

Der ṭalāq auf Reisen¹

Kodifikation, Geschlechtergleichheit und Islamisches Personalstatut
in der globalen postkolonialen Moderne*

Irene Schneider

Inhalt

I.	Einleitung	133
II.	Vormodernes islamisches Recht und die Kodifizierung	137
III.	Ṭalāq im vormodernen islamischen und heutigem marokkanischen Recht .	139
	1. ṭalāq	139
	2. Einvernehmliche Scheidung	142
	3. Gerichtliche Scheidung I	142
	4. Gerichtliche Scheidung II	143
	5. Vertragliche Ehescheidungsgründe	144
IV.	Anwendung des Scheidungsrechts islamischer Personalstatuten an deutschen Gerichten	146

I. Einleitung

Im Jahr 2007 wies eine bundesdeutsche Richterin am Amtsgericht in Frankfurt a. M.² den Antrag einer deutschen Staatsbürgerin marokkanischer Herkunft auf vorzeitige Scheidung von ihrem gewalttätigen, sie schlagenden und mit dem Tod bedrohenden Ehemann mit Verweis darauf zurück, dass es im marokkanischen Kulturkreis üblich sei, Frauen zu schlagen, und dies im Koran verankert sei. Sie bezog sich auf Koranvers 4:34:

„Die Männer stehen über den Frauen, weil Gott sie (von Natur vor diesen) ausgezeichnet hat und wegen der Ausgaben, die sie von ihrem Vermögen (als Morgengabe für die Frauen?) gemacht haben. Und die rechtschaffenen Frauen sind (Gott) demütig ergeben und geben

* Prof. em. Dr. Omaia Elwan zum 80. Geburtstag gewidmet.

¹ Bei dem Begriff des „Reisens“ beziehe ich mich auf S. Baer, Travelling Concepts: Substantive Equality on the Road, in: Tulsa Law Review, 2011, S. 101–121.

² „Richterin rechtfertigte Ehe-Gewalt mit Koran“, in: Focus vom 21.3.2007, siehe: http://www.focus.de/politik/deutschland/scheidungsverfahren_aid_51354.html, abgerufen am 31.8.2012.

Acht auf das, was (den Außenstehenden) verborgen ist, weil Gott (darauf) Acht gibt (d. h. weil Gott darum besorgt ist, dass es nicht an die Öffentlichkeit kommt). Und wenn ihr fürchtet, dass (irgendwelche) Frauen sich auflehnen, dann vermahnst sie, meidet sie im Ehebett und schlägt sie! Wenn sie euch (daraufhin wieder) gehorchen, dann unternimmt (weiter) nichts gegen sie! Gott ist erhaben und groß.³

Was hat es mit dieser Entscheidung, die in der bundesdeutschen Öffentlichkeit viel beachtet wurde, auf sich? Wird damit der Einführung der „Scharia“ Tür und Tor geöffnet, wie teilweise in den Medien vermutet und gefürchtet wurde?⁴

Festzuhalten ist, dass Internationales Privatrecht (IPR) in bestimmten Fällen das Heimatrecht in Deutschland lebender Personen in Betracht ziehen kann. Eine Anwendung fremder rechtlicher Normen findet also im IPR statt; es ist eine echte „Fremdrechtsanwendung“. Das Privatrecht dient überwiegend der Gestaltung und Sicherung von Rechtsverhältnissen zwischen Privatpersonen, deren individuellen Interessen besondere Bedeutung zugemessen wird. Das gilt auch dann, wenn sie aufgrund ihrer Lebensverhältnisse in Beziehung zu mehreren Rechtsordnungen stehen. Hat jemand sein Leben auf die Gegebenheiten einer bestimmten Rechtsordnung ausgerichtet, so verdient, dies ist das Argument, diese Lebensplanung im Grundsatz auch dann Schutz, wenn der Betreffende seinen Aufenthalt wechselt. Demnach soll das vertraute „Heimatrecht“ auch nach Grenzübertritt fortgelten. Der Grundgedanke entsprechender Regelungen ist die Annahme einer prinzipiellen Gleichwertigkeit aller Privatrechtsordnungen und der Umstand, dass man aus Gründen der Rechtssicherheit nicht in einmal wirksam entstandene Rechtsbeziehungen eingreifen möchte, auch wenn diese nicht in jeder Hinsicht den Regelungen des deutschen Sachrechts entsprechen. Andererseits liegt es im Interesse der Rechtsgemeinschaft, dass in bestimmten Angelegenheiten

³ Zitiert aus: Der Koran. Übersetzung von R. Paret, 2. Aufl., Stuttgart [etc.] 1980. Die von Paret gesetzten Klammern weisen auf die Schwierigkeit der Übersetzung des Textes hin. Der Vers ist von muslimischen Exegeten in der vormodernen und modernen Jurisprudenz diskutiert und im allgemeinen als Erlaubnis des Mannes, seine Frau zu schlagen, interpretiert worden. Der berühmte Exeget at-Tabarī führt unterschiedliche Auslegungen und Meinungen an, dass beispielsweise das Schlagen nur mit einem „Zahnhölzchen“ erfolgen dürfe: *Muḥammad Abū Ḡaʿfar at-Tabarī* (gest. 926), *Ḡāmiʾ al-Bayān ʿan taʾwīl āy al-Qurʾān*, Beirut, 1984, Bd. 5, S. 57–70. Moderne feministische Exegetinnen wie die in den USA lebende und lehrende Amina Wadud versuchen über ein holistisches Verständnis des Korans diesen Vers weiter auszulegen, indem sie auf ein auch mögliches metaphorisches Verständnis des Verbs „daraba“ (schlagen) verweisen und den Vers vor dem Hintergrund der Offenbarungszeit im 7. Jahrhundert als ein Verbot unkontrollierter Gewaltanwendung gegenüber Frauen verstehen. S. dazu A. Wadud, *Qurʾān and Woman*, New York, 1999, S. 76; s. S. a.: K. Ali, *Sexual Ethics and Islam*, Oxford, 2006, S. 122.

⁴ Zu einigen Reaktionen siehe: <http://www.sueddeutsche.de/politik/reaktionen-auf-korans-entscheidung-gute-nacht-deutschland-1.782244>, abgerufen am 31.8.2012; Die Sachlage wird aus meiner Sicht auch nicht dadurch geklärt, dass der Vorsitzende des Deutschen Richterbundes, Wolfgang Arenhövel, die Richterin trotz zahlreicher Proteste in Schutz nahm mit dem Argument, die Juristin habe den religiös-kulturellen Hintergrund des Paares berücksichtigt: S. Richterbund nimmt Skandaljuristin in Schutz, in: Focus vom 30.3.2007, siehe: http://www.focus.de/politik/deutschland/koran-urteil_aid_52125.html, abgerufen am 31.8.2011.

dasselbe Recht für jeden im Land Lebenden gilt. Die Frage, ob inländisches oder ausländisches Sachrecht anzuwenden ist, bestimmt sich nach den Vorschriften des Internationalen Privatrechts (Kollisionsrecht), die in Deutschland zum großen Teil im Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Art. 3 ff. EGBGB) enthalten sind.⁵ Allerdings zieht der *Ordre Public* deutliche Grenzen: Wo in Fällen hinreichenden Inlandsbezuges das Ergebnis der Anwendung fremden Sachrechts mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts (einschließlich der Grundrechte) offensichtlich unvereinbar ist, kommen solche fremdrechtlichen Vorschriften nicht zur Anwendung. Damit legt der deutsche Gesetzgeber den Rahmen fest, innerhalb dessen Rechtsunterschiede aus übergeordneten Erwägungen hingenommen werden.⁶ Artikeln 4 und 6 des EGBGB lauten:

Art. 4 (1): Wird auf das Recht eines anderen Staates verwiesen, so ist auch dessen internationales Privatrecht anzuwenden, sofern dies nicht dem Sinn der Verweisung widerspricht. Verweist das Recht des anderen Staates auf deutsches Recht zurück, so sind die deutschen Sachvorschriften anzuwenden.

Art. 6: Eine Rechtsnorm eines anderen Staates ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist.⁷

Daraus folgt dreierlei: Einmal, dass die Anwendung ergebnisorientiert ist; zum Zweiten, dass sie, wie gerade erwähnt, nicht den Grundrechten wie beispielsweise dem Gebot der Gleichberechtigung der Geschlechter widersprechen darf; und drittens, dass im konkreten eingangs genannten Fall nicht die „Scharia“ anzuwenden oder gar der Koran zu konsultieren gewesen wäre, sondern dass die Richterin das marokkanische Personalstatut hätte aufschlagen müssen.

Das marokkanische Personalstatut wurde 2004 novelliert. Es gibt der Frau im Fall der Schädigung (arab. *ḍarar*) durch ihren Mann ein Recht auf Scheidung. Ein Trennungsjahr bzw. eine Trennungszeit wie in Deutschland gibt es nicht:

Art. 98: Die Ehefrau kann aus einem der folgenden Gründe die gerichtliche Scheidung (arab. *ṭalīq*) verlangen⁸:

(...)

2. Schädigung (*ḍarar*);⁹ (...)

⁵ M. Robe, Das islamische Recht, 3. Aufl., München, 2011, S. 351–352.

⁶ Ibid., S. 352.

⁷ Siehe: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/BJNR006049896.html>, abgerufen am 31.8.2012.

⁸ Arabische Wurzel ist ebenfalls *ṭ-q*, wie bei *ṭalāq*.

