



Professor Dr. Dr. Peter Scholz, Berlin

Recht im Nahen und Mittleren Osten: Ausdruck moderner Staatlichkeit, Träger islamischen Erbes und Instrument autoritärer Regime

Zugleich eine Einführung in das islamisch geprägte Recht der Gegenwart

Der Artikel charakterisiert das Recht der islamisch geprägten Staaten Nordafrikas sowie des Nahen und Mittleren Ostens von Marokko bis Afghanistan. Ausgangspunkt ist das moderne staatliche Recht dieser Länder, nicht das traditionelle islamische Recht, ohne dass dabei strukturelle Schwächen der Staatlichkeit in dieser Region aus dem Blick geraten. Mit der Entstehung moderner Nationalstaaten wurden abendländische Strukturelemente wie Verfassung, Gewaltenteilung, Verfassungs- und Rechtsbindung, verfassungsgemäße Rechtssetzung, Hierarchie der Rechtsquellen, Rechte und Pflichten der Bürger und ein ausdifferenziertes Justizwesen zumindest formal übernommen. Spezifische Merkmale der einschlägigen Rechtsordnungen sind der Islam und der autoritäre Charakter der Regime. Die Bedeutung des Islam und des islamischen Rechts für die Rechtsordnungen wird aufgezeigt und der islamisch-rechtliche Gehalt der zentralen Rechtsbereiche skizziert. Weiter wird das Vorherrschen eines autokratisch-autoritären Herrschaftsstils trotz bestehender Anzeichen einer Demokratisierung festgestellt und dargelegt, wie sich die Regime der Rechtssetzung und -anwendung zur Sicherung ihrer Herrschaft nutzbar machen.

S. 24

- HFR 3/2011 S. 1 -

1 A. Einleitung

Recht und Islam im Hinblick auf den Nahen und Mittleren Osten werden – mit Ausnahme von Israel – gemeinhin mit dem islamischen Recht in Verbindung gebracht. Diese Konnotation führt regelmäßig dazu, dass das islamische Recht in das Zentrum der Betrachtungen gestellt wird, obwohl das moderne Recht der islamisch geprägten Staaten nur teilweise Bezüge zum islamischen Recht aufweist. Dies geschieht zumeist in der Weise, dass von den traditionellen Ausprägungen des islamischen Rechts ausgegangen und dann dessen Fortleben und Weiterentwicklung in der Moderne erörtert wird. In diesem Zusammenhang wird dann auch auf das moderne Recht der islamisch geprägten Staaten eingegangen.¹

- 2 Das islamische Recht, die Scharia (*ṣarīʿa*)², ist nach islamischem Verständnis die auf Gott beruhende Rechtsordnung, auf deren Grundlage sich die islamische Gemeinschaft (*umma*) konstituiert.³ Tatsächlich wurden ihre Bestimmungen von privaten islamischen

¹ Vgl. beispielsweise Mathias Rohe, *Das islamische Recht*, 2009; Irene Schneider, *Islamisches Recht zwischen göttlicher Satzung und temporaler Ordnung? Überlegungen zum Grenzbereich zwischen Recht und Religion*, in: Langenfeld, Christine/Schneider, Irene (Hrsg.), *Recht und Religion in Europa*, 2008, S. 138 ff.; Nadjma Yassari, *Islamisches Recht oder Recht der Muslime – Gedanken zu Recht und Religion im Islam*, in: *ZVglRWiss* 2004, S. 103 ff.; Peter Scholz, *Scharia in Tradition und Moderne*, in: *JURA* 2001, S. 525 ff.; Omaia Elwan, *Gesetzgebung und Rechtsprechung*, in: Udo Steinbach/Rüdiger, Robert (Hrsg.), *Der Nahe und der Mittlere Osten*, Band 1: *Grundlagen, Strukturen und Problemfelder*, 1988; Ernst Klingmüller, *Das Recht des Islam*, in: Günter Grasmann u. a., *Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart*, 2. Auflage 1988, S. 601 ff.; ähnlich auch Peter Heine, *Einführung in die Islamwissenschaft*, 2009, Kapitel 4.

² Die Umschrift arabischer Termini richtet sich weitgehend nach derjenigen der Deutschen Morgenländischen Gesellschaft. Die Umschriften finden Sie in der Pdf-Druckversion.

³ Peter Scholz (Fn. 1), S. 525 (525); vgl. Jan Michiel Otto, *Introduction: investigating the role of sharia in national law*, in: Jan Michiel Otto (Hrsg.), *Sharia Incorporated*, 2010, S. 17 (25); ausführlich zum Begriffs-

Rechtsgelehrten (*fuqahā'*, sing. *faqīh*) mittels einer von ihnen entwickelten Lehre von den Rechtsquellen (*usūl al-fiqh*) herausgearbeitet,⁴ die sich vor allem auf den Koran (*qur'ān*), die Verfahrensweise des Propheten (*sunna*), den Konsens der Rechtsgelehrten (*iǧmā'*) einer bestimmten Zeit und den Analogieschluss (*qiyās*) als Sammelbezeichnung für systematische Argumente stützt.⁵ Im Laufe der Zeit bildeten sich ausgehend von den Zentren früher Rechtsgelehrsamkeit Rechtsschulen (*maǧāhib*, sing. *maǧhab*) heraus, die sich inhaltlich und methodisch mehr oder weniger stark voneinander unterschieden und auch schulintern ein nicht unerhebliches Meinungsspektrum aufweisen konnten.⁶ Die Erkenntnisse der Gelehrten sind in einer reichhaltigen Literatur niedergelegt, die von großen Rechtskompendien über kleine Handbücher, Sammlungen von Rechtsgutachten und Urteilen bis hin zu Formularbüchern und Anleitungen für juristische Berufe reicht.⁷ Es handelt sich nicht um staatlich gesetztes Recht, sondern um außerstaatliches Recht, das von seinem Anspruch her grundsätzlich auch für den Herrscher galt⁸. Aufgrund seiner zahlreichen Praxisbezüge und praxisbezogenen Literaturgattungen ist es in noch ungeklärtem Umfang auch in der Praxis zur Anwendung gekommen.⁹ Gesellschaftlicher Wandel aufgrund veränderter sozialer und wirtschaftlicher Umstände hat sich je nach Literaturgattung unterschiedlich stark im islamischen Recht niedergeschlagen.¹⁰ Veränderungen der Rechtswirklichkeit spiegeln vor allem die Rechtsgutachten wider.¹¹ Mit dem Entstehen moderner Nationalstaaten und deren wachsender internationaler Verflechtung einerseits sowie den wirtschaftlichen und sozialen Veränderungen in einer sich zunehmend globalisierenden Welt andererseits ist das traditionelle islamische Recht mehr oder weniger große Veränderungsprozessen unterworfen.¹²

S. 25

- HFR 3/2011 S. 2 -

- 3 Wesentlich seltener als die Scharia wird der islamisch geprägte Staat zum Ausgangspunkt genommen und in diesem Zusammenhang die Bedeutung des Islam und des islamischen Rechts im jeweiligen nationalen Recht unter Berücksichtigung auch des internationalen Kontextes erläutert¹³. Diese Sichtweise wird aber den tatsächlichen

verständnis siehe Mathias Rohe (Fn. 1), S. 9 ff., und Tilman Nagel, Das islamische Recht, 2001, S. 3 ff., jeweils m. w. N.; zur Charakterisierung des islamischen Rechts Irene Schneider (Fn. 1), S. 138 (139 ff.).

⁴ Die islamische Wissenschaft von der Herausarbeitung der weitgehend verborgenen Regeln der Scharia und deren Interpretation wird mit dem Begriff „*fiqh*“ bezeichnet; dieser lässt sich mit unseren Termini „Rechtswissenschaft“ und „Jurisprudenz“ wiedergeben; Peter Scholz (Fn. 1), S. 525 (526); Irene Schneider (Fn. 1), S. 138 (141 f.); ausführlicher Mathias Rohe (Fn. 1), S. 12 ff.; Tilman Nagel (Fn. 3), S. 6 ff., jeweils m. w. N..

⁵ Zur Rechtsquellenlehre siehe Peter Scholz (Fn. 1), S. 525 (526); Mathias Rohe (Fn. 1), S. 43 ff.; Tilman Nagel (Fn. 3), S. 217 ff.; Nadjma Yassari, Die Rechtsquellen des islamischen Rechts: eine Einführung, in: ZVglRWiss 1999, S. 103 ff., jeweils m. w. N.; ausführlicher Birgit Krawietz, Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam, 2002. Zur Rechtsquellenlehre speziell im schiitischen Recht Harald Löschner, Die dogmatischen Grundlagen des schiitischen Rechts, 1971.

⁶ Die wichtigsten Rechtsschulen sind die malikitische, die hanafitische, die schafiiitische, die hanbalitische und die der schiitischen Glaubensrichtungen; Peter Scholz (Fn. 1), S. 525 (527); Mathias Rohe (Fn. 1), S. 27 ff.; Tilman Nagel (Fn. 3), S. 241 ff..

⁷ Peter Scholz (Fn. 1), S. 525 (530); Peter Scholz, Legal Practice in the Maliki Law of Procedure, in: Al-Qantara 1999, S. 417 (418).

⁸ Mathias Rohe (Fn. 1), S. 31 f.; Irene Schneider (Fn. 1), S. 138 (149).

⁹ Peter Scholz (Fn. 1), S. 525 (529 f.) m. w. N.; Tilman Nagel (Fn. 3), S. 276 ff.; Wael B. Hallaq, From fatwas to *furu'*: Growth and Change in Islamic substantial Law, in: Islamic Law and Society 1994, S. 29 f..

¹⁰ Veränderungen des islamischen Rechts werden beispielsweise nachgewiesen von Baber Johansen, Eigentum, Familie und Obrigkeit im hanafitischen Strafrecht, in: Die Welt des Islams 1979, S. 1 ff.; derselbe, The Islamic Law on Land Tax and Rent, 1988; Wael B. Hallaq, From *fatwas* to *furu'*: Growth and Change in Islamic substantive Law, in: Islamic Law and Society 1994, S. 29 ff.; Farhat J. Ziadeh, Compelling Defendant's Appearance at Court in Islamic Law, in: Islamic Law and Society 1996, S. 305 ff.; Benjamin Jokisch, Islamisches Recht in Theorie und Praxis, 1996, S. 261; Peter Scholz, Fortbildung der Scharia am Beispiel des malikitischen Verfahrensrechts, in: Der Islam 1999, S. 89 ff..

¹¹ Einführung Hilmar Krüger, Grundprobleme des islamischen Fetwa-Wesens, in: Hans-Georg Ebert/Thoralf Hanstein (Hrsg.), Beiträge zum Islamischen Recht III, 2003, S. 9 ff.; Birgit Krawietz, Der Mufti und sein Fatwa, in: Welt des Orients 1995, S. 161 ff.; Harald Motzki, Religiöse Ratgebung im Islam: Entstehung, Bedeutung und Praxis des *mufti* und der *fatwā*, in: ZfR 1994, S. 3 ff., jeweils m. w. N..

¹² Allgemein Peter Scholz (Fn. 1), S. 525 (530 ff.); Mathias Rohe (Fn. 1), S. 167 ff., jeweils m. w. N.; im Übrigen siehe II.3..

¹³ So beispielsweise Jan Michiel Otto (Hrsg.), Sharia Incorporated, 2010.

Verhältnissen weit mehr gerecht, denn mit dem Einbruch der europäischen Staaten in den Nahen und Mittleren Osten hat die moderne Staatlichkeit Einzug in diesen geographischen Raum gehalten und sind es grundsätzlich moderne Staaten im Sinne der abendländischen Staatslehre, die Recht setzen. Dabei darf aber nicht außer Acht gelassen werden, dass die Staatlichkeit im Nahen und Mittleren Osten nicht mit der europäischen Staaten vergleichbar ist, sondern häufig deutlich schwächer ausfällt. Dies hat zur Konsequenz, dass die Geltung staatlicher Gesetze in bestimmten Teilen des Staates oder seiner Bevölkerung nicht selten nur eine eingeschränkte, zuweilen auch eine nur theoretische darstellt und damit Raum für die Geltung anderen Rechts lässt, das staatlich akzeptiert sein mag oder nicht.¹⁴ Auch darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Rechtspraxis des internationalen Wirtschaftsverkehrs im Nahen und Mittleren Osten regelmäßig nicht entsprechend den jeweiligen nationalen Rechten ausgestaltet ist, sondern weitgehend Common-Law-Grundsätzen folgt, soweit dem nicht zwingendes nationales Recht entgegensteht.

