤٧، س ٤٩ (حكم غير منشور) و ١٠ من مارس/آذار سنة ١٩٨٥م، طعن ٥٩١ س ٥١ (حكم غير منشور)، فضلاً عن نقض (طلبات رجال القضاء) في ٢ من ديسمبر/كانون أول ١٩٦٩م، مجموعة المكتب الفني، س ٢٠، رقم ١٧٣، ص ١١٢٧.

١١٧ نقض مدني ٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٧م، مجموعة المكتب الفني، س ٢٨، رقم ٧١، ص ٣٥٩.

١١٨ نقض مدني ٢١ من يونيو/حزيران سنة ١٩٧٢م، مجموعة المكتب الفني، س ٢٣، رقم ١٨٠، ص ١١٤٢.

بالنقض طعنًا آخر عن ذات الحكم ليستدرك ما فاتته من أوجه الطعن طالما كان ميعاد الطعن ممتدًا وكان لم يسبق الفصل في موضوع الطعن الأول<sup>١١٩</sup>، وعندئذٍ تضم محكمة النقض الطعنين للارتباط<sup>١٢٠</sup>. مُفاد ذلك أن جواز رفع طعن ثانٍ عن نفس الحكم ممن رفع الطعن الأول مشروط بأمرين وهما:

الأول: أن يكون ميعاد الطعن ممتدًا.

الثاني: ألا يكون قد سبق الفصل في موضوع الطعن الأول، حيث يتعين في هذه الحالة إحترام كون الحكم قد أصبح باتًا<sup>١٢١</sup>.

وقد أكدت محكمة النقض<sup>١٢٢</sup> على أن جزاء تخلف أحد هذين الشرطين هو الحكم بعدم قبول الطعن الثاني، في حين تلتزم المحكمة بالحكم بعدم جواز قبول الطعن إذا كان قد سبق الفصل في موضوع الطعن الأول، أو كان ميعاد الطعن قد انقضى بالفعل عند إيداع الطاعن لأسبابه الجديدة. مع ذلك ذهب حكم حديث إلى أن المحكمة تلتزم بالحكم بـ "انتهاء الخصومة" في الطعن إذا ما ثبت صدور حكم في طعن سابق من محكمة النقض في شأن الحكم النهائي المطعون فيه أمامها<sup>١٢٣</sup>.

١١٩ نقض مَدَنِيٌّ ١٢ من نوفمبر/تشرين ثان سنة ١٩٨٤م، مجموعة المكتب الفني، س ٣٥، ج ١، رقم ٣٤٧، ص ١٨٣١ و ٢٦ من ديسمبر/كانون أول سنة ١٩٨٥، الطعون أرقام ٥٦٣ و ٥٨٢ و ٦٧٦ س ٥٢ ق (حكم غير منشور).

١٢٠ نقض مَدَنِيٌّ (أحوال شخصية) ١٧ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٧٩م، الطعنان رقما ١٦ و ٢٦ سنة ٤٨ ق أحوال شخصية (حكم غير منشور).

١٢١ نقض مَدَنِيٌّ ٦ من يناير/كانون ثان ١٩٩٢، طعن رقم ١٤٢٧ س ٥٢ ق (حكم غير منشور).

١٢٢ نقض مَدَنِيٌّ ٢٢ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩١م، طعن رقم ٩٦٧ س ٥٢ ق (حكم غير منشور).

١٢٣ نقض مَدَنِيٌّ ٣٠ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٦م، طعن رقم ٥٦٤٣ س ٦٣ ق (حكم غير منشور) وقد انتهت نيابة النقض في مذكرتها المقدمة إلى محكمة النقض في هذا الطعن إلى أن قوة الأمر المقضي التي اكتسبها الحكم المطعون فيه للمرة الثانية بالنقض بعد

## وقد انقسم الفقه حول هذا الحل

ذهب البعض إلى أن الحكم بعدم قبول الطعن أو عدم جواز قبوله - ولو كان ميعاد الطعن ممتداً - يحول دون قبول الطعن في الحكم بالنقض من جديد ولو لأسباب جديدة<sup>١٢٤</sup>.

## وذهب البعض الآخر إلى التفرقة بين حالتين، وهما<sup>١٢٥</sup>

الحالة الأولى: حالة رفض الطعن لعبب شكلي، مع امتداد ميعاد الطعن: فيكون للطاعن استدراك ما فاتته من تلك الإجراءات الشكلية التي استوجبت الحكم بعدم قبول الطعن شكلاً.

الحالة الثانية: حالة رفض الطعن لمخالفة القانون أو المخالفة في تطبيقه أو في تأويله، فيتعين الحكم بعدم قبول الطعن الثاني ولو كان مبنياً على أسباب أخرى، حيث ليس من شأن هذه الأسباب أن تجعل الطعن الثاني مغايراً للطعن الأول. وهذا الذي انتهت إليه الدوائر المدنية والتجارية بمحكمة النقض المصرية يخالف المستقر لدى قضاء محكمة النقض الفرنسية حالياً وإن اتفق معه في بداياته، ويحتاج الأمر بعض التفصيل.

سبق رفض الطعن فيه بهذا الطريق "تسمو على اعتبارات النظام العام" (مذكرة غير منشورة مؤرخة ٦ من ديسمبر/ كانون الأول سنة ١٩٩٥م).  
١٢٤ وإلى المرجع السابق، رقم ٣٤٨ ص ٨٠١ وانظر في نفس المعنى:

Cass. civ. 2e ch., 3 Février 1885, D. 188, 1, pp. 307:308.

١٢٥ المستشار حامد فهمي والدكتور محمد حامد فهمي، النقض في المواد المدنية والتجارية، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر - القاهرة، عام ١٩٣٧م، رقم ٣٢٥، ص ٦٤٤:٦٤٥ والمستشار الدكتور مصطفى كيرة، النقض المدني، القاهرة، عام ١٩٩٢م، رقم ٨٤٩، ص ٧٥١.

كان القضاء الفرنسي في البداية ضد أي محاولة للنيل من حكم النقض بعد صدوره، فكان يرفض العرائض التي تقدم إليه بهدف تصحيح خطأ إجرائي لا يتحمل وزره الطاعن<sup>١٢٦</sup> (Une erreur de procédure non imputable à la partie)، وهو الموقف الذي كان محلاً لتأييد الفقه الفرنسي آنذاك<sup>١٢٧</sup>. فكان إذا حكم بعدم قبول طعن من الطعون يستحيل إعادة طرح الموضوع نفسه على محكمة النقض لتسحب حكمها وتصدر حكماً جديداً تصحيحاً للخطأ الإجرائي الذي أدى - دون أن يكون للطاعن دخل في وقوعه - إلى صدور الحكم الأول المعيب بعدم القبول، فضلاً عن ذلك كان قضاء النقض الفرنسي يُصر على أن أحكامه حضورية دائماً ولو صدرت غيابية، ورتب على ذلك حظر المعارضة - التي كانت جائزة في ذلك الوقت - فيها اكتفاءً منها بأن الطاعن قد تقدم بالعريضة الأصلية بالنقض (Requête initiale)<sup>١٢٨</sup>.

واستمرت محكمة النقض الفرنسية في موقفها الرافض للمساس بأحكام دوائرها المَدَنِيَّة<sup>١٢٩</sup> اللهم إلا في حالتين هما عدم نسبة الخطأ إلى الطاعن أو كون العيب الإجرائي الذي صدر من المحكمة قد أثر في الحل الذي تبنته محكمة النقض. تطبيقاً لذلك صدرت عدة أحكام بالسحب في المواد المَدَنِيَّة اعتباراً من ستينات القرن الماضي، فقبلت المحكمة سحب حكمها في مادة مَدَنِيَّة في واقعيتين مهمتين، وهما:

<sup>١٢٦</sup> Cass. Civ. 3e ch., 3 Février 1885, D.P. 1885.1.307; 30 Juillet 1889 D.P. 1885. I o.1.232.

<sup>١٢٧</sup> Faye, La cour de cassation, Librairie Maresco Aine/Paris 1903, No. 258.

<sup>١٢٨</sup> Cass. civ. 23 Février 1885. D.P. 1885.1.307 (précité); 23 Novembre 1846. cité in Note D.P.85.1.307.

<sup>١٢٩</sup> Cass. civ. 2 Décembre 1965. Bull. civ. 11. No.1075, 18 Mai 1967. Bull Civ. 11. No.181.

(١) أن تثبت امتداد ميعاد الطعن لتقدم الطاعن بطلب للمساعدة القضائية بعد أن حكمت بعدم قبوله لرفعه بعد الميعاد<sup>١٣٠</sup>.

(٢) أن تثبت تنازل الطاعن عن طعنه قبل نظره، بعد أن حكمت في موضوعه<sup>١٣١</sup>.

كما قبلت المحكمة سحب حكمها في مادة اجتماعية عندما تبين أن الطاعن الذي حكم بسقوط طعنه لعدم تقدمه بمذكرة شارحة لأسباب هذا الطعن (Un mémoire ampliatif)، كان قد تقدم بمذكرته في الميعاد إلا أنها أرفقت على سبيل الخطأ - من قبل قلم الكتاب - بملف آخر<sup>١٣٢</sup>.

وأكدت الهيئة المدنية بمحكمة النقض هذا الاتجاه، فأصدرت عدة أحكام في هذا الصدد منذ بداية التسعينيات من القرن الماضي مبرزة أن ما يبرر السحب هو خطأ مادي تقع فيه محكمة النقض أو إحدى إداراتها<sup>١٣٣</sup> في حدود ما ورد في

<sup>١٣٠</sup> Cass. civ. 8 Juillet 1960 Bull. civ. 11. No. 460.

وينص القانون الفرنسي الحالي للمساعدة القضائية على تمديد مدد الطعن في هذه الحالة:  
»Décret No. 91-1266 du 19 déc. 1991 portant application de la loi No. 91-647 du 10 Juillet 1991 relative à l'aide juridique« (J. O. 20 Décembre 1991) (ed. G.) J. C. P. 1992 III (Textes), 65259.

<sup>١٣١</sup> Cass. civ. 17 Décembre 1963 (Bul. Civ. 11. No. 836).

<sup>١٣٢</sup> Cass. soc. 12 Novembre 1969. D. 1970. somm. 57 Bull. civ. V. No. 604.

<sup>١٣٣</sup> »[...] Une erreur matérielle imputable à la cour de cassation ou à ses services«: Cass civ.2e ch., 27 Novembre 1991. Arrêt No. 1237. N° de pourvoi 91-15, 678 (inédit).

فإذا تبين عدم توافر الخطأ المادي فيتعين رفض طلب السحب:

Cass. Civ. 3e ch., 5 Novembre 1993. N° de pourvoi 95-12.421 (inédit).

كذلك الحال إذا لم يقدم الطالب الدليل على الخطأ إلى محكمة النقض أو إحدى إداراتها:

Cass. Com. 2e ch., 27 nov. 1991, Bull. Civ. 11. No. 422, J. C. P. (ed. G.) 1992 iv. 366.

المواد ٤٦٢ و ٤٦٣ و ٤٦٤ من التقنين الجديد للرافعات المدنية والتجارية (١٣٤)، ونذكر من بين التطبيقات القضائية في هذا الصدد ما يلي:

(١) عدم إغفال تنازل الطاعن عن طعنه (١٣٥).

(٢) تناقض أسباب حكم محكمة النقض مع المنطوق، حيث قضت المحكمة أول مرة بعدم قبول الطعن في حكم صدر برفض تمسك فندق بأن حادث السرقة الذي وقع يعد سبباً أجنبياً مستحيل التوقع وغير ممكن الدفع. وأسندت حكمها إلى ما أبدى من دفاع مُفاده توافر السبب الأجنبي؟ ... واستجابت محكمة النقض إلى طلب السحب الذي قدم إليها من المحامي العام بمحكمة النقض، وسحبت الحكم ١٣٦.

(٣) خطأ مادي من محكمة النقض، ومن أمثلته:

أ - صدور حكم برفض الطعن لسابقة صدور حكم آخر من محكمة النقض بصدور الحكم الاستثنائي يقر بالرفض ثم تبين أن الحكم الأول كان قد صدر بقبول الطعن بالنقض، وتفصيل ذلك أن الطعنين انصب أولهما على حكم أصلي من محكمة الاستئناف (صدر في ٥ من مايو / أيار سنة ١٩٨٩م) وانصب الثاني على حكم لاحق بذات الحكم (صدر في ٢٢ من ديسمبر / كانون الأول سنة ١٩٨٩م)، فنظر الأول وقبل الطعن فيه (في ٧ من أبريل / نيسان سنة ١٩٩٢م) في حين رفض

<sup>١٣٤</sup> Cass. civ. 3e ch., 29 Janvier 1992. Arrêt No. 200. N° de pourvoi 91-13. 420; Cass. civ. 3e ch., 8 Juin 1994. Arrêt No. 1062, N° de pourvoi 93-70, 185. (Arrêts inédits).

<sup>١٣٥</sup> Cass. civ. 3e ch., 29 Janvier 1992. Arrêt No. 200, Requête 91-13. 701 et Cass. civ. 1re ch, 22 Novembre 1994. Arrêt No. 1546, Requête 93-04. 251 (Arrêts inédits).

<sup>١٣٦</sup> Cass. civ. 1re ch., 4 Novembre 1992. Arrêt No. 1387. N° de pourvoi 92-16. 219 (inédit).

الثاني عند نظره (في ٢٠ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٩٢م)، ووقع خطأ مادي حيث بنت المحكمة رفضها للطعن الثاني على عدم قبول الطعن الأول<sup>١٣٧</sup>. كذلك الحال عند صدور حكم من محكمة النقض في حكم لمحكمة الاستئناف يطرح على محكمة النقض طعناً آخر بالنقض في رد محكمة الاستئناف على طلب استدراك قدم إليها لسهو حال بينها وبين التعرض لبعض الطلبات المقدمة إليها من المستأنف، فقد قضت محكمة النقض بسحب الحكم الأول حتى يتسنى لها النظر في الطعن الجديد المقدم إليها<sup>١٣٨</sup>.

ب - عدم التنبه إلى وجود مستند معين (شهادة عن محضر الشرطة المحرر والذي يفيد أن الخطر مؤمن منه)<sup>١٣٩</sup>. أو عدم إقامة شخص معين في دائرته الانتخابية مما يبرر شطب اسمه من القوائم الانتخابية بها<sup>١٤٠</sup>.

ج - عدم قبول الطعن باعتباره موجهاً إلى أحد أسباب حكم الاستئناف في حين أنه كان موجهاً إلى المنطوق<sup>١٤١</sup>.

د - عدم مراعاة المواعيد الإجرائية المقررة من قبل الطاعن<sup>١٤٢</sup> أو المحكمة<sup>١٤٣</sup>.

<sup>١٣٧</sup> Cass. civ. 1re ch., 28 Avril 1993. Arrêt No. 671, N° de pourvoi 92-21 375 (inédit).

<sup>١٣٨</sup> Cass. 2e ch. civ. 23 Novembre 1994. Arrêt No. 1098, N° de pourvoi 92-20. 857 (inédit).

<sup>١٣٩</sup> Cass. 2e ch. civ. 12 Mai 1993. Arrêt No. 616, N° de pourvoi 92-21. 598 (inédit).

لذا فقد رفضت المحكمة السحب إذ تأكدت بالفعل من عدم تقديم المستند المطلوب:

Cass. 2e ch. civ. 18 Mai 1995. Arrêt No. 1214, N° de pourvoi 95-60. 739 (inédit).

<sup>١٤٠</sup> Cass. 2e ch. civ. 5 Juillet 1995. Arrêt No. 1389, Réquête 95-60. 822 (inédit).

<sup>١٤١</sup> Cass. 2e ch. civ. 23 Février 1994. Arrêt No. 298, N° de pourvoi 93-20. 187 (inédit).

<sup>١٤٢</sup> Cass. 1re ch. civ. 2 Mars 1994. Arrêt No. 396, N° de pourvoi 93-21. 137 (inédit).

<sup>١٤٣</sup> Cass. 2e ch. civ. 25 Mars 1992. Arrêt No. 328, N° de pourvoi 91-17. 309 (inédit).

نكلت المحكمة عن تنفيذ حكم القانون من تنبيه الأطراف إلى أنها تبينت من تلقاء نفسها سبباً لنقض المحكمة وهو ما فوت عليهم الرد على هذا السبب خلال الميعاد القانوني:

هـ- عدم اتباع إجراء معين يقتضيه القانون - في أحوال محددة - قبل مباشرة الطعن بالنقض، مثل مداولة المجلس البلدي قبل تفويض العمدة في عمل (الطعن بالنقض) ثم يتبين أن الإجراء قد اتبع<sup>١٤٤</sup>.

و- تقديم مستند يفيد وفاة أحد الطاعنين في حكم صادر بنقض حكم استثنائي بتطليق زوجين، حيث تبين للمحكمة وفاة الزوجة طبقاً لشهادة وفاة رسمية قدمها قبل صدور الحكم بالنقض<sup>١٤٥</sup>.

كذلك لم تعترض الدوائر المَدَنِيَّة والتجارية في فرنسا على مبدأ سحب الحكم الصادر منها إذا ما وجدت مصلحة للطالب في ذلك<sup>١٤٦</sup>، كما لو كان الحكم قد غفل عن بعض ما ورد في مذكرات الطالب<sup>١٤٧</sup>، أو تبين أن الحكم محل طلب السحب قد أثبت مراعاة إجراء جوهري يتطلبه القانون (إخطار الخصوم) ثم تبين عدم صحة ذلك<sup>١٤٨</sup>، أو كان الحكم قد صدر بعدم قبول الطعن شكلاً ثم تكشف للمحكمة أن الطعن جدير بالقبول من حيث الشكل<sup>١٤٩</sup>.

<sup>١٤٤</sup> Cass. civ. 1re ch., 29 November 1994a No.1573. Réquête No. 94-10. 352 (inédit).

<sup>١٤٥</sup> صدر حكم النقض في ١٢ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٤م في حين كانت الوفاة قد وقعت في ١٤ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٣:

Cass. Civ. 2è ch., 18 Décembre 1995. Requête No. 95-11. 062. (inédit).

<sup>١٤٦</sup> Cass. com. 27 Novembre 1991, Arrêt No.1478. N° de pourvoi 90-21-083, Cass. Com. 6 Avril 1993. Arrêt No. 652. N° de pourvoi 91-20. 270. (Arrêts inédits).

<sup>١٤٧</sup> Cass. com. 8 Février 1994. Arrêt No. 833, N° de pourvoi 93-19-602 (inédit).

<sup>١٤٨</sup> Cass. com. 14 Juin 1994 Arrêt No. 1845. N° de pourvoi 94-13. 407 (inédit).

<sup>١٤٩</sup> Cass. com. 2 Novembre 1994. Arrêt No. 1953. N° de pourvoi 93-14. 102 (inédit).

Cass. civ. 1er ch. 22 septembre 2022 Arrêt N° de pourvoi 16-10.020, et 13 Octobre 2021, N° de pourvoi 19-14.604, 2e Ch. 6 Mai 2021, N° de pourvoi 20-60.140 et 3e ch. 21 Janvier 2021, N° de pourvoi 16-13.797, 16-25.535, 16-27.871.



وتواتر قضاء الدائرة المدنية على سحب الحكم حال توافر ما يبرر ذلك، من تلقاء نفسها (saisie d'office).

**فضلاً عن ذلك** قضت الدائرة الاجتماعية بمحكمة النقض الفرنسية بسحب حكمها في الأحوال الآتية:

(١) إذا أرسلت المذكرة الشارحة لأسباب الطعن بالبريد، ولم تعتد المحكمة بما ورد في خاتم الإرسال من مصلحة البريد، حيث يعتد بالتاريخ الوارد في هذا الخاتم دون تاريخ تسلم المذكرة.<sup>١٥٠</sup>

(٢) إذا وقع خطأ غير منسوب إلى الطالب (réquérant une erreur non imputable au) مثل عدم اطلاع المحكمة على شهادة بالتنازل عن الطعن ممن رفعه (une déclaration de désistement)<sup>١٥١</sup>، أو كان هذا الرفض قد صدر بناءً على تنازل عن الطعن من أحد الطاعنين دون أن يقبل الطاعن الآخر هذا التنازل<sup>١٥٢</sup>، أو لخطأ من قلم الكتاب تمثل في عدم إرفاق مذكرة الطاعن بأسباب الطعن المقدمة في الميعاد في ملف الطعن المطروح أمام المحكمة<sup>١٥٣</sup>، أو في إثبات عدم مراعاة

<sup>١٥٠</sup> Cass. Soc., 9 Octobre 1991 Arrêt No. 3296. Requête No. 91-40. 421 (inédit).

<sup>١٥١</sup> Cass. Soc. 15 Octobre 1991. Arrêt No. 4011. N° de N° de pourvoi 91-44. 836; Cass. Soc. 10 Juin 1992. Arrêt No. 2505, N° de N° de pourvoi 91-43-630 (inédit); Cass. Soc. 30 Juin 1993, Arrêt No. 2503. N° de N° de pourvoi 93-41.405; Cass. Soc. 20 Juin 1995, Arrêt No. 3465. N° de pourvoi 95-42-541. (Arrêts inédits).

<sup>١٥٢</sup> Cass. Soc. 12 Décembre 1991. Arrêt No. 4513. Requête No. 90-42. 810 (inédit).

<sup>١٥٣</sup> Cass. Soc. 27 Février 1992. Arrêt No. 856. Requête No. 91-44-723; 12 Mars 1992. Arrêt No. 1089. N° de pourvoi 91-45-763 (Arrêts inédits).

الطاعن للمواعيد الإجرائية<sup>١٥٤</sup>، أو عدم تنبه المحكمة لوجود توكيل خاص لصالح الوكيل الذي قام بإجراء الطعن<sup>١٥٥</sup>، أو لامتداد ميعاد الطعن إذ صادف يومه الأخير عطلة أسبوعية رسمية<sup>١٥٦</sup>، أو عدم ردها على أحد أسباب الطعن<sup>١٥٧</sup>، أو تأكيدها - خلافاً للواقع - تقرير الطاعن بالطعن وتقديم أسباب طعنه في الميعاد<sup>١٥٨</sup>، أو تجاهل الطاعن الميعاد القانوني للطعن<sup>١٥٩</sup>، أو سهوه عن التعرض لأحد أسباب الطعن بالنقض<sup>١٦٠</sup>، أو عدم توافر صفة للطاعن<sup>١٦١</sup>.

(٣) تناقض في حكمين للمحكمة في نفس النزاع على نحو يتعذر معه التوفيق

بينهما<sup>١٦٢</sup>.

<sup>١٥٤</sup> Cass. Soc. 26 Mai 1993. Arrêt No.2141. N° de pourvoi 91-45-153; 4 Juillet 1995, Arrêt No.3074 Requête No.94-44. 329, 4 Juillet 1995. Arrêt No.3075. Requête No.94-44-652 et 24 Octobre 2018, N° de pourvoi 16-20.059 (Arrêts inédits).

<sup>١٥٥</sup> Cass. Soc. 26 Mai 1993. Arrêt No.2141. N° de pourvoi No.91-45-153; Cass. Soc.4 Juillet 1995, Arrêt No.3074 Requête No.94-44. 329, 4 Juillet 1995. Arrêt No.3075. Requête No.94-44-652 (Arrêts inédits).

<sup>١٥٦</sup> Cass. Soc., 16 Mars 1994 Arrêt No.1271. N° de pourvoi 93-42-396 (inédit).

<sup>١٥٧</sup> Cass. Soc., 10 Mai 1994. Arrêt No.2890. N° de pourvoi 4-41-950 (inédit).

<sup>١٥٨</sup> Cass. Soc. 8 Juin 1994. Arrêt No.2697, N° de pourvoi 93-45-665 (inédit).

<sup>١٥٩</sup> Cass. Soc., 7 Février1995. Arrêt No. 667. R. et Requête No. 94-44-377, 8 Février1995. Arrêt No.685, Requête No.93-43-674; 10 Mai 1995, Arrêt No.2008 Requête No.93-40-486. (Arrêts inédits).

<sup>١٦٠</sup> Cass. Soc. 16 é1995. Arrêt No.2087. N° de pourvoi 95-40-998 (inédit).

<sup>١٦١</sup> Cass. Soc., 1 Avril 1992. Arrêt No.1927. N° de pourvoi 92-41-039 (inédit).

<sup>١٦٢</sup> Cass. Soc., 27 Juin 1995. Arrêt No.3576. Requête 95-42-729 (inédit).

(٤) تقديم الطاعن لطعنين في الحكم نفسه: الأول قدمه إلى محكمة النقض نفسها مع طلب للمساعدة القضائية والثاني قدمه إلى قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، وصدور الحكم في الأول بالرفض<sup>١٦٣</sup>.

### بالمقابل رفضت محكمة النقض السحب في الحالات الآتية:

(١) عدم مراعاة المواعيد الإجرائية ولو كان ذلك بحجة التمسك بوجود اضطرابات عمالية حالت دون الحصول على مستندات الطعن وتقديمها في الميعاد<sup>١٦٤</sup>، أو الاكتفاء بخطاب من محامي الطاعن أورد فيه ويكفي أنه سيرسل المبررات المؤيدة لموقفه في توقيت معين للتنصل من الالتزام بتقديم مذكرة شارحة لأسباب الطعن<sup>١٦٥</sup>.

(٢) عدم إيداع توكيل خاص بالطعن بالنقض مع المذكرة الشارحة لأسباب الطعن ولو أودع التوكيل مع طلب السحب لأن إيداعه على هذا النحو لا يدل، بالضرورة، على توافره لحظة إيداع المذكرة<sup>١٦٦</sup> أو أودع توكيل باسم وكيل آخر مع

<sup>١٦٣</sup> هذه الحالة منصوص عليها في المادة ٦١٨ مرافعات فرنسي صراحة، وتقترب منها حالة أخرى متمثلة في صدور حكمي نقض متعارضين في مسألة واحدة، ولا يرى في هذه الحالة سحبا بالمعنى الدقيق:

Perdriau, Les rabats d'arrêt, op. cit, No. 10.

<sup>١٦٤</sup> Cass. Soc. 29 Janvier 1992 Arrêt No. 505, Requête No. 91-60-256; Cass. Soc. 15 Juin 1995. Arrêt No. 2601, Requête No. 94-44-443. (Arrêts inédits).

<sup>١٦٥</sup> Cass. Soc. 9 Octobre 1991. Arrêt No. 3296. Requête No. 91-40-421 (inédit); Cass. 2 Mars 1993. Arrêt No. 794. N° de pourvoi 90-45-799 (inédit).

<sup>١٦٦</sup> Cass. Soc. 13 Novembre 1991. Arrêt No. 3870. Requête No. 91-40-994 (inédit).

هذه المذكرة دون تقديم التوكيل الذي قام المحامي الأول برفع الطعن استناداً إليه<sup>١٦٧</sup>.

(٣) خطأ الحكم في اسم رب العمل، حيث رفضت المحكمة طلب السحب المقدم من رب العمل الحقيقي لأنه لم يكن طرفاً في الدعوى<sup>١٦٨</sup>.

(٤) انعدام الخطأ المادي من قبل قلم كتاب محكمة النقض في إعداد ملف الطعن المعروض على المحكمة، حيث ثبت للمحكمة أن المذكرة الشارحة لأسباب الطعن لم تودع في الميعاد وأن ما تدعيه الطاعنة من وجود طعنين لها لدى نفس المحكمة خلط قلم الكتاب بينهما عند إعداد ملف الطعن فوضع المذكرة الشارحة لأسباب الطعن الذي حكم بعدم قبوله في ملف الطعن الآخر، غير صحيح<sup>١٦٩</sup>.

(٥) انعدام الخطأ المادي من قبل قلم كتاب محكمة النقض المتمثل في عدم إعلان (الأطراف) المطعون ضدهم جميعاً بالطعن (طعن في حكم صدر في انتخابات مهنية) حيث ثبت لمحكمة النقض وجود مطعون ضده واحد تم إعلانه طبقاً للقانون<sup>١٧٠</sup>.

(٦) إيداع مذكرة الدفاع من أحد الأشخاص من غير المحامين ودون وكالة خاصة من الطاعن، وتبين للمحكمة وجود طعن آخر تم في نفس التوقيت مصحوباً بمذكرة<sup>١٧١</sup>.

كذلك تُصرَّح محكمة النقض الفرنسية على ألا تسحب أحكامها إلا إذا ثبت في يقينها ارتكابها خطأ مادياً أثر على الحل القانوني الذي تبنته المحكمة. بعبارة أخرى

<sup>١٦٧</sup> Cass. Soc. 26 Août 1991. Arrêt No. 4272. Requête No. 91-40-267 (inédit).

<sup>١٦٨</sup> Cass. Soc. 8 Février 1995. Arrêt No. 700 N° de pourvoi 94-44-254 (inédit).

<sup>١٦٩</sup> Cass. Soc. 16 Mai 1995. Arrêt No. 2055. Requête No. 94-42-806 (inédit).

<sup>١٧٠</sup> Cass. Soc. 11 Juillet 1995. Arrêt No. 3241. Requête No. 95-60. 076 (inédit).

<sup>١٧١</sup> Cass. Soc. 7 Décembre 1995. Requête No. 95-43-465 (inédit).

أن المحكمة ترفض السحب كلما ثبت لها أن الخطأ الذي وقع مجرد خطأ مادي (Erreur purement matérielle)، كأن يصدر الحكم مشيراً إلى عدم تقدم الطاعن بمذكرة دفاع في حين أن المذكرة مودعة في الملف ودرسها المستشار المقرر قبل أن تصدر المحكمة حكمها في الطعن كالمعتاد، حيث في هذه الحالة اكتفت المحكمة بتصحيح هذا الخطأ في الحكم الصادر بعدم مثول المدعى عليه (Défaut au défendeur).

علاوة على الخطأ المادي يشترط أن يكون الخطأ الصادر إجرائياً بحتاً (De pure procédure)<sup>١٧٢</sup>، وليس خطأ في القانون<sup>١٧٣</sup>، فإذا كان الحكم الأول قد أغفل الرد على أسباب عدم القبول التي أثارها المطعون ضده فلا محل للسحب<sup>١٧٤</sup>، وإن كان هناك مجال للتصحيح - في رأي الفقه - استناداً إلى ما يجيزه المشرع من حق محكمة النقض في التعرض لما لم نتعرض له (non petita) أو ما تعرضت له بالتجاوز لطلبات الأطراف (ultra petita) حيث يرى الفقه في السماح بالتصحيح في هذه الأحوال إحتراماً لرغبة المشرع الرامية إلى تيسير وتعميم التصحيح باعتباره في نهاية الأمر يرد على خطأ مادي (Erreur Matérielle).<sup>١٧٥</sup> وجدير بالذكر أن المشرع في فرنسا يجيز هذا الإجراء اعتباراً من عام ١٩٧٢م وإن كانت التقاليد تجرى على استبعاد الأخذ به في شأن أحكام النقض<sup>١٧٥</sup>.

<sup>١٧٢</sup> Cass. Soc. 7 Décembre 1995, Requête No. 95-43-465 (inédit).

<sup>١٧٣</sup> Cass. 2e ch. civ. 14 Juin 1963. Bull. civ. 11. No. 455.

<sup>١٧٤</sup> أي ليس غلطاً ذهنياً une erreur intellectuelle يمس التحليل والمنطق القانوني:

Perdriau, op. cit, No. 9.

<sup>١٧٥</sup> Cass. civ. 3 Mai 1967. Bull. civ. 11. No. 164.

كذلك رفضت المحكمة السحب لتعلق الطلب بتفسير خاطئ من المحكمة لسبب الطعن:

Cass. Com. 2 Juillet 1991. N° de pourvoi 91 (inédit).

ويشترط دائماً، فضلاً عن توافر المصلحة لدى الطالب<sup>١٧٦</sup>، ألا يرجع السبب إلى الطالب أو يكون ناتجاً عن غفلة (son incurie) أو إهماله (sa négligence)<sup>١٧٧</sup>.  
 وجدير بالذكر أن محكمة النقض الفرنسية بدوائرها مجمعة قد انتهت إلى الأخذ بجزء البطلان إذا ما تضمن الحكم الطعين إخلالاً بحق المواطن في تعيين محام له حيث رفضت نقابة المحامين أن تعين محامياً لأحد الأفراد<sup>(١٧٨)</sup>. وفي المقابل أستقر الفقه<sup>١٧٩</sup> على أن فقدان الحكم أحد مقوماته الأساسية يفتح السبيل إلى رفع دعوى البطلان ضد أي حكم بما في ذلك الحكم الصادر من محكمة النقض، وهي دعوى بلا مواعيد باعتبارها دعوى أصلية يقصد بها تخليص الحكم من عوار هبط به إلى حومة البطلان.

## الفرع الرابع

### رأينا الخاص

بداية نؤكد أن الاعتراف بـ *بحجية الأحكام*<sup>١٨٠</sup> الصادرة من محكمة النقض مرهون بقيد مهم وهو أن تكون المحكمة قد أدلت برأيها في المسألة القانونية "عن قصد

<sup>١٧٦</sup> Boré, op. cit. No. 3440, p. 1017.

<sup>١٧٧</sup> Cass. civ. 2e, Requête en rabat d'Arrêt, 21 nov. 1990. J. C. P. 1991. IV. 24.

<sup>١٧٨</sup> Cass. Assemblée Plénière, 30 Juin 1995. Arrêt No. 388. Requête No. 94-20-302 (inédit).

<sup>١٧٩</sup> والي، المرجع السابق رقم ٣٨٩.

<sup>١٨٠</sup> قضي بأن قوة الأمر المقضي تعلو على اعتبارات النظام العام، ومن ثم تلتزم المحكمة بالحكم النهائي الصادر باختصاصها ولو خالف حجية حكم سابق لها في هذا الشأن، أو بني على قاعدة تعلو على اعتبارات النظام العام: المحكمة العليا للقيم، ٢٨ من فبراير/شباط سنة ١٩٩٨م، إشكال قيد بجدول المحكمة العليا للقيم برقم ١٦/١٢٥ ق قيم عليا.



في فرنسا - خصوصاً - إذا ما كان طلب السحب مقبولاً - في مجموعة المكتب الفني<sup>١٨٤</sup>.

ونرى في ضوء ما تقدم أن توحد محكمة النقض موقفها من المشكلة فتُوصي بتعديل قانونها في المسائل الجنائية وتعديل عن قضائها في المسائل المدنيّة ليكون الرأي في الحالتين عند رفع طعن ثانٍ في حكم ممن سبق له الطعن فيه من الخصوم، هو كما يلي:

أولاً: حظر الطعن - كقاعدة عامة - في الأحكام الصادرة من محكمة النقض إلا بدعوى البطلان عند اجتماع شروطها. ومن المعروف أن دعوى البطلان الأصلية ترفع أمام المحكمة التي أصدرت الحكم أيّاً كانت، ولو كانت محكمة النقض، سواء أكانت في صورة دفع أم طلب عارض، كما قد ترفع بدعوى أصلية. ثانياً: قبول الطعن في الأحكام الصادر بشأنها أحكام برفض الطعن فيها من محكمة النقض مادامت أسباب الطعن الثاني جديدة ولم يسبق إثارتها في الطعن الأول وكان ميعاد الطعن مازال مفتوحاً ولو كان قد سبق الفصل في موضوع الطعن الأول، حيث لا يجب أن يحول التمسك بكون الحكم قد أصبح باتاً، دون المحكمة وسحب حكمها الأول تأكيداً على قواعد العدالة وإعلاء شأنها كمحكمة عليا. مُفاد ذلك عدم قبول أن تستتر المحكمة خلف قاعدة احترام الحكم البات لترفض نظر طعن رفع إليها في الميعاد استناداً إلى سبب لم يسبق لها الإدلاء برأيها فيه لا سيما وأن تبعّة الرفض الأول لا يتحمل وزرها إلا قلم كتاب المحكمة الذي لم يضم الطعن الجديد المرفوع في الميعاد إلى الطعن الأول. يقتضي ذلك القول بأن سحب

<sup>١٨٤</sup> Ibid., op. cit, No. 2.



الحكم الصادر في الطعن الأول يعد التزاماً يقع على كاهل المحكمة حتى لا يتحمل الطاعن تبعاً خطأ إداري من المحكمة أو أي من موظفيها.

وجدير بالذكر أن السحب يمكن أن يتم من تلقاء نفس المحكمة أو بناءً على طلب أحد الخصوم أو بناءً على طلب النائب العام بدون تقيد بأي مواعيد إجرائية لأن ما صدر من المحكمة "لم يكتسب حجية الأمر المقضي فيه" <sup>١٨٥</sup>.

على أية حال، فإذا كان التمسك بحرفية النصوص الحالية للقرار بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩م في شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض في المواد الجنائية لم يحل دون المحكمة وسحب الحكم إذا توافر خطأ مادي يبرر ذلك فإنه لا يوجد ثمة ما يحول دون المحكمة وتصحيح خطأ مادي لا يتحمل وزره إلا قلم الكاتب بالمحكمة الذي قبل الطعن الجديد المقدم في الميعاد و أغفلَ ضمه، إهمالاً أو عمداً، إلى الطعن الأول. وليس في اشتراط الدائرة المدنية لقبول نظر الطعن الثاني ألا يكون قد سبق الفصل في الطعن الأول إلا تقييداً منها بإرادتها لسلطانها قد يقال عنه أنه يهدر اعتبارات العدالة وإهداره للمكانة العالية التي تتمتع بها محكمة النقض في الوجدان القانوني الذي يطمئن إلى دفاع النقض عن أحكامها بالقول بـ "عدم إمكان تصور الطعن بسائر طرق الطعن - عادية أو غير عادية - في هذه الأحكام" <sup>١٨٦</sup>، وأن الأخطاء غير المادية - أي التي لا تتعلق بخطأ كتابي أو حسابي بحت - لا يجوز الرجوع فيها إلى ذات المحكمة حيث لم يأذن به الشارع أو ينظمه القانون، ويتأذى في مكنه من ترديد محكمة النقض أن أحكامها باتة

<sup>١٨٥</sup> Vincent et Serge Guinchard, Procédure Civile, <sup>24</sup>1996, Dalloz 1996 no 1559, p. 94 2.

<sup>١٨٦</sup> نقض مَدَنِي ٤ من نوفمبر/تشرين ثان سنة ١٩٦٥م، مجموعة المكتب الفني س١٦، رقم ١٥٤، ص٩٧٣ و٣٠ من يونيو/حزيران سنة ١٩٧٠م، مجموعة المكتب الفني س٢١، رقم ١٧٥، ص١٠٩٢.

قاطعة لا يجوز تعييبها بأي وجه من الوجوه، وهي واجبة الاحترام فيما خلصت إليه أخطاء أم أصابت؟<sup>١٨٧</sup>، وبالتالي، يحظر على محكمة الموضوع - بوصفها محكمة إحالة - التعرض لقضاء محكمة النقض وتعتبر مجرد تعرض محكمة الموضوع لدفاع مبناه تعييب حكم محكمة النقض "خطأ من محكمة الموضوع"<sup>١٨٨</sup>، ومساساً بمُجبة الشيء المحكوم فيه<sup>١٨٩</sup>.

وإذا كانت الدائرة الجنائية قد تحايلت - تحايلاً مشروعاً يؤيده المنطق والضمير المهني "الحي" - على قاعدة احترام الحكم البات بمُجبة احترام الأرواح والحريات، فإن الدائرة المدنية، والتجارية والأحوال الشخصية، لا يجب أن تكون أقل حماساً منها في هذا الصدد، لا سيما وأن هلاك الأموال - وهي تعد من زينة الحياة الدنيا - قد يترتب عليه الموت أو يلحق بالضحية آثاراً أشد وطأة من الموت وتقييد الحرية ليس أخفها ضرراً إشهار الإعسار أو الإفلاس أو تصفية لأعمال أو انهيار السمعة المالية والائتمانية أو ضياع فرصة في الاستثمار في مجال الأعمال.

ولعل القارئ الفطن يتنبه إلى أن ذهاب محكمة النقض إلى أن حكمها هو أقوى من الحقيقة نفسها فيه مبالغة يستبعد أن يأخذ بها القضاء، فإذا كان الحكم عنواناً للحقيقة، فهذا مفهوم، ولكن القول بأنه أقوى من الحقيقة، ففي هذا القول مبالغة وتهويل لا محل لها في أحكام المحاكم العليا.

<sup>١٨٧</sup> نقض مَدَنِيٌّ ٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٧م، مجموعة المكتب الفني، س٢٨، رقم ٧١ ص٣٥٩.

<sup>١٨٨</sup> نقض مَدَنِيٌّ ٧ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٦٥م مجموعة المكتب الفني، س١٦، رقم ١٨٧، ص١١٩٥.

<sup>١٨٩</sup> نقض مَدَنِيٌّ ٦ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٩٤م، مجموعة المكتب الفني، س٤٥، رقم ٢١، ص٩٦ (سابق الإشارة إليه).

صفوة القول، أنه ليس فيما نقول به ما ينال من هيبة المحاكم العليا وبوجه خاص محكمة النقض، لأن الحق أحق أن يتبع وأن المنطق ليس وحده هو الذي يبرر السحب بل أيضاً العدالة تبرر السحب، فلا منطق أو عدل أو عدالة في حرمان شخص من حقه لذنوب لم يقترفه وخطأ لم ينسب إليه بل كان استيلاء النقض على جملة البشر، ومن بينهم قضاة المحاكم العليا بطبيعة الحال، هو السبب الوحيد لما وقع وهذا الذي انتبهنا إليه أقر به قضاة الدوائر الجنائية بمحكمة النقض، وهو ما يؤيد مطلبنا في أن يلحق بهم قضاة الدوائر المدنية والتجارية والأحوال الشخصية بالمحكمة نفسها<sup>١٩٠</sup>، وأن لا ترى المحكمة الإدارية العليا غضاضة في أن تسلك المسلك نفسه تقديراً للأمانة التي حملها خالق السموات والأرض لعباده لدى استخلافهم في الأرض، وهي أمانة ستهتز بيقين من ازدواجية المعايير داخل المحكمة نفسها ومن تجاهل الحقائق من محكمة أخرى، ولتكن هيبة القضاء وكرامته دائماً في الإقرار بالحق والنزول على حكمه باعتبار أن "الحق" هو اسم من أسماء الله الحسنى للخالق الذي يأبى أن لا يكون القاضي ظله على الأرض قولاً وفعلاً.

وفي تطور تاريخي مهم استجابت محكمة النقض في ٥ من يناير/كانون ثان سنة ٢٠٠٩م في النقض رقم ٣٠٥٦٧ لسنة ٦٨ ق (جنائي)، وقضت بقبول طلب عدول مقدم من المدعي بالحق المدني، والرجوع عن حكمها المؤرخ ١٧ من يناير/كانون ثان لسنة ٢٠٠٥م بعدم قبول الطعن في حكم صدر بالبراءة في جنحة التعدي على علامة تجارية (Hayatt) مملوكة لشركة إدارة فندقية ألمانية الجنسية،

<sup>١٩٠</sup> أنظر في ترديد نفس المعنى: الدكتور محمد سعيد عبد الرحمن، المقال السابق، ص ٣٢٥ حيث يشير إلى "أهمية الفكرة وضرورتها"، ويجعل في الأخذ بها "احتراماً للدستور والقانون، وإعمالاً لقواعد العدالة والمنطق، وعدم تحميل الأفراد أخطاء قضاة محكمة النقض ومعاونوهم"، ولعل الأفضل كان قوله "الطاعنين" لأن لفظة الأفراد لا تشمل الأشخاص الاعتبارية.

من وكالة سياحية، مصرية الجنسية، يسمى (Hayatt Tours of America)، يزعم أنها أسماها على اسم والدته "حياة"، المقيمة برقم ٣٢٨ لسنة ١٩٩٧ م جنح عابدين مستأنف برقم ١٧٩١ لسنة ١٩٨٨ م جنوب القاهرة، حيث كان عدم القبول راجع إلى القول بأن الطاعنة لم تتقدم بتوكيل رسمي عام في القضايا يخول الطعن بالنقض مصدق عليه وعلى ترجمته باللغة العربية من وزارة الخارجية المصرية، حيث تبين أن التوكيل مترجماً مودع بملف الطعن بالفعل. وتعد هذه الحالة أول حادث سحب - في تاريخ محكمة النقض - بناءً على طلب المدعي بالحق المدني في قضية جنائية، حيث قبل الطعن شكلاً ونقض في الموضوع. وفي ثلاث حالات لاحقة قضت محكمة النقض بـ"الرجوع" أو "السحب"، بيانها كالتالي:

الحالة الأولى، في ١٨ من سبتمبر / أيلول سنة ٢٠١٢ م (طعن رقم ١٤٨٦ لسنة ٧١ ق) قضت الدائرة العمالية بـ"الرجوع" حيث تبين لها أن الطعن أقيم في الميعاد باعتبار أن "الرجوع" من حسن "العدالة".

الحالة الثانية، في ٢٨ من فبراير/شباط سنة ٢٠١٦ م (طعن رقم ٩٣٥ لسنة ٧٣ ق) قضت الدائرة المدنية والتجارية، في غرفة مشورة، بـ"الرجوع" عن حكم لها بإحالة دعوى رد رسوم خدمات إلى مجلس الدولة، وأشارت في الأسباب بـ"السحب" - "مراعاة منها لمقتضيات سير العدالة وحتى لا يضار الطاعن بسبب لا دخل لإرادته فيه" حيث تبين أن الاختصاص بدعوى رد رسوم الخدمات يختص بها القضاء العادي.

الحالة الثالثة، في ٢٤ من أكتوبر/ تشرين أول سنة ٢٠٢٠ م (طعن رقم ٢٠٦١٢ لسنة ٨٩ ق) قضت الدائرة المدنية، في غرفة مشورة، بالسحب وأسمته "العدول" و"الرجوع" وأكدت "أن العدالة هي غاية لا تتجزأ ولا يحدها زمان أو

مكان" وانتفاء المبرر للتفرقة بين المسائل الجنائية والمسائل المدنية "تحقيقاً لحسن سير العدالة".

وفيما تقدم الدليل على استجابة محكمة النقض لما تقدم بيانه من أسباب، وهو أمر محمود يؤكد العلاقة الوطيدة بين الفقه والقضاء بهدف معلن وهو النزول على إعتبارات العدالة.

وكان للقضاء الأردني قصب السبق عربياً في مجال "سحب" الأحكام المدنية، فقضت محكمة التمييز الأردنية في القضية رقم ٥٢٢ لسنة ٢٠٢٢ في ٣١ من أكتوبر/ تشرين أول سنة ٢٠٢٢م بسحب قرارها رقم ١٤١ لسنة ٢٠٢٢ الصادر في ١١ من أبريل / نيسان سنة ٢٠٢٢، بتعيين محكمة محل محكمة باعتبارها "المختصة نوعياً" بالقضية العمالية<sup>١٩١</sup>، حيث أكدت ما يلي:

١ - سكت المشرع عن اعطاء الحكم في مسألة سحب احد القرارات القضائية لكون أن الأصل انه لا نقض في النقض، وبالتالي فلا يمكن الطعن بأحكام محكمة التمييز بأي طريق لما في ذلك من مساس بحجية احكام محكمة التمييز، وبالرغم من ذلك فيمكن تصور حالات تتضمن تطبيقاً قريباً لمبدأ سحب الحكم القضائي كاعادة النظر بقرار محكمة التمييز وبطلان الحكم في حال توافر احدى حالات عدم صلاحية القضاة وصدور حكم في حالة اعتراض الغير، وصدور حكم في اعادة المحاكمة.

٢ - يتجه الفقه الى الأخذ بفكرة سحب الأحكام الصادرة من محكمة التمييز أو الأحكام الباتة الصادرة من محكمة الاستئناف والتي لا يجوز الطعن بها بالتمييز ضمن ضوابط وشروط؛ لأنه لا يتصور الإبقاء على أخطاء غير مادية تقع في أحكام

<sup>١٩١</sup> وقد أشارت المحكمة في متن الحكم إلى بحثنا المائل كمرجع لها فيما قضت به.

هذه المحكمة؛ حتى ولو كانت القوانين قد سكتت عن تنظيم هذه المسألة؛ كما وأن سحب الأحكام ضرورة عملية تعبر عن احترام الحقيقة.

٣- تتمثل ضوابط سحب الحكم القضائي فيما يلي:

(١) أن يكون الخطأ إجرائياً: فالخطأ الإجرائي هو الذي يبرر للمحكمة سحب قرارها، والذي يقع بسبب مخالفة المحكمة لإجراءات وأصول التقاضي، ويخرج عن نطاق هذا الخطأ، الخطأ في فهم القانون أو الواقع المطروح على المحكمة أو الخطأ الذهني الذي ينتج عن التحليل القانوني، فهذه الأخطاء لا تصلح سبباً لسحب الحكم المشوب بها.

(٢) أن لا يكون الخطأ الإجرائي صادراً عن الخصوم، وإنما يشترط أن يكون هذا الخطأ منسوباً للمحكمة.

(٣) أن يؤثر الخطأ الإجرائي تأثيراً جوهرياً في حل النزاع، يشترط أن يؤثر الخطأ الإجرائي على الحل القانوني الذي تبنته المحكمة للنزاع المطروح أمامها، ويتوافر هذا الشرط عندما يؤثر هذا الخطأ على حسن سير إجراءات الخصومة.

(٤) تتمثل وسائل سحب الحكم القضائي بالآتي:

١. طلب يتقدم به الخصم صاحب المصلحة الى المحكمة التي أصدرته، يطلب بموجبه سحب هذا الحكم.

٢. لمحكمة التمييز ومن تلقاء نفسها أن تسحب حكمها المنطوي على خطأ إجرائي.

وعلى صعيد التشريعات العربية:

صدر قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة المعدل بمرسوم بقانون إتحادي رقم (١٥) لسنة ٢٠٢٢م مقنناً لفكرة سحب المحكمة العليا لأحكامها ( مادة ١٩٠ ) حيث نص صراحة على ما يلي:

مع عدم الإخلال بالبند (١) من المادة (١٥٨) واستثناء من حكم المادة (١٨٩) من هذا القانون، يجوز للمحكمة الرجوع عن القرار الصادر منها في غرفة المشورة أو عن حكمها البات من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب من الصادر ضده القرار أو الحكم، في أى من الأحوال الآتية:

أ - إذا شاب القرار أو الحكم خطأ إجرائي وقع من المحكمة أو أجهزتها المعاونة أثر في النتيجة التي انتهت إليه قرارها أو حكمها.

ب - إذا كان القرار أو الحكم مُستنداً على قانون ملغى وكان من شأن تطبيق القانون الصحيح تغيير وجه الرأى في الدعوى.

ج - إذا صدر القرار أو الحكم مخالفاً لأى من المبادئ القضائية التي قررتها الهيئة أو الدوائر مجتمعة بالمحكمة حسب الأحوال. وذلك بدون العرض عليها أو صدر مخالفاً للمبادئ التي استقرت عليها المحكمة أو التي أصدرتها هيئة توحيد المبادئ بين السلطات القضائية الاتحادية والمحلية.

يقدم طلب الرجوع من الصادر ضده القرار أو الحكم إلى مكتب إدارة الدعوى بالمحكمة الاتحادية العليا أو محكمة النقض أو محكمة التمييز حسب الأحوال. موقعاً من محام مقبول للمرافعة أمامها مصحوباً بتأمين مقداره (٢٠٠٠٠٠) عشرين ألف درهم. وإذا كان الرجوع من تلقاء نفس المحكمة يُحيله رئيسها مصحوباً بتقرير من المكتب الفني إلى الهيئة المنصوص عليها في البند (٣) من هذه المادة.

ينظر طلب الرجوع أو قرار الإحالة به المنصوص عليه في البند (٢) من هذه المادة أمام هيئة مشكلة من (٥) خمسة قضاة بالمحكمة من غير من شاركوا في إصدار القرار أو الحكم. وتصدر الهيئة منعقدة في غرفة المشورة قراراً مسبباً بأغلبية (٤) أربعة قضاة في طلب الرجوع. ويصادر مبلغ التأمين عند رفض الطلب وفي

حالة قبول الطلب يُحال إلى دائرة أخرى لنظر الطعن من جديد والفصل فيه مع رد مبلغ التأمين إلى الطالب.

وفي دولة قطر، فهناك مشروع قانون جديد بتعديل مادة (٣١٦ مكرراً) في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٩٠م وقانون الإجراءات الجنائية رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٤م، وتقن نفس المبدأ، حيث جاء نصها كالتالي:

١. إذا شاب القرار أو الحكم خطأ إجرائي وقع من المحكمة أو أجهزتها المعاونة، النتيجة التي انتهى إليها قرارها أو حكمها.

٢. إذا كان القرار أو الحكم مستنداً على قانون ملغي، ويكون من شأن تطبيق الصحيح تغيير وجه الرأي في الدعوى.

إذا صدر القرار أو الحكم مخالفاً لأي من المبادئ القضائية التي قررتها الهيئة لمحكمة التمييز وذلك بدون العرض عليها، أو صدر مخالفاً للمبادئ التي عليها المحكمة.

وينظر طلب الرجوع أمام هيئة مشكلة من أقدم خمسة قضاة بمحكمة التمييز من، شاركوا في إصدار القرار أو الحكم، وتصدر الهيئة منعقدة في غرفة المشورة قرارها بأغلبية أربعة قضاة في طلب الرجوع.

ويكون تقديم طلب الرجوع من الصادر ضده القرار أو الحكم إلى رئيس محكمة التمييز، موقِعاً من محام مقبول للمرافعة أمامها، ومصحوباً بتأمين مقداره (٢٠,٠٠٠) عشر ريال، وإذا كان الرجوع من المحكمة يحال الموضوع من رئيسها مصحوباً بتقرير موجز من الهيئة المنصوص عليها في الفقرة السابقة.

ويصادر مبلغ التأمين عند رفض الطلب، وفي حالة قبول الطلب تحيله الهيئة إلى دائرة أخرى لنظر موضوع الطعن من جديد.



وما زال الأمل قائماً في تنامي تبني محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه المحمود، القضائي والتشريعي لأن ما ننادي به تمليه البداهة ويرتضيه المنطق السليم بما يبعث الثقة في يقظة سدنة القانون ومُجابه لدعم فكرة العدالة الناجزة المُستندة إلى صحيح القانون.

### Bibliographie

- [Taq-nīn al-murāfa'āt fī-ḍaw' al-qaḍā' wa-l-fiqh] 1, Kairo: Dār at-Ṭibā'a al-Ḥadīṭa li-ṭ-Ṭibā'a wa-n-Našr wa-t-Tawzī'.
- 'Abd al-'Azīz, Muḥammad Kamāl (1995): دراسة - الرجوع عن الأحكام الباتة - [ar-Ruḡū' an al-'ahkām al-bāṭta - Dirāsa muqārana fī Faransa wa-Miṣr wa-Lubnān], Alexandria: Mağallat al-Ḥuqūq li-l- Buhūt al-Qānūniya wa-l-Iqtisādīya.
- Barrère, Jean (1981): La retraction du juge civil, in: *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, hrsg. von der Université des Sciences Sociales, Toulouse, S. 1-28.
- Carel, Jean (1973): Au sujet des erreurs en omissions matérielles affectant une décision judiciaire, in: *Gazette du Palais* 1973, S. 241.
- ad-Dār al-'Arabīya li-l-Mawsū'āt, al-Qāhira (ed.) (1994-1995): الموسوعة الإدارية [al-Mawsū'a al-idāriya al-ḥadīṭa: mabādī' al-maḥkama al-idāriya al-'ulyā wa-fatāwā al-ḡam'iya al-'umūmiya li-mağlis ad-dawla] 33 (1985-1993).
- ad-Dahbi, Edward Ḡālī (1990): الإجراءات الجنائية في التشريع المصري [al-Iğrā'āt al-ḡinā'iya fī t-taširī' al-miṣrī], Kairo; Maktabat Ḡarīb.
- Fahmī, Hāmid (1937): النقص في المواد المدنية والتجارية [an-Naqḍ fī-l-mawād al-madanīya wa-t-tiğāriya], Kairo: Maṭba'at Lağnat at-Ta'alīf wa-t-Taṛğama wa-n-Našr.
- Faye, Ernest (1903): *La cour de cassation: traité de ses attributions*, Paris: Librairie Maresco Ainé.
- Hults, Eric de (1899): *Du pourvoi en cassation et de la révision en droit pénal égyptien*, Kairo: F. Diemer.
- Ḥusnī, Maḥmūd Nağīb (1988): قانون الإجراءات الجنائية [Qānūn al-iğrā'āt al-ḡinā'iya], Beirut: Dār an-Nahḍa al-'Arabīya.
- Kīra, Muṣṭafā (1992): النقص المدني [an-Naqḍ al-madanī], Kairo: Dār an-Nahḍa al-'Arabīya li-n-Našr wa-t-Tawzī'.
- Luṭfī, Muḥammad Ḥusām Maḥmūd (2004): سحب أحكام محكمة النقض: دراسة تحليلية [Sahb aḥkām maḥkamat an-naqḍ: Dirāsa taḥ-]

- līliya li-aḥkām al-qaḍa' al-miṣrī wa-l-faransī], in: *Mağallat al-qaḍa' al-faṣṣliya* 26 (2004), S. 51-71.
- Perdriau, André (1994): Les rabats d'arrêts de la Cour de cassation, in: *Juris-Classeur Périodique*.
- Perrot, Roger (1981): L'arrêt d'appel: Exposé Introductif, in: *Gazette du Palais*.
- Stefani, Gaston/Levasseur, Georges (1964): *Droit pénal général et procédure pénale: Tome II Procédure Pénale*, Paris: Dalloz.
- Stefani, Gaston/Levasseur, Georges/Boulac, Bernard (<sup>14</sup>1990): *Procédure pénale*, Paris: Dalloz.
- Surūr, Aḥmad Faṭḥī (2002): النقص الجنائي [an-Naqḍ al-ġināī], in: *Ṭab'āt nādī al-quḍāt*.
- Toubia, Pierre Emile (2010): دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي [dirāsa muqārana ma'a al-qānūn al-faransī], Tripolis: al-Mu'assasa al-Ḥadīṭa.
- Umar, Nabīl Ismā'īl (1980): النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية [an-Nazarīya al-āmma li-t-ṭa'n bi-n-naqḍ fī-l-mawād al-madanīya wa-t-tiġārīya], Alexandria: Manṣa'at al-Ma'ārif.
- Vincent, Jean/Guinchard, Serge (<sup>24</sup>1996): *Procédure Civile*, Paris: Dalloz.
- Wali, Faṭḥī Ismā'īl (1986): الوسيط في قانون القضاء المدني: قانون المرافعات المدنية والتجارية وأهم التشريعات المكملة له [al-Wasīṭ fī qānūn al-qaḍā' al-madanī: qānūn al-murāfa'āt al-madanīya wa-t-tiġārīya wa-ahamm at-tašrī'āt al-mukammila lah], Beirut: Dār an-Nahḍa al-'Arabīya.



# Das Statut der nachträglichen Genehmigung: Zum IPR der Vertretung ohne Vertretungsmacht

*Thomas Pfeiffer*

## *A. Einleitung<sup>1</sup>*

In der deutschen wissenschaftlichen Landschaft des IPR und der Rechtsvergleichung kommt dem Jubilar aufgrund seiner profunden Kenntnisse und seines umfassenden Wissens über das Recht der arabischen und islamischen Welt eine Sonderstellung zu. Diese kommt in Publikationen wie auch durch eine umfangreiche Gutachtenspraxis am Heidelberger Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht zum Ausdruck, die auch deshalb bemerkenswert ist, weil sie in erheblichem Umfang Fragen der kollisionsrechtlichen Ermittlung des anwendbaren Rechts einschließt. So hofft der Verfasser, dass der nachstehende kleine Beitrag zu einer praktisch höchst bedeutsamen Frage des IPR auch das Interesse des Jubilars findet.

## *B. Stellvertretung als Teilfrage*

Nach deutschem IPR sind Fragen der Vertretungsmacht bei der Beurteilung der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts als Teilfrage einzuordnen und damit grundsätzlich gesondert anzuknüpfen. Das kommt heute – außer durch Art. 1 Abs. 2 lit. g Rom I-VO – auch durch die ausdrückliche Vorschrift des Art. 8 EGBGB zum Ausdruck, der nach seinem Abs. 1 namentlich eine gesonderte Rechtswahl für die Erteilung einer Bevollmächtigung erlaubt. Allerdings gilt Art. 8 EGBGB lediglich für Fälle, in denen die Vertretererklärung seit dem Inkrafttretenszeitpunkt dieser Vorschrift (17. Juni 2017) abgegeben wurde. Im Übrigen ist altes Recht, also in Rechtsprechung und Schrifttum entwickelte Grundsätze, anzuwenden.<sup>2</sup>

## *C. Streitig: Das Statut der nachträglichen Genehmigung*

Von der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung ist eine nachträgliche Genehmigung zu unterscheiden. Die Frage, nach welchem Recht es sich bestimmt, ob ein durch einen vollmachtlosen Vertreter abgeschlossenes Rechtsgeschäft nachträglich genehmigt werden kann, und welches Recht über die Voraussetzungen der Genehmigung bestimmt, war und ist im deutschen IPR umstritten; insbesondere

---

<sup>1</sup> Der Beitrag wurde zwar durch ein Rechtsgutachten inspiriert, in dem es allerdings auf die Klärung der hier aufgeworfenen Rechtsfrage nicht ankam, so dass diese offenblieb.

<sup>2</sup> Statt aller: Thorn, Art. 8 EGBGB, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 81. Aufl., Rz. 1.

ist auch die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht einheitlich und gradlinig in ihrer Entwicklung. So hat der BGH zum Teil den Standpunkt zugrunde gelegt, die Zulässigkeit einer Genehmigung und ihre Voraussetzungen ergäben sich aus dem Geschäftsstatut, also dem auf das Vertretergeschäft anwendbaren Recht.<sup>3</sup> In seiner Entscheidung vom 8. Oktober 1991 vertrat er zwar denselben Standpunkt (Maßgeblichkeit des Geschäftsstatuts), nahm aber dabei insofern eine Einschränkung vor, als er die Frage, welche Personen eine Genehmigung erteilen müssen, nach dem auf die Vertretungsmacht anwendbaren Recht beurteilte.<sup>4</sup> Demgegenüber wandte der BGH in seiner Entscheidung vom 24. November 1989 bei Handeln eines vollmachtlosen Vertreters auf die Frage, ob eine Genehmigung des Vertretenen wirksam erteilt wurde, nicht das Geschäftsstatut, sondern das Vollmachtstatut an.<sup>5</sup>

#### *D. Zulässigkeit einer Rechtswahl*

Eine erste Konstellation lässt sich vorweg erörtern, nämlich der Fall einer Rechtswahl. In den durch den BGH entschiedenen Fällen spielte eine Rechtswahl keine Rolle. Der Charme einer Rechtswahl im Hinblick auf das Statut der Genehmigungserklärung liegt, wie zu zeigen sein wird, darin, dass jene typischerweise wirksam getroffen werden kann, gleichviel ob man vom Geschäftsstatut oder vom Statut der Vollmachterteilung ausgeht.

Im Hinblick auf das Bevollmächtigungsstatut sieht heute Art. 8 EGBGB für eine Rechtswahl zwei Varianten vor, nämlich eine einseitige (unilaterale) Rechtswahl durch den Prinzipal oder eine dreiseitige (trilaterale) Rechtswahl durch den Prinzipal, den Vertreter und den dritten Geschäftspartner. Eine einseitige Rechtswahl durch den Prinzipal wird jedenfalls durch Art. 8 Abs. 1 S. 1 EGBGB nur unter der Voraussetzung als möglich angesehen, dass diese vor der Ausübung der Vollmacht erfolgt und dem Vertragspartner bekannt ist. Für eine dreiseitige Rechtswahl durch den Prinzipal, den Vertreter und den Geschäftspartner enthält das Gesetz keine solche zeitliche Schranke. Sie kommt daher auch noch nachträglich in Betracht.