⁹ Le Nouveau Code de la Famille avec les textes d'application. Publications de la Revue marocaine d'Administration Locale et de Développement. 4. ed. Rabat. 2006. Die deutsche Übersetzung findet sich bei: D. Nelle, Marokko, in: Alexander Bergmann/Murad Ferid/Dieter Henrich (Hrsg.) „Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht“, Berlin, 1986 ff., Lieferung 2010, S. 1–107, hierzu 78. Siehe dazu auch das iranische Scheidungsrecht nach Art. 1130 Anm. 1 Zivilgesetzbuch. Demnach erfüllen den Tatbestand der „Härte und Bedrängnis“ (arab./pers.: *‘ust-o ḥarāḡ*)

Es geht in diesem Artikel um eine rechtliche Begrifflichkeit, nämlich den Begriff „ṭalāq“ und seine Hybridisierung vor dem Hintergrund globaler Rechtsanwendungen. Der ṭalāq, gemeinhin übersetzt mit „Verstoßung“, soll in seinen verschiedenen Varianten – dem klassisch-rechtlichen, dem modern islam-rechtlichen und dem im deutschen Gerichtskontext verwendeten Verständnis – untersucht werden. Dafür ist es sinnvoll, den Blick zunächst auf den Vorgang der Kodifikation in den islamischen Ländern am Beispiel der marokkanischen Mudawwana zu richten und herauszufinden, welche Veränderungen in der Bedeutung der klassisch-islamrechtliche Begriff und das damit verbundene Rechtsinstitut des „ṭalāq“ bei der Kodifizierung in einem islamischen Staat erfahren (1). In einem zweiten Teil wird der Umgang deutscher Gerichte mit bzw. die Anwendung des ṭalāq behandelt (2). Die Hypothese ist, dass hier wie dort rechtliche Regelungen rezipiert, in das „eigene“ Rechtssystem eingepasst und dadurch in ihrem Bedeutungsgehalt geändert werden. Es entsteht mithin eine hybride Form des Begriffs.

Ziel dieses Artikels ist es nicht, die rechtliche Grundlage des IPR, wie sie oben kurz skizziert wurde, in Frage zu stellen, wohl aber für die Konsequenzen der „Transferierung“, eben das „Reisen“ fremdrechtlicher Normen in einen anderen Bereich aus islamwissenschaftlicher Perspektive zu sensibilisieren und zu fragen, wie mit der Anwendung von Teilen fremdrechtlicher Normen, die aus ihrem ursprünglichen Rechtskontext genommen werden, umgegangen wird und welche Konsequenzen sich aus der Anwendung derselben ergeben. Bei dem Begriff der Hybridität beziehe ich mich auf *Naika Foroutan*:

Hybridität tritt auf in Situationen kultureller Überschneidung, d. h. teilweise antagonistische Denkinhalte und Logiken aus unterschiedlichen kulturellen, sozialen oder religiösen Lebenswelten werden zu neuen Handlungs- und Denkmustern zusammengesetzt.¹⁰

folgende Punkte: „das Verlassen der Familie durch den Mann für sechs aufeinander folgende Monate oder insgesamt neun Monate mit Unterbrechung; die Drogen- oder Alkoholabhängigkeit des Mannes, die das Familienleben zerrüttet und beschädigt hat, und seine Weigerung, die Sucht aufzugeben, oder die Unmöglichkeit, ihn von der Sucht innerhalb einer medizinisch indizierten Zeit, die üblicherweise zum Drogenentzug nötig ist, zu befreien; die Verurteilung des Ehemanns zu einer Haftstrafe von fünf oder mehr Jahren; andauerndes Schlagen und Beleidigen (arab./ pers.: darb-o šatm) der Ehefrau oder jedes andere Fehlverhalten des Ehemanns, das im klaren Widerspruch zu den Sitten und Gebräuchen im Verhältnis zum Lebensstandard und der sozialen Position der Ehefrau steht und das Leben für die Ehefrau unerträglich macht ...“, zitiert in: *N. Yassari*: Scheidungs- und Scheidungsfolgerecht – Länderbericht Iran, in: *FamRBint*, 4.2005, S. 87–91.

¹⁰ *N. Foroutan/I. Schäfer*: Projektbeschreibung „Hybride europäisch-muslimische Identitätsmodelle“, siehe: http://de.wikipedia.org/wiki/Hybridit%C3%A4t#cite_note-0, abgerufen am 31.8.2012.

II. Vormodernes Islamisches Recht und die Kodifizierung

Unter Scharia versteht man häufig das unkodifizierte vormoderne in Rechtsschulmeinungen vorliegende islamische Recht, basierend auf Koran und den normativen Aussagen und Taten des Propheten (arab. *sunna* „Tradition“). Die Sachlage ist aber bei weitem komplexer, als es der Blick in den koranischen Text suggeriert. Seit dem 9. Jahrhundert entwickelte sich *fiqh* (arab. wörtlich eigentlich „Wissen“), die islamische Rechtswissenschaft oder Jurisprudenz. Unter *fiqh* ist diejenige Wissenschaft zu verstehen, die Regeln und Normen aus den heiligen Texten auf dem Weg der Exegese ableitet und sie für die Anwendung vorbereitet. *Fiqh* bezeichnet deshalb eine (rechts)wissenschaftliche Aktivität, die Wissenschaft bezogen auf das religiöse Recht, die Scharia. Die damit befassten Wissenschaftler sind die *fuqahāʾ* (arab. Sg. *faqīh*). Da nun diese interpretative Aktivität praktisch der einzige Zugang zum Recht ist, werden beide Termini, Scharia und *fiqh*, häufig synonym benutzt, wobei Scharia jedoch die Konnotation des göttlichen Rechts und *fiqh* die Konnotation der menschlichen Erkenntnis desselben in sich schließt.¹¹ Dem ägyptischen Juristen *Muḥammad Saʿīd al-ʿAṣmāwī* (geb. 1932) zufolge ist der Begriff des *fiqh* in allen Fällen anzuwenden, wenn es sich um islamrechtliche Regelungen, Gesetzestexte und Konzepte handelt, um nicht aus den Augen zu verlieren, dass hier immer „Menschenwerk“ vorliegt. Er kritisiert die Verwendung des Begriffes „Scharia“ in der damaligen ägyptischen Verfassung (Art. 2)¹² und argumentiert, er müsse durch „*fiqh*“ ersetzt werden, denn der ägyptische Gesetzgeber könne sich immer nur auf menschliche Exegese beziehen.¹³ Ihm ist daran gelegen, auf die Wandelbarkeit der Interpretationen rechtlicher Regelungen zu verweisen.

Das islamische Recht umfasst neben den rechtlichen Regelungen im engeren Sinn (arab. *muʿāmalāt*) klassischerweise rituelle und kultische wie moralische Regelungen und Vorschriften (arab. *ʿibādāt*), beispielsweise die Vorschriften zum Gebet, zur Pilgerfahrt etc. Das Familienrecht, das einen Kernbereich des islamischen Rechts darstellt und dessen Regelungen vielfach, wenn auch nicht ausschließlich, auf die heiligen Texte (Koran und Sunna) zurückgeführt werden, liegt in den arabischen und islamischen Ländern seit 2011 mit der Ausnahme Saudi-Arabiens in kodifizierter oder teilkodifizierter Form vor. Diese Kodifikationen gehen zwar auf klassisch-islamrechtliche Regelungen zurück, haben sie aber, wie im Folgenden zu zeigen sein wird, weiter entwickelt.¹⁴

¹¹ I. Schneider, *fiqh*, in: Oxford Encyclopedia on Islam and Politics (erscheint 2014).

¹² Siehe: http://en.wikipedia.org/wiki/2011_Provisional_Constitution_of_Egypt#Full_Text, abgerufen am 31.8.2012.

¹³ M. Saʿīd al-ʿAṣmāwī: *Uṣūl aṣ-ṣarīʿa*, 3. Aufl., Kairo, 1983, S. 29, 178 f., 195; s. a. W. E. Shepart: „Muḥammad Saʿīd al-ʿAṣmāwī and the Application of the Shariʿa in Egypt“, in: *Journal of Middle East Study*, 28.1996, S. 39–58.

¹⁴ I. Schneider, *Islamisches Recht zwischen göttlicher Satzung und temporaler Ordnung? Überlegungen zum Grenzbereich zwischen Recht und Religion*, in: *Recht und Religion*, hrsg. v. Ch. Langenfeld und I. Schneider, Göttingen, 2008, S. 138–191; M. Rohe (Fn. 5), S. 182–184.