- 4 Ursächlich für die weit verbreitete schariabetonte Sichtweise dürfte vor allem der Umstand sein, dass die Beschäftigung mit dem islamischen Recht verstärkt in der Kolonial- und Protektoratszeit, also in einer Zeit begann, in der die moderne Staatlichkeit und das moderne staatliche Recht in dieser Region noch im Entstehen begriffen und das geltende Recht noch stark vom traditionellen islamischen und vom Gewohnheitsrecht geprägt war. Hinzu kommt, dass sich von den vorgefundenen rechtlichen Verhältnissen das islamische Recht ganz besonders als Objekt der Betrachtung anbot, weil es aufgrund seiner jahrhundertelangen literarischen Tradition, seiner umfassenden rechtsdogmatischen Aufarbeitung durch Rechtsgelehrte und seines vielfach exotischen Charakters eine Faszination ausübte. Ferner hat die aus der kolonial bedingten Wissenschaft der Orientalistik hervorgegangene Teildisziplin der Islamwissenschaft ein besonderes Interesse an diesem Forschungsgegenstand, lebt sie doch vom spezifisch Islamischen als Gegenstand ihrer Disziplin und verfügen die Vertreterinnen und Vertreter dieses Faches meistens nicht über die juristische Methodik, um sich dem modernen staatlichen Recht der islamisch geprägten Staaten wissenschaftlich zu widmen. Dafür sind zwar von ihrer fachlichen Kompetenz her grundsätzlich die Rechtswissenschaftler berufen, allerdings sind diese nur sehr begrenzt an jenem Forschungsgegenstand interessiert, da die rechtswissenschaftliche Ausbildung in Deutschland grundsätzlich auf eine inländische juristische Tätigkeit ausgerichtet ist und daher das deutsche Recht im Mittelpunkt der Ausbildung steht.
- 5 In den folgenden Ausführungen sollen nunmehr Strukturelemente islamisch geprägter Rechtsordnungen herausgestellt werden, wobei das staatliche Recht jener Staaten in den Mittelpunkt gerückt wird.

6 **B. Strukturelemente islamisch geprägter Rechtsordnungen**

I. Allgemeines

1. Rechtsordnungen des Nahen und Mittleren Ostens

Die Rechtsordnungen, die das soziale Leben der Menschen im Nahen und Mittleren Osten regeln, sind heutzutage zumeist staatlicher Natur, d. h. es handelt sich um Recht, das von staatlichen Organen gesetzt oder dem von staatlichen Organen Wirksamkeit verliehen wurde. Letzteres ist der Fall, wenn der staatliche Gesetzgeber außerstaatliches Recht in staatliche Gesetze gießt¹⁵ oder allgemein oder hilfsweise für an-

¹⁴ Das gilt beispielsweise für Afghanistan und den Sudan.

¹⁵ Zu den bedeutendsten Kodifikationen islamischen Zivilrechts gehört die osmanische Medjelle von 1870 bis 1876, die noch heute rechtliche Bedeutung hat; zu diesem Gesetzbuch siehe W. M. Ballantyne, *The Majelle*, in: *Arab Law Quarterly* 1986, S. 364 ff.; Hilmar Krüger, *Zum Geltungsbereich der osmanischen Medjelle*, in: Hilmar Krüger/Mansell (Hrsg.) *Liber Amicorum Gerhard Kegel*, 2002, S. 43 ff.; ausführlicher noch S. S. Onar, *The Majalla*, in: Majid Khadduri/Herbert J. Liebensey, *Law in the Middle East*, Vol. I: *Origin and Development of Islamic Law*, 1955, S. 292 ff.. Heutzutage ist in vielen islamisch geprägten Staaten islamisches Familienrecht, oft auch islamisches Erbrecht und in wenigen Fällen auch islamisches Strafrecht in mehr oder weniger reformierter Form in Gesetze gegossen worden, siehe II. 3.

wendbar erklärt^{16, 17}. Die grundsätzliche Staatlichkeit der Rechtsordnungen ist die Folge der nach dem Eingreifen der europäischen Kolonialmächte im Nahen und Mittleren Osten entstandenen modernen Nationalstaaten. Zwar hat es auch zuvor zahlreiche staatsähnliche Herrschaftsgebilde gegeben, aber nicht flächendeckend und mit dem Anspruch der Nationalstaatlichkeit.

S. 26

- HFR 3/2011 S. 3 -

- 7 Ausnahmsweise nichtstaatliches Recht kann trotz entstandener staatlicher Strukturen dort fortgelten oder in Geltungskraft erwachsen, wo die Staatsgewalt nicht in der Lage ist, das beanspruchte Monopol staatlichen Rechts durchzusetzen und effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten. In solchen Staaten herrscht dann Rechtspluralität in der Form, dass staatliches und nichtstaatliches Recht sowie staatliche Gerichte und nichtstaatliche Streitbeilegungsorgane nebeneinander existieren.¹⁸ Diesbezüglich gefährdet sind vor allem Staaten, denen die Nationalstaatlichkeit zumeist entgegen starker tribaler Vielfalt in oftmals willkürlicher Grenzziehung von den Kolonialmächten übergestülpt wurde, ohne dass die Bevölkerung eines solchen Staates bereits vor oder auch nach der Staatswerdung einen entsprechend starken Nationsbildungsprozess durchlaufen hat, der die tribale Identifikation in den Hintergrund gedrängt hat. Dies gilt insbesondere für Afghanistan¹⁹ und den Sudan²⁰. Nichtstaatliches Recht im Nahen und Mittleren Osten ist zumeist traditionelles islamisches oder tribales Recht.

8 **2. Dominanz abendländischer Strukturelemente**

Im Rahmen der Entstehung moderner Nationalstaaten im Nahen und Mittleren Osten wurden die wesentlichen Strukturelemente der abendländischen Rechtsordnungen übernommen, zumeist vorzugsweise diejenigen der jeweiligen Kolonial- bzw. Protektormacht²¹. Zu diesen gehören Verfassungen und verfassungsähnliche Rechtsakte, die vor allem Ziele, Aufbau und Organe des Staates regeln sowie Rechte und Pflichten der Bürger normieren.²² Zentrale verfassungsrechtliche Ideen der europäischen Aufklärung wie die Aufteilung staatlicher Gewalt auf mehrere Gewalten, die Bindung aller staatlichen Gewalt an das Recht und die Gewährung fundamentaler Rechte der Bürger gegenüber dem Staat wurden gleichfalls zumindest formal rezipiert. Weiter gibt es nach den Regeln der Verfassung erlassene Gesetze und aufgrund von

¹⁶ So kann islamisches Recht allgemein als Rechtsquelle normiert werden oder Normen in Gesetzbüchern verweisen zur Schließung von Regelungslücken auf mehr oder weniger genau definiertes islamisches Recht, siehe II. 3.

¹⁷ Allgemein zu den Formen der Inkorporation außerstaatlichen islamischen Rechts in staatliches Recht siehe Peter Scholz, Islam-rechtliche Eheschließung und deutscher ordre public, StAZ 2002, S. 321 (322).

¹⁸ Soweit zumeist von Nichtjuristen Fallkonstellationen der Rechtspluralität erörtert werden, wie es bei Michael Kemper/Maurus Reinkowski (Hrsg.), Rechtspluralismus in der Islamischen Welt, 2005; Baudouin Dupret/Maurits Berger/Laila al-Zwaini (Hrsg.), Legal Pluralism in the Arab World, 1999, der Fall ist, handelt es sich häufig um Pluralität von Normen unterschiedlicher Herkunft innerhalb staatlichen Rechts und nicht um eine Pluralität von staatlichem und außerstaatlichem Recht. Zu den unterschiedlichen Auffassungen darüber, was unter Rechtspluralismus zu verstehen ist und welche Erscheinungsformen an Rechtspluralismus existieren siehe Gordon R. Woodman, The Idea of Legal Pluralism, in: Baudouin Dupret/Maurits Berger/Laila al-Zwaini (Hrsg.), Legal Pluralism in the Arab World, 1999, S. 3 ff. m. w. N.; zur Klärung beiträgend auch Irene Schneider (Fn. 1), S. 138, (174 f.).

¹⁹ Zum Rechtspluralismus in Afghanistan siehe Nadjma Yassari, Legal Pluralism and Family Law: An Assessment of the Current Situation in Afghanistan, in: Nadjma Yassari (Hrsg.), The Shari'a in the Constitution of Afghanistan, Iran and Egypt - Implications for Private Law, 2005, S. 45 (47 ff.); Irene Schneider (Fn. 1), S. 138 (177 ff.).

²⁰ Vgl. Olaf Köndgen, Shari'a and national law in the Sudan, in: Jan Michiel Otto (Hrsg.), Sharia Incorporated, 2010, S. 181 (221).

²¹ Britisch-rechtlich sind bis heute insbesondere Palästina und Pakistan, französisch-rechtlich vor allem Marokko, Algerien, Tunesien, Ägypten, Syrien und der Libanon geprägt.

²² Allgemein zu Verfassungsrezeption und Verfassungsgeschichte hinsichtlich der islamisch geprägten Staaten siehe Hans-Georg Ebert, Tendenzen der Rechtsentwicklung, in: Werner Ende u.a. (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart, 5. Auflage 2005, S. 199 (204 ff.); Herbert Baumann, Einführende Bemerkungen, in: Herbert Baumann/Matthias Ebert (Hrsg.), Die Verfassungen der Mitgliedsländer der Liga der Arabischen Staaten, 1995, S. 9 (13 ff.); Hans-Georg Ebert, Die Interdependenz von Staat, Verfassung und Islam im Nahen und Mittleren Osten in der Gegenwart, 1991, S. 97 ff.; Omaia Elwan (Fn. 1), S. 221 (249 ff.); Nathan J. Brown, Constitutions in a Nonconstitutional World, 2002.

Gesetzen ergangenes abgeleitetes Recht der Exekutive. Schließlich wurde auf gesetzlicher Grundlage jeweils ein staatliches Justizwesen bestehend vor allem aus Gerichten mehrerer Gerichtsbarkeiten und mehrerer Instanzen, aus Strafverfolgungsbehörden und Vollzugsanstalten geschaffen, deren Zuständigkeiten und Kompetenzen sowie deren gerichtliche Verfahren gleichfalls normiert wurden.

- ⁹ Alle islamisch geprägten Staaten erließen teilweise bereits ab dem 17. Jahrhundert, verstärkt aber erst ab dem 19. Jahrhundert in mehreren Wellen Verfassungen oder verfassungsähnliche Rechtsakte fast ausschließlich europäischer Provenienz oder änderten teilweise sogar mehrfach bereits bestehende Verfassungen. Die ersten Verfassungen bzw. Änderungen waren primär Ausdruck der erlangten eigenen Staatlichkeit und dienten der Effektivierung der oftmals krisengeschüttelten autokratischen staatlichen Herrschaft. Frühe Verfassungsrevisionen beruhten oft auch auf der Beseitigung alter feudaler Regime und erfolgten im Rahmen von Dekolonialisierung und Enteuropäisierung. Spätere Verfassungen und deren Änderungen waren auch das Ergebnis von Wandlungen der sozialpolitischen Strukturen und Eliten, dienten in Monarchien der Regelung der Nachfolgefrage oder im übrigen auch der Festschreibung politischer Ideologien, insbesondere von sozialistischen Einparteiensystemen.²³ Die neuesten konstitutionellen Reformen beruhen auf staatlichen Neuordnungen nach militärischen Interventionen (Afghanistan, Irak)²⁴ oder sind das Ergebnis politischer Neuorientierung (Türkei)²⁵.

S. 27

- HFR 3/2011 S. 4 -

- ¹⁰ Das den Verfassungen nachgeordnete Recht fußt weitestgehend auf in verfassungsrechtlicher Weise erlassenen modernen Gesetzen, deren Regelungsgehalt zumeist europäisch-echtlicher Herkunft und nur teilweise islamisch-rechtlicher Provenienz²⁶ ist. Das vermögensrechtliche Privatrecht ist lediglich in Saudi-Arabien und im Oman noch nicht umfassend kodifiziert worden; diese Staaten verfügen nämlich nicht bzw. noch nicht über ein umfassendes Zivilgesetzbuch.²⁷ Einige wenige Staaten weisen auch keine familienrechtliche Kodifikation auf.²⁸ In weiteren Staaten gilt dies auch in Bezug auf das Erbrecht.²⁹ Soweit das Familien- und Erbrecht eine gesetzliche Regelung erfahren hat, findet sich diese zumeist in speziellen Gesetzen wie Personenstands-, Familien-

²³ Herbert Baumann (Fn. 22), S. 9 (13 ff.).

²⁴ Zum Irak siehe Naseef Naeem, Die neue bundesstaatliche Ordnung des Irak, 2008, S. 277 ff.; Barnett R. Rubin, From Interim to ‚Permanent‘ Constitution in Iraq, in: Said Amir Arjomand (Hrsg.), Constitutional Politics in the Middle East, 2008; Kristina Eichhorst, Die neue irakische Verfassung: Entstehung, institutionelles Design, politischer Prozess, in: Zeitschrift für Politikwissenschaft 2006, S. 825 ff.

Zu Afghanistan siehe Gerlinde Gerber, Die neue Verfassung Afghanistans: Verfassungstradition und politischer Prozess, 2007; Mohammad Hamid Saboor, The Progress of Constitutionalism in Afghanistan, in: Nadjma Yassari (Hrsg.), The Shari‘a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt: Implications for Private Law, 2005, S. 23 ff.; Victor Pfaff, Afghanistan im Umbruch: Zwischen Sharia und säkularem Recht - Anmerkungen zur Afghanischen Verfassung von 2004, in: ZAR 2005, S. 393 ff.; Hajo Vergau, Manifest der Hoffnung: Über die neue Verfassung Afghanistans, in: VRÜ 2004, S. 465 ff.

²⁵ Zur jüngsten Verfassungsreform siehe Levent Gönenç, 2010 Proposed Constitutional Amendments to the 1982 Constitution of Turkey, in: Economy Policy Research Foundation of Turkey (Hrsg.), Evaluation Note, September 2010, S. 1 ff.

²⁶ Zur Kodifizierung islamisch-rechtlicher Normen Hilmar Krüger, Beharrung und Entwicklung im islamischen Rechtsbereich (unter besonderer Berücksichtigung des ehelichen Vermögensrechts), in: Robert Freitag u. a. (Hrsg.), Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert, 2006, S. 171 (184 f.) m. w. N..