Als zulässig wird bei alledem insbesondere auch ein Statutenwechsel angesehen; d. h., dass jedenfalls in den Fällen einer dreiseitigen Abrede auch eine spätere

<sup>3</sup> BGH, 22. Juni 1965, BeckRS 1965, 31175794; BGH, 17. November 1994, BGHZ 128, 41–53, juris Rn. 32, ebenso Mankowski, Art. 8 EGBGB, in: *beck-online Großkommentar*, Rz. 295; Thorn, Art. 8 EGBGB, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 81. Aufl., Rz. 6.

<sup>4</sup> BGH, 8. Oktober 1991, NJW 1992, S. 618 f.

<sup>5</sup> BGH, 24. November 1989, NJW-RR 1990, S. 248–250 (250); zustimmend etwa Mäsch, Art. 8 EGBGB, in: *BeckOK BGB*, Rz. 26, u. a. mit Berufung auf die Geltung dieser Lösung auch im schweizerischen IPR; Magnus, Art. 8 EGBGB, in: *Staudinger*, Neubearbeitung 2019, Rz. 158; ähnlich Soergel/Lüderlitz, Anh Art. 10 EGBGB, Rz. 103, der die Durchführung der Genehmigung dem Vollmachtstatut und nur die Zulässigkeit der Genehmigung dem Geschäftsstatut entnehmen will.

Rechtswahl das auf Fragen der Vertretungsmacht anwendbare Recht abändern kann.<sup>6</sup> Letzteres ist gerade für die hier in Frage stehende nachträgliche Genehmigung von Bedeutung, da diese *per definitionem* auf eine bereits maßgebende Anknüpfung treffen muss. Zudem war die Möglichkeit einer Rechtswahl für eine Vollmachterteilung zumindest im Schrifttum bereits vor dem Inkrafttreten des Art. 8 EGBGB weithin anerkannt.<sup>7</sup> Insbesondere hinsichtlich der Rechtswahlmöglichkeiten wird Art. 8 EGBGB daher als »Kodifikation und Feinjustierung« von bereits zuvor anerkannten Grundsätzen eingeordnet.<sup>8</sup> Damit kann geschlossen werden, dass eine nachträgliche trilaterale Rechtswahl auch zulässig war, wenn sie schon vor Inkrafttreten diese Vorschrift erfolgt war.

Will man also von der Geltung des Vollmachtstatuts für die nachträgliche Rechtswahl ausgehen, so gilt: Eine nachträgliche trilaterale Rechtswahl durch Vereinbarung zwischen Prinzipal, Vertreter und Geschäftspartner ist möglich. Dabei gilt das Prinzip, dass sich das Vorliegen und die Wirksamkeit einer Rechtswahl nach dem gewählten Recht bestimmen.<sup>9</sup> Praktisch bedeutsam ist ferner, dass die Beteiligten ihre jeweiligen Rechtswahlerklärungen weder gleichzeitig noch gemeinsam in demselben Dokument abzugeben brauchen.<sup>10</sup>

Eine nachträgliche Genehmigung kann danach also beispielsweise dadurch zustande kommen, dass Prinzipal und vollmachtloser Vertreter ihre Rechtsbeziehung durch eine Vereinbarung bereinigen, die auch die Genehmigung des vollmachtlos abgeschlossenen Rechtsgeschäfts umfasst. Enthält diese Vereinbarung eine Rechtswahl, erfasst diese auch die in dem Geschäft enthaltene Genehmigung. Es bedarf dann zwar noch des Beitritts des Geschäftspartners zur nachträglichen Rechtswahl. Diese kann aber schon dadurch zustande kommen, dass sich der Geschäftspartner in Kenntnis der maßgeblichen Umstände auf die Wirkungen der Genehmigung beruft und sich damit die Wirkungen der Rechtswahl, also auch diese selbst zu eigen macht.

Im wichtigsten Fall, nämlich dem Abschluss eines schuldrechtlichen Vertrags, ergibt sich die grundsätzliche Möglichkeit einer Rechtswahl – bei unterstellter grundsätzlicher Maßgeblichkeit des Geschäftsstatuts – aus Art. 3 Rom I-VO. Entscheidend ist nun, dass Art. 3 Rom I-VO erstens eine nachträgliche Rechtswahl gestattet<sup>11</sup> und zweitens – bei Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen – auch eine Teilrechtswahl nicht ausschließt. Eine Teilrechtswahl ist namentlich

<sup>6</sup> Magnus, Art. 8 EGBGB, in: *Staudinger*, Neubearbeitung 2019, Rz. 71; Mankowski, Art. 8 EGBGB, in: *beck-online Großkommentar*, Rz. 77 f.; *MüKo BGB/Spellenberg*, Art. 8 EGBGB, Rz. 98.

<sup>7</sup> Hausmann, in: *Internationales Vertragsrecht*, 8. Aufl., Rn. 7.376; Rademacher, Art. 8 EGBGB, in: *Bürgerliches Gesetzbuch* (Nomos Kommentar 1), 4. Aufl., Rz. 2.

<sup>8</sup> Rademacher, Art. 8 EGBGB, in: *Bürgerliches Gesetzbuch* (Nomos Kommentar 1), 4. Aufl., Rz. 2; ferner Magnus, Art. 8 EGBGB, in: *Staudinger BGB-Kommentar*, Rz. 69: Kodifikation der zuvor herrschenden Auffassung.

<sup>9</sup> Mankowski, Art. 8 EGBGB, in: *Beck-online Großkommentar*, Rz. 87.

<sup>10</sup> *MüKo BGB/Spellenberg*, Art. 8 EGBGB, Rz. 99.

<sup>11</sup> Pfeiffer: *Handbuch der Handelsgeschäfte*, § 21, Rz. 37.

dann zulässig, wenn sie einen abgrenzbaren Teil des Rechtsgeschäfts betrifft und insbesondere zu keinem widersprüchlichen Ergebnis führt.<sup>12</sup> Die Parteien können also auch, wenn das Geschäftsstatut maßgebend sein sollte, eine Teilrechtswahl für die nachträgliche Genehmigung vornehmen und brauchen dabei insbesondere eine abweichende Rechtswahl für das genehmigte Hauptgeschäft nicht aufzugeben.

Im Ergebnis lässt sich sagen, dass es aufgrund der Zulässigkeit einer Rechtswahl, wenn eine solche vorliegt, typischerweise auf eine Entscheidung zwischen der Maßgeblichkeit des Geschäftsstatuts einerseits und des Vollmachtsstatuts andererseits nicht ankommen wird.

### *E. Fälle ohne Rechtswahl*

Eine Entscheidung zwischen der Anwendbarkeit des Vollmachts- und des Geschäftsstatuts ist demgegenüber – außerhalb der Fälle zufälliger Übereinstimmung beider Statuten – geboten, wenn die Parteien keine Rechtswahl getroffen haben.

Das bereits referierte Fallmaterial lässt dabei erkennen, dass die Ursache für die Uneinigkeit über die maßgebende Anknüpfung darauf beruht, dass es um zwei verschiedene Probleme geht. Einerseits weist die nachträgliche Genehmigung Parallelen zur ursprünglichen Vollmachterteilung auf. Vielfach wird es auch von Zufälligkeiten abhängen, ob eine vorhergehende Einwilligung oder nachträgliche Genehmigung eingeholt werden. Von derartigen Zufälligkeiten sollte die Bestimmung des anwendbaren Rechts aber nicht abhängen. Zudem ist es ein verbreiteter Grundsatz des IPR, dass das Statut eines Rechtsgeschäfts auch über die Folgen seiner Nichtigkeit herrscht, weil die Unwirksamkeitsfolgen zu den Unwirksamkeitsgründen passen müssen (und umgekehrt), so dass eine Anwendung unterschiedlicher Rechte in der Regel nicht sinnvoll ist. All dies streitet für die Maßgeblichkeit des Statuts der Stellvertretung.

Andererseits hat die Möglichkeit zur nachträglichen Genehmigung bei vollmachtloser Vertretung aber eine spezifische Wirkung auf das Rechtsgeschäft, indem sie dieses in einen Zustand schwebender Wirksamkeit oder Unwirksamkeit versetzt. Die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit (oder das Zwischenstadium eines Schwebezustands) sind wiederum Folgen, die das Rechtsgeschäft als Ganzes berühren und gestalten, was für die Anwendung des Geschäftsstatuts spricht.<sup>13</sup>

In der Gesamtschau deutet dieser Befund auf die Richtigkeit einer differenzierenden Lösung hin: Die Feststellung, dass das Zwischenstadium des Schwebezustands das Rechtsgeschäft und seine möglichen ›Zustände‹ als Ganzes erfasst, trifft zu, ist aber von begrenzter Tragkraft. Sie berührt nur die Frage, ob

<sup>12</sup> Ebd., § 21, Rz. 66.

<sup>13</sup> Hier liegt der berechtigte Kern der zuvor in Fußnote 3 zitierten Nachweise.

ein Rechtsgeschäft den Eintritt eines Schwebezustands und die damit verbundene Ungewissheit überhaupt verträgt. Diese Beurteilung bestimmt aber nicht notwendigerweise den Mechanismus, der zum Eintritt und gegebenenfalls zur Beseitigung dieses Schwebezustands führt. Für diese Frage bleibt es vielmehr aus wertungssystematischen Gründen bei der Geltung des Statuts der Stellvertretung. Gestattet das Geschäftsstatut einen Schwebezustand, dann entscheidet über dessen Eintritt und Beendigung samt den hierfür maßgeblichen Voraussetzungen das Statut der Stellvertretung.

## F. Ergebnis

Diese Einschätzung wird man auch auf den oben (unter D.) erörterten Fall einer Rechtswahl rückbeziehen können und müssen. Auch für diese gilt im dargelegten Rahmen das Statut der Stellvertretung. Insgesamt ergibt sich also folgende differenzierende Lösung: Wurde ein Geschäft von einem vollmachtlosen Vertreter vorgenommen, entscheidet das Geschäftsstatut, ob das Geschäft den Eintritt eines Schwebezustands (einschließlich einer nachträglichen Heilung oder Bestätigung) gestattet. Ist dies der Fall, entscheidet das Stellvertretungsstatut über dessen Eintritt und Beendigung samt den hierfür maßgeblichen Voraussetzungen.

## Bibliographie

- Hausmann, Rainer (<sup>8</sup>2015), Rn. 7.376, in: *Internationales Vertragsrecht*, hrsg. von Christoph Reithmann und Dieter Martiny, Köln: Dr. Otto Schmidt.
- Lüderitz, Alexander (<sup>12</sup>1996): Anh Art. 10 EGBGB, in: *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen* (Soergel); Bd. 1, Stuttgart: Kohlhammer 1996 [zitiert: Soergel/Lüderlitz]
- Magnus, Ulrich (2019): Art. 8 EGBGB, in: *Staudinger BGB – Buch 1: Allgemeiner Teil: BGB: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin: Sellier/de Gruyter.
- Mankowski, Peter (2019), Art. 8 EGBGB, in: *beck-online Großkommentar* (Stand: 1.10.2019).
- Mäsch, Gerald (<sup>59</sup>2021): Art. 8 EGBGB, in: *BeckOK BGB*, 2021, München: Beck.
- Pfeiffer, Thomas [Hrsg.] (1999): *Handbuch der Handelsgeschäfte*, Köln: RWS Vlg. Kommunikationsforum.
- Rademacher, Timo (<sup>4</sup>2021): Art. 8 EGBGB, in: *Bürgerliches Gesetzbuch: Allgemeiner Teil | EGBGBG* (Nomos Kommentar 1), hrsg. von Thomas Heidel, Rainer Hüstege, Heinz-Peter Mansel und Ulrich Noack, Baden-Baden: Nomos.
- Reithmann, Christoph/Martiny, Dieter (Hgg.) (<sup>8</sup>2015): *Internationales Vertragsrecht*, Köln: Dr. Otto Schmidt.



Spellenberg, Ulrich (<sup>8</sup>2020): Art 8 BGB, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, hrsg. von Sacke, Franz Jürgen u. a., München: C. H. Beck. [zitiert: MüKo BGB/Spellenberg].

Thorn, Karsten (<sup>81</sup>2022): Art. 8 EGBGB, in: *Bürgerliches Gesetzbuch*, hrsg. von Christian Grüneberg, München: Beck.

# Klassisches islamisches Recht / Gewohnheitsrechte



# Kodifikation des Rechts und Normenpluralismus in der islamischen Welt – das Beispiel Afghanistan

Mathias Rohe

## *A. Kodifikation in der islamischen Welt: Hintergründe und Folgen*

Je mehr Menschen eng zusammenleben und arbeitsteilig wirtschaften, desto mehr wird es nötig, Regeln zu etablieren und durchzusetzen, die ein friedliches Zusammenleben ermöglichen. Es dauerte bis zur Zeit um 1800, bis eine Milliarde Menschen zugleich auf der Erde lebten. Um 1930 wurde die zweite Milliarde erreicht, in den 1960er Jahren die dritte, und 2022 dürften acht Milliarden Menschen die Erde bevölkern. Die industrielle Durchdringung, immenser technologischer Fortschritt und in ihrem Umfang zuvor unbekannte weltweite Mobilität erforderten auch neue Regelungsstrukturen. Weltweit ist auch deshalb seit dem 19. Jahrhundert ein Quantensprung in Verbreitung und Dichte gesetzlicher Regelungen in den sich herausbildenden »Nationalstaaten«<sup>1</sup> zu verzeichnen. Mit regional zeitlicher Verzögerung gilt dies auch für die Weltregionen mit überwiegend muslimischer Bevölkerung. Staatliche Gesetzgebung intendierte und bewirkte hierbei Effekte der Zentralisierung von Macht, einschließlich der Etablierung staatlicher Rechtsnormenordnungen und Institutionen, und eine Eingrenzung normativer Vielfalt und Ambiguität<sup>2</sup> durch verbindliche legislative Festlegungen.

Allerdings traf und trifft das in der islamisch geprägten Welt weithin übernommene Konzept der Gesetzgebung europäischer Nationalstaaten des 19. und 20. Jahrhunderts zumindest in erheblichen Teilen auf Rahmenbedingungen, die eine effiziente und hinreichend breit akzeptierte Umsetzung im Alltag deutlich erschwerten und noch erschweren. Das ist insbesondere in Staaten mit künstlich gezogenen Grenzen, schwachen Zentralinstanzen und starker tribaler Struktur der Fall. Afghanistan steht hierfür als prägnantes Beispiel.

---

<sup>1</sup> Der Begriff ist schon für Europa nicht unproblematisch und passt oft kaum zu den in künstlichen, in Zeiten des Kolonialismus gewaltsam gezogenen Grenzen, ist aber weithin etabliert.

<sup>2</sup> Vgl. nur das einschlägige Grundlagenwerk von Bauer: *Kultur der Ambiguität*.

## *B. Kodifikation in Afghanistan und Normenpluralismus<sup>3</sup>*

### *I. Überblick über den Kodifikationsprozess*

Auch in Afghanistan setzte im 20. Jahrhundert ein umfangreicher Kodifikationsprozess im Zuge der heftig umstrittenen Modernisierungspolitik von Emir/König Amānu'llāh Hān (reg. 1919–1929) ein. Legislatorsch grundlegend waren seither die Verfassungen von 1923, 1931, 1964, 1978, 1980, 1987/1990, 1992 (Entwurf) und 2004; die Fülle von Veränderungen spiegelt die wechselvolle Geschichte des Landes wider.<sup>4</sup> Hier ist nicht der Raum für eine ausführliche Würdigung der Veränderungen.

Für die Frage des Normenpluralismus sind zwei Aspekte wesentlich: Zum einen wird die Frage relevant, inwieweit der im Land wie in der gesamten islamisch geprägten Welt im 20. Jahrhundert etablierte Konstitutionalismus überhaupt auf (auch islamisch begründete) Akzeptanz stößt bzw. mit (auch islamisch begründeten) Vorstellungen verworfen wird,<sup>5</sup> und konkret die normative Festlegung eines Normenpluralismus, wie er in den verschiedenen Verfassungen vorzufinden ist. Die erste Frage betrifft in unserem Zusammenhang die Durchsetzung staatlicher Normen in Konkurrenz zu traditionell-islamisch geprägten oder gewohnheitsrechtlichen normativen Systemen.

### *II. Der Geltungsbereich islamischen/islamisch inspirierten Rechts*

#### *1. Die Rechtslage*

Der jeweils unterschiedlich geregelte verfassungsinterne Normenpluralismus ist Ausdruck der jeweiligen (rechts-)politischen Machtverhältnisse zwischen Verfassungsgeber und islamischen Würdenträgern bzw. Organisationen. Gewohnheitsrecht scheint hier nicht auf, was seine faktische Wirkungsmacht allerdings nicht schmälert (hierzu unten II.3).<sup>6</sup> Die Festlegung des Islams<sup>7</sup> als Staatsreligion in fast allen<sup>8</sup> Verfassungen und die Benennung der Scharia als norma-

<sup>3</sup> Der Begriff des Normenpluralismus wird hier im Sinne einer Konkurrenz unterschiedlicher Normen in sich identischen oder sich überschneidenden sachlichen Anwendungsbereichen verstanden.

<sup>4</sup> Vgl. hierzu Saboory: Progress of Constitutionalism, S. 5 ff. m. w. N.; umfassend Kamali: *Law in Afghanistan*.

<sup>5</sup> Vgl. Kamali: Constitutionalism, S. 19 ff.

<sup>6</sup> Vgl. Saboory: Progress of Constitutionalism, S. 6 ff. m. w. N.

<sup>7</sup> Zur historischen Entwicklung des Islams in Afghanistan vgl. nur den Sammelband von Green: *Afghanistan's Islam*.

<sup>8</sup> Mit Ausnahme der Verfassung von 1980 unter dem kommunistischen Regime, die insoweit schon mit der neuen Verfassung des Regimes von 1987 obsolet wurde; vgl. Saboory: Progress of Constitutionalism, S. 13 ff.

tive Quelle<sup>9</sup> setzt einen – je nach Auslegung breiten – Rahmen für die weitere Normensetzung.

Von Bedeutung ist hierbei der Umstand, dass der größte Teil der Bevölkerung sich der sunnitisch-ḥanafitischen Schule zugehörig sieht, während die Volksgruppe der Hazara weitgehend zwölferschiitisch (*ğāfaritisch*) orientiert ist. Daneben gibt es zahlenmäßig verschwindend geringe Minderheiten anderer Religionen, denen in Übereinstimmung mit traditionellen islamrechtlichen Vorstellungen grundsätzlicher, aber nicht gleichberechtigter Schutz gewährt wird.<sup>10</sup>

In der Verfassung von 1923 wurde keine der sunnitischen Schulen erwähnt, was zu massiven Auseinandersetzungen führte. So wurde nach dem Scheitern der Herrschaft König Amānu'llāh Ḥāns in Art. 1 der Verfassung von 1931 der ḥanafitischen Schule der Vorrang eingeräumt.<sup>11</sup> Deren Dominanz wurde in den Folgeverfassungen nicht in Frage gestellt. Allerdings legt die Verfassung von 1964 in Art. 69 fest, dass Gesetzesrecht Vorrang vor (traditionellem) ḥanafitischem Recht genießt.<sup>12</sup> Die kurzlebige Verfassung von 1977 öffnete das Rechtssystem für völkerrechtliche Menschenrechtsnormen und sah explizit die Gleichberechtigung der Geschlechter vor.<sup>13</sup>

Unter der ersten Herrschaft der Taliban (1996–2001) wurde Afghanistan als Islamisches Emirat proklamiert, die traditionellen Rechtsvorschriften der Scharia in ḥanafitischer Variante sollten einzige Rechtsquelle sein – ein Akt grundlegender De-Konstitutionalisierung. Im Zuge dessen wurden die seit langem in Afghanistan nicht mehr angewandten Vorschriften zum koranischen Körperstrafrecht (*ḥudūd*)<sup>14</sup> und zum Talionsrecht (*qiṣās*)<sup>15</sup> eingeführt.<sup>16</sup>

Die jüngste Verfassung von 2004<sup>17</sup> weist klassische Formelkompromisse zwischen geschriebenem Recht, traditionell islamischen Rechtsvorstellungen und völkerrechtlichen Menschenrechtsbestimmungen auf.<sup>18</sup> Insbesondere besteht ein Spannungsverhältnis<sup>19</sup> zwischen Art. 3, der festlegt, dass kein Gesetz den Glaubensüberzeugungen und Regelungen des Islam widersprechen darf, und Art. 7, welcher der CEDAW<sup>20</sup> Verfassungsrang verleiht. Die in Afghanistan vor-

<sup>9</sup> Vgl. hierzu Kamali: *Islam and its Shari'a*, S. 23 ff.; Saeed: *Islam*, S. 9 ff. m. w. N.; in breiterer Perspektive Abou El Fadl: *The Centrality of Shari'ah*, S. 35 ff.

<sup>10</sup> Vgl. Rohe: *Das islamische Recht*, S. 153 ff., 257 ff. m. w. N.

<sup>11</sup> Saboor: *Progress of Constitutionalism*, S. 6 ff.

<sup>12</sup> Ebd., S. 10.

<sup>13</sup> Ebd., S. 12.

<sup>14</sup> Vgl. Rohe: *Das islamische Recht*, S. 122 ff., 264 ff. m. w. N.

<sup>15</sup> Vgl. ebd., S. 138 ff. und öfter m. w. N.

<sup>16</sup> Saboor: *Progress of Constitutionalism*, S. 17 f. m. w. N.

<sup>17</sup> Der Text der Verfassung von 2004 ist in Englisch und Dari abgedruckt in Yassari: *The Shari'a*, S. 269 ff.

<sup>18</sup> Vgl. zu den Interferenzen die seinerzeit optimistische Einschätzung von Moschtaghi: *Constitutionalism*, S. 683 ff.

<sup>19</sup> Vgl. hierzu Hasimzai: *The Separation of Powers*, S. 671 ff.

<sup>20</sup> Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women vom 18.12.1979 (Resolution der UN-Generalversammlung Nr. 34/180), in Kraft getreten am 3.9.1981.

herrschenden Interpretationen der Regelungen des Geschlechterverhältnisses verharren noch in weitem Umfang in traditionell patriarchalischen Denkmustern und stehen damit im Gegensatz zum Ansatz der CEDAW.<sup>21</sup>

Art. 130 enthält die bislang präziseste Regelung des Normenverhältnisses: Vorrang genießen die Verfassung und die übrigen (staatlichen) Gesetze. Nur im Falle fehlender Regelungen sollen die Gerichte nach den Prinzipien der ḥanafitischen Schule in den von der Verfassung gesetzten Grenzen entscheiden. Neu ist die erstmalige Aufnahme schiitischer Normen im Personenstandsangelegenheiten in Art. 131 für die schiitischen Bevölkerungsteile neben dem ansonsten weiterhin dominierenden ḥanafitischen Recht.<sup>22</sup>

Bislang (Stand Juli 2022) ist die Verfassung von 2004 noch nicht durch eine Folgeregelung abgelöst wurden. Jedoch haben die Taliban sie kritisiert und ihren Wunsch formuliert, sie durch ein »wahrhaft islamisches System« zu ersetzen.<sup>23</sup> Dem Verfasser liegt ein, soweit ersichtlich, noch unveröffentlichter Entwurf einer neuen Verfassung vor.<sup>24</sup> Wiederum wird Afghanistan zum ›Islamischen Emirats‹ erklärt, der Islam ist Staatsreligion und einzige Quelle von Recht und Politik; die ḥanafitische Schule ist die (einzige) offizielle Rechtsschule. Art. 8 nimmt die Referenz des Art. 7 (2004) auf völkerrechtliche Verpflichtungen auf, stellt sie jedoch unter den Vorbehalt, dass sie nicht islamischen Prinzipien widersprechen dürfen. Der Katalog von Bürgerrechten wird weitgehend fortgeschrieben, aber in vielen Fällen durch einen (sehr vagen und daher sehr interpretationsoffenen) Scharia-Vorbehalt entscheidend relativiert. Die Rolle des Gesetzesrechts in der Normenhierarchie bleibt unklar. Sollte der Entwurf so umgesetzt werden, werden weitreichende Rechtsunsicherheit und Willkür, die faktisch schon bislang das Rechtsleben erschwerten, im Grunde verfassungsmäßig institutionalisiert.

Auch im staatlichen Bildungswesen werden islambezogene Fächer seit der Machtübernahme der Taliban systematisch verstärkt, als ›westlich‹ gebrandmarkte Inhalte entfernt. Hier spiegelt sich die in Südasien seit dem 20. Jahrhundert entbrannte Debatte um die Auswahl von wünschenswerten Bildungsinhalten, wobei sich weite Teile der Deoband-Schule,<sup>25</sup> die über ihren pakistanischen Zweig auch seit langem Einfluss auf das Geschehen in Afghanistan hat, als Bollwerk traditionalistischer Bildungsvorstellungen profilieren. Vielleicht noch wichtiger ist der starke Einfluss des extrem intoleranten und misogynen Wahhabismus saudi-arabischer Prägung.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> Vgl. zu alledem Soleimankehl-Hanke: *Afghanistan zwischen Islam und Gleichberechtigung*.

<sup>22</sup> Ausführlich hierzu Kamali: *Islam and its Shari'a*, S. 23 ff. m. w. N.

<sup>23</sup> Vgl. Lombardi/March: *Afghan Taliban Views*, S. 6 ff.

<sup>24</sup> Volltext nur in Paschto, Kurzzusammenfassung in Englisch. Interessierten wird er nach Anfrage (Mathias.Rohe@fau.de) gern zur Verfügung gestellt.

<sup>25</sup> Vgl. zur traditionalistischen Ausrichtung in Rechts- und Bildungsfragen und Verbindungen: Siddique: *Head of India's Deoband*; Rohe: *Das islamische Recht*, S. 281 f. m. w. N.

<sup>26</sup> Vgl. zu alledem das informative Fernsehgespräch zwischen dem ausgewiesenen Afghanistan-Experten Dr. Idris Nassery und Muska Haqiqat und dem Journalisten Abdul-Ahmad Rashid (ZDF-Forum: *Wieviel Islam steckt im Islam der Taliban?*).

## 2. Anwendungsprobleme

Die praktische Umsetzung islamischen Rechts stößt auf drei Ebenen auf Schwierigkeiten. Erstens steht es in faktischer Konkurrenz zu abweichendem Gewohnheitsrecht (dazu sogleich im Folgenden). Zweitens ist der Ausbildungsstandard der juristischen Praktiker nach mehr als vier Jahrzehnten Krieg und Bürgerkrieg weithin beklagenswert.<sup>27</sup> Der Verfasser weiß von Analphabeten auf Richterposten. Drittens können starker öffentlicher Druck oder eigene sozialpolitische und normative Vorverständnisse zu rein ergebnisorientierten Entscheidungen führen, die nicht mit den (eigentlich) geltenden Rechtsvorschriften in Übereinstimmung zu bringen sind. Ein Meilenstein und eine überaus materialreiche Fundgrube ist in dieser Hinsicht die Dissertation von Lutforahman Saeed,<sup>28</sup> einem herausragenden Experten für Recht und Gesellschaft in Afghanistan. Beispielsweise wurde im Zusammenhang mit der Verurteilung des Journalisten Parwiz Kāmbaksh, dem mit einer bizarren Begründung<sup>29</sup> Apostasie vorgeworfen wurde, eine Fülle einschlägiger materiell- und verfahrensrechtlicher Vorschriften ignoriert.<sup>30</sup> Dasselbe gilt für die Bestrafung für den von Drogensüchtigen in Herat vorbereiteten Verkauf von Hundefleisch, der große öffentliche Empörung hervorrief. Hier wurde das für derartige Akte maximale Maß an Sanktionen massiv überschritten (13 bzw. drei Jahre anstelle von maximal einem Jahr Haftstrafe).<sup>31</sup>

Andererseits ist es bemerkenswert, dass die Taliban nach der erneuten Machtübernahme im August 2021 ein Dekret erlassen haben, das – schon entsprechend traditionellem islamischen Eherecht<sup>32</sup> – für eine wirksame Eheschließung die Zustimmung der Braut verlangt.<sup>33</sup> Wäre dies selbstverständlich, müsste kein solches Dekret erlassen werden. In der Tat scheint Afghanistan aber schon seit langem einer der Staaten mit den meisten Zwangseheschließungen zu sein.

Der Sprecher stellte das Dekret mit den Worten vor, Frauen seien kein Eigentum, sondern ehrenwerte (noble) und freie menschliche Wesen, die an niemanden zur Herstellung von Frieden oder Beendigung von Feindseligkeiten weggegeben werden dürften. Damit wird offenkundig auf die trotz rechtlicher Verbote verbreitete Praxis des *badd* angespielt, bei dem die Zwangsverheiratung von Frauen als Instrument des Schadensersatzes oder der Herstellung besonderer Loyalitäten genutzt wird.<sup>34</sup> Vergleichbar wird in dem Dekret festgelegt, dass Frauen ihren nach islamischem Recht vorgesehenen Anteil am Nachlass ihres

<sup>27</sup> Vgl. Saeed: *Islam*, S. 52.

<sup>28</sup> Saeed: *Islam*. Der Verfasser war Erstbetreuer der Arbeit.

<sup>29</sup> Vgl. Rohe: *Das islamische Recht*, S. 273 f. m. w. N.

<sup>30</sup> Saeed: *Islam*, S. 121 ff. mit zahlreichen Nachweisen; vgl. auch Rohe: *Das islamische Recht*, S. 273 f.

<sup>31</sup> Saeed: *Islam*, S. 167 ff. m. w. N.

<sup>32</sup> Rohe: *Das islamische Recht*, S. 81 ff. m. w. N.

<sup>33</sup> Vgl. den Bericht von Asia Pacific: Taliban decree.

<sup>34</sup> Vgl. Yassari: *Legal Pluralism and Family Law*, S. 50 ff. m. w. N.



Ehemannes erhalten müssen.<sup>35</sup> An alledem zeigt sich, dass selbst traditionelle Rechtsvorschriften der Scharia bei aller Problematik hinsichtlich des Geschlechterverhältnisses<sup>36</sup> im Vergleich zu wirkmächtigem Gewohnheitsrecht zu einer maßgeblichen Besserstellung von Frauen beitragen können, wenn sie denn in der Praxis umgesetzt werden.

### 3. Paschtunwali und andere örtliche/regionale Gewohnheitsrechte

Gewohnheitsrecht (*urf*) wird in der islamrechtlichen Literatur eher am Rande behandelt. Als Faustregel gilt, dass entsprechende Vorschriften rechtsgültig sind, soweit sie nicht im Widerspruch zu Normen des islamischen Rechts stehen.<sup>37</sup> In der Praxis allerdings wird diese Einschränkung häufig nicht beachtet. Der Verfasser hat in Diskussionen mit paschtunischen Juristen und Religionsgelehrten in Afghanistan wahrgenommen, dass insbesondere im Bereich von Frauenrechten offensichtliche Widersprüche zwischen sämtlichen Interpretationsvarianten des islamischen Rechts einerseits und Gewohnheitsrecht andererseits schlicht ignoriert werden. Ein Beteiligter beendete die Diskussion mit der schlichten Bemerkung »Wir sind in Afghanistan.«

Insgesamt ist in Afghanistan eine komplexe Normenverschränkung zu beobachten, wobei konkreten staatlichen Gesetzen im Verhältnis zu islamischem Recht nach traditionellem Verständnis und Gewohnheitsrecht in weiten Teilen des Landes das geringste Gewicht zukommt.<sup>38</sup> Daran zeigt sich, dass der seit fast 100 Jahren legislatorisch eingeführte Konstitutionalismus mit seinen Institutionen weiterhin auf schwachen Beinen steht.

Das lässt sich nicht nur durch fehlende staatliche Rechtsdurchsetzungsmechanismen erklären, sondern nicht zuletzt dadurch, dass den zentralstaatlichen Institutionen verbreitet und weithin zu Recht Misstrauen entgegengebracht wird. Immense Korruption, Nepotismus und Patronagewirtschaft zugunsten der eigenen Ethnie haben dazu geführt, dass staatliche Institutionen oft eher als Gegner denn als Helfer wahrgenommen werden. Eine Vielzahl dokumentierter brutaler Übergriffe auf Zivilisten und eine Fülle ziviler Opfer beim Einsatz ausländischer Truppen in den vergangenen Jahrzehnten<sup>39</sup> haben die Bemühungen um die Etablierung rechtsstaatlicher Verhältnisse zusätzlich diskreditiert und zurückgeworfen. Komplementär zu solchen Verhältnissen haben sich in der Alltagskultur tief verwurzelte Konfliktbeilegungsmechanismen erhalten, die typischerweise streitige Entscheidungen zu vermeiden suchen und stattdessen eine Konsenslösung

<sup>35</sup> Zu vergleichbaren, offenbar erforderlichen ›bestätigenden‹ Akten der Einführung islamischen Rechts z. B. in Libyen u. a. Rohe: *Das islamische Recht*, S. 69 m. w. N.

<sup>36</sup> Vgl. etwa das Grundlagenwerk von Ali, *Gender and Human Rights*, sowie die tiefgründige Arbeit von Fontana, *Universelle Frauenrechte und islamisches Recht*.

<sup>37</sup> Vgl. Rohe: *Das islamische Recht*, S. 68 ff. m. w. N.

<sup>38</sup> Ausführlich hierzu Saeed: *Islam*, S. 23 ff. m. w. N.

<sup>39</sup> Vgl. nur den Bericht von Khan: Hidden Pentagon Records.

anstreben, die einerseits für alle Beteiligten Gesichtswahrend wirkt und die andererseits auf der Grundlage starken sozialen Drucks auch ohne staatliche Vollstreckungsmechanismen durchgesetzt wird. All dies gilt auch für Familienkonflikte.

Charakteristisch für derartige Mechanismen ist die Einschaltung von Vertrauenspersonen. In manchen Fällen sind dies Oberhäupter von Familien, Familienzweigen, Stämmen oder regionalen Einheiten, in anderen Fällen werden je nach Konfliktlage jeweils andere Personen zur Vermittlung gebeten. Die Konfliktbeilegung folgt oft bestimmten sozialen Ritualen. Im Zentrum steht eine Herangehensweise, die primär den beteiligten Kollektivinteressen Rechnung trägt. Familienkonflikte werden zwar einerseits im Verhältnis zu staatlichen Institutionen oft als ›rein privat‹ angesehen; tatsächlich intervenieren auch politisch sehr repressive Staaten meist nur dann in Familienkonflikten, wenn schwere Straftaten im Raum stehen (und auch dann nicht immer, insbesondere wenn einflussreiche Personen beteiligt sind, bzw. aufgrund von Korruption). Andererseits sind sie sozial nur selten ›rein privat‹ in dem Sinne, dass häufig die Reputation der gesamten Familie bzw. des Familienverbandes oder des ganzen Stammes in Rede steht.

Ein prägnantes Beispiel aus Afghanistan, das diese sozio-kulturellen Rahmenbedingungen illustriert, verdankt der Verfasser einem afghanischen Kollegen. In Afghanistan existiert jedenfalls in ländlichen Gegenden meist keine verlässliche staatliche Gerichtsstruktur. Staatliche Gerichte, so überhaupt vorhanden, werden verbreitet als inkompetent und korrupt abgelehnt. In dieser Situation besuchte ein im staatlichen wie im islamischen Recht versierter Jurist seine paschtunische Heimatregion und wurde um die Schlichtung eines Familienstreits gebeten. Hintergrund war die Vereinbarung zwischen zwei Familien, wonach zwei ihrer noch sehr jungen Kinder nach Erreichen des Erwachsenenalters heiraten sollten. Ab dem Abschluss der Vereinbarung machte die Familie des künftigen Ehemannes der Familie der künftigen Ehefrau regelmäßig große Geschenke entsprechend den örtlichen Gewohnheiten.<sup>40</sup> Über die Jahre ergab es sich, dass die junge Frau im Ausland eine Ausbildung absolvieren konnte und den in Afghanistan verbliebenen, ungebildeten jungen Mann nicht heiraten wollte. Ihre Familie unterstützte sie in diesem Anliegen – ein eher seltener Fall –, während die Familie des Bräutigams auf der Eheschließung beharrte.

Neben der finanziellen Komponente (Geschenke im Vorgriff auf die Eheschließung) ging es auch um die Wahrung der jeweiligen Familienreputation und des friedlichen Zusammenlebens in einer Region, in der alle männlichen

<sup>40</sup> Diese beruhen nicht auf islamrechtlichen Normen, sondern werden als Stammes-Gewohnheitsrecht in der Regel über alle anderen Normen gestellt, wie dem Verfasser auch aus eigener Forschung in Afghanistan bekannt. Derartige Schenkungen entsprechen dem gewohnheitsrechtlichen *walwar*, mit dem die Aufwendungen der Brautfamilie für das Aufziehen der Braut ausgeglichen werden sollen (vgl. Kamali: *Law in Afghanistan*, S. 85). Es geht also gerade nicht um die islamrechtliche Brautgabe (*mahr*), welche der Braut selbst zukommt (vgl. Rohe: *Das islamische Recht*, S. 85 ff. und öfter m. w. N.; umfassend Yassari: *Die Brautgabe*).

Familienmitglieder jenseits des Kindesalters bewaffnet sind und im Falle von Familienfehden auch davon Gebrauch machen. Der besuchsweise anwesende Jurist wurde um Vermittlung gebeten.

Zunächst befragte dieser die Vertreter der jeweiligen Familie, nach welchen Rechtsnormen der Sachverhalt beurteilt werden solle – staatlich reguliertes (islamisch geprägtes) Eherecht, traditionelles islamisches Eherecht oder paschtunisches Gewohnheitsrecht. Staatliches Recht wurde rundweg als irrelevant abgelehnt.<sup>41</sup> Die Familie der Braut wünschte die Anwendung traditionellen islamischen Eherechts nach der dort herrschenden ḥanafitischen Schule, welches den eigenständig erklärten Konsens der erwachsenen Braut für die Eheschließung fordert.<sup>42</sup> Die Familie des Bräutigams sprach sich für die Anwendung des örtlichen Gewohnheitsrechts aus, welches der Braut kein Mitspracherecht einräumt. Sodann lud der Vermittler sehr geschickt die Beteiligten zum gemeinsamen (muslimischen) Gebet für eine gütliche Lösung ein, wie sie auch im Islam als wünschenswert angesehen wird; damit war der Weg zum islamischen Recht psychologisch gebahnt. Im Hintergrund führte er parallel Gespräche mit Familienvertretern über die Frage, welche Summe die Familie der Braut zurückzahlen könne bzw. welche Summe die Familie des Bräutigams im Falle eines Scheiterns der Eheanbahnung verlange. Es ergab sich eine Übereinstimmung in Höhe einer hohen fünfstelligen Summe in US-Dollar.

Nach dieser Klärung im Hintergrund konnten ritualisierte Zeremonien stattfinden, innerhalb derer mit Verweis auf die Bedeutung des gemeinsamen islamischen Glaubens der islamrechtskonforme Verzicht auf die Eheschließung bekräftigt und zugleich die gegenseitige Wertschätzung der Familien betont wurde. Die Zahlungen wurden diskret abgewickelt. Damit war der Konflikt befriedet.

Allerdings ist zu beachten, dass gerade bei Streitigkeiten um Eheschließung und -scheidung in vielen Fällen Lösungen herbeigeführt werden, die aufgrund tief verwurzelter patriarchalischer Überzeugungen und Strukturen eklatant zu Lasten der beteiligten Frauen ausfallen.

Die Macht informeller Autorität ohne rechtlichen Status bringt Anas Haqqāni, ein einflussreicher Vertreter der gegenwärtigen Taliban-Machthaber, prägnant zum Ausdruck. Auf die Frage nach seinem Einfluss ohne offizielle Verankerung im Machtapparat antwortete er: »In unserer Kultur gilt Vertrauen mehr als hohe Ämter.«<sup>43</sup>

Streitige Entscheidungen werden nach alledem aus zwei Gründen vermieden: Zum einen mangelt es weithin schon an staatlichen Durchsetzungsmechanismen für derartige Entscheidungen gegenüber der unterlegenen Partei. Zum

<sup>41</sup> In afghanischen Provinzen wird z. B. der afghanische Präsident häufig als »Bürgermeister von Kabul« apostrophiert; vgl. zur Problematik auch Kheshavjee: *Cross Border Child Abduction Mediation*, S. 96 ff., insbes. S. 109 f.

<sup>42</sup> Vgl. nur Rohe: *Das islamische Recht*, S. 84 m. w. N.

<sup>43</sup> Vgl. das *Der SPIEGEL*-Interview von Koelbl: Gespräch mit Anas Haqqani, S. 91.

anderen sollen Folgekonflikte verhindert werden, die wiederum angesichts eines weithin fehlenden staatlichen Gewaltmonopols eskalieren könnten. Stattdessen rekuriert man verbreitet auf eine (mehr oder weniger) konsensuale Konfliktlösung unter Vermittlung durch anerkannte Autoritäten. Die normative Grundlage bieten häufig anerkannte örtliche Gewohnheiten, auch wenn sie mit theoretisch höherrangigen Rechtsquellen kollidieren.

Ein Beispielsfall aus der Provinz Laghman wurde dem Verfasser berichtet. In einem Streit um Grundstücksgrenzen wurden nicht die Regeln des ›eigentlich‹ geltenden hanafitischen Rechts befolgt, das eine Orientierung an den Grenzsteinen fordert. Vielmehr wurde eine übereinstimmend gefundene Lösung gewählt, die den lokalen Usancen entsprach. Damit setzte sich allerdings letztlich die sozial einflussreichere Partei durch. Der grundlegende Unterschied z. B. zu gegenwärtigen europäischen Rechtsordnungen besteht darin, dass dem kollektiv akzeptierten Konsens höheres Gewicht eingeräumt wird als individuellen Rechtspositionen, für die keine hinreichenden Durchsetzungsmechanismen bestehen.

### C. Vorrechtliche Steuerungsfaktoren

Wie überall auf der Welt sind auch in Afghanistan Rechtsnormen und ihre praktische Anwendung in rechtskulturelle Vorverständnisse eingebettet. Solche außerrechtlichen Vorverständnisse werden besonders dort wirkmächtig, wo keine starken institutionellen Mechanismen wirken können, die eine objektivierte Handhabung des Rechts jenseits persönlicher Präferenzen und unbewusster Vorentscheidungen sicherstellen.

#### I. Misogynie

Der Verfasser hat in einer Vielzahl von Interviews und Gesprächen mit afghanischen Juristen und anderen Vertretern aus Wissenschaft und Administration die übereinstimmende Einschätzung vorgefunden, dass in breiten Teilen der afghanischen Bevölkerung ein misogynen Grundverständnis vorherrscht. Das gilt unabhängig von der normativen Orientierung an Stammesrechten wie Paschtunwali<sup>44</sup> bzw. örtlichen Gewohnheitsnormen oder islamisch begründeten geschriebenen und ungeschriebenen Normen. Danach wird die Frau als die zentrale Ursache für Konflikte (*fitna*) gesehen, deren Wirkungsmöglichkeiten deshalb eingedämmt werden müssten. Die erzwungene Vollverhüllung einschließlich des Gesichts mit der Burka oder die Abnahme der Köpfe weiblicher Schaufensterpuppen<sup>45</sup> ist ein Ausdruck solch machtrunkener Hilflosigkeit. Noch schwerer

<sup>44</sup> Hierfür immer noch grundlegend Steul: *Paschtunwali*.

<sup>45</sup> Vgl. hierzu die Kolumne von Samar: Kabul Diary.

wiegen die zahllosen Misshandlungen von Frauen unabhängig von der jeweiligen Staatsmacht. Auch die an Frauen geknüpften ›Familienehre‹ zählt zu diesem Konfliktfeld. Einerseits betrifft dies ihr tatsächliches oder auch nur vermutetes Verhalten; andererseits können Konflikte über die Verletzung der Frauenehre ausgetragen werden.

Ein Beispiel für letzteres ist ein dem Verfasser berichteter Konflikt zwischen verschiedenen Stämmen, in dessen Verlauf zwei reisenden Frauen des einen Stammes öffentlich das Kopftuch heruntergerissen wurde. Es folgten blutige Auseinandersetzungen, die elf Menschenleben kosteten, bis es zur Vermittlung zwischen den Stammesautoritäten kam. Verheerende Folgen für Frauen sind häusliche und sexualisierte Gewalt, Zwangsverheiratungen<sup>46</sup> und extreme Restriktionen bei Partizipation und Bewegung im öffentlichen Raum. Dass damit auch Machtverhältnisse zementiert werden sollen, zeigt überdeutlich der Taliban-Terror gegen Mädchenschulen, auch schon vor der erneuten Machtübernahme in Kabul, sowie der weitgehende Ausschluss von Mädchen und Frauen aus der weiterführenden Bildung und der Öffentlichkeit, Willkürakte sowie mangelnder Schutz gegen Übergriffe nach der Machtübernahme.<sup>47</sup> Islamisch-normativ rechtfertigen lässt sich all dies selbst nach strengsten Interpretationen nicht.<sup>48</sup>

## II. Weitere Facetten der Gewaltanwendung

Jenseits jeden Normenpluralismus' liegen auch die zahlreichen dokumentierten Fälle schlichten Rechtsbruchs durch Stärkere, insbesondere entlang ethnisch-ökonomisch-religiöser Linien. Das trifft zuallererst die Minderheit der schiitischen Hazāra, denen z. B. ihr Grundeigentum genommen wird.<sup>49</sup> Gegen Gewaltakte der noch extremer anti-schiitischen Terrororganisation ISIL-KP<sup>50</sup> können Hazāra keinen wirksamen Schutz des Taliban-Regimes erwarten. Dasselbe gilt für eine Fülle von Tötungen von Menschenrechtsaktivisten, Journalisten und früheren Mitarbeitern von westlichen staatlichen Stellen und NGOs, die trotz gegenteiliger Beteuerungen der Taliban diesen zumindest zu erheblichen Teilen zur Last zu legen sind.<sup>51</sup>

<sup>46</sup> Zur Abgrenzung zwischen arrangierten Ehen und Zwangsehen vgl. Sütçü: *Zwangsheirat und Zwangsehe*.

<sup>47</sup> Vgl. den jüngsten Bericht von Amnesty International: Afghanistan.

<sup>48</sup> Zu vergleichbaren Phänomenen in anderen Teilen der islamisch geprägten Welt vgl. Rohe: *Das islamische Recht*, S. 68 ff. m. w. N.

<sup>49</sup> Vgl. z. B. die Berichte von Reuter/Schröder: Taliban's Campain; Qazi: Hazaras being evicted; vgl. auch die Kolumne von Samar: Geschichte der Hazara.

<sup>50</sup> Die Abkürzung steht für Islamic State in Iraq and the Levant – Khorasan; letzteres ist eine alte Regionenbezeichnung, die auch das heutige Afghanistan umfasst hat; zu den Hintergründen der Bewegung vgl. den Bericht von THE ECONOMICS TIME: UN recorded 152 attacks. Zu den Gewalttaten vgl. den Bericht der UNAMA: Human Rights in Afghanistan, S. 10 ff.

<sup>51</sup> Vgl. den ausführlichen Bericht der UNAMA: Human Rights in Afghanistan, S. 13 ff.

## *D. Schluss*

Die normative Gemengelage und ihre Hintergründe machen deutlich, dass Staaten wie Afghanistan sich strukturell von anderen Staaten unterscheiden, in denen ein hinreichend legitimierter und akzeptierter Gesetzgeber in der Lage ist, Normen und Institutionen für ihre Durchsetzung im gesamten Staatsgebiet zu etablieren. Afghanistan hat zwar allen Versuchen kolonialer Eroberung widerstehen können, ist in seiner bestehenden Form aber doch ein Produkt der Grenzziehungen aus Kolonialzeiten. Die meisten in Afghanistan vertretenen Ethnien leben diesseits und jenseits der afghanischen Staatsgrenzen, welche aufgrund der geographischen Gegebenheiten und der Korruption einer faktisch weit geringeren Kontrolle unterliegen als in Staaten mit stabilen Institutionen. So mag man schon die Frage aufwerfen, ob man angesichts der weiterhin sehr starken tribalen Struktur des Landes überhaupt von einem afghanischen Staatsvolk sprechen kann. Das Staatsgebiet ist, vor allem an seiner Ostgrenze, von willkürlichen Grenzziehungen geprägt. Diese sind zwar völkerrechtlich zu respektieren, scheinen aber im Bewusstsein weiter Bevölkerungsteile wenig Akzeptanz zu finden.

All dies schlägt sich auf die Auflösung von Normenkonkurrenzen nieder und kann erklären, weswegen – neben den bereits genannten internen Strukturproblemen – staatlichem Recht so wenig praktische Bedeutung zukommt. Insofern steht Afghanistan paradigmatisch auch für andere strukturell vergleichbare Staaten wie Jemen oder Somalia. Will man sich über das geltende Recht in seiner realen Anwendungspraxis informieren, wie dies auch der BGH<sup>52</sup> für die Aufklärung ausländischen Rechts in deutschen Gerichtsverfahren fordert, kann man sich nach alledem nicht mit einem Rekurs auf staatlich gesetztes oder auch traditionelles islamisches Recht begnügen.

## *E. Ausblick*

Seit dem Sturz des ersten Taliban-Regimes im Jahre 2001 gab es Bestrebungen in den USA, Deutschland, der EU und anderen Staaten, in justizieller Zusammenarbeit demokratisch-rechtsstaatliche Strukturen im Land mit aufzubauen. Neben einzelnen aner kennenswerten Erfolgen ist zu konstatieren, dass solche Bestrebungen weitgehend fehlgeschlagen sind. Neben Glaubwürdigkeitsproblemen mancher Akteure war dafür maßgeblich der Umstand verantwortlich, dass offerierte ›Paketlösungen‹ ohne hinreichende Berücksichtigung der starken zentrifugalen Kräfte und der rechtspolitischen Verhältnisse vor Ort scheitern mussten. Der Verfasser konnte sich bei seinem letzten Aufenthalt in Afghanistan von der nur noch peinlichen Ignoranz z. B. einiger maßgeblicher Vertreter der EU überzeugen. Hinzu kam, dass – angesichts der Sicherheitslage durchaus

<sup>52</sup> Vgl. BGH Urt. v. 18.3.2020 (IV ZR 62/19), BeckRS 2020, S. 5998.

verständlich – in den vergangenen Jahren häufig junge ledige Personen in offizieller Mission im Lande waren, was sich angesichts der dort engen Verbindung zwischen Lebensalter und Autorität als misslich erwiesen hat. Daraus sollten dringend Lehren für die grundsätzlich wünschenswerte internationale justizielle Zusammenarbeit gezogen werden.

Auch für die Rechtsanwendung in Deutschland sind zwei Aspekte bedeutsam, die hier indes nicht vertieft werden können: Zum einen stellt sich die Frage, wie mit Rechtsakten in faktischer Verantwortung eines international nicht anerkannten Regimes umzugehen ist. Hier sollte Leitlinie sein, dass relevante Rechtsakte jedenfalls im Bereich des Zivilrechts anerkannt werden sollten, wenn den Beteiligten wie meist keine Alternative zur Verfügung steht und sie Vertrauensschutz benötigen. Zum anderen ist im Inland mit den Folgen rechtskultureller Migrationsvorgängen umzugehen. Das betrifft sowohl die Akzeptanz von Rechtsinhalten wie auch die Mechanismen der Lösung rechtlich relevanter Konflikte, etwa im Familienbereich.<sup>53</sup> Hier benötigen staatliche Instanzen die erforderlichen Informationen und müssen zugleich zugänglich sein. Das geltende Recht ist ohne Einschränkungen in neutraler und vorurteilsfreier Weise anzuwenden, muss aber auch nach Möglichkeit so kommuniziert werden, dass Menschen seine Mechanismen und Grundsätze verstehen können, einschließlich der Möglichkeiten und Grenzen privater Rechtsgestaltung und außergerichtlicher Konfliktbearbeitung.<sup>54</sup> In der Praxis sind neben manchen Konfliktlagen auch ermutigende Beispiele für einen *overlapping consensus* in grundlegenden Gerechtigkeitsvorstellungen und Fairnessüberlegungen aufzufinden. Darauf lässt sich aufbauen.

## Bibliographie

- Abou El Fadl, Khaled (2012): The Centrality of Shari'ah to Government and Constitutionalism in Islam, in: *Constitutionalism in Islamic Countries*, hrsg. von Rainer Grote und Tilmann Röder, Oxford: Oxford University Press, S. 35–61.
- Ali, Shaheen S. (2000): *Gender and Human Rights in Islam and International Law: Equal before Allah, Unequal before Man?*, Leiden: Brill.
- Amnesty International (2022): *Afghanistan: Taliban's 'suffocating crackdown' destroying lives of women and girls – new report* (27. Juli 2022), [www.amnesty.org/en/latest/news/2022/07/afghanistan-talibans-suffocating-crackdown-destroying-lives-of-women-and-girls-new-report](https://www.amnesty.org/en/latest/news/2022/07/afghanistan-talibans-suffocating-crackdown-destroying-lives-of-women-and-girls-new-report) (Zugriff: 28.7.2022).
- Asia Pacific (2021): *Taliban release decree saying women must consent to marriage* (3.12.2021), [www.reuters.com/world/asia-pacific/taliban-release-decree-saying-women-must-consent-marriage-2021-12-03](https://www.reuters.com/world/asia-pacific/taliban-release-decree-saying-women-must-consent-marriage-2021-12-03) (Zugriff: 15.7.2022).

<sup>53</sup> Vgl. hierzu die grundlegende Arbeit von Collo: *Muslimische Migrantenfamilien*.

<sup>54</sup> Vgl. hierzu Rohe: *Paralleljustiz*.



- Bauer, Thomas (<sup>3</sup>2013): *Die Kultur der Ambiguität: Eine andere Geschichte des Islams*, Berlin: Verlag der Weltreligionen.
- Collo, Alexander (2021): *Muslimische Migrantenfamilien im deutschen Sorge- und Umgangsverfahren*, Baden-Baden: Nomos.
- Fontana, Sina (2017): *Universelle Frauenrechte und islamisches Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Green, Nile (Hg.) 2016: *Afghanistan's Islam: From Conversion to the Taliban*, California: California University Press.
- Grote, Rainer/Röder, Tilmann J. (Hgg.) 2012: *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*, Oxford: Oxford University Press.
- Hashimzai, Mohammad Qasim (2012): The Separation of Powers and the Problem of Constitutional Interpretation in Afghanistan, in: *Constitutionalism in Islamic Countries*, hrsg. von Rainer Grote und Tilmann Röder, Oxford: Oxford University Press, S. 665–681.
- Kahn, Azmat (2021): *Hidden Pentagon Records Reveal Patterns of Failure in Deadly Airstrikes* (18.12.2021), [www.nytimes.com/interactive/2021/12/18/us/airstrikes-pentagon-records-civilian-deaths.html](http://www.nytimes.com/interactive/2021/12/18/us/airstrikes-pentagon-records-civilian-deaths.html) (Zugriff: 28.7.2022).
- Kamali, Mohamed Hashim (2005): Islam and its Sharī'a in the Afghan Constitution 2004 with Special Reference to Personal Law, in: *The Sharī'a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt*, Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 45, hrsg. von Nadjma Yassari, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 23–43.
- Kamali, Mohammed Hashim (1985): *Law in Afghanistan: A Study of the Constitutions, Matrimonial Law and the Judiciary*, Leiden: Brill.
- Kamali, Mohammed Hashim (2012): Constitutionalism in Islamic Countries: A Contemporary Perspective of Islamic Law, in: *Constitutionalism in Islamic Countries*, hrsg. von Rainer Grote und Tilmann Röder, Oxford: Oxford University Press, S. 19–33.
- Koelbl, Susanne (2022): SPIEGEL-Gespräch mit Talibanführer Anas Haqqani: »Sie stellen Fragen wie eine Ermittlerin«, in: *DER SPIEGEL* 28, S. 91.
- Kheshavjee, Mohamed M. (2011): Cross Border Child Abduction Mediation in Cases concerning Non-Hague Convention Countries, in: *Cross-Border Family Mediation. International Parental Child Abduction, Custody and Access Cases*, hrsg. von Christoph C. Paul und Sybille Kiesewetter, Frankfurt am Main: Wolfgang Metzner, S. 96–117.
- Lombardi, Clark B./March, Andrew F. (2022): *Afghan Taliban Views on Legitimate Islamic Governance: Certainties, Ambiguities, and Areas for Compromise* (28.2.2022), [www.usip.org/publications/2022/02/afghan-taliban-views-legitimate-islamic-governance](http://www.usip.org/publications/2022/02/afghan-taliban-views-legitimate-islamic-governance) (Zugriff: 26.7.2022).
- Moschtaghi, Ramin S. (2012): Constitutionalism in an Islamic Republic: The Principles of the Afghan Constitution and the Conflicts between Them, in: *Constitutionalism in Islamic Countries*, hrsg. von Rainer Grote und Tilmann Röder, Oxford: Oxford University Press, S. 683–713.



- Qazi, Shereena (2021): *Why are Hazaras being evicted from their homes in Afghanistan's Daikundi?* (29.9.2021), [www.trtworld.com/magazine/why-are-hazaras-being-evicted-from-their-homes-in-afghanistan-s-daikundi-50324](http://www.trtworld.com/magazine/why-are-hazaras-being-evicted-from-their-homes-in-afghanistan-s-daikundi-50324) (Zugriff: 27.7.2022).
- Reuter, Christoph/Schröder, Thore (2021): *The Taliban's Campaign to Rob Villagers of their Land* (6.10.2021), [www.spiegel.de/international/world/the-new-rulers-of-afghanistan-the-taliban-s-campaign-to-rob-villagers-of-their-land-a-f63587a2-49ef-4430-9a5d-128a3fd74201](http://www.spiegel.de/international/world/the-new-rulers-of-afghanistan-the-taliban-s-campaign-to-rob-villagers-of-their-land-a-f63587a2-49ef-4430-9a5d-128a3fd74201) (Zugriff: 27.7.2022).
- Rohe, Mathias (2020): *Paralleljustiz: Eine Studie im Auftrag des Landes Nordrhein-Westfalen*, [www.zr2.rw.fau.de/files/2021/05/rohe-studie-paralleljustiz-jumi-nrw-august-2020.pdf](http://www.zr2.rw.fau.de/files/2021/05/rohe-studie-paralleljustiz-jumi-nrw-august-2020.pdf) (Zugriff: 29.7.2022).
- Rohe, Mathias (\*2022): *Das Islamische Recht: Geschichte und Gegenwart*, München: C. H. Beck.
- Saboory, Mohammed Hamid (2005): The Progress of Constitutionalism in Afghanistan, in: *The Sharī'a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt*, Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 45, hrsg. von Nadjma Yassari, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 5–22.
- Saeed, Lutforahman (2022): *Islam, Custom and Human Rights: A Legal and Empirical Study of Criminal Cases in Afghanistan After the 2004 Constitution*, Cham: Springer International Publishing.
- Samar, Sima (2022): *Die Geschichte der Hazara ist eine Geschichte des Grauens* (31.10.2021), [www.spiegel.de/ausland/hazara-in-afghanistan-eine-geschichte-des-grauens-die-kolumne-von-sima-samar-a-d3b3a220-4224-4d2e-85dd-64daedd8ef0e](http://www.spiegel.de/ausland/hazara-in-afghanistan-eine-geschichte-des-grauens-die-kolumne-von-sima-samar-a-d3b3a220-4224-4d2e-85dd-64daedd8ef0e) (Zugriff: 15.7.2022).
- Samar, Sima (2022): *Kabul Diary. Als wären die Taliban nur dafür zurückgekommen: die Frauen zu terrorisieren* (11.5.2022), [www.spiegel.de/ausland/afghanistan-als-waeren-die-taliban-nur-dafuer-zurueckgekommen-die-frauen-zu-terrorisieren-kolumne-kabul-diary-a-65adcf84-cb48-4ab0-b76c-bc927c83f19b](http://www.spiegel.de/ausland/afghanistan-als-waeren-die-taliban-nur-dafuer-zurueckgekommen-die-frauen-zu-terrorisieren-kolumne-kabul-diary-a-65adcf84-cb48-4ab0-b76c-bc927c83f19b) (Zugriff: 27.7.2022).
- Siddique, Abubakar (2021): *Head Of India's Deoband Islamic Seminary Urges Taliban To Be Pragmatic* (25.9.2021), [www.rferl.org/a/taliban-deoband-madani-pragmatic/31477562.html](http://www.rferl.org/a/taliban-deoband-madani-pragmatic/31477562.html) (Zugriff: 27.7.2022).
- Soleimankehl-Hanke, Farzana (2011): *Afghanistan zwischen Islam und Gleichberechtigung: Widersprüche in der afghanischen Verfassung am Beispiel des afghanischen Familien- und Erbrechts*, Frankfurt am Main: Peter Lang.
- Steul, Willi (1981): *Paschtunwali: ein Ehrenkodex und seine rechtliche Relevanz*, Wiesbaden: Steiner.
- Sütçü, Filiz (2009): *Zwangsheirat und Zwangsehe: Fallagen, rechtliche Beurteilung und Prävention*, Frankfurt am Main: Peter Lang.
- THE ECONOMIC TIMES (2022): *UN recorded 152 attacks by ISIL-K in 16 provinces between Aug–Dec '21, compared to 20 attacks a year ago: Secretary-General* (4.2.2022), [economictimes.indiatimes.com/news/defence/un-recorded-152-at](https://economictimes.indiatimes.com/news/defence/un-recorded-152-at)

- tacks-by-isil-k-in-16-provinces-between-aug-dec-21-compared-to-20-attacks-a-year-ago-secretary-general/articleshow/89339278.cms (Zugriff: 28.7.2022).
- UNAMA (2022): *Human Rights in Afghanistan. 15 August 2021 – 15 June 2022*, unama.unmissions.org/human-rights-monitoring-and-reporting (Zugriff: 28.7.2022).
- Yassari, Nadjma (2005): Legal Pluralism and Family Law: An Assessment of the Current Situation in Afghanistan, in: *The Sharī'a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt*, Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 45, hrsg. von ders., Tübingen: Mohr Siebeck, S. 45–60.
- Yassari, Nadjma (2014): *Die Brautgabe im Familienvermögensrecht. Innerislamischer Rechtsvergleich und Integration in das deutsche Recht*, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht 104, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Yassari, Nadjma (Hrsg.) 2005: *The Sharī'a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt – Implications for Private Law*, Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 45, Tübingen: Mohr Siebeck.
- ZDF-Forum (2021) (Abdul-Ahmad Rashid): *Wieviel Islam steckt im Islam der Taliban?* (Forum am Freitag – Islam in Deutschland, ZDF 3.12.2021, Länge 15:27 Minuten), [www.zdf.de/kultur/forum-am-freitag/forum-am-freitag-vom-3-dezember-2021-100.html](http://www.zdf.de/kultur/forum-am-freitag/forum-am-freitag-vom-3-dezember-2021-100.html) (Zugriff: 15.10.2023).



# Zwischen Kontext, Erkenntnislehre, Hermeneutik und Theologie – Ḥanafitische Rechtssystematik bei Abū Zayd ad-Dabūsī (gest. 430/1039)

Serdar Kurnaz

## A. Einführung

Die Geschichte der islamischen Rechtswissenschaften beherbergt eine Fülle von innovativen Ansätzen von Gelehrten, die sich mit Disziplinen wie z. B. den *uṣūl al-fiqh* befasst haben. Solche Ansätze entstanden unter bestimmten historischen Umständen. Die Gelehrten, die sie entwickelte, kamen mit unterschiedlichen Strömungen, Ideen und Konzepten in Berührung. Ungeachtet dieser Umstände können solche historisch bedingten Entwicklungen die Systematik einer gesamten Gelehrsamkeitstradition beeinflussen. Ein solches einschlägiges Beispiel liegt uns beim ḥanafitischen Gelehrten Abū Zayd ad-Dabūsī (gest. 430/1039) vor. Dieser hat seine Rechtsmethodik, Erkenntnislehre und Theologie so formuliert, dass er einen Platz unter konkurrierenden bekannten Ansätzen in Zentralasien schuf: Ein Weg zwischen Traditionalismus, Rationalismus und Sufismus. Der vorliegende Beitrag möchte auf die Erkenntnislehre, ausgewählte Themen der juristischen Hermeneutik sowie der theologischen Deutung eines Rechtsfalls im Werk *Taqwīm al-adilla* von ad-Dabūsī eingehen. Ziel ist es, zu verstehen, ob und wie sich historische Begebenheiten auf die Rechtstheorie und -methodik von ad-Dabūsī ausgewirkt haben. Um dieses Ziel zu erreichen, widmet sich der nächste Abschnitt zunächst dem Leben, den Werken sowie dem Kontext von ad-Dabūsī. Darauf folgen die ausgewählten rechtstheoretischen und -methodischen Themen.