Kodifizierung im islamrechtlichen Bereich wird normalerweise als Produkt des kolonialen Einflusses auf die islamischen Länder gewertet. Aus diesem Grund wird sie aus der Perspektive mancher muslimischer Denker auch als „unislamisch“ bezeichnet.¹⁵ Der Arabist und Literaturwissenschaftler *Thomas Bauer* bezeichnet sie gar als eine „Perversion“ des islamischen Rechts.¹⁶ Ist aber Kodifikation tatsächlich ausschließlich ein Produkt der Moderne? Es ist beispielsweise darauf verwiesen worden, dass bei einer weiten Definition des Begriffes „Kodifikation“ bzw. „Kodifizierung“ als Festlegung bestimmter Normen und Regularien durch den Herrscher Formen der Kodifikation bereits in verschiedenen vormodernen islamischen Staaten nachweisbar sind.¹⁷ Für das Osmanische Reich wird im Allgemeinen bereits ab dem 16. Jahrhundert von einer Form der Kodifikation des Rechts der im Osmanischen Reich vorherrschenden hanafitischen Rechtsschule gesprochen, und zwar in Gestalt des *qānūn-nāme*, d. h. herrscherlichen Erlasses zu rechtlichen Regelungen. In der Forschung ist diskutiert worden, ob Kodifikation als Prozess „innerhalb“ oder „außerhalb“ der Scharia verstanden werden müsse, ob sie als eine „Säkularisierung der Scharia“ zu sehen sei oder als Ausdruck der inhärenten Flexibilität dieses Rechts in der Anpassung an die Moderne oder ob nicht vielmehr eine Bewertung dieser Kodifikation der muslimischen Sicht zu überlassen sei.¹⁸ Fakt ist, dass eine Kodifizierung in zahlreichen Rechtsgebieten und vielen Staaten erfolgte¹⁹ und der Trend zur Kodifikation ungebrochen ist. In vielen Regionen soll durch Kodifikation eine Rechtsvereinheitlichung herbeigeführt und damit Rechtssicherheit gewährleistet werden. Dabei sind zwei Bereiche zu unterscheiden. Für weite Teile des Staats-, Verwaltungs- und Strafrechts sowie für viele Bereiche des Bürgerlichen Rechts finden sich keine oder fast keine konkreten Regelungen in den unumstrittenen Rechtsquellen des islamischen Rechts. Deshalb war es insoweit leicht und im Grunde sogar geboten, sich bei der Gesetzgebung von anderen Rechtsordnungen inspirieren zu lassen und nur konkret ausformulierte klassische islamische Regelungen einzuflechten. Andererseits stößt die Kodifikation auf Widerstand in denjenigen Rechtsbereichen, in denen ein großer Meinungspluralismus herrscht und die als ganz besonders prägend für den Islam verstanden werden. Das Personalstatut ist ein solcher Bereich. So wurde die irakische Familienrechtsreform der 50er Jahre des 20. Jahrhunderts von prominenter schiitischer Seite auch deshalb kritisiert, weil durch die gesetzliche Festlegung die Gerichte dauerhaft gebunden würden. Dies widerspreche

¹⁵ *M. Rohe* (Fn. 5), S. 183.

¹⁶ *T. Bauer*, *Die Kultur der Ambiguität*, Berlin, 2011, S. 181; vgl. dazu die Rezension von *I. Schneider* in: *Der Islam* 88.2012, S. 439–448.

¹⁷ Siehe den Vortrag von *M. Fierro*: „Codification of the Law in the Islamic West“ auf der Konferenz der International Society for Islamic Legal Studies 30.5.–1.6.2012 in Ankara.

¹⁸ *A. Layish*, *The Transformation of the Shari'a from Jurists' Law to Statutory Law in the Contemporary Muslim World*, in: *Welt des Islam*. 44.2004, S. 85–113, S. 91–99.

¹⁹ *I. Schneider* (Fn. 14), S. 149–164.

jedoch der aus Sicht von Wissenschaft wie auch Scharia eher offenen Natur der Personenstandsangelegenheiten. Bis heute ist die Kodifikationsdichte in vielen Staaten der islamischen Welt geringer als in Kontinentaleuropa. Damit behält, darauf weist *Rohe* zurecht hin, das traditionelle islamische Recht über die oft in den Verfassungen verankerten Subsidiaritätsklauseln einige Bedeutung. Zudem finden sich auf gesetzlicher Ebene häufig Vorschriften, in denen das islamische Recht nach einer bestimmten Schule subsidiär anzuwenden sei.²⁰ Dies ist in auch in der oben bereits erwähnten Mudawwana der Fall. In Art. 400 wird darauf verwiesen, dass bei fehlendem Text in diesem Gesetz auf das Recht der malikitischen Rechtsschule zurückgegriffen werden müsse.

Die marokkanische Mudawwana ist eines der jüngsten Beispiele einer Novellierung eines vorliegenden Familiengesetzbuches, das bereits seit 1957 besteht. In vielen ihren Regelungen wurde sie in ihrer Neufassung von 2004 als ein großer Schritt zu mehr Rechtssicherheit und Geschlechtergleichheit gelobt. Sie wird deshalb im folgenden als Grundlage für eine genauere Analyse des Terminus „ṭalāq“ herangezogen.

III. Ṭalāq im vormodernen islamischen und heutigen marokkanischen Recht²¹

1. ṭalāq

Vormodernes Recht: die klassische Form ist die Verstoßung der Ehefrau durch den Ehemann. Ein Einverständnis der Ehefrau ist nicht nötig, der Ehemann muss keine Gründe anführen, die Verstoßung kann überall erfolgen, die Frau muss noch nicht einmal dabei anwesend sein. Dies wird auf Koran 2:228–238; 65:1–6 zurückgeführt.

Mudawwana 2004: Art. 78: „Die Scheidungserklärung unter gerichtlicher Aufsicht (arab. ṭalāq) ist die Auflösung der Ehebande (ḥall mītāq az-zauḡīya); sie erfolgt auf Betreiben des Ehemannes oder der Ehefrau gemäß den für jeden von ihnen geltenden Bedingungen, unter Aufsicht des Richters und gemäß den Bestimmungen dieses Gesetzbuches.“²²

²⁰ *M. Rohe* (Fn. 5), S. 183–84.

²¹ Zur Übersetzung s. Anm. 9; *H.-G. Ebert*, Das Personalstatut arabischer Länder. Problemfelder, Methoden, Perspektiven, Frankfurt, 1996; *J. Esposito*, Women in Muslim Family Law, Syracuse, 1982; *J. Nasir*, The Islamic Law of Personal Status, 2. Aufl., London, 1990; *H.-G. Ebert*, Das neue Personalstatut Marokkos: Normen, Methoden und Problemfelder, in: *Orient*, 46, Nr. 4.2005, S. 609–631; *L. Buskens*, Recent Debates on Family Law Reform in Morocco: Islamic Law as Politics in an Emerging Public Sphere, in: *Islamic Law and Society*, Vol. 10, Nr. 1.2003, S. 70–131.

²² *D. Nelle* (Fn. 9), S. 75 ff.

Art. 78–93 sind überschrieben mit „Teil drei: der ṭalāq“²³

Art. 79 ff. regeln die generelle gerichtliche Zuständigkeit, den Versöhnungsversuch, in den jeweils ein Vertreter der Familie des Ehemannes und der Ehefrau eingebunden sind, und die gerichtliche Scheidung bei Scheitern des Versöhnungsversuchs.

Art. 89: „Hat der Ehemann seiner Frau ein Wahlrecht in Bezug auf die Scheidung zugestanden (idā mallaka az-zaūḡ zaūḡatahu ḥaqq iqā' aṭ-ṭalāq), kann diese bei Gericht die Scheidung gemäß Art. 79 und 80 beantragen.“

Vormodernes Recht in sich ist vielfältig und die Definitionen von ṭalāq in demselben sind es ebenso. Generell kann folgende Definition gelten:

Talaq: When the dissolution of the marriage-tie proceeds from the husband, it is called *talaq*. Technically, the power of the husband is absolute; but, virtually and in practice, it is restrained within definite bounds by the numerous formulae which are attached to its exercise.²⁴

Die Willkür der Ausübung der Verstoßung ist mithin nur durch die Wortwahl beschränkt. In den klassischen Rechtswerken werden folgende Arten der Scheidung behandelt: ṭalāq als die grundlegende Art der Scheidung und Vorrecht des Mannes, die Frau zu verstoßen; ḥul' (arab. Loskauf) und fash' (arab. Auflösung).²⁵ Umstritten ist bereits, ob ḥul' auch als fash' bezeichnet werden kann.

Die Übersetzung als „Verstoßung“ im vormodernen Recht ist mithin sinnvoll, sie trägt der Einseitigkeit des Rechtsakts Rechnung.

Bezeichnend für die Mudawwana ist, dass in Art. 78, anders als im klassischen Recht, Ehemann und -frau genannt sind, die den ṭalāq betreiben können, wobei „ṭalāq“ als „Auflösung der Ehebande“ beschrieben wird. Der ṭalāq ist laut Art. 78 an Bedingungen gebunden und hat vor Gericht zu erfolgen. Die Bedingungen sind offenbar nicht gleich nach Geschlechtern, denn die Formulierung lautet: Ehemann und Frau „jeder nach seinen/ihren Bedingungen“. Die Mudawwana von 2004 weicht insofern vom vormodernen Recht deutlich in vier Punkten ab:

a) Definition als Lösung des Ehevertrags;

²³ Die Übersetzung von *D. Nelle* Fn. 9), S. 75, lautet hier fälschlich: „Scheidungserklärung unter gerichtlicher Aufsicht“. Das steht nicht im arabischen Gesetzestext.

²⁴ *A. A. Khan/T. Khan* (u. a.): „Encyclopaedia of Islamic Law“, New Delhi, 2010, überarb. Ausg., Bd. 6, S. 381 f.; das alleinige Vorrecht des Ehemannes wird auch betont im Artikel „ṭalāq“, in: *al-Mausū'a al-fiqhīya*, hrsg. v. Wizārat al-auqāf wa-š-šū'ūn al-islāmīya, 4. Aufl., Kuwait, 1993, 45 Bde.

²⁵ Als klassische Quelle siehe das rechtsschulvergleichende Werk des *M. b. Rušd al-Qurṭubī* (Ibn Rušd, gest. 1198), *Bidāyat al-muḡtahid wa-nihāyat al-muqtaṣid*, 6. Aufl., Beirut, 1983, 2 Bde., Bd. 2, S. 60 ff. Es folgen daneben noch weitere Arten wie u. a. „ḡihār“ und „li'ān“, die heute jedoch keine entscheidende Rolle mehr spielen; Denker nennt sie „archaisch“ in: *H. Denker*, Die Wiedereinführung des Ḥul' und die Stärkung der Frauenrechte. Eine Studie zur Reform des Personalstatusrechts im islamischen Rechtskreis am Beispiel des ägyptischen Gesetzes Nr. 1 von 2000; s. auch *S. Tellenbach/T. Hanstein*, Beiträge zum Islamischen Recht IV, Frankfurt a. M. [u. a.], 2004, S. 125–209, hierzu S. 130 f.