²⁷ In das Zivilrecht islamisch geprägter Staaten führt ein Hans-Georg Ebert (Fn. 22), S. 199 (204 ff.); Peter Scholz (Fn. 1), S. 532 f.; ausführlicher Hilmar Krüger, Überblick über das Privatrecht der Staaten des ägyptischen Rechtskreises, in: Recht van de Islam 1997, S. 67 ff., und Nabil Saleh, Civil Codes of Arab Countries: The Sanhuri Codes, in: Arab Law Quarterly 1993, S. 161 ff..

²⁸ Insbesondere für Saudi-Arabien, Vereinigte Arabische Emirate und Oman. – In das Familienrecht islamisch geprägter Staaten einführend Mathias Rohe (Fn. 1), S. 206 ff.; Hans-Georg Ebert (Fn. 22), S. 199 (215 ff.); Peter Scholz, Islamisches Recht im Wandel, in: Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin (Hrsg.), Sommersemester 2002, Fachbereichstag, Berlin 2004, S. 4 ff.; Konrad Dilger, Die Entwicklung islamischen Rechts, in: Der Islam 1990, S. 60 (66 ff.); ausführlicher Jamal J. Nasir, The Islamic Law of Personal Status, 3. Auflage 2002; Hans-Georg Ebert, Das Personalstatut arabischer Länder: Problemfelder, Methoden, Perspektiven, 1996.

²⁹ Einen fundierten Überblick über das Erbrecht islamisch geprägter Staaten geben Hans-Georg Ebert, Das Erbrecht arabischer Länder, 2004; Jamal J. Nasir (Fn. 28).

und Erbrechtsgesetzen.³⁰ Was das Strafrecht angeht, so verfügen fast alle Staaten des Nahen und Mittleren Ostens über ein gesetzlich geregeltes Strafrecht. Eine Ausnahme stellen insoweit Saudi-Arabien und der Oman dar, die keine allgemeinen Strafgesetzbücher haben.³¹ Die Normierung (sonstiger) öffentlich-rechtlicher Vorschriften ist jüngerer Datums und unterschiedlich weit vorangeschritten.

- 11 Die von staatlichen Organen erlassenen gesetzlichen Bestimmungen unterliegen einer hierarchischen Ordnung, die sich regelmäßig ausdrücklich oder konkludent der Verfassung entnehmen lässt. Wie in den modernen abendländischen Rechtsordnungen steht die Verfassung über den nach ihren Regeln erlassenen Gesetzen (Gesetze im formellen Sinne) und den aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung erlassenen Bestimmungen (Gesetze nur im materiellen Sinne). Zum Erlass formeller Gesetze ist oftmals nicht nur das Parlament als eigentlichem Legislativorgan berechtigt (Parlamentsgesetz), sondern auch der Präsident, dem zumeist weitreichende exekutive Befugnisse zukommen (Dekretgesetz).³² In das innerstaatliche Recht transformierten internationalrechtlichen Verträgen kommt regelmäßig kein Verfassungsrang, sondern nur der Rang eines formellen Gesetzes zu.³³ Soweit eine Verfassung wie die afghanische³⁴ vorschreibt, dass gesetzliche Regelungen nicht im Widerspruch zum Islam stehen dürfen, steht das islamische Recht in der Normenhierarchie zumindest über dem einfachen Gesetzesrecht. Bei theokratischer Ausrichtung eines Staates wie des Iran kann der Verfassung aber auch zu entnehmen sein, dass dem islamischen Recht a priori Geltungskraft zukommt und auch die Verfassung ihm nachgeordnet ist.³⁵

S. 28

- HFR 3/2011 S. 5 -

12 **3. Rechtsspaltung in den staatlichen Rechtsordnungen**

Die Rechtsordnungen des Nahen und Mittleren Ostens können einheitlicher Natur sein³⁶ oder – was wesentlich häufiger der Fall ist – Rechtsspaltungen aufweisen. Die territoriale Rechtsspaltung, wie sie sich in föderal organisierten Staaten findet, ist für den Nahen und Mittleren Osten lediglich die Ausnahme, da sie der vorherrschenden autokratisch-autoritären Herrschaftsstruktur zuwiderläuft. Bundesstaatlich organisiert sind seit ihrer Gründung die Vereinigten Arabischen Emirate und Pakistan.³⁷ Erst in jüngster Zeit hat die föderale Idee aus politischer Notwendigkeit heraus in islamisch geprägten Staaten weitere Verbreitung gefunden, um deren friedlichen Bestand bei multiethnischer Bevölkerung sicherzustellen. Das gilt für den Irak und den Sudan.³⁸

³⁰ Eine Ausnahme stellt vor allem die Türkei dar, bei der das Familien- und Erbrecht Teil des Zivilgesetzbuchs schweizerischer Prägung von 1927 ist.

³¹ In das Strafrecht islamisch geprägter Staaten einführend Hans-Georg Ebert (Fn. 22), S. 199 (208 ff.); Peter Scholz (Fn. 1), S. 533 f..

³² Vgl. Nathan J. Brown (Fn. 22), S. 115; Herbert Baumann (Fn. 22), S. 9 (27 f.); Omar Bendourou, Le régime constitutionnel des monarchies et émirats arabes, in: *Revue International de Droit Comparé* 1988, S. 429 (431 f.).

³³ Art. 32 der tunesischen Verfassung beispielsweise billigt ratifizierten Staatsverträgen höhere Gesetzeskraft als nationale Gesetze zu.

³⁴ Art. 3 der Verfassung aus dem Jahre 2004. Zum Verständnis dieser Regelung Ramin Moschtaghi, Die Islamische Republik als Verfassungsprinzip – Ein Vergleich der Verfassungen von Afghanistan und Iran, in: *VRÜ* 2008, S. 213 f.; Said Mahmoudi, The Shari'a in the New Afghan Constitution: Contradiction or Compliment?, in: *ZaöRV* 2004, S. 867 (870 f.).

³⁵ Vgl. insbesondere Artt. 4, 67 Abs. 1 und 72 der iranischen Verfassung.

³⁶ Beispielsweise Algerien und Tunesien.

³⁷ Zur Bundesstaatlichkeit der Vereinigten Arabischen Emirate Naseef Naeem, Die bundesstaatliche Ordnung der Verfassung der Vereinigten Arabischen Emirate, in: *JöR* 2010, S. 633 ff..

Zur föderalen Struktur Pakistans Harihar Bhattacharyya, *Federalism in Asia: India, Pakistan and Malaysia*, 2010; Muntzra Nazir, *Federalism in Pakistan*, 2008; Katharine Adeney, *Federalism and ethnic conflict regulation in India and Pakistan*, 2007.

³⁸ Zur Bundesstaatlichkeit des Irak Naseef Naeem, Die neue bundesstaatliche Ordnung des Irak: Eine rechtsvergleichende Untersuchung, 2008; derselbe, Das Bundesstaatsprinzip in der irakischen Verfassung vom 15.10.2005 (i.Verf.) und das Gesetz zur Festlegung des Verfahrens zur Regionenbildung vom 11.10.2006 (GFVR), in: *VRÜ* 2008, S. 221 ff.; derselbe, Verfassungsrechtliche Kritik an der bundesstaatlichen Ordnung des Irak nach den Vorschriften der provisorischen Verfassung vom 08.03.2004 und der

- 13 Viel häufiger findet sich die personale Rechtsspaltung religiöser Natur³⁹, allerdings lediglich hinsichtlich des Personenstandsrechts, vor allem des Familien- und Erbrechts.⁴⁰ Sie hat historisch in der Autonomie religiöser Minderheiten unter islamischer Herrschaft ihren Ursprung⁴¹ und bedeutet, dass für Muslime, Christen und Juden jeweils deren religiöse ehe-, familien- und/oder erbrechtlichen Bestimmungen gelten. Dabei kommt dem islamisch geprägten staatlichen Recht oft eine Auffangfunktion für die Rechtsverhältnisse von Nichtmuslimen zu, die atheistisch sind oder keine eigenen rechtlichen Bestimmungen haben. Nichtislamisches religiöses Recht ist in aller Regel von der jeweiligen Religionsgemeinschaft erlassen worden. Problematisch ist das anwendbare Recht bei gemischtreligiösen personalen Beziehungen, die oft dem islamisch geprägten Recht als Auffangrecht unterworfen sind. Die Anwendung des religiösen Personenstandsrechts kann speziellen religiösen Gerichten der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder aber auch einheitlichen säkularen Gerichten anvertraut sein. Keine Rechtsspaltung in religiöser Hinsicht besteht lediglich in säkularisierten Staaten wie der Türkei oder in Staaten mit religiös sehr homogener Bevölkerung wie Algerien.

S. 29

- HFR 3/2011 S. 6 -

14 II. Islam

1. Bedeutung des islamischen Glaubens in den nationalen Rechtsordnungen

Die Stellung der Religion in der jeweiligen staatlichen Rechtsordnung ist teilweise ausdrücklich, teilweise konkludent der entsprechenden Verfassung oder einfachen Gesetzen zu entnehmen oder von der Rechtsprechung festgelegt bzw. konkretisiert worden.

- 15 Ein Staat ist religiöser Natur, wenn Gott als sein Souverän gilt und er der unmittelbaren Umsetzung göttlichen Willens zu dienen für sich in Anspruch nimmt. Das ist derzeit – allerdings beschränkt durch seinen gleichzeitigen Charakter als Republik – bestenfalls beim Iran der Fall, dessen Verfasstheit schiitischen staatsrechtlichen Vorstellungen folgt⁴². Alle übrigen Staaten verstehen sich hingegen als rein weltliche Gebilde, da sie von Menschen gemacht wurden und menschlichen Zielen folgen.
- 16 In vielen Verfassungen ist der Islam als Staatsreligion verankert⁴³ und kann Staatsoberhaupt nur ein Muslim sein⁴⁴. Allein aus diesen Umständen lässt sich aber nicht auf eine bestimmende Bedeutung des Islam in der entsprechenden Rechtsordnung

irakischen Verfassung vom 15.10.2005, in: Irene Schneider u.a. (Hrsg.), Beiträge zum Islamischen Recht V, 2006, S. 47 ff..

Zum Föderalismus im Sudan Markus Böckenförde, Die sudanesishe Übergangsverfassung von 2005 – Ein Modell zu Etablierung einer Koexistenz von islamischer und säkularer Rechtsordnung“ in: Birgit Krawietz u.a. (Hrsg.), Islam und Rechtsstaat zwischen Sharia und Säkularisierung, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008, S. 87 ff.; derselbe, 'Constitutional Engineering' and Decentralization – Federal Structures as a Means for Peace-Building in Sudan, in: Harald Eberhard (Hrsg.), Transitional Constitutionalism: Proceedings of the 2nd Vienna Workshop on International Constitutional Law, 2007, S. 25 ff.; Hatem Elliesie, Friedensprozess und Verfassungsentwicklung im Sudan, in: VRÜ 2005, S. 276 ff.; derselbe, Quo vadis bilad as-sudan? The Contemporary Framework for a National Interim Constitution, in: Recht in Afrika 2005, S. 63 ff..

³⁹ D. h. auf Angehörige unterschiedlicher Religionen kommt unterschiedliches Recht zur Anwendung.

⁴⁰ Zur Rechtsspaltung in islamisch geprägten Staaten siehe Rainer Hausmann in Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2003, Art. 4 EGBGB Rz. 330 ff. und Anhang zu Art. 4 EGBGB Rz. 661 ff.; Léna Gannagé, Le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires – Droit libanais et droits proche-orientaux, 2001; Hans-Georg Ebert (Fn. 28), S. 59 ff..

⁴¹ Einführend hierzu Mathias Rohe (Fn. 1), S. 153 ff.; ausführlicher Antoine Fattal, Le statut legal des non-Musulmans en pays d'Islam, 1958; Hilmar Krüger, Fetwa und Siyar, 1978; Willi Heffening, Das islamische Fremdenrecht bis zu den islamisch-fränkischen Staatsverträgen, 1925.

⁴² Parinas Parhisi, Vom Wesen der iranischen Verfassung, in: VRÜ 2007, S. 23; Ashgar Schirazi, Islamische Republik, von der Gottesherrschaft zur Herrschaft der Geistlichkeit, in: SOWI Das Journal für Geschichte, Politik, Wirtschaft und Kultur 2005, S. 24 (25); Hans-Georg Ebert, Arabische Verfassungen und das Problem der „islamischen Menschenrechte“, in: VRÜ 1997, S. 520 (526). – Zum Verständnis der islamischen Republik Iran ferner Silvia Tellenbach, Islamischer Staat und Verfassungsdenken – Zur Verfassung der Islamischen Republik Iran, in: Geschichte in Wissenschaft und Unterricht 1987, S. 222 ff.; ausführlicher Hans-Georg Ebert/Henner Fürtig/Hans-Georg Müller, Die Islamische Republik Iran, 1987, S. 365 ff..

⁴³ Nicht in der Türkei, im Libanon, im Sudan und in Syrien.