## B. Biographisches und Kontext

### I. Abū Zayd ad-Dabūsī: Leben und Werke

Abū Zayd ‘Abdallāh (‘Ubaydallāh) ibn Muḥammad ibn ‘Umar ibn ‘Īsā ad-Dabūsī stammt aus der Nähe von Samarkand, der Ortschaft Dabūsīya. Obwohl er ein sehr einflussreicher und bekannter Gelehrter in Samarkand und Buchara war, ist über sein Leben kaum etwas bekannt. Er scheint in den Techniken der Disputation (*munāẓara*) und den Unterschieden innerhalb der Rechtsschulen versiert gewesen zu sein. Oft wird er als Begründer der Disziplin der juristischen Meinungsverschiedenheit (*ḥilāf, ihtilāf*) angeführt. Ferner war er lange Zeit als

Richter tätig, weshalb er auch als ›der Richter Zayd‹ (al-Qāḍī Zayd) bekannt gewesen sein soll. Ad-Dabūsī wurde von den beiden wichtigen zentralasiatischen Ḥanafiten Abū l-ʿUṣr al-Bazdawī (gest. 482/1089) und Šams al-Aʿimma as-Saraḥsī (gest. 483/1090) stark rezipiert. Zusammen gelten sie als die drei großen Autoritäten für die Etablierung der ḥanafitischen Rechtsmethodik (*uṣūl al-fiqh*). Ad-Dabūsī starb im Jahre 430/1039 in Buchara. In bio-bibliographischen Werken gibt es viele Angaben über ad-Dabūsīs Schaffen, die uns aber nicht alle vorliegen. Berühmt und erhalten sind uns vier seiner Schriften: 1) *al-Amad al-aqṣā*, das sich mit der islamischen Mystik und der Ethik befasst,<sup>1</sup> 2) *al-Asrār (wa-t-taqdīm li-l-adilla) fī l-furūʿ*, ein rechtsvergleichendes Werk, das die umstrittenen Rechtsfälle erwähnt und mit Rücksicht auf die angeführten Argumente diskutiert, 3) *Taqwīm al-adilla fī uṣūl al-fiqh*,<sup>2</sup> das wohl einflussreichste ḥanafitische Werk zu den *uṣūl al-fiqh*, und 4) *Taʾsīs an-naẓar fī ḥtilāf al-aʿimma*,<sup>3</sup> ein rechtsvergleichendes Werk, in dem ad-Dabūsī sowohl innerhalb der Ḥanafiten, so etwa Abū Ḥanīfa (gest. 150/767), Zufar ibn Ḥuḍayl (gest. 158/775), Abū Yūsuf (gest. 182/798), Muḥammad ibn al-Ḥasan aš-Šaybānī (gest. 189/805) und Ḥasan ibn Ziyād (gest. 204/819), als auch im Vergleich mit Mālik ibn Anas (gest. 179/795), Ibn Abī Laylā (gest. 148/765) und aš-Šāfiʿī (gest. 204/820) die Anwendung von Rechtsprinzipien analysiert.<sup>4</sup>

## II. Der sāmānidisch-zentralasiatische Kontext

Ad-Dabūsīs Wirken fällt in eine Zeit in Zentralasien, in der die ḥanafitische Tradition in der Gunst der herrschenden Dynastie stand. Die persischen Sāmāniden (reg. 819–1005) bevorzugten zwar die Ḥanafiten, aber die Richter wurden nicht nur aus Reihen dieser Rechtsschule ernannt; auch Šāfiʿiten wurden als Richter einberufen. Die Konkurrenzsituation unter Ḥanafiten und Šāfiʿiten verschärfte sich insbesondere in Nīsābūr. Schiitische Gruppierungen, darunter auch Siebenerschiiiten (Ismāʿīliten, auch als *Bāṭiniya* bezeichnet, da sie sich mehr auf die allegorische, innere [*bāṭin*] Bedeutung der religiösen Quellen konzentrierten) konnten noch bis etwa zum Jahr 950 großen Einfluss in Transoxanien ausüben. Hiernach wurden sie jedoch verfolgt und vertrieben.<sup>5</sup> Zu Lebzeiten ad-Dabūsīs scheinen sich die Auseinandersetzungen zwischen traditionalistischen, rationalistischen und mystischen Kreisen verschärft zu haben. Dadurch kam die Frage

1 Ad-Dabūsī: *الأمم الأقصى*. Für dieses Werk und seine Analyse siehe Bedir: *Interplay of Sufism*, S. 253–270.

2 Ad-Dabūsī: *تقويم الأدلة في أصول الفقه*.

3 Ad-Dabūsī: *تأسيس النظر*. Für eine Analyse seiner Herangehensweise siehe Young: *The Dialectical Forge*, S. 73–78.

4 Vgl. Akgündüz: »Debūsī«; Wheeler: »al-Dabūsī, Abū Zayd«; Brockelmann: *Arabische Literatur*, S. 184; Sezgin: *Arabisches Schrifttum*, S. 456.

5 Vgl. Bonner: *The Waning of Empire*, S. 344–346; Usta: »Sāmānīler«; Bedir: *Reason and Revelation*, S. 234 f.

für Ḥanafiten auf, die sich als Sunniten verstanden, wie genau sie ihre Zugehörigkeit zur sunnitischen Tradition bestimmen können. Obwohl die Ḥanafiten klare Positionen in den Rechtswissenschaften bezogen, die die Gelehrten als ḥanafitisch einordnen ließen, waren die theologischen Positionen und Annahmen unter ihnen nicht einheitlich. Noch zu Lebzeiten von ad-Dabūsī folgten viele Ḥanafiten der muʿtazilitischen Tradition, von der sich die Šāfiʿiten als Ašʿariten klar distanzieren und traditionalistische Kreise ebenfalls abwandten. Wie die bisherige Forschung zeigt, hatte ad-Dabūsī selbst einen eher rationalistischen Ansatz und bediente sich Argumenten, die sich im muʿtazilitischen Gedankengut finden lassen. Er versuche jedoch, sich in seinem Werk *Taqwīm al-adilla* von den Muʿtaziliten zu distanzieren.<sup>6</sup> Dies dürfte ein Ergebnis der oben genannten Auseinandersetzungen sein.

Diese Verhältnisbestimmung zwischen konkurrierenden theologischen Ansätzen prägte wohl auch das Jahrhundert nach ad-Dabūsīs Wirken, was wir an den Bestrebungen des ebenfalls ḥanafitischen ʿAlāʾ ad-Dīn as-Samarqandī (gest. 539/1144) sehen. Er gehört zu den ersten, die sich explizit der Aufgabe widmeten, die ḥanafitischen *uṣūl al-fiqh* der māturīditischen Theologie entsprechend neu zu formulieren.<sup>7</sup> As-Samarqandī folgt dabei wohl seinem Lehrer Abū l-Muʿīn an-Nasafī (gest. 508/1115), der der māturīditischen Theologie eine eigenständige und klar erkennbare Systematik verleihen und diese gegen andere Schulen verteidigen wollte.<sup>8</sup> Dies lässt sich daran erkennen, dass der freie Raum, der durch die Verdrängung muʿtazilitischen Gedankenguts entstand, zunächst durch die ašʿarische Theologie gefüllt wurde. Ḥanafiten wollten den Platz nicht der ašʿarischen Theologie überlassen, zumal die konkurrierenden Šāfiʿiten ašʿarisch waren. Abū Maṣṣūr al-Māturīdīs (gest. 333/944) Theologie dagegen war klar sunnitisch zu verorten, zumal er selbst sich gegen die Muʿtaziliten wandte und durch an-Nasafīs Bestreben sichtbar wurde.<sup>9</sup> Es ist daher keine Überraschung, dass as-Samarqandī die ḥanafitische Tradition als *ahl as-sunna* wiedergibt und die ašʿarische als *ahl al-ḥadīṭ* davon abgrenzt.<sup>10</sup>

Es kommt eine weitere Komponente hinzu, die den historischen Kontext, in dem die Werke von ad-Dabūsī entstanden sind, bestimmen. Mystische bzw. sufische Gruppierungen waren ebenso stark vertreten wie die bisher genannten Gruppierungen. Diese Domäne wurde, so Murteza Bedir, ebenfalls von ašʿarischen und šāfiʿitischen Gelehrten dominiert. Zwar gebe es ḥanafitische Gelehrte, wie etwa Abū Yazīd Bisṭāmī (gest. 234/848 oder 261/875), al-Ḥākim at-Tirmidī (gest. 320/932) oder al-Kalabādī (gest. 380/990), jedoch standen sie nicht mit ihrer Zuordnung zu den Ḥanafiten im Vordergrund. Bekannt seien sie eher als Sufis. Dieses Bild, so lässt sich ad-Dabūsīs Ansatz deuten, sollte sich nun

6 Vgl. Bedir: Reason and Revelation, S. 235.

7 Diesen Anspruch bringt er selbst zur Sprache; vgl. as-Samarqandī: ميزان الأصول في نتائج العقول, S. 1–5.

8 Vgl. Rudolph: Das Entstehen der Māturīdiya, S. 394–404.

9 Vgl. Bedir: Māturīdī Fikih Uṣūlū, S. 412–420.

10 Vgl. as-Samarqandī: ميزان الأصول في نتائج العقول, *passim*.

ändern: ad-Dabūsī zeigt sich als ein ḥanafitischer Jurist, der sufische Gedanken aufarbeitet.<sup>11</sup> Damit lässt sich ad-Dabūsīs Kontext als ein Dreiecksverhältnis bestimmen; die äußeren Enden markieren der Rationalismus, Traditionalismus und Sufismus.

Nicht nur diese grundsätzlichen Haltungen zur Theologie und zu den Rechtswissenschaften beeinflusste das Denken ad-Dabūsīs. Wir können zum Beispiel im *Taqwīm al-adilla* beobachten, dass ad-Dabūsī in vielen Fragen der Rechts-theorie und Hermeneutik darauf zurückgreift, Dinge und Ansichten in vier Arten zu unterteilen. Dasselbe Vorgehen bescheinigt Murteza Bedir auch seinem Werk *al-Amad al-aqṣā*, wo er solche Vierteilungen anführt, obwohl sie nicht gerade überzeugend erscheinen. Ein Grund dafür könnte sein, dass er von neoplatonischem Gedankengut, insbesondere von den ismailitischen Lauteren Brüdern (*Iḥwān aṣ-Ṣafāʾ*) beeinflusst war,

»who shared the Pythagorean insistence on numbers, especially on the number four, due to the importance of the latter in their view of spiritual realm (for spiritual principles)«.<sup>12</sup>

Ferner wissen wir, dass ad-Dabūsī weitere philosophisch-theologisch begründete Diskussionen kannte und diese ebenfalls in seine rechtstheoretischen Überlegungen einbezog. Dazu gehört die sogenannte Atomlehre in der systematischen Theologie. Zusammengefasst besagt die Atomlehre, dass die Welt aus Substanzen (Sg. *ḡawhar*) und Akzidenzien (Sg. *ʿaraḍ*, das sind z. B. Eigenschaften und Bewegung) besteht. Nach sunnitischer Auffassung können Substanzen ohne Akzidenzien nicht bestehen. Akzidenzien dagegen können in zwei aufeinanderfolgenden Momenten nicht existieren. Sie müssen ständig neu erschaffen werden. In dem Bereich, den wir als Vertragsrecht bezeichnen können, spielt für ad-Dabūsī diese Unterscheidung eine zentrale Rolle. Denn Gegenstand eines Vertrags können real existierende Dinge (*aʿyān*) sein oder Nutzen (*manāfiʿ*), die ad-Dabūsī mit Akzidenzien gleichsetzt. Akzidenzien können *per definitionem* aber während des Vertragsschlusses nicht existieren und zerfallen im Gegensatz zu real existierenden Dingen in jedem Moment. Können wir davon ausgehen, dass etwa der Nutzen, den man z. B. von Mietgegenständen hätte, kompensiert werden müsse, wenn etwa der Gegenstand unrechtmäßig in Besitz genommen wird?<sup>13</sup> Ad-Dabūsī gilt als einer der ersten, die sich explizit mit dieser atomistischen Begrifflichkeit befasst haben, um diese und ähnliche juristisch relevante Aussagen zu bewerten.<sup>14</sup>

Der Kontext, in dem ad-Dabūsī lebte, wirkte sich auf seine Werke aus. Im Folgenden soll dieser Einfluss an vier Beispielen (so folgen wir ad-Dabūsīs Systematik der Vierteilung) gezeigt werden:

## 1) Erkenntnislehre zwischen Rationalismus, Traditionalismus und Sufismus,

11 Bedir spricht daher auch von einem *juristic spiritualism*; vgl. Bedir: *Interplay of Sufism*, S. 256–258.

12 Ebd., S. 265 f.; vgl. Netton: *Muslim Neoplatonism*, S. 9–12.

13 Vgl. ad-Dabūsī: *تقويم الأدلة في أصول الفقه*, S. 92 f., 282 f.

14 Vgl. Hacak: *Atomcu Evren*, S. 19, 107.

- 2) Mittelweg zwischen Traditionalismus und Rationalismus am Beispiel der Deutung von verbotenden Aussagen (Sg. *nahy*),
- 3) Beispiele für die Systematik der Vierteilung,
- 4) Einfluss der Atomlehre auf vertragsrechtliche Diskussionen.

Die Beispiele der Systematik der Vierteilung werden sich auch bereits in der Erkenntnislehre sowie der Deutung von verbotenden Aussagen zeigen. Um ihre Tragweite zu verdeutlichen, werde ich weitere Beispiele im dritten Punkt anführen, die unabhängig von diesen ersten beiden sind. Beginnen wir mit der Erkenntnislehre ad-Dabūsī, die alle weiteren Themen durchdringt.

### C. Erkenntnislehre ad-Dabūsī

Ad-Dabūsī geht in den letzten Kapiteln des *Taqwīm al-adilla* auf Begriffe ein, die darstellen, wie menschliche Erkenntnis einzuordnen ist.<sup>15</sup> Sichtlich von der mystischen Terminologie ausgehend verbindet ad-Dabūsī das Wissen mit dem Zustand des Herzens. Die Vernunft sei dabei das Licht, mit dem das Herz sehen und das Verborgene erkennen könne.<sup>16</sup> Um die Erkenntnisfähigkeit des Menschen zu beschreiben, geht er auf die Entwicklungsstufen des Menschen ein. Zunächst seien Menschen mit der Geburt wie ›unvernünftige‹ (*mağnūn*) Menschen zu betrachten, die nicht verstehen können, was ihnen gesagt wird. Hier-nach werde der Mensch zu jemandem, der:die vernünftig (*āqil*) ist. Wie genau dieser Übergang geschieht, beschreibt ad-Dabūsī nicht.<sup>17</sup>

Wird der Mensch ›vernünftig‹, so könne das Herz mit diesem Licht Wissensobjekte erkennen. Diejenigen, die sich diesem Licht verwehren, sind für ad-Dabūsī Ignoranten (Sg. *ğāhil*). Denn erkenne man mit diesem Licht Dinge, werde dies Wissen (*ilm*) genannt. Das Gegenteil von Wissen sei Ignoranz (*ğahl*), weshalb diejenigen, die sich dem Licht verschließen, Ignoranten seien. Dieses Sehen durch das Licht der Vernunft hat aber für ad-Dabūsī verschiedene Stufen. Sehe jemand nur schwach, so wird diese Person als Zweifler (*šakk*) bezeichnet. Zweifel (*šakk*) ist für ad-Dabūsī das Gegenteil von Gewissheit (*yaqīn*): Zweifel erscheint der sehenden Person in der Form, die dem Gesehenen bzw. Erkannten widerspricht. Sehe aber das Herz stärker, wenn auch nicht in der vollkommenen Stärke, dann könne das Herz nur annehmen und vermuten, dass etwas so ist, wie es das Wissensobjekt erkenne. In diesem Fall wird der:die Betrachtende als ›Spekulant‹ (*zānn*) bezeichnet. Spekulation (*zānn*) bzw. Präsumtion ist für ad-Dabūsī eine Art Zweifel: Man ziehe eine Möglichkeit vor, ohne wirklich die Entscheidung begründen zu können. Daher sei das Gegenteil von Spekulation Wahrheit

15 Diese Überschrift basiert auf Kurnaz: Epistemology and Legal Theory.

16 Ad-Dabūsī: *تقويم الأدلة في أصول الفقه*, S. 465; ders.: *الأمم الأقصى*, S. 37; Bedir: *Interplay of Sufism*, S. 270.

17 Ad-Dabūsī: *تقويم الأدلة في أصول الفقه*, S. 465.



(*ḥaqq*). Um diesen Unterschied hervorzuheben, bezieht sich ad-Dabūsī hier auf Q 53:28:

»Sie haben kein Wissen (*ʿilm*) davon, sie folgen nur einer Ahnung (*ẓann*). Siehe, die Ahnung kann die Wahrheit (*ḥaqq*) in nichts ersetzen [Hinzufügungen in Klammern stammen vom Autor des vorliegenden Artikels].«<sup>18</sup>

Dennoch trifft ad-Dabūsī hier eine Unterscheidung und behebt die negative Konnotation zur Spekulation bzw. Präsumtion, zumal das islamische Recht stark auf Präsumtionen basiert.<sup>19</sup> Spekulation könne im übertragenen Sinne auch als Wissen bezeichnet werden, sofern diese Art von Wissen auf einem anerkannten Hinweis (*dalīl*) basiere. In diesem Falle entferne sich Spekulation vom Zweifel und werde zu einer überwiegenden Vermutung (*ġālib ar-raʿy*). Als Beispiel nennt ad-Dabūsī dafür das Wissen, das man durch Analogie (*qiyās*) und *ig̃tihad* erlange. Es sei ein falsifizierbares Wissen, das unter Wahrheit subsumiert werden könne.<sup>20</sup>

Hat man nun ein vollständiges Wissen über das betrachtete Objekt, sei also Zweifel behoben, dann erlange der Mensch Wissen (*ʿilm*). Sei man von diesem Wissen überzeugt, weil es gute Argumente dafür gibt, werde es zur Überzeugung (*ʾitiqād*). Diesem gehen aber Zustände voraus wie etwa Verwirrung (*iḍṭirāb*), so wie wenn man eine Stadt zum ersten Mal betrete und eine Orientierung brauche. Sei eine Orientierung gegeben bzw. die Verwirrung behoben, entstehe Erkenntnis (*maʾrifa*); ein Begriff, der ebenfalls im Sufismus eine zentrale Rolle spielt. Erkenntnis sei nur möglich, wenn man unumstößliche Argumente für das erkannte Wissensobjekt habe, die über die Sinneswahrnehmung hinausgehen. Das Gegenteil von Erkenntnis ist für ad-Dabūsī ein Konzept bzw. eine Idee (*fikra*), der der fortwährende Zustand der Gewissheit fehle. Erkenntnis (*maʾrifa*) ist somit die höchste Form von Wissen. Darüber hinaus hat die Erkenntnis für ad-Dabūsī zwei Arten:

- 1) Ein evidentes (*ẓāhir*) Wissen, ohne dabei Kenntnis über die tiefere Bedeutung (*bāṭin*) des Wissensobjektes zu haben,
- 2) Verstehen (*fiqh*): Das Herz erreiche hier auch die tieferen, inneren Bedeutungen und könne dieses Wissen genießen (wörtl. *yaltadd al-qalb bihi*). Die Personen, die das Wissensobjekt auf diese Art durchdringen, seien als *faqīh* zu bezeichnen.<sup>21</sup>

Es ist bezeichnend, dass ad-Dabūsī hier Wörter verwendet, die für das islamrechtliche Wissen benutzt werden: *fiqh* und *faqīh*. Er kombiniert diese Begriffe mit Konzepten des Sufismus, sodass er sich hier gegen die Auffassung ausspricht, dass die mystische Erkenntnis (*ilhām* und *maʾrifa*) maßgeblich dafür ist, ein Wis-

18 Koranübersetzungen stammen – sofern nicht anders vermerkt – aus *Der Koran*, aus dem Arabischen neu übertragen von Hartmut Bobzin, München: Beck 2009.

19 Vgl. Kurnaz: Göttliches Recht, S. 75–114.

20 Ad-Dabūsī: *تقويم الأدلة في أصول الفقه*, S. 465 f.

21 Ebd., S. 466 f.

senskonzept zu entwickeln. Bekannt ist, dass ad-Dabūsī Eingebung (*ilhām*) – neben *taqlīd*, *istiṣhāb* und *ṭard* – explizit aus dem Bereich der Rechtsmethodik ausschließt und nicht als Erkenntnisquelle ansieht.<sup>22</sup> Er kombiniert dagegen rationale Erkenntnis mit sufischer Terminologie und setzt das tiefgründige Verstehen, das er mit *fiqh* gleichsetzt, als das unumstößliche Wissen fest. Deswegen bestimmt ad-Dabūsī auch, was als legitimer Hinweis bzw. Beweis (*dalīl*) gilt, um Wissen zu erlangen. Man könne die religiösen Quellen bzw. Referenztexte (*nuṣūṣ*) entweder auswendig lernen oder vollständig durchdringen (er spricht von *fahm*). Das Auswendiglernen sei nicht ausreichend, sondern man müsse sie vollständig erfassen. Nur dies könne dem Verstehen (*fahm* und *fiqh*) gerecht werden, was den Menschen von Tieren unterscheide. Tiere genießen nach ad-Dabūsī das, was sie mit den Sinnen wahrnehmen können. Menschen bzw. Vernunftbegabte dagegen erreichten den höchsten Genuss, wenn sie nach dem handelten, worüber sie Wissen haben.<sup>23</sup> Die rationalen Beweise unterteilt ad-Dabūsī in vier Arten:

- 1) *a-priori*-Wissen,
- 2) Reflexion (*ta'ammul*, *naẓar*),
- 3) Erfahrung (*tağriba*),
- 4) Sinneswahrnehmung.<sup>24</sup>

Für ad-Dabūsī ist somit nicht nur das rationale Wissen, das durch diese Quellen und Argumente erlangt wird, maßgeblich, sondern konsequenterweise auch das dementsprechende Handeln.

Da rationale Erkenntnis für ad-Dabūsī zentral ist, gestaltet er seine Rechtstheorie dementsprechend. Er verortet die juristisch relevanten Aussagen in Koran und Sunna und damit auch die aus ihnen hergeleiteten Rechtsnormen und Regelungen innerhalb dieser Grenzen. Diese Grenzen ergeben sich für ihn aus sechs Elementen. Die folgende Tabelle umfasst ad-Dabūsīs Konzept – alle sechs Elemente sind für ad-Dabūsī rational begründet.<sup>25</sup> Das sechste Element ist im Vergleich zu den restlichen etwas anders: Hier beschreibt ad-Dabūsī nicht, welche vier Arten dieses Element umfasst, sondern vier Meinungen, die einordnen lassen, wie man sich zu dieser Frage verhalten kann.

<sup>22</sup> Siehe zum Beispiel ebd., S. 388.

<sup>23</sup> Vgl. ebd., S. 467 f.

<sup>24</sup> Vgl. ebd., S. 448. Siehe detailliert dazu Bedir: Reason and Revelation.

<sup>25</sup> Vgl. ad-Dabūsī: تقويم الأدلة في أصول الفقه, S. 449–464. Siehe ebenfalls Bedir: Reason and Revelation; Kurnaz: Epistemology and Legal Theory.

**1. Element**

definitiv  
erlaubte  
weltliche  
Handlungen

- a) Handlungen, die für den Erhalt des Lebens notwendig sind
- b) Handlungen, die das Leben vor vollständiger Zerstörung bewahren
- c) Handlungen, die die menschliche Existenz im Allgemeinen garantieren
- d) Maßnahmen, die die Pflege der Nachkommenschaft ermöglichen

**2. Element**

definitiv  
erwiesene  
religiöse  
Verpflichtungen

- a) Wissen um die Verpflichtung, gottesdienstliche Handlungen zu vollziehen
- b) Wissen um die Göttlichkeit Gottes
- c) Wissen der Menschen, dass sie im Diesseits von Gott geprüft werden
- d) Wissen darum, dass die Schöpfung der Welt weltliche und jenseitige Nutzen für die Menschen bringt

**3. Element**

definitiv  
verbotene  
weltliche  
Handlungen

- a) Ignoranz (*ğahl*)
- b) Unterdrückung (*zulm*)
- c) Absurdität (*'abat*, Sinnlosigkeit)
- d) Schädliches Verhalten (*safah*; Torheit)

**4. Element**

definitiv  
erwiesene  
religiöse  
Verbote

- a) Glaube an andere Gottheiten außer Gott
- b) der Glaube, dass die Schöpfung sich auf das Diesseits begrenzt
- c) die Annahme, dass Gott nicht der Schöpfer sei
- d) Verwerfen des Konzepts, dass es Ziel der Prophetie ist, die Prüfung für das Jenseitige Gericht zu verkünden

**5. Element**

mögliche,  
erlaubte  
weltliche  
Handlungen

- a) Maßnahmen für die Existenz, die über die notwendigen Bedürfnisse hinaus gehen
- b) Sparmaßnahmen für Reichtum
- c) Verbesserung der Lebensumstände
- d) Sexuelle Befriedigung, ohne den Zweck der Nachkommenschaft zu erfüllen

**6. Element**

erlaubte  
religiöse  
Handlungen

- a) Solche Aktivitäten sind sinnfrei, daher nicht erheblich
- b) Sie sind alle verpflichtend
- c) Sie sind alle verpflichtend, insofern man sie alle befolgen kann
- d) Verpflichtend ist der Glaube an Gott und daran, dass man ihm gehorchen muss; Handlungen müssen gesondert begründet werden

Ad-Dabūsī verortet somit die juristisch-theologische Durchdringung der alltäglichen Praxis innerhalb dieser rational begründeten Grenzen. Er geht davon aus, dass Vernunftwahrheiten und die Angaben in den religiösen Quellen sich nicht widersprechen, diese Grenzen aber auch nicht durchbrechen. Damit versucht ad-Dabūsī, nebst seinen Verweisen auf die sufische Terminologie, einen Mittelweg zwischen Rationalismus und Traditionalismus zu finden. Dies wird insbesondere deutlich an der Diskussion um die juristische Einordnung und Bewertung verbotender Aussagen, die im Folgenden besprochen werden soll.

#### *D. Deutung von verbotenden Aussagen: Suche nach einem Mittelweg zwischen Traditionalismus und Rationalismus*

Die Frage, ob eine Handlung immer noch rechtliche Auswirkungen haben kann, obwohl sie verboten ist und dennoch vollzogen wurde, beschäftigt die Rechtsgelehrten in ihren *uṣūl*-Werken. Konkrete Beispiele dafür sind, wenn jemand einen Kaufvertrag zur Zeit des Freitagsgebets abschließt, was laut Q 62:9 verboten ist, oder wenn Kaufverträge, die eine Zinsklausel haben, immer noch gültig sind, obwohl Zinsen (*ribā*) im islamischen Recht verboten sind. Ad-Dabūsī unterscheidet vier verschiedene Konstellationen verbotener Aussagen – eine analoge Unterscheidung trifft er für gebietende Aussagen und die Frage, inwiefern sie auf das Gutsein einer Handlung verweisen.<sup>26</sup>

Die vier Kategorien ergeben sich aus einer grundsätzlichen Zweiteilung des Bösen, das Gegenstand verbotender Aussagen sein kann:

- 1) Essentielle böse Handlungen,
- 2) akzidentielle böse Handlungen.

Essentielle böse Handlungen haben zwei Unterarten: (a) als böse festgelegte Handlungen (das nennt er *waḍʿan*) und (b) durch die Offenbarung als böse bestimmte Handlungen (d. h. etwas ist *ṣarʿan* – böse). Akzidentell böse Handlungen haben auch zwei Unterarten, woraus sich alle vier Arten des Bösen ergeben: (c) das Böse kann eine Eigenschaft einer Handlung sein (sie ist *waṣṣan* – böse), (d) das Böse befindet sich in »unmittelbarer Nähe« der Handlung (wörtl. *mā ḡāwarahū ḡamʿan*).<sup>27</sup>

Für alle diese Kategorien führt ad-Dabūsī Beispiele an. Handlungen, die als böse festgesetzt sind, haben auch eine solche sprachkonventionelle Bezeichnung, wie etwa Sinnlosigkeit (*ʿabat*) und Torheit (*safah*). Wir sahen oben bereits, dass aus rationalen Gesichtspunkten heraus beide für ad-Dabūsī verboten sein müssen. Schon die Bezeichnung dieser Handlungen zeige, dass sie schlechte Handlungen bzw. Haltungen seien. Daher haben sie für ad-Dabūsī keinerlei rechtliche

26 Vgl. ad-Dabūsī: *تقويم الأدلة في أصول الفقه*, S. 44–46.

27 Vgl. ebd., S. 52.

Wirkung. Ein Beispiel für die zweite Kategorie von essentiell bösen Handlungen durch die Offenbarung ist der Verkauf von Samen, bevor das Tier von Gott erschaffen wurde, da die Offenbarung zeigt, dass ein Samen nicht als Eigentum (*māl mutaḳawwim*) zu klassifizieren ist, das Gegenstand von Kaufverträgen sein kann. Diese Arten von Handlungen sind ebenfalls nichtig und haben keine Rechtswirksamkeit.<sup>28</sup>

Anders verhält es sich mit den nächsten beiden Kategorien, da die böse bzw. schlechte Eigenschaft akzidentiell ist, also nicht dem Wesen der Handlung zugehört. Beide Kategorien führen nicht zur Nichtigkeit von Handlungen, sondern sind rechtswirksam, so ad-Dabūsī. Ein Beispiel für Handlungen, deren Eigenschaft als böse bzw. schlecht gilt, sind Kaufverträge mit Zinsen (*ribā*). Der Kaufvertrag selbst sei zwar unproblematisch, aber die Eigenschaft, dass Zinsen einbezogen sind, führe zu einer Ungerechtigkeit und verhindere die Bedingung der Äquivalenz (*mumātala*). Das Beispiel für die vierte Kategorie ist der Vertragsschluss zur Zeit des Freitagsgebets. Es gebe zwar keine essentielle Verbindung zwischen dem Freitagsgebet und dem Kaufvertrag, doch verhindere der Kaufvertrag die Beteiligung am Freitagsgebet und das Gedenken Gottes. Man kann, so ad-Dabūsī, beide Handlungen nicht gleichzeitig vollziehen – sie schließen sich gegenseitig aus. Beide Verträge sind nach ad-Dabūsī jedoch gültig; die Vertragspartner, auch wenn sie beim Vertragsschluss etwas Verbotenes getan haben, müssen ihren Verpflichtungen nachkommen. Der Grund ist, dass sie nichts essentiell Böses tun.<sup>29</sup> Dies ist insofern konsequent, als dass beide Handlungen in den Bereich des Rechts fallen, den ad-Dabūsī zuvor als mögliche erlaubte weltliche Handlungen einordnet. Sie fallen aus dem Bereich des rational notwendig Gebotenen oder Verbotenen heraus.

Wir haben bisher gesehen, dass ad-Dabūsī dazu geneigt ist, die verschiedenen Kategorien und Arten von unterschiedlichen Konzepten und Elementen in vier aufzuteilen. Dies geht, wie eingangs betont, wahrscheinlich auf den Einfluss der Lehren der ›Lauteren Brüder‹ zurück. Ad-Dabūsī wendet dies konsequent auf viele Themen der *uṣūl al-fiqh* an. Einige von ihnen haben sich als Standard der ḥanafitischen Systematik etabliert. Die oben angeführte Diskussion um die verbotenden Aussagen gehört dazu. Nachhaltig hat auch seine Systematik um die Eindeutigkeit und Ambiguität die ḥanafitische Literatur beeinflusst,<sup>30</sup> auf die im Folgenden eingegangen werden soll.

<sup>28</sup> Vgl. ebd.

<sup>29</sup> Vgl. ebd., S. 52 f.

<sup>30</sup> Für die Arten der Eindeutigkeit und Ambiguität sowie die ḥanafitischen Quellen, die die Systematik von ad-Dabūsī rezipieren, siehe Kurnaz: *Methoden zur Normderivation*, S. 260–267, 273–280.

### E. Systematik der Vierteilung am Beispiel der Klarheit von Aussagen

Bekanntermaßen besteht ein Großteil der islamischen Rechtsmethodik aus der Auseinandersetzung mit den Methoden zur Interpretation von Texten. Dies hat mit der Idee zu tun, dass die Herleitung von Normen aus den religiösen Quellen Rechtssicherheit gewährleisten und die Herleitung von Normen objektivieren soll.<sup>31</sup> Zu diesen Maßnahmen gehört auch die Bestimmung dessen, mit welcher Klarheit und Wahrscheinlichkeit sprachliche Formulierungen auf Bedeutungen hinweisen können. Damit hängt die Frage zusammen, unter welchen Umständen eine Interpretation und Erklärung geboten, gar notwendig oder ausgeschlossen ist. Um diese Fragen zu beantworten, entwickelt ad-Dabūsī jeweils vier Kategorien für die Klarheit und Ambiguität von Aussagen. Diese Kategorien sind so maßgeblich, dass sie auch in modernen Einführungswerken vorkommen.<sup>32</sup>

Nach ad-Dabūsī gibt es vier verschiedene Klarheitsstufen für Aussagen und sprachliche Formulierungen. Die erste ist das Evidente (*az-zāhir*). Durch das Hören selbst werde klar, was mit der Aussage gemeint ist, wie etwa in Q 2:275: »Doch Gott erlaubte das Verkaufen und verbot den Zins.« Mit dem Hören stelle man mit Gewissheit (*yaqīnan*) und definitiv (*qaṭʿan*) die Bedeutung fest, ungeachtet dessen, ob es eine allgemeine oder spezifische Aussage ist. Die zweite Stufe ist das Festgesetzte (*an-naṣṣ*): Wird diese evidente Bedeutung durch einen weiteren Aspekt bestärkt bzw. gezeigt, was explizit mit der Aussage gemeint ist, dann ist die Bedeutung darin »festgesetzt«. Obwohl durch Q 2:275 klar ist, dass Kaufverträge zu schließen erlaubt ist, ist die Aussage festgesetzt darin, dass Kaufverträge sich von Zinsen, also *ribā*, unterscheiden. Denn der Aussage, die oben angeführt wurde, geht die folgende Aussage im selben Vers voraus: »Dies, weil sie sagen: »Verkauf ist doch nichts anderes als Zins!«« Dasselbe gilt für Q 4:3: Dieser ist festgesetzt darin, dass nicht mehr als vier Frauen geheiratet werden dürfen, aber evident darin, dass man die Frauen heiraten darf, die einen ansprechen, so ad-Dabūsī.<sup>33</sup>

Die nächste Stufe der Klarheit ist das Erläuterte (*al-mufaṣṣar*): Erkennt man, dass nur eine einzige Bedeutung zulässig ist, sodass kein Raum für Interpretation mehr besteht, sprechen wir von einer erläuterten Aussage. Das unterscheidet das Erläuterte vom Festgesetzten: Die Interpretation wird ausgeschlossen. Die letzte Stufe der Klarheit ist das Eindeutige (*al-muḥkam*). Im Gegensatz zum Erläuterten wissen wir bei eindeutigen Aussagen, dass eine Veränderung bzw. das Ersetzen (*tabaddul*) ausgeschlossen ist. Konkret heißt dies, dass solche Aussagen nicht abrogiert werden können bzw. es steht fest, dass sie nicht abrogiert werden.<sup>34</sup> In ḥanafitischen Quellen wird für die eindeutige Aussage Q 24:4 als Beispiel ange-

31 Für eine detaillierte Besprechung dieser Herangehensweise vgl. Gleave: *Islam and Literalism*.

32 Siehe zum Beispiel Kamali: *Principles of Islamic Jurisprudence*, S. 122–140.

33 Ad-Dabūsī: *تقويم الأدلة في أصول الفقه*, S. 116.

34 Ebd., S. 117.

führt. Dieser Vers ordnet an, dass die Zeugenaussage eines Verleumders (*qāḍif*) niemals wieder angenommen werden soll.<sup>35</sup> Für die Kategorie des Erläuterten können wir folgendes Beispiel nennen: Es ist in einem Hadith geregelt, dass Frauen, die über ihre Regelzeit hinaus Blutungen haben (der Zustand der sogenannten *istiḥāḍa*), für jedes Gebet die rituelle Reinigung vollziehen müssen. Die Aussage ist zwar festgesetzt darin, dass für jedes Gebet eine rituelle Reinigung vollzogen werden muss, jedoch wird nicht klar, ob damit nur verpflichtende Gebete gemeint sind oder auch freiwillige Gebete. Ein weiterer Hadith erläutert diese Frage: Frauen im Zustand der *istiḥāḍa* müssen für jede Gebetszeit eine rituelle Reinigung vornehmen, hiernach jede Form von Gebeten verrichten, ohne die rituelle Reinigung bei jedem Gebet von Neuem vornehmen zu müssen, bis die neue Gebetszeit eintritt. Für diese neue Gebetszeit ist eine neue rituelle Reinigung notwendig.<sup>36</sup>

Nachdem ad-Dabūsī diese Stufen der Klarheit festgestellt hat, stellt er die Gegenpaare dar. Es gibt dementsprechend vier Stufen der Unklarheit:

- 1) das Versteckte (*al-ḥafī*),
- 2) das Zweifelhafte (*al-muškil*),
- 3) das Summarische (*al-muḡmal*),
- 4) das Unklare (*al-mutašābih*).

Das Versteckte führt zur Unklarheit nicht dadurch, dass die Aussage selbst unklar ist. Andere Faktoren führen dazu, dass die Aussage nicht verständlich wird. Wir erinnern uns: Da die evidente Aussage so klar ist, dass mit Gewissheit die Bedeutung feststeht, führen äußere Störfaktoren dazu, dass evident erscheinende Aussagen unklar werden. Man kann die Unklarheit aber durch Nachforschung beheben. Ein Beispiel ist dafür Q 5:38: Hier wird angeordnet, dass dem Dieb und der Diebin wegen der begangenen Straftat die Hand amputiert werden soll. Die Aussage ist evident darin, dass alle gemeint sind, die ein fremdes Eigentum ohne Erlaubnis in Besitz nehmen bzw. entwenden. Da aber in der Sprache verschiedene Formen des Entwendens fremden Eigentums spezifisch benannt sind, wie etwa Raub oder Grabesdiebstahl, betont ad-Dabūsī, dass hier eine Unklarheit vorliegt, ob mit Diebstahl (*sariqa*) doch nicht eine besondere Form des Entwendens fremden Eigentums gemeint ist. Diese Unklarheit verstärkt sich bei der zweiten Art der Unklarheit, dem Zweifelhafte (*al-muškil*): Die Aussage selbst ist unklar, da die sprachkonventionelle Nutzung des Wortes problematisch ist, wie etwa die Mehrdeutigkeit von Wörtern.<sup>37</sup> Bekanntes Beispiel dafür ist die Aussage in Q 2:228, wo es heißt, dass Frauen nach der Scheidung drei *qurūʿ* (Sg. *qarʿ*)

35 Vgl. Kurnaz: *Methoden zur Normderivation*, S. 265; Kamali: *Principles of Islamic Jurisprudence*, S. 131.

36 Vgl. Kamali: *Principles of Islamic Jurisprudence*, S. 130.

37 Vgl. ad-Dabūsī: *تقويم الأدلة في أصول الفقه*, S. 117 f.



lang warten sollen. Unklar ist, was *qar'* bedeutet: Menstruationsphase oder die Reinheitsphase zwischen zwei Menstruationen.<sup>38</sup>

Die Unklarheit einer Aussage nimmt bei der nächsten Stufe, und zwar das Summarische (*al-muğmal*), zu. Der Sprecher kann ein Wort über die Grenzen der sprachkonventionellen Festlegung von Wörtern hinaus neu belegen. Ein Beispiel dafür ist *ribā*: Wörtlich bedeute *ribā*, so ad-Dabūsī, Überschuss (*faḍl*). Wenn Gott damit allgemein den Überschuss meinen würde, so hätte auch der Gewinn (*ar-ribḥ*) bei Tauschgeschäften verboten sein müssen, da er ja auch eine Art Überschuss ist. Gewinne zu erzielen ist aber eindeutig erlaubt. Also prägt Gott hier das Wort *ribā* neu, wodurch das Wort verschiedene Bedeutungen in sich summiert. Nur eine Erklärung (*bayān*) des Sprechers könne bestimmen, welche Bedeutung intendiert sei. Die nächste Stufe der Unklarheit ist das völlig Unklare (*al-mutašābih*). Es sei nicht zu erwarten, dass die Unklarheit behoben werde.<sup>39</sup> In der ḥanafitischen Literatur kommen hier vermehrt Beispiele vor, die theologischer Natur sind und keine Rechtsrelevanz aufweisen.<sup>40</sup>

Ad-Dabūsī führt diese Systematik von vier Arten bei einer verwandten Frage zur Klarheit von Aussagen weiter. Er stellt sich die Frage, wie Aussagen auf Bedeutungen verweisen; er befasst sich mit den textuellen Implikationen (*dalālāt*). Die Frage, die dahinter steht, ist für ad-Dabūsī: Können Aussagen nur mit dem äußeren Wortlaut auf Bedeutungen hinweisen oder sind weitere Bedeutungen impliziert, ohne sich dabei auf rationale Argumentation (*ar-ra'y*) oder Analogie (*qiyās*) zu beziehen?<sup>41</sup> Um diese Frage zu lösen, schlägt ad-Dabūsī vier Arten vor; auch sie haben die ḥanafitische Systematik geprägt und sind in modernen Einführungswerken zu finden.<sup>42</sup>

Normen lassen sich nach ad-Dabūsī feststellen durch den Referenztext selbst (*ʿayn an-naṣṣ*, bei späteren Ḥanafiten *ʿibārat an-naṣṣ*), durch die Anspielung des Textes (*išārat an-naṣṣ*), den Hinweis des Textes (*dalālat an-naṣṣ*) und das Erfordernis des Textes (*muqtaḍā an-naṣṣ*). Die erste Kategorie ist klar: Das, worauf der Text explizit hinweist, wird auch in die Rechtsfindung einbezogen. Darüber hinaus könne der Text auf weitere Bedeutungen hinweisen und auf sie anspielen. So etwa heißt es in Q 2:233 u. a.: »Und für den, der das Kind gezeugt hat, ist es Pflicht, es zu versorgen« (*wa-ʿalā l-mawlūdi laḥū rizquhunna*). Der Vers zeige, dass es für den Vater Pflicht ist, für den Unterhalt des Kindes zu sorgen hat. Die Aussage *laḥū* zeige, dass die Abstammung des Kindes über den Vater bestimmt werde, da das *la* auf Besitz (*tamlīk*) hindeute.<sup>43</sup> Die dritte Form der textuellen

38 Vgl. Kurnaz: *Methoden zur Normderivation*, S. 276.

39 Vgl. ad-Dabūsī: *تقويم الأدلة في أصول الفقه*, S. 118.

40 Vgl. Kurnaz: *Methoden zur Normderivation*, S. 279 f. Siehe auch Kamali: *Principles of Islamic Jurisprudence*, S. 138 f.

41 Vgl. ad-Dabūsī: *تقويم الأدلة في أصول الفقه*, S. 130.

42 Siehe zum Beispiel Kamali: *Principles of Islamic Jurisprudence*, S. 167–175; siehe auch Kurnaz: *Methoden zur Normderivation*, S. 294–300.

43 Für dieses Beispiel und für weitere siehe ad-Dabūsī: *تقويم الأدلة في أصول الفقه*, S. 130–132.



Implikation, der Hinweis des Textes, liege dann vor, wenn das, was im Text geregelt wird, erst recht auf einen Fall zutrefte, der in den Texten nicht vorkomme. Ad-Dabūsī verweist hier auf Q 17:23, der besagt, dass man den Eltern nicht »Pfui« sagen soll. Wenn das Murren verboten sei, sei es erst recht verboten, den Eltern physischen Schaden zuzufügen.<sup>44</sup> Die vierte und letzte Kategorie zielt auf Ergänzungen im Text ab, die notwendig seien, damit der Satz eine sinnvolle Aussage beinhalte. Daher bezeichnet ad-Dabūsī diese Art als Erfordernis des Textes. Bekanntes Beispiel dafür ist Q 12:82: »Frag die Stadt.«<sup>45</sup> Gemeint sei »Frag die Bewohner der Stadt«, weil klar ist, dass man die Stadt nicht befragen kann.<sup>46</sup>

Diese Beispiele zeigen, welche Tragweite der Einfluss von historisch bedingten Gegebenheiten – hier der Einfluss der ›Lauteren Brüder‹ – auf die Systematik eines Gelehrten haben kann, der so einflussreich ist, dass seine Herangehensweise über Jahrhunderte hinweg rezipiert wurde. Es lassen sich noch weitere Fälle dieser Vierersystematik im *Taqwīm al-adilla* von ad-Dabūsī finden, auf die hier aber nicht näher eingegangen werden kann.<sup>47</sup> Solche Einflüsse beschränken sich nicht nur auf die Systematik des *Taqwīm al-adilla*. Ad-Dabūsī bezieht auch theologische und naturphilosophische Konzepte wie die eingangs erwähnte Atomlehre in Diskussionen des Rechts ein, worauf ich abschließend eingehen möchte.

## F. Einbezug der Atomlehre in Rechtsdiskussionen

Die Naturphilosophie bzw. physikalische Theorie, die die Welt in Substanzen und Akzidenzien aufteilt, woraus sich Atome und Körper zusammensetzen, hat in der islamischen Theologiegeschichte mit dem 3./9. Jahrhundert allmählich fußfassen können. Insbesondere in den darauffolgenden Jahrhunderten wurden verschiedene Konzepte der Atomlehre in der sunnitischen sowie muʿtazilitischen Theologie systematisiert. Mit dem 6./12. Jahrhundert verlor diese Lehre jedoch an Bedeutung; auch wenn sie in späteren Jahrhunderten rezipiert wurde, spielte sie für die theologische Diskussionen nur eine untergeordnete Rolle.<sup>48</sup> Ad-Dabūsī lebte zu einer Zeit, in der die Atomlehre noch lebendig diskutiert wurde. Dies erkennt man daran, dass al-Māturīdī, obwohl er selbst sich weder von der Atom-

44 Vgl. ebd., S. 132–135.

45 Ich habe diese Stelle im Koran selbst übersetzt, da Bobzin sie zu Recht als »Frag in der Stadt« übersetzt; hier ist schon das Erfordernis des Textes, wie ad-Dabūsī es versteht, mitgedacht, weshalb das Beispiel oben mit dieser Übersetzung nicht klar wäre.

46 Vgl. ad-Dabūsī: *تقويم الأدلة في أصول الفقه*, S. 136 f.

47 Siehe zum Beispiel die vier Arten des *istiṣhāb*: ebd.: S. 400 f.

48 Dhanani: *Atomism in Islamic Thought*, S. 794–797; ders.: *The Impact of Ibn Sīnā's Critique of Atomism*, S. 80–85; ders.: *Physical Theory of kalām*; Pines: *Islamische Atomenlehre*, S. 94–124; van Ess: *60 Years After*, S. 1121–1144; Langermann: *Islamic Atomism*, S. 277–295; Ibrahim: *Beyond Atoms and Accidents*, S. 67–122.

lehre distanziert noch sich dazu deutlich bekennt,<sup>49</sup> von Abū l-Muʿīn an-Nasafī als solcher gedeutet wird.<sup>50</sup> Dies hat wohl mit der eingangs erwähnten Intention zu tun, al-Māturīdīs Lehre als eine Alternative zur ašʿaritischen Lehre durchzusetzen. War die Atomlehre damals ein wichtiger Bestandteil der Diskussionen, musste auch al-Māturīdī als Verfechter der Atomlehre gedeutet werden. Damit war in Zentralasien die Atomlehre wohl zu Lebzeiten ad-Dabūsīs eine prominente theologische Diskussion. Es verwundert daher nicht, dass er die Idee der Beschaffenheit der Welt in Substanzen und Akzidenzien für das Recht übernimmt. Er folgt dabei der sunnitischen Auffassung, dass Akzidenzien, dazu gehören etwa Eigenschaften und Bewegung, in zwei konsekutiven Momenten nicht existieren können. Sie müssen in jedem Augenblick von Neuem erschaffen werden.<sup>51</sup> Die Relevanz dieser Vorstellung sehen wir in der folgenden Diskussion.

Ad-Dabūsī diskutiert die Frage, wie etwa mit Verträgen umzugehen ist, bei denen der Tausch sich nicht auf existierende Dinge bezieht, die sofort getauscht werden. Grundsätzlich gilt im islamischen Recht mit Rücksicht auf einen Hadith, dass man das nicht verkaufen soll, was sich nicht gerade bei einem selbst befinde. Dazu gehört der Terminkaufvertrag (*salam*), bei dem die Zahlung im Voraus erfolgt, wobei die gekaufte Ware später ausgehändigt wird. Ad-Dabūsī argumentiert u. a. mit dem Bedürfnis der Menschen nach Terminkaufverträgen, um solche Verträge zu legitimieren. Ähnlich sagt er, dass Nutzen (*manāfiʿ*) aus vergleichbaren Gründen für gültige Verkaufsgegenstände gehalten und wie real existierende Dinge betrachtet werden. Ad-Dabūsī erklärt nicht, welche Vertragsformen er meint. Nach der islamischen Rechtssystematik gilt, dass Gegenstand von Miet- und Dienstverträgen (Sg. *iğāra*) der Verkauf von Nutzen an Gegenständen oder Nutzen im Sinne von Dienstleistungen ist. Dadurch entsteht das Problem, dass für ein Entgelt etwas verkauft wird, was nicht existiert. Denn der Nutzen einer Sache, wie etwa der Nutzen des Wohnens in einer Mietwohnung, entsteht nur mit der Nutzung der Wohnung. Vor dem Erwerb des Nutzungsrechts existiert der Nutzen nicht. Nach dem Prinzip, dass etwas, was nicht existiert, nicht verkauft werden darf, wären Mitverträge ungültig.<sup>52</sup> Ad-Dabūsī löst dieses Problem dadurch, dass man Nutzen in Kaufgeschäften (*tiğārāt*) wie real existierende Dinge bewertet. In Fragen des Schadensersatzes mit Bezug auf Fälle der Zerstörung (*itlāf*) und Usurpation (*ḡaṣb*) dagegen besteht er darauf, dass Nutzen nicht wie real existierende Waren behandelt werden sollten, bei denen bei ihrer Zerstörung Schadensersatz gefordert werden kann. Denn eine

49 Für die unterschiedliche Deutung siehe Cerić, *Roots of Synthetic Theology*, S.114–121; Rudolph: *al-Maturīdī*, S.268–291; Dhanani: *Al-Māturīdī and al-Nasafī*, S.65–76; Kam: *Das Böse als Gottesbeweis*, S.171.

50 Al-Nasafī: تبصرة الأدلة, S.62 f.; Rudolph: *al-Maturīdī*, S.268–280.

51 Für eine Zusammenfassung der Grundannahmen innerhalb der Atomlehre siehe Sabra: *Kalām Atomism*, S.68–78.

52 Siehe zum Beispiel as-Sarāḥsī: كتاب المبسوط, S.74 f. As-Sarāḥsī selbst geht hier auf die Unterscheidung zwischen Substanzen und Akzidenzien ein und diskutiert dementsprechend die Gültigkeit von Mietverträgen.

vollständige Gleichbehandlung zwischen real existierenden Dingen und Nutzen sei nicht möglich, da Nutzen Akzidenzien seien, die keine konsekutive Existenz haben, wogegen real existierende Dinge den Substanzen (*ḡawāhir*) gleichkämen, die eine permanente Existenz hätten. So wie Substanzen und Akzidenzien nicht gleich seien, seien Nutzen und real existierende Dinge auch nicht gleich. Die Gleichsetzung beider in Kaufgeschäften bzw. Transaktionen ergebe sich aus dem Umstand des Bedürfnisses der Menschen danach. Man darf sie, wenn wir ad-Dabūsī folgen, nicht kategorisch gleichsetzen. Von diesem Bedürfnis der Menschen nach der Anerkennung vom Nutzen als real existierende Dinge seien die Zerstörung und die Usurpation, im Gegensatz zu Kauf- und Mietverträgen, nicht betroffen, zumal beide Handlungen ja verbotene Handlungen seien.<sup>53</sup>

Es ist zu sehen, dass ad-Dabūsī bekannte theologische Diskussionen in rechtsrelevante Themen einbezogen hat. Dass unabhängig von der Frage nach Akzidenzien und Substanzen Mietverträge unter den Gelehrten mit dem Problem des Verkaufs nicht-existierender Dinge in Verbindung gebracht wurde, lässt sich durch eine vergleichende Lektüre früher juristischer Schriften erkennen. Auch haben spätere Ḥanafiten ohne Rückbezug auf diese Theorie die Frage nach dem Mietvertrag besprechen können.<sup>54</sup> Dieses Beispiel zeigt aber die Offenheit von ad-Dabūsī, rechtsrelevante Probleme mit Rücksicht auf theologische und naturphilosophische Belange mit seiner eigentümlichen Herangehensweise neu zu deuten, neue Argumente für die Systematisierung zu finden und neue Wege einzuschlagen.

### G. Schlussbetrachtung

Am Beispiel des einflussreichen und vielseitigen ḥanafitischen Gelehrten Abū Zayd ad-Dabūsī wurde deutlich, dass muslimische Gelehrte Konzepte, Ideen und Ansätze aus verschiedenen Disziplinen berücksichtigen konnten. Dies zeigt, dass die Gelehrten innerhalb bekannter Theorien eigene Wege vorschlagen konnten. Ihre Theorien, Methoden und Konzepte dagegen konnten vom historischen Kontext stark beeinflusst sein, was sich bei ad-Dabūsī besonders zeigt. Er versucht mit seinem *uṣūl al-fiqh*-Werk einen neuen Weg zu gehen, indem er sowohl auf die Traditionalisten antwortet als auch auf Rationalisten und Sufis. Zu einer Zeit, in der die theologischen Ansichten der Ḥanafiten noch keine klaren Konturen zeigte, bemühte sich ad-Dabūsī zwar, sich von den Muʿtaziliten zu entfernen, wollte aber im Rahmen der sunnitisch vertretbaren Grenzen rationalistische Elemente in die *uṣūl al-fiqh* einbinden. Hinzu kommt seine meines Erachtens ihn besonders auszeichnende Erkenntnislehre, die sich auch der Terminologie des Sufismus bedient. Damit unterscheidet sich ad-Dabūsī von seinen Zeitgenossen,

53 Vgl. ad-Dabūsī: *تقويم الأدلة في أصول الفقه*, S. 282 f. (ähnlich S. 92 f.).

54 Siehe für beide Punkte Kurnaz: Einfluss der Atomlehre, S. 27–58.

die solche Begriffe in ihre Erkenntnislehre nicht einbeziehen. Er sticht durch seine rational begründeten Grenzen des Rechts ebenfalls hervor. Auch sein ihm von Bedir attestierter *juristic spiritualism* scheint ein Novum zu sein.<sup>55</sup> Es lässt sich mit ad-Dabūsī darüber reflektieren, ob nicht die rechtstheoretischen und -methodischen Annahmen und Konzepte innerhalb des islamischen Rechts mit neueren Zugängen aus der zeitgenössischen Hermeneutik, Epistemologie und Rechtsphilosophie neugedacht, darin neue Wege gefunden, gar komplett neu strukturiert und neu ausformuliert werden können.

### Bibliographie

- ad-Dabūsī, Abū Zayd (2001): *تقويم الأدلة في أصول الفقه* [Taḳwīm al-adilla fī uṣūl al-fiqh], hrsg. von Ḥalīl Muḥyī ad-Dīn al-Mays, Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmīya.
- ad-Dabūsī, Abū Zayd (o.J.): *تأسيس النظر* [Ta’sīs an-naẓar], hrsg. von Muṣṭafā Muḥammad al-Qabbānī ad-Dimašqī, Beirut/Kairo: Dār Ibn Zaydūn/Maktabat al-Kulliyāt al-Azharīya.
- ad-Dabūsī, Abū Zayd (2015): *الأمد الأقصى* [al-Amad al-aqṣā], hrsg. von Muḥammad ‘Abd al-Qādir ‘Aṭā, Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmīya.
- an-Nasafī, Abū l-Muʿīn (1993): *تبصرة الأدلة* [Tabṣirat al-adilla] 1, hrsg. von Hüseyin Atay, Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı.
- Akgündüz, Ahmet: »Debūsī«, in: *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, islamansiklopedisi.org.tr/debusi (Zugriff: 25.6.2023).
- as-Samarqandī, ‘Alā’ ad-Dīn (1984): *میزان الأصول في نتائج العقول* [Mizān al-uṣūl fī natā’ij al-‘uqūl], hrsg. von Muḥammad Zakī ‘Abd al-Barr, Doha: Matba’at ad-Dawḥa.
- as-Saraḥṣī, Šams al-A’imma (1993): *كتاب المبسوط* [Kitāb al-Mabsūṭ] 15, Beirut: Dār al-Ma’rifa.
- Bedir, Murteza (2004): Reason and Revelation: Abū Zayd al-Dabūsī on Rational Proofs, in: *Islamic Studies* 43.2, S. 227–245.
- Bedir, Murteza (2006): Interplay of Sufism, Law, Theology and Philosophy: A Non-Sufi Mystic of 4<sup>th</sup>–5<sup>th</sup>/10<sup>th</sup>–11<sup>th</sup> Centuries, in: *El Sufismo y las normas del Islam*, hrsg. von Alfonso Carmona, Murcia: Editora Regional de Murcia Colección de Ibn ‘Arabī, S. 253–270.
- Bedir, Murteza (2012): Mâtürîdî Fıkıh Usûlü: Gerçek mi Kurgu mu?, in: *Büyük Türk Bilgini İmâm Mâtürîdî ve Mâtürîdilik*, hrsg. von İlyas Çelebi, Istanbul: M. Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, S. 412–420.
- Bonner, Michael (2010): The Waning of Empire, in: *The New Cambridge History of Islam* 1, hrsg. von Chase F. Robinson, Cambridge: Cambridge University Press, S. 305–359.
- Brockelmann, Carl: *Geschichte der Arabischen Litteratur* 1, Leiden: Brill 1943.

55 Vgl. Bedir: Interplay of Sufism, S. 256–258.

- Cerić, Mustafa (1995): *Roots of Synthetic Theology in Islām: A Study of the Theology of Abū Maṣṣūr al-Māturīdī* (d. 333/944), Kuala Lumpur: The International Institute of Islamic Thought and Civilization.
- Dhanani, Alnoor (1994): *Physical Theory of kalām: Atoms, Space, and Void in Basrian Muʿtazilī Cosmology*, Leiden/New York/Köln: Brill.
- Dhanani, Alnoor (2012): Al-Māturīdī and al-Nasafī on Atomism and the Tabāʿī, in: *Büyük Türk Bilgini İmām Mâtürîdî ve Mâtürîdîlik*, hrsg. von İlyas Çelebi, İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı, S. 65–76.
- Dhanani, Alnoor (2015): The Impact of Ibn Sīnā's Critique of Atomism on Subsequent Kalām Discussions of Atomism, in: *Arabic Sciences and Philosophy* 25.1, S. 79–104.
- Dhanani, Alnoor (<sup>3</sup>2016): Atomism in Islamic Thought, in: *Encyclopaedia of the History of Science, Technology, and Medicine in Non-Western Cultures*, hrsg. von Helaine Selin, Dordrecht: Springer, S. 794–797.
- Gleave, Robert (2013): *Islam and Literalism: Literal Meaning and Interpretation in Islamic Legal Theory*, Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Hacak, Hasan (2008): *Atomcu Evren Anlayışının İslam Hukukuna Etkisi. Kelam-Fıkıh İlişisine dair bir Analiz*, İstanbul: Ensar Neşriyat.
- Ibrahim, Bilal (2020): Beyond Atoms and Accidents. Fakhr al-Din al-Rāzī and the New Ontology of Postclassical Kalām, in: *Oriens* 48, S. 67–122.
- Kam, Hureyre (2019): *Das Böse als Gottesbeweis. Die Theodizee al-Māturīdīs im Lichte seiner Epistemologie, Kosmologie und Ontologie*, Berlin: EB-Verlag.
- Kamali Mohammad Hashim (2003): *Principles of Islamic Jurisprudence*, Cambridge: The Islamic Text Society.
- Kurnaz, Serdar (2016): *Methoden zur Normderivation im islamischen Recht. Eine Rekonstruktion der Methoden zur Interpretation autoritativer textueller Quellen bei ausgewählten islamischen Rechtsschulen*, Berlin: EB-Verlag.
- Kurnaz, Serdar (2018): Göttliches Recht im Wandel der Zeiten aus muslimischer Sicht, in: *Gibt Gott Gesetze? Ius divinum aus christlicher und muslimischer Perspektive*, hrsg. von Nora Kalbarczyk, Timo Güzelmansur und Tobias Specker, Regensburg: Pustet, S. 75–114.
- Kurnaz, Serdar (2020): Der Einfluss der Atomlehre auf die muslimische Rechts-tradition, in: *Frankfurter Zeitschrift für islamisch-theologische Studien* 5, S. 27–58.
- Kurnaz, Serdar (2023, i.E.): Epistemology and Legal Theory in Abū Zayd al-Dabūsī's (d. 430/1039) *Taqwīm al-adilla* – A Case Study on how Epistemological Assumptions Can Effect Legal Theory, Law and Theology, in: *Dynamics of Tradition: Islamic Law and Theology in Relation*, hrsg. von Idris Nassery und Muna Tatari, Leiden [u. a.]: Brill.
- Langermann, Y. Tzvi (2009): Islamic Atomism and the Galenic Tradition, in: *History of Science* 47.3, S. 277–295.

- Netton, Ian Richard (1991): *Muslim Neoplatonism. An Introduction to the Thought of the Brethren of Purity (Ikhwān al-Ṣafāʾ)*, Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Pines, Shlomo (1936): *Beiträge zur islamischen Atomenlehre*, Leipzig: Harrassowitz.
- Rudolph, Ulrich (1996): *al-Maturīdī und die sunnitische Theologie in Samarkand*, Leiden/New York/Köln: Brill.
- Rudolph, Ulrich (1997): Das Entstehen der Māturīdīya, in: *Zeitschrift der Deutschen Morgenländischen Gesellschaft* 147, S. 394–404.
- Sabra, A. I. (2009): The Simple Ontology of Kalām Atomism: An Outline, in: *Early Science and Medicine* 14.1, S. 68–78.
- Sezgin, Fuat (1967): *Geschichte des arabischen Schrifttums* 1, Leiden: Brill.
- Usta, Aydın: »Sâmânîler«, in: *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, islaman-siklopedisi.org.tr/samaniler (Zugriff: 25.6.2023).
- van Ess, Josef (2018): 60 Years After: Shlomo Pines's *Beiträge* and Half a Century Research on Atomism in Islamic Theology, in: *Kleine Schriften by Josef van Ess*, hrsg. von Hinrich Biesterfeldt, Leiden/Boston: Brill, S. 1121–1144.
- Wheeler, Brannon M. (2014): »al-Dabūsī, Abū Zayd«, in: *Encyclopaedia of Islam, THREE*, hrsg. von Kate Fleet u. a., [referenceworks.brillonline.com/entries/encyclopaedia-of-islam-3/al-dabusi-abu-zayd-COM\\_25771?lang=de](https://referenceworks.brillonline.com/entries/encyclopaedia-of-islam-3/al-dabusi-abu-zayd-COM_25771?lang=de) (Zugriff: 25.6.2023).
- Young, Walter Edward (2017): *The Dialectical Forge. Juridical Disputation and the Evolution of Islamic Law*, Basel: Springer International Publishing.