- b) Gerichtsbindung;
- c) Verknüpfung mit einem obligatorischen Versöhnungsverfahren;
- d) Bindung an Bedingungen auch für den Ehemann.

Allerdings könnte man einen Widerspruch zu Art. 89 sehen, demzufolge der Mann die Frau mit dem *ṭalāq* betrauen kann (arab. *mallaka*, i. e. *tamlīk*) – so dass nach diesem Artikel die eigentliche Ausübung immer noch beim Ehemann gesehen wird, der nur eben – und das ist klassisch-rechtlich – seine Frau bevollmächtigt, den *ṭalāq* auszusprechen. Man könnte aber auch argumentieren, dass Art. 78 ja geschlechterspezifische Bedingungen („gemäß den für jeden von ihnen geltenden Bedingungen“) vorsieht und diese eben in Art. 89 konkretisiert werden. Dennoch entsteht aus diesen beiden Artikeln eine gewisse Hybridität der Bedeutung von „*ṭalāq*“. Sie ist an sich nicht untypisch für islamische Gesetzes- und auch Verfassungstexte, sondern reflektiert den Diskursprozess um die Modernisierung des Rechtes, die Aushandlungen, die um die Überarbeitung der klassisch-rechtlichen islamischen Normen und Termini und ihre Einpassung in einen modernen Gesetzestext stattfinden. Die in den Kodifikationen niedergelegten Artikel sind Ergebnis zäher Verhandlungen und langwieriger Diskursprozesse zwischen traditionell denkendem Gelehrtenestablishment, staatlichen Organen und Instanzen, die an der Entwicklung und Abstimmung der Gesetzestexte beteiligt sind, sowie zivilgesellschaftlichen Organisationen, hier vor allem den besonders aktiven Frauenrechtsorganisationen seit Beginn des 20. Jh. und im späten 20. Jh. den Menschenrechtsorganisationen.

Neben der Gerichtsbindung ist der nun gesetzlich festgelegte Versöhnungsversuch, der zwar koranrechtlich legitimiert wird, jedoch im vormodernen Recht keine Rolle spielt²⁶, von Bedeutung (Art. 81–83).²⁷ Durch die Unterwerfung unter dieses Verfahren werden sowohl der scheidungswillige Ehemann als auch die scheidungswillige Ehefrau durch eine weitere Instanz – die beiden aus den Familien zu bestimmenden Schiedsrichter – an der sofortigen Verwirklichung ihres Ziels gehindert.

Nach empirischen Ergebnissen, resultierend aus der Analyse von Gerichtsurteilen in Fez und Tetouan, wird der *ṭalāq* in marokkanischen Gerichten sehr häufig beantragt, und zwar praktisch durchweg von Männern.²⁸

²⁶ *Ibn Rušd*, *Bidāyat* (Fn. 25), Bd. 2, S. 98: Die Gelehrten sind sich einig, dass es erlaubt ist, zwei Schiedsrichter hinzuzuziehen, die aus den Familien kommen.

²⁷ Erst wenn der Versöhnungsversuch scheitert, kann die Trennung vollzogen werden. Der Ehemann muss dazu innerhalb einer Frist von 30 Tagen eine Geldsumme hinterlegen, die nicht nur die Ansprüche der Kinder, sondern auch das vereinbarte, aber noch nicht bezahlte Brautgeld, den Unterhalt in der Wartezeit sowie eine Entschädigung für die Ehefrau in Abhängigkeit von den konkreten Bedingungen (Ehedauer, wirtschaftliche Lage des Ehemannes ...) abdeckt, vgl. Art. 84 und 85 der *Mudawwana*; s. a. *H.-G. Ebert* (Fn. 21), S. 625 ff.

²⁸ Ich danke Frau Hanane El Boussadani für ihre Auskunft zu den vorläufigen Ergebnissen ihrer Feldforschung.

2. Einvernehmliche Scheidung

Vormodernes Recht: (arab. ḥul', mubāra'a). Diese Scheidungsart wird mit Koran: 2:229 und 4:128 gerechtfertigt, ebenso mit prophetischen Traditionen. Demnach kann sich eine Frau von ihrem Mann loskaufen. Traditionellerweise wurden alle Belege dahingehend interpretiert, dass dafür die Zustimmung des Ehemannes vorliegen muss.²⁹

Mudawwana 2004: (arab. bi-ttifāq, ḥul'). Art. 114–123: Beendigung der ehelichen Beziehungen (arab. inhā' al-'aḳāt az-zaḡīya) durch „Loskauf“ ist nun möglich, beide können den Antrag stellen. Das Gericht entscheidet.

Erweitert wurden die Möglichkeiten, eine Ehe einvernehmlich (bi-ttifāq) oder durch eine Entschädigungszahlung an den Ehemann (ḥul') aufzulösen (Art. 114–120). Nach dem Vorbild der ägyptischen Regelung im Gesetz Nr. 1 von 2000 (Art. 20)³⁰ kann die Frau auf diese Weise ohne Angabe von Gründen auch gegen den Willen des Mannes eine solche Scheidung durchsetzen, allerdings unter finanziellem Verlust. Denn sie muss im Allgemeinen ihr Brautgeld (arab. mahr) oder einen anderen Betrag an den Ehemann zurückzahlen. Sinn des Brautgeldes im vormodernen Recht ist aber gerade die finanzielle Absicherung der Frau nach der Scheidung oder dem Tod des Ehemanns, da über die Wartezeit hinaus keine Abfindungen im vormodernen Recht bezahlt werden.

Das zuständige Gericht in Marokko legt heute bei grundsätzlicher Einigung, aber bestehenden Meinungsverschiedenheit in der Höhe der Entschädigung, lediglich eine angemessene Entschädigung fest (Art. 120). Sollte sich der Ehemann der Scheidung dennoch widersetzen, wird nach dem Verfahren des Zerwürfnisses (arab. šiqāq) verhandelt. Hier wie dort ist ein Versöhnungsversuch vorgesehen. Nach der Untersuchung der Gerichtsurteile wird die ittifāq-Scheidung³¹ schneller durchgeführt, da hier eine gemeinsame Verzichtserklärung unterzeichnet wird und diese dann vor Gericht gilt.

3. Gerichtliche Scheidung I

Vormodernes Recht: Die gerichtliche Scheidung kann von der Frau nur bei Vorliegen bestimmter Gründe, beantragt werden. Hier unterscheiden sich die Rechtsschulen erheblich.

Mudawwana 2004 (arab. taṭlīq). Art. 94: „Verlangt einer der Ehegatten oder verlangen beide Ehegatten die Entscheidung einer Streitigkeit vor Gericht (arab. ḥall nizā'), in welcher die

²⁹ H. Denker (Fn. 25), S. 141.

³⁰ Ibid., S. 171.

³¹ Dies beruht auf einer Auskunft von Frau Hanane El Boussadani, der ich dafür danke.

Eheleute gegeneinanderstehen und welche zu ihrem Zerwürfnis (arab. šiqāq)³² zu führen droht, hat das Gericht jedweden Versöhnungsversuch gemäß Art. 82 zu unternehmen.“

Art. 95–97: Das Gericht hält dieses Zerwürfnis im Protokoll fest und entscheidet auf Scheidung (arab. taṭlīq).³³

Mālik b. Anas (gest. 795), Eponym der malikitischen Rechtsschule, und *Ibn Rušd* (gest. 1198) handeln diese Scheidungsarten unter der Terminologie taḥyīr (arab. vor die Wahl stellen) und tamlik (arab. Übertragen) ab, eine Terminologie, die, jedenfalls was tamlik betrifft, in Art. 89 bereits angeklungen war.³⁴ In der Moderne hat sich der Terminus taṭlīq durchgesetzt, der zwar dieselbe Wurzel wie ṭalāq hat (ṭ-l-q), jedoch eine andere Ableitung.

Die Feststellung der „Schuld“ eines Ehepartners am Zerwürfnis bildet die Grundlage für eine Entschädigung und spielt mithin in diesem Zusammenhang eine große Rolle. *Ebert* befürchtete deshalb, beide Ehepartner würden bemüht sein, dem jeweils anderen die Verletzung eines „normalen“ Ehelebens zur Last zu legen, um eine möglichst hohe Entschädigung zu erhalten bzw. eine möglichst geringe zu zahlen.³⁵ Andererseits hat empirische Forschung gezeigt, dass diese Scheidungsart häufig von Frauen genutzt wird und dass nicht bei der ḥul'-Scheidung, sondern hier Frauen am ehesten die Möglichkeit haben, ohne finanzielle Nachteile geschieden zu werden.³⁶

4. Gerichtliche Scheidung II

Vormodernes Recht:

- A) Ein der Frau zugefügter Schaden oder Nachteil (arab. ḍarar), der physische oder psychische Folgen hervorruft, die das Zusammenleben unmöglich machen;
 - B) Verschollenheit des Mannes (arab. ġaiba);
 - C) Mehrjährige Gefängnisstrafe des Ehemannes (arab. ḥabs);
 - D) Fehlende Unterhaltsleistung durch den Mann (arab. 'adam al-infāq);
- Die unter A–D angegebenen Scheidungsgründe werden im vormodernen Recht nicht von allen Rechtsschulen, wohl aber von den Mālikiten akzeptiert.

³² *D. Nelle*, Marokko (Fn. 9), S. 77, übersetzt hier mit „Uneinigkeit“, jedoch erscheint mir „Zerwürfnis“ angemessener weil stärker.

³³ Dazu mit Fallanalyse: *H. El Boussadani*, The Šiqāq-divorce under Moroccan Family Law. A reading from a Court judgment, in: *Orient*, 1.2012, S. 38–43.