⁴⁴ Beispielsweise Algerien, Jordanien, Syrien, Iran.

schließen. Zum einen sehen auch in europäischen Staaten Verfassungen enge Verbindungen zwischen dem Staat und einer bestimmten Religion wie Staatskirchen vor. Zum anderen ist die Normierung des Islam als Staatsreligion regelmäßig auch Ausdruck des staatlichen Anspruchs, die religiösen Angelegenheiten im Staat nicht den Religionsgelehrten zu überlassen, sondern einer staatlichen Kontrolle zu unterziehen. Manche Staaten haben auf eine Festlegung des Islam als Staatsreligion verzichtet. Dies wiederum darf nicht zu dem vorschnellen Schluss verleiten, dass dem Islam keine bestimmende Bedeutung zukommt. Denn oftmals geschieht dies im Hinblick auf einen jeweils starken christlichen Bevölkerungsanteil^{45,46}. Nur die laizistisch ausgerichtete Türkei hat verfassungsmäßig das Religiöse aus dem öffentlichen Leben verbannt, allerdings nicht in der Form, dass sie eine strikte Trennung von Staat und Religion, sondern derart, dass sie eine Verstaatlichung des Islam vollzogen hat.⁴⁷

- 17 In fast allen Verfassungen⁴⁸ werden die Religionsfreiheit und ein Diskriminierungsverbot hinsichtlich der Religionszugehörigkeit statuiert. Anders als in den abendländischen Verfassungen ergibt jedoch die ausdrückliche verfassungsmäßige Ausgestaltung oder die herrschende Auslegung der verfassungsmäßigen Bestimmungen, dass diese die Religionsfreiheit lediglich im Rahmen des islamischen Rechts gewähren. Dieses schließt einen Religionswechsel vom Islam zu anderen Religionen aus. Unter Religionen sind nur die sog. Buchreligionen gemeint, d. h. Religionen, die auf einer schriftlichen Offenbarung beruhen;⁴⁹ wobei nichtmuslimische Religionen vor allem familien- und erbrechtlich benachteiligt sind. Polytheistische und atheistische Überzeugungen genießen regelmäßig überhaupt keinen verfassungsrechtlichen Schutz.⁵⁰ Weiter sind die genannten verfassungsmäßigen Rechte regelmäßig in wesentlich stärkerem Umfang allgemeinen oder speziellen Gesetzesvorbehalten unterworfen, deren zumeist generalklauselartige Fassung den staatlichen Organen enormen Interpretationsspielraum einräumt und die Grundrechte weitgehend ihrer Wirksamkeit beraubt. Im Übrigen ergibt die verfassungsmäßige Ausgestaltung oftmals, dass die genannten Grundrechte keine subjektiven Rechte einräumen, auf die sich der Einzelne berufen kann, oder dass kein Verfahren vorgesehen ist, die Verletzung dieser Rechte durch staatliche Organe zu rügen.

S. 30

- HFR 3/2011 S. 7 -

18 **2. Bedeutung des islamischen Rechts in nationalen Rechtsordnungen**

In den Verfassungen vieler islamisch geprägter Staaten wird dem rechtlichen Gehalt des Islam ausdrücklich Bedeutung beigemessen. So wird oft die Bedeutung der Scharia für die nationale Rechtsordnung verfassungsmäßig festgeschrieben.⁵¹ Der Stellenwert der Scharia ist allerdings unterschiedlich, je nachdem, ob die Scharia, nur die Grund-

⁴⁵ So beispielsweise Syrien, der Libanon und der Sudan.

⁴⁶ Zur Verankerung des Islam in den Verfassungen Hans-Georg Ebert (Fn. 22), S. 199 (206); Adel Omar Sherif, *Constitutions of Arab Countries and the Position of the Sharī'a*, in: Nadjma Yassari (Hrsg.), *The Sharī'a in the Constitution of Afghanistan, Iran and Egypt - Implications for Private Law*, 2005, S. 155 ff.; Hans-Georg Ebert (Fn. 22), S. 118 ff..

⁴⁷ Zu diesem Verständnis von Laizität in der Türkei Gabriel Goltz/Bekim Agai, *Laizismus versus Islam?*, in: *Wort und Antwort* 2007, S. 105 (106 ff.); Cemal Karakas, *Türkei, Islam und Laizismus zwischen Staats-, Politik- und Gesellschaftsinteressen*, HSFK-Report I/2007, S. 8 ff.; Bekim Agai, *Islam und Kemalismus in der Türkei*, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* 2004, S. 18 (19 f.); Günther Seufert, *Laizismus in der Türkei - Trennung von Staat und Religion?*, *Südosteuropa-Mitteilungen* 2004, S. 17 ff..

⁴⁸ Eine Ausnahme stellt das Grundgesetz Saudi-Arabiens aus dem Jahre 1992 dar, hierzu Ann Elizabeth Mayer, *Universal versus Islamic Human Rights: A Clash of Cultures or a Clash with a Construct?*, in: *Michigan Journal of International Law* 1994, S. 307 (356 f.).

⁴⁹ Vor allem Judentum, Christentum und Zoroastrismus.

⁵⁰ Zum Verständnis der Religionsfreiheit im Islam Hans-Georg Ebert (Fn. 42), S. 520 (526 f.); Martin Forstner, *Das Menschenrecht der Religionsfreiheit und des Religionswechsels als Problem der islamischen Staaten*, in: *Kanon* 1991, S. 105 ff.; Christoph A. Stumpf, *Die Freiheit des Religionswechsels als Herausforderung für das religiöse Recht des Islam und des Christentums*, in: *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht* 2003, S. 129 ff..

⁵¹ Beispielsweise wird die Scharia als Rechtsquelle in den Verfassungen von Afghanistan, Ägypten, Bahrain, Iran, Jemen, Kuwait, Libyen, Oman, Pakistan, Qatar, Saudi-Arabien, Sudan und in den VAE erwähnt. Nicht hingegen ist dies beispielsweise in Jordanien der Fall.

sätze der Scharia oder die islamische Jurisprudenz⁵² zu einer oder zu „der“⁵³ Quelle der Gesetzgebung erklärt werden. Aus der Existenz oder dem Fehlen einer solchen Klausel kann allerdings nicht ohne Weiteres auf die Bedeutung der Scharia für die Rechtsordnung geschlossen werden. Entscheidend für die Bedeutung der Scharia in der jeweiligen Rechtsordnung ist vielmehr, wie eine etwaige ausdrückliche verfassungsmäßige Schariaklausel vom nationalen Gesetzgeber einfachgesetzlich konkretisiert und von der Rechtsprechung ausgelegt wird bzw. ob und inwieweit die Rechtsprechung beispielsweise aus der Verankerung des Islam als Staatsreligion auf die Existenz einer ungeschriebenen Schariaklausel⁵⁴ schließt.⁵⁵ Rechtlich bedeutungslos ist das islamische Recht vor allem in der Türkei, die ihr Rechtssystem unter Atatürk vollständig säkularisiert hat.⁵⁶

- 19 Eine Verfassung kann der Scharia je nach Regelungsgegenstand unterschiedliche Bedeutung beimessen. Sie kann die Ausübung der staatlichen Gewalt begrenzen, indem sie statuiert, dass kein Gesetz gegen die Scharia oder deren Grundsätze verstoßen darf⁵⁷; dies kann durch ein Gremium islamischer Gelehrter oder das Verfassungsgericht abgesichert sein, das von Amts wegen jedes Gesetz bzw. ein Gesetz nur auf Antrag auf seine Kompatibilität mit dem Islam prüft⁵⁸. Exekutivorgane können mittels einer Verfassungsnorm auf die Wahrung der Scharia oder deren Prinzipien verpflichtet sein.⁵⁹ Die Scharia kann zudem der Rechtsprechung allgemein oder speziellen Gerichten als Rechtsquelle oder als Prüfungsmaßstab vorgeschrieben sein.⁶⁰ Weiter kann die Scharia – wie bereits für die Religionsfreiheit ausgeführt wurde – mittels einer allgemeinen Regelung oder durch spezielle Klauseln die Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger einschränken.⁶¹
- 20 Unterhalb der verfassungsrechtlichen Ebene obliegt es dem Gesetzgeber, die Bedeutung der Scharia für die nationale Rechtsordnung im Rahmen seiner legislativen Tätigkeit festzusetzen. Ihm obliegt es, im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben zu entscheiden, ob und inwieweit er traditionelles islamisches Recht unverändert oder in fortentwickelter Gestalt in moderne Gesetze gießt oder islamisches Recht oder seine Grundsätze hilfsweise zur Schließung von Gesetzeslücken für anwendbar erklärt⁶². Dies ist insbesondere für das Familien- und Erbrecht von Relevanz.

S. 31

- HFR 3/2011 S. 8 -

- 21 Die Methoden, derer sich der Gesetzgeber im Rahmen der Gesetzgebung bedient, um das traditionelle islamische Recht an die veränderten gesellschaftlichen Bedingungen anzupassen oder modernes Recht der islamisch geprägten Staaten islamisch-rechtlich zu legitimieren, sind mannigfaltig. Mit der sog. *siyāsa*-Gewalt des Staates⁶³, der im traditionellen islamischen Recht dem Herrscher zugestandenem Befugnis zu administrativen Maßnahmen, lassen sich Rechtsakte der Justizorganisation und ver-

⁵² Lediglich in Syrien.

⁵³ Beispielsweise ist in Ägypten die Scharia Hauptquelle der Gesetzgebung.

⁵⁴ Das scheint beispielsweise in Tunesien der Fall zu sein, wenn die Rechtsprechung dort vom islamisch-rechtlichen Verbot der Eheschließung ausgeht, obwohl weder die Verfassung noch das Personalstatutgesetz die Scharia als Rechtsquelle verankern; hierzu siehe Hilmar Krüger (Fn. 26), S. 171 (188); derselbe, Zur Eheschließung von Tunesierinnen mit Nichtmuslimen, in: StAZ 1998, S. 251 f.; Waletzki, Ehe und Ehescheidung in Tunesien, 2001, S. 173 ff. m. w. N..

⁵⁵ Ein guter – wenn auch teilweise veraltet – Überblick über die Verankerung von Islam und Scharia in den Verfassungen findet sich bei Hans-Georg Ebert, Islam und Scharia in den Verfassungen der arabischen Länder, in: ZFR 1998, S. 3 (6 ff.); derselbe (Fn. 22), S. 97 ff.; Omaia Elwan (Fn. 1), S. 221 (249 ff.).

⁵⁶ Hierzu ausführlich Niyazi Berkes, The Development of Secularism in Turkey, 1964, S. 431 ff..

⁵⁷ Beispielsweise Afghanistan, Iran, Pakistan, Sudan.

⁵⁸ Beispielsweise Iran, Pakistan.

⁵⁹ Beispielsweise Iran, Pakistan, Saudi-Arabien.

⁶⁰ Beispielsweise Afghanistan, Iran, Jordanien, Saudi-Arabien.

⁶¹ Beispielsweise Ägypten, Iran, Irak, Pakistan, Saudi-Arabien.

⁶² Zu entsprechenden Regelungen beispielsweise für Marokko und Algerien Peter Scholz, Erbrecht der maghrebinischen Staaten und deutscher ordre public, 2006, S. 9 f..

⁶³ Zu dieser siehe Émile Tyan, Histoire de l'Organisation judiciaire en pays d'Islam, Leiden 1960, S. 446 ff.; Baber Johansen (Fn. 10), S. 1 (54 ff.).

fahrensrechtliche Regelungen islamisch rechtfertigen.⁶⁴ Materielles islamisches Recht lässt sich vor allem dadurch zeitgemäßer gestalten, dass aus der Vielzahl der Lehrmeinungen der verschiedenen Rechtsschulen die geeignetste ausgewählt wird (*tahaiyur*),⁶⁵ mehrere Lehrmeinungen verschiedener Rechtsschulen zu einer neuen miteinander verwoben (*talfiq*) oder fakultative Regeln für verbindlich erklärt werden.⁶⁶ Dem islamischen Recht unbekannte Institute können über Hilfskonstruktionen eingeführt werden, die den im traditionellen Recht bekannten Rechtskniffen (*hiyal*, sing. *hila*) ähneln.⁶⁷ Schließlich kann der Gesetzgeber auch einfach dadurch das traditionelle Recht an die Bedürfnisse seiner Zeit anpassen, dass er bestimmte islamisch-rechtliche Bestimmungen nicht kodifiziert und auch keine Möglichkeit schafft, insoweit ergänzend auf ungeschriebenes islamisches Recht zurückzugreifen.^{68, 69}

- 22 Darüber hinaus kann sich der Gesetzgeber Bestrebungen moderner Juristen zu eigen machen, die Bindung an die überlieferten Lehrmeinungen (*taqlid*) aufzugeben und die selbständige Rechtsfindung (*iğtihād*) wieder zuzulassen, um eine zeitgemäße Neuinterpretation von Koran und prophetischer Überlieferung zu ermöglichen.⁷⁰ Derartige Juristen beschränken zumeist die Scharia begrifflich auf die in den schriftlich fixierten Rechtsquellen Koran und Verfahrensweise des Propheten enthaltenen grundlegenden Regelungen, deren Wortlaut als unveränderlich eingestuft wird, während die übrigen, von den Rechtsgelehrten entwickelten Regelungen als zeit- und ortsgebunden und je nach den Bedürfnissen der Zeit wandelbar erachtet werden. Noch weitergehend wird vertreten, dass bereits bei den koranischen Offenbarungen und den überlieferten Verhaltensweisen des Propheten zwischen den zeitlosen und unveränderlichen sowie den im historischen Kontext stehenden und nicht für alle Zeit gültigen Regelungen unterschieden werden müsse oder dass die Regeln der Scharia lediglich in einem – jedenfalls derzeit nicht existenten – idealen islamischen Staat Anwendung finden dürften.⁷¹

23 **3. Islamisch-rechtlicher Gehalt nationaler Rechtsordnungen**

Inhaltlich können in den islamisch geprägten Staaten alle Rechtsbereiche islamisch-rechtliche Regelungen aufweisen. Staatstheoretische Vorstellungen islamrechtlicher Gelehrter haben lediglich im Iran Eingang in die Verfassung gefunden. Das gilt für das von Ayatollah Khomeini im Jahre 1970 entwickelte Konzept der „Statthalterschaft der Rechtsgelehrten“⁷² hinsichtlich der Verfassung Irans aus dem Jahre 1979. In zahlreichen Verfassungen findet sich zudem die bereits angesprochene schariagemäße Dis-

⁶⁴ Beispielsweise hat eine Reihe von Staaten die Verstoßung der Ehefrau durch ihren Mann in ein staatliches Verfahren eingebettet.