# Zur Einführung (teilweise) schiitischer Personalstatutsgesetze in Bahrain (2017) und Kuwait (2019)

Lara-Lauren Goudarzi-Gereke

## A. Einleitung

Religiöse Rechtsspaltung ist im Personalstatut arabischer Länder keine Ausnahme. Anerkannten nicht-muslimischen Religionsgemeinschaften ist in der Regel die Anwendung eigenen religiösen Familienrechts in gesetzlich kodifizierter oder unkodifizierter Form erlaubt. In den vergangenen zwei Jahrzehnten ist daneben auch innerislamischer Rechtspluralismus Gegenstand familienrechtlicher Gesetzesvorhaben geworden. Die Einführung von Personalstatuts- bzw. Familiengesetzen, die der zwölfschiitischen (*ğāfaritischen*) Rechtsschule folgen und neben einem explizit sunnitischen oder überkonfessionell islamischen Gesetz gelten sollten, wurde im Irak, in Bahrain und Kuwait, und auch außerhalb der arabischen Welt, in Afghanistan und Pakistan, in unterschiedlicher Form und mit unterschiedlichen Ergebnissen diskutiert.

Dieser Beitrag befasst sich mit den Entwicklungen in den beiden Golfmonarchien Bahrain und Kuwait. In Bahrain, wo etwa 60–75 % der Bevölkerung schiitisch ist, wurde 2017 nach jahrelangen Auseinandersetzungen ein Familiengesetz eingeführt, das als einheitlich (*muwaḥḥad*) bezeichnet wird, zugleich aber in zahlreichen Bereichen separate Regelungen für Sunniten und Schiiten enthält. In Kuwait, wo Schiiten eine Minderheit von rund 30 % ausmachen, wurde 2019 ein schiitisches Personalstatutsgesetz eingeführt, das erstmals Familienrecht für Schiiten im Land gesetzlich regelt.<sup>1</sup>

Im Folgenden sollen die Umstände der Einführung sowie ausgewählte Vorschriften dieser beiden Gesetze näher beleuchtet werden, um Gemeinsamkeiten und Unterschiede sowie spezifisch schiitische Themen im Kontext moderner Gesetzgebung und innerislamischer Rechtsspaltung aufzuzeigen und damit einen Blick auf Aspekte von Staat und Gesetzgebung in modernen muslimischen Staaten zu werfen, die bisher wenig untersucht sind.

Nach einer Darstellung der Entstehung und Einführung der beiden Gesetze und des jeweiligen politischen Kontextes (B) werden Zuständigkeit und Anwendungsbereich behandelt (C) und anschließend zwei ausgewählte Regelungsbereiche vorgestellt (D), die auf unterschiedliche Weise die mit islamischen Familienrechtsdebatten stets verbundene Frage der Rechte von Frauen berühren:

---

<sup>1</sup> Zum schiitischen Bevölkerungsanteil verschiedener Länder vgl. Pew Research Center: *Mapping the Global Muslim Population*.



*ṭalāq* (Verstoßungsscheidung) und *ḥaḍāna* (tatsächliche Personensorge). Hierbei handelt es sich um zwei Beispiele für Unterschiede zwischen sunnitischem und schiitischem Familienrecht, die in Meinungsbeiträgen zu schiitischen Familiengesetzen von unterschiedlichen Akteuren als praktisch besonders relevant thematisiert wurden. Abschließend werden ausgehend von diesen drei Abschnitten einige Überlegungen zum schiitischen Familienrecht als Aushandlungsort spezifischer politischer, religiöser und rechtlicher Fragen formuliert.

## *B. Entstehung und Einführung der Gesetze*

### *I. Bahrain*

Während bahrainische Frauenrechtsaktivistinnen sich bereits seit den 1980er Jahren für eine gesetzliche Kodifizierung des Familienrechts einsetzten, wurde die Thematik erst deutlich später auch von anderen Akteuren aufgegriffen. Um die Jahrtausendwende legte der schiitische Gelehrte Muḥsin Āl ‘Aṣṣūr, der zu dieser Zeit als schiitischer Richter tätig war, zwei umfangreiche Kodifizierungen schiitischen Familienrechts vor, die sich allerdings nicht als verbindliche Grundlage für die schiitischen Richter durchsetzen konnten. Etwa im selben Zeitraum gelangte das Thema nach dem Amtsantritt des derzeitigen – sunnitischen – Königs Ḥamad Āl Ḥalifa auch auf die Agenda der Regierung. Bis dahin wendeten sunnitische Kammern gesetzlich nicht kodifiziertes sunnitisches Familienrecht an und schiitische Kammern entsprechend Familienrecht nach schiitischer Rechtslehre.<sup>2</sup>

Der Beitritt Bahrains zur UN-Frauenrechtskonvention 2002 und der in dieser Zeit auf Anordnung des Königs erarbeitete Entwurf für ein Familiengesetz sollten dazu beitragen, dem Königreich das Image eines modernen Rechtsstaats zu verleihen.

(Sunnitische) Familienrechtskodifizierungen hielten in den folgenden Jahren auch in anderen Golfmonarchien erstmals Einzug in die Gesetzblätter. Nachdem in Bahrain zunächst vorgesehen war, zwei eigenständige Kodifikationen – eine sunnitische und eine schiitische – zu erarbeiten, wurde im Verlauf des Kodifizierungsprozesses beschlossen, einen größtenteils einheitlichen Entwurf vorzulegen, der eine Reihe von separaten Vorschriften für Schiiten und für Sunniten enthalten sollte. Die öffentliche Ankündigung eines solchen einheitlichen Gesetzes entzündete im September 2002 »einen Feuersturm der Kontroversen«.<sup>3</sup> Von schiitischer Seite wurde befürchtet, ein einheitliches Gesetz würde die schiitische Lehre nicht berücksichtigen und schiitischen Gläubigen nicht-schiitisches Recht aufzwingen. Viele bahrainische schiitische Gelehrte lehnten das Gesetz

<sup>2</sup> Vgl. zu Entwicklungen bis ca. 2014 Möller: *Modernes Recht für die Familie*; Kinninmont: *Framing the Family Law*; Russel Jones: *The Battle over Family Law*.

<sup>3</sup> Vgl. Russel Jones: *God's Law or State's Law*, S. 29.

vehement ab, da über göttliches Recht nicht in Parlamenten abgestimmt werden könne und schiitisches Recht nicht von Personen verabschiedet werden dürfe, die nicht zum *ig̃tihād* qualifiziert sind. *Iḡtihād* (wörtlich ›Anstrengung‹, ›Bemühung‹) ist ein grundlegendes Element schiitischer Glaubenspraxis und Rechtslehre. Die in der Moderne dominante rechtsdogmatische Strömung der Schia geht davon aus, dass Rechtsbestimmungen ausschließlich durch qualifizierte Gelehrte unter Anwendung bestimmter Methoden aus den Textquellen (Koran und Hadith, einschließlich der Überlieferungen der zwölf schiitischen Imame) oder, ergänzend, durch Einsatz der Vernunft abgeleitet werden dürfen. Mehrere zum *ig̃tihād* qualifizierte Gelehrte, bezeichnet als *muḡtahids*, können in derselben Rechtsfrage zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, die jeweils als gültig gelten. Für den einzelnen Gläubigen ist prinzipiell nur die Rechtsmeinung des Gelehrten maßgeblich, den er als seine ›Quelle der Nachahmung‹ (*marḡaʿ at-taqlīd*) anerkennt. In der Regel kann nur einem lebenden Gelehrten als *marḡaʿ* gefolgt werden.<sup>4</sup>

Während für die schiitische Opposition die Verteidigung schiitischer Glaubensprinzipien und Autonomie im Vordergrund stand, betonten Frauenrechtsaktivistinnen und Regierung die Bedeutung der Familienrechtskodifizierung als wichtiges Instrument gegen Rechtsunsicherheit, langwierige Verfahren, Diskriminierung von Frauen und richterliche Willkür. Oppositionelle schiitische Gelehrte erklärten wiederum, diese Probleme würden nicht durch ein geschriebenes Gesetz gelöst, sondern durch eine ausreichende Anzahl qualifizierter Richter und die Behebung sozioökonomischer Missstände. Ein schiitisches Familiengesetz galt ihnen nur als akzeptabel, wenn dieses von schiitischen Gelehrten ausgearbeitet würde und von einer Verfassungsgarantie begleitet, wonach Gesetzesänderungen der Zustimmung der höchsten schiitischen Autorität, derzeit der *marḡaʿ at-taqlīd* Āyatullāh Sīstānī im irakischen Nadschaf, bedürften – eine Forderung, die für die Regierung ausgeschlossen war.<sup>5</sup> Sīstānī gilt in Bahrain, wie auch in der gesamten schiitischen Welt, als der *marḡaʿ* mit den höchsten Anhängerzahlen.<sup>6</sup>

Als Reaktion auf den breiten Widerstand der Schiiten wurde der erste Entwurf zurückgezogen. Begleitet von einer Kampagne, die die Bevölkerung vom Nutzen gesetzlicher Familienrechtskodifikationen überzeugen sollte, wurden nun zwei separate Entwürfe erarbeitet, die bei der schiitischen Opposition weiterhin auf Ablehnung stießen. Die Spannungen zwischen der schiitischen Bevölkerungs-

<sup>4</sup> In Bahrain hat diese Strömung, bezeichnet als *uṣūliya*, erst in den vergangenen Jahrzehnten stärkere Verbreitung gefunden. Daneben hat die *aḥbārīya*, die ihre Blütezeit im 17. Jahrhundert erlebte, in Bahrain noch viele Anhänger. Die *aḥbārīya* erkennt die genannte Autorität von *muḡtahids* und den *ig̃tihād* als Mittel der Rechtsfindung grundsätzlich nicht an. In Bahrain lässt sich allerdings eine Annäherung an die *uṣūliya* und damit auch eine Anerkennung des *ig̃tihād* beobachten, vgl. Louër: *Transnational Shia Politics*, S. 111.

<sup>5</sup> Vgl. Russel Jones: *The Battle over Family Law*, S. 38 f.

<sup>6</sup> Vgl. Russel Jones: *God's Law or State's Law*, S. 103; Kadhim/Alrebh: *A Shift Among the Shi'a*, S. 5.

mehrheit, die politisch unterrepräsentiert ist, und der sunnitischen Minderheit, die das Königshaus und die meisten Regierungsmitglieder stellt, sind Teil eines Phänomens, das in den letzten Jahren unter dem Stichwort *sectarianism* oder Konfessionalismus viel Aufmerksamkeit erhalten hat und Politik und Gesellschaft in Bahrain maßgeblich prägen. Die Familienrechtfrage als Schauplatz der Auseinandersetzungen zwischen schiitischer Opposition und sunnitischer Staatsführung wurde von einer Rechtsstaats- und Frauenrechtsfrage zu einer (identitäts-)politischen Angelegenheit mit großem Mobilisierungspotential, das sich im November 2005 in einem Protest gegen das Gesetzesvorhaben mit, so wird geschätzt, über 100 000 Teilnehmern entlud.<sup>7</sup>

Erst 2009 wurden die beiden neu erarbeiteten Entwürfe dem Parlament vorgelegt, verabschiedet wurde jedoch nur der sunnitische, der als ›Gesetz über die Bestimmungen der Familie, erster Teil‹ (*qānūn aḥkām al-usra [al-qism al-awwal]*)<sup>8</sup> in Kraft trat. Überkonfessionelle Demonstrationen im Frühjahr 2011 im Rahmen des sogenannten Arabischen Frühlings hatten ein hartes Durchgreifen der Regierung zur Folge, welches in den folgenden Jahren zur Auflösung schiitischer politischer Gruppen wie auch des in der Opposition gegen das Gesetz aktiven schiitischen Gelehrtenrates (Islamic Scholars' Council, ISC) führte. Das (teilweise) einheitliche Familiengesetz von 2017 (*qānūn al-usra*)<sup>9</sup> erfuhr vergleichsweise wenig Widerstand, wurde von oppositionellen Gelehrten aber weiterhin abgelehnt. Es weiche, so die Kritik, von der schiitischen Rechtslehre ab und sei zudem von Personen verfasst und verabschiedet worden, denen die Qualifikation zum *iğtihād* fehle.<sup>10</sup> Die »battle over family law«<sup>11</sup> war ein »power struggle«,<sup>12</sup> den die Regierung gewonnen hat und der über die konkrete Thematik des Familienrechts weit hinaus ging.

## II. Kuwait

In Kuwait verliefen die Entwicklungen deutlich anders. Das Verhältnis zwischen Sunniten und Schiiten gilt in Kuwait als eines der friedlichsten in der Region, wenngleich konfessionalistische Spannungen auch hier zunehmend auftreten. Das sunnitische Herrscherhaus verfolgt eine gänzlich andere Strategie gegenüber

<sup>7</sup> Vgl. Russel Jones: The Battle over Family Law, S. 33.

<sup>8</sup> Gesetz Nr. 19/2009 über die Einführung des Gesetzes über die Bestimmungen der Familie (erster Teil) (*qānūn bi-ṣḍār qānūn aḥkām al-usra [al-qism al-awwal]*), Gesetzblatt (*al-ḡarīda ar-rasmiya*) Nr. 2898 vom 4.6.2009.

<sup>9</sup> Gesetz Nr. 19/2017 über die Einführung des Familiengesetzes (*qānūn bi-ṣḍār qānūn al-usra*) Gesetzblatt Nr. 3323 vom 20.7.2017.

<sup>10</sup> Vgl. bahrainmirror.com: *من كبار علماء الدين الشيعة في البحرين*.

<sup>11</sup> Russel Jones: The Battle over Family Law.

<sup>12</sup> Kinninmont: Framing the Family Law, S. 53, 56.

der schiitischen Bevölkerung als das bahrainische, betont den überkonfessionellen Zusammenhalt im Land und präsentiert sich als »neutral arbitrator«.<sup>13</sup>

Sunnitisches Familienrecht ist in Kuwait seit 1984 gesetzlich geregelt.<sup>14</sup> Das kuwaitische Personalstatutsgesetz von 1984 ist gemäß Art. 346 grundsätzlich nur auf Muslime anwendbar, die der sunnitisch-malikitischen Rechtsschule folgen. Für Nichtmalikiten sind die Bestimmungen ihrer jeweiligen Rechtsschule anzuwenden. Damit sollte Schiiten die Anwendung des Rechts gemäß ihrer Rechtsschule im Personalstatut ermöglicht werden. Aus Gründen der Bewahrung der nationalen Einheit wurde auf eine explizite Nennung der Schiiten im Gesetz verzichtet. Seit 2004 gab es Bemühungen, schiitisches Personalstatutsrecht verfahrensrechtlich und später materiellrechtlich gesetzlich zu regeln. Die erarbeiteten Gesetzesentwürfe kamen aber nie über eine erste Phase hinaus, zu groß war die befürchtete Gefährdung der nationalen Einheit.<sup>15</sup> In den letzten Jahren hat sich die Wahrnehmung der Bedeutung eines schiitischen Personalstatutsgesetzes für die nationale Einheit in ihr Gegenteil gewandelt. 2017 wurden im Parlament zwei Gesetzesentwürfe für ein schiitisches Personalstatutsgesetz von schiitischen Abgeordneten vorgelegt, die die Grundlage für das 2019 in Kraft getretene Gesetz bildeten, das nunmehr als Beitrag zur nationalen Einheit gepriesen wurde. Es galt als Anerkennung und Implementierung von Religionsfreiheit, religiöser Diversität, Offenheit und als Konsens der schiitischen Gemeinschaft. Weiterhin wurde es als Errungenschaft für die Rechte von Frauen bezeichnet und als wichtiger Schritt für die Vereinfachung von Gerichtsverfahren für alle Beteiligten.<sup>16</sup> Damit klangen in Kuwait auch einige der Hauptargumente schiitischer Gesetzesbefürworter im Irak und in Afghanistan an, nämlich die der Anerkennung der Schiiten als Teil der jeweiligen Nation und der Anerkennung ihrer verfassungsmäßigen Rechte. Anders als in Kuwait prägten Unrechtserfahrungen von Schiiten unter sunnitischer Herrschaft im Irak vor 2003 und in Afghanistan vor 2001 die dortigen Diskurse, die im Rahmen der Neuordnung des jeweiligen politischen Systems aufkamen, erheblich.

Der öffentliche Diskurs in Kuwait hatte nicht nur Fragen der nationalen Einheit und der Rechte der Schiiten zum Gegenstand, sondern auch die innerschiitische Frage nach dem Verhältnis von gesetzlicher Kodifikation und *iğtihād*. Die Frage nach der (Un-)Vereinbarkeit von *iğtihād*, also der Unabhängigkeit und rechtlichen Autorität der Rechtsgelehrten, und gesetzlicher Kodifizierung und damit staatlich bestimmter Vereinheitlichung und Festlegung von Rechtsnormen, ist insbesondere im Bereich des Personalstatuts nicht neu und fand beispielsweise

<sup>13</sup> Hafidh/Fibiger: Civic Space and Sectarianism, S. 110.

<sup>14</sup> Gesetz Nr. 51/1984 über das Personalstatut (*Qānūn fī šāʾn al-aḥwāl aš-šaḥṣiya*), Gesetzblatt (*al-Kuwayt al-yawm*) Nr. 1570 vom 23.7.1984.

<sup>15</sup> So die Darstellung des kuwaitischen Journalisten ʿAbd al-Laṭīf b. Naḥī; vgl. ders.: جريمة إقرار قانون الأحوال الشخصية الجعفرية.

<sup>16</sup> Vgl. Ibn Naḥī: «الأحوال الشخصية الجعفرية»; al-Muğāmis: «جريمة إقرار قانون الأحوال الشخصية الجعفرية»; csrgulf: مكاسب الكويتيات.

Ausdruck in der vehementen Ablehnung des irakischen Personalstatutsgesetzes von 1959 durch schiitische Gelehrte.<sup>17</sup> In Kuwait wurde die Vereinbarkeit von gesetzlicher Kodifikation und *iğtihād* in öffentlichen Meinungsbeträgen begründet mit dem Verweis auf die Eindeutigkeit vieler familienrechtlicher Bestimmungen in den religiösen Quellen und die große Einigkeit, die hinsichtlich der meisten Bestimmungen des Personalstatuts unter den schiitischen Gelehrten herrsche und keinen Bedarf nach *iğtihād* aufkommen ließe.<sup>18</sup>

## C. Allgemeines und Zuständigkeiten

### I. Bahrain

Das bahrainische Familiengesetz von 2017 umfasst 141 Artikel und regelt ausschließlich das Familienrecht. Die Mehrzahl der Artikel gilt einheitlich für Sunniten und Schiiten. 47 Artikel enthalten spezielle Bestimmungen für beide oder eine der beiden Rechtsschulen bzw. Konfessionen, eingeleitet jeweils durch *wafqan li-l-fiqh as-sunnī* (gemäß der sunnitischen Rechtslehre) und *wafqan li-l-fiqh al-ğāfarī* (gemäß der ġāfaritischen Rechtslehre). Grundsätzlich kommen dabei die Bestimmungen derjenigen Rechtsschule zur Anwendung, nach der der Streitgegenständliche Ehevertrag geschlossen wurde.<sup>19</sup>

Für Fälle, in denen das Gesetz entscheidungsrelevante Fragen nicht regelt, hat der Richter bei sunnitischen Streitparteien auf Grundlage der allgemein anerkannten (*mašhūr*) Meinung der malikitischen Rechtsschule zu entscheiden oder, sollte diese nicht vorliegen, die einer der anderen sunnitischen Rechtsschulen heranzuziehen. Ist schiitisches Recht anzuwenden, ist der *mašhūr*-Meinung in der ġāfaritischen Rechtslehre (*fiqh*) zu folgen oder auf Grundlage der Texte und allgemeinen Grundsätze der Scharī'a zu urteilen (Art. 3 Einführungsgesetz).

Die für Rechtsstreitigkeiten zwischen Muslimen im Bereich des Personalstatuts zuständige Scharī'a-Gerichtsbarkeit umfasst drei Instanzen. Die Gerichte verfügen in Übereinstimmung mit dem Gesetz über die richterliche Gewalt von 2002 jeweils über eine sunnitische und eine schiitische (*ğāfarīya*) Kammer (*dā'ira*).<sup>20</sup> Die an den Scharī'a-Gerichten tätigen schiitischen Richter haben ihre Ausbildung an religiösen Lehrinstituten im In- oder Ausland (vorrangig Nadschaf, Kerbela und Ghom)

<sup>17</sup> Vgl. Mallat: Shi'ism and Sunnism, S. 148.

<sup>18</sup> Vgl. aljarida.com: المستشار علي الموسوي ل الأحوال الجعفرية في الكويت; aljarida.com: المستشار علي الموسوي ل الأحوال الجعفرية; al-Muğāmis: «الأحوال الشخصية الجعفرية».

<sup>19</sup> Wurde der Ehevertrag außerhalb Bahrains geschlossen, ist die anzuwendende Rechtsschule folgendermaßen festzustellen: Wird aus dem Ehevertrag ersichtlich, auf welcher Rechtsschule er beruht, ist deren Recht anzuwenden. Ist dies nicht der Fall und einigen sich die Ehegatten bei Klageerhebung auf eine Rechtsschule, so findet deren Lehre Anwendung. Und schließlich, sollte auch dies nicht möglich sein, findet das Recht der Rechtsschule Anwendung, welcher der Ehemann zum Zeitpunkt der Eheschließung angehörte (Art. 5 Einführungsgesetz).

<sup>20</sup> Art. 13, 20 Gesetzesverordnung Nr. 42/2002 zum Gesetz über die richterliche Gewalt (*marsūm bi-qānūn bi-iṣḍār qānūn as-sulṭa al-qaḍā'ya*), Gesetzblatt Nr. 2553 vom 23.10.2002.

erhalten und werden vom König ernannt.<sup>21</sup> 2018 wurde ergänzend zur Einführung des einheitlichen Familiengesetzes als weiterer Schritt der Modernisierung und Vereinfachung des Zugangs zu Gerichten ein neuer Gebäudekomplex für Familiengerichte (*mağma' mahākim al-usra*) eröffnet. Neben einer Unterhaltskasse und Schlichtungs-, Antrags- und Beurkundungsstellen sind alle familiengerichtlichen Instanzen dort untergebracht. Die Gerichte werden überwiegend, auch in Regierungsveröffentlichungen, als Familiengerichte (*mahākim al-usra*) und nicht, wie in den gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Grundlagen, als Scharī'a-Gerichte (*mahākim šarīya*) bezeichnet.<sup>22</sup>

## II. Kuwait

Das schiitische Personalstatutsgesetz Kuwaits umfasst 510 Artikel und regelt neben dem Familienrecht auch das Erb- und Stiftungsrecht. Der familienrechtliche Teil umfasst 253 Artikel. Das Gesetz wurde im Gesetzblatt mit einem erklärenden Memorandum (*mudakkira idāhiya*) veröffentlicht, das Definitionen und Verweise auf Koran und Hadith und die herrschende Meinung der Gelehrten enthält. Auch im kuwaitischen Fall ist das Recht derjenigen Rechtsschule anzuwenden, nach der der Streitgegenständliche Ehevertrag geschlossen wurde (Art. 5 Einführungsgesetz).

Enthält das Gesetz keine Regelung für eine bestimmte Frage, ist auf die Meinung eines »umfassend zum *iğtihād* qualifizierten, über herausragende Gelehrsamkeit im ġa'faritischen Recht verfügenden lebenden *marğa' at-taqlid*« (*al-marğa' al-ḥayy al-a'lam li-l-ğa'fariya al-ğāmi' aš-šarā'iṭ at-taqlid*) zurückzugreifen. Diese Bezeichnung ist insofern bemerkenswert, als dass in keinem anderen der Verfasserin bekannten schiitischen Gesetz oder Entwurf so umfassend die schiitische *marğa'iya*-Doktrin aufgenommen wurde. Interessant ist diese Bestimmung auch, weil sie *de facto* auf eine ausländische Autorität verweist, da in Kuwait derzeit kein *marğa'* ansässig ist.<sup>23</sup> Hier wird der Kontrast zu Bahrain deutlich, wo Verbindungen schiitischer Bürger zum schiitischen Ausland und zu ausländischen Gelehrten regelmäßig als verdächtig gelten.<sup>24</sup> Offen lässt das kuwaitische Gesetz, wie der Richter den *marğa'* auszuwählen hat.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> Vgl. Möller: Modernes Recht für die Familie, S. 84 f.

<sup>22</sup> Vgl. Broschüre des bahrainischen Justizministeriums, Wizārat al-'adl wa-š-šu'un al-islāmīya wa-l-awqāf: الافتتاح الرسمي لمحكمة مجمع الأسرة.

<sup>23</sup> Kadhīm/Alrebh: *A Shift Among the Shi'a*, S. 2 ff.

<sup>24</sup> Dies hat nicht zuletzt damit zu tun, dass Gläubige religiöse Abgaben und Steuern an ihren *marğa'* zahlen und damit erhebliche finanzielle Mittel von schiitischen Gelehrten verwaltet werden, die u. a. in den Bereichen religiöse Bildung und soziale Wohlfahrt eingesetzt werden, aber, so der Verdacht, auch zur Verfolgung politischer Ziele eingesetzt werden könnten, vgl. Kadhīm/Alrebh: *A Shift Among the Shi'a*, S. 2 f.

<sup>25</sup> Eine Ausnahme findet sich in Art. 504, wonach das Bestehen des Erbanspruchs der Ehefrau auf Grundeigentum des Ehemannes sich nach der Meinung des *marğa'* der Ehefrau richtet. Unter schiitischen Gelehrten werden bezüglich der Vererbung von unbeweglichem bzw. Grundeig-

Fälle mit schiitischen Beteiligten werden auch in Kuwait von schiitischen Kammern entschieden. Diese wurden ursprünglich von den Gerichten im Rahmen ihrer Verwaltungsbefugnisse eingerichtet.<sup>26</sup> 2015 wurden mit dem Gesetz über die Familiengerichte<sup>27</sup> die familienrechtlichen Kammern der erstinstanzlichen Gerichte und der Berufungsgerichte an neu eingeführten Familiengerichten (Sg. *maḥkamat al-usra*) angesiedelt. Im Gesetzestext selbst werden die schiitischen Kammern nicht erwähnt, wohl aber im mit dem Gesetz veröffentlichten erklärenden Memorandum. Das Einführungsgesetz zum schiitischen Personalstatutsgesetz von 2019 schließlich regelt die Zuständigkeit der ḡaʿfaritischen Kammern der erstinstanzlichen, Berufungs- und Revisionsgerichte und verankert diese damit erstmals im Gesetz.

#### D. Ausgewählte Regelungsbereiche

Bedeutung und Besonderheiten der beiden Gesetze auf materiellrechtlicher Ebene sollen nun anhand zweier Beispiele näher betrachtet werden. Die grundlegenden Rechtsinstitute und Charakteristika des islamischen Familienrechts, etwa der Vertragscharakter der Ehe, die verschiedenen Möglichkeiten zur Eheauflösung, Brautgeld und Unterhalt, Vormundschaft und Personensorge, finden sich im sunnitischen wie auch im schiitischen Recht. Unterschiede bestehen in der Regel in Detailfragen. Als einer der größten und kontroversesten Unterschiede ist die Zeitehe (*nikāḥ al-mutʿa*) zu nennen, die in den vier sunnitischen Rechtsschulen verboten, nach zwölfschiitischem (*ḡaʿfaritischem*) Recht jedoch erlaubt ist. Da diese Form der Ehe in den hier behandelten Gesetzen allenfalls angedeutet und nicht explizit geregelt wird, ist sie trotz ihres Charakters als schiitisches Alleinstellungsmerkmal nicht Gegenstand dieses Beitrags.

#### I. Ṭalāq

Der *ṭalāq* als unilateral durch den Ehemann ausgesprochene Verstoßungsscheidung ist in der modernen Gesetzgebung muslimischer Staaten von einer außergerichtlichen, nicht begründungsbedürftigen Privatscheidung in eine vorwiegend durch verfahrensrechtliche Bestimmungen gerichtlich oder auf andere Weise behördlich regulierte Form übergegangen. Hinsichtlich der Wirksamkeitsvo-

gentum an die Ehefrau unterschiedliche Meinungen vertreten, vgl. dazu Yassari: Reform des Ehegattenerbrechts, S. 991 ff. Eine generelle Möglichkeit, die Auswahl des *marḡaʿ* zu regeln, enthält das Schiitische Personalstatutsgesetz Afghanistans, nach dem in bestimmten Fällen auf die Meinung des *marḡaʿ* des Klägers und in anderen Fällen auf die Meinung des *marḡaʿ* des Beklagten zurückzugreifen ist, siehe Art. 2 Abs. 3 Gesetz über das Personalstatut der Schiiten (*qānūn-e aḥvāl-e šaḥṣīye-ye ahl-e tašayyo*), Gesetzblatt Nr. 988 vom 26.7.2009.

<sup>26</sup> Vgl. al-ʿAryān: قانون الأحوال الجعفرية.

<sup>27</sup> Gesetz Nr. 12/2015 zur Einführung des Gesetzes über die Familiengerichte (*qānūn bi-iṣḍār qānūn maḥākīm al-usra*), Gesetzblatt Nr. 1228 vom 22.3.2015.



raussetzungen des *ṭalāq* sehen dabei die schiitischen Bestimmungen des klassischen Rechts Restriktionen für den Ehemann vor, die das sunnitische Recht nicht fordert. Wie sich dies auf die beiden Gesetze und die Diskussion um ihre Einführung niedergeschlagen hat, soll im Folgenden näher betrachtet werden. Die hier erläuterten Wirksamkeitsvoraussetzungen des *ṭalāq* werden beispielhaft herangezogen, stellen allerdings nicht die einzigen Unterschiede im Scheidungsrecht dar.<sup>28</sup>

### 1. Bahrain

Das (teilweise schiitische) bahrainische Gesetz legt die verschiedenen Wirksamkeitsvoraussetzungen für den *ṭalāq* in den Art. 82 ff. fest. Art. 86 enthält diejenigen rechtsschulspezifischen Wirksamkeitsvoraussetzungen, die neben der Zeitehe und dem Erbrecht in der islamwissenschaftlichen Literatur zu den drei größten Unterschieden zwischen schiitischem und sunnitischem Recht gezählt werden.<sup>29</sup> Art. 86 Abs. 1 beginnt mit den sunnitischen Bestimmungen:

وفقاً للفقه السني:

- (أ) لا يقع الطلاق المعلق على فعل شيء للحث عليه أو على تركه لمنع منه إلا إذا قصد به الطلاق.  
 (ب) لا يقع الطلاق بالحنث بيمين الطلاق، أو الحرام إلا إذا قصد به الطلاق.  
 (ج) لا يقع الطلاق المقترن بالعدد لفظاً أو كتابة أو بالإشارة إلا طلبة واحدة.

Gemäß des sunnitischen *fiqh*:

- a) Der bedingte *ṭalāq*, der eine Handlung herbeiführen oder eine Unterlassung verhindern soll, ist nicht wirksam, es sei denn, durch ihn wird der *ṭalāq* beabsichtigt.
- b) Der *ṭalāq* durch Bruch eines Scheidungsseides oder einer Verbotserklärung ist nicht wirksam, es sei denn, durch ihn wird der *ṭalāq* beabsichtigt.
- g) Der mündlich, schriftlich oder durch eine Geste mit einer Zahl verbundene *ṭalāq* ist nur als einmaliger *ṭalāq*-Ausspruch wirksam.

Geregelt wird hier neben der Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit eines bedingten *ṭalāq* oder *ṭalāq* durch Eidbruch (beispielsweise *ṣihār* oder *ilā*<sup>30</sup>) auch die Unbeachtlichkeit der Nennung einer Zahl in Verbindung mit dem *ṭalāq*. Damit wird die sofortige Unwiderrufbarkeit eines dreifachen *ṭalāq* ausgeschlossen. Das Gesetz schließt sich hier, wie viele andere muslimische Personalstatutsgesetze, einer sunnitischen Mindermeinung, die auch die Schiiten teilen, an, wonach ein

<sup>28</sup> So ist der Zugang zur Scheidung für Frauen im klassischen schiitischen Recht ebenfalls restriktiver als im malikitisch-sunnitischen Recht. Letzteres hat Eingang in die sunnitisch geprägte Gesetzgebung auch nicht malikitisch dominierter Staaten gefunden. Gesetzliche Regelungen zum schiitischen Scheidungsrecht in Iran, Afghanistan, Bahrain und Kuwait folgen modernen Auslegungen und erweitern damit den Zugang zur Scheidung für Frauen. Vgl. bspw. für Iran, Yasari: Überblick über das iranische Scheidungsrecht.

<sup>29</sup> Vgl. Madelung: Shi'i Attitudes Toward Women, S. 71; Halm: *Die Schia*, S. 176.

<sup>30</sup> Vgl. zu diesen Formen des *ṭalāq* Ebert/Heilen: *Islamisches Recht*, S. 159.



dreifacher *ṭalāq* nicht nur missbilligt wird, sondern auch lediglich als einmaliger und prinzipiell widerrufbarer Ausspruch wirksam wird.<sup>31</sup> Die sunnitische Regelung des Art. 86 betrifft hier somit bestimmte Sonderfälle des *ṭalāq*-Ausspruchs.

Der für Schiiten geltende zweite Absatz der Vorschrift hingegen legt Voraussetzungen fest, die grundsätzlich jeder *ṭalāq*-Ausspruch erfüllen muss:

وفقاً للفقهاء الجعفري لا يقع الطلاق صحيحاً إلا إذا كان منجزاً وكانت الزوجة في طهر غير طهر المواقعة وبحضور شاهدي عدل.

Gemäß des ḡaʿfaritischen *fiqh* ist der *ṭalāq* nur rechtsgültig wirksam, wenn er mit sofortiger Wirksamkeit, während die Ehefrau in einer Phase der Reinheit ist, in der kein Geschlechtsverkehr stattgefunden hat, und in Anwesenheit zweier [männlicher] rechtschaffener Zeugen ausgesprochen wird.

Der *ṭalāq* muss nach schiitischem Recht demnach

1. mit sofortiger Wirkung
2. während einer Phase der Reinheit der Frau zwischen zwei Menstruationsperioden (*ṭuhr*), ohne dass in dieser Phase der Reinheit Geschlechtsverkehr stattgefunden hat,
3. in Anwesenheit zweier rechtschaffener männlicher Zeugen

ausgesprochen werden. Art. 86 fasst damit die Hauptunterschiede zwischen den Voraussetzungen des *ṭalāq* nach schiitischem und sunnitischem Recht zusammen. Die Regelungen sind für den Ehemann im schiitischen Recht durch die Beachtung des Reinheitsstatus der Ehefrau und des Zeugenerfordernisses erkennbar restriktiver als im sunnitischen Recht. Teilweise nivelliert werden diese Unterschiede allerdings durch die bereits erwähnte verfahrensrechtliche Einhegung des *ṭalāq*, die auch in Bahrain besteht. Der *ṭalāq* muss unabhängig von der Rechtsschule grundsätzlich vor dem Richter ausgesprochen werden, der zunächst einen Versuch zur Versöhnung (*iṣlāḥ*) zu unternehmen hat (Art. 89).

## 2. Kuwait

Im (rein schiitischen) kuwaitischen Gesetz werden die genannten Wirksamkeitsvoraussetzungen für den *ṭalāq* in mehreren Artikeln geregelt. Art. 171 und 173 nennen die Voraussetzung des Zustandes der Reinheit der Ehefrau und präzisieren diese, indem sie einen *ṭalāq*, der während der Menstruation oder Wochenbettblutung der Frau ausgesprochen wird oder in einer Phase der Reinheit, in der die Eheleute Geschlechtsverkehr hatten, für ungültig erklären.

Die folgenden Artikel regeln bestimmte Ausnahme- und Sonderfälle. Wirksam ist der *ṭalāq* während der Menstruation der Ehefrau demnach, wenn die Ehe noch nicht vollzogen wurde, die Frau erkennbar schwanger ist oder der Ehemann abwesend ist oder aus anderen Gründen nicht in der Lage, den Reinheitszustand

<sup>31</sup> Vgl. ebd., S. 158.

der Frau in Erfahrung zu bringen (Art. 172, 174). Geschlechtsverkehr während der Reinheit der Frau ist für die Wirksamkeit des *ṭalāq* unschädlich während einer Schwangerschaft, der Menopause oder des Ausbleibens der Menstruation (Art. 173). Behauptet die Ehefrau, sie sei während eines *ṭalāq*-Ausspruchs in der Phase der Unreinheit gewesen, obwohl sie vorher gegenüber dem Ehemann das Gegenteil geäußert hat, ist ihre Behauptung unbeachtlich, es sei denn, sie bringt Beweise bei (Art. 175).

Die Voraussetzung der Anwesenheit von Zeugen wird in Artt. 177–179 geregelt. Zeugen sind demnach eine grundlegende Voraussetzung (*ṣarṭ asāsī*) für die Wirksamkeit des *ṭalāq*. Die beiden Zeugen müssen rechtschaffen, männlich und gemeinsam in einer Sitzung während des *ṭalāq*-Ausspruches anwesend sein. Der *ṭalāq* ist ungültig, wenn die Zeugen lasterhaft (*fāsiq*) oder weiblich sind. Rechtschaffenheit wird definiert als Redlichkeit auf dem Pfad der heiligen *ṣarīʿa*, von dem nicht durch Unterlassen einer Pflicht oder Ausführung einer verbotenen Handlung abgewichen wird.

### 3. Einordnung

Beide Gesetze spiegeln die Besonderheit des schiitischen *ṭalāq* wider, unterscheiden sich aber im Umfang der jeweiligen Regelungen. Das bahrainische Gesetz widmet den schiitischen Voraussetzungen für die Wirksamkeit des *ṭalāq* einen einzigen Absatz, während das kuwaitische Gesetz in neun Artikeln die Voraussetzungen nicht nur näher präzisiert, sondern auch Ausnahmen und Sonderfälle regelt und so mehr Klarheit und Rechtssicherheit schafft.

Das Beispiel des *ṭalāq* zeigt zudem, dass die Unterschiede zwischen sunnitischem und schiitischem Recht im Einzelfall erhebliche Auswirkungen haben können. Die Unterschiede hinsichtlich der Wirksamkeit des *ṭalāq* war eines, wenn nicht das am häufigsten von Befürwortern schiitischer Familien- oder Personalstatutsgesetze genannte konkrete praktische Beispiel für die Notwendigkeit eines schiitischen Gesetzes (oder im bahrainischen Fall für die Ablehnung eines einheitlichen Gesetzes). Denn ohne die gesetzliche Festlegung der Wirksamkeitsvoraussetzungen für den *ṭalāq* nach schiitischer Rechtslehre könne es, so das Argument, dazu kommen, dass Personen nach dem (geltenden nicht-schiitischen) Gesetz geschieden werden, aber – da der *ṭalāq* die schiitischen Voraussetzungen womöglich nicht erfüllt – nach schiitischem Recht weiterhin als verheiratet gelten. Eine solche Situation kann nicht nur durch den Verstoß gegen die oben genannten Voraussetzungen eintreten, sondern beispielsweise auch durch eine von der Ehefrau auf Grundlage eines im klassischen schiitischen Recht nicht anerkannten Scheidungsgrundes<sup>32</sup> erwirkte gerichtliche Scheidung. Die resultierende Unklarheit durch gesetzliche Wirksamkeit bei gleichzeitiger

<sup>32</sup> Vgl. Fn. 27.

religiös-rechtlicher Unwirksamkeit könne für betroffene schiitische Frauen und Familien erhebliche negative Folgen haben, etwa durch Unklarheit bezüglich bestehender ehelicher Ansprüche und Pflichten, zum Beispiel im Unterhaltsrecht. Zudem wäre einer auf diese Weise geschiedenen Frau nach dem geltenden Gesetz eine erneute Eheschließung möglich, während eine solche Ehe nach schiitischem Recht aufgrund der weiterhin als bestehend geltenden ersten Ehe nichtig wäre.<sup>33</sup> Die gesetzliche Regelung des schiitischen Familienrechts sollte mit anderen Worten also so etwas wie ›hinkende Scheidungen‹ beziehungsweise damit zusammenhängende ›hinkende Ehen‹ verhindern.

## II. Ḥaḍāna

Die *ḥaḍāna*, die tatsächliche Personensorge für Kinder, macht im islamischen Familienrecht einen von zwei Teilbereichen der elterlichen Fürsorge aus und ist von der *wilāya*, der vermögens- und personenstandsrechtlichen Vormundschaft, die grundsätzlich beim Vater liegt, zu unterscheiden. Die tatsächliche Personensorge umfasst die Erziehung, Ernährung, gesundheitliche Betreuung und Beaufsichtigung des Kindes. Relevant wird die Frage, bei wem die Personensorge liegt, insbesondere nach einer Trennung der Eltern. Sorgeberechtigt ist zunächst rechtsschulübergreifend vorrangig die Mutter, umstritten ist, bis zu welchem Alter des Kindes dies gilt.

### 1. Bahrain

Das bahrainische Gesetz beginnt auch hier mit der sunnitischen Regelung. Demnach ist, sofern nicht gerichtlich im Kindeswohlinteresse etwas anderes entschieden wurde (Art. 128: *mā lam yuqarrir al-qāḍī ḥilāfa dālīka li-maṣlaḥat al-maḥḍūn*<sup>34</sup>), die Mutter oder gegebenenfalls eine andere weibliche Familienangehörige für Jungen sorgeberechtigt, bis diese das 15. Lebensjahr erreichen und für Mädchen bis zu deren Eheschließung und Ehevollzug. Jungen haben mit Erreichen des 15. Lebensjahres und Mädchen, sofern sie nicht verheiratet sind,

<sup>33</sup> Vgl. z. B. alwala.com: خطبة ساحة علي حسن غلوم; al-ʿAryān: قانون دائرة الأحوال الجعفرية; ISC: موقفنا; al-Muḡāmis: «الأحوال الشخصية الجعفرية»; sowie speziell zum dreifachen *ṭalāq* ISC: ملاحظات; zum gleichen Problem durch nach klassischem schiitischem Recht unwirksame Formen des *ṭalāq* auf Antrag der Ehefrau vgl. aṣ-Ṣāliḥ: قانون الأحوال الشخصية الجعفرية; vgl. dazu auch Resan: The Reasons of the Illegality of the Judicial Separation (bezogen auf Irak und ohne explizite Forderung nach schiitischem Gesetz). Auch in Pakistan betrifft eine 2021 eingeführte gesetzliche Regelung des schiitischen Familienrechts ausschließlich den *ṭalāq*, und zwar konkret das Zeugenerfordernis, die strengen schiitischen Formvorgaben und die im schiitischen Recht grundsätzlich ebenfalls restriktiver gehandhabte Unwirksamkeit eines *ṭalāq* im Zustand des Ärgers, der Trunkenheit, im Spaß o. ä., vgl. Act No. XXIX of 2021, further to amend the Muslim Family Laws Ordinance 1961, Gesetzblatt Teil I vom 4.12.2021.

<sup>34</sup> Vgl. zur Einführung ähnlicher Formulierungen in anderen arabischen Gesetzen, Möller: An Enduring Relic, S. 898.

mit Erreichen des 17. Lebensjahres, die Wahl (*hiyār*), bei wem sie leben möchten (Artt. 124 f.). Die Mutter ist nicht sorgeberechtigt, wenn sie mit einem dem Kind fremden Mann verheiratet ist, sofern das Gericht nicht im Interesse des Kindeswohls etwas anderes entscheidet (Art. 127 Abs. 1).

Nach der schiitischen Regelung geht die Sorgeberechtigung von der Mutter auf den Vater über, wenn das Kind, unabhängig vom Geschlecht, das siebte Lebensjahr vollendet (Artt. 124, 128). Die Mutter verliert die Sorgeberechtigung zudem, wenn sie erneut heiratet, es sei denn, das Gericht entscheidet anders (Art. 127 Abs. 2, das Kindeswohl bleibt hier unerwähnt). Ein Mädchen kann mit neun Jahren und ein Junge mit 15 Jahren wählen, bei wem er oder sie leben möchte, sofern *ruṣd* (geistige Reife) vorliegt. *Ruṣd* wird im Gesetz nicht definiert. Im klassischen Recht wird damit die Mündigkeit in Vermögensangelegenheiten bezeichnet, die bei jeder Person zu einem individuellen Zeitpunkt eintreten kann und nicht an ein festes Alter gebunden ist.<sup>35</sup> In modernen Gesetzestexten bezeichnet *ruṣd* hingegen häufig das gesetzliche Alter für die Volljährigkeit. Dies gilt auch für Bahrain, wo die grundsätzlich beim Vater liegende Vormundschaft in Vermögensangelegenheiten (*wilāyat 'ala al-māl*), geregelt im dazu 1986 eingeführten Gesetz,<sup>36</sup> für beide Geschlechter und Konfessionen mit Erreichen des Volljährigkeitsalters (*sinn ar-ruṣd*) von 21 Jahren endet (Art. 13). Es ist davon auszugehen, dass das Familiengesetz in Art. 127 nicht auf *ruṣd* im Sinne dieser gesetzlichen Volljährigkeit, sondern auf *ruṣd* im Sinne der individuellen geistigen Reife abstellt, da die Altersgrenzen von neun und 15 Jahren andernfalls hinfällig wären.

Hinsichtlich der Berücksichtigung des Kindeswohls ist besonders auffällig, dass dieses nur in den sunnitischen Regelungen enthalten ist, nicht allerdings in den schiitischen. Neben Kindeswohlerwägungen betreffen Diskussionen über Reformen im Bereich der *ḥaḍāna* in muslimischen Ländern auch die Rechte von Frauen als Mütter, so auch in Bahrain: Der Supreme Council for Women, eine vom König ins Leben gerufene Regierungsbehörde, die sich der Erfassung und Verbesserung des Status von Frauen in Bahrain widmet, begrüßte das Familiengesetz und kritisierte nur wenige einzelne Bestimmungen, darunter diejenigen über die Personensorge. Der Council sprach sich für eine einheitliche konfessionsübergreifende Regelung für das Bestehen der mütterlichen Sorgeberechtigung bis zum 15. Lebensjahr für Jungen und bis zum 17. Lebensjahr für Mädchen aus. Auch regierungsunabhängige Stimmen kritisierten die rechtliche Ungleichstellung sunnitischer und schiitischer Mütter hinsichtlich der Sorgeberechtigung für ihre Kinder.<sup>37</sup> Die schiitische Regelung ist in dieser Hinsicht im Vergleich

<sup>35</sup> Vgl. as-Sistānī: منهاج الصالحين, II, S. 302 ff.; Ebert/Heilen: *Islamisches Recht*, S. 149.

<sup>36</sup> Gesetzesverordnung Nr. 7/1986 über die Einführung des Gesetzes über die Vermögenssorge (*marsūm bi-qānūn bi-ṣḍār qānūn bi-ṣa'n al-wilāya 'alā al-māl*), Gesetzblatt Nr. 1688 vom 3.4.1986.

<sup>37</sup> Vgl. alwasatnews.com: صيغة قانون الأسرة; Fahrū: قانون أحكام الأسرة البحريني; delmonpost.com: عيوب في قانون أحكام الأسرة البحريني.

zur vorherigen Gerichtspraxis möglicherweise sogar zu Ungunsten der Mutter ausgefallen: Der ehemalige schiitische Richter Āl ‘Aṣfūr erklärte 2015, die schiitischen Gerichte würden die *ḥaḍāna* für Mädchen bis zum neunten Lebensjahr bei der Mutter belassen.<sup>38</sup> Ein anderer schiitischer Richter, Ḥamīd al-Mubārak, gab 2009 allerdings an, die Gerichte folgten der im *fiqh* vertretenen Auffassung, wonach die *ḥaḍāna* mit Vollendung des siebten Lebensjahres des Sohnes wie auch der Tochter an den Vater übergeht.<sup>39</sup> Ob es hier möglicherweise eine Entwicklung zugunsten der Mutter gegeben hat, die durch das Familiengesetz rückgängig gemacht wurde, ließe sich ohne eine Analyse der Rechtsprechung aus dieser Zeit nicht ermitteln.

## 2. Kuwait

Die Regelungen für Sunniten entsprechen in Kuwait hinsichtlich der Altersgrenzen im Wesentlichen denen des bahrainischen Gesetzes (Art. 194 Kuwaitisches Personalstatutgesetz). Das schiitische Gesetz spricht der Mutter den vorrangigen Anspruch auf die Personensorge für ihr Kind, männlich oder weiblich, zu, bis es das siebte Lebensjahr erreicht. Die Mutter verliert auch hier die Sorgeberechtigung im Falle einer erneuten Heirat nach der Trennung vom Kindsvater (Art. 247). Ab dem siebten Lebensjahr liegt die Sorgeberechtigung gemäß Art. 243 beim Vater, und zwar bis zum Erreichen der Ehemündigkeit (*bulūḡ ṣarī*), die gemäß Art. 249 für Mädchen mit dem neunten und für Jungen spätestens mit dem 15. Geburtstag eintritt. Gemäß Art. 248 ist nicht nur *bulūḡ*, sondern auch *ruṣḍ* – wie im bahrainischen Gesetz – maßgeblich. Demnach endet *ḥaḍāna*, wenn das Kind *ruṣḍ* erreicht. Ab diesem Zeitpunkt kann es wählen, bei wem es leben möchte. Art. 248 entspricht wortwörtlich der entsprechenden Passage in Sīstānī *Minhāḡ aṣ-ṣāliḥīn*<sup>40</sup> und in praktischen Abhandlungen (Sg. *risāla ‘amaliya*) anderer *marāḡi*, die den Gläubigen als Richtschnur in allen Fragen des Lebens dienen. Dies deutet darauf hin, dass auch hier keine feste Altersgrenze, sondern, im Einklang mit dem klassischen Recht, die individuelle geistige Reife ausschlaggebend ist. Die gesetzliche Volljährigkeit (*sinn ar-ruṣḍ*) wird auch in Kuwait mit 21 Jahren erreicht (Art. 96 Kuwaitisches Zivilgesetzbuch<sup>41</sup>).

## 3. Einordnung

Auch bezüglich der genannten Bestimmungen zur *ḥaḍāna* sind die schiitischen Regelungen in beiden Gesetzen im Kern gleich, denn beide Gesetze folgen hin-

<sup>38</sup> Vgl. alayam.com: قانون أحكام الأسرة وضع مصلحة «المحضون» فوق كل اعتبار.

<sup>39</sup> Vgl. al-Mubārak: حقوق المرأة, S. 88.

<sup>40</sup> Vgl. as-Sīstānī: منهاج الصالحين, III, S. 105.

<sup>41</sup> Gesetzesverordnung Nr. 67/1980 über die Einführung des Zivilgesetzbuches (*marsūm bi-l-qānūn bi-ṣḍār al-qānūn al-madani*), Gesetzblatt Nr. 1335 vom 5.1.1981.

sichtlich des Übergangs der Sorgeberechtigung von der Mutter auf den Vater mit Erreichen des siebten Lebensjahres des Kindes derselben von mehreren in der ḡāfaritischen Rechtsschule vertretenen Meinungen. 2002 wurde diese Rechtsmeinung bereits vom iranischen Gesetzgeber übernommen, ergänzt um Spielraum für Eltern und Gericht, sowie Kindeswohlerwägungen in bestimmten Fällen.<sup>42</sup> Die wohl herrschende Meinung im schiitischen *fiqh*, nach der dem Vater für Jungen bereits ab zwei Jahren die Personensorge zusteht, wird trotz Reforminitiativen bis heute von den schiitischen Gerichten im Libanon implementiert.<sup>43</sup> Eine Auslegung dieser Meinung findet sich auch bei Sīstānī.<sup>44</sup> In der schiitischen Rechtsliteratur vertreten wird außerdem, dass die Sorgeberechtigung für den Sohn bis zu dessen siebten Geburtstag und für die Tochter bis zu deren neunten Geburtstag bei der Mutter liegt (übernommen im schiitischen Personalstatutsgesetz Afghanistans mit Kindeswohlvorbehalt),<sup>45</sup> oder für beide Geschlechter bis zum Erreichen der geistigen Reife (*rušd*).<sup>46</sup>

Beide Gesetze folgen damit einer in der Mitte des Spektrums der Rechtsmeinungen zur mütterlichen Sorgeberechtigung angesiedelten Meinung, das von deren Anfang mit dem zweiten Geburtstag eines Sohnes bis zu deren Ende mit Erreichen der Volljährigkeit im Sinne geistiger Reife des Kindes reicht. Das Kindeswohl findet in beiden Gesetzen keine Erwägung (bzw. im bahrainischen nur in den sunnitischen Bestimmungen). Beide Gesetze bleiben somit hinsichtlich des Kindeswohls und der Altersgrenzen bzw. der Berücksichtigung des Einzelfalls hinter dem iranischen und afghanischen Gesetz zurück. Der kuwaitische Gesetzgeber scheint hier allerdings im Sinne einer einheitlichen Rechtspraxis und angesichts sozialer Realitäten die gesetzliche Festlegung für besonders wichtig erachtet zu haben, indem er sich trotz des offenkundigen Bestehens unterschiedlicher Rechtsmeinungen (auch unter Gelehrten der Gegenwart), was grundsätzlich eine gesetzliche Kodifizierung ausschließen und die Heranziehung der Meinung eines lebenden *marḡa'* bedeuten sollte, für eine eindeutige gesetzliche Regelung entschieden hat.

<sup>42</sup> Wenn die Eltern nach einer Trennung keine einvernehmliche Einigung über die Sorgeberechtigung erreichen, entscheidet das Gericht unter Berücksichtigung des Kindeswohls, wobei die Mutter bis zum siebten Geburtstag des Kindes grundsätzlich Vorrang hat, vgl. Ebrahimi: *Child Custody* (Hizanat) under Iranian Law, S. 466 f.

<sup>43</sup> Vgl. Ebert: *Islamisches Familien- und Erbrecht*, S. 132; Landry: *Dialectic of Ijtihad*, S. 364 f.

<sup>44</sup> In den ersten beiden Lebensjahren eines Kindes ist *ḥaḍāna* ein beiden Elternteilen zugleich zukommendes Recht. Dem Vater ist es in dieser Zeit nicht gestattet, das Kind von seiner Mutter, der allerdings nicht die alleinige Sorgeberechtigung zukommt, zu trennen. Bei Töchtern gilt dies darüber hinaus bis zu deren siebten Lebensjahr, bei Söhnen, wenn die Trennung dem Kind schadet, vgl. as-Sīstānī: *منهاج الصالحين*, III, S. 103.

<sup>45</sup> Art. 178 Schiitisches Personalstatutsgesetz Afghanistans.

<sup>46</sup> Vgl. al-Mubārak: *حقوق المرأة*, S. 88.

### E. Schlussbetrachtung

Die in Bahrain und Kuwait eingeführten (teilweise) schiitischen Gesetze kodifizieren erstmals das Familienrecht für die schiitische Bevölkerung in beiden Ländern. Befürwortern gelten sie als wichtiger Beitrag zu Rechtssicherheit, rechtsstaatlichen Verfahren und der Verbesserung der rechtlichen Stellung schiitischer Frauen. Kritik an materiell-rechtlichen Regelungen aus Frauenrechts- und Kindeswohlperspektive wurde nur begrenzt geäußert in Kuwait, soweit erkennbar, noch weniger als in Bahrain. Schiitische Kritiker betrachten die Gesetze als Missachtung grundlegender Prinzipien des schiitischen Rechts und der Rechte von Schiiten. Aufgrund unterschiedlicher politischer Rahmenbedingungen wurden die Gesetzesvorhaben in beiden Ländern von Schiiten sehr unterschiedlich rezipiert.

Kuwait war mit der Einführung des Personalstatutsgesetzes von 1984 der Vorreiter unter den Golfmonarchien bei der Einführung gesetzlich kodifizierten Familienrechts (2022 folgte Saudi-Arabien als letzter dieser Staaten) und verankerte gleichzeitig, wenn auch nicht explizit, das Recht der Schiiten auf Anwendung ihrer Rechtslehre. Hinsichtlich der Einführung schiitischer Familien- oder Personalstatutsgesetze reiht sich das kuwaitische Gesetz von 2019 ein in eine Reihe von schiitischen Initiativen vor allem außerhalb der Golfmonarchien. Dass weitere Golfstaaten in absehbarer Zeit auch hier nachziehen könnten, zeichnet sich trotz schiitischer Minderheiten und begrenzter Autonomie im Familien- und Erbrecht in allen Golfmonarchien nicht ab. Neben der Schaffung von Rechtssicherheit und -einheitlichkeit für Schiiten dienen schiitische Personalstatutsgesetze auch als Symbol für die offizielle Anerkennung und Gleichberechtigung der jeweiligen schiitischen Bevölkerung. Als Instrument der Wahrung und Stärkung schiitischer Identität werden entsprechende Initiativen von einzelnen schiitischen Akteuren häufig genutzt, um sich als Repräsentanten der Schia zu profilieren. Bahrain stellt insofern einen Sonderfall dar, als dass die Einführung eines für Schiiten geltenden Gesetzes hier von vielen Schiiten (aber ausdrücklich nicht allen) als Versuch des sunnitisch dominierten Staates verstanden wurde, durch staatliche Familienrechtskodifikation die Autorität schiitischer Gelehrter einzuschränken und Schiiten ungewolltes Recht aufzuzwingen. Hier wurde die *Ablehnung* eines schiitischen Gesetzes als notwendig zur Wahrung schiitischer Rechte und Autorität betrachtete, während in Kuwait (aber auch etwa in Irak und Afghanistan) die *Einführung* eines solchen Gesetzes als wichtiger Schritt zur Anerkennung und Umsetzung schiitischer Rechte galt.

Inhaltlich weichen die beiden Gesetze, das kuwaitische und das bahrainische, im Familienrecht (Erb- und Stiftungsrecht regelt nur das kuwaitische) wenig voneinander ab, unterscheiden sich aber in Umfang und Detailliertheit einzelner Regelungen. Sie fügen zudem der Frage der rechtlichen Ungleichheit der Geschlechter im Rahmen des islamischen Familienrechts die Ebene der rechtlichen Ungleichheit von Sunniten und Schiiten, und insbesondere von sunniti-



schen Frauen und schiitischen Frauen hinzu. Dabei ist eine allgemeine Aussage darüber, ob durch innerislamische religiöse Rechtsspaltung im Personalstatut Sunnitinnen oder Schiitinnen insgesamt rechtlich schlechter gestellt sind, kaum zu treffen, wie die beiden vorgestellten Beispiele zeigen: Die schiitischen Regelungen schützen Frauen stärker vor willkürlichen und plötzlichen Scheidungen, benachteiligen sie aber im Vergleich mit den sunnitischen Regelungen bei der mütterlichen Personensorge. Weitere Beispiele ließen sich ergänzen. Demgegenüber steht die Funktion der schiitischen Gesetze als Kodifizierungsleistung und damit als Beitrag zu Rechtsstaatlichkeit, Rechtssicherheit, faireren und schnelleren Verfahren und Sicherheit für die Familie, der auch und insbesondere Frauen zugutekommen soll.

Neben Fragen zur schiitischen Identität und ihrer Anerkennung im nationalen Kontext sowie der Bedeutung schiitischer Gesetze für die Rechte von Frauen lösten die Gesetzesvorhaben auch innerschiitische Debatten aus, die sich unter anderem mit dem Verhältnis von *iğtihād* und gesetzlicher Kodifizierung befassen. Der dem Schiitentum eigene Gelehrtenrang des *marğa' at-taqlid*, der die Unabhängigkeit der hohen Gelehrten und ihrer Rechtsfindung verkörpert, nährt in Bahrain den Verdacht schiitischer Illoyalität, sodass bei Gesetzeslücken auf die schiitische Rechtslehre im Allgemeinen, und nicht auf personale, lebende Autoritäten verwiesen wird. Im kuwaitischen Gesetz fand der der *marğa'* jedoch explizit Anerkennung als maßgebliche Rechtsautorität in vom Gesetz nicht geregelten Fragen. Hier reflektieren Personalstatutsgesetze auch das Verhältnis von Schiiten und Staat, und verdeutlichen zugleich die kontextuelle Vielschichtigkeit, in der sie entstanden sind.

## Bibliographie

- قانون دائرة الأحوال الجعفرية وقانون الأحوال الشخصية وفق المذهب: 'Aryān, 'Alī (2012): [Qānūn dā'irat al-aḥwāl al-ğā'fariya wa-qānūn al-aḥwāl aš-šahṣiya wifqa al-madhab al-ğā'farī – Waraqāt baḥṭ] (25.12.2012), t1p.de/2gwrw (Zugriff: 29.11.2022).
- alayam.com (2015): قانون أحكام الأسرة وضع مصلحة «المحضون» فوق كل اعتبار [qānūn aḥkām al-usra waḍa'a maṣlaḥat «al-maḥḍūn» fawqa kull i'tibār] (17.9.2015), www.alayam.com/online/NA/529530/News.html (Zugriff: 29.11.2022).
- aljarida.com (2009): المستشار علي الموسوي لا للجريدة: دعوة المرشد إلى إصدار قانون للأحوال الجعفرية: [al-Mustaṣār 'Alī al-Mūsawī li-l-ğarīda: da'wat al-Muršid ilā iṣḍār qānūn li-l-aḥwāl al-ğā'fariya fī maḥallihā] (25.1.2009), www.aljarida.com/articles/1461741621139568700 (Zugriff: 29.11.2022).
- aljarida.com (2007): الأحوال الجعفرية في الكويت... بلا قانون! القضاة الكويتيون في «الجعفري» [al-Aḥwāl al-ğā'fariya fī al-Kuwayt ... bilā qānūn! Al-quḍāt al-Kuwaytiyūn fī «al-ğā'fariya» lā yatağāwazūn al-ḥamsa] (11.8.2007), www.aljarida.com/articles/1461291774004982500 (Zugriff: 29.11.2022).