³⁴ Die Terminologie „taṭlīq“ oder „tafrīq“, die in der Moderne stärker benutzt wird, findet sich unter dem Titel „tamlik“, der Übertragung des Scheidungsrechts an die Frau, in: *Ibn Rušd*: „*Bidāyat*“ (Fn. 25), Bd. 2, S. 66 f. (S. 71); zu den klassischen Scheidungsarten allerdings ohne Benennung der Terminologie siehe: *J. T. Nasir*, „Islamic Law“ (Fn. 21), S. 118 ff.; zur malikitischen Regelung der Scheidung beispielsweise bei Abwesenheit des Mannes siehe: *M. b. Anas*, *al-Muwaṭṭa*, hrsg. v. 'Ā. Al-Ḥāḡḡ (u. a.), Beirut, 1988, S. 416–417 und S. 421–423; unter dem Titel von ḥiyār wird der Grund der „Schädigung“ (arab.: ḍarar) genannt und die Ehefrau wird vor die Wahl gestellt und kann sich trennen, wenn sie das will (in šā'at fāraqat).

³⁵ *H.-G. Ebert* (Fn. 21), S. 625–626.

³⁶ *H. El Boussadani* (Fn. 33), S. 38–43.

- E) Makel (arab. 'aib), wie schwere Krankheit oder Impotenz des Mannes, der die Aufrechterhaltung normaler ehelicher Beziehungen behindert, der Ehefrau bei Eheschließung nicht bekannt war oder von ihr nach Eheschließung nicht akzeptiert wird.

Mudawwana 2004: (arab. taṭlīq) II

- A) Art. 98–101
- B) Art. 98, 104
- C) Art. 98, 106
- D) Art. 98, 102
- E) Art. 98, 107

5. Vertragliche Ehescheidungsgründe

Vormodernes Recht: In den Ehevertrag können Gründe aufgenommen werden, die bei Vorliegen der Frau das Recht auf Scheidung geben. Der Vertrag wird auch vom Mann unterzeichnet, diese Gründe sind also auch von ihm akzeptiert. Ein häufiges Beispiel wäre das vertraglich festgelegte Scheidungsrecht im Fall einer Zweitehe des Mannes.

Mudawwana 2004: Diese Möglichkeit besteht ebenfalls nach Art. 89.

Auch hier fällt terminologisch auf, dass diese Bestimmungen, die nicht in allen klassischen Rechtsschulen galten, wohl aber im malikitischen Recht³⁷, nicht mit ṭalāq bezeichnet werden, sondern mit taṭlīq. Die Bestimmungen über die Klagemöglichkeit der Frau auf gerichtliche Scheidung (Art. 98) sind weitgehend bestehen geblieben, weil die Mudawwana malikitische Recht kodifizierte, das bereits in der Vormoderne Frauen diese Möglichkeit zur Scheidung gab. Andere Personalstatuten wie beispielsweise Ägypten und Afghanistan haben diese malikitischen Scheidungsgründe trotz anderer Prägung – beide Länder sind mehrheitlich durch die hanafitische Rechtsschule geprägt – übernommen und damit die Möglichkeit für Frauen, eine Scheidung gegen den Willen des Mannes zu erreichen, erheblich erweitert.

Über die reine Scheidungsregelung hinaus beinhaltet Art. 4 mit der Verantwortlichkeit *beider* Eheleute in der Ehe eine wichtige Neuerung.³⁸ Sie könnte Strahlkraft für die Rechtsfortbildung auch in anderen Ländern entwickeln. Nach Art. 4 ist die Ehe ein Vertragsverhältnis, durch das eine stabile Familie auf der Basis von Treue und Sittlichkeit „unter der Leitung beider Ehegatten (bi-ri'āyat az-zaūğain)“ geschaffen werden soll. Damit ist die noch im alten

³⁷ *Ibn Rušd*, Bidāyat (Fn. 25), Bd. 2, S. 71.

³⁸ *H.-G. Ebert* (Fn. 21), S. 629.

Gesetz und generell in vielen Personalstatuten der islamischen Welt vorherrschende Rollenverteilung mit dem Führungsanspruch des Mannes auf der Basis seiner finanziellen Leistungen durch Brautgeld und Lebensunterhalt, dem die Gehorsamspflicht der Frau gegenübersteht, aufgehoben. Jedoch bestehen, auch im Bereich der Scheidung, wie im Bereich der prinzipiell noch möglichen Polygynie und der Ungleichheit im Erbrecht beispielsweise, viele gesetzliche Regelungen weiter, in denen keine Geschlechtergleichheit zu erkennen ist.

Marokko hat sich durch die Ratifizierung internationaler Konventionen, hier vor allem der Frauenrechtskonvention, zu einer Anpassung der Gesetzgebung an internationale rechtliche Normen der Gleichheit verpflichtet. Nichtsdestotrotz bestehen immer noch Vorbehalte Marokkos gegen die Artikel 2, 9, 15 (4), 9 (2), 16 und 29 der Frauenrechtskonvention:

Declaration Article 2

The Government of the Kingdom of Morocco expresses its readiness to apply the provisions of this article provided that:

– ...

- They do not conflict with the provisions of the Islamic Sharia. It should be noted that certain of the provisions contained in the Moroccan code of Personal Status according women rights that differ from the rights conferred on men may not be infringed upon or abrogated because they derive primarily from the Islamic Sharia, which strives, among its other objectives, to strike a balance between the spouses in order to preserve the coherence of family life.³⁹

Mit der Einführung einer Gerichtsbindung der Scheidung, des gerichtlich vorgeschriebenen Versöhnungsverfahrens sowie der einverständlichen Scheidung und der Scheidung auch gegen den Willen des Mannes hat die Novellierung der Mudawwana von 2004 erhebliche Änderungen hin zu einer größeren Rechtssicherheit und zu einer größeren Geschlechtergleichheit gebracht. Aus der Perspektive der Gleichstellung der Geschlechter lässt sich mithin die Benennung der Geschichte der Kodifizierung als eine „Perversion“ nicht nachvollziehen. Das allerdings ist kein Automatismus. Kodifikation kann nicht immanent mit der Verankerung von größerer Geschlechtergleichheit oder gar der Angleichung an die in den internationalen Abkommen festgelegten Normen gesehen werden. Die nach dem arabischen Frühling einsetzenden neuen Diskussionen, die zunehmende Rolle islamistischer Organisationen in Tunesien und Ägypten beispielsweise, bergen dagegen durchaus die Gefahr der Abkehr von dieser Entwicklungslinie. Gerade islamistische Geschlechterkonzepte sind stärker auf die Hierarchisierung der Geschlechterrollen hin konzipiert. Dies gilt selbst, wenn sie in der Öffentlichkeit teilweise heftig durch weibliche Akteure vertreten werden. Hier liegt ein Potential für eine Verankerung von Geschlechterbildern und

³⁹ Vgl. <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reservations-country.htm>, abgerufen am 31.8.2012.

Rollenverständnissen, in denen Ungleichheiten und Hierarchien explizit religiös gerechtfertigt werden.⁴⁰

IV. Anwendung des Scheidungsrechts islamischer Personalstatuten an deutschen Gerichten

Beruft deutsches IPR islamisch geprägte Rechtsnormen zur Anwendung, stellt sich oft die Frage nach der Vereinbarkeit der konkreten Rechtsfolgen mit dem in Art. 6 EGBGB verankerten Grundsatz des deutschen Ordre Public. In bestimmten Kollisionspunkten können Normen oder Gesetze der Familienrechte islamischer Länder dem Ordre Public widersprechen. Zwar hat, wie oben gezeigt, die Kodifikation in den islamischen Ländern in vielen Fällen eine stärkere Berücksichtigung der Rechte, aber keine Gleichstellung der Frauen mit sich gebracht. Darüber hinaus bestehen durch die inhärenten Diskussionsprozesse gewisse Widersprüchlichkeiten in den Gesetzestexten.

Seit dem 21.6.2012 gilt in der Bundesrepublik eine Neuregelung des internationalen Scheidungsrechts in Gestalt von „Rom III“.⁴¹ In der Substanz geht es darum, dass im Anwendungsbereich dieser Neuregelung die Beteiligten im Wesentlichen wählen können, ob ihre Ehescheidung nach dem Recht des (gemeinsamen) gewöhnlichen Aufenthalts der Beteiligten oder aber nach der Staatsangehörigkeit abgewickelt werden soll, während bislang eine Anknüpfung an das Ehwirkungsstatut des Artikels 14 erfolgte und damit sehr häufig die gemeinsame Staatsangehörigkeit allein maßgeblich war. Auf der Grundlage dieser Neuregelung dürfte in vielen Fällen im Ergebnis das Recht am Gerichtsort, das sich mit dem gewöhnlichen Aufenthalt der Beteiligten deckt, zur Anwendung kommen und nicht mehr das inzwischen doch sehr ferne Recht der Staatsangehörigkeit. Dies wirft die spannende Frage auf, ob die bewusste Wahl des Heimatrechts Ordre Public-relevant werden kann in dem Sinne, dass gegebenenfalls auf eigene Rechte im Sinne der Gleichberechtigung verzichtet wird. Kann die Partei wirksam verzichten? Oder muss der Ordre Public generell zur Wahrung inländischer Prinzipien dienen?⁴² Auch hier ist neben dem rein rechtlichen Aspekt einer Wahl, die völlige Entscheidungsfreiheit suggeriert, die Einbindung der Akteure in gesellschaftliche, häufig patriarchalisch geprägte, religiöse und ethnische Strukturen zu bedenken.