⁶⁵ Z. B. werden die nach hanafitischem Recht sehr eingeschränkten Möglichkeiten der Ehescheidungsklage einer Frau oft durch Rückgriff auf malikitisches Recht erweitert.

⁶⁶ Beispielsweise hat die Ehefrau nach traditionellem Recht nur dann das Recht, die Scheidung auszusprechen, wenn sie von ihrem Ehemann bevollmächtigt worden ist, und ist im Iran vor der islamischen Revolution dieses Recht der Frau gesetzlich verankert und damit vom Erfordernis der Bevollmächtigung des Mannes befreit gewesen.

⁶⁷ Z. B. wurde im Irak die im traditionellen Recht verbotene Adoption als – zulässiges – Vaterschafts- anerkennnis eingeführt.

⁶⁸ Die meisten Strafrechtsordnungen des Nahen und Mittleren Ostens sehen keine körperlichen Strafen islamisch-rechtlicher Provenienz mehr vor.

⁶⁹ Einen guten Überblick vermitteln Mathias Rohe (Fn. 1), S. 182 ff., und Konrad Dilger (Fn. 28), S. 60 (67 ff.), jeweils mit Beispielen und weiteren Nachweisen.

⁷⁰ Diesen Weg beschreitet beispielsweise auch der ägyptische Verfassungsgerichtshof, beispielsweise wenn er in einem Urteil vom 3.5.1997 davon ausgeht, dass eine Frau ihren ehelichen Unterhaltsanspruch nicht verliert, wenn sie entgegen der Aufforderung ihres Ehemannes berufstätig bleibt.

⁷¹ Auch hierzu illustrativ Mathias Rohe (Fn. 1), S. 191 ff. und 196 ff..

⁷² Nach diesem Prinzip, das auf der schiitischen Lehre vom Imamatum aufbaut, sind bis zur Wiederkehr des Zwölften Imams allein die schiitischen Rechtsgelehrten legitimiert, die Schiiten zu regieren, da nur sie die Einhaltung der islamischen Bestimmungen garantieren können; Silvia Tellenbach, Untersuchungen zur Verfassung der Islamischen Republik Iran vom 15. November 1979, 1985, S. 158 ff.; Hans-Georg Ebert, Die Widerspiegelung islamischer Doktrinen schiitischer Prägung in der Verfassung sowie in der staatlich-rechtlichen Praxis der Islamischen Republik Iran, 1982, S. 161 ff.; Vanessa Martin, Creating an Islamic State, 2000, S. 115 ff.; Parinas Parhisi (Fn. 42), S. 23 (27 f.); Ramin S. Moschtaghi, Die menschenrechtliche Situation sunnitischer Kurden in der Islamischen Republik Iran, 2010, S. 185 ff..

kriminierung von Nichtmuslimen verankert.⁷³ Die in einer Reihe islamischer Staaten⁷⁴ existierende Religionspolizei, die die Einhaltung von Recht und Moral in der Öffentlichkeit überwacht⁷⁵, wird auf das islamisch-rechtliche Institut der „Marktaufsicht“ (*hisba*) zurückgeführt⁷⁶.

S. 32

- HFR 3/2011 S. 9 -

- 24 Das Vermögensrecht der islamisch ausgerichteten Staaten ist weitgehend vom Zivilgesetzbuch Ägyptens geprägt,⁷⁷ das vom ägyptischen Juristen *as-Sanhuri*⁷⁸ verfasst worden ist und ein Schuld- und Sachenrecht weitgehend französischer Provenienz enthält, das aber auch islamisch-rechtlich augerichtete Regelungen aufweist. Zu diesen gehören beispielsweise Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit, die Schenkung und das Vorkaufsrecht.⁷⁹ Dieses Gesetzbuch ist in mehr oder weniger veränderter Form in einer Vielzahl weiterer islamischer Staaten direkt oder indirekt übernommen worden⁸⁰ und hat dadurch zur Entstehung eines sog. ägyptischen Rechtskreises geführt. Auf diese Weise haben sich einige Staaten, die aufgrund ihrer kolonialen Vergangenheit zunächst stark vom britischen Recht geprägt waren, dem kontinentaleuropäischen Recht zugewandt.⁸¹ Dieser rechtsvereinheitlichende Prozess wurde noch dadurch gefördert, dass der von *al-Sanhuri* verfasste Kommentar zum ägyptischen Zivilgesetzbuch aufgrund seines panarabischen Charakters in vielen arabischen Staaten einschließlich solcher, deren Zivilrechtskodifikation sich nicht an der ägyptischen orientiert, große Bedeutung erlangt hat.⁸² Im Übrigen verfügen die meisten der nicht dem ägyptischen Rechtskreis angehörenden Staaten ebenfalls über französisch-rechtlich ausgerichtete Kodifikationen.⁸³ Lediglich in Saudi-Arabien gilt nach wie vor ungeschriebenes islamisches Recht, und zwar der hanbalitischen Richtung.
- 25 Das kodifizierte Wirtschaftsrecht der Staaten des Nahen und Mittleren Ostens ist weitgehend von Gesetzen europäischer Provenienz geprägt; das internationale Vertragsrecht wird aufgrund der Dominanz angelsächsischer Anwaltskanzleien von den Grundsätzen des *Common Law* dominiert. Die Kritik traditioneller Rechtsgelehrter am westlichen Geld-, Bank- und Versicherungswesen hatte zu Beginn des letzten Jahrhunderts eine intensive Diskussion über Verständnis und Reichweite der islamisch-rechtlichen Verbote des ungerechtfertigten Vermögensvorteils (*ribā*)⁸⁴ sowie des Risikogeschäfts

⁷³ Siehe II. 1..

⁷⁴ Beispielsweise Saudi-Arabien, Iran, Jemen, Sudan.

⁷⁵ Zurückgehend auf das koranische Gebot, das Rechte zu gebieten und das Verwerfliche zu verbieten, (3,110; 7,157; 9,71; 9,112; 22,41).

⁷⁶ Guido Steinberg, Saudi-Arabien, 2004, S. 148 f..

⁷⁷ Gesetz Nr. 131/1948, in Kraft getreten am 15.10.1949.

⁷⁸ *As-Sanhuri*, der von 1895 bis 1971 lebte, war u. a. Dekan einer Hochschule, Justizminister und Präsident des Verfassungsgerichtshof in Ägypten; er gilt als der bedeutendste Jurist des Vorderen Orients in diesem Jahrhundert, vgl. Enid Hill, *Al-Sanhuri and Islamic Law*, in: *Arab Law Quarterly* 1988, S. 33 ff..

⁷⁹ Ausführlicher Kilian Bälz, *Europäisches Privatrecht jenseits von Europa? Zum fünfzigjährigen Jubiläum des ägyptischen Zivilgesetzbuchs (1948)*, in: *ZEuP* 2000, S. 51 ff.; Konrad Dilger (Fn. 28), S. 60 (78 ff.), und Nayla Comair-Obeid, *The Law of Business Contracts in the Arab Middle East*, 1984, S. 115 ff., jeweils m. w. N..

⁸⁰ Syrien 1949, Irak 1951, Libyen 1953, Kuwait (allgemeines Schuldrecht nach irakischem Vorbild im HGB von 1961), Qatar (Übernahme des kuwaitischen HGB als Zivil- und Handelsgesetzbuch, 1971), Somalia 1973, Algerien 1973, Jordanien 1976, Afghanistan 1977, Nordjemen 1979 bis 1983, Sudan 1979 (gescheitert) und 1984, Kuwait 1980, VAE 1985, Bahrain 2001, Oman (in Vorbereitung). – Einen Überblick über die Entwicklung des ägyptischen Rechtskreises vermitteln Hilmar Krüger, *Überblick über das Privatrecht der Staaten des ägyptischen Rechtskreises*, in: *Recht van de Islam* 1987, S. 98 ff., und Nabil Saleh (Fn. 27), S. 161 ff..

⁸¹ Das trifft insbesondere auf den Sudan und Bahrain zu.

⁸² Hierzu Kilian Bälz (Fn. 79), S. 51 (70 ff.).

⁸³ Das gilt vor allem für Marokko, Algerien, Tunesien und den Libanon. Die Türkei hingegen verfügt über ein Zivilgesetzbuch schweizerischer Prägung.

⁸⁴ Hierzu siehe einleitend Hilmar Krüger, *Zum islamischen Zinsverbot in Vergangenheit und Gegenwart*, in: Constanze Fischer-Czermak u. a. (Hrsg.), *Festschrift Rudolf Welser zum 65. Geburtstag*, 2004, S. 579 ff.; Hilmar Krüger, *Überblick über das Privatrecht der Staaten des ägyptischen Rechtskreises*, in: *Recht van de Islam* 1987, S. 67 (80 ff.); die rechtshistorischen Grundlagen vermittelnd Johannes Christian Wichard, *Zwischen Markt und Moschee*, 1995, S. 180 ff.; gegenwartsbezogen und mit bankrechtlichem Bezug Florian Amereller, *Hintergründe des „Islamic Banking“*, 1996.

(*ğarar*) ausgelöst. Diese Diskussion hatte zur Folge, dass in die zivil- und teilweise auch die handelsrechtlichen Kodifikationen vollständige oder teilweise Zinsverbote Eingang fanden und zunächst ein islamisches Bankwesen⁸⁵ und dann auch ein islamisches Versicherungswesen⁸⁶ entstand. Das islamische Finanzwesen zeichnet sich vor allem dadurch aus, dass auf der Grundlage islamisch-rechtlicher Vertragsarten an die Stelle der Zinswirtschaft zumeist ein System von Gewinn- und Verlustbeteiligungen tritt.⁸⁷

- 26 Ein säkularisiertes Personenstandsrecht europäischer Prägung gibt es bisher nur in der Türkei, die das Familien- und Erbrecht in ihrem Zivilgesetzbuch schweizerischer Prägung geregelt hat. In den anderen Staaten mit kodifiziertem Personenstandsrecht richtet sich dasjenige für die Muslime noch am islamischen Recht aus, das je nach dem Reformeifer mehr oder weniger Veränderungen erfahren hat. Die familienrechtlichen Reformen betreffen vor allem die Anhebung des Ehefähigkeitsalters⁸⁸, die Beschränkung der Ehevormundschaft⁸⁹, die Formalisierung und Registrierung der Eheschließung, die Einschränkung der Polygamie⁹⁰, die Beschränkung des einseitigen Scheidungsrechts des Mannes⁹¹, die Verbesserung der Scheidungsmöglichkeiten der Frau⁹², die Einführung des Wahlgüterstands der Gütergemeinschaft⁹³, die sonstige Stärkung der Rechtsstellung der Frau und die stärkere Berücksichtigung des Kindeswohls⁹⁴.⁹⁵ Die wenigen erbrechtlichen Reformen sind darauf gerichtet, die erbrechtliche Stellung der Angehörigen der Kernfamilie zu stärken,⁹⁶ Abkömmlingen vorverstorbenen Väter erbrechtlich abzusichern⁹⁷ und die Befugnisse, über Vermögen letztwillig zu verfügen, zu erweitern.⁹⁸ Die erbrechtliche Diskriminierung der Frauen hingegen, die sich im sunnitischen Recht darin zeigt, dass nach den koranischen Erben grundsätzlich nur agnatische Verwandte als Erben berufen sind und Frauen grundsätzlich nur halb so viel

⁸⁵ Einführend Volker Nienhaus, *Islamische Ökonomik in der Praxis: Zinslose Finanzwirtschaft*, in: Werner Ende u.a. (Hrsg.), *Der Islam in der Gegenwart*, 5. Auflage 2005, S. 163 ff.; Gerhard Wegen/Christian Wichard, *Islamische Bankgeschäfte*, in: RIW 1995, S. 826; Florian Amereller (Fn. 84), S. 110 ff., und – gesellschaftsrechtlich – Fritz-René Grabau, *Der Gesellschaftsvertrag im klassischen Islamrecht und das geltende Gesellschaftsrecht der islamischen Staaten*, in: ZVglRwiss 1990, S. 330 ff.; die ethischen Aspekte einbeziehend Claus Luttermann, *Islamic Finance: Ein Dialog über Recht, Weltwirtschaft und Religionen*, in: JZ 2009, S. 70 ff.; ausführlicher Muhammad Taqi Usmani, *An Introduction to Islamic Finance*, 2002; I. N. Dalkusu, *Grundlagen des zinslosen Wirtschaftens*, 1999. Über die Anfänge des Islamic Banking in Ägypten siehe Ann Elizabeth Mayer, *Islamic Banking and Credit Policies in the Sadat Era: The Social Origins of Islamic Banking in Egypt*, in: Arab Law Quarterly 1989, S. 32 ff..