- alwala.com (o. J., ca. 2009): الجزء - الكويت - المحكمة الجعفرية في الكويت - الخطبة سماحة علي حسن غلوم حول المحكمة الجعفرية في الكويت - الجزء الأول [Ḥuṭbat Samāḥat 'Alī Ḥasan Galūm ḥawla al-maḥkama al-ḡāfariya fī al-Kuwayt – al-ḡuz' al-awwal], alwala.com/detail.cfm?intopicid=92 (Zugriff: 29.11.2022).
- alwasatnews.com (2017): «الوسط»: صيغة قانون الأسرة «الموحد» كفيلة باحتكام الأنصاري لـ «الوسط»: صيغة قانون الأسرة «الموحد» كفيلة باحتكام الأنصاري إليها [al-Anṣārī li-«al-wasaṭ»: ṣiḡat qānūn al-usra ḥawla al-muwaḥḥad kaḥkām al-āḥkām al-ḡāmi' ilayhā] (29.5.2017), www.alwasatnews.com/news/1245313.html (Zugriff: 29.11.2022).
- bahrainmirror.com (2017): من كبار علماء الدين الشيعة في البحرين: رأي العلماء والمذهب؛ لا يتغير بإقرار قانون أحكام لأسرة [4 min kibār 'ulamā' ad-dīn aš-šī'a fī l-Baḥrayn: ra'ī al-ulamā' wa-l-maḏhab lā yataḡayyar bi-iqrār qānūn aḥkām al-usra] (16.7.2017), bahrainmirror.com/news/40473.html (Zugriff: 27.10.2022).
- CSRGulf (2019): مكاسب الكويتيات مُتبعات المذهب الجعفري من قانون الأحوال الشخصية الجديد: [Makāsib al-Kuwaytiyāt muttabi'āt al-maḏhab al-ḡāfarī min qānūn al-aḥwāl aš-šaḥṣiya al-ḡadīd] (3.10.2019), t1p.de/8ofjp (Zugriff: 29.11.2022).
- delmonpost.com (2018): عيوب في قانون أحكام الأسرة البحريني: [Uyūb fī qānūn aḥkām al-usra al-Baḥraynī] (17.12.2018), delmonpost.com/?p=12583 (Zugriff: 3.8.2020).
- Ebert, Hans-Georg (2020): *Islamisches Familien- und Erbrecht der arabischen Länder. Herausforderungen und Reformen*, Leipzig Middle East Studies 1, Berlin: Frank & Timme.
- Ebert, Hans-Georg/Heilen, Julia (2016): *Islamisches Recht: ein Lehrbuch*, Leipzig: Edition Hamouda.
- Ebrahimi, S. N. (2005): Child Custody (Hizanat) under Iranian Law: An Analytical Discussion, in: *Family Law Quarterly* 39.2, S. 459–476.
- Fahrū, Anīsa (2017): قانون أحكام الأسرة البحريني: [Qānūn aḥkām al-usra al-baḥraynī], in: *ar-Ra'y* 1390/27.7.2017, S. 17.
- Hafidh, Hasan/Fibiger, Thomas (2019): Civic Space and Sectarianism in the Gulf States: The Dynamics of Informal Civil Society in Kuwait and Bahrain beyond State Institutions, in: *Studies in Ethnicity and Nationalism* 19.1, S. 109–126.
- Halm, Heinz (1988): *Die Schia*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- ISC, Islamic Scholars' Council Bahrain (o. J.): موقفنا من قانون أحكام الأسرة: [Mawqifunā min qānūn aḥkām al-usra], www.olamaa.cc (nicht mehr verfügbar; liegt der Verfasserin vor).
- ISC (2005): ملاحظات حول تقنين الأحوال الشخصية: [Mulāḥazāt ḥawla taqnīn al-aḥwāl aš-šaḥṣiya] (6.11.2005), olamaa.cc (nicht mehr verfügbar; liegt der Verfasserin vor).
- Kadhim, Abbas/Alrebh, Abdullah F. (2021): *A Shift Among the Shi'a. Will A Marj'a Emerge from the Arabian Peninsula?*, Policy Paper, Washington: Middle East Institute.
- Kinninmont, Jane (2011): Framing the Family Law: A Case Study of Bahrain's Identity Politics, in: *Journal of Arabian Studies* 1.1, S. 53–68.

- Landry, Jean-Michel (2019): Dialectic of Ijtihad: Reforming Family Law in Contemporary Lebanon, in: *Comparative Studies of South Asia, Africa and the Middle East* 39.3, S. 361–373.
- Louër, Laurence (2008): *Transnational Shia Politics: Religious and Political Networks in the Gulf*, London: Hurst.
- Madelung, Wilferd (1979): Shi'i Attitudes Toward Women as Reflected in Fiqh, in: *Society and the Sexes in Medieval Islam*, hrsg. von Afaf Lutfi al-Sayyid-Marsoot, Malibu: Undena Publications, S. 69–79.
- Mallat, Chibli (1993): Shi'ism and Sunnism in Iraq: Revisiting the Codes, in: *Arab Law Quarterly* 8.2, S. 141–159.
- Möller, Lena-Maria (2015): An Enduring Relic: Family Law Reform and the Inflexibility of Wilāya, in: *The American Journal of Comparative Law* 63, S. 893–925.
- Möller, Lena-Maria (2015): *Die Golfstaaten auf dem Weg zu einem modernen Recht für die Familie? Zur Kodifikation des Personalstatuts in Bahrain, Katar und den Vereinigten Arabischen Emiraten*, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 325, Tübingen: Mohr Siebeck.
- al-Mubārak, Ḥamīd (2009): حقوق المرأة في أحكام الأسرة وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في مملكة البحرين (الدائرة الجعفرية) [Ḥuqūq al-mar'a fī aḥkām al-usra wa-taṭbiqātuhā fī al-mahākīm aš-šar'iya fī mamlakat al-Baḥrayn (ad-dā'ira al-ğa'fariya)], in: حقوق المرأة في قانون [Ḥuqūq al-mar'a fī qānūn al-aḥwāl aš-šaḥṣiya al-Kuwayti wa-aḥkām al-qaḍā' aš-šar'i l-Baḥraynī], hrsg. von Badriya al-Iwadi, Ḥamīd al-Mubārak und Aḥmad al-'Aṭāwī, Manama: Freedom House, S. 63–96.
- al-Muğāmis, Turkī (2019): «الأحوال الشخصية الجعفرية»... ملاً الفراغ التشريعي لأتباع المذهب في [Dawā'ir al-qضاء] [Ḥuqūq al-mar'a fī aḥkām al-usra wa-taṭbiqātuhā fī al-mahākīm aš-šar'iya fī mamlakat al-Baḥrayn (ad-dā'ira al-ğa'fariya)], in: «الأحوال الشخصية الجعفرية»... mala'a al-farāğ at-tašrī'i li-atbā' al-maḍhab fī dawā'ir al-qaḍā' (7.7.2019), [www.alraimedia.com/article/854718](http://www.alraimedia.com/article/854718) (Zugriff: 29.11.2022).
- b. Naḥī, 'Abd al-Laṭīf (2019): جريمة إقرار قانون الأحوال الشخصية الجعفرية: [Ġarīmat iqrār qānūn al-aḥwāl aš-šaḥṣiya al-ğa'fariya] (4.7.2019), [www.alraimedia.com/article/854373](http://www.alraimedia.com/article/854373) (Zugriff: 29.11.2022).
- Pew Research Center (2009): *Mapping the Global Muslim Population. A Report on the Size and Distribution of the World's Muslim Population 2009*, Washington: Pew Forum on Religion & Public Life.
- Resan, Kasim H. (2018): The Reasons of the Illegality of the Judicial Separation in Current Imami Jurisprudence, in: *Journal of University of Babylon for Humanities* 26.8, S. 614–631.
- Russel Jones, Sandy (2010): *God's Law or State's Law: Authority and Family Law Reform in Bahrain*, Publicly accessible Penn Dissertations 186, Diss., University of Pennsylvania.
- Russel Jones, Sandy (2007): The Battle over Family Law in Bahrain, in: *Middle East Report* 242, S. 33–39.

- aş-Şālih, ‘Abd al-Hādī (2018): قانون الأحوال الشخصية الجعفرية [Qānūn al-aḥwāl aš-šaḥṣīya al-ğaʿfarīya] (23.11.2018), t1p.de/cm333 (Zugriff: 29.11.2022).
- as-Sīstānī, ‘Alī al-Ḥusaynī (1443 [2021]): منهاج الصالحين [Minhāğ aš-ṣāliḥīn], 2 u. 3, korr. und überarb. Aufl., o. O.
- Wizārat al-‘adl wa-š-šuʿūn al-islāmīya wa-l-awqāf (2018): الإفتتاح الرسمي لمجمع محاكم الأسرة [al-Iftitāḥ ar-rasmī li-mağmaʿ maḥākīm al-usra].
- Yassari, Nadjma (2009): Die iranische Reform des Ehegattenerbrechts. Ein Beispiel für die Wandelbarkeit des islamischen Rechts, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 73.4, S. 985–1004.
- Yassari, Nadjma (2002): Überblick über das iranische Scheidungsrecht, in: *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, S. 1088–1094.

# Wirtschaftsrechtliche Entwicklungen



# Scharia, *Ordre Public* und Bankenprivileg: Die Zinsgrenzen in der ägyptischen Rechtsprechung

Kilian Bälz

## A. Einleitung

Mit Urteil vom 9. Januar 2020<sup>1</sup> hat der ägyptische Kassationshof seine umstrittene Rechtsprechung bestätigt, dass die Zinsgrenzen in den Artt. 226 und 227 des ZGB (Gesetz Nr. 131/1948) Bestandteil des *Ordre Public* sind. In der Entscheidung hatte der Kläger die Anerkennung eines LCIA-Schiedsspruches in Ägypten betrieben, der einen Zinsausspruch in Höhe von acht Prozent enthielt. Der Kassationshof versagte dem Schiedsspruch insoweit die Anerkennung und reduzierte den Zinssatz auf den gesetzlichen Verzugszinssatz von fünf Prozent für Handelssachen. Zur Begründung führte das Gericht aus, die Obergrenzen für Zinsen des ZGB gehörten – nach der ständigen Rechtsprechung – zum internationalen *Ordre Public* und kämen daher auch bei der Anerkennung eines ausländischen Schiedsspruchs nach den Bestimmungen der New York Convention (1958 – UNÜ) zur Anwendung.<sup>2</sup>

Mit dem Thema Zinsgrenzen und *Ordre Public* hat sich der Jubilar – als einer der ersten – in seinem Beitrag zum ägyptischen Scheckrecht in der Festschrift Serick (1992) auseinandergesetzt.<sup>3</sup> Sein Vorschlag, hier zwischen internationalem und internem *Ordre Public* zu unterscheiden, ist weiter aktuell (und wurde – wie die Entscheidung des Kassationshofes zeigt – in der ägyptischen Rechtsprechung bislang nicht erhört). Seinerzeit stand die Diskussion über die Zinsgrenzen allerdings ganz im Zeichen der ›Scharia-Debatte‹, der rechtspolitischen Diskussion über die Anwendung des islamischen Rechts und die Anpassung der staatlichen Gesetze an islamische Vorstellungen im Ägypten der 1980er- und 1990er-Jahre.<sup>4</sup> Auslöser der Debatte war Art. 2 der ägyptischen Verfassung von 1971, der die »Grundsätze des islamischen Rechts« zu »einer Hauptquelle« (und in der Fassung von 1980) zu »der Hauptquelle der Gesetzgebung« (arab. *al-mašdar ar-raʿīsī*) erklärte.<sup>5</sup> Diese Debatte ist inzwischen weitgehend verstummt. Auch hat

<sup>1</sup> Kassationshof, Kassation Nr. 282/89 vom 9. Januar 2020, besprochen z. B. von Shehata: Partial Refusal. Soweit nicht anders vermerkt, werden alle Entscheidungen nach der Eastlaws-Datenbank zitiert.

<sup>2</sup> Mit der Anerkennung von Vollstreckung von Schiedssprüchen nach dem UNÜ in Ägypten befasst sich z. B. die vom Jubilar betreute Dissertation von Hiller: *Schiedsvereinbarung und Vollstreckung in arabischen Staaten* sowie Shahoud Almousa: *Grundzüge der Schiedsgerichtsbarkeit*, S. 259 ff.

<sup>3</sup> Elwan: Der Scheck im ägyptischen Recht, S. 78 ff.

<sup>4</sup> Auch hiermit hat sich der Jubilar als einer der Ersten befasst: Elwan: Entwicklung des ägyptischen Staatsrechts, S. 297, 301 f.

<sup>5</sup> Ebd.

der ägyptische Verfassungsgerichtshof inzwischen bestätigt, dass die Zinsbestimmungen im ZGB verfassungsgemäß sind.<sup>6</sup> Die Diskussion über Zinsgrenzen und *Ordre Public* ist damit aber nicht zur Ruhe gekommen, wie die vieldiskutierte Entscheidung des ägyptischen Kassationshofes zeigt.

Heute schützen die Zinsgrenzen dabei in erster Linie die Interessen des einheimischen Bankensektors. Die Zinsgrenzen – so die These dieses Beitrags – begünstigen die ägyptische Kreditwirtschaft, indem sie eine Marktzugangsbeschränkung für ausländische Kreditgeber und alternative Anbieter wie Fintechs und Mikrofinanzbanken aufstellen. Das ist dysfunktional und nicht konsistent, worauf der Jubilar schon in seinem Beitrag zum »Scheck im ägyptischen Recht« hingewiesen hat.<sup>7</sup> Der Vorschlag des Jubilars, die Rechtsprechung entsprechend zu korrigieren, ist daher weiter aktuell.

## B. Die gesetzlichen Regelungen im ZGB

Ausgangspunkt der Debatte sind die Bestimmungen in den Artt. 226 und 227 des ägyptischen ZGB, die Zinsen zwar nicht untersagen, sie der Höhe nach aber auf bestimmte Sätze begrenzen:<sup>8</sup>

### Artikel 226

Wenn der Gegenstand der Obligation in einem Geldbetrag besteht, dessen Höhe im Zeitpunkt der Einforderung feststeht und der Schuldner mit dessen Erfüllung verspätet ist, dann ist er dazu verpflichtet, dem Gläubiger als Schadensersatz für die Verspätung Zinsen in Höhe von vier Prozent in Zivilsachen und fünf Prozent in Handelssachen zu zahlen. Die Zinsen sind fällig vom Tag der gerichtlichen Geltendmachung an, es sei denn eine Parteivereinbarung oder ein Handelsbrauch sehen ein anderes Datum für die Zahlbarkeit an, und das alles, solange das Gesetz nichts anderes vorsieht.

### Artikel 227

- (1) Die Vertragsparteien können einen anderen Zinssatz vereinbaren, sei es im Gegenzug für die verspätete Erfüllung oder für irgendeinen anderen Fall, in dem Zinsen vereinbart sind, unter der Voraussetzung, dass dieser Satz sieben Prozent nicht übersteigt. Und wenn sie Zinsen vereinbaren, die diesen Satz übersteigen, müssen diese auf sieben Prozent herabgesetzt und die Rückzahlung dessen angeordnet werden, was mehr als dieser Betrag gezahlt wurde.
- (2) Jede Provision und jeder Vorteil, welcher Art auch immer, den sich der Gläubiger versprechen lässt, wenn er und die vereinbarten Zinsen den vorgenannten Höchstbetrag übersteigen, gelten als verdeckte Zinsen und sind der Herabsetzung zugänglich, solange nicht nachgewiesen ist, dass jener Provision oder jenem Vorteil eine tatsächliche durch

<sup>6</sup> Verfassungsgerichtshof, Urt. 20/1 vom 4.5.1985, *al-Ġarīda ar-Rasmiya*, Nr. 20 vom 16.5.1985, 992 ff. = Arab Law Quarterly 1 (1985–1986), S. 101–107, Übers. Habachy. Zur Prüfung staatlicher Gesetze anhand der »Grundsätze des islamischen Rechts« durch das ägyptische Verfassungsgericht im Einzelnen z. B. Bälz: Islamisierung des Rechts; Lombardi: *State Law as Islamic Law*; Sherif: The Allocation of Powers.

<sup>7</sup> Elwan: Der Scheck im ägyptischen Recht, S. 83.

<sup>8</sup> Sämtliche Übersetzungen, sofern nicht anderweitig gekennzeichnet, sind die des Verfassers.

den Gläubiger erbrachte Dienstleistung gegenüberstand, die der Gläubiger erbracht hat, oder der Vorteil legitim ist.

Damit setzt das Zivilgesetzbuch der Vertragsfreiheit bei Zinsvereinbarungen klare Grenzen. Vertraglich vereinbarte Zinsen sind maximal in Höhe von sieben Prozent zulässig. Die gesetzlichen Verzugs- und Rechtshängigkeitszinsen werden auf vier bzw. fünf Prozent begrenzt. Ergänzt werden diese Vorschriften durch ein Verbot des Zinseszinses in Art. 232:

»Es ist nicht zulässig, Zinsen auf aufgelaufene Zinsen zuzusprechen. Und es ist in keinem Fall zulässig, dass die aufgelaufenen Zinsen, die dem Gläubiger zugesprochen werden, den Prinzipal übersteigen. Und all das ohne Verletzung der Regeln und Bräuche im Handel.«

Auch das HGB aus dem Jahr 1999 (Gesetz Nr. 17/1999) greift diesen Gedanken auf, lockert ihn aber in gewisser Weise auf. Art. 50 (3) HGB bestimmt hinsichtlich der Verzinsung von handelsrechtlichen Darlehen:

»Die Vergütung [Zins] berechnet sich nach den von der Zentralbank zugrunde gelegten Sätzen, solange keine niedrigere Vergütung vereinbart ist.«

Ein handelsrechtliches Darlehen ist ein Darlehensvertrag, den ein Kaufmann im Zusammenhang mit seinem Handelsgeschäft abschließt (Art. 50 (1) HGB). Hier gilt der Zinssatz der ägyptischen Zentralbank als vereinbart, solange die Parteien nicht einen *niedrigeren* Satz vereinbart haben. Auch in diesem Fall besteht eine Zinsgrenze, die durch die Zinssätze der ägyptischen Zentralbank bestimmt wird.<sup>9</sup>

Den gesetzlichen Regelungen lässt sich der Gedanke entnehmen, dass Zinsen erlaubt sind, aber nicht in beliebiger Höhe. Das ist dem Regelungsgedanken in anderen Rechtsordnungen, die keinen islamischen Hintergrund haben, durchaus ähnlich. Auch nach § 248 (1) des deutschen BGB sind Zinseszinsen unzulässig, und die Rechtsprechung hat über die Jahrzehnte komplexe Regelungen für unzulässige »sittenwidrige« Kreditkonditionen entwickelt.<sup>10</sup>

### C. Eine Hommage an das islamische Recht?

Die Zinsgrenzen werden oft als ein Beispiel für die islamische Prägung des ägyptischen ZGB genannt,<sup>11</sup> also als einen Punkt, in dem die Tradition des islamischen Rechts die moderne Kodifikation beeinflusst hat. Der Hintergrund ist das islamische Verbot des *ribā* (»Wucher«).<sup>12</sup> Der Koran bestimmt in Sure 2:275: »Gott hat den Kauf erlaubt und den *ribā* verboten«. Wo dabei die Grenze zwischen erlaubtem Veräußerungsgeschäft und verbotenem Wucher im Einzelnen ver-

<sup>9</sup> Die Sätze werden veröffentlicht auf der Homepage der Zentralbank ( [www.cbe.org](http://www.cbe.org), Zugriff: 16.10.2023).

<sup>10</sup> Grüneberg/Ellenberger, BGB § 138 Rn. 25 ff.

<sup>11</sup> Z. B. Mallat: The Debate on Riba and Interest, S. 74 ff.

<sup>12</sup> Die beste Darstellung ist die bei Wichard: *Zwischen Markt und Moschee*, S. 180 ff.



läuft, und welchen Zweck das *ribā*-Verbot hat, ist unter den Juristen umstritten.<sup>13</sup> Im modernen islamischen Recht wird das *ribā*-Verbot verbreitet als *Zinsverbot* verstanden. Danach verstößt jede fest vereinbarte Vergütung für die Überlassung von Kapital oder aber auch ein in Prozenten ausgedrückter ›Schadensersatz‹ für die verspätete Erfüllung einer Geldforderung, gegen das *ribā*-Verbot. Die Zinsgrenzen im ZGB, so eine Lesart, sollen dem Verbot des *ribā* jedenfalls in Ansätzen Rechnung tragen, indem sie zwar nicht den Zins insgesamt, aber wenigstens überhöhte Zinsen verbieten.

Der geistige Vater des Zivilgesetzbuches, der große ägyptische Jurist Abd ar-Razzāq as-Sanhūrī (1895–1971), hat dabei maßgeblich zu dieser Interpretation des ägyptischen ZGB beigetragen. Ihm war es ein besonderes Anliegen, die Tradition des islamischen Rechts mit dem juristischen Fortschritt der neuen Kodifikation von 1948 zu versöhnen.<sup>14</sup> Mit Zinsen und *ribā* hat sich as-Sanhūrī in einer späteren Publikation befasst, und zwar dem Anfang der 1950er Jahre erschienenen rechtsvergleichenden Werk *Quellen des subjektiven Rechts im islamischen Recht*, beruhend auf einer Vorlesungsreihe in Kairo.<sup>15</sup> Seines Erachtens fallen nur Wucherzinsen unter das Verbot des *ribā*, mäßige Zinsen hingegen sind erlaubt. Die Argumentation von as-Sanhūrī beruht auf einer – für seine Methode typischen – Ausdifferenzierung der juristischen Kategorien des historischen islamischen Rechts, verbunden mit Erwägungen der Erforderlichkeit (*ḥāḡa*) und Notwendigkeit (*ḍarūra*): Als Ausgangspunkt dient hier die Unterscheidung zwischen vorislamischen *ribā* (sog. *ribā al-ḡāhiliya*) einerseits und anderen Arten des *ribā* andererseits (durch Überschuss bzw. durch Aufschub).<sup>16</sup> Allein der *ribā al-ḡāhiliya*, bei dem der Schuldbetrag im Gegenzug für die Stundung verdoppelt wird, ist nach as-Sanhūrī um seiner selbst willen direkt und absolut verboten. Die anderen Arten des *ribā* hingegen seien lediglich als Mittel, um *ribā al-ḡāhiliya* zu erzielen, untersagt. Das Verbot dieser anderen Arten des *ribā* sei daher »schwächer«. Im Falle von Erforderlichkeit sind diese Arten des *ribā* zulässig.<sup>17</sup> Der *ribā al-ḡāhiliya*, so as-Sanhūrī, komme heute in erster Linie in der Form von Zinsenzinsen vor. Zinsenzinsen seien daher einschränkungslos verboten.<sup>18</sup> Mäßige Zinsen hingegen seien im Falle der Erforderlichkeit zulässig. Eine kapitalistische Wirtschaftsordnung erfordere Zinsen. Mäßige Zinsen, wie sie das ZGB vorsehen, verstießen daher nicht gegen das Verbot des *ribā*.<sup>19</sup>

Inwieweit diese kunstvolle Begründung lediglich nachgeschoben ist, oder auch den Gesetzgebungsprozess des ZGB maßgeblich beeinflusst hat, ist schwer zu

<sup>13</sup> Vgl. hierzu etwa Oberauer: *Das islamische ribā-Verbot*, S. 115–117.

<sup>14</sup> Bälz: *Europäisches Privatrecht jenseits von Europa*; Shalakany: *Between Identity and Redistribution*.

<sup>15</sup> Hierzu etwa Wood: *Al-Sanhuri's Theory of Rights*.

<sup>16</sup> Arabisch *ribā al-faḍl* beziehungsweise *ribā an-nasī'a*.

<sup>17</sup> as-Sanhūrī: *مصادر الحق في الفقه الإسلامي*, Bd. 3, S. 269 f.

<sup>18</sup> Ebd.

<sup>19</sup> Ebd., S. 270–274.

beurteilen. Die Auffassung, wonach »moderate« Zinsen nicht gegen das Verbot des *ribā* verstoßen, blieb in der islamischen Jurisprudenz in den folgenden Jahrzehnten jedenfalls eine Mindermeinung.<sup>20</sup> Der Hintergrund war sicher auch der Aufstieg des Islamic Finance, dessen ethische und wirtschaftliche Grundlage ein rigide verstandenes islamisches Zinsverbot ist.<sup>21</sup> Heute wird als Gesetzeszweck des Art. 227 ZGB auch allgemein der Schuldnerschutz genannt<sup>22</sup> (und nicht die Durchsetzung islamischer Ordnungsvorstellungen). Fest steht, dass der Schutz des Schwächeren ebenfalls ein gesetzgeberisches Ziel der ägyptischen Kodifikation von 1948 war, auch wenn die westliche Rechtsvergleichung oft den Fokus (einseitig) auf die islamisch-rechtlichen Einflüsse gelegt hat.<sup>23</sup> Hinzu kommt, dass auch das alte ägyptische ZGB bereits eine Zinsgrenze von neun Prozent kannte und die Regelung im ZGB von 1948 in ihrer Struktur nicht neu war.<sup>24</sup>

#### *D. Zinsbeschränkungen und Marktzugang: Das »Bankenprivileg«*

Mit dem islamischen Recht haben die von der ägyptischen Rechtsprechung durchgesetzten Zinsgrenzen heute jedenfalls praktisch nichts mehr zu tun. Das zeigt der Blick auf das sogenannte Bankenprivileg, das ägyptische Banken von den Zinsgrenzen ausnimmt.<sup>25</sup> Statt die Kreditwirtschaft auf eine moderne Interpretation des *ribā*-Verbotes zu verpflichten und Kreditzinsen höhenmäßig zu begrenzen, werden gerade Banken von den Zinsgrenzen ausgenommen.

Art. 88 des derzeit geltenden Zentralbankgesetzes (Nr. 194/220) bestimmt:

»Eine jede Bank ist dazu ermächtigt, die Höhe der Entgelte für die Bankgeschäfte festzusetzen, die sie betreibt, entsprechend der Natur dieser Geschäfte, ebenso wie sie die Preise für die von ihr angebotenen Dienstleistungen festsetzen darf, und das ohne durch die Grenzen und Bestimmungen beschränkt zu sein, die in anderen Gesetzen enthalten sind.«

Damit sind Banken von den Zinsgrenzen ausgenommen (was die Rechtsprechung auch regelmäßig bestätigt)<sup>26</sup> – allerdings mit einer praktisch sehr wichtigen Einschränkung: Eine »Bank« im Sinne des Zentralbankgesetzes ist nur eine von der ägyptischen Zentralbank lizenzierte Finanzinstitution. Das Bankenprivileg ist damit in zweierlei Hinsicht beschränkt: es findet weder Anwendung auf ausländische Banken noch auf Finanzinstitutionen, die keine Banken im aufsichtsrechtlichen Sinne sind (*nonbank financial institutions*).

<sup>20</sup> Z. B. Nienhaus: Das islamische Zinsverbot, S. 125–128.

<sup>21</sup> Z. B. Bälz: Finance.

<sup>22</sup> Z. B. Tulba: *المطول شرح القانون المدني*, Bd. 4, S. 754.

<sup>23</sup> Kritisch etwa Shalakany: Between Identity and Redistribution.

<sup>24</sup> Art. 125 des Zivilgesetzbuchs für die Nationalen Gerichte (1883) sah eine Zinsgrenze von neun Prozent vor.

<sup>25</sup> Hierzu bereits Elwan: Der Scheck im ägyptischen Recht, S. 83.

<sup>26</sup> Aus letzter Zeit etwa Kassationshof, Kassationsbeschwerde Nr. 219/84 vom 15.5.2017.

Das hat erhebliche Auswirkungen in der Praxis:

- Die Kreditvergabe *ausländischer Kreditgeber* ist vom Bankenprivileg von vornherein ausgenommen. Wenn also eine internationale Bank einem ägyptischen Darlehensnehmer einen Kredit gewährt und die betreffenden Ansprüche später in Ägypten gegen den Darlehensnehmer durchsetzen möchte, finden die Zinsgrenzen Anwendung. Gerade viele der großen Unternehmens- und Projektfinanzierungen erfolgen im Wege des Cross Border-Geschäfts durch nicht in Ägypten ansässige Banken. Diese kommen als ausländische Darlehensgeber nicht in den Genuss des Bankenprivilegs.
- Das Bankenprivileg gilt nur für *Banken*. Inwieweit Kreditgeber, die keine Banken im Sinne des Zentralbankgesetzes sind, hiervon profitieren, ist zumindest unklar. Das gilt etwa für Private Equity und Venture Capital-Investoren, Mikrofinanzbanken, Crowdfunding und die in Ägypten immer wichtiger werdenden Fintechs.<sup>27</sup> Das Bankenprivileg gilt nur für die ›klassischen‹, von der Zentralbank beaufsichtigten Finanzinstitutionen. Alternative Finanzinstitutionen und -formen profitieren nicht ohne Weiteres vom Bankenprivileg.

In all diesen Fällen unterliegen Darlehenstransaktionen weiter den gesetzlichen Zinsgrenzen. Die gesetzlich zulässigen Höchstzinsen liegen deutlich unter dem Marktniveau. Abhängig von Währung, Bonität des Darlehensnehmers, Laufzeit etc. sind im ägyptischen Markt Zinsen in Höhe von zwölf bis 22 Prozent p.a. bei Bankkrediten keine Ausnahme. Die Folge ist eine Abschottung des ägyptischen Kreditmarktes. Die rechtliche Durchsetzbarkeit des Zinsanspruchs ist für internationale Banken oft ein wesentliches Entscheidungskriterium für die Kreditvergabe (und regelmäßig Diskussionspunkt in Legal Opinions, die im Rahmen von Finanzierungstransaktionen von Anwälten erstellt werden). Das Credit Committee einer internationalen Bank, das ein geplantes Kreditengagement prüft, tut sich in aller Regel schwer, dieses gutzuheißen, wenn der Zinsanspruch nicht in der vollen Höhe durchsetzbar ist. Zudem werden finanzielle Innovationen – etwa durch Mikrofinanz und Fintechs – behindert. Nur der klassische Bankkredit durch die ägyptische Bank ist von den Zinsgrenzen ausgenommen. Im Ergebnis schützt die Regelung die ägyptische Bankwirtschaft gegen Konkurrenz aus dem Ausland und durch Nichtbanken.

### *E. Ägyptisches IPR und IZPR: Die Zinsgrenzen als Teil des internationalen Ordre Public?*

Die ägyptische Rechtsprechung war hinsichtlich der internationalen Durchsetzung der Zinsgrenzen über viele Jahre uneinheitlich. Das Appellationsgericht Kairo hat – gerade im Rahmen der Anerkennung ausländischer Schiedssprüche

<sup>27</sup> Hierzu z. B. die von der Zentralbank unterstützte Seite (fintech-egypt.com, Zugriff: 23.10.2023).

nach den Bestimmungen des UNÜ – in einer Reihe von Urteilen eine Anwendung der ägyptischen Zinsgrenzen auf die Entscheidungen ausländischer Gerichte und Schiedsgerichte abgelehnt.<sup>28</sup>

Dem steht die – jetzt wieder bestätigte – Rechtsprechung des Kassationshofes gegenüber. Dabei ist unstrittig, dass die Zinsgrenzen zwingendes Recht sind (also zum ›internen‹ *Ordre Public* gehören).<sup>29</sup> Mit Blick auf die Rechtsprechung des Appellationsgerichts Kairo stellt sich aber die Frage, inwieweit das auch im internationalen Bereich gilt. Anknüpfungspunkt sind hier die folgenden Regelungen:

- Nach Art. 28 ZGB steht die Anwendung ausländischen Rechts durch die ägyptischen Gerichte unter dem Vorbehalt des *Ordre Public*. Das wirft die Frage auf, ob die Zinsgrenzen auch dann Anwendung finden, wenn ausländisches Recht Vertragsstatut ist.
- Nach Art. 298 (4) ZPO (Gesetz 13/1968) steht die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Urteils in Ägypten unter dem Vorbehalt des *Ordre Public*. Danach kann eine ausländische Entscheidung in Ägypten nicht anerkannt werden, wenn deren Inhalt den ägyptischen *Ordre Public* verletzt.
- Nach Art. V (2) b) UNÜ ist schließlich die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruches ausgeschlossen, wenn das dem *Ordre Public* im Anerkennungsstaat zuwiderläuft. Auch die Anerkennung ausländischer Schiedssprüche in Ägypten ist damit durch den *Ordre Public* begrenzt.

Die ägyptische Lehre unterscheidet dabei durchaus zwischen ›internem‹ und ›internationalem‹ *Ordre Public*.<sup>30</sup> In der Rechtsprechung ist diese Unterscheidung weniger klar konturiert. Nach der Rechtsprechung des Kassationshofes gehören zum *Ordre Public* insbesondere die im öffentlichen Interesse erlassenen Bestimmungen – in politischer, sozialer und wirtschaftlicher Hinsicht –, die mit den ideellen und materiellen Grundlagen der Gesellschaft zusammenhängen und überindividuelle Interessen schützen.<sup>31</sup> Hier ist der praktische Erfahrungswert, dass ein ägyptisches Gericht eine zwingende Bestimmung des nationalen Rechts in aller Regel auch als international zwingend behandelt, ohne hier zwischen ›internem‹ und ›internationalem‹ *Ordre Public* zu unterscheiden. Vor diesem Hintergrund ist die Rechtsprechung des Kassationshofes nachvollziehbar, aber in keiner Weise zwingend, worauf bereits der Jubilar hingewiesen hat.

<sup>28</sup> Shehata: Partial Refusal, S. 56, Anm. 12 m. w. N.

<sup>29</sup> Tulba: *المطول شرح القانون المدني*, Bd. 4, S. 754.

<sup>30</sup> Etwa Jüng: *Ägyptisches internationales Vertragsrecht*, S. 98 ff.; Shahoud Almousa: IPR und *Ordre Public*, S. 65. Rechtsvergleichend Börner: *Anerkennung ausländischer Titel*, S. 232 ff. und Lau: The Public Policy Exception.

<sup>31</sup> Z.B. Kassationshof Kassation Nr. 78/1032 vom 11.5.2010 und Kassation Nr. 75/12790 vom 22.3.2011.

## *F. Europäisches IPR: Die Zinsgrenzen als Eingriffsnormen im Sinne von Art. 9(3) Rom I-VO?*

Im deutschen internationalen Privatrecht wirft das die Frage auf, inwieweit die Zinsgrenzen als *forumsfremde Eingriffsnormen* auch von deutschen Gerichten (und Schiedsgerichten) zwingend zu berücksichtigen sind. Internationale Kreditgeber vereinbaren verbreitet englisches Recht als Vertragsstatut.<sup>32</sup> Bei kleineren (oder öffentlich finanzierten) Projekten würden deutsche Banken mitunter auch deutsches Recht vereinbaren. Nur Kreditverträge zwischen ägyptischen Banken und lokalen Darlehensnehmern unterliegen regelmäßig ägyptischem Recht. Und wenn eine deutsche Bank einen ägyptischen Kreditnehmer oder Bürgen vor dem Landgericht Frankfurt am Main in Anspruch nimmt, sind dann Zinsen auf den gesetzlichen Höchstsatz von sieben Prozent begrenzt, weil der Schuldner in Ägypten sitzt oder das Darlehen von Ägypten aus zurückzuzahlen ist – auch wenn der Kreditvertrag ansonsten deutschem Recht unterliegt?

Auf Berger ist die Ansicht zurückzuführen, dass islamisch motivierte Zinsverbote und -grenzen als *forumsfremde Eingriffsnormen* auch dann Anwendung finden, wenn der Vertrag ansonsten einem anderen Recht unterliegt (das entsprechende Beschränkungen nicht kennt).<sup>33</sup> Berger begründet das in erster Linie mit dem zwingenden Charakter der entsprechenden islamisch motivierten Vorschriften. Ganz unabhängig davon, ob die von Berger aus dem islamischen Recht abgeleiteten Schlussfolgerungen zutreffen oder nicht, dürfte die Anwendung der Artt. 226 und 227 des ägyptischen ZGB als Eingriffsnormen mit der Neuregelung des internationalen Vertragsrechts durch die Rom I-VO obsolet geworden sein. Art. 9(3) der Rom I-VO bestimmt:

»Den Eingriffsnormen des Staates, in dem die durch den Vertrag begründeten Verpflichtungen erfüllt werden sollen oder erfüllt worden sind, kann Wirkung verliehen werden, soweit diese Eingriffsnormen die Erfüllung des Vertrages unrechtmäßig werden lassen. Bei der Entscheidung, ob diese Eingriffsnormen Wirkung zu verleihen ist, werden Art und Zweck dieser Normen sowie die Folgen berücksichtigt, die sich aus ihrer Anwendung oder Nichtanwendung ergeben würden.«

Eine Eingriffsnorm definiert Art. 9(1) dabei als eine zwingende Norm, die im öffentlichen Interesse ergangen ist. Selbst wenn man mit Berger davon ausginge, die Zinsgrenzen seien eine solche Eingriffsnorm, wird man aber kaum zu einer *forumsfremden* Anwendung nach Art. 9(3) Rom I-VO kommen.

Voraussetzung ist zunächst, dass die betreffende Eingriffsnorm die Erfüllung am Erfüllungsort unrechtmäßig werden lässt. Nach herrschender Meinung ist darunter nicht der Ort zu verstehen, wo die Erfüllungshandlung vorgenommen

<sup>32</sup> Die Wahl englischen Rechts entspricht auch nach dem Brexit weiter dem internationalen Marktstandard.

<sup>33</sup> Berger: Die Anwendbarkeit drittstaatlicher Eingriffsnormen; ihm folgend z. B. Brandt: *Das internationale Zinsrecht*, S. 136 ff.

wird (faktischer Erfüllungsort), sondern an dem die vertragliche Verpflichtung zu erfüllen ist.<sup>34</sup> Damit liegt bei einem Kredit, der aus Ägypten zurückgezahlt wird, der Erfüllungsort im Sinne der Vorschrift in Ägypten. Fraglich ist aber, ob die Zinsgrenzen die Erfüllung einer diese übersteigenden Zinsforderung ›unrechtmäßig‹ werden lässt. Denn es handelt sich hier – wie die ägyptische Kommentarliteratur nahelegt – um eine *privatschützende Vorschrift des Schuldnerschutzes*<sup>35</sup> und nicht um ein Verbot im öffentlichen Interesse (wie das etwa bei Währungsvorschriften, Regelungen zur Bekämpfung von Korruption und Schwarzarbeit oder dem Kulturgüterschutz der Fall wäre). Aufgrund des Bankenprivilegs besteht in Ägypten gerade keine allgemein gültige Kappungsgrenze für Zinsen. Zwingende Vorschriften des Privatrechts sind nur in seltenen Ausnahmefällen Eingriffsnormen.<sup>36</sup>

Geht man gleichwohl davon aus, die Voraussetzung sei vorliegend erfüllt, steht die Anwendung der Norm im Ermessen des Gerichts. Das Gericht *kann* der ausländischen Zinsgrenze Wirkung verleihen, muss das aber nicht tun. Bei der betreffenden Ermessenentscheidung sind auch die Kompatibilität der ausländischen Wertung mit inländischen policy-Erwägungen zu berücksichtigen und die Folgen, die sich aus der Anwendung bzw. Nichtanwendung ergeben.<sup>37</sup> Entscheidend ist, inwieweit die deutsche Rechtsordnung die betreffende ausländische Wertentscheidung teilt oder zumindest anerkennt. Das ist bei den Zinsgrenzen zu verneinen, da diese eine unbillige Marktzugangsbeschränkung zur Folge habe. Das verkennt die Auffassung, die auf den (vermeintlich) islamisch zwingenden Charakter der Norm abstellt.

Das folgt insbesondere aus den Wertungen des internationalen Handelsrechts. Ägypten ist als Mitglied der World Trade Organisation (WTO) auch Mitglied des GATS, das den Freihandel im Bereich der Dienstleistungen regelt.<sup>38</sup> Dem GATS unterfallen auch Finanzdienstleistungen. Selbst wenn sich Ägypten insoweit keinen spezifischen Verpflichtungen unterworfen hat und das WTO-Recht nach der bislang herrschenden Meinung die innerstaatlichen Gerichte nicht unmittelbar bindet,<sup>39</sup> liegt dem GATS doch ein allgemeines Ziel der Liberalisierung des Dienstleistungshandels und der Inländergleichbehandlung zu Grunde. Die Einzelheiten regeln die Vertragsstaaten durch die von ihnen abgegebenen Verpflichtungen (*Specific Commitments*).<sup>40</sup> Das GATS strebt damit einen Zustand an, in dem ausländische Darlehensgeber im Grundsatz wie inländische Darlehensgeber behandelt werden, sofern kein sachlicher Grund eine Differenzierung erfordert. Das ist

<sup>34</sup> Grüneberg/Thorn Art. 9 Rom I-VO Rn. 12 m. w. N.

<sup>35</sup> Tulba: *المطول شرح القانون المدني*, Bd. 4, S. 754.

<sup>36</sup> Zu dieser Diskussion etwa MüKoBGB/Martiny Art. 9 Rom I-VO Rn. 15 f. und 59 f.; Reithmann/Martiny: *Internationales Vertragsrecht*, Rn. 5.20 (S. 316 f.).

<sup>37</sup> MüKoBGB/Martiny Art. 9 Rom I-VO Rn. 120–123 m. w. N.; Reithmann/Martiny: *Internationales Vertragsrecht*, Rn. 5.137 (S. 363 f.).

<sup>38</sup> Zum GATS z. B. Krajewski: General Agreement on Trade in Services; Herdegen: *Internationales Wirtschaftsrecht*, S. 223 ff.

<sup>39</sup> Herdegen: *Internationales Wirtschaftsrecht*, S. 227 ff. m. w. N.

<sup>40</sup> Art. XVI (1) GATS.

beispielsweise im Bereich des Geschäfts mit Verbrauchern denkbar, bei denen das Erfordernis einer lokalen Niederlassung oder die Einhaltung des lokalen Rechts aus Gründen des Verbraucherschutzes angezeigt ist. Im Bereich der internationalen Unternehmenskredite bestehen solche Gründe nicht. Damit spricht die im GATS zum Ausdruck kommende Wertung gegen eine Anerkennungsfähigkeit der ägyptischen Zinsgrenzen. Eine protektionistische Regelung dient keinen schützenswerten Interessen. Folglich kann eine entsprechende ausländische Regelung im Rahmen von Art. 9 (3) Rom I-VO nicht anerkannt werden.

### G. Schluss

Die Frage von Zinsgrenzen und *Ordre Public* ist weiter aktuell und von erheblicher praktischer Relevanz. Der Kontext der über viele Jahrzehnte geführten Diskussion hat sich aber verändert: Stand in den 1980er und 1990er-Jahren die rechtspolitische Forderung nach der Durchsetzung islamischer Ordnungsvorstellungen im Vordergrund, schützen die Zinsgrenzen heute die ägyptische Kreditwirtschaft vor Konkurrenz aus dem Ausland und durch alternative Finanzierungsangebote von Mikrofinanzbanken und Fintechs.

Die ägyptische Rechtsprechung zu den Zinsgrenzen entspricht damit einer rechtspolitischen Tendenz, die Balance zwischen Marktfreiheit und nationalen Interessen neu auszutarieren. Die Politik des freien Marktes und der wirtschaftlichen Öffnung wird schon seit einigen Jahren flankiert durch einen Schutz nationaler Interessen. Solche Tendenzen zeigen sich etwa in dem neuen ägyptischen Investitionsgesetz (Gesetz Nr. 72/2017). Das Gesetz, das einen neuen Rahmen für ausländische Investitionen schafft und die Industrieansiedlung in Ägypten fördern soll, sieht zugleich vor, dass die Interessen (internationaler) Investoren mit den Belangen der nationalen Sicherheit und den Interessen der einheimischen Wirtschaft in Ausgleich zu bringen sind (Art. 7 (2) und 17 Gesetz Nr. 72/2017). Damit wird ein bewusster Kontrapunkt zu der Wirtschaftspolitik der 2011 mit dem Arabischen Frühling beendeten Mubarak-Zeit gesetzt, die heute vielfach als ›Ausverkauf‹ des Landes gesehen wird. In eine ähnliche Richtung gehen Entwicklungen im Schiedsrecht, gerade bei Verfahren unter Beteiligung der öffentlichen Hand. Die ägyptische öffentliche Hand hat in den letzten Jahren in erheblichem Umfang in die öffentliche Infrastruktur investiert, so dass Projektverträge mit der öffentlichen Hand eine erhebliche Bedeutung haben. Um die nationalen Interessen zu schützen, wurde dabei die Schiedsfähigkeit von betreffenden Streitigkeiten durch die Rechtsprechung eingeschränkt. Eine neue eingerichtete ›Hohe Kommission für Schiedswesen‹ prüft zudem die Klauseln in Verträgen zwischen der öffentlichen Hand und internationalen Partnern.<sup>41</sup>

<sup>41</sup> Hierzu Bälz: Schiedsgerichtsbarkeit, nationale Souveränität und öffentliches Interesse; Mujally: ICSID Awards.



Dieser Befund hat auch Folgen für die Frage, wie das Recht der arabischen Staaten heute methodisch zu untersuchen ist: Aus der Geschichte des islamischen Rechts heraus lassen sich diese Entwicklungen nicht hinreichend erklären, und eine verengte Perspektive auf die islamischen Relikte im Zivil- und Handelsrecht führt nicht weiter. Der Jubilar hat stets einen solchen verengten Blickwinkel vermieden und – gemeinsam mit seinen Schülern – maßgeblich dazu beigetragen, das *arabische Recht* als Forschungsgebiet in Deutschland zu etablieren. Damit war er seiner Zeit weit voraus. Dafür sei ihm an dieser Stelle herzlich gedankt.

## Bibliographie

- Bälz, Kilian (1998): Die »Islamisierung« des Rechts in Ägypten und Libyen: Islamische Rechtsetzung im Nationalstaat, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 62.3, S. 437–463.
- Bälz, Kilian (2000): Europäisches Privatrecht jenseits von Europa? Zum fünfzigjährigen Jubiläum des ägyptischen ZGB (1948), in: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (ZEuP), S. 51–76.
- Bälz, Kilian (2014): [Islamic] Finance, in: *The Encyclopedia of Islam*, THREE, hrsg. von Kate Fleet u. a., Leiden/Boston: Brill, S. 104–112.
- Bälz, Kilian (2022): Schiedsgerichtsbarkeit, nationale Souveränität und öffentliches Interesse – ägyptischer Kassationshof vom 8. Juli 2021 (»Damietta Port«), in: *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (IPRax) 3, S. 310–316.
- Berger, Klaus-Peter (1997): Die Anwendbarkeit drittstaatlicher Eingriffsnormen am Beispiel islamischer Zinsverbote, in: *Nationales und Internationales Zivil- und Wirtschaftsrecht im Wandel, Festgabe für Norbert Horn zum 60. Geburtstag*, hrsg. von Harald Hermann, Klaus Peter Berger und Ulrich Wackerbarth, Berlin/New York: Walter de Gruyter, S. 322–340.
- Börner, Andreas (1996): *Die Anerkennung ausländischer Titel in den arabischen Staaten*, Abhandlung zum Recht der Internationalen Wirtschaft 38, Heidelberg: Recht und Wirtschaft.
- Brandt, Oliver (2002): *Das internationale Zinsrecht Englands*, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 98, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Elwan, Omaia (1990): Überblick über die Entwicklung des ägyptischen Staatsrechts seit den 70er Jahren, in: *Verfassung und Recht in Übersee* 23.3, S. 297–327.
- Elwan, Omaia (1992): Der Scheck im ägyptischen Recht mit vergleichenden Hinweisen auf das Recht anderer arabischer Staaten, in: *Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag*, hrsg. von Ulrich Huber und Erik Jayme, Heidelberg: Recht und Wirtschaft, S. 57–85.
- Grüneberg, Christian (Hg.) <sup>82</sup>2023: *Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen*, München: C. H. Beck.



- Herdegen, Matthias (<sup>12</sup>2020): *Internationales Wirtschaftsrecht*, München: C. H. Beck.
- Hiller, Alexander Tobias (2021): *Schiedsvereinbarung und Vollstreckung in arabischen Staaten. Eine Untersuchung zum Recht Ägyptens, der Vereinigten Arabischen Emirate und multilateraler Übereinkommen*, Successful Dispute Resolution 10, Baden-Baden: Nomos.
- Jung, Holger (1999): *Ägyptisches internationales Vertragsrecht*, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 77, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Krajewski, Markus (2019): General Agreement on Trade in Services (1994), in: *Max Planck Encyclopedias of International Law (MPIL)*, hrsg. von Anne Peters und Rüdiger Wolfrum, Oxford: Oxford University Press, Online-Edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com).
- Lau, Martin (2022): The Public Policy Exception and International Commercial Arbitration in the MENA Region: A Contextual Analysis, in: *Arbitration in the MENA*, hrsg. von Gordon Blanke und Habib Al Mulla, New York: JurisNet, S. 1–64.
- Lombardi, Clark B. (2006): *State Law as Islamic Law in Modern Egypt: The Incorporation of the Shari'a into Egyptian Constitutional Law*, Studies in Islamic Law & Society 19, Leiden/Boston: Brill.
- Mallat, Chibli (1988): The Debate on Riba and Interest in Twentieth Century Jurisprudence, in: *Islamic Law and Finance*, hrsg. von Chibli Mallat, London: Graham & Trotman, S.88–69.
- Martiny, Dieter (<sup>9</sup>2022): Art. 9 Rom I–VO, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, hrsg. von Sack, Franz Jürgen u.a., München: C. H. Beck. [zitiert: MüKoBGB/Martiny].
- Mujally, Hussam (2021): *Can the Egyptian Government Vest A Municipal Court with the Power to Review ICSID Awards?* (17.9.2021), [arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/09/17/can-the-egyptian-government-vest-a-municipal-court-with-the-power-to-review-icsid-awards](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/09/17/can-the-egyptian-government-vest-a-municipal-court-with-the-power-to-review-icsid-awards) (Zugriff: 25.4.2022).
- Nienhaus, Volker (2014): Das islamische Zinsverbot und die Entwicklung Shari'a-konformer Finanztechniken, in: *Was vom Wucher übrigbleibt. Zinsverbote im historischen und interkulturellen Vergleich*, hrsg. von Matthias Casper, Norbert Oberauer und Fabian Wittreck, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 125–154.
- Oberauer, Norbert (2014): Das islamische *ribā*-Verbot, in: *Was vom Wucher übrigbleibt. Zinsverbote im historischen und interkulturellen Vergleich*, hrsg. von Matthias Casper, Norbert Oberauer und Fabian Wittreck, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 111–123.
- Reithmann, Christoph/Martiny, Dieter (Hgg.) (<sup>9</sup>2021): *Internationales Vertragsrecht*, München: C. H. Beck.
- as-Sanhūrī, 'Abd ar-Razzāq Ahmad (1956): *مصادر الحق في الفقه الإسلامي [Masādir al-ḥaqq fī l-fiqh al-islāmī]* 3 (مجلد العقد), Kairo: Ġāmi'at ad-Da'ūla al-'Arabīya.
- Shahoud Almousa, Aouni (2014): IPR und Ordre Public im Recht arabischer Staaten, in: *Electronic Journal of Islamic and Middle Eastern Law* 2.11, S. 63–72.

- Shahoud Almousa, Aouni (2020): *Grundzüge der Schiedsgerichtsbarkeit in den arabischen Staaten. Eine rechtsvergleichende Untersuchung am Beispiel der Arabischen Republik Ägypten, der Vereinigten Arabischen Emirate und des Königreichs Saudi-Arabien*, Heidelberg: C. F. Müller.
- Shalakany, Amr (2001): Between Identity and Redistribution: Sanhuri, Genealogy and the Will to Islamise, in: *Islamic Law and Society* 8.2, S. 201–244.
- Shehata, Ibrahim (2022): Middle East/Africa: Partial Refusal to Enforce Awards Brings Out Interest Rates Public Policy Dilemma, in: *ICC Dispute Resolution Bulletin* 2, S. 55–57.
- Sherif, Adel Omar (2021): The Allocation of Power between Religious and Secular Authorities in Egypt, in: *Constitutional Review in the Middle East and North Africa*, Nahoststudien, Middle Eastern Studies 14, hrsg. von Anja Schoeller-Schletter, Baden-Baden: Nomos, S. 291–305.
- Tulba, Anwar (2014): *المطول في شرح القانون المدني* [*al-Muṭawwal fī šarḥ al-qānūn al-madaniy*] 4, Kairo: Šarikat Nās li-ṭ-Ṭibāʿat.
- Wichard, Johannes Ch. (1995): *Zwischen Markt und Moschee. Wirtschaftliche Bedürfnisse und religiöse Anforderungen im frühen islamischen Vertragsrecht*, Paderborn u. a.: Schöningh.
- Wood, Leonard (2020): Al-Sanhuri's Theory of Rights in Islamic Jurisprudence: The Final Act of Franco-Egyptian Comparative Law, in: *The Maghreb Review* 45.4, S. 856–894.



# Third-Party Funding: Arab and Islamic Perspectives

*Alexander Hiller*

## *A. Introduction*

»Da müssen Sie mal schauen«, I would unfailingly hear as a doctoral researcher whenever Professor Omaia Elwan had identified, through the grapevine, a new legal development in the Middle East. Uttered days or even weeks before news broke on social media or elsewhere on the internet, the advice that »you ought to look into that« sprang from a manifest desire to be on top of (and not just up to date on) the latest developments.

His private library, invaluable both academically and financially,<sup>1</sup> may be deceptive to an uninformed observer: Far from sitting in an ivory tower, Professor Omaia Elwan does not turn a blind eye on practical aspects. His desire to shed light on issues yet unanswered is paired with an understanding that a simple conversation can contribute more to an expert opinion than any book – provided, of course, that the definitive answer is firmly rooted in rigorous legal analysis.<sup>2</sup>

In that spirit, this contribution addresses a topic of growing practical importance that is yet mostly uncharted territory from a legal perspective. Third-party funding is the practice of paying the expenses of someone else's legal proceedings in return for a share in the proceeds. While it has received growing attention since its inception in the 1990s, a market is still in the early stages of development in Arab states. Accordingly, there is little authoritative writing on the practice in this particular region (with the notable exception of investment treaty arbitration).

## *B. Elements of a Third-party Funding Arrangement*

A funding arrangement must take account of the interests and obligations of all parties involved – the funder, the funded party, and its legal counsel. To that end, the funding agreement can be split up into several contracts reflecting the different roles and legal relationships of the stakeholders.

---

<sup>1</sup> In one instance, a doctoral thesis then dating back over ten years contained the answer to a particularly tricky problem of the statute of limitation of unjust enrichment claims under Egyptian law. The volume was picked up from the staircase merely »on a hunch«.

<sup>2</sup> Accordingly, the research for this contribution included informal talks with funding analysts, conducted under the Chatham House Rule. Any errors and inaccuracies should naturally be attributed to the author exclusively.

The key document is a funding agreement between the party to the dispute and the funder. At its core is the funder's obligation to pay the fees and expenses incurred by the party within a defined budget. It also establishes the funder's entitlement to a share of the proceeds, subject to an agreement on their distribution. Typical ancillary provisions are the funder's obligation to confidentiality, dispute resolution (especially regarding the adequacy of fees), and the parties' rights and obligation in view of changed circumstances – such as a settlement offer or information revealing that the chances of success are lower than initially estimated.<sup>3</sup>

The relationship between counsel and the funded party is generally governed by the same rules and agreements as in non-funded cases. However, funders typically require parties to instruct their counsel to share certain (even privileged) information with the funder, such as new developments affecting the prospects of success. In addition, counsel is typically instructed to provide regular summaries of their activities in addition to itemized invoices.<sup>4</sup>

This way, funders can monitor the development of the case and assess the value of their investment. A funder will also ask counsel to agree to a success-based fee arrangement. This is done in order to limit the investment advanced by the funder (i.e., its outlay) and to incentivize counsel to work towards a successful outcome.<sup>5</sup>

The relationship between counsel and funder is characterised by the counsel's obligation to disclose and advise. The nature of the work of an attorney and the correlating professional obligations will normally prevent the funder from instructing counsel directly. The funder's influence is better described as indirect, through strategic input on key decisions, renegotiation, or even termination of the funding agreement.<sup>6</sup>

The division of the spoils is agreed upon in a separate document between the three parties, called *priority agreement*. It will set out a waterfall mechanism for the distribution of any payments received from the opposing party. The funder will have a first claim to recover its outlay, usually with interest. Additional sums will be paid to the funder and the funded party as profits, and towards the counsel's success-based fees.<sup>7</sup> To that end, the priority agreement can result in a relatively complex distribution matrix.

In order to secure the funder's claims to its share of the proceeds, the funded claim will serve as a security.<sup>8</sup> In addition, the funding agreement may specify

<sup>3</sup> v. Goeler: *Third-Party Funding*, pp. 36–39; Bench Nieuwveld/Sahani: *Third-Party Funding*, pp. 23–25.

<sup>4</sup> v. Goeler: *Third-Party Funding*, p. 33.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> See *ibid.*, pp. 41–44.

<sup>7</sup> See *ibid.*, p. 34.

<sup>8</sup> *Ibid.*, pp. 31 f.

that any proceeds must be paid to a trustee (either the counsel or an uninvolved party, such as a bank or an external attorney).<sup>9</sup>

### *C. Issues Arising in the Context of Third-party Funding*

Although third-party funders do not normally become parties to the dispute, the addition of an additional party with an interest in its outcome has procedural implications.

#### *I. Disclosure of the Funding Arrangement*

Part of the discussion revolves around the funded party's duty to disclose the existence and the identity of a third party with a financial stake in the procedure. This is particularly relevant in arbitration, where members of the tribunal in a funded case may act as counsel in another case supported by the same funder. This raises a potential conflict of interest.<sup>10</sup> Today, the discussion revolves around the extent of disclosure and whether it should be required as a matter of principle or on a case-by-case basis.<sup>11</sup>

#### *II. Costs: Security, Jurisdiction, Allocation*

Another subject of frequent disputes is whether the funded party should be required to provide security for cost. A common reason to resort to third-party funding is a lack of the financial means to fund the proceedings. In such cases, there may be a fear that the funded party, if unsuccessful, will not be able to reimburse the opposing party for the cost it incurred for its defense, prompting a request for security.<sup>12</sup> Alternatively, the question may be raised as to whether the court or arbitral tribunal has the authority to render a cost order directly against the funder.

There are also concerns that parties with financial backing could try to escalate the costs of the dispute.<sup>13</sup> It may be argued that such a party – even if successful – should be held responsible for a share of the costs.<sup>14</sup> If those concerns appear less marked, that may be because funders tend to eschew the high costs associated with such a strategy.

<sup>9</sup> Bench Nieuwveld/Sahani: *Third-Party Funding*, pp. 28 f.

<sup>10</sup> ICCA: *ICCA-Queen Mary Task Force*, pp. 82 f.

<sup>11</sup> See, e.g., von Goeler: *Third-Party Funding*, pp. 141–160; ICCA: *ICCA-Queen Mary Task Force*, pp. 81, 115. See also article 14 of the ICSID Arbitration Rules 2022.

<sup>12</sup> v. Goeler: *Third-Party Funding*, p. 334.

<sup>13</sup> Such a strategy was employed – unsuccessfully – in *Excalibur Ventures LLC v. Texas Keystone Inc. et al.*, [2013] EWHC 2767 (Comm). The claimant's approach is summarized by Clarke LJ in [2013] EWHC 4278 (Comm), at paras. 8–63.

<sup>14</sup> v. Goeler: *Third-Party Funding*, p. 343.

### *D. Opportunities and Challenges in the Arab World*

The reason for the slow start of third-party funding in Arab states is likely that Arab legal proceedings are often perceived as tedious and unpredictable.<sup>15</sup> Funders therefore face difficulty in estimating a claim's chances of success while staying invested longer before receiving payment, reducing their rate of return. There may also be lower demand for litigation funding because court fees are kept low.<sup>16</sup>

These impediments may be less marked in arbitration,<sup>17</sup> especially when backed by professional institutions from the Arab world or abroad. Still, an unstable legal framework deters funders.<sup>18</sup> Awards are also more likely to require enforcement than elsewhere in the world,<sup>19</sup> meaning that claimants must resort to courts to go »the last mile«. <sup>20</sup> The content of public registers may be disputed, inaccessible, even non-existent, impeding enforcement efforts.

On the other hand, Middle Eastern jurisdictions are considered as rather litigious, and there is a pool of complex, high-value claims stemming from large infrastructure and construction projects. The recovery of legal fees is often limited to a symbolic amount, meaning that parties have to shoulder their expenses even if they succeed. Most importantly, recent reforms are aimed at improving the speed and predictability of proceedings.<sup>21</sup>

### *E. Islamic Law*

Although not technically a jurisdiction, the importance of Islamic law (*šarī'a*) should not be underestimated for both legal and practical reasons. From a legal perspective, third-party funding has remained largely untouched by legislators. Arab jurisdictions provide various mechanisms for such gaps to be filled by Islamic scholarship. The Sanhūrī codes of the Arab Middle East direct a judge to revert to the *šarī'a* where codified law or custom do not provide an answer, or as guidance in the interpretation of written law.<sup>22</sup> Likewise, some jurisdictions encourage the

<sup>15</sup> Farhad: Third-Party Funding, p. 392; El Hawawy *et al.*; United Arab Emirates, p. 192.

<sup>16</sup> On the factors of time and predictability see v. Goeler: *Third-Party*, pp. 19–21.

<sup>17</sup> *Ibid.*, pp. 79 f.

<sup>18</sup> One notable example is the dissolution of the DIFC-LCIA Arbitration Centre by virtue of Dubai decree No. 34/2021. The likely involvement of a government entity is another factor, see Farhad: Third-Party Funding, p. 393.

<sup>19</sup> See Blanke: *UAE Arbitration Legislation and Rules*, para. I-229.

<sup>20</sup> Bälz: *Anerkennung und Vollstreckung*, p. 61.

<sup>21</sup> Such efforts include the establishment of specialized commercial courts and offshore jurisdictions.

<sup>22</sup> E.g., article 1 (2) of the Egyptian Civil Code; article 1 (2) of the Qatari Civil Code; article 2 of the UAE Civil Code; art. 2 (2) of the Jordanian Civil Code.

legislator to have recourse to the *ṣarīʿa* when enacting new legislation.<sup>23</sup> Practically, Islamic finance has long become a market of its own. If third-party funding can be structured to comply with Islamic law, it has potential as a new market segment.

### *I. Key Issues*

Thus far, the potential of Islamic law to provide a regulatory framework for third-party funding is only beginning to attract scholarly attention. This section outlines the two main obstacles to western-style finance in the Islamic *ṣarīʿa* and how they relate to third-party funding.

#### *1. Interest*

The best-known rule of the *ṣarīʿa* relating to finance is certainly the prohibition of usury (*ribā*). Although the notion of *ribā* may be debated, it generally includes the taking of interest for profit.<sup>24</sup>

When it is said that third-party funders do not charge interest,<sup>25</sup> this statement requires qualification. It is common for funding agreements to stipulate that interest accrues on any payments made by the funder.<sup>26</sup> Interest is added to the outlay recoverable before any net profits are shared. Certainly, such interest is not comparable to interest payable on a loan, as the funded party does not guarantee that it will be paid back. Still, it is conceivable that such stipulations would be considered usurious under Islamic law.

Further, the funder's share in any proceeds increases over the duration of the proceeding until payment is made. Such a structure could be considered as a hidden form of interest because it compensates the funder for the time value of its investment. Instead, parties may wish to opt for a simpler structure in which the funder's share remains constant irrespective of the length of the proceedings.

#### *2. Uncertainty*

The prohibition of uncertainty (*ḡarar*) was originally intended to prevent gains without any corresponding counter-value, especially through speculation.<sup>27</sup> It

<sup>23</sup> E.g., article 2 of the Egyptian Constitution of 2014, unchanged from the 1980 amendment, provides that the *ṣarīʿa* is the main source of legislation (arab. *al-maṣḍar ar-raʿīṣī*) in Egypt. On that provision, see Egyptian Court of Cassation, judgment dated 22 February 2022, case No. 13892, 81st judicial year; Elliesie: *Islamic Finance and Banking*, pp. 217 f.

<sup>24</sup> Elliesie: *Islamic Finance and Banking*, pp. 210 f.

<sup>25</sup> Farhad: *Third-Party Funding*, p. 390; Eken: *Analysis of Third-Party Funding*, pp. 10 f.; Ali: *Litigation funding*, p. 794.

<sup>26</sup> V. Goeler: *Third-Party Funding*, p. 30.

<sup>27</sup> *Ibid.*



was first formulated for a game of chance called *maysir* and later extended to excessive risk or uncertainty in commerce.<sup>28</sup>

When it is said that third-party funding bears no uncertainty because funders conduct a thorough investigation into each case before making a funding decision,<sup>29</sup> it should be added that funders do not confine themselves to cases where recovery is near-certain. Through a practice known as portfolio funding, funders may agree to fund higher-risk cases as well if the risk of such individual cases is mitigated by pooling several cases funded for the same client or the same law firm. In other words, portfolio funding allows the funding of riskier individual cases, as well.<sup>30</sup>

That being said, Islamic law does accept that business comes with a risk and success is never certain.<sup>31</sup> The risk of a counterparty defaulting on its obligation, necessitating enforcement, is part of ordinary business life. It exists irrespective of external funding.<sup>32</sup> In addition, the fact that funders exert significant efforts to mitigate their risk distinguishes them from speculators and gamblers, especially where their payout does not exceed market rates.<sup>33</sup>

## II. Qualification of Third-party Funding Agreements under *Šarī'a* Law

In order to gain a better understanding of how Islamic law would treat third-party funding arrangements, it is apt to take a closer look at the taxonomy of contracts in *šarī'a* law and how third-party funding agreements fit in.