Ohnehin wird man auch künftig noch mit dem *ṭalāq* zu tun haben, etwa in deutsch-iranischen Fällen, insofern das Niederlassungsübereinkommen von 1929 weiterhin spezieller wirkt.⁴³

⁴⁰ I. Schneider, *Der Islam und die Frauen*, München, 2011, S. 171–177.

⁴¹ Diesen Hinweis verdanke ich Prof. Dr. Mathias Rohe; s. a.: P. Pietsch, *Rechtswahl für Ehesachen nach Rom III*, NJW 2012, S. 1768.

⁴² Ich danke Prof. Dr. Mathias Rohe für etliche Hinweise und Überlegungen in dem folgenden Abschnitt.

⁴³ M. Andrae, *Anwendung des islamischen Rechts im Scheidungsverfahren vor deutschen Gerichten*, in: NJW 2007, Heft 24, S. 1730–1733.

Im Folgenden soll anhand eines Fallbeispiels die Problematik der Anwendung ausländischer Rechtsregeln aufgezeigt werden:

*Fallbeispiel*⁴⁴:

M. und F., Algerier muslimischen Glaubens, hatten 1969 in Algerien wirksam die Ehe geschlossen und waren nach Deutschland übersiedelt, wo sie seitdem ihren Lebensmittelpunkt haben. Seit 2004 leben sie getrennt, 2008 stellte M. einen Scheidungsantrag vor dem zuständigen deutschen Familiengericht. Im Gerichtstermin spricht M. unter Protest der F. und im Beisein zweier muslimischer Zeugen dreimal die Verstoßung seiner Frau aus. Das Gericht gibt daraufhin dem Scheidungsantrag statt.

Es ist algerisches Recht angewandt worden, weil auch deutsches Recht zum selben Ergebnis, zur Scheidung, gekommen wäre. Mithin fand in Übereinstimmung mit dem EGBGB eine ergebnisorientierte Anwendung des algerischen Personalstatuts statt. Die deutsche Scheidung ergibt sich alleine schon aus der Zeit des Getrenntlebens. Aber es ist – unter Protest der Frau – der *ṭalāq* ausgesprochen worden. Welche genaue Bedeutung hat der *ṭalāq* in diesem Kontext? Warum wurde er angewandt? Der *ṭalāq* ist für die Scheidung an sich nicht relevant, es gilt natürlich das Urteil des deutschen Gerichts.

Die Antwort, die von vielen Juristen im IPR gegeben wird, ist vor allem eine pragmatische. Frauen, die einen *ṭalāq* vorweisen, können in ihrer Heimat problemlos wieder heiraten, während eine deutsche Scheidung eventuell nicht anerkannt wird und die Frau dann nicht wieder heiraten könnte.⁴⁵ Für einen Mann bestünden solche Schwierigkeiten nicht, da er auch nach algerischem Recht mehrere Frauen heiraten darf.

Die Scheidung unterliegt, so argumentiert *Scholz*, nach Art. 17 Abs. 1 S. 1 in Verbindung mit Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB algerischem Recht, das die Verweisung annimmt.⁴⁶ Nach Art. 48 des algerischen Familiengesetzbuches, des Gesetzes Nr. 84-11/1984, novelliert 2005, kann eine Ehe durch Verstoßung der Ehefrau seitens des Ehemanns geschieden werden. In Algerien wurde der *ṭalāq* wie in Marokko durch die Vorschaltung eines obligatorischen Versöhnungsverfahrens sowie vor allem durch Bindung an das Erfordernis einer vorherigen richterlichen Genehmigung gegenüber der vormodernen Verstoßung abgeschwächt und findet sich in dieser Form im neuen Gesetz von 2005 in den Artikeln 48 ff:

Art. 48. Die Scheidung (arab. *ṭalāq*) ist die Auflösung der Ehe. Sie erfolgt aufgrund (sic!, IS) Willenserklärung des Ehemannes, durch gegenseitiges Einvernehmen beider Ehegatten

⁴⁴ Aus: *P. Scholz*, Grundfälle zum IPR: Ordre-public-Vorbehalte und islamisch geprägte Recht – Teil 1 (Allgemeiner Teil), ZJS 2010 II, S. 185–197; *ders.*, Grundfälle zum IPR: Ordre-public-Vorbehalte und islamisch geprägte Recht – Teil 2 (Besonderer Teil), ZJS 2010 III, S. 325–339. Das Fallbeispiel 4 (Teil I, S. 191 f.) ist ein, wie *Scholz* mitteilt, konstruierter Fall.

⁴⁵ So Mathias Rohe in einem persönlichen Gespräch anlässlich der Konferenz „Freedom of Religion and Gender Equality“ in Heidelberg vom 3.–5. Mai 2012. Untersuchungen dazu scheint es nicht zu geben.

⁴⁶ *P. Scholz*, ZJS 2010 II, S. 185, 191.

oder auf Antrag der Ehefrau innerhalb der Schranken der in Art. 53 und 54 vorgesehenen Fälle.⁴⁷

Anders als in der Mudawwana ist also nicht vom *ṭalāq* als einer Auflösung der Ehe, die Mann und Frau initiieren können, die Rede. Allerdings sieht Art. 52 bei einem Missbrauch des Verstoßungsrechts durch den Ehemann dessen Verurteilung zum Schadensersatz vor. Verfahrensgemäß hat der Richter ein auch von den Parteien zu unterzeichnendes Protokoll aufzunehmen, welches die bezüglich des obligatorischen Versöhnungsversuchs unternommenen Handlungen und deren Ergebnisse zu bezeichnen hat. Der Staatsanwalt als Vertreter des öffentlichen Interesses hat für die Eintragung beim Standesamt zu sorgen (Art. 49). Während der Ehemann für sein Scheidungsbegehren keine Gründe vorzubringen braucht, kann die Frau eine Scheidung nach wie vor nur bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen erlangen (Art. 53),⁴⁸ wobei ähnlich wie in Marokko die zu einer Scheidung auf Initiative der Frau berechtigenden Gründe erweitert wurden. *Nelle* schließt daraus, dass abgesehen von Beweisfragen kaum noch ein Unterschied zum nahezu ungebundenen Verstoßungsrecht des Mannes bestehe,⁴⁹ verkennt dabei jedoch meines Erachtens die Problematik eben dieser der Frau obliegenden Beweislast, die ja einem völlig voraussetzungslosen Recht auf den *ṭalāq* durch den Mann gegenübersteht. Weiterhin ignoriert diese rechtliche Argumentation die möglichen gesellschaftlichen, religiösen Konstituenten einer immer noch weitgehend patriarchalisch geprägten Gesellschaft. Zu erörtern wäre auch hier die jeweilige gerichtliche Umsetzung, die einer empirischen Forschung vor Ort bedarf.

Scholz diskutiert den oben genannten Fall mit Blick auf die Frage, ob das Ergebnis im konkreten Fall im Rahmen des deutschen Rechts untragbar sei. Er verneint dies, da nach überzeugender herrschender Meinung dies nicht der Fall sei, wenn die Ehe auch nach deutschem Recht hätte geschieden werden können.⁵⁰ Damit pocht er auf das Argument der Ergebnisorientierung und kommentiert:

Zweifel an der Vermutung der Verfassungsmäßigkeit dieses Ergebnisses bestehen nicht. Im Ergebnis greift also die Vorbehaltsklausel nicht ein.⁵¹

Den Protest der Frau gegen die Ausführung des *ṭalāq* ignoriert er in seiner Argumentation, obwohl dieser Protest die Argumentation der „Pragmatiker“ widerlegt, der zufolge dieser Ausspruch des *ṭalāq* vor einem deutschen Gericht nur dann hinnehmbar sei, wenn damit für die Frau eine rechtliche Erleichterung durch die Anerkennung der Scheidung im Heimatland verbunden ist. Die Frage,

⁴⁷ *D. Nelle*, Algerien, in: A. Bergmann/M. Ferid/D. Henrich: Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Berlin, 1986 ff., hierzu 192. Lieferung 2011, S. 55.

⁴⁸ *D. Nelle*, Familienrechtliche Modernisierung und islamische Bioethik im neuen Familiengesetzbuch von Algerien, in: StAZ 10/2005, S. 289, 293–294.

⁴⁹ *D. Nelle*, Modernisierung, StAZ 10/2005, S. 293.

⁵⁰ *P. Scholz*, ZJS 2010 II, S. 185, 191.

⁵¹ *Ibid.*

was mit der dreimaligen Verstoßung vor Gericht erreicht werden kann und soll, stellt sich deshalb in verschärfter Form.