⁸⁶ Einführend Ernst Klingmüller, *Einige Bemerkungen zur Behandlung der Versicherung in der neuen islamischen Rechtsliteratur*, in: VersR 1967, S. 303 ff., und Samir Mankabady, *Insurance and Islamic Law*, in: Arab Law Quarterly 1989, S. 199 ff.; ausführlicher Kilian Rudolf Bälz, *Versicherungsvertragsrecht in den Arabischen Staaten*, Karlsruhe 1997, S. 9 ff.; Rüdiger Lohker, *Scharia und Moderne*, 1996, S. 47 ff.. Zur Problematik der Lebensversicherung insbesondere Mohd. Masum Billah, *Life Insurance? An Islamic View*, in: Arab Law Quarterly 1993, 315 ff., und derselbe, *A Model of Life Insurance in the contemporary Islamic Economy*, in: Arab Law Quarterly 1997, S. 287 ff..

⁸⁷ Allgemein zu den spezifisch islam-rechtlichen Fragen des Vertrags- und Wirtschaftsrechts Mathias Rohe (Fn. 1), S. 234 ff..

⁸⁸ Traditionellrechtlich richtet sich die Ehefähigkeit nach dem Eintritt der Geschlechtsreife.

⁸⁹ Nach traditioneller malikitischer Lehre kann eine volljährige Frau nur durch den Ehevormund verheiratet werden.

⁹⁰ Verboten ist die Polygamie außer in der Türkei nur in Tunesien und bei den Drusen Libanons und Syriens. Ansonsten bedarf es häufig einer gerichtlichen Genehmigung zur Eingehung einer weiteren Ehe.

⁹¹ Die Verstoßung (*talāq*) wurde außer in der Türkei bisher nur in Tunesien und bei den Drusen im Libanon abgeschafft. Im Übrigen wird sie beschränkt, indem sie in ein gerichtliches Verfahren eingebettet wird oder ihre Beurkundung oder Anzeige und/oder Registrierung vorgeschrieben wird, und zwar zumeist nach einem obligatorischen Versöhnungsversuch.

⁹² Viele Gesetze sehen ein Scheidungsrecht der Frau nicht nur bei bestimmten körperlichen Mängeln des Mannes, sondern auch bei Ehezerüttung vor (z. B. Irak, Jordanien, Syrien, Tunesien).

⁹³ Z. B. Tunesien, Marokko, Algerien. – Das traditionelle islamische Recht kennt nur die Gütertrennung.

⁹⁴ Beispielsweise Heraufsetzung der Altersgrenze für die grundsätzlich der Mutter zustehende tatsächliche Personensorge und Zulassung der Adoption oder einer ähnlichen Regelung aus sozialen Gründen. Die Adoption ist bisher lediglich in Tunesien entgegen dem traditionellen islamischen Recht zugelassen.

⁹⁵ Siehe die Nachweise in Fn. 28; ferner Hilmar Krüger (Fn. 26), S. 171 (184 f.), und Hans-Georg Ebert, *Wider die Schließung des „Tores des *ijtihād*“: Zur Reform der *šarīʿa* am Beispiel des Familien- und Erbrechts*, in: Orient 2002, S. 367 ff., jeweils m. w. N..

⁹⁶ Z. B. Algerien, Ägypten, Irak, Jordanien, Syrien und Tunesien.

⁹⁷ Z. B. Ägypten, Algerien, Irak, Jordanien, Kuwait, Marokko, Syrien, Tunesien.

⁹⁸ Z. B. Ägypten und Irak.

wie die entsprechenden männlichen Verwandten erben, ist hingegen kaum Gegenstand von Reformen geworden.⁹⁹ Soweit das Personenstandsrecht nicht kodifiziert wurde¹⁰⁰, gilt für Muslime das ungeschriebene traditionelle islamische Recht.

S. 33

- HFR 3/2011 S. 10 -

- ²⁷ Was das Strafrecht angeht, so gilt in Saudi-Arabien und im Oman, die keine allgemeinen Strafgesetzbücher haben, weitgehend nichtkodifiziertes islamisches Recht unterschiedlicher Prägung.¹⁰¹ Islamisch-rechtlich sind insbesondere die sog. koranischen Strafen (*hudūd*, sing. *hadd*) bei bestimmten Delikten¹⁰², die Rechtsfolgen talio und Blutgeld bei Delikten gegen das Leben und die körperliche Integrität (*ǧināyāt*)¹⁰³ sowie bestimmte Grundsätze des Beweisrechts.¹⁰⁴ Von den übrigen islamisch geprägten Staaten, die über ein gesetzlich geregeltes Strafrecht zumeist französischer Prägung¹⁰⁵ verfügen, haben einige Staaten ihr Strafrecht im letzten Viertel des 20. Jahrhunderts ganz oder teilweise reislamisiert.¹⁰⁶ Iran und Sudan haben in den achtziger Jahren ihre westlich geprägten Strafgesetzbücher und teilweise auch ihre Strafprozessordnungen insgesamt durch Gesetze mit Bestimmungen mehr oder weniger islamisch-rechtlicher Herkunft ersetzt.¹⁰⁷ In Libyen und in Pakistan wurden in den siebziger Jahren die sog. koranischen Delikte und - und die Delikte gegen das Leben und die körperliche Integrität gesetzlich eingeführt, wobei daneben die bisherigen westlich geprägten Strafgesetzbücher und -prozessordnungen in geänderter

⁹⁹ Zu den erbrechtlichen Reformen Hans-Georg Ebert, Rechtsfortbildung und Umgehung der gesetzlichen islamischen Erbfolge in arabischen Staaten, in: Hans-Georg Ebert (Hrsg.), Beiträge zum islamischen Recht. Frankfurt am Main 2000, S. 109 ff.; Hans-Georg Ebert, Das Pflichttestament in arabischen Rechtsordnungen, ZDMG-Supplement 11, 1998, S. 344 ff.; Tahir Mahmood, Personal Law in Islamic Countries, 1987, S. 298 ff.; Noel J. Coulson, Succession in Muslim Family, 1971, S. 135 ff.

¹⁰⁰ Siehe Fn. 28.

¹⁰¹ In Saudi-Arabien gilt grundsätzlich hanbalitisches Recht, modifiziert durch örtliches Gewohnheits- und Stammesrecht, daneben gibt es strafrechtliche Verordnungen in der Bedeutung von Gesetzen (z. B. über Straßenverkehrsdelikte); zahlreiche Vollstreckungen der Körperstrafen nachweisbar. Einen Überblick vermittelt Jörg Seifert, Strafrecht in Saudi Arabien, in: ZStW 1999, S. 1 ff. - Im Oman gilt grundsätzlich ibaditisches Recht.

¹⁰² Das sind Straftaten, deren Tatbestände mehr oder weniger genau im Koran geregelt sind und für die der Koran oder zumindest die Verfahrensweise des Propheten bestimmte drakonische Strafen vorsieht: Illegitimer Geschlechtsverkehr (Steinigung oder 100 Peitschenhiebe), Bezeichnung desselben (80 Peitschenhiebe), qualifizierter Diebstahl (grds. Amputation der rechten Hand), qualifizierte Wegelagerung/Raub (von Gefängnis und Verbannung über kreuzweise Amputation der rechten Hand und des linken Fußes über den Tod durch das Schwert bis zur Kreuzigung), Einnahme berauschender Getränke (je nach Rechtsschule 80 oder 40 Peitschenhiebe) und - umstritten - Apostasie (Todesstrafe) und Aufruhr von Muslimen.

¹⁰³ Bei diesen aus vorislamischer Zeit überkommenen Delikten, die bei Vorsatz unter bestimmten Voraussetzungen Wiedervergeltung (*qisās*) und im Übrigen ein entsprechendes Blutgeld (*dīya*) zur Folge haben, steht der Entschädigungs- und Ausgleichsgedanke im Vordergrund.

¹⁰⁴ Zum traditionellen islamischen Strafrecht siehe Adel El Baradie, Gottes-Recht und Menschen-Recht, 1983, S. 93 ff.; Matthew Lippmann/Sean McConville/Mordechai Yerushalmi, Islamic Criminal Law and Procedure, 1988, S. 38; M. Cherif Bassiouni (Hrsg.), The Islamic Criminal Justice System, 1982, S. 27 ff..

¹⁰⁵ Man orientierte sich zumeist am französischen oder italienischen Recht; das britisch-indische Recht prägte lediglich das Strafrecht Sudans und Kuwaits, Hans-Georg Ebert (Fn. 22), S. 199 (208 und 212).

¹⁰⁶ Einen Überblick geben Hans-Georg Ebert (Fn. 22), S. 199 (208 ff.); Konrad Dilger (Fn. 28), S. 60 (92 ff.); speziell zur Islamisierung des Strafrechts Rudolph Peters, The Islamization of Criminal Law: A Comparative Analysis, in: Die Welt des Islams 1994, S. 246 ff.. - Nigeria, in dessen nördlichen Provinzen ebenfalls islamisches Recht wieder Einzug gehalten hat, bleibt hier außer Betracht, da es nicht zum Nahen und Mittleren Osten gehört.

¹⁰⁷ Im Iran wurde nach der islamischen Revolution in den Jahren 1982-83 in mehreren Gesetzen das islamische Strafrecht eingeführt; infolgedessen viele Steinigungen, Amputationen und Auspeitschungen nachweisbar. Hierzu siehe Silvia Tellenbach, Strafgesetze der Islamischen Republik Iran, 1996, S. 1 ff.; Silvia Tellenbach, Zur Re-Islamisierung des Strafrechts im Iran, in: ZStW 1989, S. 188 ff.; Parviz Saney, Die Strafrechtsordnung Irans nach der islamischen Revolution, in: ZStW 1985, S. 436 ff..

Im Sudan wurde zunächst 1983 in Rahmen der Islamisierung unter Numeiri ein Strafgesetzbuch mit islamisch-rechtlichem Anspruch erlassen, das aber bereits 1991 durch ein neues Strafgesetz abgelöst wurde, das sich deutlich stärker am traditionellen islamischen Recht orientiert; vor allem viele Amputationen und Auspeitschungen nachweisbar. Hierzu siehe Olaf Köndgen, Die Kodifikation des islamischen Strafrechts im Sudan seit Beginn der 80er Jahre, in: Sigrud Faath und Hanspeter Mattes, Wuquf - Beiträge zur Entwicklung von Staat und Gesellschaft in Nordafrika 1993, S. 224 ff.; derselbe, Das islamisierte Strafrecht des Sudan, 1992; Peter Scholz, Die koranischen Delikte (*hudūd*) im sudanesischen Strafrecht, in: ZStW 2000, S. 431 ff.; Akolda M. Tier, Islamization of the Sudan Laws and Constitution: Its Allure and its Impracticability, in: VRÜ 1991, S. 199 ff..

Fassung fortgelten¹⁰⁸. Gesetzlich nicht geregeltes islamisches Recht in den genannten Bereichen gilt nach dem im übrigen modernen Strafgesetzbuch von 1987 auch in den Vereinigten Arabischen Emiraten.¹⁰⁹ Insbesondere hinsichtlich seiner körperlichen Strafen läuft das traditionelle islamische Strafrecht jedenfalls nach westlicher Auslegung zahlreicher internationalen Menschenrechtsverpflichtungen zuwider, die die Staaten des Nahen und Mittleren Ostens eingegangen sind.

S. 34

- HFR 3/2011 S. 11 -

28 **4. Interpretationshoheit islamischen Rechts**

Von besonderer Bedeutung ist, wem im modernen Staat die Interpretationshoheit des islamischen Rechts zukommt, das vom religiösen Selbstverständnis her auf Gott beruht. Das traditionelle islamische Recht wurde über die Jahrhunderte hinweg weitgehend von religiösen Rechtsgelehrten ausgearbeitet und interpretiert, was keine staatliche Aufgabe darstellte und daher nicht mit einer offiziellen Funktion verbunden war. Allerdings konnten diese Gelehrten daneben auch staatliche Ämter wie das Amt eines Richters (*qādi*) oder staatlichen Rechtsgutachters (*mufti*) wahrnehmen und in deren Rahmen die Scharia interpretieren. Eine alleinige staatliche Hoheit über die Interpretation der Scharia oder gar eine Instanz, die die Scharia verbindlich interpretierte, bestand nicht.