### 1. Mušaraka

Eken likens third-party funding to, inter alia, a partnership, or *mušaraka*.<sup>34</sup> In such a relationship, two or more partners contribute capital to the partnership's assets in order to pursue a joint business venture. Any profits, once realized, are divided according to a pre-agreed ratio.<sup>35</sup>

The similarities between typical third-party funding arrangements and the *šarikat al-ʿinān* are most obvious. Under this particular form of *mušaraka*, each partner continues to contract with third parties in their personal capacity; profits and losses are shared between the partners internally.<sup>36</sup> In addition, the partners

<sup>28</sup> Oberauer: *Islamisches Wirtschafts- und Vertragsrecht*, pp. 82–84.

<sup>29</sup> See the references cited above, at footnote 25.

<sup>30</sup> V. Goeler: *Third-Party Funding*, p. 22.

<sup>31</sup> Siddiqi: *Islamic Banking and Finance*, pp. 18 f.

<sup>32</sup> For the criterion of causation, see *ibid.*

<sup>33</sup> Eken: *Analysis of Third-Party Funding*, p. 11.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>35</sup> AAOIFI: *Shari'ah Standards*, p. 327 (No. 12, rule 3/1); Oberauer: *Islamisches Wirtschafts- und Vertragsrecht*, pp. 181–184.

<sup>36</sup> Oberauer: *Islamisches Wirtschafts- und Vertragsrecht*.

may agree to restrict the management of the enterprise to one partner (e.g., the funded party).<sup>37</sup>

From a western point of view, it is easily understood that the funded party contributes the disputed claim to the partnership's assets.<sup>38</sup> By contrast, *ṣarī'a* scholars do not accept capital contribution in the form of debt owed to one of the partners,<sup>39</sup> much less if the debt is disputed. The capital must be readily available to be invested to the benefit of the partnership, which unpaid debt is not.<sup>40</sup> It is thus unlikely that a third-party funding arrangement could be considered as a lawful *muṣāraka*.

## 2. Muḍāraba

Some scholars consider the financing agreement as a *muḍāraba* (also known as *qirāḍ*),<sup>41</sup> akin to a silent partnership.<sup>42</sup> The partner known as the capital owner (*rabb al-māl*) provides funds to the business venture, whereas the agent (*amīl* or *muḍārib*) conducts the work.<sup>43</sup> Net profits are shared between the partners as agreed beforehand.<sup>44</sup> The capital owners bears any net losses alone; the agent is only burdened with the work done in vain.<sup>45</sup>

At first glance, litigation funding appears to be a prime example of a *muḍāraba*. The funder (as capital owner) provides the capital, which the funded party (the agent) puts to use, subject to the conditions stipulated in advance.<sup>46</sup> Profit-sharing resembles priority agreements as the repayment to the capital owner takes priority over the distribution of net profits.<sup>47</sup>

Yet the *muḍāraba* differs from typical third-party funding agreements in that the agent's contribution is characterized as work. The characteristic contribution of the funded party is not its work, but an asset, i.e., the claim subject to the dispute. While the funded party may put substantial efforts into a litigation,

<sup>37</sup> AAOIFI: *Shari'ah Standards*, p. 330 (No. 12, rule 3/1/3/2).

<sup>38</sup> Although in western states, accounting principles may also prevent a company from entering disputed debt on its balance sheet as an asset.

<sup>39</sup> AAOIFI: *Shari'ah Standards*, pp. 328 f. (No. 12, rules 3/1/2/1 and 3/1/2/4).

<sup>40</sup> AAOIFI: *Shari'ah Standards*, pp. 354 f. (No. 12, Appendix B).

<sup>41</sup> Ali: Litigation funding, p. 794; 'Abd ar-Raḥmān b. Muḥammad az-Zīr/b. Muḥammad al-Qarni: تمويل التحكيم من طرف ثالث, pp. 385–387.

<sup>42</sup> Oberauer: *Islamisches Wirtschafts- und Vertragsrecht*, p. 185; Elliesie: *Islamic Finance and Banking*, p. 206.

<sup>43</sup> AAOIFI: *Shari'ah Standards*, p. 370 (No. 13, rule 2); Oberauer: *Islamisches Wirtschafts- und Vertragsrecht*; 'Abd ar-Raḥmān b. Muḥammad az-Zīr/Fāris b. Muḥammad al-Qarni: تمويل التحكيم من طرف ثالث, p. 382.

<sup>44</sup> AAOIFI: *Shari'ah Standards*, pp. 373 f. (No. 13, rules 8/1, 8/3 and 8/7); Oberauer: *Islamisches Wirtschafts- und Vertragsrecht*.

<sup>45</sup> 'Abd ar-Raḥmān b. Muḥammad az-Zīr/Fāris b. Muḥammad al-Qarni: تمويل التحكيم من طرف ثالث, p. 385; Oberauer: *Islamisches Wirtschafts- und Vertragsrecht*.

<sup>46</sup> 'Abd ar-Raḥmān b. Muḥammad az-Zīr/Fāris b. Muḥammad al-Qarni: *ibid.*, pp. 385 f.

<sup>47</sup> See AAOIFI: *Shari'ah Standards*, p. 374 (No. 13, rule 8/7), pp. 374, 385.

the majority of work is often done by attorneys. This shift of focus is necessary because Islamic law does not recognize debt as an asset that is constitutive of a valid partnership.<sup>48</sup> Accordingly, doctrinal analysis must focus on other factors unless the funded party is to provide part of the funding itself.

Even if the work employed by the party itself is negligible, this need not preclude the formation of a valid *muḍāraba*. The agent (the funded party) may be permitted to delegate work to a third party (an attorney) and even pay the attorney with the funds provided by the capital owner (the funder).<sup>49</sup>

Still, the social justification of the *muḍāraba* is bringing together those who have capital but lack commercial experience and those who are commercially savvy but in need of funding.<sup>50</sup> A third-party funding arrangement, where the agent does not contribute its business acumen but rather its mere legal position as the (alleged) creditor, would have to be considered as atypical.

### 3. Ġu'āla

The *ḡu'āla* can be simply described as the offer of a reward. In its rudimentary form, it is directed *ad incertas personas*, to anyone who produces a certain result to the benefit of the offeror.<sup>51</sup>

The *ḡu'āla* resembles modern third-party funding because the parties accept that the envisioned objective may not be achieved, without any recourse for amounts spent in its pursuit.<sup>52</sup> In fact, the *ḡu'āla* has historically been employed to retrieve debt which is difficult to collect. In such a scenario, the person returning the debt to the offeror can be rewarded with a share in the collected money.<sup>53</sup>

The influential Ḥanafī school of Sunni legal thought prohibits *ḡu'āla*. This is because the amount of work necessary to achieve the objective is not determined, leaving unacceptable uncertainty.<sup>54</sup> The other schools of Sunni Islam accept the *ḡu'āla* as valid, mainly because they see a practical need and consider it sufficient that the desired result be specified.<sup>55</sup>

<sup>48</sup> See above. For the *muḍāraba* see also AAOIFI: *Shari'ah Standards*, pp.373, 385 (No.13, rule 7/3 and appendix B).

<sup>49</sup> See AAOIFI: *Shari'ah Standards*, pp.376 f. (No.13, rules 9/1/2 and 9/4); 'Abd ar-Raḥmān b. Muḥammad az-Zīr/Fāris b. Muḥammad al-Qarni: تمويل التحكيم من طرف ثالث, p.385 (يتولى الطرف الممول أو «The funded party or its representative takes charge of the work»)).

<sup>50</sup> AAOIFI: *Shari'ah Standards*, p.383 (No.13, Appendix B); Oberauer: *Islamisches Wirtschafts- und Vertragsrecht*, p.186.

<sup>51</sup> AAOIFI: *Shari'ah Standards*, p.426 (No.15, rule 2); 'Abd ar-Raḥmān b. Muḥammad az-Zīr/Fāris b. Muḥammad al-Qarni: تمويل التحكيم من طرف ثالث, p.378; Oberauer: *Islamisches Wirtschafts- und Vertragsrecht*, p.160.

<sup>52</sup> 'Abd ar-Raḥmān b. Muḥammad az-Zīr/Fāris b. Muḥammad al-Qarni: *ibid.*, p.381.

<sup>53</sup> AAOIFI: *Shari'ah Standards*, pp.428, 430 (No.15, rules 5/3/2/2 and 8/2).

<sup>54</sup> 'Abd ar-Raḥmān b. Muḥammad az-Zīr/Fāris b. Muḥammad al-Qarni: تمويل التحكيم من طرف ثالث, p.379; Oberauer: *Islamisches Wirtschafts- und Vertragsrecht*, p.160.

<sup>55</sup> AAOIFI: *Shari'ah Standards*, pp.426, 435 (No.15, rule 3 and Appendix B).

The Ḥanafī scepticism points to a distinguishing factor between the *ḡu'āla* and typical third-party funding arrangements. What is typically required from the offeree in a *ḡu'āla* is the performance of work. The *ḡu'āla* is, in essence, likened to a service contract.<sup>56</sup> It cannot be denied that third-party funders exert significant efforts in the course of a funding relationship – be it an initial analysis, be it ongoing monitoring and advice during the proceedings. In fact, parties may even seek out funders specifically for their expertise, rather than for financial reasons. Where, however, such analysis is primarily conducted in order to assess the prospects of the funder's investment, the funding arrangement would have to be considered as an atypical (although not necessarily unlawful) *ḡu'āla*.

## F. Codified Legal Systems

### I. Egypt

It is hardly disputable that, in the absence of any regulation, third-party funding is permitted in Egypt as a matter of principle. Indeed, the arbitration initiated by Muḥammad al-Ḥarāfī against the Government of Libya was backed by a third-party funder.<sup>57</sup> The claimant won an award of close to USD 1 billion plus interest.<sup>58</sup> The respondents' challenge was ultimately rejected in Egypt,<sup>59</sup> and the enforcement of the award is ongoing in France, after reaching the courts of cassation in both states several times. The *al-Kharafi* arbitration demonstrates that there is potential for third-party funding in Arab states, especially when paired with a thought-through enforcement strategy which need not confine itself to the Arab world.

#### 1. Disclosure of the Funding Arrangement

The absence of regulation means that there are limited possibilities to force the funded party to disclose its relationship to the funder. Whereas in arbitration, such an order would ordinarily be considered to be within the authority of the tribunal, courts rarely order the disclosure of documents.

#### 2. Cost

Similarly, there is no regulation of the effect of a funding arrangement on costs. While the Egyptian Arbitration Law is silent as to the tribunal's authority to award costs, article 42 of the arbitration rules of the Cairo Regional Centre for

<sup>56</sup> Oberauer: *Islamisches Wirtschafts- und Vertragsrecht*, pp. 159 f.

<sup>57</sup> Cairo Court of Appeal, judgment dated 3 June 2020, case No. 39, 130<sup>th</sup> judicial year, para. 26.

<sup>58</sup> *Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. v. The Government of the State of Libya et al.*, Final Arbitral Award dated 22 March 2013, item 7 of the operative part.

<sup>59</sup> Egyptian Court of Cassation, judgment dated 24 June 2021, case No. 12262, 90<sup>th</sup> judicial year.

International Commercial Arbitration (or CRCICA Rules, for short) specify that the tribunal may award costs, including legal fees. Article 46 adds that the costs should be borne by the losing party, unless the tribunal finds that a different apportionment is ›reasonable‹ in the circumstances of the case.

The ›loser pays‹ principle applies in Egyptian courts, as well.<sup>60</sup> Where the funded party adopts a particularly aggressive approach, the mechanism of article 185 of the Egyptian Code of Civil and Commercial Procedure may apply. This provision authorizes the court to order the winning party to bear some or all of the costs, »if the winning party has caused expenses which were without use«.

The Egyptian Code of Civil and Commercial Procedure does not provide for security for costs in the main proceedings of a litigation. By contrast, article 24 (1) of the Egyptian Arbitration Law empowers the arbitral tribunal to order security for costs (only) if authorized by the parties. It could be argued that article 46 (1) and (2)(c) of the CRCICA Rules contains such an authorization. It empowers the Tribunal to grant interim measures, including by »provid[ing] a means of preserving assets out of which a subsequent award may be satisfied«. It is likely that this provision was primarily conceived to ensure enforcement of a substantive claim. Regardless, the language does apply to a cost award in favour of the respondent. In any event, the requesting party must demonstrate the danger of irreparable harm to it, and a reasonable possibility of success on the merits.<sup>61</sup>

In arbitration, there is no provision authorizing the tribunal to make a cost order against funders. Such a step would be conceivable only if the arbitration agreement could be extended to the funder. However, Egyptian jurisprudence only accepts such an extension where the third party was involved in the negotiation or performance of the contract between the parties to the arbitration.<sup>62</sup> Such involvement is beyond the scope of typical third-party funders.

## *II. United Arab Emirates*

Among Arab jurisdictions, the United Arab Emirates (UAE) belong to the few which have introduced regulation of third-party funding. As usual, distinction must be made between the legal and judicial system of the UAE and its constituent Emirates on one hand (also known as the ›onshore‹ or ›mainland‹ legal system), and the ›offshore‹ financial centers, namely the Dubai International Financial Centre (DIFC) and the Abu Dhabi Global Market (ADGM). Far from being mere financial centers, the offshore jurisdictions are subject to a separate

<sup>60</sup> Article 184(1) of the Egyptian Code of Civil and Commercial Procedure. The recovery of attorneys' fees is limited to a nominal amount, see above, Section C.

<sup>61</sup> Article 26 (3) of the CRCICA Rules.

<sup>62</sup> Egyptian Court of Cassation, judgment dated 22 June 2004, cases No. 4729 and 4730, 72<sup>nd</sup> judicial year; Court of Appeal Cairo, judgment dated 5 February 2013, cases No. 35, 41, 44 and 45, 129<sup>th</sup> judicial year.

system based on common law, with separate courts from the civil law onshore courts.<sup>63</sup>

### 1. Onshore

The governments of the UAE and its constituent Emirates take a rather reluctant approach towards third-party funding. In fact, to the knowledge of the author, the UAE is party to the only bilateral investment treaty prohibiting third-party funding of arbitration claims.<sup>64</sup> As with its Egyptian counterpart, UAE federal law does not regulate third-party litigation funding, nor security for cost in main proceedings.

Third-party funding is addressed in the arbitration rules of the Dubai International Arbitration Centre (DIAC Rules). These rules came into force shortly after the DIFC-LCIA arbitration center was disbanded by virtue of Dubai Decree No. 34/2021. Pursuant to article 22.1 of the DIAC Rules, the funded party must disclose the fact that it is funded, the identity of the funder and whether the funder is liable to cover an adverse cost award. Article 22.2 specifies that parties may not enter into funding arrangements after the constitution of the tribunal if that would lead to a conflict of interest on the part of the tribunal. Pursuant to article 22.3, the tribunal may take into account the funder's liability for adverse costs (if any) when making its cost decision.

### 2. DIFC

The Dubai International Financial Centre was one of the first Arab jurisdictions to witness a funded litigation.<sup>65</sup> It was also among the first to regulate third-party funding: The Chief Justice of the DIFC Courts has provided guidance on litigation funding by issuing Practice Direction No. 2 of 2017. Subsection 3 of the Practice Direction specifies that the funded party must disclose the fact that a funding arrangement exists, as well as the identity of the funder. It authorizes the court to order the disclosure of the funding agreement or parts thereof.

Pursuant to subsection 9 of the Practice Direction, the DIFC Courts have inherent jurisdiction to make cost orders against funders. The funder must be joined to the proceedings for the purposes of costs only and be given the opportunity to attend a hearing on costs.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> For details see Blanke: *UAE Arbitration Legislation and Rules*, paras. I062 and I068.

<sup>64</sup> Article 24 of the Agreement for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Argentine Republic and the United Arab Emirates (2018).

<sup>65</sup> *Mr. Rafed Abdel Mohsen Bader Al Khorafi et al. v. Bank Sarasin-Alpen (ME) Ltd. and Bank Sarasin & Co. Ltd.*, [2009] DIFC CFI 026, which later turned into a dispute between the claimants and their funders, *Vannin Capital PCC PLC v. Mr. Rafed Abdel Mohsen Bader Al Khorafi et al.*, CFI 036/2014.

<sup>66</sup> DIFC Court Rule 38.67.

As a consequence of the courts' inherent jurisdiction, it may grant a request for security for costs, if it considers it »just to make such an order« in the circumstances of the case.<sup>67</sup> Subsection 4 of the Practice Direction specifies that the funding arrangement may be taken into account but should not automatically result in such a request being granted.

### 3. ADGM

The jurisdiction and procedure of the ADGM courts are regulated by the ADGM Court Regulations 2015 and the ADGM Court Procedure Rules. Detailed rules on third-party funding are set out in the Litigation Funding Rules 2019.

Section 225 (1) of the ADGM Courts Regulations clarifies that, in principle, third-party funding arrangements are enforceable as a matter of ADGM law. Pursuant to section 225 (5) and (6), the funded party must disclose the existence of external funding; it is not necessary, however, to disclose the identity of the funder. This is different in arbitration: Section 37 (1) of the ADGM Arbitration Regulation 2015 specifies that the funded party must disclose the fact that it is funded and the identity of the funder. Section 37 (3) adds that the tribunal may order the disclosure of further information (in practice, these are likely to include the funder's obligation, if any, to cover an adverse costs award or an obligation to take out insurance for such an event).

Section 225 (3) of the ADGM Court Regulations sets out certain aspects to be addressed by the funding agreement, which are further detailed in Part 3 of the Litigation Funding Rules and in line with applicable law<sup>68</sup> and industry practice<sup>69</sup>.

Part 2 of the Litigation Funding Rules sets out requirements for funders. Most importantly, rule 4 prescribes that funders must conduct third-party funding as a principal business and have (liquid) assets equivalent to at least USD 5 million. Rules 5 (1) (a) and 13 (1) prohibit various forms of financial entanglement between funders and counsel.

Rule 15 specifies that the funder must submit to the jurisdiction of the ADGM Courts for »disputes relating to costs as between the Funded Party and any other party«. This jurisdictional issue should be distinguished from any substantive liability of the funder for adverse costs, which depends on the terms of the funding agreement.<sup>70</sup> Instead, article 75 (4) of the ADGM Court Procedure Rules specifies that a defendant may request the court to order security for costs against non-litigants (which would include a third-party funder), and that the court can

<sup>67</sup> DIFC Court Rules 25.103 and 25.104 (2).

<sup>68</sup> E.g., Rules 9 (1) (a) and 13 (3) (compliance with the lawyer's professional duties).

<sup>69</sup> E.g., Rule 10 (funder's involvement in settlements), Rule 11 (termination of the funding agreement) and Rule 12 (confidentiality).

<sup>70</sup> See Rule 8 (1) (a) (»The Litigation Funding Agreement must state *whether* [...] the Funder is liable to the Funded Party to meet any liability for adverse costs«, emphasis added).



order such security if it is satisfied »that it is just to make such an order«. While this language appears to have been borrowed from its DIFC counterpart, the ADGM Court Procedure Rules do not impose additional conditions.

### G. Outlook

The few recent examples of funded cases before Arab tribunals may serve as a proof of concept for successful third-party funding. The early regulations enacted by the offshore jurisdictions of the UAE may have a pull effect, and counsel and funder are well-advised to carefully look into the nuanced differences between them, especially regarding the scope of the required disclosure.

In addition, the user base of third-party funding has extended beyond the pen-iless. External funding of lawsuits is increasingly employed to keep legal costs off the balance sheet. In other words, funds that would otherwise be spent on litigation are used elsewhere. This is particularly attractive in the construction sector, where maintaining cash flow is a constant worry.

As with any investment, a growth of the third-party funding market in the Arab world will depend on increased legal certainty and accelerating procedure, especially in litigation.

On the demand side, there is potential for a new market for investment conforming to Islamic norms. As opposed to typical instruments of project finance, it appears as though third-party funding is not in contrast, but rather in line with instruments employed in Islamic finance. The challenge lies in structuring funding arrangements in a way that is in keeping with Islamic law (however defined) while at the same time taking account of the legitimate interests of all parties involved.

How this challenge can be resolved is certain to raise further debate which can best be predicted with another Elwanian dictum: We'll have to see – »Wir müssen mal schauen«.

### Bibliography

- ‘Abd ar-Raḥmān b. Muḥammad az-Zīr/Fāris b. Muḥammad al-Qarni (2020): تمويل التحكيم من طرف ثالث – رؤية شرعية وقانونية [Tamwīl at-taḥkīm min ṭaraf tālīt – ru’ya šarīya wa-qānūniya], in: مجلة الجامعة الإسلامية للعلوم الشرعية [Mağallat al-ğāmi’a al-islāmīya li-l-‘ulūm aš-šarīya] 193.2, pp.355–389.
- Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (AAO-IFI, 2015): *Shari’ah Standards*, Manama: Dār al-Maymūn.
- Ali, Sohail (2021): Is litigation funding compatible with Shariah principles?, in: *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law* 11, p. 794.



- Bälz, Kilian (2013): Die Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Urteilen und Schiedssprüchen in den arabischen Staaten Nordafrikas, in: *Recht der Internationalen Wirtschaft* 12, pp. 55–62.
- Bench Nieuwveld, Lisa/Sahani, Victoria Shannon (<sup>2</sup>2017): *Third-Party Funding in International Arbitration*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Blanke, Gordon (<sup>2</sup>2021): *Blanke on UAE Arbitration Legislation and Rules I*, Subang Jaya: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters.
- Eken, Can (2021): Analysis of Third-Party Funding within the Islamic Framework, in: *Transnational Dispute Management*, Special Issue on Islamic Finance and Dispute Resolution (forthcoming), pp. 1–15.
- Elliesie, Hatem (2018): Approaches to Islamic Finance and Banking: Between Islamic Legal Theory and Economic Practice, in: *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law* 20 (Special Issue on Islamic Finance and Banking), pp. 204–242.
- El Hawawy, Mohamed u. a. (<sup>2</sup>2018): United Arab Emirates: Dubai International Financial Centre, in: *The Third Party Litigation Funding Law Review*, ed. by Leslie Perrin, London: Law Business Research, pp. 191–195.
- Farhad, Alain N. (2018): Does Third-Party Funding Have a Future in the MENA Region?, in: *BCDR International Arbitration Review* 5.2, pp. 389–394.
- Goeler, Jonas von (2016): *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, International Arbitration Law Library 35, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- International Council for Commercial Arbitration (ICCA, 2018): *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, The ICCA Reports 4, *sine loco*.
- Oberauer, Norbert (2021): *Islamisches Wirtschafts- und Vertragsrecht – Einführung*, Islamisches Recht 1, 2<sup>nd</sup> edn., Baden-Baden: Nomos/Ergon.
- Siddiqi, Mohammad Nejatullah (2006): Islamic Banking and Finance in Theory and Practice: A Survey of State of the Art, in: *Islamic Economic Studies* 13.2, pp. 1–48.

# Ausfuhren nach Ägypten aus exportkontrollrechtlicher Sicht

Stephan Morweiser

## A. Einleitung

Ägypten ist seit den 2000er Jahren ein zunehmend wichtiger Handelspartner Deutschlands und der Europäischen Union (EU) geworden. Das Deutsch-Ägyptische Handelsvolumen betrug im Fiskaljahr 2022 nach Angaben der Bundesregierung ca. 5,3 Milliarden US-Dollar.<sup>1</sup> Im Verhältnis zur EU hat sich der bilaterale Warenhandel mit einem Gesamtvolumen von 24,5 Milliarden Euro im Jahr 2022 seit 2004 mehr als verdoppelt. Der Exportanteil nach Ägypten beträgt dabei 18,1 Milliarden Euro und wird dominiert von Maschinen und Fahrzeugen (7,2 Milliarden Euro), chemischen Produkten (2,9 Milliarden Euro), landwirtschaftlichen Produkten und Rohstoffen (2,4 Milliarden Euro) sowie Produkten für die Erdölförderung und den Bergbau (1,6 Milliarden Euro).<sup>2</sup> Eine der Grundlagen dieser Entwicklung ist das im Jahr 2001 unterzeichnete und 2004 in Kraft getretene Assoziierungsabkommen<sup>3</sup> zwischen der EU und Ägypten, das den Rahmen für eine verstärkte Zusammenarbeit in einer Reihe von Schlüsselsektoren, von Handel und Investitionen bis hin zu Energie und Bildung, sowie für nachhaltige und substanzielle EU-Hilfe bildet. Das Assoziierungsabkommen schafft eine Freihandelszone mit der Abschaffung von Zöllen auf Industrieprodukte und erheblichen Vergünstigungen für landwirtschaftliche Erzeugnisse.

Im Rüstungsbereich war Ägypten im Jahr 2021 mit einem Ausfuhrvolumen im Gesamtwert von ca. 4,33 Milliarden Euro noch vor den USA größter Empfänger von genehmigten deutschen Rüstungsexporten.<sup>4</sup> Die Genehmigungen bezogen sich auf die Seestreitkräfte und den Bereich der Luftverteidigung, unter anderem für Fregatten, Flugkörper, Abfeuerausrüstung, Seeminen und Flugkörperabwehrausrüstung für Luftfahrzeuge.

---

<sup>1</sup> Auswärtiges Amt: Deutschland und Ägypten.

<sup>2</sup> European Commission: EU Trade by country.

<sup>3</sup> Europa-Mittelmeer-Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Arabischen Republik Ägypten andererseits, ABl. L 304/39 vom 30.9.2004.

<sup>4</sup> BMWK: *Rüstungsexportbericht 2021*, Anl. 7.

## *B. Ausfuhrbeschränkungen*

Auch im Verhältnis zu Ägypten gelten Ausnahmen vom Grundsatz der Freiheit des Außenwirtschaftsverkehrs, niedergelegt in § 1 des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG).<sup>5</sup> Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich dabei auf die Exportkontrollvorschriften, die für Ausfuhren nach Ägypten von Relevanz sein können. Technische Unterstützungen und sonstige Dienstleistungen, Handels- und Vermittlungsgeschäfte, Verfahrenserleichterungen sowie aus tatsächlichen Gründen nicht einschlägige Beschränkungen werden nicht behandelt.

Nach dem Grundsatz der Freiheit des Außenwirtschaftsverkehrs ergibt sich für den Ausführer grundsätzlich ein Anspruch auf Erteilung der Ausfuhrgenehmigung, es sei denn, dass wegen Gefährdung der in § 4 Abs. 1 AWG aufgeführten Rechtsgüter eine Genehmigung versagt werden kann, um die wesentlichen Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland zu gewährleisten, eine Störung des friedlichen Zusammenlebens der Völker zu verhindern oder zu verhüten, dass die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland erheblich gestört werden. Im Rüstungsbereich hat die Verpflichtung der Exekutive zur Kontrolle des Exportes von Kriegswaffen Verfassungsrang (Art. 26 Abs. 2 GG). Deutsche Exporte in Krisengebiete sollen weder konfliktverstärkend wirken noch zu internen Repressionen oder anderen erheblichen Menschenrechtsverletzungen beitragen. Die internationale Einbindung verpflichtet die Bundesrepublik Deutschland zudem, Resolutionen des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen, Beschlüsse des Rates der EU über wirtschaftliche Sanktionsmaßnahmen im Bereich der Außen- und Sicherheitspolitik, Beschlüsse der Internationalen Exportkontrollregime sowie alle weiteren bindenden internationalen Beschlüsse und Verpflichtungen umzusetzen (§ 4 Abs. 2 AWG).

## *C. Ausfuhrbegriff*

### *I. Gegenständliche Lieferung und nichtgegenständliche Übertragung*

Ausfuhr ist entweder die Lieferung von Waren in ihrer verkörperten Form oder die nichtgegenständliche Übermittlung oder Bereitstellung von Technologie und Software (§ 2 Abs. 3 Nummer 2 AWG). Unter die nichtgegenständliche Übermittlung auf elektronischem Weg fällt auch die grenzüberschreitende Übertragung per Fax oder E-Mail. Bereitstellung in elektronischer Form umfasst die Einräumung unbeschränkter Zugriffsmöglichkeiten (etwa auf einer Homepage) sowie die zweckgerichtete Schaffung einer Zugriffsmöglichkeit, mit der die Technologie aus den Händen gegeben wird (etwa durch Überlassung von Zugangscodes).<sup>6</sup>

<sup>5</sup> AWG vom 13. Juni 2013 (BGBl. I 2013, S. 1482) in der Fassung vom 25. August 2021 (BAnz AT 7.9.2021 VI).

<sup>6</sup> Grundlegend: Pietsch: Leitgedanken zur Exportkontrolle, S. 527.

## *II. Europäischer und nationaler Ausfuhrbegriff*

Bei der Prüfung der Genehmigungsbedürftigkeit einer Ausfuhr ist sodann zwischen dem nationalen Ausfuhrbegriff nach der Legaldefinition des § 2 Abs. 3 AWG und dem europäischen Ausfuhrbegriff zu unterscheiden. Letzterer basiert auf Art. 2 Nummer 2 der EU-Dual-Use-VO.<sup>7</sup> Sowohl nach nationalem als auch nach europarechtlichem Verständnis ist Ausfuhr die Lieferung von Waren in ein Drittland außerhalb der EU. Lieferungen in andere Mitgliedsstaaten der EU sind Verbringungen (§ 2 Abs. 21 AWG) und als solche nur ausnahmsweise genehmigungspflichtig. Gleichwohl ist der nationale Ausfuhrbegriff des § 2 Abs. 3 AWG enger als der europäische, denn er erfasst nur Ausfuhren aus dem Inland, während Art. 2 Nummer 2 der EU-Dual-Use-VO auch Ausfuhren aus anderen Mitgliedstaaten der EU regelt.

Ob ein nationaler oder europarechtlicher Genehmigungstatbestand zur Anwendung kommt, hängt letztlich davon, welche Arten von Gütern geliefert werden. Geht es um Rüstungsgüter oder Kriegswaffen, gelten die nationalen Regelungen (siehe nachfolgende Ausführungen unter D II). Ausfuhren derartiger Güter aus anderen Mitgliedstaaten der EU in ein Drittland werden von den verwaltungsrechtlichen Genehmigungsvorschriften nicht erfasst. Sie sind auch keine genehmigungspflichtigen Handels- und Vermittlungsgeschäfte.<sup>8</sup> Alle anderen Güter unterfallen dem Anwendungsbereich der europarechtlichen Regelungen (Artt. 3, 4 und 5 EU-Dual-Use-VO, Anti-Folter-Konvention, siehe nachfolgend unter D I, II, und III). Deren Ausfuhr ist für einen inländischen Ausführer auch dann genehmigungspflichtig, wenn die Güter in einem anderen EU-Mitgliedstaat belegen sind und von dort aus nach Ägypten verbracht werden sollen. Nach Art. 9 Abs. 2 EU-Dual-Use-VO entscheiden über die Genehmigung die Behörden des Mitgliedsstaates, in dem der Ausführer niedergelassen ist.

## *D. Genehmigungs- und Verbotstatbestände*

### *I. Embargos*

Derzeit gelten in Bezug auf Ägypten weder Wirtschaftssanktionen noch Waffenembargos der UN, der EU oder der OSZE. Die im Jahr 2011 gegen Ḥusnī Mubārak, dessen Angehörige und weitere Mitglieder des ehemaligen Regimes Ägyptens verhängten Finanzsanktionen, durch die die ägyptischen Behörden bei der Einziehung

<sup>7</sup> Verordnung (EU) 2021/821 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2021 über eine Unionsregelung für die Kontrolle der Ausfuhr, der Vermittlung, der technischen Unterstützung der Durchfuhr und der Verbringung betreffend Güter mit doppeltem Verwendungszweck.

<sup>8</sup> Morweiser: Vorbemerkungen zu §§ 17, 18 AWG, Rn. 101.

rechtswidrig verwendeter staatlicher Vermögenswerte unterstützt werden sollten,<sup>9</sup> wurden 2021 aufgehoben, nachdem der Rat der EU zu dem Schluss gekommen war, dass sie ihren Zweck erfüllt hatten. Grundlage für die Aufhebung waren der Beschluss (GASP) 2021/449 des Rates vom 12. März 2021 zur Aufhebung des Beschlusses 2011/172/GASP<sup>10</sup> und die Verordnung (EU) 2021/445 des Rates vom 12. März 2021 zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nummer 270/2011.<sup>11</sup>

## *II. Rüstungsgüter*

Die Kontrolle von Rüstungsgütern ist nach Art. 346 Abs. 1 Buchst. b) des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) den Mitgliedstaaten zum Schutz ihrer nationalen Sicherheitsinteressen vorbehalten. Eine Ausfuhrgenehmigungspflicht besteht nach § 8 der Außenwirtschaftsverordnung (AWV)<sup>12</sup> für konventionelle Rüstungsgüter (Waffen, Munition und Rüstungsmaterial), die für militärische Zwecke besonders konstruiert oder geändert sind. Diese Rüstungsgüter sind in Teil I Abschnitt A der Ausfuhrliste (AL, Anlage zur AWV) abschließend aufgezählt. Sie erstrecken sich auf 22 Positionen (Nummer 0001 bis Nummer 0022), die weiter untergliedert sind und sich, ebenso wie die Militärgüterliste der EU (Common Military List),<sup>13</sup> eng an die entsprechende Liste des Wassenaar Arrangements<sup>14</sup> (Munitions List) anlehnen, welche die Bundesregierung in Erfüllung ihrer politischen Verpflichtungen in nationales Recht überführt hat. Zuständig für die Erteilung oder Versagung von Ausfuhrgenehmigungen für diese Rüstungsgüter ist gemäß § 13 Abs. 1 AWG das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA). Vorhaben von besonderer politischer Tragweite legt das BAFA der Bundesregierung zur Beurteilung und Entscheidung vor.

Welche Rüstungsgüter im Sinne der AL zugleich Kriegswaffen im Sinne des Kriegswaffenkontrollgesetzes (KrWaffKontrG)<sup>15</sup> sind, ist in den 62 Positionen der Kriegswaffenliste (Anlage zum KrWaffKontrG) abschließend geregelt. Als Kriegswaffen gelten beispielsweise U-Boote, Kampfflugzeuge, Panzer, vollautomatische Handfeuerwaffen und Kriegsschiffe. Während die Ausfuhr der nur in Teil I Abschnitt A der AL aufgeführten Rüstungsgüter lediglich eine Genehmigung nach § 8 AWV voraussetzt, bestimmt das KrWaffKontrG, dass der gesamte Umgang mit Kriegswaffen (Herstellung, Erwerb und Überlassung der tatsächli-

<sup>9</sup> Beschluss 2011/172/GASP des Rates vom 21.3.2011, ABl. L 76/63, Verordnung (EU) Nummer 270/2011 vom 21.3.2011, ABl. L 76/4.

<sup>10</sup> ABl. L 87/46.

<sup>11</sup> ABl. L 87/17.

<sup>12</sup> Außenwirtschaftsverordnung vom 2. August 2013 (BGBl. I S. 2865; 2021 I S. 4304), zuletzt geändert durch Art. 2 der Verordnung vom 25. August 2021 (BAnz AT 7.9.2021 V1).

<sup>13</sup> Gemeinsame Militärgüterliste der EU, vom Rat angenommen am 17.2.2020, ABl. C 85/1.

<sup>14</sup> Siehe nachfolgend III.

<sup>15</sup> Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen in der Fassung der Bekanntmachung vom 22.11.1990 (BGBl. I S. 2506), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 2.6.2021 (BGBl. I S. 1275).

chen Gewalt, jede Art der Beförderung sowie Vermittlungsgeschäfte) einer vorherigen Genehmigung der Bundesregierung bedarf (vgl. §§ 2 bis 4a KrWaffKontrG). Für die Ausfuhr von Kriegswaffen ist daher eine ›Beförderungsgenehmigung zum Zweck der Ausfuhr‹ nach § 2 KrWaffKontrG und zusätzlich eine Ausfuhrgenehmigung nach dem AWG in Verbindung mit § 8 AWV erforderlich. Für kommerzielle Geschäfte ist das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) die Genehmigungsbehörde.

Nach § 6 KrWaffKontrG besteht kein Anspruch auf Erteilung einer Genehmigung für die Ausfuhr von Kriegswaffen. Diese ist zwingend zu versagen, wenn die Gefahr besteht, dass die Kriegswaffen bei einer friedensstörenden Handlung verwendet, völkerrechtliche Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt werden oder aber der Antragsteller nicht die für die Handlung erforderliche Zuverlässigkeit besitzt. In allen übrigen Fällen entscheidet die Bundesregierung über die Erteilung von Exportgenehmigungen für Kriegswaffen nach pflichtgemäßem Ermessen unter Beachtung der Politischen Grundsätze der Bundesregierung für den Export von Kriegswaffen und sonstigen Rüstungsgütern,<sup>16</sup> des Gemeinsamen Standpunkts 2008/944/GASP des Rates vom 8. Dezember 2008 betreffend gemeinsame Regeln für die Kontrolle der Ausfuhr von Militärtechnologie und Militärgütern<sup>17</sup> sowie des Arms Trade Treaty (ATT).<sup>18</sup>

### III. Dual-Use-Güter

Für Güter, die nicht Rüstungsgüter sind und sowohl zivil als auch militärisch verwendet werden können (sog. Güter mit doppeltem Verwendungszweck oder *Dual-Use-Güter*), gelten die Exportkontrollvorschriften der EU. Genehmigungspflichten für deren Ausfuhr regelt die Verordnung (EU) 2021/821 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2021 über eine Unionsregelung für die Kontrolle der Ausfuhr, der Vermittlung, der technischen Unterstützung der Durchfuhr und der Verbringung betreffend Güter mit doppeltem Verwendungszweck (EU-Dual-Use-VO). Die Verordnung ist am 9. September 2021 in Kraft getreten<sup>19</sup> und ersetzt die bisherige Verordnung (EG) Nummer 428/2009 (EG-Dual-Use-Verordnung).

Art. 3 der EU-Dual-Use-VO statuiert eine Genehmigungspflicht für die Ausfuhr von Dual-Use-Gütern, wenn diese von der Dual-Use-Güterliste (Anhang I der EU-Dual-Use-VO) erfasst werden. Dieser Anhang I enthält Güter, die unter der Kontrolle der folgenden vier Exportkontrollregime<sup>20</sup> stehen:

<sup>16</sup> BMWK: *Politische Grundsätze*.

<sup>17</sup> ABl. L 335/99.

<sup>18</sup> Resolution der UN-Vollversammlung A/RES/61/89 vom 18.12.2006.

<sup>19</sup> ABl. L 206/1.

<sup>20</sup> Weltweite Zusammenschlüsse von Regierungen auf vertraglicher Grundlage oder als Gentlemen's Agreement, in denen die Regierungsvertreter der Mitgliedstaaten regelmäßig über Listenfortschreibungen beraten und solche beschließen, die die militärtechnische und sicherheitspolitische Entwicklung erfordern.

- (1) Nuclear Suppliers Group (NSG, für die Festlegung von Dual-Use-Waren und Technologie im Nuklearbereich)
- (2) Missile Technology Control Regime (MTCR, zur Identifizierung von Waren und der Technologien für Raketen, die für CBN-Waffen einsetzbar sind, sowie von Anlagen zu deren Herstellung)
- (3) Australische Gruppe (zur Festlegung von chemischen und biologischen Kampfstoffen sowie von Anlagen zu ihrer Herstellung)
- (4) Wassenaar Arrangement (zur Kontrolle von Dual-Use-Waren und Technologie im Bereich der konventionellen Rüstungsgüter).

Wie ausgeführt hat die Bundesregierung auf dieser rechtlichen Grundlage im Jahr 2021 Rüstungsexporte in Höhe von ca. 4,33 Milliarden Euro insbesondere für die ägyptische Marine genehmigt.<sup>21</sup> Leistungsfähige Seestreitkräfte liegen aus Sicht der Bundesregierung im legitimen verteidigungspolitischen Interesse Ägyptens und auch im internationalen Interesse an der Küsten- und Seewege-sicherung. Das Risiko eines Einsatzes für interne Repressionen und eine Relevanz dieser Güter zum Beispiel für den Jemenkonflikt sah die Bundesregierung in diesem Zusammenhang nicht.<sup>22</sup>

#### *IV. Catch-All-Vorschriften*

Daneben können aber auch nicht gelistete Güter aufgrund sogenannter Catch-all-Bestimmungen der Exportkontrolle unterfallen. Im Verhältnis zu Ägypten kommen Art. 4 der EU-Dual-Use-VO für eine Endverwendung im Bereich der ABC-Waffen und der zugehörigen Trägertechnologie (im Wesentlichen unverändert geblieben gegenüber der Vorgängerverordnung (EG) 429/2009) sowie der neu geschaffene Art. 5 der EU-Dual-Use-VO für digitale Überwachung in Betracht.

##### *1. Entstehung der Genehmigungspflicht*

Eine Genehmigungspflicht entsteht in Catch-all-Bestimmungen entweder aufgrund konstituierender Unterrichtung durch das BAFA oder aufgrund der Kenntnis des Betroffenen vom kritischen Verwendungszweck.

##### *a) Unterrichtung*

Bei der Unterrichtung handelt es sich um einen belastenden Verwaltungsakt, dessen Regelungsgehalt entsprechend §§ 133, 157 BGB durch Auslegung nach

<sup>21</sup> BMWK: *Rüstungsexportbericht 2021*, Anl. 7.

<sup>22</sup> Auswärtiges Amt: Erklärung vom 22.1.2021.



seinem Wortlaut und unter Berücksichtigung des Empfängerhorizonts zu ermitteln ist. Maßgeblich ist der objektive Erklärungswert, d. h., wie der Bürger unter Berücksichtigung aller ihm bekannten oder erkennbaren Umstände die Erklärung oder das Verhalten der Behörde verstehen durfte bzw. musste.<sup>23</sup> Für die Qualifizierung und die Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes ist es zudem grundsätzlich unerheblich, ob er formlos oder schriftlich erlassen wird. Daher können nicht nur formelle und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehene Bescheide, sondern auch sogenannte »Sensibilisierungsschreiben« des BAFA über kritische Beschaffungsversuche jedenfalls dann eine Unterrichtung darstellen, wenn der Adressat der Behörde seine überlegene Sachverhaltskenntnis verschweigt und schon aufgrund der Sensibilisierung nicht mehr damit rechnen kann, genehmigungsfrei exportieren zu können.<sup>24</sup> Aus dem Wesen der Unterrichtung folgt, dass diese nicht auf einen Einzelfall im Sinne eines konkreten Exportgeschäftes beschränkt ist, sondern sich auf eine bestimmte, näher bezeichnete Art von Geschäften bezieht.<sup>25</sup>

Bei der Unterrichtung genügt nach dem Wortlaut der Catch-all-Bestimmungen der EU-Dual-Use-VO (»bestimmt sein können«) der Hinweis auf die Möglichkeit einer kritischen Verwendung. Insoweit kommt als geschütztes Rechtsgut bereits der formale Geltungsanspruch der staatlichen Beschränkungen, also die Durchführung des verwaltungsrechtlichen Genehmigungsverfahrens, zum Tragen.<sup>26</sup> Strafnormen, die Verstöße gegen Unterrichtungstatbestände sanktionieren, sind insoweit abstrakte Gefährdungsdelikte. Auf den Nachweis der tatsächlichen Endbestimmung kommt es daher nicht an.<sup>27</sup>

### *b) Kenntnis*

Hat der Ausführer im Außenwirtschaftsverkehr positive Kenntnis vom kritischen Verwendungszweck einer Ware mit doppeltem Verwendungszweck, führt dies zu einer Unterrichtungspflicht gegenüber dem BAFA. Fahrlässige Unkenntnis genügt dagegen nicht.<sup>28</sup> Knüpft eine fachrechtliche Vorschrift an die Kenntnis bestimmter Umstände Rechtsfolgen, so kann ein bewusstes Sich verschließen vor Umständen, die sich dem Betroffenen aufdrängen, nach Lage des Falles einer Kenntnis gleichgesetzt werden.<sup>29</sup> Daher sollte der Ausführer alle ihm vorliegen-

<sup>23</sup> BGH, Urteil v. 30.3.2021, 3 StR 474/19, juris, NJW 2021, 3669, Rn. 27; BVerwG, NVwZ 2006, 1175, 1179; von Alemann/Scheffczyk, in Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, 54. Aufl., München 2022, § 35 VwVfG, Rn. 36, 46 m. w. N. auf die Rechtsprechung.

<sup>24</sup> So im Ergebnis BGH, Beschluss v. 14.10.2014, 3 StR 167/14, *wistra* 2015, 148.

<sup>25</sup> BGH, Urteil v. 10.3.2016, 3 StR 347/15, juris.

<sup>26</sup> BGH, Beschluss v. 19.1.2010, StB 27/09, BGHSt 54, 275 Rn. 148; Cornelius: AWG, § 18 Rn. 4; Pelz: §§ 17 ff. AWG, Rn. 2.

<sup>27</sup> Morweiser: Vorbemerkung zu den §§ 17, 18 AWG, Rn. 71.

<sup>28</sup> BGH, Beschluss v. 19.1.2010, StB 27/09, BGHSt 54, 275–328, Rn. 70 ff.; VG Frankfurt am Main, Urteil v. 14.3.1996, 1 E 1772/93 (3), n. v.; Bieneck: § 29, Rn. 37.

<sup>29</sup> BVerfG, Beschluss v. 14.4.2010, 1 BVR 299/10, NJW-RR 2010; Pietsch: AW-Prax 2018, 80.



den Informationen darauf prüfen, ob sie ihm eine entsprechende Kenntnis vermitteln. Diese Informationsquellen sind etwa die geschäftlichen Beziehungen zu dem Kunden oder auftragsbezogene eindeutige Hinweise oder Eindrücke. Im Bereich der strafrechtlichen Sanktionierung lässt der Bundesgerichtshof zum Nachweis der Kenntnis einen Rückschluss aus konspirativem Verhalten zu, das allein unter dem Gesichtspunkt der Umgehung von Exportkontrollvorschriften zu erklären ist.<sup>30</sup>

Kenntnis in diesem Sinne löst die Unterrichtungspflicht gegenüber der Genehmigungsbehörde aus. Deren Entscheidung wiederum hängt nicht davon ab, ob der kritische Verwendungszweck tatsächlich feststeht. Vielmehr bleibt es der Behörde unbenommen, auch in diesem Fall die Genehmigungspflicht durch eine anschließende Unterrichtung über den möglichen kritischen Verwendungszweck zu begründen. Während die Kenntnis vom kritischen Verwendungszweck zur Entstehung der Genehmigungspflicht führt, knüpfen die Straftatbestände daran an, dass die Ausfuhr ohne Entscheidung der zuständigen Behörde über die Genehmigungspflicht oder ohne Genehmigung durchgeführt wurde.<sup>31</sup>

## *2. Artikel 4 der EU-Dual-Use-VO (ABC-Waffen, Trägertechnologie)*

Art. 4 der EU-Dual-Use-VO regelt die Ausfuhr ungelisteter Güter, deren Verwendung im Zusammenhang mit der Herstellung oder Entwicklung von atomaren, biologischen oder chemischen Massenvernichtungswaffen oder Flugkörpern steht, mit denen derartige Waffen eingesetzt werden können. Ägypten hat keine nennenswerten Anstrengungen unternommen, um eine eigene Atomwaffenkapazität zu entwickeln.<sup>32</sup> Ob das Land im Jemenkrieg (1962–1967) Chemiewaffen eingesetzt hat oder aktuell chemische oder biologische Waffen besitzt, ist dagegen unklar.<sup>33</sup> Ägypten hat das Chemiewaffenübereinkommen weder unterzeichnet noch ratifiziert und ist auch nicht Teilnehmer des für Biowaffen zuständigen Kontrollregimes (Australische Gruppe).

## *3. Artikel 5 EU-Dual-Use-VO (Digitale Überwachung)*

Vor dem Hintergrund der in den letzten Jahren zunehmend besorgniserregenden Entwicklung der Menschenrechtslage in Ägypten<sup>34</sup> könnte der im Zuge der Neuregelung der EU-Dual-Use-VO im September 2021 eingeführte Art. 5 in der Exportkontrolle an Bedeutung gewinnen. Die Vorschrift sieht eine Genehmigungspflicht für die Ausfuhr von Gütern für digitale Überwachung vor, wenn der

<sup>30</sup> BGH, Beschluss v. 19.1.2010, StB 27/09, BGHSt 54, 275–328, Rn. 73.

<sup>31</sup> Vgl. zu den Strafvorschriften Morweiser: Vorbemerkungen zu den §§ 17, 18 AWG, Rn. 72 ff.

<sup>32</sup> Global Security: Nuclear Weapons Program.

<sup>33</sup> Vgl. Merkel: Stärkste Chemiewaffen; Walker: Chemiewaffen, S. 30 ff.

<sup>34</sup> Vgl. etwa Auswärtiges Amt: Mohammed El-Baqer.

Ausführer entweder unterrichtet wurde, dass die betreffenden Güter ganz oder teilweise für eine Verwendung im Zusammenhang mit interner Repression und/oder der Begehung schwerwiegender Verstöße gegen die Menschenrechte und das humanitäre Völkerrecht bestimmt sind oder bestimmt sein können.

Art. 5 Abs. 1 und 2 EU-Dual-Use-VO lauten:

- (1) Die Ausfuhr von Gütern für digitale Überwachung, die nicht in Anhang I aufgeführt sind, ist genehmigungspflichtig, wenn der Ausführer von der zuständigen Behörde davon unterrichtet worden ist, dass die betreffenden Güter ganz oder teilweise für eine Verwendung im Zusammenhang mit interner Repression und/oder der Begehung schwerwiegender Verstöße gegen die Menschenrechte und das humanitäre Völkerrecht bestimmt sind oder bestimmt sein können.
- (2) Ist einem Ausführer aufgrund von im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht erlangten Erkenntnissen bekannt, dass Güter für digitale Überwachung, die der Ausführer ausführen möchte, die nicht in Anhang I aufgeführt sind, ganz oder teilweise für eine der Verwendungen im Sinne des Absatzes 1 dieses Artikels bestimmt sind, so unterrichtet der Ausführer die zuständige Behörde davon.

#### *a) Güter für digitale Überwachung*

Als »Güter für digitale Überwachung« definiert Art. 2 Nr. 20 EU-Dual-Use-VO Güter mit doppeltem Verwendungszweck, die besonders dafür konstruiert sind, die verdeckte Überwachung natürlicher Personen durch Überwachung, Extraktion, Erhebung oder Analyse von Daten aus Informations- und Telekommunikationssystemen zu ermöglichen.

Art. 5 EU-Dual-Use-VO ist mithin nur anwendbar, wenn die Überwachung entweder selbst verdeckt erfolgt oder wenn bei offener Überwachung die Extraktion, Erhebung oder Analyse der Überwachungsdaten für die betroffene natürliche Person nicht erkennbar ist. Die Güter für digitale Überwachung müssen dabei speziell so konstruiert sein, dass sie das Eindringen in Informations- und Telekommunikationssysteme oder eine entsprechende tiefgreifende Datenpaketanalyse ermöglichen.<sup>35</sup> Dies wird bei Gütern, die für eine rein kommerzielle Anwendung verwendet werden, etwa Rechnungsstellung, Marketing, Qualitätsdienste oder Netzsicherheit, im Allgemeinen nicht der Fall sein. Keine Güter für digitale Überwachung i. S. v. Art. 2 Nr. 20 EU-Dual-Use-VO sind außerdem bereits in Anhang I der EU-Dual-Use-VO gelistete Güter für digitale Überwachung, die der Genehmigungspflicht nach Art. 3 EU-Dual-Use-VO unterfallen.<sup>36</sup> Rückschlüsse für eine Subsumtion von Gütern unter Art. 2 Nr. 20

<sup>35</sup> Erwägungsgrund 8 der EU-Dual-Use-VO.

<sup>36</sup> 4A005/4D004: Ausrüstung und Software für Erzeugung, Steuerung, Kontrolle, Bereitstellung von »Intrusion-Software« (Schadsoftware, Trojaner etc.); 5A001f: Ausrüstung für Abhören, Stören oder Überwachen von mobiler Kommunikation; 5A001j: Systeme oder Ausrüstung zur

EU-Dual-Use-VO können aus Anhang IV der Iran-Embargo VO (EU) Nummer 359/2011 gezogen werden, der Abhör- und Überwachungs-ausrüstung für Fest-, Mobilfunk- und IP-Netze aufzählt.

*b) Sorgfaltspflichten (Absatz 2)*

Während eine genehmigungsbegründende Unterrichtung durch das BAFA nach Art.5 Abs.5 Abs.1 EU-Dual-Use-VO dem Ausführer eine gewisse Rechtssicherheit bietet, stellt die korrespondierende »Kenntnis«-Klausel des Abs.2 den Rechtsanwender vor erhebliche Herausforderungen.

Problematisch ist die (zudem unelegant formulierte) Verknüpfung der erforderlichen Kenntnis mit der Anwendung von Sorgfaltspflichten. Es wurde bereits ausgeführt, dass der Ausführer in der Exportkontrolle, in der er selbst primär für die Einhaltung der exportrechtlichen Vorschriften einstehen muss, im eigenen Interesse eine gründliche Prüfung des Ausfuhrvorhabens durchzuführen hat und dabei die ihm zur Verfügung stehenden Information auf eine tatsächliche Bestimmung der sensitiven Verwendung ausschöpfen muss. Ein verallgemeinerbarer Sorgfaltsmaßstab ist daraus aber nicht abzuleiten, vielmehr bleibt der konkrete Umfang der Untersuchung der jeweiligen Risikoeinschätzung im Einzelfall überlassen.<sup>37</sup> Es bleibt abzuwarten, ob sich aus den Leitlinien und/oder Empfehlungen in Bezug auf bewährte Verfahren, die den Ausführern nach Artt. 5 Abs.2 S.3, 26 Abs.1 EU-Dual-Use-VO von der Kommission und vom Rat zur Verfügung gestellt werden sollen, eine Konkretisierung des Überprüfungsmaßstabs ergeben wird. Letztlich wird man aber auch diese *Best Practices* allein als ausdrückliche Benennung der bisher faktisch schon bestehenden Sorgfaltspflicht verstehen können. Denn der Wortlaut der Vorschrift verlangt wie bei den sonstigen Catch-all-Bestimmungen, dass dem Ausführer die tatsächliche Bestimmung der Güter »bekannt ist«. Nach einhelliger Meinung ist darunter tatsächliches Wissen oder positive Kenntnis zu verstehen,<sup>38</sup> was im Hinblick auf mögliche strafrechtliche Folgen auch nicht anders verstanden werden kann. Der Wortlaut bildet insoweit aus verfassungsrechtlichen Gründen die Grenze des Spielraums zulässiger Konkretisierung. Dieser Grundsatz ist auch auf Rechtsakte der EU anzuwenden.<sup>39</sup> Daher ist die Herleitung einer Genehmigungspflicht aus einer fahrlässig verschuldeten Unkenntnis i. S. eines »kennen Müssens« abzulehnen.<sup>40</sup>

---

Überwachung der Kommunikation in IP-Netzen; 5D001e: Software für Law Enforcement; 5A004a: Ausrüstung für Überwindung, Schwächung, Umgehung von »Informationssicherheit«.

<sup>37</sup> Pietsch, Georg, AW-Prax 2018, 80.

<sup>38</sup> BGH, Beschluss v. 19.1.2010, StB 27/09, BGHSt 54, 275–328, Rn. 70 ff. m. w. N.; Bieneck: § 29, Rn. 37.

<sup>39</sup> BVerfG, Beschluss v. 7.5.1968, 2 BvR 702/65, BVerfGE 23, 265 (270); Satzger: *Strafrecht*, § 9 Rn. 68.

<sup>40</sup> Pietsch, Georg, AW-Prax 2018, 80.

Hinzu kommt, dass es bislang auch an einer Konkretisierung der Begriffe »interne Repression« und »schwerwiegende Menschenrechtsverstöße« fehlt. Es stellt sich die Frage, wie weit das Wissen über die Konsequenzen eines Technologieinsatzes reichen muss und kann und wo etwa die Schwelle von vereinzelt Polizeiübergriffen hin zur systematischen Willkür überschritten ist. Im Hinblick auf die drohenden strafrechtlichen Konsequenzen weckt dies Zweifel, ob dem Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG) genüge getan ist. Der Rückschluss aus konspirativem Verhalten, das allein unter dem Gesichtspunkt der Umgehung von Exportkontrollvorschriften zu erklären ist<sup>41</sup> (siehe oben D IV 1.b), kann dieses Problem nicht lösen. Obwohl das übergeordnete Ziel der Vorschrift, den Schutz von Menschenrechten im Zusammenhang mit Überwachungstechnologien stärker in der Exportkontrolle zu verankern, zu begrüßen ist, ist die Vorschrift für Exporteure, einschließlich der von kleinen und mittelständischen Unternehmen geprägten Industrie, daher wenig praxistauglich. Anstelle von überprüfbaren technischen Parametern oder Listen besonders kritischer Länder führt die unbestimmte Endverwendung zu Rechtsunsicherheit, höheren Kosten und Verwaltungsaufwand im Unternehmen.

Die noch ausstehende Strafbewehrung des neu geschaffenen Art. 5 EU-Dual-Use-VO bleibt daher abzuwarten. Hierfür muss der Gesetzgeber eine eigenständige (Blankett-)Strafnorm schaffen,<sup>42</sup> naheliegender Weise durch Erweiterung des Katalogs des § 18 Abs. 5 AWG. Dabei wird er im Hinblick auf die Mängel der Ausfüllungsvorschrift hohe Anforderungen an die Beschreibung einer konkreten Tathandlung zu überwinden haben.

## V. Anti-Folter-Verordnung

Mehr Rechtsklarheit gewährleisten die europäischen Rechtsvorschriften, die für den Export von Gütern zu beachten sind, die zur Vollstreckung der Todesstrafe oder zur Folter bzw. einer anderweitigen grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung eingesetzt werden können.

Mit der Verordnung (EU) 2019/125 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Januar 2019<sup>43</sup> (sogenannte »Anti-Folter-Verordnung«) wurden die Verordnung (EG) Nummer 1236/2005 aufgehoben und sämtliche, mehrfach geänderte Maßnahmen konsolidiert und neu gegliedert. Die Anti-Folter-Verord-

<sup>41</sup> BGH, Beschluss v. 19.1.2010, StB 27/09, BGHSt 54, 275–328, Rn. 73.

<sup>42</sup> Für bereits geltende Beschränkungen, wie etwa den im Wesentlichen unverändert gebliebenen Art. 4 EU-Dual-Use-VO, wurden in § 18 Abs. 5 AWG die bestehenden statischen Verweise auf die alte Dual-Use-Verordnung (EG) Nummer 428/2009 durch Verweise auf die neue EU-Dual-Use-Verordnung ersetzt. Die Gesetzesänderung erfolgte durch die 9.9.2021 in Kraft getretene Erste Verordnung zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und der Außenwirtschaftsverordnung. Dabei wurde § 30 Abs. 2 AWG als Ermächtigungsgrundlage genutzt; vgl. Morweiser: Vorbemerkungen zu den §§ 17, 18 AWG, Rn. 159.

<sup>43</sup> ABl. L 30/1.

nung enthält Verbote und Genehmigungspflichten für den Handel mit bestimmten Gütern, die zur Vollstreckung der Todesstrafe, zu Folter oder zu anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe verwendet werden könnten. Hierunter fallen neben Gütern, die zur Hinrichtung von Menschen konstruiert sind, auch Elektroschockgeräte, Schlagstöcke oder Tränengaspistolen, deren Aus- oder Einfuhr genauso verboten bzw. genehmigungsbedürftig ist wie die Erbringung von technischer Hilfe oder Ausbildungsmaßnahmen zu ihrer Verwendung.

### *E. Schlussbemerkung*

Im Außenwirtschaftsverkehr mit Ägypten sind vielfältige Exportkontrollvorschriften zu beachten. Sie betreffen aber erfreulicherweise nicht den Jubilar, der auf seinen Reisen dorthin weder bei der Mitnahme neu erworbener juristischer Fachliteratur noch beim Import von landwirtschaftlichen Erzeugnissen wie etwa Limetten Beschränkungen unterworfen ist.

### *Bibliographie*

- von Alemann, Florian/Scheffczyk, Fabian (<sup>54</sup>2022): § 35 VwVfG, in: *Beck'scher Online-Kommentar VwVfG*, München: Beck.
- Auswärtiges Amt (2021): *Erklärungen des Auswärtigen Amtes in der Regierungspressekonferenz vom 22.1.2021*, [www.auswaertiges-amt.de/de/newsroom/regierungspressekonferenz/2436528](http://www.auswaertiges-amt.de/de/newsroom/regierungspressekonferenz/2436528) (Zugriff: 23.10.2023).
- Auswärtiges Amt (2021): *Auswärtiges Amt anlässlich der bevorstehenden Urteilsverkündung gegen den ägyptischen Rechtsanwalt Mohammed El-Baqer*; [www.auswaertiges-amt.de/de/newsroom/-/2502526](http://www.auswaertiges-amt.de/de/newsroom/-/2502526) (Zugriff: 23.10.2023).
- Auswärtiges Amt (2023): *Deutschland und Ägypten: bilaterale Beziehungen*, [www.auswaertiges-amt.de/de/aussenpolitik/laender/aegypten-node/bilaterale-beziehungen/212610](http://www.auswaertiges-amt.de/de/aussenpolitik/laender/aegypten-node/bilaterale-beziehungen/212610) (Zugriff: 23.10.2023).
- Bieneck, Klaus (<sup>2</sup>2005): § 29. Gefährdungstatbestand, in: *Handbuch des Außenwirtschaftsrechts*, hrsg. von dems., Köln: O. Schmidt, S. 716–760.
- Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK, Hg.) (2019): *Politische Grundsätze der Bundesregierung für den Export von Kriegswaffen und sonstigen Rüstungsgütern*, [www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/P-R/politische-grundsaeetze-fuer-den-export-von-kriegswaffen-und-sonstigen-ruestungsguetern.pdf](http://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/P-R/politische-grundsaeetze-fuer-den-export-von-kriegswaffen-und-sonstigen-ruestungsguetern.pdf) (Zugriff: 23.10.2023).
- Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK, Hg.) (2022): *Bericht der Bundesregierung über ihre Exportpolitik für konventionelle Rüstungsgüter im ersten Halbjahr 2021. Rüstungsexportbericht 2021*, [www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Aussenwirtschaft/ruestungsexportbericht-2021.pdf](http://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Aussenwirtschaft/ruestungsexportbericht-2021.pdf) (Zugriff: 23.10.2023).

- Cornelius, Kai (<sup>2</sup>2017): *Außenwirtschaftsgesetz*, in: *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, hrsg. von Jürgen Peter Graf, Markus Jäger und Petra Wittig, München: C. H. Beck, S. 1429–1485.
- European Commission (2023): *EU trade by country/region. Egypt*, [policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions\\_en](https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions_en) (Zugriff: 23.10.2023).
- Global Security (o.D.): Nuclear Weapons Program, [www.globalsecurity.org/wmd/world/egypt/nuke.htm](http://www.globalsecurity.org/wmd/world/egypt/nuke.htm) (Zugriff: 23.10.2023).
- Merkel, Wolfgang W. (2003): Natur liefert stärkste Chemiewaffen, [www.welt.de/print-welt/article343205/Natur-liefert-staerkste-Chemiewaffen.html](http://www.welt.de/print-welt/article343205/Natur-liefert-staerkste-Chemiewaffen.html) (Zugriff: 23.10.2023).
- Morweiser, Stephan (2022): Vorbemerkungen zu den §§ 17, 18, in: *AWR-Kommentar. Kommentar für das gesamte Außenwirtschaftsrecht*, hrsg. von Hans-Michael Wolffgang, Achim Rogmann und Georg Pietsch, Köln: Reguvis.
- Pelz, Christian (<sup>2</sup>2020): Vor §§ 17 ff. AWG, in: *Außenwirtschaftsrecht*, hrsg. von dems., Ernst Hocke und Bärbel Sachs, Heidelberg: C. F. Müller, Rn. 2.
- Pietsch, Georg (2015): Leitgedanken zur Exportkontrolle im Zusammenhang mit Cloud Computing und Fragen zu Cyberwar, in: *Recht der Exportkontrolle, Bestandsaufnahme und Perspektiven*, hrsg. von Dirk Ehlers und Hans-Michael Wolffgang, Frankfurt am Main: Dt. Fachverlag, S. 527–542.
- Pietsch, Georg: „Due-Diligence“ bei Dual-Use-Ausfuhren: Drohen Ausforschungspflichten im Catch-All-Bereich?, *AW-Prax* 2018, S. 80.
- Satzger, Helmut (2016): *Internationales und europäisches Strafrecht*, Baden-Baden: Nomos.
- Walker, Paul (2014): Chemiewaffen – Vom Ersten Weltkrieg bis zur weltweiten Abschaffung, in: *Wissenschaft & Frieden* 32.1, S. 30–32.