Der *ṭalāq* vor deutschen Gerichten ist verschiedentlich kommentiert worden.⁵²

So mochte 2009 das Amtsgericht Frankfurt dem Antrag eines pakistanischen Staatsbürgers auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe nicht zustimmen, weil nach Art. 6 EGBGB das pakistanische Scheidungsrecht mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts, insbesondere mit den Grundrechten offensichtlich unvereinbar sei. Der *ṭalāq* sei von den sonstigen richterlichen Tätigkeiten so wesentlich verschieden, dass er völlig aus dem in Deutschland dem Richter obliegenden Aufgabenkreis herausfalle.⁵³

Dieses Urteil wurde durch das OLG Frankfurt/M. (Nr. 896) aufgehoben.⁵⁴ In der Begründung führt Richter *Ostermüller* aus:

Dem muslimisch pakistanischen Ehemann steht das einseitige Recht zu, die Ehefrau ohne Gründe zu verstoßen (*talaq*), wobei nach sunnitischem Recht die mündliche Aussprache auch in Abwesenheit der Ehefrau genügt (...). Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt. Der Antragsteller hat gegenüber der Antragsgegnerin in deren Abwesenheit den *talaq* ausgesprochen. Die Bestimmung des Art. 6 EGBGB steht der Anwendung des *talaq* nicht entgegen. In diesem Zusammenhang kommt es nicht darauf an, ob das pakistanische und das deutsche Recht auf widerstreitenden Prinzipien beruhen, sondern allein darauf, ob das konkrete Ergebnis der Anwendung des pakistanischen Rechts aus der Sicht des deutschen Rechts zu *missbilligen* ist (...). Letzteres ist jedenfalls dann nicht der Fall, wenn der Ausspruch der Scheidungsformel nach pakistanischem Recht nicht gegen den Willen der Ehefrau erfolgt (...). Die Scheidung wegen der Erklärung des *talaq* verstößt auch nicht gegen die wesenseigene Zuständigkeit deutscher Gerichte, denn das Gericht spricht keinen *talaq*, sondern es spricht die Scheidung in einem *Verfahren nach der ZPO* aus. Der *talaq* bildet in diesem Zusammenhang lediglich den Scheidungsgrund.⁵⁵

Diese Ausführungen enthalten auch nicht den Hauch einer Kritik an dem einseitigen Recht des pakistanischen Ehemanns, das ja ganz im Einklang mit dem vormodernen Recht steht. Dass dieses Recht in Abwesenheit der Frau ausgeübt werden kann, erscheint offensichtlich unproblematisch, allerdings wird von ihrem Einverständnis ausgegangen. Mithin werden zwei wesentliche Elemente der Rechtsfortbildung in islamisch geprägten Ländern im Bereich der Scheidung ignoriert: die Gerichtsbindung, die mit der physischen Anwesenheit der Frau verbunden ist, und das Versöhnungsverfahren. *Ostermüller* bezieht sich in seiner Argumentation auf *Andrae*, die gleichfalls betont hatte, dass eine Scheidung

⁵² Ich diskutiere hier den Bezug auf Rechte islamisch geprägter Länder. Der Bezug auf die Türkei ist unerheblich, weil hier kein islamisch geprägtes Familienrecht mehr vorliegt und eventuelle Probleme vor allem güterrechtlicher Natur sind, siehe: H. W. Odendahl, Zum Scheidungs-IPR der in Deutschland lebenden Migranten aus der Türkei, IPRax 2005, Heft 4, S. 320, 324.

⁵³ J. Ostermüller, 4. Verfahrensrecht a) Prozesskostenhilfe, Nr. 896; OLG Frankfurt/M., 5. FamS, Beschluss vom 11.5.2009, FamRZ 2009, S. 1504.

⁵⁴ J. Ostermüller, Verfahrensrecht (Fn. 53), S. 1504–1505.

⁵⁵ J. Ostermüller, Verfahrensrecht (Fn. 53), S. 1505 f.

wegen der Erklärung des *ṭalāq* nicht gegen die wesenseigene Zuständigkeit des deutschen Gerichts verstoße:

Ausgangspunkt ist, dass der Richter keinen Talaq ausspricht, sondern die Scheidung auf Grund des Talaq in einem Verfahren nach der ZPO ausgesprochen wird. Der Talaq wird damit zum bloßen Scheidungsgrund, denn die Gestaltungswirkung wird erst durch das Urteil herbeigeführt. Einseitigkeit und Beliebigkeit des Talaq werden dadurch abgemildert, dass die Ehefrau im Verfahren rechtliches Gehör erhält und die Scheidung auf dieser Grundlage nur erfolgt, wenn die Ehefrau zustimmt oder die Voraussetzungen für die Scheidung auch nach deutschem Recht vorliegen.⁵⁶

Andrae sieht einen Verstoß gegen den Ordre Public nur dann als gegeben, wenn die Ehefrau mit der Scheidung nicht einverstanden ist und die Voraussetzungen für eine Scheidung nach deutschem Recht nicht vorliegen und geht von dem gerichtlichen Gehör der Frau aus. Sie argumentiert allerdings weiterhin:

Die Verstoßung, die einseitig nur dem Ehemann zusteht und durch diesen letztlich willkürlich gehandhabt werden kann, verstößt eklatant gegen die Menschenwürde und den Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau.⁵⁷

Damit hat *Andrae* die Geschlechterproblematik des *ṭalāq* als einseitiges nur dem Ehemann zustehendes Recht benannt und erkannt und sieht Grenzen der Anwendung des *ṭalāq* an deutschen Gerichten. Sie kritisiert den BGH, wenn er annimmt, dass der Ehemann durch das Urteil zum Ausspruch der Scheidungsformel zu verpflichten sei, wenn das ausländische Recht dies bestimmt und nur dadurch die Auflösung der Ehe bewirkt wird. Ihrer Sicht nach kann ein deutsches Gericht den *ṭalāq* gerade noch passiv als Scheidungsgrund hinnehmen, vor allem wenn er an ein Versöhnungs- bzw. Anhörungsverfahren gekoppelt ist.

Was bedeutet es nun, wenn *Andrae* den *ṭalāq* als „bloßen Scheidungsgrund“ bezeichnet? Sie meint damit vermutlich, dass er in diesem Kontext keine Rechtswirksamkeit entfaltet. Man könnte argumentieren, dass der *ṭalāq* am deutschen Gericht damit mehr oder weniger die Bedeutung eines Rituals erhält. Dass Rechtswirksamkeit aber nicht völlig ausgeschlossen ist, geht aus der Argumentation der „Praktiker“ hervor, die den Akt der dreimaligen Verstoßung mit der erstrebten Anerkennung im Heimatland rechtfertigen. Während der *ṭalāq* in Deutschland keine Rechtswirksamkeit entfaltet, tut er dies in Algerien sehr wohl, ja, die Entfaltung seiner Wirksamkeit ist sogar Ziel der Ausführung des Rituals. Allerdings wäre er in Algerien an ein Versöhnungsverfahren gebunden. Das Verfahren in Deutschland weicht mithin vom Verfahren des algerischen Rechts ab.

Ein gewisses Unbehagen verspürt *Andrae*, wenn sie einräumt, dass ein *ṭalāq* in ein Verfahren nach der ZPO nicht hineinpasst und zu einer Prozess-

⁵⁶ M. Andrae, Anwendung des islamischen Rechts im Scheidungsverfahren vor deutschen Gerichten, NJW 2007, S. 1730, 1732.

⁵⁷ Ibid., S. 1731.

handlung nötige, die die Ehefrau herabsetze und den Richter beschäme. Ihre Lösungsmöglichkeit für dieses Problem ist der Vorschlag, dass dort, wo es das ausländische Recht erlaube, der ṭalāq außerhalb des Prozesses erfolgen solle, er sei dann im Scheidungsantrag darzulegen.⁵⁸ Dabei bezieht sich *Andrae* auf diejenigen Länder, die noch keine Gerichtsbindung oder ein gerichtlich kontrolliertes Versöhnungsverfahren haben. Beide Verfahren waren jedoch oben als Maßnahmen der Rechtsfortbildung bewertet worden, die islamrechtliche Regelungen nicht nur der staatlichen Kontrolle unterwerfen, sondern auch Rechtssicherheit und mehr Geschlechtergleichheit intendieren. Während im internationalen Recht durch beispielsweise die oben genannte Frauenrechtskonvention darauf hingewirkt werden soll, nationale Gesetzgebungen in der globalen Moderne in Richtung auf größere – intendiert in der Frauenrechtskonvention ist: vollständige – Geschlechtergleichheit hin zu entwickeln, rekuriert mit dieser von *Andrae* vorgeschlagenen Lösung deutsches angewandtes Recht vor Gericht auf archaische bzw. vormoderne, Frauen diskriminierende Rechtsverfahren, gegen die die Frauenorganisationen der arabischen und islamischen Welt jahrzehntelang Sturm liefen. Kann vor diesem Hintergrund der Gedanke der prinzipiellen Gleichwertigkeit aller Privatrechtsordnungen, der die Grundlage des IPR bildet, bestehen bleiben oder ist er zu modifizieren?

Für die prinzipielle Gleichwertigkeit der Privatrechtsordnungen votiert neben *Scholz* und *Andrae* auch *Elwan*, der sich dem Kanon anschließt, der ṭalāq verlange dem deutschen Gericht keine wesensfremde Tätigkeit ab. Im konkreten von *Elwan* behandelten Fall geht es um die iranische Scheidung nach dem IrZGB Art. 1130, die seiner Auffassung nach in deutschen Gerichten gültig ist. Die Prüfung, ob die Scheidungsvoraussetzungen nach dem religiösen Recht gegeben sind, sei schlicht Rechtsanwendung.⁵⁹ Vorausgegangen war ein Urteil des Kammergerichts, demzufolge das Handeln eines geistlichen Gerichts auf der Grundlage religiöser Vorschriften als den deutschen Gerichten wesensfremd angesehen werden müsse. Dies wurde vom Bundesgerichtshof am 6.10.2004 in einem Urteil korrigiert, welches darlegte, dass „eine Scheidung nach islamischem iranischen Recht deutschen Gerichten keine wesensfremden Tätigkeiten abverlangt“. ⁶⁰ Problematisch erscheint der Begriff der „Wesensfremdheit“, der offenbar vor allem an dem religiösen Charakter des islamischen Rechts festgemacht wird. Er suggeriert ein „Anderssein“ der anderen Rechtsordnung, aus der eine Unmöglichkeit der Beschäftigung mit entsprechenden Rechtsvorschriften abgeleitet wird. Dies widerspricht dem Grundsatz des IPR, der auf eine grundsätzliche Gleichheit der Rechtsordnungen – egal ob sie ehemals aus religiösen oder anderen kulturellen Entwicklungen resultieren – pocht.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ O. *Elwan*/B. *Menhofer*, Talaq nach iranischem Recht und die wesensmäßige Zuständigkeit deutscher Gerichte, StAZ 6.2005, S. 168, 169; so auch M. *Andrae*, Anwendung (Fn. 43), S. 1730.