29 In den modernen islamisch geprägten Staaten obliegt es zunächst dem Gesetzgeber, d. h. grundsätzlich dem Parlament, gegebenenfalls im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Scharia als Rechtsquelle durch Ausgestaltung der Gesetze darüber zu entscheiden, ob und inwieweit er auf traditionelles islamisches Recht zurückgreift oder es entsprechend den dargestellten Methoden interpretiert oder fortentwickelt. Der Gesetzgeber kann in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck bringen, wie er seine Normen verstanden wissen will. Sehen die Verfassungen Kontrollorgane vor, die Legislativakte auf ihre Vereinbarkeit mit islamischem Recht überprüfen, kommt diesen die Hoheit zu, den Gestaltungsrahmen des Gesetzgebers verbindlich festzulegen. Sodann ist es Aufgabe der Rechtsprechung, gegebenenfalls ebenso entsprechend verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Beachtung der Scharia die erlassenen Normen auszulegen und anzuwenden. Das gilt insbesondere für Rechtsprechungsorgane, die letztinstanzlich über schariarechtliche Fragen entscheiden. Der Gesetzgeber kann ferner mittels Behörden, die Rechtsgutachten erteilen, die Rechtsanwendung beeinflussen, Rechtsfortbildung betreiben oder Reformen den Boden bereiten.¹¹⁰

30 Es ist also der Staat, der die Hoheit der Auslegung islamischen Rechts für sich in Anspruch nimmt, dabei aber nicht selten in Konkurrenz zu den Gelehrten des religiösen Establishments steht, die sich gutachterlich zur Vereinbarkeit aktueller staatlicher Maßnahmen oder individueller Verhaltensweisen in der Gesellschaft mit islamischem Recht oftmals auch über die Medien zu Wort melden und dabei nicht selten für sich in Anspruch nehmen, die absolute Wahrheit zu verkünden. Um die Interpretationshoheit

¹⁰⁸ In Libyen wurden in den Jahren von 1972 bis 1974 die *hudūd* und 1994 die *ḡināyāt* mit den Rechtsfolgen talio und Blutgeld in enger Anlehnung an die traditionelle Lehre in mehreren Gesetzen geregelt und diese inzwischen geändert; eine Anwendung der islamischen Gesetze läßt sich jedoch kaum nachweisen, Ann Elizabeth Mayer, Reinstating Islamic Criminal Law in Libya, in: Daisy Hilse Dwyer (Hrsg.), Law and Islam in the Middle East, 1990, S. 99 ff.; dieselbe, Libyan Legislation in Defense of Arabo-Islamic Sexual Mores, in: The American Journal of Comparative Law, 1980, S. 287 (293 ff.); Mustafa El-Alem, Libya, in: Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law 1994, S. 235, und 1996, S. 245 f., und 1997-98, S. 303.

Pakistan führte 1979 mittels präsidialer Dekrete die *hudūd* und 1990 die *ḡināyāt* mit den Rechtsfolgen Wiedervergeltung und Blutgeld ein; rechtskräftige Verurteilungen wegen dieser Delikte scheitern jedoch meistens an den Bundesgerichten höherer Instanz und Vollstreckungen sind kaum nachweisbar, Rudolph Peters (Fn. 106), S. 246 (256 f.); Martin Lau, Pakistan, in: Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law 1995, S. 282, und 1997-98, S. 451 f..

¹⁰⁹ Zur Islamisierung des Strafrechts in den VAE Butti Sultan Butti Ali Al-Muhairi, The Islamisation of Laws in the UAE: The Case of the Penal Code, in Arab Law Quarterly 1996, S. 350 ff.; derselbe, The Federal Penal Code an the Aim of Unification, Arab Law Quarterly 1997, S. 197 ff..

¹¹⁰ Derartige Behörden zur Begutachtung (*iftā'*) gibt es in vielen islamisch geprägten Staaten, auch in der laizistischen Türkei, Hilmar Krüger (Fn. 11), S. 9 (18 ff.).

nicht nur im Rahmen staatlicher Funktionen, sondern auch in der Gesellschaft zu erlangen bzw. zu behalten, ernennt der Staat oftmals einen ihm genehmen Religionsgelehrten zum staatlichen Mufti, der zu aktuellen gesellschaftlichen und politischen Fragen den mit dem herrschenden Regime abgestimmten Rechtsstandpunkt kundtut.¹¹¹

31 III. Autoritäre Regime

1. Vorherrschen autokratischer statt demokratischer Elemente

In den islamisch geprägten Staaten des Vorderen Orients herrscht faktisch der autokratische Herrschaftsstil vor, bei dem die politische Gewalt in der Hand einer Person oder einer Gruppe von Personen liegt¹¹²; demokratische Elemente¹¹³ in vielen Staaten sind zwar vorhanden, sind aber zumeist schwach ausgeprägt. Der Übergang von autokratischen zu demokratischen Systemen, insbesondere dessen Ursachen und Verläufe¹¹⁴, ist Gegenstand der Transformationsforschung¹¹⁵, einer Teildisziplin der Politikwissenschaft. Inwieweit Regime schon demokratischen oder noch autokratischen Charakter haben, ist den Ergebnissen unterschiedlicher wissenschaftlicher Messungen und Bewertungen zu entnehmen, beispielsweise dem wiederholt erschienenen Demokratieindex der Zeitschrift „The Economist“¹¹⁶, den Ergebnissen des Polity Project¹¹⁷ des Center for Systemic Peace¹¹⁸ und der Colorado State University, den jährlichen Berichten „Freedom in the World“¹¹⁹ des Freedom House in Washington¹²⁰ und dem Bertelsmann Transformation Index¹²¹ hinsichtlich des Untersuchungsteils „Defekte Demokratien“^{122, 123}.

¹¹¹ Zum Verhältnis von Staat und religiösen Gelehrten Jan Michiel Otto (Fn. 3), S. 17 (40 f.); speziell zu Ägypten Tamir Moustafa, Conflict and cooperation between the state and religious institutions in contemporary Egypt, in: International Journal of Middle East Studies, 2000, S. 3 ff.; zum derzeitigen Stand des Mufti-Amtes (*iftā'*) Hilmar Krüger (Fn. 11), S. 9 (18 ff.); zum *iftā'* im schiitischen Iran Irene Schneider, *Iftā'* in der Schia, in: Hans-Georg Ebert/Thoralf Hanstein (Hrsg.), Beiträge zum Islamischen Recht III, 2003, S. 9 (73 ff.).

¹¹² Ähnlich Hans-Joachim Lauth, Regimetypen: Totalitarismus – Autoritarismus – Demokratie, in: Hans-Joachim Lauth (Hrsg.), Vergleichende Regierungslehre, 2. Auflage 2006, S. 91 (98), ausführlicher S. 100 ff.; eingehend zur den Merkmalen autokratischer Herrschaft auch Wolfgang Merkel, Systemtransformation. Eine Einführung in die Theorie und Empirie der Transformationsforschung. 2. Auflage 2010, S. 40 ff., der die Kriterien Herrschaftslegitimation, -zugang, -monopol, -struktur, -anspruch und -weise heranzieht.

¹¹³ Zur den Merkmalen der Demokratie ebenfalls Wolfgang Merkel (Fn. 112), S. 26 ff.; Hans-Joachim Lauth (Fn. 112), S. 91 und 94 ff..

¹¹⁴ Zur Rolle der Parlamente im Transformationsprozess Abdo Baaklini u. a. (Hrsg.), Legislative Politics in the Arab World, 1999.

¹¹⁵ Einführend Wolfgang Merkel (Fn. 112); Gert Pickel/Susanne Pickel (Hrsg.), Demokratisierung im internationalen Vergleich. Neue Erkenntnisse und Perspektiven, 2006.

¹¹⁶ Der letzte Bericht aus 2008: <http://graphics.eiu.com/PDF/Democracy%20Index%202008.pdf> (30.10.2010).

¹¹⁷ Die Ergebnisse des aktuellsten Polity IV Projects sind zu finden unter www.systemicpeace.org/polity/polity4.htm (30.10.2010) und in dem Dokument Monty G. Marshall/Benjamin R. Cole, Global Report 2009 unter www.systemicpeace.org/Global%20Report%202009%20Executive%20Summary.pdf (30.10.2010).

¹¹⁸ Siehe www.systemicpeace.org (30.10.2010).

¹¹⁹ In dem Bericht wird die Gewährleistung politischer Rechte und bürgerlicher Freiheiten auf einer Skala von 1 bis 7 bewertet. Staaten mit einem Durchschnittswert zwischen 1,0 und 2,5 gelten als "frei". Staaten mit Werten zwischen 3,0 und 5,0 als "teilweise frei" und solche mit Werten zwischen 5,5 und 7,0 als "unfrei". Die Berichte sind zu finden unter www.freedomhouse.org/template.cfm?page=15 (30.10.2010).

¹²⁰ Siehe www.freedomhouse.org/template.cfm?page=1 (30.10.2010).

¹²¹ Zu den Untersuchungen www.bertelsmann-transformation-index.de/bti/ (30.10.2010). Zur letzten Untersuchung www.bertelsmann-transformation-index.de/fileadmin/pdf/Anlagen_BTI_2010/BTI_2010_Broschuere_D_web.pdf (30.10.2010) und Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Transformation Index 2010, Politische Gestaltung im internationalen Vergleich, 2009.

¹²² Zu diesem demokratiethoretischen Ansatz Wolfgang Merkel, Hans-Jürgen Puhle, Aurel Croissant (Hrsg.): Defekte Demokratien. Bd.1, Theorien und Probleme, 2003, und Bd. 2, Defekte Demokratien in Osteuropa, Ostasien und Lateinamerika, 2006. Zu seiner Bedeutung für die entwicklungspolitische Diskussion Siegmund Schmidt, „Demokratien mit Adjektiven“ - Die Entwicklungschancen defekter Demokratien, in: Entwicklung und Zusammenarbeit 2001, S. 219 ff..

¹²³ Zur Problematik der Demokratiemessung allgemein Hans-Joachim Lauth (Fn. 112), S. 91 (105 ff.); ausführlicher derselbe, Demokratie und Demokratiemessung, 2004, jeweils m. w. N.; mit den Messansätzen setzen sich kritisch auseinander Thomas Müller/Susanne Pickel: Wie lässt sich Demokratie am besten messen? Zur Konzeptqualität von Demokratieindizes. In: Politische Vierteljahresschrift 2007, S. 511 ff.;

- 32 Die autokratischen Systeme des Nahen und Mittleren Ostens sind autoritärer und nicht totalitärer Natur. Denn ihre Regime verlangen grundsätzlich lediglich politischen Gehorsam; ihr Herrschaftsanspruch erstreckt sich nicht auf alle gesellschaftlichen Bereiche. Anderes mag aufgrund seiner umfassenden Weltanschauung bestenfalls für das iranische Regime gelten, dem aber die für ein totalitäres Regime typische systematische Durchsetzung des umfassenden Herrschaftsanspruchs in allen gesellschaftlichen Bereichen fehlt^{124, 125}. Autoritäre Regime werden unterschiedlich typologisiert¹²⁶; vor allem nach der Herrschaftslegitimation lassen sich für den Nahen und Mittleren Osten theokratische¹²⁷, dynastische¹²⁸, sultanistische¹²⁹, militärische¹³⁰, Ein-Parteien-¹³¹ und präsidial kontrollierte Mehrparteien-Systeme¹³² unterscheiden. Den weitesten Weg in Richtung Demokratie haben die Türkei und der Libanon zurückgelegt, die man daher als hybride Regime bezeichnen kann¹³³. Der demokratische Versuch in Afghanistan droht zu scheitern.
- 33 Anzeichen für eine Demokratisierung vieler der bisherigen autoritären Regime lassen sich nicht übersehen, allerdings bleibt ihre Bewertung umstritten.¹³⁴ So gibt es politische Reformen, die aber nicht selten in erster Linie auf eine Effektivierung der autoritären Strukturen ausgerichtet sind und lediglich den Anschein demokratischerer Strukturen hervorrufen sollen.¹³⁵ Erklärungen und Institutsgründungen zur Förderung der Menschenrechte erfolgten in mehreren Staaten, um das internationale Ansehen zu heben, ohne dass dadurch schon auf eine Verbesserung der Menschenrechtslage geschlossen werden darf.¹³⁶ Parlamente wurden wiederbelebt¹³⁷ und die Durchführung von Wahlen zur Bildung von Organen politischer Beteiligung ist mittlerweile weit verbreitet, allerdings sind die Organe oft machtlos und die Wahlen gesteuert. Islamistische Parteien fordern in ihren Agenden zunehmend Demokratie und Menschenrechte ein und nehmen an Wahlen teil, jedenfalls dann, wenn das für sie politisch von Vorteil erscheint.¹³⁸ Teilweise übernehmen sie auch Regierungsverantwortung wie die AKP in der Türkei oder die Hamas in Palästina. Dabei bleibt aber offen, inwieweit sie die demokratische Idee auch tatsächlich verinnerlicht haben.¹³⁹

Zum Stand der Demokratisierung islamisch geprägter Staaten Martin Beck u. a. (Hrsg.), *Der Nahe Osten: Umbruch, zwischen Transformation und Autoritarismus*, 2009; Saliba Sarsar, *Quantifying Arab Democracy*, in: *Middle East Quarterly*, Summer 2006, S. 21 ff.; Frederic L. Pryor, *Are Muslim Countries Less Democratic?*, in: *Middle East Quarterly*, Fall 2007, S. 53 ff.; kritisch Oliver Schumber, *Autoritarismus in der arabischen Welt*, 2008.

¹²⁴ So zum Iran auch Wolfgang Merkel (Fn. 112), S. 46.

¹²⁵ Zur Struktur autoritärer und totalitärer Regime und deren Abgrenzung voneinander Wolfgang Merkel (Fn. 112), S. 41 ff. und 48 ff.; Hans-Joachim Lauth (Fn. 112), S. 91 (98 ff.), jeweils m. w. N.; Anton Pelinka, *Vergleich politischer Systeme*, 2005, S. 47 ff..

¹²⁶ Zur Typisierung Wolfgang Merkel (Fn. 112), S. 41 ff.; Hans-Joachim Lauth (Fn. 112), S. 91 (102 ff.), jeweils m. w. N..

¹²⁷ Herrschaftsgrundlage ist eine alle Lebensbereiche umfassende religiöse Heilslehre. So ist es im Iran.

¹²⁸ Z. B. Marokko, Jordanien, Saudi-Arabien, die sich zudem auch noch religiös legitimieren.

¹²⁹ Grundlage ist die Herrschaftstradition eines Familienclans, verbunden mit personalistischem Herrschaftsstil, z. B. Kuwait, Bahrain, Katar, VAE, Oman.