# Aspekte afrikanischer und asiatischer Rechtsordnungen





# Das African Continental Free Trade Area (AfCFTA) – Game Changer für Ägypten?<sup>1</sup>

*Christian Ule*

## *A. Im Handel liegt der Wandel*

Mit seinen 30,2 Millionen km<sup>2</sup>, rund 1,3 Milliarden Einwohnern und insgesamt 55 Ländern ist Afrika nach Asien der zweitgrößte Kontinent der Welt. Über 50 % der Bevölkerung Afrikas ist unter 20 Jahre alt; 2050 dürfte jedes vierte Neugeborene aus Afrika stammen.<sup>2</sup> Der Kontinent ist reich an fruchtbaren Böden und Rohstoffen wie Öl, Diamanten, Gold, Mangan, Kobalt, Chrom und Coltan. Unter den weltweit am schnellsten wachsenden Staaten befinden sich einige afrikanische Länder.<sup>3</sup> Das Potential, das der Kontinent in sich birgt, ist enorm.

In diesem Zusammenhang kommt der Republik Ägypten als wirtschaftliches Schwergewicht eine besondere Rolle zu: Das Land erstreckt sich über eine Million km<sup>2</sup> und ist nach Südafrika der am stärksten industrialisierte Staat des Kontinents.<sup>4</sup> Der Nil, längster Fluss der Erde, schließt den Staat an wichtige Verkehrsrouten an und bietet zugleich eine stabile Quelle an Wasser und Nahrung. Mit dem Suezkanal verfügt Ägypten zudem über eine der wichtigsten Handelsrouten weltweit. Mittlerweile zählt Ägypten ganze 104,7 Millionen Einwohner und ist damit das bevölkerungsreichste arabische und drittbevölkerungsreichste afrikanische Land.<sup>5</sup> Ägypten gehört, wie auch Algerien, Angola, Marokko, Nigeria und Südafrika, zu den Ländern Afrikas, die schon lange durch Wirtschaftsabkommen<sup>6</sup> Handelsbeziehungen mit Europa pflegen und als starke und selbstbewusste Handelspartner agieren. Hauptziel der ägyptischen Exporte ist Europa mit 31,1 %<sup>7</sup>; mit 6,3 % ist Ägypten der fünftgrößte Exporteur Afrikas.<sup>8</sup> Das rasante Wirtschaftswachstum zieht zunehmend internationale Investoren an, die Ägypten als Produktionsstandort für den Nahen Osten und Afrika wählen.<sup>9</sup> So verzeichnete Ägypten zwischen 2017 und 2020 mit 21 % den höchsten Anteil an ausländischen Direktinvestitionen in der Elektronik- und Elektroindustrie

<sup>1</sup> Der Aufsatz erschien bereits am 24. November 2022 in Zusammenarbeit mit Sophie Greiner auf Mideast/Law: [mideastlaw.de/de/nachrichten/das-african-continental-free-trade-area-afcfta-game-changer-fur-egypten](https://mideastlaw.de/de/nachrichten/das-african-continental-free-trade-area-afcfta-game-changer-fur-egypten) (Zugriff: 12.3.2024).

<sup>2</sup> BfB: Bevölkerung Afrikas; DSW: Länderdatenbank.

<sup>3</sup> »List of countries by real GDP growth rate«, 2023.

<sup>4</sup> GIZ, AHK und GTI: *Neue Märkte – neue Chancen*.

<sup>5</sup> Umersbach: Gesamtbevölkerung von Ägypten.

<sup>6</sup> Z.B. durch das Freihandelsabkommen mit der Europäischen Freihandelsassoziation (European Free Trade Association, kurz EFTA).

<sup>7</sup> Vgl. OECD u. a.: *Policy Review of Egypt*, S. 141.

<sup>8</sup> Ebd., S. 142.

<sup>9</sup> Vgl. UNCTAD: *Progress on Africa's integration*.

in Afrika und mit 14 % den zweithöchsten Anteil an Projekten, die Fachwissen voraussetzen.<sup>10</sup> Im Jahr 2020 wuchs die ägyptische Wirtschaft trotz der pandemiebedingten Umstände weiterhin um 3,6 %. Dies ist umso bemerkenswerter, als die Wirtschaft im Nahen Osten um 4 %, in Afrika um 1,9 % und weltweit um 3,3 % schrumpfte.<sup>11</sup> Ägypten hat sich die Entfaltung seines Potenzials seit den 1990er Jahren auf die Agenda gesetzt und hierzu einige Institutionen geschaffen und Gesetzesänderungen auf den Weg gebracht. Zu nennen sind etwa das Gesetz über Investitionsgarantien und -anreize Nr. 72/2017 (Law of Investment Guarantees and Incentives No. 72/2017) oder das Gesetz über Kleinst-, kleine und mittlere Unternehmen Nr. 152/2020 (Micro, Small and Medium Enterprise [MSME] Law No. 152/2020), welche Unternehmen eine Reihe von Anreizen und Vorteilen bieten.<sup>12</sup>

Zuweilen ist indes auch zu beobachten, dass Afrika als Ganzes für westliche Investoren an Bedeutung gewinnt. Dies zeigt nicht zuletzt die 2017 anlässlich des G20 beschlossene Initiative *Compact with Africa*, auch bekannt unter dem Namen *Marschallplan mit Afrika*, deren Fokus auf der Ausweitung der wirtschaftlichen Kooperation Afrikas mit den G20-Staaten durch Stärkung von Privatinvestitionen liegt.<sup>13</sup> Auch Ägypten gehört zu den an der Initiative teilnehmenden Ländern.

Weitaus geringere Schlagkraft beweist hingegen bislang der innerafrikanische Handel. Grund hierfür sind einerseits hohe innerafrikanische Zölle zwischen Staaten, die keinem gemeinsamen Abkommen angehören. Nicht zu unterschätzen sind auch die nicht-tarifären Barrieren (non-tariff barriers, kurz NTBs) wie schwache Infrastruktur, Korruption, schwerfällige Bürokratie sowie intransparente und uneinheitliche Regelungen. Sie sorgen dafür, dass sich interregionale Exporte kaum entwickelten. Handelsbeschränkungen innerhalb Afrikas sind vier Mal höher als in Mitgliedsstaaten der OECD.<sup>14</sup> Dies wird etwa dadurch deutlich, dass die durchschnittliche Wartezeit bei der Grenzzollabfertigung an innerafrikanischen Grenzen bei ganzen 97 Stunden liegt, während in Europa hierfür durchschnittlich nur 8 Stunden anfallen.<sup>15</sup> Nicht weiter verwunderlich ist es somit, dass entgegen geographischer Logik die interregionale Exportrate in Afrika bisher bei lediglich knappen 17 % stagniert und nur 0,36 % des Welt Handels ausmacht.<sup>16</sup> Ein Vergleich mit den interregionalen Exporten der anderen Kontinente zeigt jedoch, dass ein höherer Anteil durchaus erreichbar ist: 68 % in Europa, 59 % in Asien und 55 % in Nord- und Südamerika.<sup>17</sup>

<sup>10</sup> Vgl. OECD u. a.: *Policy Review of Egypt*, S. 21.

<sup>11</sup> Ebd., S. 36.

<sup>12</sup> Vgl. ebd., S. 66.

<sup>13</sup> G20 Compact with Afrika: Welcome.

<sup>14</sup> GIZ, AfCFTA Infographics Overview, S. 5.

<sup>15</sup> Ebd., S. 8.

<sup>16</sup> Ebd., S. 2; Böschmeier/Teti: *Panafrikanische Freihandelszone*, S. 50.

<sup>17</sup> *Africa Business Guide: AfCFTA*.

Schon lange hatte sich die Afrikanischen Union (AU) die Schaffung einer gemeinsamen Handelszone auf ihre Agenda gesetzt. Nach über 30 Verhandlungsjahren blickt die Welt nun auf das Mitte 2019 in Kraft getretene erste panafrikanische Handelsabkommen: Das African Continental Free Trade Area, kurz AfCFTA.

Wird damit der Traum des wirtschaftlich florierenden, selbstbewussten, verhandlungsstarken und geeinten Afrikas Realität?

## *B. Der lange Weg zur Einigung*

### *I. Geburtsstunde des AfCFTA*

Bestrebungen zu einer gemeinsamen Handelszone aller afrikanischen Staaten sind nicht neu. Schon Ende der 1970er Jahre wurden erste Gedanken zu einer gemeinsamen Handelspolitik festgehalten.<sup>18</sup> Geburtsstunde eines konkreten Leitbilds war schließlich das *Abuja-Abkommen* 1991, in welchem sich die Mitgliedsstaaten der damaligen Organisation für Afrikanische Einheit (OAE) erstmals über einen entsprechenden Aktionsplan einigten. Mit seinem Art. 2 wurde die Afrikanische Wirtschaftsgemeinschaft gegründet, welche nach einem 6-Stufen-Plan bis 2034 umgesetzt werden sollte.

Afrika zählt insgesamt ganze 3000 Völker und 2000 eigenständige Sprachen, welche die Koordination untereinander und die Vertretung gemeinsamer Interessen zuweilen komplex machten. Das Vorhaben geriet folglich unweigerlich ins Stocken, und es mussten über 20 Jahre ins Land gehen, bis erstmals 2015 wieder aufgenommene Verhandlungen den Weg für die Umsetzung ebneten.

### *II. Neuer Anstoß durch die Agenda 2063*

Mit der Agenda 2063 kam das Vorhaben eines gemeinsamen Handelsabkommens schließlich wieder ins Rollen. Sie wurde 2015 von allen Mitgliedsstaaten der AU verabschiedet und ist Ausdruck einer gemeinsamen Vision für die Entwicklung Afrikas für die folgenden 50 Jahre.

Die Agenda 2063 ist der erste von der AU ausgehende Entwicklungsplan. Er sieht zum einen vor, dass die Entwicklung des Kontinents durch inklusives Wachstum, ausgehend von den Menschen und aufbauend auf ihrem Potenzial nachhaltig gewährleistet wird. Afrika soll ein integrierter und politisch vereinter Kontinent sein, geprägt von guter Regierungsführung, Demokratie, Menschenrechten, Gerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit. Weiter wird auf ein friedliches und sicheres Afrika hingewirkt, in dem eine gemeinsame kulturelle Identität, ein gemeinsames Erbe und gemeinsame Werte handlungsleitend sind. Afrika soll

<sup>18</sup> Monrovia-Erklärung, 33. ordentliche Ministerkonferenz, 6.–20. Juli 1979.

2063 als starker, vereinter und einflussreicher Akteur und Partner in der Weltpolitik stehen.<sup>19</sup>

Dabei berücksichtigt die Agenda 2063 nicht nur die kontinentalen Wachstumsbestrebungen Afrikas. Zur Erreichung der Ziele ist die Umsetzung auf regionaler und nationaler Ebene ebenso wichtig. Zu Beginn der Agenda 2063 wurden die nationalen Entwicklungspläne der Mitgliedstaaten sowie die Strategiepläne der bereits bestehenden regionalen Wirtschaftsgemeinschaften überprüft und die Schwerpunkte ihrer Entwicklungsprioritäten in den ersten Zehnjahresplan aufgenommen.

Das AfCFTA ist eines der 15 Leuchtturmprojekte der Agenda 2063.<sup>20</sup>

### *III. Vierjähriger Schlusssprint*

Mit der Verabschiedung der Agenda 2063 und den sich anschließenden Schritten wurden die Ernsthaftigkeit des Vorhabens und der politische Wille der AU deutlich. Verhandlungsforen, Leitfäden und Arbeitsgruppen führten 2017 schließlich zum ersten Entwurf des Handelsabkommens sowie der dazugehörigen Protokolle. Weitere Entwürfe folgten, und der finale Vertragsentwurf wurde noch im selben Jahr beschlossen.

Rund drei Monate später unterschrieben 44 Staaten den Vertrag. Ein Jahr später, am 29. April 2019, war es so weit: Mit der Ratifikation von 24 Staaten konnte der Vertrag gem. Art. 23 des AfCFTA nach Ablauf von 30 Tagen schließlich in Kraft treten. Ägypten, Langzeitbefürworter des AfCFTA und Vorreiter bei den Verhandlungen, war zu diesem Zeitpunkt vorsitzender Staat der AU. Aufgrund der Coronapandemie verschob sich der Starttermin für die Umsetzung des AfCFTA von Juli 2020 auf Januar 2021.

Die Europäische Union hat die Verhandlungen zwischen 2018 und 2020 mit 50 Millionen Euro finanziert; die Bundesregierung unterstützt ihrerseits das Vorhaben unter anderem über die Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) und die Physikalisch-Technische Bundesanstalt (PTB).<sup>21</sup>

### *IV. Momentaufnahme*

Inzwischen (Stand August 2022) haben von den 55 Ländern Afrikas 54 das Abkommen unterschrieben und 43 ratifiziert. Einzig der ostafrikanische Staat Eritrea hat sich gegen eine Teilnahme an der Freihandelszone entschieden. Sitz des AfCFTA-Büros ist die Hauptstadt Ghanas, Accra. Am 10. Februar 2020 wurde

<sup>19</sup> African Union Mission (2015): Agenda 2063: The Africa We Want, African Union: Addis Abeba, S. 2.

<sup>20</sup> African Union: Flagship Projects of Agenda 2063.

<sup>21</sup> Vgl. BMWK: Die pananische Freihandelszone AfCFTA.

der südafrikanische Diplomat Wamkele Mene zum ersten Generalsekretär der afrikanischen Freihandelszone gewählt.<sup>22</sup>

In diesem Zusammenhang ist auch das erste panafrikanische Zahlungs- und Abwicklungssystem (Pan-African Payment and Settlement System, kurz PAPSS) zu nennen. Vor dem Hintergrund von über 40 existierenden afrikanischen Währungen wurde es 2019 von der Afreximbank und der AU eingerichtet und soll Transaktionskosten bei Finanzströmen innerhalb Afrikas reduzieren sowie die effektive Implementierung des AfCFTA sicherstellen.<sup>23</sup>

Die Verhandlungen über die Ausgestaltung des gemeinsamen Markts werden in Phase I und II unterteilt.<sup>24</sup>

Phase I ist größtenteils abgeschlossen und mündete in die Aufnahme der Protokolle zum *Waren- und Dienstleistungshandel* sowie zum *Streitschlichtungsverfahren* in das Abkommen. Einige Fragen sind jedoch noch offen, z. B. solche über Regeln zu Ursprungswaren,<sup>25</sup> über Listen der Zollzugeständnisse oder über Listen der spezifischen Verpflichtungen für die fünf vorrangigen Dienstleistungssektoren. Über diese Punkte (welche ursprünglich bis Juni 2021 geklärt werden sollten) wird derzeit noch verhandelt.<sup>26</sup>

Für die noch ausstehende Phase II sind Verhandlungen zur *Investitions- und Wettbewerbspolitik*, zu Fragen des *geistigen Eigentums*, zum *Onlinehandel* sowie zu *Frauen und Jugend im Handel* geplant, deren Ergebnis Niederschlag in weiteren Protokollen finden wird.<sup>27</sup> Diese müssen sodann von der AU-Vollversammlung angenommen und gemäß den verfassungsrechtlichen Vorschriften und Verfahren der Mitgliedstaaten ratifiziert werden.

Grundsätzlich können Handelsabwicklungen im Rahmen eines Handelsabkommens erst dann beginnen, wenn die rechtlichen Rahmenbedingungen abschließend geklärt sind. Die Staats- und Regierungschefs der AU einigten sich jedoch im Dezember 2020 darauf, dass der Warenhandel mit Waren, für welche die Verhandlungen abgeschlossen sind, beginnen kann.<sup>28</sup> Im Rahmen dieser ›Übergangsregelung‹ fand nach pandemiebedingtem Aufschub am 4. Januar 2021 unter großer medialer Beachtung die erste AfCFTA-Handelsabwicklung von Ghana nach Südafrika statt.<sup>29</sup>

<sup>22</sup> Hunter: South Africa wins bitter fight.

<sup>23</sup> PAPSS: Pan-African Payments and Settlement System.

<sup>24</sup> Manche Quellen sprechen von Phase I, II und III. Die offizielle Website der AU und des AfCFTA erwähnt nur Phase I und II, weshalb auch in diesem Beitrag lediglich von Phase I und II gesprochen wird.

<sup>25</sup> Als Ursprungswaren gelten Erzeugnisse, die in einem Land vollständig gewonnen oder hergestellt oder dort ausreichend be- oder verarbeitet wurden.

<sup>26</sup> Vgl. Chidede: AfCFTA; AfCFTA: Trade Areas.

<sup>27</sup> AfCFTA: Trade Areas.

<sup>28</sup> Protokoll der 13. außerordentlichen AU-Vollversammlung zu AfCFTA vom 5.12.2020.

<sup>29</sup> Onukwue: AfCFTA status; Fofack: Africa's Unfinished Trade Agenda.

### C. Wer oder was ist AfCFTA?

AfCFTA ist eine von seinen Mitgliedern gegründete *Freihandelszone*, die – mit Ausnahme Eritreas – den ganzen afrikanischen Kontinent umfasst und damit weltweit nach der Welthandelsorganisation (World Trade Organisation, kurz WTO) die größte Freihandelszone nach Anzahl der Mitgliedsstaaten ist. Im AfCFTA schlummert das Potenzial einer mittel- bis langfristigen Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit ganz Afrikas.

#### I. Rechtliche Einordnung

Das AfCFTA ist in erster Linie ein Instrument zur Ermöglichung und Förderung des freien Warenverkehrs. Konkret handelt es sich um ein sog. präferenzielles Handelsabkommen, welches nicht mit einer Zollunion – wie etwa die der Europäischen Union – zu verwechseln ist. In beiden Fällen handelt es sich um eine Vereinbarung zum vollständigen Abbau von Zöllen und NTBs zwischen den Mitgliedsstaaten. Der Unterschied liegt jedoch in der handelspolitischen Beziehung zu Drittstaaten: Während die beteiligten Länder bei Abschluss eines Handelsabkommens die Autonomie über ihre Außenzölle behalten, verständigen sich die Mitglieder einer Zollunion auf einen gemeinsamen Außenzoll und verpflichten sich, nur noch gemeinsam Handelsabkommen mit Drittstaaten zu verhandeln.<sup>30</sup>

Das AfCFTA besteht aus dem AfCFTA-Rahmenabkommen sowie aus Protokollen, deren Anhängen und Anlagen, welche in mehreren Phasen verhandelt werden (s.o.). Das Rahmenabkommen schafft mit seinen 30 Artikeln die Freihandelszone und definiert deren Ziele, Ablauf, Bestandteile und Organe. Die Protokolle über den Warenverkehr, über den Dienstleistungsverkehr und über die Regeln und das Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten sind bereits gemäß Art. 8 des Abkommens integraler Bestandteil des AfCFTA. Mit Ratifikation durch den jeweiligen Staat wird das AfCFTA für diesen verbindlich.<sup>31</sup> Ägypten war einer der ersten Staaten, die das Abkommen ratifiziert haben.<sup>32</sup>

Die sich aus dem Abkommen ergebenden Rechte und Pflichten enden erst durch Ausscheiden des Vertragsstaats aus dem AfCFTA. Gemäß Art. 27 des Abkommens ist ein Ausscheiden frühestens fünf Jahre nach Inkrafttreten des Vertrags und somit frühestens ab dem 29. Mai 2024 möglich.

<sup>30</sup> Böschmeier/Teti: Panafrikanische Freihandelszone, S. 53.

<sup>31</sup> Gem. Art. 30 des Abkommens ist das AfCFTA in vier Originalen in Arabisch, Englisch, Französisch und Portugiesisch ausgefertigt, welche alle gleichermaßen verbindlich sind.

<sup>32</sup> AfCFTA: State Parties. Ägypten hat das Abkommen am 28. Mai 2018 unterschrieben und am 24. Februar 2019 ratifiziert.

## *II. Regelungsinhalt der Protokolle*

### *1. Protokoll über den Warenverkehr*

Haupterrungenschaft des AfCFTA ist das Protokoll über den Warenverkehr, welches das Fallenlassen von 90 % aller innerafrikanischen Zölle in allen Produktkategorien innerhalb von fünf Jahren ab Inkrafttreten vorsieht. Dabei können bis zu 7 % der Produkte als sensible Waren eingestuft werden, für die eine Zollabbaufrist von zehn Jahren gilt. Bei den am wenigsten entwickelten Ländern (least developed countries, kurz LDCs) verlängert sich die Vorbereitungszeit von fünf auf zehn Jahre und für sensible Waren von zehn auf dreizehn Jahre, sofern sie ihre Bedürftigkeit nachweisen. Die übrigen 3 % der Zolltarife sind komplett vom Zollabbau ausgenommen.

Zur schrittweisen Senkung der Zölle haben bislang 44 AU-Mitgliedstaaten ihre Angebote vorgelegt. Hiervon wurden 29 geprüft und zur Umsetzung freigegeben.<sup>33</sup>

Konsequenterweise können Zollvorteile nur für Ursprungswaren aus den Mitgliedstaaten des AfCFTA gewährt werden. Andernfalls könnten Einfuhren aus Drittstaaten wie z. B. Deutschland von den ausgehandelten Zollbegünstigungen profitieren. Die Ursprungsregeln wurden bislang für 87,7 % der Zolltarifpositionen vereinbart, Gegenstand weiterer Verhandlungen ist noch die konkrete Ausgestaltung der übrigen 12,3 % der Zolltarifpositionen.<sup>34</sup>

### *2. Protokoll über den Dienstleistungsverkehr*

Das AfCFTA formuliert in einem weiteren Protokoll die Regeln und Grundsätze für die Liberalisierung des Dienstleistungsverkehrs auf dem Kontinent.

Die AU-Vollversammlung einigte sich bislang auf fünf Schwerpunktbereiche (Verkehr, Kommunikation, Tourismus, Finanz- und Unternehmensdienstleistungen) sowie auf Leitlinien zu den hierfür geltenden Verpflichtungen.<sup>35</sup> 47 AU-Mitgliedsstaaten haben bislang ihre Angebote für spezifische Verpflichtungen eingereicht und die Überprüfung von 28 ist abgeschlossen. Darüber hinaus sind die Verhandlungen, beispielsweise über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, noch nicht abgeschlossen.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> UNECA/KAS: Policy Brief, S. 2.

<sup>34</sup> Ebd.

<sup>35</sup> Vgl. tralac: AfCFTA, S. 9; AfCFTA: Trade in Services.

<sup>36</sup> UNECA/KAS: Policy Brief, S. 3.



### *3. Protokoll über die Regeln und das Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten*

Mit dem Protokoll über die Regeln und das Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten schafft das AfCFTA ein Streitbeilegungssystem nach dem Vorbild der Streitbeilegungsvereinbarung der WTO.<sup>37</sup>

Gemäß Art. 5 des Protokolls hat das Streitbeilegungsgremium (Dispute Settlement Body, kurz DSB) unter anderem die Aufgabe, das AfCFTA-Streitbeilegungsprotokoll zu verwalten und ein Gremium (Adjudicating Panel, kurz Panel) sowie ein Berufungsgremium (Appellate Body, kurz AB) einzusetzen. Das DSB setzt sich aus einem Vertreter der jeweiligen Mitgliedsstaaten zusammen und wird gemäß Art. 6 des Protokolls tätig, sobald Meinungsverschiedenheiten zwischen den Vertragsstaaten über die Auslegung und/oder Anwendung des Abkommens in Bezug auf ihre Rechte und Pflichten bestehen.

Die streitenden Parteien müssen nach Art. 6 des Protokolls zunächst den Versuch einer gütlichen Einigung unternehmen. Im Falle des Scheiterns gibt es für die Parteien, zusätzlich zur Möglichkeit, nach Art. 28 des Protokolls das Sekretariat um Rechtsberatung und -unterstützung zu bitten, drei Handlungsmöglichkeiten.

#### *a) Schlichtung und Mediation*

Nach Art. 8 des Protokolls kann eine externe, unabhängige Person die Parteien dabei unterstützen, eine einvernehmliche Lösung zu finden. Im Falle des Scheiterns bleibt es den Parteien unbenommen, weitere rechtliche Schritte einzuleiten.

#### *b) Verfahren über das DSB*

Die Parteien können das DSB anrufen und die Feststellung beantragen, dass eine Maßnahme nicht mit dem Abkommen vereinbar ist. Sodann ruft das DSB hierüber das Panel zur Auffassungsdarstellung (final report) ein. Es wird aus einer vom AfCFTA-Sekretariat geführten Vorschlagsliste ausgewählt, für die jeder Vertragsstaat zwei Kandidaten nominiert. Nach Verkündung der Auffassung haben die Parteien die Möglichkeit, innerhalb von 30 Tagen Berufung beim DSB einzulegen, worüber sodann das AB entscheidet. Kommt das Panel oder das AB zu dem Schluss, dass eine Maßnahme nicht mit dem Abkommen vereinbar ist, so empfiehlt es dem betroffenen Mitgliedsstaat, die Maßnahme mit dem Abkommen in Einklang zu bringen. Zusätzlich können das Panel oder das AB Vorschläge zur effektiven Umsetzung unterbreiten. Macht sich das DSB nach Art. 19 oder Art. 22 des Protokolls die Auffassung des Panels/des AB zu eigen, wird die Entscheidung für die Parteien rechtsverbindlich. Die Streitparteien tragen die Verfahrenskosten gem. Art. 26 des Protokolls zu gleichen Teilen. Für den

<sup>37</sup> WTO: Dispute Settlement Body.

Fall, dass die Entscheidung nicht innerhalb eines angemessenen Zeitraums vom betroffenen Mitgliedsstaat umgesetzt wird, kann die geschädigte Partei das DSB ersuchen, vorläufige Maßnahmen zu ergreifen.

### *c) Schiedsverfahren*

Die Parteien können sich statt der Durchführung des Verfahrens über das DSB gem. Art. 6 in Verbindung mit Art. 27 des Protokolls auch auf die Durchführung eines Schiedsverfahrens einigen. Voraussetzung ist lediglich, dass die Parteien das DSB hiervon in Kenntnis setzen. Der Schiedsspruch wird dem DSB mitgeteilt.

## *D. Bausteine und Institutionen des AfCFTA*

### *I. Regionale Wirtschaftsgemeinschaften*

Das einzige überstaatliche Organ, welches alle 55 Länder Afrikas unter einem Dach vereint, ist die AU, die die vormals bestehende OAE im Jahr 2002 ablöste. Heute gehören ihr alle international anerkannten Staaten Afrikas – einschließlich der Demokratischen Arabischen Republik Sahara (Westsahara) – an. Sitz der AU ist die äthiopische Hauptstadt Addis Abeba. Neben Frieden, Sicherheit und Stabilität sind die Ziele der AU die Beschleunigung regionaler Integrationsprozesse sowie die Anhebung der Lebensstandards aller Afrikaner und Afrikanerinnen.

Im Rahmen der Verhandlungen zum AfCFTA waren alle 55 Mitglieder der AU beteiligt. Von ihnen gehören 47 mindestens einer – manche auch mehreren – anerkannten regionalen Wirtschaftsgemeinschaften (regional economic communities, kurz RECs) an, welche gem. der Präambel des AfCFTA-Abkommens als Bausteine (*building blocks*) des Handelsabkommens weiterhin bestehen sollen. Es waren daher auch sie, die im Rahmen der AfCFTA-Verhandlungen als Sprachrohr ihrer jeweiligen Mitglieder fungierten. Das AfCFTA sieht vor, dass die RECs ihre eigenen Rechtsinstrumente, Institutionen und Streitbeilegungsmechanismen beibehalten.

Innerhalb der AU gibt es acht anerkannte RECs (siehe Tabelle 1), welche sich in einigen Ländern überschneiden und entweder präferentielle Handelsabkommen (Free Trade Agreements, kurz FTAs) oder Zollunionen sind.

Tabelle 1: Anerkannte RECs innerhalb der AU und Anzahl der Mitgliedsstaaten<sup>38</sup>

Anerkannte RECs innerhalb der AU	Anzahl Mitgliedsstaaten
Union des Arabischen Maghreb (UAM)	5
Gemeinsamer Markt für das Östliche und Südliche Afrika (COMESA)	21
Gemeinschaft der Sahel-Sahara-Staaten (CEN-SAD)	29
Ostafrikanische Gemeinschaft (EAC)	7
Zentralafrikanische Wirtschaftsgemeinschaft (ECCAS)	11
Westafrikanische Wirtschaftsgemeinschaft (ECOWAS)	15
Zwischenstaatliche Behörde für Entwicklung (IGAD)	8
Entwicklungsgemeinschaft des südlichen Afrikas (SADC)	16

Die verschiedenen Interessen der regionalen Wirtschaftsgemeinschaften haben die Verhandlungen des AfCFTA nicht immer leicht gemacht.

Zu berücksichtigen war einerseits, dass die meisten Wirtschaftsgemeinschaften unterschiedliche Zölle, Ursprungsregeln und Standards haben. Das AfCFTA verbindet einige Länder und RECs, wie z. B. EAC und ECOWAS, erstmalig über einen Freihandelsvertrag.<sup>39</sup> Zum anderen ist der Stand der Integration in den einzelnen RECs unterschiedlich. Nicht alle Wirtschaftsgemeinschaften haben den internen Handel schon liberalisiert. So ist beispielsweise die UAM für den freien Handel praktisch bedeutungslos, während die SADC bereits 90 % ihres internen Handels liberalisiert hat.<sup>40</sup> Die Ländergemeinschaft IGAD wiederum plant bereits seit vielen Jahren ein Freihandelsabkommen. Da jedoch die meisten Mitglieder ebenfalls Mitglieder des COMESA sind, welches bereits freien Handel ermöglicht, treten die Verhandlungen auf der Stelle.<sup>41</sup>

Im Rahmen des AfCFTA kommen den RECs verschiedenen Aufgaben zu. Diese sind insbesondere:

- Koordinierung der Verhandlungspositionen und Unterstützung der Mitgliedsstaaten bei Umsetzung des Abkommens,
- Lösungsorientierte Vermittlung bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Mitgliedstaaten,
- Unterstützung der Mitgliedstaaten bei der Harmonisierung von Zöllen und sonstigen Grenzschutzregelungen,
- Förderung der Nutzung des AfCFTA-Meldeverfahrens zur schrittweisen Beseitigung von NTBs.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> AU: RECs.

<sup>39</sup> Mack: AfCFTA.

<sup>40</sup> Schmieg: Afrikanische Freihandelszone.

<sup>41</sup> Böschmeier/Teti: Panafrikanische Freihandelszone, S. 53.

<sup>42</sup> OECD u. a.: *Policy Review of Egypt*, S. 137.

Von den anerkannten RECs gehört Ägypten COMESA und CEN-SAD an. Über COMESA ist Ägypten auch in das trilaterale Freihandelsabkommen (Tripartite Free Trade Area, kurz TFTA) eingebunden, welches die drei RECs COMESA, EAC und SADC integrieren und den Warenverkehr erleichtern soll. Darüber hinaus ist Ägypten Mitglied zahlreicher weiterer Wirtschaftsabkommen wie z. B. der Freihandelsabkommen mit EFTA, mit der Türkei, dem Mercado Común del Sur (kurz MERCOSUR) und der Größeren arabischen Freihandelszone (Greater Arab Free Trade Area, kurz GAFTA). Dank seiner Freihandelsabkommen konnte Ägypten sein Güter- und Dienstleistungsangebot im Inland ausweiten, neue Märkte erschließen und von ausländischen Investitionen profitieren. Mit dem AfCFTA setzt Ägypten auf Verstärkung dieses Effekts.

## II. Organe im Rahmen des AfCFTA

Zur Förderung und Kontrolle der Umsetzung der Verpflichtungen ihrer Vertragsstaaten brauchen Freihandelszonen Institutionen. Das AfCFTA sieht vier Institutionen vor.

Dem höchsten Entscheidungsorgan der AU, der sogenannten AU-Vollversammlung (Assembly of the AU), kommt gem. Art. 10 des AfCFTA die Aufsicht zu. Sie ist es, die das Handelsabkommen beaufsichtigt und hierfür strategische Leitlinien festlegt. In diesem Rahmen wacht sie ebenfalls über die Umsetzung des Aktionsplans zur Förderung des innerafrikanischen Handels (Action Plan for Boosting Intra-Africa Trade, kurz BIAT), welcher darauf abzielt, die Marktintegration Afrikas zu vertiefen und das Handelsvolumen der afrikanischen Länder untereinander zu steigern.<sup>43</sup>

Weiter wird gem. Art. 11 des AfCFTA ein Ministerrat (*Council of Ministers*) geschaffen, welcher aus den jeweiligen Handelsministern der Vertragsstaaten besteht. Er ist für die tatsächliche Umsetzung des Abkommens zuständig und erstattet hierüber der AU-Vollversammlung Bericht. Der Ministerrat ist keine ständig tagende Institution, sondern berät in ordentlichen Sitzungen zwei Mal im Jahr.

In seinem Art. 12 sieht das Handelsabkommen zudem den Ausschuss Hoher Handelsbeamter (*Senior Trade Officials*) vor, für welchen von jedem Vertragsstaat jeweils ein ständiger Sekretär, Hauptsekretär oder ein anderer benannter Beamter entsandt wird. Er setzt die Beschlüsse des Ministerrats um, arbeitet Programme und Aktionspläne zur Durchführung des Abkommens aus, gewährleistet den ordnungsgemäßen Ablauf und den Ausbau des AfCFTA, setzt Ausschüsse oder Arbeitsgruppen ein, weist das Sekretariat an, bestimmte Aufgaben zu übernehmen und nimmt selbst alle sonstigen Aufgaben wahr, die im Rahmen des Abkommens anfallen oder explizit vom Ministerrat zugewiesen werden.

<sup>43</sup> AU: BIAT.

Das bedeutendste Organ, das AfCFTA-Sekretariat (*Secretariat*), hat seinen Sitz in Accra und ist gem. Art. 13 eine funktionell autonome institutionelle Einrichtung innerhalb des Systems der Afrikanischen Union mit einer unabhängigen Rechtspersönlichkeit. Das Sekretariat ist von der Kommission der Afrikanischen Union unabhängig, wird jedoch aus dem jährlichen Gesamthaushalt der AU finanziert. Die Aufgaben und Zuständigkeiten des Sekretariats werden vom Ministerrat festgelegt. Diese sind unter anderem Überwachungs- und Unterstützungsfunktionen in Bezug auf Rechtsmittel, nichttarifäre Handelshemmnisse, Streitbeilegung usw.

Im Rahmenvertrag und in den Protokollen selbst nicht genannt, aber in diesem Zusammenhang relevant ist im Übrigen die anlässlich des AfCFTA eingerichtete Afrikanische Handelsbeobachtungsstelle (*African Trade Observatory*, kurz ATO). Die ATO stellt auf ihrer Internetplattform zuverlässige und aktuelle Informationen über Handelsdaten, Möglichkeiten für regionale Wertschöpfungsketten, Marktbedingungen, geltende Vorschriften, registrierte Exporteure und Importeure sowie zugelassene Wirtschaftsbeteiligte zur Verfügung. Anhand dieser Informationen ermöglicht die ATO darüber hinaus Regierungsbehörden und politischen Entscheidungsträgern die Überwachung des AfCFTA-Umsetzungsprozesses und die Bewertung seiner Auswirkungen auf ihre jeweiligen Volkswirtschaften.<sup>44</sup> Die von den Vertragsstaaten bereitgestellten Informationen zu ihren Zoll- und Einfuhrvorschriften werden in Art. 16 des Abkommens gewährleistet und können auf der Internetplattform ebenfalls eingesehen werden.

Im Übrigen sehen die Protokolle des AfCFTA-Abkommens verschiedene Ausschüsse und Unterausschüsse (*technical committees*) vor, die bei der Umsetzung des Abkommens unterstützen sollen. Sie setzen sich aus benannten Vertretern der Vertragsstaaten zusammen.

## *E. AfCFTA: Meilenstein oder Papiertiger?*

### *I. Ein hochgestecktes Ziel*

Der größte Teil des innerafrikanischen Handels fand bislang innerhalb der RECs statt.

So exportierte Ägypten innerhalb Afrikas hauptsächlich in andere nordafrikanische Länder (vor allem nach Libyen, Algerien und Marokko), während die Exporte in andere afrikanische Staaten hingegen nur 15,4 % seiner Gesamtexporte ausmachten.<sup>45</sup>

Das AfCFTA bietet seinen Mitgliedsstaaten nun die Möglichkeit, auch außerhalb ihrer jeweiligen RECs neue Handelsbeziehungen zu knüpfen. Ende Juni

<sup>44</sup> ATO: About African Trade Observatory.

<sup>45</sup> Vgl. OECD u. a.: *Policy Review of Egypt*, S. 141.

2022 nahmen etwa Christophe Eken, Präsident der Kameruner Handelskammer (Ccima), und Mamoudou Fadil, Honorarkonsul der Côte d'Ivoire, in Douala Gespräche zur Gründung einer ivorisch-kamerunischen Handelskammer auf.<sup>46</sup>

Dank des AfCFTA gewinnt Ägypten 32 neue Handelspartner hinzu, darunter einige der größten Volkswirtschaften des Kontinents wie Südafrika oder Nigeria. Zugleich bietet das AfCFTA Ägypten die realistische Chance, einerseits den ägyptischen Exporten außerhalb Afrikas mehr Gewicht zu verleihen und andererseits eines der wichtigsten Industrie- und Exportzentren Afrikas zu werden.

Die Wirtschaftskommission für Afrika der Vereinten Nationen (United Nations Economic Commission for Africa, kurz UNECA) hat Entwicklungsszenarien auf der Grundlage der ökonomischen Standardmethode zur Abschätzung möglicher Politikfolgen (*computable general equilibrium*-Modell, kurz CGE-modell) ausgearbeitet und verschiedene Szenarien analysiert.<sup>47</sup> Hiernach ist mit Umsetzung des AfCFTA von einer Steigerung der ägyptischen Exporte nach Afrika von 21 % bis 30 % auszugehen. Dieser Anstieg würde sich in den Bereichen Landwirtschaft und Nahrungsmittel am stärksten bemerkbar machen; in den anderen Bereichen wie z. B. Textilien, Leder, Holz oder Papier könnten die ägyptischen Exporte um mehr als 25 % steigen.

Um diese Ziele zu erreichen, sind vor allem Investitionen in physische und digitale Infrastruktur notwendig. In Zukunft dürften daher Investitionen aus der Logistikbranche besonders gefragt sein.

## II. Ein Aktionsplan mit vielen Fragezeichen

Neue Märkte, Wirtschaftswachstum, Attraktivität für ausländische Investitionen, Kostensenkung und Effizienz – klingt das zu schön, um wahr zu sein?

Die Ambition und Messlatte des AfCFTA sind hoch: Breit ist die Berichterstattung, dass das AfCFTA etwa bis 2050 die afrikanische Wirtschaft auf 29 Milliarden US-Dollar steigern und somit 30 Millionen Afrikaner aus extremer Armut befreien wird.<sup>48</sup> Insbesondere die prognostizierte Steigerung des innerafrikanischen Handels um 52,3 % wird vielfach erwähnt und ist auch auf der offiziellen Website des AfCFTA zu finden.<sup>49</sup> Letztere Zahl stammt jedoch aus einem Bericht, der 2012 von zwei UNECA-Experten auf der siebten afrikanischen Wirtschaftskonferenz vorgestellt wurde.<sup>50</sup> Hierin weisen diese ausdrücklich darauf hin, dass diese – für das Jahr 2022 – geltende Prognose eine vollständig liberalisierte und

<sup>46</sup> Afrika-Verein der deutschen Wirtschaft: Wirtschaft; vgl. Investir au Cameroun: Le Cameroun et la Côte d'Ivoire.

<sup>47</sup> Vgl. OECD u. a.: *Policy Review of Egypt*, S. 143.

<sup>48</sup> AfCFTA: Purpose of the AfCFTA; Ghana Business News: AfCFTA.

<sup>49</sup> AfCFTA: Purpose of the AfCFTA.

<sup>50</sup> African Development Bank (Hg.): Selected papers for Presentation at the 7th African Economic Conference Kigali, Rwanda, 30. October – 2. November, 2012, S. 17.

flächendeckende Handelszone bis 2017, eine vollständige Harmonisierung der Außenzölle bis 2019 und eine Reihe weiterer Maßnahmen voraussetzt.

Die Einhaltung des ursprünglichen Zeitplans wurde verpasst. Ob die im UNECA-Bericht genannten Voraussetzungen mittel- oder langfristig überhaupt noch erreicht werden können, steht offen.

### 1. *Hinkende Umsetzung*

Trotz der intensiven Bemühungen der afrikanischen Staats- und Regierungschefs steckt das AfCFTA derzeit immer noch irgendwo zwischen »Verhandlungsphase« und »Umsetzungsphase« fest.<sup>51</sup>

So ist zunächst festzuhalten, dass zum August 2022 immer noch nicht alle Staaten das Abkommen ratifiziert haben. Zudem ist das wichtigste Instrument – die Abschaffung von 90 % der Zölle – auf mindestens fünf Jahre gestreckt worden und somit noch nicht in allen Vertragsstaaten implementiert. Im Übrigen sind die Verhandlungen über Ursprungsregeln, Zollzugeständnisse und Verpflichtungen für die Dienstleistungssektoren noch nicht einmal abgeschlossen. So ist es nicht weiter verwunderlich, dass trotz formalem Inkrafttreten des AfCFTA hierunter bislang kaum Präferenzhandel stattgefunden hat.<sup>52</sup>

### 2. *Verdichtung des Regelungsdschungels*

Die Bezeichnung »panafrikanisches Handelsabkommen« weckt die Assoziation, es sei ein einziges afrikanisches Liberalisierungsinstrument entstanden. Tatsächlich sollen jedoch parallel zum AfCFTA die bereits existierenden RECs als *building blocks* weiterhin bestehen. Da sich aber die Regelungen und der bürokratische Aufwand zwischen den Handelsabkommen stark unterscheiden, stellen mehrere Abkommen, die gleichzeitig in Kraft sind, eine große Herausforderung für Exporteure dar. Eine Vereinheitlichung hätte große Potenziale mit sich gebracht. Stattdessen wurde die Chance verpasst, das handelspolitische Chaos auf dem afrikanischen Kontinent zu reduzieren.<sup>53</sup>

### 3. *Fehlende Verantwortlichkeit*

Das AfCFTA sieht nicht die Gründung einer neuen internationalen Organisation und somit auch kein supra-nationales Organ vor, das ausdrücklich befugt ist, im Namen des AfCFTA zu prozessieren und sicherzustellen, dass die Vertragsstaaten ihren Verpflichtungen nachkommen. Für die Umsetzung der neuen Han-

<sup>51</sup> MacLeod/Luke: Breathing Life into the AfCFTA.

<sup>52</sup> Vgl. Mack: Update.

<sup>53</sup> Böschemeier/Teti: Panafrikanische Freihandelszone, S. 53.

delsregeln ist somit kein Rechtssubjekt direkt verantwortlich. Die AU unterstützt und koordiniert die Umsetzung des AfCFTA, aber letzten Endes müssen nationale Gesetze und Verordnungen verabschiedet werden, um die Wirksamkeit der Handelsregeln zu gewährleisten.<sup>54</sup> Geschieht dies nicht, bleibt allenfalls der Klageweg über das DSB.

#### 4. Restriktive Klagebefugnis

Gemäß dem Streitbeilegungsprotokoll des AfCFTA können das DSB, das Sekretariat oder ein Schiedsgericht nur bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Vertragsstaaten intervenieren. Für das rechtliche Vorgehen einer privaten Partei wie z. B. eines Exporteurs, Importeurs oder Dienstleisters gegen einen Mitgliedsstaat, ist hingegen keinerlei Rechtsinstrument vorgesehen. Private Parteien werden bestenfalls über den erfolgreich klagenden Mitgliedsstaat geschützt.

Absehbar ist ein direkter Schutz allenfalls über das (noch in Phase II zu verhandelnde) Protokoll zur Investitionspolitik. Im Gespräch ist die Möglichkeit privater Parteien, unfaire Handelspraktiken, wie z. B. Dumping von Waren oder subventionierten Einfuhren, bei nationalen Ermittlungsbehörden zu melden und Ausgleichs- und Schutzmaßnahmen zu beantragen.<sup>55</sup>

#### 5. Langwierige Vollstreckung von DSB-Entscheidungen

Nach Art. 25 des Protokolls über die Regeln und das Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten ist es die Pflicht der Vertragsstaaten, die Empfehlungen und Entscheidungen des DSB vollständig umzusetzen. Darüber hinaus ist das Vollstreckungsverfahren jedoch langwierig und kompliziert und macht aus den DSB-Entscheidungen einen ›zahnlosen Tiger‹.

So hat der unterliegende Mitgliedsstaat zunächst die Möglichkeit, zur Umsetzung der Entscheidung mehrere Zeitaufschübe zu beantragen. Erst bei Nichtumsetzung der Entscheidung innerhalb eines angemessenen Zeitraums kann der obsiegende Mitgliedsstaat gem. Art. 25 des Protokolls das DSB ersuchen, vorläufige Maßnahmen zu ergreifen und eine Entschädigung zuzusprechen. Sollte sich der unterliegende Mitgliedsstaat allerdings weiterhin weigern, die Entscheidung umzusetzen, so sind erneute Gespräche über eine gütliche Einigung zu führen. Erst nach Scheitern dieser Gespräche und dem Ablauf einer Frist von 20 Tagen kann der obsiegende Mitgliedsstaat schließlich die Vollstreckung der DSB-Entscheidung beantragen. Hiergegen kann der unterliegende Mitgliedsstaat wiederum Einspruch einlegen. Über die Angelegenheit ist sodann ein Schiedsverfahren durchzuführen.

<sup>54</sup> BMWK: Pan-afrikanische Freihandelszone.

<sup>55</sup> Tralac: AfCFTA, S. 13.



## 6. *Survival of the fittest*

Neben den oben genannten Punkten wird auch Kritik ökonomischer Natur laut, wie z. B., dass kleine und mittlere Unternehmen auf lange Sicht dem Wettbewerbsdruck nicht mehr standhalten können. Insbesondere wird aber auch befürchtet, dass der Zollabbau – wenngleich als zentrale Errungenschaft des AfCFTA bejubelt – den meisten afrikanischen Ländern mehr Schaden als Nutzen bringen könnte. Der Wegfall von Zöllen kann in wirtschaftsschwachen Ländern zu negativen Wohlfahrtseffekten führen, denn Fiskalzölle auf Importwaren stellen eine relativ einfache Möglichkeit zur Devisenbeschaffung dar. Durch die Pandemie und den Ukrainekonflikt leiden die meisten afrikanischen Länder jedoch ohnehin bereits unter Devisenmangel.

## F. *Ausblick*

Das AfCFTA hat das Potenzial, die Integration Ägyptens und Afrikas in die Weltwirtschaft zu erleichtern und schafft die reale Möglichkeit einer Neuordnung der internationalen Integrations- und Kooperationsmuster.

Ein Handelsabkommen allein ist noch kein Garant für wirtschaftlichen Erfolg. Um dem Abkommen den vorausgesagten Durchbruch zu ermöglichen, müssen die Mitgliedsstaaten den politischen Willen haben, die neuen Regelungen konsequent umzusetzen und die hierfür nötigen Kapazitäten zu schaffen. Insbesondere die kurzfristige Beseitigung von NTBs und Schaffung einer nachhaltigen physischen sowie digitalen Infrastruktur dürften entscheidend sein. Ägypten ist in diesem Zusammenhang Vorreiter: Es hat bereits mit der Umsetzung begonnen. 2021 erließ das Handels- und Industrieministerium das Dekret Nr. 39 (Decree No. 39) zur Schaffung eines Ausschusses, welches die nationale Umsetzung des AfCFTA begleiten und kontrollieren soll.

Zweifelsohne wird das AfCFTA Verlierer und Gewinner hervorbringen. Ägypten dürfte aller Voraussicht nach zu Letzteren gehören.

## *Bibliographie*

- African Continental Free Trade Area (AfCFTA, 2023): *Purpose of the AfCFTA*, [au-afcfta.org/purpose-the-afcfta](https://au-afcfta.org/purpose-the-afcfta) (Zugriff: 23.12.2023).  
 African Continental Free Trade Area (AfCFTA, 2023): *State Parties*, [au-afcfta.org/state-parties](https://au-afcfta.org/state-parties) (Zugriff: 23.12.2023).  
 African Continental Free Trade Area (AfCFTA, 2023): *Trade Areas*, [au-afcfta.org/trade-areas](https://au-afcfta.org/trade-areas) (Zugriff: 23.12.2023).  
 African Continental Free Trade Area (AfCFTA, 2023): *Trade in Services*, [au-afcfta.org/trade-areas/trade-in-services](https://au-afcfta.org/trade-areas/trade-in-services) (Zugriff: 23.12.2023).

- African Development Bank (Hg.): *Selected papers for Presentation at the 7th African Economic Conference Kigali, Rwanda, 30. October – 2. November 2012.*
- Africa Business Guide (2022): *AfCFTA: Auftakt für Afrikas gemeinsamen Binnenmarkt Aussichten und Vorteile der afrikanischen Freihandelszone*, [www.africa-business-guide.de/de/chancen/afcfta-afrikanische-freihandelszone-601056](http://www.africa-business-guide.de/de/chancen/afcfta-afrikanische-freihandelszone-601056) (Zugriff: 23.12.2023).
- African Trade Observatory (ATO, 2023): *About African Trade Observatory* (ATO), [ato.africa/en/about](http://ato.africa/en/about) (Zugriff: 23.12.2023).
- African Union (2023): *Flagship Projects of Agenda 2063*, [au.int/en/agenda2063/flagship-projects](http://au.int/en/agenda2063/flagship-projects) (Zugriff: 23.12.2023).
- African Union (AU, 2023): *BIAT – Boosting Intra-African Trade*, [au.int/en/ti/biat/about](http://au.int/en/ti/biat/about) (Zugriff: 23.12.2023).
- African Union (AU, 2023): *Regional Economic Communities (RECs)*, [au.int/en/organs/recs](http://au.int/en/organs/recs) (Zugriff: 23.12.2023).
- African Union Mission (2015): *Agenda 2063: The Africa We Want*, African Union: Addis Abeba.
- Afrika-Verein der deutschen Wirtschaft (2022): *Wirtschaft: Projekt einer gemeinsamen Handelskammer zwischen Côte d'Ivoire und Kamerun*, [www.afrika-verein.de/en/insight-africa/news/wirtschaft-projekt-einer-gemeinsamen-handelskammer-zwischen-cote-divoire-und-kamerun](http://www.afrika-verein.de/en/insight-africa/news/wirtschaft-projekt-einer-gemeinsamen-handelskammer-zwischen-cote-divoire-und-kamerun) (Zugriff: 23.12.2023).
- Böschmeier, Jonas/Teti, Feodora A. (2021): Die panafrikanische Freihandelszone AfCFTA – Utopie oder reale Chance?, in: *ifo schnellendienst* 74, S. 50–61.
- Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung (BfB, 2019): Anteil junger und älterer Menschen an der Bevölkerung, Afrika (1950–2020), [www.bib.bund.de/DE/Fakten/Fakt/W25-Junge-aeltere-Menschen-Afrika-ab-1950.html](http://www.bib.bund.de/DE/Fakten/Fakt/W25-Junge-aeltere-Menschen-Afrika-ab-1950.html) (Zugriff: 23.12.2023).
- Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK, 2019): *Die panafrikanische Freihandelszone AfCFTA – der Weg zu einem integrierten, aufstrebenden und friedlicheren Afrika?*, [www.bmwk.de/Redaktion/DE/Schlaglichter-der-Wirtschaftspolitik/2019/09/kapitel-1-6-pan-afrikanische-freihandelszone.html](http://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Schlaglichter-der-Wirtschaftspolitik/2019/09/kapitel-1-6-pan-afrikanische-freihandelszone.html) (Zugriff: 23.12.2023).
- Chidede, Talkmore (2021): *AfCFTA Phase II and III Negotiations – Update*, [www.tralac.org/blog/article/15090-afcfta-phase-ii-and-iii-negotiations-update.html](http://www.tralac.org/blog/article/15090-afcfta-phase-ii-and-iii-negotiations-update.html) (Zugriff: 23.12.2023).
- Datenreport der Deutschen Stiftung Weltbevölkerung (DSW, 2023): *Länderdatenbank nach Ländern und Regionen*, [www.dsw.org/laenderdatenbank](http://www.dsw.org/laenderdatenbank) (Zugriff: 23.12.2023).
- Fofack, Hippolyte (2022): *Africa's Unfinished Trade Agenda*, [www.project-synodicate.org/commentary/africa-unfinished-trade-agenda-by-hippolyte-fofack-2022-02](http://www.project-synodicate.org/commentary/africa-unfinished-trade-agenda-by-hippolyte-fofack-2022-02) (Zugriff: 23.12.2023).
- G20 Compact with Afrika (2023): *Welcome to Compact with Africa*, [www.compactwithafrica.org/content/compactwithafrica/home.html](http://www.compactwithafrica.org/content/compactwithafrica/home.html) (Zugriff: 23.12.2023).

- Ghana Business News (2022): *AfCFTA records significant progress – Wamkele Mene*, [www.ghanabusinessnews.com/2022/08/10/afcfta-records-significant-progress-wamkele-mene](http://www.ghanabusinessnews.com/2022/08/10/afcfta-records-significant-progress-wamkele-mene) (Zugriff: 23.12.2023).
- GIZ, AHK und GTAI (Hgg.) (2016): *Neue Märkte – neue Chancen, ein Wegweiser für deutsche Unternehmer. Ägypten*.
- Hunter, Qaanitah (2020): *South Africa wins bitter fight with Nigeria over top AU job*, [www.timeslive.co.za/politics/2020-02-10-sas-wamkele-mene-wins-bitter-fight-with-nigeria-over-top-au-job](http://www.timeslive.co.za/politics/2020-02-10-sas-wamkele-mene-wins-bitter-fight-with-nigeria-over-top-au-job) (Zugriff: 23.12.2023).
- Investir au Cameroun (2022): *Le Cameroun et la Côte d'Ivoire envisagent la création d'une chambre de commerce commune*, [www.investiraucameroun.com/economie/2206-18087-le-cameroun-et-la-cote-d-ivoire-envisagent-la-creation-d-une-chambre-de-commerce-commune](http://www.investiraucameroun.com/economie/2206-18087-le-cameroun-et-la-cote-d-ivoire-envisagent-la-creation-d-une-chambre-de-commerce-commune) (Zugriff: 23.12.2023).
- »List of countries by real GDP growth rate« (2023), in: *Wikipedia – Die freie Enzyklopädie*, [en.wikipedia.org/wiki/List\\_of\\_countries\\_by\\_real\\_GDP\\_growth\\_rate](https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_countries_by_real_GDP_growth_rate) (Zugriff: 23.12.2023).
- Mack, Andrea (2023): *Update: Die afrikanische kontinentale Freihandelszone AfCFTA*, [www.gtai.de/de/trade/afrika/zoll/ausblick-afrikanische-kontinentale-freihandelszone-afcfta-168504](http://www.gtai.de/de/trade/afrika/zoll/ausblick-afrikanische-kontinentale-freihandelszone-afcfta-168504) (Zugriff: 23.12.2023).
- MacLeod, Jamie/Luke, David (2022): *Breathing Life Into the AfCFTA: Why the details matter*, [www.iisd.org/articles/afcfta-agreement-lifeless-until-technical-issues-tackled](http://www.iisd.org/articles/afcfta-agreement-lifeless-until-technical-issues-tackled) (Zugriff: 23.12.2023).
- OECD u. a. (2021): *Production Transformation Policy Review of Egypt: Embracing Change, Achieving Prosperity*, OECD Development Pathways, Paris: OECD Publishing.
- Onukwue, Alexander (2021): *AfCFTA status: Ghana celebrates first export, Nigeria border infrastructure not ready*, [techcabal.com/2021/01/12/afcfta-ghana-first-export-nigeria](http://techcabal.com/2021/01/12/afcfta-ghana-first-export-nigeria) (Zugriff: 23.12.2023).
- Pan-African Payments and Settlement System (PAPSS, 2023): *The Pan-African Payments and Settlement System (PAPSS)*, [papss.com/media/in-the-media/the-pan-african-payments-and-settlement-system-papss](http://papss.com/media/in-the-media/the-pan-african-payments-and-settlement-system-papss) (Zugriff: 23.12.2023).
- Schmieg, Evita (2020): *Die Afrikanische Freihandelszone. Perspektiven für Afrika und die europäische Politik*, in: *SWP-Aktuell* 12, S. 1–8.
- Trade Law Centre (tralac, 2022), *African Continental Free Trade Area (AfCFTA), Frequently Asked Questions*, [www.tralac.org/documents/resources/faqs/4484-updated-tralac-afcfta-faqs-april-2022/file.html](http://www.tralac.org/documents/resources/faqs/4484-updated-tralac-afcfta-faqs-april-2022/file.html) (Zugriff: 23.12.2023).
- UNECA/KAS Office Ethiopia (2022): *Policy Brief, Private sector as the backbone of the AfCFTA implementation*, [www.kas.de/documents/13332971/17139048/Policy+brief+-+Private+sector+as+the+backbone+of+the+AfCFTA+implementation.pdf/09f35ba4-326f-a283-bf48-5ee3965a1661?t=1655293939245](http://www.kas.de/documents/13332971/17139048/Policy+brief+-+Private+sector+as+the+backbone+of+the+AfCFTA+implementation.pdf/09f35ba4-326f-a283-bf48-5ee3965a1661?t=1655293939245) (Zugriff: 23.12.2023).
- United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD, 2021): *Progress on Africa's integration boosts prospects for economic transformation*

*in Egypt*, [unctad.org/news/progress-africas-integration-boosts-prospects-economic-transformation-egypt](https://unctad.org/news/progress-africas-integration-boosts-prospects-economic-transformation-egypt) (Zugriff: 23.12.2023).

Urmersbach, Bruno (2023): *Gesamtbevölkerung von Ägypten bis 2050*, [de.statista.com/statistik/daten/studie/261548/umfrage/gesamtbevoelkerung-von-aegypten](https://de.statista.com/statistik/daten/studie/261548/umfrage/gesamtbevoelkerung-von-aegypten) (Zugriff: 23.12.2023).

World Trade Organization (WTO, 2022): Dispute Settlement Body, [www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_body\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_body_e.htm) (Zugriff: 23.12.2023).



# Betrachtungen zur lusitanischen Rechtsfamilie mit besonderem Bezug zu Ländern in Afrika

Erik Jayme

## A. Einführung

Dem verehrten Jubilar bin ich durch vielfältige Weise herzlich und dankbar verbunden. Als ich an die Universität Heidelberg berufen wurde, leitete er die *Abteilung Entwicklungsländer* im Institut für Auslandsrecht, und ich bewunderte nicht nur den Reichtum der Bibliothek, sondern auch die kenntnisreiche Umsicht, mit der diese Schätze erworben und aufgestellt wurden. Dankbar bin ich auch für viele Gespräche zum Kollisionsrecht bei Mehrrechtsstaaten und für einen entsprechenden Beitrag zu meiner Festschrift.<sup>1</sup> Mich beschäftigte damals – wie heute – vor allem der Gedanke einer ›lusitanischen Rechtsfamilie‹ und die Herausarbeitung der Eigenheiten der über die ganze Welt verstreuten Rechte portugiesischer Sprache.<sup>2</sup> Es begann mit der Herausgabe eines deutsch-portugiesischen Wörterbuchs der Rechts- und Wirtschaftssprache.<sup>3</sup> Hinzu trat die Gründung der Deutsch-Lusitanischen Juristenvereinigung im Jahre 1991.<sup>4</sup> In diesem Rahmen erschienen viele Studien zu den Eigenheiten dieser Rechte.

In der Rechtsvergleichung unterscheiden sich die Rechtsfamilien von den ›Rechtskreisen‹ vor allem, was die Bedeutung der Quellen angeht. Rechtsfamilien bilden sich im Rahmen von Rechtskreisen häufig durch die Übernahme gewisser charakteristischer Grundsätze und Schwerpunkte, aber auch durch besondere moralische Wertungen. In der *Festschrift Zajtay* hatte ich bereits versucht, gewisse Eigenständigkeiten des portugiesischen und des brasilianischen Rechts herauszuarbeiten, insbesondere auch im Hinblick auf einen Dialog zwischen Portugal und Brasilien.<sup>5</sup>

Es gehört nun zu den Besonderheiten der lusitanischen Rechtsfamilie, dass die Gebiete, in denen diese Rechte gelten und beachtet werden, über alle Erdteile verstreut sind. Solche Eigenheiten blieben bestehen und zeigten sich auch dann, als die territoriale Hoheit Portugals aufgeben werden musste, wie in Macao<sup>6</sup> und in Goa<sup>7</sup>. Besonders eindrucksvoll ist die Wiederbelebung der portugiesischen

<sup>1</sup> Elwan: Die Form von zwischen Ägyptern und Deutschen in Ägypten geschlossenen Ehen, S. 153–168.

<sup>2</sup> Siehe hierzu ausführlich Nordmeier: Zur lusitanischen Rechtsfamilie, S. 119–148.

<sup>3</sup> Jayme: *Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache*.

<sup>4</sup> Jayme: *Deutsch-Lusitanische Rechtstage*.

<sup>5</sup> Jayme: Betrachtungen zur Reform des portugiesischen Ehegüterrechts, S. 261–270.

<sup>6</sup> Siehe Moura Ramos: Die Gemeinsame Portugiesisch-Chinesische Erklärung über Macau, S. 157–166; siehe auch Xinmiao: The Interregional Conflicts Law, S. 185 ff.

<sup>7</sup> Zu Goa siehe Otto: *Rechtsspaltung im indischen Erbrecht*, S. 295 ff.

Rechtstraditionen in Timor-Leste (Osttimor) nach den blutigen Auseinandersetzungen mit der indonesischen Besatzung.<sup>8</sup>

Selbstverständlich ist die lusitanische Tradition im brasilianischen Recht. Hier zeigt sich ein intensiver Dialog zwischen dem portugiesischen und dem brasilianischen Recht. Es ergeben sich aber in der jüngsten Entwicklung auch enge wissenschaftliche Beziehungen zum deutschen Recht.<sup>9</sup>

Hinzu treten geistig-philosophische Traditionen der Rechtslehre, die sich in der Rechtsgeschichte herausgebildet haben und welche jene Staaten eng miteinander verbindet. Schließlich ist der vielfältige Gedankenaustausch der lusitanischen Rechtswissenschaft mit dem deutschen Recht zu erwähnen,<sup>10</sup> auch zwischen den Rechtsgelehrten der beiden Länder. Ein besonderes Dokument ist insoweit der Briefwechsel zwischen Luís Cabral de Moncada und Carl Schmitt.<sup>11</sup>

Schließlich ist noch festzuhalten, dass sich durch den deutsch-lusitanischen Gedankenaustausch neue allgemeine Theorien des Rechtsverständnisses gebildet haben. Hierzu gehört vor allem die Lösung widersprüchlicher Rechtsquellen durch einen »Dialog der Quellen«, etwa bei Einzelfällen im Bereich des Verbraucherschutzes.<sup>12</sup> Hier geht es insgesamt auch um das Verständnis von Rechtsvergleichung und Internationalem Privatrecht in der Postmoderne.<sup>13</sup>

## *B. Familienrecht: Anerkennung faktischer Gemeinschaften neben der Ehe*

Eine der Besonderheiten der lusitanischen Rechtsfamilie betrifft im Familienrecht die volle rechtliche Anerkennung faktischer Gemeinschaften zwischen Mann und Frau neben der Ehe.<sup>14</sup>

»Erinnerungen: Bei einem meiner ersten Besuche in Lissabon betrat ich im Zentrum der Stadt eine juristische Buchhandlung und fragte nach einer Darstellung des brasilianischen Familienrechts. Es war die Zeit, in der das brasilianische Recht noch keine Ehescheidung kannte. Der Buchhändler brachte ein kleines Heftchen zum Familienrecht und vier umfangreiche Bände; letztere waren den faktischen Gemeinschaften, den *uniões de facto* gewidmet. Heute spricht man insoweit von der *união estável*.«

<sup>8</sup> Siehe hierzu Jayme/Nordmeier: Länderbericht Timor-Leste.