¹³⁰ Z. B. Libyen und Sudan.

¹³¹ Z. B. das Einparteiensystem in Syrien.

¹³² Z. B. Algerien, Tunesien, Ägypten.

¹³³ So auch der letzte Demokratieindex von „The Economist“ aus 2008, siehe Fn. 116.

¹³⁴ Zu Tendenzen einer Demokratisierung im Nahen und Mittleren Osten Frédéric Volpi/Francesco Cavatora (Hrsg.), *Democratization in the Muslim World*, 2007; Larry Diamond/Marc F. Plattner/Daniel Brumberg, *Islam and Democracy in the Middle East*, 2003; speziell die Legislative in den Blick nehmend Abdo Baaklini u. a. (Fn. 114); kritisch zu den behaupteten Demokratisierungstendenzen Oliver Schumber (Fn. 123).

¹³⁵ Z. B. Ägypten, Sudan, Libanon und Bahrain.

¹³⁶ Z. B. Kuwait, Jordanien, Katar, Ägypten.

¹³⁷ Z. B. Jordanien.

¹³⁸ Z. B. Marokko, Algerien, Ägypten, Palästina, Jordanien, Irak, Bahrain, Türkei.

¹³⁹ Zur neuen Rolle der Islamisten Muriel Asseburg (Hrsg.), *Moderate Islamisten als Reformakteure*, Studie der Stiftung Wissenschaft und Politik 2007; Judy Barsalou, *Islamists at the Ballot Box*, Report des United States Institute of Peace Report in Washington, 2005; James Piscatori, *Islam, Islamists and the Electoral Principle in the Middle East*, Paper des Institute for the Study of Islam in the Modern World in Amsterdam, 2000.

- 34 Nach wie vor gibt es ein starkes Beharrungsvermögen autoritärer Strukturen und werden notwendige Reformen in Richtung Demokratie verweigert. Nationale Souveränität und autokratische Traditionen werden ins Feld geführt, um internationale Forderungen nach Reformen westlichen Musters zurückzuweisen. Innerstaatliche Konflikte und eine drohende Destabilisierung dienen als Vorwand, um demokratische und pluralistische Strukturen zu verweigern und die Opposition zu unterdrücken. Aufgrund von Ölreichtum entstandener Rentenkapitalismus trägt in einigen Staaten dazu bei, die Opposition ruhig zu stellen und Reformen zu verzögern.¹⁴⁰

S. 36

- HFR 3/2011 S. 13 -

35 **2. Recht im Dienst autoritärer Regime**

Die Rechtssysteme werden von den autoritären Regimen mehr oder weniger zur Sicherung ihrer Herrschaft dienstbar gemacht. Die jeweilige Rechtsordnung wird in einer Weise ausgestaltet, dass sie dem Regime bzw. den das Regime tragenden Organen weitgehende Befugnisse einräumt und anderen Organen und Individuen nur wenige einklagbare subjektive Rechte gewährt. Juristische Institutionen und deren Bedienstete werden einer umfassenden Steuerung und Kontrolle durch die das Regime tragenden Organe unterstellt. Das gilt auch für die Gerichte und die Richterinnen und Richter, soweit ihnen das Regime nicht aus Gründen der Reputation zumindest formal eine unabhängigere Stellung einräumt.

- 36 Das Verfassungsprinzip der Rechtsstaatlichkeit ist zwar grundsätzlich auch den Verfassungen der islamisch geprägten Staaten immanent, ist allerdings im Dienste der autokratischen Herrschaft weitgehend nur formell ausgestaltet, d. h. im Sinne der Bindung aller staatlichen Gewalt an rechtliche Normen. Elemente materieller Rechtsstaatlichkeit, d. h. solche wie die Grundrechte, die auf die Herstellung materieller Gerechtigkeit gerichtet sind, sind hingegen nur schwach ausgeprägt. Das gilt auch für verfahrensmäßige Absicherungen der Rechtsstaatlichkeit wie die Gewaltenteilung. Im Interesse der autoritären Regime wird insbesondere die Hoheit der Verfassung relativiert, der Exekutive die Vorherrschaft gegenüber den anderen Gewalten eingeräumt und der Grundrechtsschutz staatlichen Interessen weitgehend nachgeordnet.¹⁴¹ Der Entwicklung eines einschlägigen Messsystems hat sich das World Justice Projekt¹⁴² verschrieben, dessen erster Rule of Law Index 2010¹⁴³ aber nur wenige Staaten des Nahen und Mittleren Ostens¹⁴⁴ erfasst und daher bisher nur von begrenzter Aussagekraft ist.
- 37 Die Hoheit der Verfassung wird zuweilen in der Weise relativiert, dass die Verfassung selbst ausdrücklich oder konkludent dem Vorbehalt islamischen Rechts unterworfen wird, über das nach der Verfassung staatliche Organe die Interpretationshoheit aus-

¹⁴⁰ Vgl. Oraib Al-Rantawi, Wie kann man der Demokratie in der arabischen Welt zum Durchbruch verhelfen?, KAS-Auslandsinformationen I 2006, S. 69 (74 ff.); zur Dominanz autoritärer Strukturen Jason Brownlee, Authoritarianism in an Age of Democratization, 2007.

¹⁴¹ Untersuchungen über das Verständnis von Rechtsstaatlichkeit und dem verwandten angelsächsischen Prinzip des rule of law in Verfassungen islamisch geprägter Staaten fehlen weitgehend; zu den wenigen einschlägigen Veröffentlichungen gehören Naseef Naeem, Überblick über das Rechtsstaatsprinzip in der afghanischen Verfassung, in: Zeitschrift für Afghanistankunde 2008, S. 7 ff. (www.gair.uni-erlangen.de/Naeem_Rechtsstaatsprinzip.pdf; 13.11.2010); Hatem Elliesie, Rule of Law in Egypt; derselbe, Rule of Law in Sudan; derselbe, Rule of Law in Afghanistan, jeweils in: Matthias Koetter/Gunnar Folkert Schuppert, Understanding of the Rule of Law in Various Legal Orders of the World (<http://wikis.fu-berlin.de/display/SBprojectrol/Country+Reports>; 13.11.2010).

¹⁴² Siehe www.worldjusticeproject.org (21.11.2010).

¹⁴³ Siehe www.worldjusticeproject.org/rule-of-law-index (21.11.2010), nach dessen Ausführungen sich der Grundsatz des rule of law mittels folgender Prinzipien definieren lässt: „1. The government and its officials and agents are accountable under the law. 2. The laws are clear, publicized, stable and fair, and protect fundamental rights, including the security of persons and property. 3. The process by which the laws are enacted, administered and enforced is accessible, fair and efficient. 4. Access to justice is provided by competent, independent, and ethical adjudicators, attorneys or representatives, and judicial officers who are of sufficient number, have adequate resources, and reflect the makeup of the communities they serve.“ Die Messkriterien sind im Index selbst niedergelegt.

¹⁴⁴ Jordanien, Marokko, Türkei und Pakistan.

üben.¹⁴⁵ Weiter sehen die Verfassungen extensive Möglichkeiten vor, dass sie ganz oder teilweise leicht geändert oder in Notfällen außer Kraft gesetzt werden können.¹⁴⁶

S. 37

- HFR 3/2011 S. 14 -

- 38 Die Gewaltenteilung und -verschränkung ist regelmäßig derart ausgestaltet, dass von einer Vorherrschaft der Exekutive gegenüber Legislative und Judikative gesprochen werden kann. In fast keiner der Verfassungen hat das Parlament ein Monopol, Gesetze im formellen Sinne zu erlassen. Vielmehr räumen die Verfassungen auch dem Staatsoberhaupt und der Regierung Befugnisse zur Legislative zumindest in Notstandssituationen ein und ermöglichen es ihr, die Ausübung der parlamentarischen Legislativgewalt zu behindern. Die Rechte des Parlaments, die Regierung zu kontrollieren, sind demgegenüber stark eingeschränkt oder durch diverse Mechanismen wenig effektiv. Tatsächlich verfügen die Parlamente oft über zu geringes sachverständiges Personal, eine unzureichende technische Ausstattung und eine ineffektive Organisationsstruktur. Der Ausgang verfassungsrechtlich vorgesehener Wahlen wird von den autokratischen Regimen mittels geschickter Zuschnitte der Wahlbezirke, bestimmter Anforderungen und Kontrolle der Kandidaten sowie beschränkter Zulassung von Parteien in den Wahl- und Parteiengesetzen zum Vorteil der regierenden Elite gesteuert.¹⁴⁷
- 39 Der Judikative mangelt es oft an einer verfassungsmäßig hinreichend garantierten persönlichen Unabhängigkeit. Der Exekutive wird häufig die rechtliche Möglichkeit eingeräumt, Richterinnen und Richter aus bestimmten Gründen abzusetzen. Auch kennen viele Verfassungen das Recht auf einen gesetzlichen Richter nicht, nach dem der zuständige Richter schon vor Rechtshängigkeit des Falles feststehen muss. Zudem gewähren die Verfassungen keinen umfassenden Rechtsschutz gegen alle Akte der Exekutive und ist jener auch einfachgesetzlich schwach ausgeprägt. Tatsächlich werden auch die Gerichte durch unzureichende personelle und technische Ausstattung an einer effektiven Wahrnehmung ihres verfassungsrechtlichen Auftrags gehindert. Ferner wird, selbst wenn die persönliche Unabhängigkeit rechtlich garantiert sein sollte, diese faktisch von der Exekutive oft nicht respektiert.¹⁴⁸
- 40 Individualinteressen werden gegenüber staatlichen Interessen grundsätzlich als nachrangig erachtet. Der Exekutive werden weitreichende Eingriffsbefugnisse gewährt. Individuen werden subjektive Rechte nur spärlich eingeräumt. Falls sie gewährt werden, sind sie zumeist starken Einschränkungen unterworfen oder entbehren eines effektiven Rechtsschutzes. In den Verfassungen schlägt sich dies darin nieder, dass die Grundrechtskataloge oft nicht am Anfang der Verfassung stehen, den Grundrechten grundsätzlich nur objektiver Charakter beigemessen wird, die Grundrechtsschranken zahlreich und extensiv ausgestaltet sind, insbesondere dem Staat oft weite Beurteilungs- und/oder Ermessensspielräume einräumen, und dem Einzelnen keine oder nur geringe Möglichkeiten gewährt werden, Grundrechtsverstöße gerichtlich geltend zu machen. Zwar existieren in den meisten islamisch geprägten Staaten Verfassungsgerichte, aber ein direkter Zugang zu ihnen wird den Bürgern in aller Regel nicht gewährt. Auch im Verwaltungsrecht dominieren die Eingriffsbefugnisse des Staates gegenüber den subjektiv-rechtlichen Positionen des Einzelnen. Abwehrrechte des Einzelnen gegen staatliche Eingriffe verfassungsrechtlich herzuleiten geschieht in der Rechtspraxis ebenso selten, wie verwaltungsrechtliche Normen im Lichte der Verfassung auszulegen. Einen Rechtsschutz des Einzelnen gegen alle belastenden staatlichen Akte gibt es nicht.
- 41 Die Strafjustiz dient autoritären Regimen im besonderen Maße zur Unterdrückung politischer Gegner. Öffentliche Interessen schützende Straftatbestände werden oft ex-

¹⁴⁵ Siehe B. II. 2..

¹⁴⁶ Zur Notstandsgesetzgebung Nathan J. Brown (Fn. 22), 65 und John Finn, *Constitutions in Crisis: Political Violence and the Rule of Law*, 1991.

¹⁴⁷ Nathan J. Brown (Fn. 22), S. 35 ff. und 111 ff..

¹⁴⁸ Nathan J. Brown (Fn. 22), S. 143 ff.; zur Instrumentalisierung der Judikative durch autoritäre Regime ferner Tamir Moustafa, *The Struggle for Constitutional Power*, 2007, S. 19 ff..

tensiv gefasst, ausgelegt und angewendet. Strafverfolgungsbehörden verfolgen verstärkt Verstöße gegen derartige Straftatbestände sowie tatsächliche oder angebliche Straftaten von Regimegegnern¹⁴⁹ und ermitteln oft einseitig zu Lasten des Verdächtigen. Die freie Willensentscheidung beeinträchtigende Ermittlungsmethoden wie Folter und Androhung von Folter sind zwar durchweg verboten, werden aber oft dennoch angewendet. Rechte der Verteidigung und Möglichkeiten, gerichtliche Entscheidungen anzufechten, werden rechtlich gewährleistet, sind aber unterschiedlich stark ausgeprägt und werden nicht immer respektiert. Zur Verfolgung von Straftaten gegen den Staat gibt es oft Sonder- oder Militärgerichte. Richter entscheiden unabhängig davon, ob ihnen verfassungsrechtlich die persönliche Unabhängigkeit garantiert wird, nicht selten aus Angst vor angedrohten oder erwarteten Repressalien im Interesse des Regimes.¹⁵⁰

Zitierempfehlung: Peter Scholz, HFR 2011, S. 24 ff.

¹⁴⁹ Regimegegner werden verfolgt beispielsweise in Ägypten, Iran, Marokko, Saudi-Arabien und Syrien.

¹⁵⁰ Zur Rechtspraxis siehe nur die jährlichen Amnesty Reporte Naher Osten und Nordafrika (Bericht 2010: www.amnesty.de/2010/5/27/naher-osten-und-nordafrika; 12.11.2010) sowie die jährlichen Länderberichte von Amnesty International (www.amnesty.de/laenderberichte; 12.11.2010).