<sup>9</sup> Siehe neuestens Felten Wingert Ody: *Direito Comparado*.

<sup>10</sup> Siehe z. B. Jayme: Luís Cabral de Moncada, S. 15 ff.; siehe auch ders.: Gustav Radbruch und Portugal, S. 59–64.

<sup>11</sup> Siehe Jayme: *Luís Cabral de Moncada und Carl Schmitt*.

<sup>12</sup> Siehe hierzu Marques: A »lei mais favorável ao consumidor«, S. 77 ff.; siehe auch Jayme: *Brasilien – Ein Rechtssystem der Zukunft*, S. 552 ff.

<sup>13</sup> Siehe hierzu Cadernos do Programa de Pós – graduação em Direito – PPGDir/UFRGS I.I (März 2003) (Ausgabe anlässlich der Verleihung der Ehrendoktorwürde der Universidade Federal do Rio Grande do Sul an den Autor).

<sup>14</sup> Siehe z. B. Jayme: Brasilien, Portugal, Sao Tomé und Príncipe, S. 179 f.

In Portugal gibt ein eigenes Gesetz zum Schutz faktischer Gemeinschaften.<sup>15</sup> Es genügt für die Annahme einer faktischen Gemeinschaft, dass zwei Personen unabhängig vom Geschlecht zwei Jahre wie Eheleute zusammengelebt haben (Art. 1 Nr. 2 des Gesetzes über den Schutz faktischer Gemeinschaften). Die Auflösung der faktischen Gemeinschaft bedarf im Regelfall keiner gerichtlichen Entscheidung. Ausreichend ist z. B. der Wille eines ihrer Mitglieder (Art. 8 1 b des Gesetzes).

### *C. Afrika*

In Afrika befinden sich fünf Staaten, deren Recht auf portugiesischen Rechts-traditionen und Rechtstechniken beruht, nämlich Capo Verde, Guinea-Bissau, Angola, São Tomé e Príncipe sowie Mozambique. Was die Rechte dieser Staaten verbindet, ist zunächst die Tradition einer Kodifizierung des Zivilrechts in einem Zivilgesetzbuch. Dadurch unterscheiden sich jene Staaten von anderen afrikanischen Ländern, welche das geschriebene Recht der Städte von den Stammesrechten unterscheiden. Aufschlussreich ist insoweit das Familienrecht von Mozambik, weil die Traditionen derjenigen Teile der Bevölkerung, die sich zum Islam bekennen, in das Gesetzesrecht eingearbeitet wurden.<sup>16</sup> Anders ist es in den vielen anderen Rechten Afrikas. Hier wird im internationalen Privatrecht eine »mehrstufige Anknüpfung des religiösen Rechts« notwendig.<sup>17</sup> In vielen afrikanischen Ländern spielen zudem Stammesrechte eine beherrschende Rolle. In Angola sind solche Stammesrechte allerdings erst anwendbar, wenn die Beteiligten hierfür optiert haben.

Zu den Eigenheiten dieser lusitanischen Rechte in Afrika gehört die noch immer enge Verbindung zum Mutterland. Ein Beispiel: In einem Gutachtenfall eines Amtsgerichts ging es um die Wirksamkeit einer Eheschließung in Angola, bei der der angolansische Ehemann die Eheerklärungen für sich und als Vertreter für seine spätere Ehefrau – einer Staatsangehörigen von Zaire – abgegeben hatte.<sup>18</sup> Es war hier möglich, durch Überlegungen zum portugiesischen Recht die Frage des angolansischen Rechts zu klären. Es zeigte sich der Einfluss des portugiesischen Mutterrechts gerade auch im Bereich der zivilrechtlichen Dogmatik. Eine Eheschließung war nicht wirksam, wenn nur der Mann allein auftrat, auch wenn er zwei Erklärungen abgab. Es wird für die Eheschließung die Anwesenheit von zwei Personen verlangt. Allerdings kam noch in Betracht, dass eine faktische

<sup>15</sup> Gesetz Nr. 7/2001, vom 11.5.2001 über die *Protecção das uniões de facto*, zuletzt geändert durch das Gesetz n.º 71/2018 vom 31.12.2018.

<sup>16</sup> Siehe hierzu Jayme: Die Reform des Familienrechts in Mosambik, S. 43–46; zum Recht von Mosambik siehe auch ders.: Zur Formwirksamkeit von Testamenten im Internationalen Privatrecht, S. 461 ff., 463 ff.

<sup>17</sup> Siehe Menhofer: *Religiöses Recht und Internationales Privatrecht*, S. 37 ff.

<sup>18</sup> Gutachten vom 18. Juli 2020 zur Wirksamkeit einer Eheschließung durch Stellvertreter (>Handschuhehe<) in angolansches Recht, IPG 2018–2020, S. 201 ff.



Verbindung von Mann und Frau vorlag, die allerdings hätte registriert werden müssen, was im vorliegenden Fall nicht geschehen war.

Das angolische Recht kennt außer der Ehe noch die faktische Verbindung von Mann und Frau (*união de facto*), die ausführlich in Titel IV (Art. 112 ff.) des Familiengesetzbuchs geregelt ist. Die Anerkennung dieser faktischen Gemeinschaft kann von beiden oder im Fall des Todes eines Partners oder des Bruchs von jedem einzelnen Mitglied der Gemeinschaft beantragt werden (Art. 114 FamGB). Zuständig ist die Zivilregisterbehörde des Wohnorts. Ähnlich ausführlich ist die faktische Gemeinschaft im Titel III des Familiengesetzbuch des Inselstaates São Tomé e Príncipe geregelt. Voraussetzung der Anerkennung ist das zweijährige Zusammenleben der Partner (Art. 197 CFam). Guinea-Bissau kennt die faktische Gemeinschaft, die dort als *casamento não formalizado* bezeichnet wird.<sup>19</sup> Diese nicht formalisierte Ehe ist eine faktische Gemeinschaft zwischen einem Mann und einer Frau, welche die Fähigkeit für eine Eheschließung besitzen. Sie hat alle Rechtswirkungen, die einer Ehe eigen sind, wenn sie gerichtlich anerkannt wurde. Diese Anerkennung wirkt auf den Beginn der faktischen Gemeinschaft zurück.<sup>20</sup>

#### D. Schlussbetrachtung

Betrachtet man das Familienrecht in den genannten fünf afrikanischen Staaten, die zur lusitanischen Rechtsfamilie gehören, so lässt sich feststellen, dass die Gleichstellung von christlicher Ehe und faktischen Gemeinschaften von Mann und Frau in besonderer Weise den afrikanischen Lebensverhältnissen entspricht. Die faktischen Gemeinschaften ergänzen nicht etwa nur das christliche Ehebild, sondern sie sind ein integraler Bestandteil des Gesamtsystems, dessen Flexibilität das Leben der Bürger erleichtert. Auf diese Weise gelingt zugleich die Integration lokaler Besonderheiten und Lebensgewohnheiten in vorbildlicher Weise in das Gesamtsystem der jeweiligen Staaten. Die klassischen Regelungen des portugiesischen Familienrechts europäischer Prägung, die bereits in Portugal durch die Anerkennung faktischer Gemeinschaften ergänzt wurden, führen in den fünf genannten afrikanischen Staaten zu eigenständigen Verbindungen der jeweiligen Traditionen, sichern aber zugleich die Einheit der lusitanischen Rechtsfamilie jenseits von Kriegen und Eroberungen sowie der jeweiligen politischen Verhältnisse. Ein solches offenes Mischsystem fördert den gesellschaftlichen Frieden und erleichtert auch das internationale Auftreten der jeweiligen afrikanischen Staaten. Für die Anwendungspraxis in internationalen Fällen ermöglicht es zugleich in Zweifelsfällen den Rückgriff auf das Mutterrecht.

<sup>19</sup> Guiné-Bissau, Lei n° 3/76, de 3 de Maio de 1976, 1° *Suplemento ao Boletim Oficial* N° 18. De 4 de Maio 1976, S. 609 ff.

<sup>20</sup> Siehe die Artt. 1, 2 und 3 des Gesetzes Nr. 3/76 vom 3. Mai 1976, vorige Note.

## Bibliographie

- Cadernos do Programa de Pós – graduação em Direito – PPGDir/UFRGS* I.I (März 2003) [Ausgabe anlässlich der Verleihung der Ehrendoktorwürde der Universidade Federal do Rio Grande do Sul an den Autor].
- Elwan, Omaia (2004): Die Form von zwischen Ägyptern und Deutschen in Ägypten geschlossenen Ehen aus dem Blickwinkel des deutschen Kollisionsrechts, in: *Festschrift für Erik Jayme* I, hrsg. von Heinz-Peter Mansel, München: Sellier European Law Publ., S. 153–168.
- Erik Jayme (Hg.) (1997): *Luís Cabral de Moncada und Carl Schmitt – Briefwechsel 1943–1973*, Heidelberg: C. F. Müller.
- Felten Wingert Ody, Lisiane (Hg.), 2022: *Direito Comparado – Alemanha-Brasil. Volume II, temas de direito privado em estudos originais e traduzidos*, Porto Alegre: Faculdade de Direito da UFRGS.
- Jayme, Erik (1982): Betrachtungen zur Reform des portugiesischen Ehegüterrechts, in: *Festschrift für Imre Zajtay*, hrsg. von Ronald H. Graveson u. a., Tübingen: Mohr, S. 261–270.
- Jayme, Erik (1992): Gustav Radbruch und Portugal, in: *Heidelberger Jahrbücher XXXVI*, hrsg. von der Universitäts-Gesellschaft Heidelberg, Berlin u. a.: Springer, S. 59–64.
- Jayme, Erik (1993): Luis Cabral de Moncada (1888–1974) und seine Beziehungen zu Deutschland, in: *Deutsch-Lusitanische Rechtstage. Symposium in Heidelberg 29.–30.11.1991*, hrsg. von Erik Jayme, Baden-Baden: Nomos, S. 15–36.
- Jayme, Erik (2005): Brasilien, Portugal, Sao Tomé und Príncipe: Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht, in: *Praxis des Internationalen Privatrechts und Verfahrensrechts (IPRax)* 2, S. 179.
- Jayme, Erik (2006): Die Reform des Familienrechts in Mosambik, in: *StAZ* 1, S. 43–46.
- Jayme, Erik (2015): Zur Formwirksamkeit von Testamenten im Internationalen Privatrecht, in: *Festschrift Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag*, Bielefeld: Gieseking, S. 461–468.
- Jayme, Erik (2020): Brasilien – Ein Rechtssystem der Zukunft – Der Dialog der Quellen, in: *Kunstrecht – Urheberrecht – Kunstgeschichte. Vorträge, Aufsätze, Rezensionen* (Gesammelte Schriften 5), Heidelberg: C. F. Müller Wissenschaft, S. 552–558.
- Jayme, Erik (Hg.) (1993): *Deutsch-Lusitanische Rechtstage. Symposium in Heidelberg 29.–30.11.1991*, Baden-Baden: Nomos.
- Jayme, Erik/Nordmeier, Carl Friedrich (2022): Länderbericht Timor-Leste, in: *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, 245. Lieferung, hrsg. von Dieter Henrich, Anatol Dutta und Hans-Georg Ebert, Frankfurt am Main: Verlag für Standesamtswesen.
- Jayme, Erike (Hg.) (1994): *Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache. Teil I Portugiesisch-Deutsch*, München: Beck Juristischer Verlag.

- Marques, Claudia Lima (2019): A ›lei mais favorável ao consumidor‹ do ›Acordo do Mercosul em matéria de contratos internacionais de consumo‹: norma narrativa ou oportunidade para o diálogo das fontes?, in: *Recht, Architektur und Kunst. Direito, Arquitetura e Arte*, Schriften zum Portugiesischen und Lusophonen Recht 11, hrsg. von Stefan Grundmann u. a., Baden-Baden: Nomos, S. 77–102.
- Menhofer, Bruno (1995): *Religiöses Recht und Internationales Privatrecht dargestellt am Beispiel Ägypten* (Heidelberger rechtsvergleichende und wirtschaftsrechtliche Studien 24), Heidelberg: Universitätsverlag Winter.
- Moura Ramos, Rui Manuel (2000): Die Gemeinsame Portugiesisch-Chinesische Erklärung über Macau aus völkerrechtlicher Sicht, in: *Das Recht der lusophonen Länder. Tagungsreferate, Rechtsprechung, Gutachten*, hrsg. von Erik Jayme, Baden-Baden: Nomos, S. 157–166.
- Nordmeier, Carl Friedrich (2019): Zur lusitanischen Rechtsfamilie, in: *Die Person im Internationalen Privatrecht: Liber Amicorum Erik Jayme*, hrsg. von Martin Gebauer, Heinz-Peter Mansel, Götz Schulze, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 119–148.
- Otto, Dirk (1997): *Rechtsspaltung im indischen Erbrecht – Bedeutung und Auswirkungen auf deutsch-indische Nachlaßfälle*, Studien zum vergleichenden und internationalen Privatrecht 38, Frankfurt am Main: Peter Lang.
- Xinmiao, Jiang (2002): The Interregional Conflicts Law between Mainland and Macao on Adoption and their solutions, in: *Rechtentwicklungen in Portugal, Brasilien und Macau: Tagungsreferate, Beiträge, Gutachten*, hrsg. von Erik Jayme und Christian Schindler, Baden-Baden: Nomos, S. 185–194.

# Die Reform des portugiesischen Erbrechts in Goa und deren interlokal- und internationalprivatrechtliche Auswirkungen

Dirk Otto

## A. Hintergrund

Nach der Annexion der ehemaligen portugiesischen Kolonien Goa, Damão e Diu (nachfolgend Daman und Diu) durch Indien Ende 1961 wurde in Sec. 5 (1) des Goa, Daman and Diu (Administration) Act 1962 bestimmt, dass alle dort bisher geltenden Gesetze weiter in Kraft bleiben, sofern sie nicht ausdrücklich geändert oder aufgehoben werden.<sup>1</sup> Portugal hatte in diesen Gebieten (sowie in den bereits 1954 von Indien besetzten Gebieten Dadra und Nagar Haveli) zum 1. Juli 1870 das damalige portugiesische Zivilgesetzbuch von 1864 (Código Civil) eingeführt und damit insbesondere im Familien- und Erbrecht das früher geltende – nach Religionsgruppen getrennte – Gewohnheitsrecht weitgehend abgeschafft<sup>2</sup> und durch ein einheitliches Gesetzbuch ersetzt.

Die familien- und erbrechtlichen Bestimmungen des Código Civil wurden auch nach dem Anschluss an Indien beibehalten, und Goa wurde auch in Indien immer als ein leuchtendes Beispiel für ein – vom indischen Gesetzgeber angestrebtes, aber bis heute nie verwirklichtes – einheitliches Familien- und Erbrecht hochgehalten.<sup>3</sup> Im Bereich des Schuld- und Sachenrechts wurde der Código Civil aber durch Einführung indischer Gesetze weitgehend ersetzt. Trotz dieser Lippenbekenntnisse ist Goa als Sonderrechtsgebiet selbst innerhalb von Indien kaum bekannt, und in der indischen Rechtsliteratur wird dies oft – vermutlich mangels Kenntnis der Autoren – nicht erwähnt. Im Goa – mittlerweile ein eigener Bundesstaat – und den Unionterritorien Daman und Diu (seit 2020 zusammen mit Dadra und Nagar Haveli das Unionterritorium »Dadra and Nagar Haveli and Daman and Diu«<sup>4</sup>) arbeiteten Gerichte und Praktiker lange Zeit mit einer inoffi-

<sup>1</sup> Dazu näher Otto: Portugiesisches Recht in Goa, S. 124 ff. In den früheren portugiesischen Gebiete Dadra and Nagar Haveli, die bereits 1954 von Indien besetzt wurden, sah Sec. 8 des Dadra and Nagar Haveli Act, 1961 eine ähnliche Regelung vor.

<sup>2</sup> Der Code of Usages of Gentile Hindus of Goa vom 16.2.1888 (engl. Übersetzung in Usgâocar: *Family Laws of Goa*, S. 156 ff.) sah noch die Weitergeltung hinduistischen Gewohnheitsrechts betreffend Eheschließung, Scheidung und Adoption vor. Mangels Nachweises der Ausübung eines Gewohnheitsrechts wird dieses heute nicht mehr angewendet (dazu ebd., S. 2).

<sup>3</sup> So der indische Oberste Gerichtshof in Jose Paulo Coutinho vs Maria Luiza Valentina Pereira, 2019 (1) SCJ, 158 (dort para. 21); Manooja: Uniform Civil Code, S. 448 ff. Kritisch zu dieser Betrachtung Almeida: Law Commissions, S. 125. Zum Thema auch Fernandes: Political Transition in Post-Colonial Societies, S. 341 ff.

<sup>4</sup> The Dadra and Nagar Haveli and Daman and Diu (Merger of Union Territories) Act, 2019.

ziellen Übersetzung des Código Civil durch die lokale Anwaltsvereinigung;<sup>5</sup> erst im Jahr 2018 veröffentlichte der Bundesstaat Goa eine amtliche Übersetzung des Código Civil in die englische Sprache.<sup>6</sup>

In Portugal selbst wurde 1966 das Zivilgesetzbuch reformiert, während in Goa der alte Código Civil insbesondere im Bereich des Familien- und Erbrechts von 1864 weitergalt. Da zahlreiche Bestimmungen dringend reformbedürftig waren, hat der Bundesstaat Goa im Jahr 2016 mit dem Goa Succession, Special Notaries and Inventory Proceedings Act, 2012 (Goa Act 23 of 2016)<sup>7</sup> das alte portugiesische Erbrecht reformiert und die erbrechtlichen Bestimmungen des Código Civil durch dieses neue Gesetz ersetzt. Eine Reform des Familienrechts ist bisher nicht erfolgt.

## *B. Inhalte der Erbrechtsreform*

### *I. Materielles Recht*

#### *1. Gesetzliche Erbfolge*

Hinsichtlich des materiellen Erbrechts bringt das Erbgesetz nur wenige Veränderungen. Das Konzept der Universalsukzession wird beibehalten. Gesetzliche Erben sind gemäß Sec. 52 i. V. m. Sec. 68 zuerst die Kinder des Verstorbenen (unabhängig vom Geschlecht<sup>8</sup>), und zwar nach Sec. 70 zu gleichen Teilen (und bei Vorversterben eines Kindes dessen Kinder, wobei diese dann nach Sec. 71 des Erbgesetzes in den Anteil des vorverstorbenen Kindes zu gleichen Teilen einrücken). Allerdings reformierte das Erbgesetz das Erbrecht von nichtehelichen Kindern. Während das Código Civil von 1988 und 1999 nur durch nachträgliche Eheschließung oder besondere Anerkennung legitimierten Kindern ein gesetzliches Erbrecht zugesteht, bestimmt Sec. 52 (1) (i) des Erbgesetzes jetzt nur noch, dass die ›Abkömmlinge‹ gesetzliche Erben sind, was nichteheliche Kinder einschließt.

Der überlebende Ehegatte kam – ähnlich wie im portugiesischen Zivilgesetzbuch – als Erbe erst in der vierten Gruppe zum Zug (Sec. 77), also wenn weder Kinder, Eltern, Großeltern oder Geschwister vorhanden sind. Dies hat seinen Grund darin, dass das goanische Familienrecht (Artt. 1108 ff. des portugiesischen Zivilgesetzbuchs) als gesetzlichen Güterstand die Gütergemeinschaft vorsieht, bei welchem das gesamte voreheliche Vermögen der Ehegatten in die Gütergemein-

<sup>5</sup> Usgãocar: *Family Laws of Goa*.

<sup>6</sup> Government of Goa: *Portuguese Civil Code, 1867*, online abrufbar unter: [www.indiacode.nic.in/bitstream/123456789/8312/1/ocrportuguesecivilcode.pdf](http://www.indiacode.nic.in/bitstream/123456789/8312/1/ocrportuguesecivilcode.pdf) (Zugriff: 15.10.2023).

<sup>7</sup> Der Gesetzesentwurf stammt aus dem Jahr 2012 (Goa Succession, Special Notaries and Inventory Proceedings Bill, 2012); obwohl das Gesetz erst am 5. August 2016 verabschiedet wurde und am 19. September 2016 in Kraft trat, behielt man die Jahresangabe »2012« bei.

<sup>8</sup> *Uma Mahesh Bandekar and Anr. v. Vivek Sadanand Marathe and others*, (2019) 20 SCC 728.

schaft eingebracht wird.<sup>9</sup> Der überlebende Ehegatte hat deshalb im gesetzlichen Güterstand schon vor dem Todesfall hälftiges Miteigentum an allen Vermögensgegenständen.<sup>10</sup> Die deutliche Mehrheit der Bevölkerung lebt in diesem gesetzlichen Güterstand; noch 1997 lag die Quote bei rund 98 Prozent.<sup>11</sup> Das Gesetz sieht ausdrücklich die Möglichkeit vor, durch Ehevertrag (Art. 1096 des Código Civil) andere güterrechtliche Regelungen (auch Gütertrennung) zu vereinbaren.<sup>12</sup> Ein Ehevertrag muss durch notarielle Urkunde errichtet werden (Art. 1097); ein Ehevertrag hat keine Auswirkungen auf das gesetzliche Erbrecht.<sup>13</sup> Der überlebende Ehegatte erhält beim Tod des Ehegatten die Hälfte des Gemeinschaftsguts als güterrechtlichen Ausgleich (Art. 1123 des Zivilgesetzbuchs) und wurde deshalb erbrechtlich erst in entfernter Rangfolge berücksichtigt. Zusätzlich erhält der überlebende Ehegatte nach Sec. 82 des Erbgesetzes ein ausschließliches Wohnrecht am Wohnhaus der Familie und allen Einrichtungs- und Ausstattungsgegenständen. Dieses Nutzungsrecht entfällt, wenn es ein Jahr lang nicht ausgeübt wird (Sec. 82 Abs. 2).

Mit dem Goa Succession, Special Notaries and Inventory Proceedings (Amendment) Act, 2022,<sup>14</sup> wurde dem überlebenden Ehegatten aber ein gesetzliches Erbrecht unmittelbar nach den Kindern eingeräumt. Dazu wurde in Sec. 52 Abs. 1 des Erbgesetzes ein neuer Unterabsatz (ia) eingefügt, der als nächste Gruppe ein Erbrecht »on the surviving spouse« vorsieht, und der bisherige Unterabsatz (iv), welcher ein Erbrecht des überlebenden Ehegatten erst nach Geschwistern vorsah, gestrichen.<sup>15</sup> Das Ehegattenerbrecht entfällt nach Sec. 77, wenn im Todeszeitpunkt die Ehe geschieden war oder eine gerichtliche Trennung von Personen und Vermögen (»judicial separation« im Sinne von Art. 1204 des Código Civil) erfolgt ist. Grundsätzlich ist die Rechtskraft des Scheidungs- oder Trennungsurteils entscheidend.<sup>16</sup>

<sup>9</sup> Desouza: »Just« Laws Are not Enough, S. 281.

<sup>10</sup> *Prabhakar Gones Prabhu Navelkar v. Saradchandra Suria Prabhu Navelkar*, [2019] 14 S. C. R., 859 (914) zum insoweit identischen früheren portugiesischen Recht.

<sup>11</sup> Usgāocar: Bird's Eye View, S. 40.

<sup>12</sup> Neben der Möglichkeit der Gütertrennung kommen immer häufiger Eheverträge vor, die eine Art Zugewinnngemeinschaft vereinbaren, bei der das bisherige Vermögen separates Vermögen bleibt und nur das während der Ehe neu erwirtschaftete Vermögen in die Gütergemeinschaft fällt, vgl. Desouza: The Common Civil Code, S. 143; ähnl. dies.: »Just« Laws Are not Enough, S. 281.

<sup>13</sup> *Palmira Cota E Dias v. Odette Irene Dias Rodrigues and other*, 2010 SCC OnLine Bom 806), allerdings müssen die Ehegatten dann Regelungen treffen, wenn der überlebende Ehegatte nicht in die relativ nachrangige Erbengruppe fallen soll.

<sup>14</sup> Veröffentlicht in Official Gazette – Government of Goa, Series I No. 23, 8th September 2022, S. 780 ff.

<sup>15</sup> In der Gesetzesbegründung wird lapidar ausgeführt: »so as to rectify the order of legal succession«, vgl. Bill No. 12 of 2022, Statement of Objects and Reasons, S. 11.

<sup>16</sup> Allerdings bestimmt Art. 1476, dass bei einvernehmlicher Scheidung die Gütergemeinschaft bereits mit dem Erlass des Urteils eintritt, also schon vor Rechtskraft. Die Auswirkung auf das Güterrecht ist aber gering, da bei Ehescheidung jeder Ehegatte ohnehin die Hälfte des Gesamtguts erhält.

Infolge dieser Gesetzesreform sind noch lebende Eltern des Verstorbenen nun von der zweiten in die dritte Gruppe einzugruppieren. Zunächst sah das Gesetz vor, dass in der zweiten Gruppe der Erben die Eltern des Verstorbenen (lebt nur noch ein Elternteil, dann dieser allein) bzw. (wenn diese vorverstorben sind) etwa noch lebende Großeltern sind. Für Eltern gibt es aber eine Einschränkung: Wenn nur noch ein Elternteil lebt und dieser nach dem Tod des anderen Elternteils erneut geheiratet hat, *und* der Verstorbene noch Vollgeschwister hat, dann ist der überlebende Teil von dem Teil des Erbes ausgeschlossen, den der Verstorbene vom vorverstorbenen Elternteil geerbt hat (Sec. 72 Abs. 2).

Zur nun vierten Erbengruppe gehören die Geschwister des Verstorbenen (Sec. 76)<sup>17</sup> und bei deren Vorversterben ihre Kinder. Zur fünften Erbengruppe gehören seit der Gesetzesänderung von 2022 die weiteren Seitenverwandten bis zum sechsten Grad. Ist kein gesetzlicher Erbe innerhalb dieser Gruppen vorhanden, erbt der Bundesstaat.

Entfernere Verwandte (also Erben der späteren Gruppen) werden durch nähere Verwandte (also durch frühere Gruppen) ausgeschlossen, wenn nicht das Gesetz eine Repräsentation anordnet (wie z. B. bei den Kindern eines vorverstorbenen Kindes, die in dessen erbrechtliche Stellung einrücken).

## 2. Testamentarische Erbfolge

Secs. 122 ff. des Erbgesetzes regeln die testamentarische Erbfolge. Die bisherigen Prinzipien über Gesamtrechtsnachfolge der Erben und die Unterscheidung zwischen Erbe und Vermächtnisnehmer werden beibehalten. Die Erben rücken im Wege der Gesamtrechtsnachfolge in die Position des Erblassers ein.

Das Erbgesetz sieht in Sec. 234 vier mögliche Formen der Testamentserrichtung vor, nämlich das öffentlich errichtete Testament, das gedruckte offene Testament, das geschlossene und gesiegelte Testament und das außerhalb von Goa nach der Ortsform errichtete Testament.

### a) Öffentliches Testament

Das öffentliche Testament muss nach Sec. 235 des Erbgesetzes zur Niederschrift vor einem Spezial-Notar (*special notary*) in Anwesenheit von zwei »kreditwürdigen« Zeugen zur Niederschrift erklärt werden. Der Erblasser kann dies auch selbst beim Notar niederschreiben; der Notar muss die Niederschrift errichten, wenn der Erblasser nicht in der Lage ist zu schreiben (Sec. 330). In Goa

<sup>17</sup> Im ursprünglichen Gesetzestext sah Sec. 52 (1) (iii) nur ein Erbrecht der Brüder vor, während Sec. 76 ein Erbrecht der Brüder und Schwestern vorsah. Dieses Redaktionsversehen wurde mit dem Amendment Act von 2022 (Fn. 14) berichtigt, so dass es jetzt »on the brothers and sisters and their descendants« lautet. Zu diesem Fehler vgl. auch Damle u. a.: *Gender discrimination*, S. 19.



ist das portugiesische System des lateinischen Notariats beibehalten worden. Im Erbgesetz finden sich in den Secs. 296 ff. Bestimmungen über die Funktion und Einrichtung sogenannter *special notaries*, welche die dem lateinischen Notariat entsprechenden Funktionen wahrnehmen dürfen. Die *special notaries* werden besonders bestellt und führen ein besonderes Amtssiegel (Sec. 301 des Erbgesetzes). Diese Personen haben ein öffentliches Amt und unterscheiden sich von einem *notary public* des indischen Rechts, der – wie sein englisches Vorbild – nur zu Vornahme von Beglaubigungen befugt ist.<sup>18</sup> Die beiden Zeugen müssen während der gesamten Beurkundung anwesend sein.

#### *b) Gedrucktes Öffentliches Testament*

Beim gedruckten offenen Testament (printed open will) nach Sec. 236 des Erbgesetzes übergibt der Erblasser ein computergedrucktes Testament in Anwesenheit von zwei Zeugen einem Spezial-Notar mit der Erklärung, dass dieses Dokument seinen letzten Willen enthält. Der Spezial-Notar muss die Identität des Erblassers feststellen und sich von seiner Testierfähigkeit überzeugen und die Zeugen müssen bestätigen, dass der Erblasser nach ihrer Überzeugung testierfähig ist und ohne Druck durch Dritte handelt. Das Testament muss vom Erblasser und den Zeugen auf sämtlichen Seiten unterschrieben werden. Der Notar hat unter anderem das ihm übergebene Testament vorzulesen, dann sämtliche Seiten des Testaments durchgehend zu nummerieren, ein Passfoto des Erblassers anzubringen, und unter dem Testament festzustellen, dass ihm das Testament vom Erblasser in Gegenwart von zwei Zeugen übergeben wurde und sämtliche Seiten des Testaments vom Erblasser und den Zeugen unterschrieben wurden, die Identität und Testierfähigkeit feststellen (Sec. 333).

#### *c) Geschlossenes/Gesiegeltes Testament*

Die dritte mögliche Testamentsform ist das geschlossene oder gesiegelte Testament nach Sec. 237 des Erbgesetzes. Dieses Testament ist vom Erblasser selbst oder von einem von ihm bestimmten Dritten niederzuschreiben und vom Erblasser zu unterschreiben und auf jeder Seite zu initialisieren. Dieses Testament ist dann vom Erblasser in Gegenwart von zwei Zeugen einem Spezial-Notar mit der Erklärung zu übergeben, dass es sich dabei um seinen letzten Willen handelt (Sec. 334 des Erbgesetzes). Der Spezial-Notar muss dann das Testament auf seine Form überprüfen (ohne es inhaltlich zu lesen), prüfen ob es initialisiert und unterschrieben ist, sich von der Testierfähigkeit überzeugen und die Übergabe in einer Niederschrift, die dem Erblasser vorzulesen und von diesem

<sup>18</sup> Faktisch wurden schon vor Inkrafttreten des Erbgesetzes in Goa Zivilregisterbeamte zu *ex officio*-Notaren erhoben, vgl. Jorge Calaça: The Notarial Institution, S. 72.



zu unterschreiben ist, festzuhalten. Ist der Erblasser nicht in der Lage zu unterschreiben, ist dies vom Notar festzuhalten. Der Spezial-Notar hat das Testament dann in einem Umschlag zu versiegeln (mit seinem Amtssiegel) und das Original dem Erblasser (oder einer von ihm bestimmten Person) auszuhändigen, wenn der Erblasser keine Verwahrung durch den Notar wünscht (Sec.338 des Erbgesetzes).

#### *d) Außerhalb von Goa errichtetes Testament*

Sec.246 des Erbgesetzes bestimmt, dass Testamente, die außerhalb von Goa errichtet wurden dann als formwirksam gelten, wenn sie nach dem Recht des Errichtungsortes formgerecht errichtet wurden. Im Umkehrschluss daraus ist klar, dass in Goa ein Testament nur in den drei genannten Formen unter Mitwirkung eines Spezial-Notars errichtet werden kann.

### *3. Pflichtteilsrecht*

Sec.83 des Erbgesetzes behält das schon nach portugiesischem Recht bestehende Pflichtteilsrecht bei, modifiziert dieses aber. Nach Sec.83 des Erbgesetzes kann ein Erblasser, der Kinder hinterlässt, nur über die Hälfte seines Nachlasses frei verfügen; die andere Hälfte steht den Abkömmlingen des Erblassers (bei vorverstorbenen Abkömmlingen dann deren Abkömmlingen) als Pflichtteil zu. Der überlebende Ehegatte hat neben Abkömmlingen kein Pflichtteilsrecht. Grund dafür ist der gesetzliche Güterstand der Gütergemeinschaft, bei dessen Beendigung durch Tod der überlebende Ehegatte güterrechtlich die Hälfte des Gesamtguts erhält (Art. 1123 des Código Civil).

Hat der Erblasser keine Abkömmlinge, dann steht seit einer Gesetzesänderung im August 2023 der gesamte Nachlass als Pflichtteil dem Ehegatten zu; ist der Erblasser nicht verheiratet oder verwitwet, dann den noch lebenden Eltern.<sup>19</sup> Das führt zu der seltsamen Situation, dass ein Erblasser mit Kindern über die Hälfte seines Nachlasses frei testamentarisch verfügen kann, ohne Kinder aber bei überlebendem Ehegatten oder Eltern gar nicht. Hat der Erblasser keine überlebenden Eltern, aber einen oder mehrere noch lebende Großeltern oder Urgroßeltern, dann reduziert sich der Pflichtteil auf  $\frac{1}{3}$  des Nachlasses, und die Großeltern bzw. Urgroßeltern erhalten dieses Drittel des Nachlasses als Pflichtteil. Sind weder Abkömmlinge noch Eltern oder andere Vorfahren vorhanden, entfällt die Pflichtteilsbeschränkung.

Bei der Berechnung des Pflichtteils werden Schenkungen, die der Erblasser zu Lebzeiten getätigt hat, dem frei vererbbaarem Teil zugerechnet, so dass Pflicht-

<sup>19</sup> Goa Succession, Special Notaries and Inventory Proceeding (Amendment) Act, 2023, Official Gazette – Government of Goa, Series I, No. 18, 3.August 2023.

teilsrechte nicht durch Schenkungen beeinträchtigt werden können (Secs. 85–87 und 89 des Erbgesetzes). Eine zeitliche Begrenzung ist nicht vorgesehen. Ein Verzicht auf Pflichtteilsrechte zu Lebzeiten des Erblassers ist unzulässig (Sec. 88), allerdings erlaubt Sec. 84 die Zustimmung zu Schenkungen an Kinder oder Enkelkinder, die dann für den Pflichtteil unberücksichtigt bleiben. Ferner ist der Beschenkte nach Sec. 90 des Erbgesetzes zur Rückgabe des geschenkten Gegenstandes an pflichtteilsberechtigte Erben verpflichtet, wenn sonst der Pflichtteil beeinträchtigt würde. Ausnahmen bestehen aber bei Geschenken an Ehegatten von Kindern; diese sind nicht zur Rückgabe verpflichtet.

Secs. 189 ff. des Erbgesetzes übernimmt die bisherigen Bestimmungen über eine Enterbung. Ein Erblasser kann pflichtteilsberechtigte Erben durch testamentarische Verfügung enterben, allerdings nach Sec. 190 des Erbgesetzes nur, wenn der Enterbte entweder wegen einer vorsätzlichen Straftat gegen den Erblasser, Ehegatten oder nahe Verwandte verurteilt wurde oder er gegenüber dem Erblasser und dessen Ehegatten ohne vernünftigen Grund einer Unterhaltspflicht nicht nachgekommen ist.<sup>20</sup>

#### 4. Sonstiges

Grundsätzlich ist der Erblasser – abgesehen von Pflichtteilsrechten – in der Verfügung über seinen Nachlass frei. Wenn ein Erblasser aber im gesetzlichen Güterstand der Gütergemeinschaft lebt, so ist zu beachten, dass Verfügungen über einzelne Gegenstände des Gesamtgutes nur mit Zustimmung des anderen Ehegatten zulässig sind (Sec. 72).

#### 5. Erbausschlagung

Sec. 35 des Erbgesetzes regelt, dass die Erbschaft nur durch Erklärung vor dem für die Nachlassabwicklung zuständigen Gericht oder Spezial-Notar erfolgen kann. Die Ausschlagung kann durch einen Bevollmächtigten erfolgen.<sup>21</sup> Die Ausschlagung bewirkt, dass der Ausschlagende so steht, als ob er nie Erbe geworden ist, wobei keine Repräsentation stattfindet.<sup>22</sup>

#### 6. Nachlassabwicklung

Der Nachlass geht unmittelbar auf die Erben über. Der Erblasser kann einen Testamentsvollstrecker einsetzen, muss dies aber nicht. Ist kein Testamentsvollstre-

<sup>20</sup> Das goanische Erbgesetz (wie zuvor der Código Civil) impliziert damit eine gesetzliche Unterhaltspflicht der Kinder für ihre Eltern, vgl. Ram: *Protection of the Rights of Older Persons*, S. 213.

<sup>21</sup> Sec. 36 (4) des Erbgesetzes.

<sup>22</sup> Sec. 36 des Erbgesetzes.

cker eingesetzt, so geht die Nachlassverwaltung nach Sec. 247 ff. des Erbgesetzes auf das ›Familienoberhaupt‹ über. Dies ist (i) der überlebende Ehegatte – ausgenommen, wenn er nicht zumindest Miterbe ist, ansonsten (ii) die Kinder oder bei deren Vorversterben deren Abkömmlinge, danach (iii) die übrigen Erben – allerdings jeweils nur, soweit diese geschäftsfähig sind. Bei mehreren Personen wird derjenige bevorzugt, der mit dem Erblasser mit dem Verstorbenen zusammengelebt hat, ansonsten wird jeweils die älteste in Betracht kommende Person zum ›Familienoberhaupt‹ bestimmt. Sind alle Erben geschäftsunfähig, setzt das Gericht einen Nachlassverwalter ein. Das so bestimmte Familienoberhaupt errichtet ein Nachlassinventar zur Vorbereitung einer Teilung des Nachlasses. Das Familienoberhaupt hat aber nur beschränkte Verwaltungskompetenzen. Es muss Nachlassgegenstände zusammenhalten, Forderungen einziehen und Verbindlichkeiten begleichen (Sec. 253 des Erbgesetzes). Es ist aber nicht zu sonstigen Verfügungen über Nachlassgegenstände befugt; ausgenommen sind Verfügungen über leicht verderbliche Früchte oder Gegenstände.<sup>23</sup>

Soweit Nachlassgegenstände unteilbar sind, können die Erben dafür im Rahmen von *licitation proceedings* Gebote abgeben.<sup>24</sup> Hierbei handelt es sich praktisch um eine Auktion innerhalb der Erbgemeinschaft, die auch der Ermittlung des Wertes dient. Derjenige Miterbe, der das höchste Gebot abgibt, erhält diesen Gegenstand und das abgegebene höchste Gebot dient zugleich der weiteren Nachlassauseinandersetzung, da dieser Wert dann diesem Miterben als erhaltener Nachlassteil angerechnet wird.

Wenn ein Mitglied einer Erbgemeinschaft vor der Aufteilung verstirbt, gehen dessen Rechte am Nachlass entsprechend der für ihn geltenden Erbfolge auf dessen Erben über.<sup>25</sup> Bis zu einer Teilung des Nachlasses kann ein einzelner Miterbe nicht ohne Zustimmung der übrigen Miterben über einzelne Nachlassgegenstände verfügen; er kann allerdings über seinen Erbteil als Ganzes verfügen und diesen z. B. übertragen.<sup>26</sup>

Das Erbgesetz enthält in Teil XXVI Regelungen über den Erbschein. Grundsätzlich wird der Erbschein (*declaration of heirship*) vom zuständigen Spezial-Notar ausgestellt. Wenn der Erblasser einen geschäftsunfähigen Ehegatten oder (auch wenn der Ehegatte nicht Erbe ist) einen geschäftsunfähigen, unbekannten oder nicht auffindbaren Erben hinterlässt, ist nach Sec. 366 des Erbgesetzes zwingend ein Nachlassinventurverfahren durchzuführen. Ferner kann nach Sec. 367 des Erbgesetzes jeder Erbe ein solches Verfahren beantragen. Da es sich hier um verfahrensrechtliche Bestimmungen handelt, sind diese für internationale Erbfälle aus nicht-indischer Perspektive nicht besonders relevant.

<sup>23</sup> Dazu auch Colvalkar/Bugde: *A Critical Evaluation*, S. 157.

<sup>24</sup> *Ethel Lourdes d'Souza Lobo v. Lucio Neville Jude de Souza*, 2022 SCCOnline, 1251 = 2022 Live-Law (SC), 795.

<sup>25</sup> Colvalkar/Bugde: *A Critical Evaluation*, S. 157.

<sup>26</sup> *Mrs. Mariana Carmelina Fernandes vs. Antonio Gomes & Ors.*, AIR 2006 (3) Bom 227.

## II. Internationalprivatrechtliche Bestimmungen des Erbrechtsgesetzes

Das Erbrechtsgesetz enthält keinen besonderen Abschnitt über kollisionsrechtliche Regelungen. Es finden sich aber verteilt über das Gesetz vereinzelt Bestimmungen mit kollisionsrechtlichem Bezug:

Sec. 8 (3) bestimmt, dass das Erbrecht eine Gesamtrechtsnachfolge darstellt und das gesamte Vermögen, beweglich und unbeweglich umfasst, und zwar weltweit (»wherever the properties, movable or immovable, are situated.«). Die Testamentseröffnung und Nachlassteilung können auch dann in Goa erfolgen, wenn bewegliches oder unbewegliches Vermögen außerhalb von Goa vorhanden ist. Das goanische Erbrecht behält damit – anders als im übrigen Indien<sup>27</sup> – das Prinzip der Nachlasseinheit bei. Dies wurde auch vom indischen *Supreme Court* bestätigt. Das Gericht führte aus, dass das goanische Erbgesetz

»is based on the Roman law concept of *hereditas*, i. e. inheritance to the entire legal position of a deceased man. [...] Therefore, all the properties of the person whose inheritance is in question have to be calculated and considered as one big conglomerate unit and then the rules of succession apply [...]«.<sup>28</sup>

Die im übrigen Indien bestehende Aufteilung in bewegliches und unbewegliches Vermögen erfolgt – jedenfalls bei interlokalrechtlichen Erbfällen – nicht.

Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs betraf eine interlokalrechtliche Fragestellung und ist nicht auf IPR-Fälle zu erstrecken. Der Supreme Court stellte dazu klar, dass auch das übernommene portugiesische Recht aufgrund der Bestimmungen in der Goa, Daman and Diu (Administration) Ordinance, 1962 and the Goa, Daman and Diu (Administration) Act, 1962, welche die Fortgeltung des bisherigen portugiesischen Rechts anordnen, dadurch zu »indischem Recht« werden, so dass im Verhältnis zu Goa keine internationalprivatrechtlichen Kollisionsnormen anwendbar sind. Das Gericht zitiert die IPR-Normen des Código Civil, geht aber nicht darauf ein, ob diese generell noch anwendbar sind. Das Gericht hielt ausdrücklich fest, dass die internationalprivatrechtlichen Kollisionsregeln, welche zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen differenzieren, auf innerindische interlokalrechtliche Fälle nicht anwendbar sind.

Der alte portugiesische Código Civil enthält in Art. 24 und Art. 27 Kollisionsnormen, wonach sich (unter anderem) das Erbrecht nach dem Heimatrecht (also der Staatsangehörigkeit) des Verstorbenen richtet.<sup>29</sup> Das neue Erbgesetz selbst enthält weder eine klare IPR-Kollisionsnorm noch eine klare Regelung, welche

<sup>27</sup> Vgl. Govindaraj: *The Conflict of Laws in India*, S. 170.

<sup>28</sup> *Jose Paulo Coutinho vs Maria Luiza Valentina Pereira*, 2019 (1) SCJ, 158 (dort para. 27). Das Gericht entschied, dass auch Immobilien des Verstorbenen in anderen indischen Bundesstaaten damit nicht nur nach dem goanischen Erbrecht vererbt werden, sondern goanische Gerichte auch für die Verwaltung und Verteilung der Erbschaft zuständig sind.

<sup>29</sup> Art. 24 lautet: »Law governing civil acts of the Portuguese in foreign country – The Portuguese subjects who travel or reside in a foreign country, remain subject to Portuguese laws concerning their civil capacity, their status and their immovable property situated in the kingdom, in

Bestimmungen des Código Civil aufgehoben werden. Sec.460 des Erbgesetzes enthält nur eine Bestimmung, dass »all provisions of the laws in force at present corresponding to any of the provisions of this Act shall stand repealed«. Das Erbgesetz regelt in Sec. 1 nur seinen eigenen Anwendungsbereich: Sec. 1 lautet:

1. Short title, extent, commencement and application.
  - (1) This Act may be called the Goa Succession, Special Notaries and Inventory Proceeding Act, 2012.
  - (2) It shall extend to the whole of the State of Goa.
  - (3) It shall come into force on the 90th day from the date of its publication in the Official Gazette.
  - (4) It shall be applicable to, –
    - (a) all persons who, prior to the 20th day of December, 1961, were governed by the provisions of the Civil Code of 1867 as in force in erstwhile Portuguese regime over Goa and which continued in force by virtue of sub-section (1) of section 5 of the Goa, Daman and Diu (Administration) Act, 1962 (1 of 1962), as adapted by the Military Governor of Goa, Daman and Diu vide Order No. 175/2/MG dated 31st May, 1962;
    - (b) any person born in Goa of parents who are governed by the provisions of the Civil Code of 1867 which is at present in force in Goa and which was in force prior to the 20th day of December, 1961;
    - (c) any person born outside the State of Goa of parents who were or are governed by the provisions of the said Civil Code of 1867, unless such person declares that he does not desire to be governed by the provisions of this Act at any time before the expiry of three years from the date he attains majority or before the expiry of three years from the date he comes from outside the State of Goa, before the Special Notary having office in the sub-district where such person resides;
    - (d) any person born in Goa of parents who are governed by the provisions of the corresponding laws in force in the rest of India provided that he chooses permanent residence in the State of Goa and he declares before the expiry of three years from the date he attains majority that he desires to be governed by this Act before the Special Notary having office in the sub-district where such person resides;
    - (e) any person born in Goa of parents who are foreign citizens provided such person satisfies the requirements of sections 3 and 4 of the Citizenship Act, 1955 (Central Act 57 of 1955);
    - (f) any person born in Goa of unknown parents or of unknown nationality;

---

respect of acts which will produce effects therein: however, the external form of the acts shall be governed by the law of the country, where they are celebrated, except in cases where the law expressly provides to the contrary.«

Art. 27 lautet: Law governing the status and capacity of foreigners – The status and civil capacity of foreigners shall be regulated by the laws of their country.

Vorstehende Bestimmungen wurden durch die Verordnung der Militärregierung von Goa, Daman und Diu Nr. 175/2/MG vom 31. Mai 1962 abgeändert, indem Folgendes verordnet wurde: »Wherever words like Portuguese Nationals, Portuguese Citizen [...] occur in any law enacted before the 20th day of December 1961 and which is now in force within these Territories, such words and phrases shall be read as if the words ›Portugal and Portuguese‹ had been substituted by the words ›India and Indian‹.«

- (g) any person adopted by parents who are governed by the provisions of the Civil Code of 1867 as in force in Goa or by parents to whom this Act is applicable: Provided that such a person shall not be deemed to have taken up permanent residence in Goa, –
  - (i) merely by reason his residing there on account of his being appointed in the Civil, Military, Naval, Air Force service of the Government of India;
  - (ii) merely on account of he being appointed by the Government of a foreign country as its representative and residing as such in Goa in pursuance of such appointment nor shall any other person residing with such representative as part of his family or as servant.

Allerdings enthält die von der Regierung von Goa herausgegebene amtliche Übersetzung des portugiesischen Zivilgesetzbuches<sup>30</sup> bei der Übersetzung von Art. 24 folgenden Hinweis:

»Section 8 particularly Clause (3) and Section 373 of the Goa Succession, Special Notaries and Inventory Proceeding Act, 2012 are applications of the principle contained in this article.«

Damit ist klargestellt, dass durch das Erbgesetz diese (einseitige) Kollisionsnorm nicht angetastet wurde und somit weiterhin von einer Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit in Goa auszugehen ist.

Soweit ersichtlich gibt es bislang keine Gerichtsentscheidungen zur Frage des internationalprivatrechtlichen Kollisionsrechts in Goa. Der indische oberste Gerichtshof ließ in seiner *Jose Paul Coutinho*-Entscheidung ausdrücklich internationalprivatrechtliche Fragen offen, da der Streit nur interlokalrechtliche Fragen betraf.<sup>31</sup>

Der Bombay High Court hatte in der vorinstanzlichen Entscheidung (die durch den Supreme Court abgeändert wurde) zum Código Civil die Kollisionsnormen in Art. 24 missverstanden:

»The Portuguese subjects who travel or reside in a foreign country, remain subject to Portuguese laws concerning their civil capacity, their status and their immovable property situated in the kingdom, in respect of acts which will produce effects therein: however, the external form of the acts shall be governed by the law of the country, where they are celebrated, except in cases where the law expressly provides to the contrary.«

Er interpretierte die Formulierung dahingehend, dass damit das Heimatrecht nur für Immobilien im Ausland gelte, während die Erbfolge hinsichtlich im Ausland befindlicher Immobilien sich nach dem Lageort richte.<sup>32</sup> Tatsächlich will Art. 24 des Código Civil aber nicht das Lageorts-Prinzip einführen, sondern lediglich keine extraterritoriale Gültigkeit beanspruchen.<sup>33</sup>

In einer späteren Entscheidung hatte eine andere Kammer des Bombay High Court diese Entscheidung aber – noch vor der Revisionsentscheidung des Obers-

<sup>30</sup> *Government of Goa: Portuguese Civil Code, 1867.*

<sup>31</sup> *Jose Paulo Coutinho vs Maria Luiza Valentina Pereira*, 2019 (1) SCJ, 158 (dort para. 18 und 22).

<sup>32</sup> *Maria Luiza Valentina Pereira v. Jose Paulo Coutinho*, 2008 (6) ALL MR 160, dort para 13.

<sup>33</sup> Taborda: *La conception du droit international privé*, S. 683.

ten Gerichtshofs – verworfen und kam zu dem Ergebnis, dass Art. 24 des Código Civil eine umfassende Kollisionsnorm darstelle, so dass sich die Erbfolge eines Goaners hinsichtlich seines gesamten weltweiten Vermögens (auch Immobilien) nach seinem goanischen Recht richte.<sup>34</sup>

Allerdings behandelte der Bombay High Court in beiden Fällen keinen IPR-Fall, sondern es ging um die interlokalrechtliche Frage, ob in Bombay belegene Immobilien eines Goaners nach dem Recht von Goa oder dem Recht des Lageortes (außerhalb von Goa) vererbt werden und ob für Immobilien im Bombay ein Inventurverfahren nach dortigem Recht durchzuführen wäre). Diese interlokalrechtliche Frage ist durch die *Jose Paulo Coutinho*-Entscheidung des Obersten Gerichtshofs jetzt ohnehin geklärt und die Entscheidung des Bombay High Courts insoweit *overruled*.

Der indische Oberste Gerichtshof hatte allgemein festgehalten, dass Bestimmungen des in Goa fortgeltenden portugiesischen Zivilgesetzbuchs dann implizit durch neuere indische Gesetze aufgehoben werden, wenn diese ihre Anwendung ausdrücklich auf ganz Indien erstrecken und damit lokale Bestimmungen verdrängen sollen.<sup>35</sup> Der Oberste Gerichtshof hielt auch fest, dass die indische Kollisionsnorm in Section 5 des Indian Succession Act<sup>36</sup> weder in Goa gilt noch auf den Erbfall eines Erblassers mit Domizil in Goa Anwendung findet. Da auch die Anmerkung in der amtlichen Übersetzung des portugiesischen Zivilgesetzbuchs von einer Fortgeltung der internationalen Kollisionsnormen in Art. 24 ausgeht, sind die IPR-Normen in Artt. 24 und 27 weiter anzuwenden. Es dürfte damit das Staatsangehörigkeitsprinzip insoweit in Goa weitergelten. Dafür spricht auch, dass der Bombay High Court in den erwähnten Entscheidungen die IPR-Norm in Art. 24 des Código Civil auf einen interlokalrechtlichen Sachverhalt anwandte, also von einer grundsätzlichen Fortgeltung ausging.

Sec. 246 bestimmt zur Testamentsform, dass ein außerhalb von Goa errichtetes Testament dann formwirksam ist, wenn es im Einklang mit den Formvorschriften des Errichtungsortes errichtet wurde. Dies entspricht Art. 1961 des portugiesischen Zivilgesetzbuchs. Allerdings ermöglicht diese Vorschrift nicht, im Ausland ein gemeinsames Testament zu errichten, da dies nicht als Frage der Form, sondern der materiellen Zulässigkeit angesehen wird.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> *A. P. Fernandes v. Annette Blunt Finch*, 2015 (5) ALL MR 823.

<sup>35</sup> *Syndicate Bank v. Prabha D. Naik*, 2001 (4) SCC 713, dort para 22.

<sup>36</sup> Section 5 des Indian Succession Act lautet:

- (1) Succession to the immoveable property in India, of a person deceased shall be regulated by the law of 2 India, wherever such person may have had his domicile at the time of his death.
- (2) Succession to the moveable property of a person deceased is regulated by the law of the country in which such person had his domicile at the time of his death.

<sup>37</sup> *Daisy Senso v. Ivorine Danslay Noronha and others*, 2011 SCC OnLine Bom 659 (zu Art. 1961 des port. Zivilgesetzbuchs).



### III. Interlokalrechtliche Fragen

Das Erbrechtsgesetz enthält nur eine einseitige interlokkollisionsrechtliche Regelung, indem es in Art. 1 Abs. 4 den Anwendungsbereich des Gesetzes regelt. Danach ist es anwendbar auf alle Personen,

- die zum 20.12.1961 (dem Tag des Anschlusses Goas an Indien) dem portugiesischen Zivilgesetzbuch unterfielen, oder
- die in Goa geboren wurden und deren Eltern dem Recht von Goa unterliegen,
- die außerhalb von Goa geboren wurden, deren Eltern aber dem Recht von Goa unterlagen, ausgenommen es erfolgt innerhalb von drei Jahren ab Volljährigkeit eine negative Rechtswahl,
- die in Goa von Eltern geboren wurden, die dem indischen Recht außerhalb von Goa unterfielen und die innerhalb von drei Jahren ab Volljährigkeit eine positive Rechtswahl zugunsten des goanischen Rechts treffen,
- Kinder, die in Goa von ausländischen Eltern geboren werden, die aber die Voraussetzungen für eine indische Staatsangehörigkeit erfüllen, sowie Kinder, die in Goa geboren wurden und deren Eltern unbekannt oder von unbekannter Staatsangehörigkeit sind,
- Kinder, die von Goanern adoptiert wurden.

Das Gesetz trifft keine Regelung, wie sich das interlokalrechtlich anwendbare Erbrecht in anderen Fällen ermittelt. Es dürfte deshalb im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung weiterhin an das Bundesstaatsdomizil angeknüpft werden.<sup>38</sup>

Leider wurde Sec.1(4) des Erbgesetzes darauf nicht abgestimmt. Denn es bleibt unklar, welches Recht anwendbar ist, wenn ein Inder aus einem anderen Bundesstaat ein Domizil in Goa begründet.<sup>39</sup> Nach Sec.1(4) des Erbgesetzes würde dies nicht zur Anwendbarkeit des Erbgesetzes führen. Andere erbrechtliche Bestimmungen gelten aber in Goa nicht, weil die personalen indischen Erbgesetze nie auf Goa erstreckt wurden.<sup>40</sup> Hier wird der Gesetzgeber nachbessern müssen.

<sup>38</sup> *Joshi, D. P. v. State of Madhya Bharat*, 1955 (I) SCR, 1215 (1225); ähnl. *Saeesh Subhash Hegde v. Darshana Saeesh Hegde*, AIR 2008 Kant. 142.

<sup>39</sup> Dies wurde bereits im Gesetzgebungsverfahren kritisiert (vgl. Minutes of the Meeting of Select Committee on Bill No. 13 of 2012 – The Goa Succession, Special Notaries and Inventory Proceeding Bill, 2012 held on 17-03-2016, Official Gazette – State of Goa vom 15.4.2016, S. 28, dort Objection No. 2).

<sup>40</sup> Damle u. a.: *Gender discrimination*, S. 19.



### *C. Unionsterritorium Dadra and Nagar Haveli and Daman and Diu dürfte der Reform folgen*

Im Unionsterritorium Dadra and Nagar Haveli and Daman and Diu (welches in 2019 durch Zusammenschluss der früheren separaten Unionsterritorien Daman and Diu und Dadra und Nagar Haveli entstanden ist) gelten die erbrechtlichen Bestimmungen des *Código Civil* fort, denn bei dem goanischen Erbgesetz handelt es sich um eine landesrechtliche Vorschrift. Der indische Unionsgesetzgeber hatte aber erkannt, dass dies zu einer weiteren Rechtszersplitterung führt. Am 1. Dezember 2022 wurde von der Regierung des Unionsterritoriums der Entwurf einer Dadra and Nagar Haveli and Daman and Diu Succession, Special Notaries and Inventory Proceeding Regulation, 2022 veröffentlicht.<sup>41</sup> Diese Verordnung hat den Text des Goa Succession, Special Notaries and Inventory Proceedings Act, 2012 in der Fassung des Goa Succession, Special Notaries and Inventory Proceedings (Amendment) Act, 2022 praktisch wörtlich übernommen und lediglich den Begriff »Goa« auf »Dadra and Nagar Haveli and Daman and Diu« angepasst. Es ist damit zu rechnen, dass diese Verordnung in absehbarer Zeit verabschiedet wird – wobei aber offen ist, ob die im August 2023 in Goa vorgenommene Änderung des Pflichtteilsrechts noch berücksichtigt oder übernommen wird. Bis zur Veröffentlichung einer solchen Verordnung im Gesetzblatt (Official Gazette) gelten in Dadra and Nagar Haveli and Daman and Diu noch die alten portugiesischen Bestimmungen weiter.

### *D. Ausblick*

Mit dem Goa Succession, Special Notaries and Inventory Proceedings Act hat der Landesgesetzgeber nur einen Teil des in Goa noch geltenden portugiesischen Rechts reformiert. Eine umfassende und vollständige Reform der noch geltenden Teile des *Código Civil* ist nicht erfolgt, vermutlich weil Reformüberlegungen zum Ehe- und Scheidungsrecht seit langer Zeit in Komitees und Arbeitsgruppen des Landesparlaments festhängen. Der Gesetzgeber hat dabei das in Goa geltende Staatsangehörigkeitsprinzip im internationalen Erbrecht nicht angetastet. Aufgrund der zahlreichen Verflechtungen zwischen Erb- und Familienrecht dürfte aber auch dort der Druck zu Reformen steigen. Unglücklich ist aber, dass bei der Reform das Erbrecht in ein neues Gesetz ausgegliedert wurde, anstatt – wie im Gesetzgebungsverfahren auch vorgeschlagen, innerhalb des Zivilgesetzbuches die Reform unterzubringen. Im neuen Gesetz wurden nicht explizit bestimmte Bestimmungen des *Código Civil* aufgehoben, sondern Sec. 460 des Erbgesetzes enthält eine (in Indien übliche) »catch all-Klausel«, dass »all provisions of the

<sup>41</sup> Abrufbar unter: [daman.nic.in/websites/Law\\_Justice%20\\_Department\\_Daman/documents/2022/301-07-12-2022.pdf](https://daman.nic.in/websites/Law_Justice%20_Department_Daman/documents/2022/301-07-12-2022.pdf) (Zugriff: 13.10.2023).

laws in force at present corresponding to any of the provisions of this Act shall stand repealed«. Wie schon bisher dürfte dies zahlreiche Rechtsstreitigkeiten zu der Frage, was denn nun »korrespondierende Gesetzesbestimmungen« sind, auslösen.

## Bibliographie

- Almeida, Albertina (2015): Law Commissions of India and Goa Law Commissions: Framing the Absences of Regional Difference with Special Reference to Goa, in: *Journal of Indian Law and Society* 6, S. 125–147.
- Colvalkar, Nagesh S./Bugde, Gouresh Gurundas (2020): A Critical Evaluation on Inventory Proceedings in the Realm of Family Laws in Goa, in: *International Journal of Humanities and Social Sciences* 9.1, S. 153–160.
- Damle, Devendra u.a. (2020): *Gender discrimination in devolution of property under Hindu Succession Act, 1956*, Working Paper No.305, New Delhi: National Institute of Public Finance and Policy.
- Desouza, Shaila (2007): »Just« Laws Are not Enough: A Note on the Common Civil Code, Marriage and Inheritance in Goa, in: *Women's Livelihood Rights: Recasting Citizenship for Development*, hrsg. von Sumi Krishna, New Delhi: Sage Publications, S. 277–285.
- Desouza, Shaila (2008): The Common Civil Code, Marriage and Inheritance in Goa: A Look through Gender Perspective, in: *Slow but Steady – Indian Women towards Equality, Liberty & Self-respect*, hrsg. von Dharmendra K. Dube u.a., Lucknow: Indus Bureau, S. 140–145.
- Fernandes, Aureliano (2000): Political Transition in Post-Colonial Societies Goa in Perspective, in: *Lusotopie*, S. 341–358.
- Government of Goa (2018): *Portuguese Civil Code, 1867 – Official Translation with Notes*, Panaji: Govt. Ptg. Press; [www.indiacode.nic.in/bitstream/123456789/8312/1/ocrportuguesecivilcode.pdf](http://www.indiacode.nic.in/bitstream/123456789/8312/1/ocrportuguesecivilcode.pdf) (Zugriff: 26.8.2023).
- Govindaraj, V.C. (2011): *The Conflict of Laws in India. Inter-Territorial and Inter-Personal Conflict*, New Delhi: Oxford University Press.
- Jorge Calaña, Fernando (1998): The Notarial Institution and the Land Registration System Under the Portuguese and Indian Legal Frameworks in Goa, Daman and Diu – Some Glimpses, in: *Revista Ordem Dos Advogados* 58.1, S. 45–82.
- Manooja, Dalip C. (2000): Uniform Civil Code: A Suggestion, in: *Journal of the Indian Law Institute* 42, S. 448–457.
- Otto, Dirk (1994): Das Weiterleben des portugiesischen Rechts in Goa, in: *Deutsch-Lusitanische Rechtstage*, Baden-Baden: Nomos, S. 124–141.
- Ram, Sandhyer (2016): *Protection of the Rights of Older Persons – A Social Legal Study in the State of Goa and the State of Kerala* (Dissertation Department of Law, Goa University).

Taborda Ferreira, Vasco (1956): La conception du droit international privé d'après la doctrine de la pratique du Portugal, in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 89.

Usgãocar, Manohar Sinai (<sup>2</sup>1992): *Family Laws of Goa, Daman and Diu I*, Panaji: Vela Associates.

Usgãocar, Manohar Sinai (1998): Bird's Eye View on the Portuguese Civil Code of 1867 and the Portuguese Civil Code of 1939, in: *Revista Ordem Dos Advogados* 58.1, S. 19–40.