⁶⁰ O. *Elwan*/B. *Menhofer*, Talaq (Fn. 59), S. 169.

Elwan unterstützt denn auch den Standpunkt des Bundesgerichtshofs und ist im Folgenden bemüht, eine Unterscheidung zwischen religiösen und rechtlichen Aspekten im islamischen Recht nachzuweisen. Dazu führt er zunächst aus, dass Ehe im islamischen Bereich kein Sakrament sei und bereits im klassischen Recht zwischen weltlichen und jenseitigen Anforderungen getrennt werde. Ein Sakrament ist die islamische Ehe allerdings nicht und kann sie auch nicht sein, da dieser Begriff eng mit der christlichen Theologie verknüpft ist. Er meint im weitesten Sinne das sinnlich wahrnehmbare Zeichen (*signum*), das auf eine verborgene geistliche, überirdische Wirklichkeit (*res divinae*) verweist. Seit dem 12. Jh. ist in der katholischen Theologie die Siebenzahl der Sakramente festgelegt, die u. a. neben Taufe und Firmung auch die Ehe einschließt. Nach dieser theologischen Konzipierung kann Ehe als Sakrament nur einmal im Leben empfangen werden.⁶¹ Der Unterschied zur islamrechtlichen Ehe, die Scheidung ohne weiteres erlaubt, ist bereits an diesem Punkt evident.

Tatsächlich weist die Ehe im Islam einen Vertragscharakter auf. Bedeutet dies jedoch eine völlige Trennung rechtlicher und religiöser Sphären? Einerseits ist evident, dass es sich beispielsweise bei der marokkanischen *Mudawwana* oder dem iranischen Zivilgesetzbuch um staatliche Gesetzgebung handelt. Andererseits muss vor dem Hintergrund der Tatsache, dass in den jeweiligen Verfassungen der Länder Islam als Religion oder explizit als Recht verankert ist,⁶² die Frage erlaubt sein, ob auch dann, wenn die islamische Ehe ein Vertrag ist, die rechtlichen Diskurse vom religiösen Hintergrund gelöst und rein weltlich, „säkular“ gesehen werden können? Dabei ist zu bedenken, dass Recht keine abstrakte, vom gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Umfeld losgelöste Größe ist und sein kann.

Dies zeigen allein schon die die Gesetzgebung in den islamisch geprägten Staaten begleitenden Diskussionen, Auseinandersetzungen und Argumente.⁶³ So hat *Buskens*, wie bereits oben erwähnt, die verschiedenen und teilweise mit großer Vehemenz geführten Diskurse um die Novellierung der *Mudawwana* im Jahr 2004 zusammengestellt und analysiert. Befürworter und Gegner des neuen Gesetzesentwurfs bezogen sich seinen Ergebnissen zufolge auf eine breite Palette gemeinsamer Konzepte wie „den Islam“ und „die Scharia“, auf „den *ig̃tihād*“ (arab. eigenständige Textinterpretation) als Interpretationsmethode der grundlegenden religiösen Texte, auf „die Menschenrechte“, „Zivilgesellschaft“, und „die Demokratie“. Allerdings verstanden sie jeweils etwas anderes unter diesen genannten Konzepten.⁶⁴ Die Intensität der Debatte, die Sprache, die gebraucht wurde – bis hin zur Beschuldigung der Apostasie, Häresie, des Obskurantismus,

⁶¹ Artikel „Sakramente“, in: Religion in Geschichte und Gegenwart, Tübingen 2004.

⁶² H.-G. Ebert, Islam und *šarīʿa* in den Verfassungen der arabischen Länder, *Zeitschrift für Religionswissenschaft*, 6.1998, S. 3–21.

⁶³ I. Schneider (Fn. 40), S. 69–98; zum Transzendenzbezug im islamische Recht s. T. Nagel in seiner Rezension von M. Robe (Fn. 5), s. <http://www.nzz.ch/aktuell/startseite/lohn-und-strafe-im-diesseits-und-im-jenseits-1.3981865> vom 7.11.2009, abgerufen am 31.8.2012.

⁶⁴ L. Buskens, *Recent Debates* (Fn. 21), S. 120.

Barbarismus – sind für ihn Belege dafür, dass mächtige Symbole und fundamentale Werte auf dem Prüfstein standen:

The debate is about conflicting visions of society, family and Islam. It is a confrontation between different world views and identities.⁶⁵

Die Debatte geht dabei nicht nur um Familienrecht. Sondern Familienrecht kann als Symbol für den Platz des Islams in der Gesellschaft gelten. Es geht um kulturelle Identität und die politische Verortung derselben in der Gesetzgebung.

Dies gilt umso mehr für die Situation in Iran nach der Revolution von 1979. Hier war im Zusammenhang mit der Diskussion um die Novellierung des Familienrechts im Jahr 2008 bei allen Protesten der Frauenbewegung, der Menschenrechtsorganisationen, aber auch der Geistlichkeit, anders als in Marokko ein Bezug auf die UN-Menschenrechtskonventionen nicht möglich, sondern die Argumente, die ausgetauscht wurden, waren immer auf die Religion, genauer auf die Argumentation mit neuer Texthermeneutik bezogen.⁶⁶ Der *ṭalāq* ist trotz der jahrelangen Bemühungen der Frauenbewegungen⁶⁷ in den islamisch geprägten Ländern deshalb so schwer einzuschränken und nicht durch säkulare und geschlechtergleiche Scheidungsformen zu ersetzen, weil er diskursiv stark, wenn auch nicht ausschließlich, durch religiöse Konzepte und beispielsweise den Bezug auf Sunna und Koran konstruiert wird.

In Ägypten, wo im Jahr 2000 als eine große Neuerung die *ḥul'*-Scheidung der Frau auch gegen den Willen des Mannes eingeführt wurde, wurde intensiv auf der Grundlage von Prophetenaussprüchen darum gerungen, ob ein solcher Schritt durch die heiligen Texte gedeckt sei oder nicht. Sich widersprechende Aussagen des Propheten wurden gegeneinander abgewogen, verschiedene Meinungen von Rechtsgelehrten aus dem 8. und 9. Jahrhundert diskutiert und vehementer Einspruch war zu hören.⁶⁸ Merkwürdigerweise ist dies nicht bei allen Rechtsgebieten der Fall. Während die ebenfalls im Koran erwähnte Sklaverei inzwischen auf der gesetzlichen Ebene in allen islamisch geprägten Ländern abgeschafft ist, ist die Familiengesetzgebung noch ein gutes Stück von der Geschlechtergleichheit entfernt, vor allem in jenen Punkten, bei denen ein Koranbezug hergestellt wird: bei der Scheidung, beim Erbrecht und bei der Polygynie.⁶⁹

Elwan stützt seine mit *Chehata* und *Johansen* konform gehende Argumentation, derzufolge das in Iran angewandte Recht keinesfalls religiöses Recht sei, vor

⁶⁵ Ibid., S. 121.

⁶⁶ I. Schneider, Civil Society and Legislation: Development of the Human Rights Situation in Iran 2008, in: H. Elliesie (Hrsg.), Beiträge zum Islamischen Recht VII, Islam und Menschenrechte, Frankfurt a. M., 2010, S. 387–414.

⁶⁷ I. Schneider (Fn. 40), S. 69–102 und S. 212–227.

⁶⁸ Für die Einführung der sog. „*ḥul'*-Scheidung“ in Ägypten s. H. Denker, Wiedereinführung (Fn. 25), S. 125–209.

⁶⁹ Siehe zum Hintergrund der staatlichen Geschlechterbilder und ihrer Wandlungen für Iran beispielsweise P. Paidar Women and the Political Process in Twentieth-Century Iran, Cambridge (etc.), 1995.

allem auf das Auseinanderfallen von diesseitiger und jenseitiger, d. h. göttlicher Beurteilung einer Tat. In der klassischen Gerichtsbarkeit spiegele sich dies im Auseinanderfallen der qāḍī-Rechtsprechung und des Muftiamtes. Der Richter fälle sein Urteil nach dem äußerlichen Erscheinungsbild, nur der Mufti erteile seine Auskunft unter Einbeziehung von Religion und Moral, deren Wertung vom *forum internum* und somit von der inneren Einstellung des Betroffenen ausgehen.⁷⁰

Sicher sind die semantischen Felder des Religiösen und des Rechtlichen keinesfalls deckungsgleich, und sicher ist bei genauer Analyse, die *Johansen* in seinem Artikel – für die Vormoderne – vornimmt⁷¹, erkennbar, dass juristische Argumentation sich häufig nicht nur von religiösen Vorgaben entfernt, sondern sie sogar ignoriert und außer Kraft setzt. Dies bedeutet jedoch niemals eine vollständige Trennung.⁷² Es stellt sich die schwierig zu beantwortende Frage nach dem Bezug zwischen den Sphären des Religiösen und des Rechtlichen und ihrer Trennbarkeit.⁷³ Obwohl der islamische qāḍī sein Urteil nur auf der Grundlage der äußerlichen Tatbestände fällen kann, richtet er doch immer auf der Basis der Quellen des Rechts, und diese umfassen neben dem Koran die Sunna, methodisch den Konsens der Gelehrten und den Analogieschluss auf der Grundlage der Texte. Ein Zitat des Juristen und Richters *Ibn Abī d-Dams* (gest. 1244) verdeutlicht die inhärente Bindung auch des qāḍī, also des Richters, an religiöse Werte und Normen:

Denn wer ein Richteramt antritt und die Rechtsprechung ausüben will, ist unter den Menschen am ehesten zur Befolgung der Verhaltensregeln und gesetzlichen Bestimmungen Gottes sowie zur Wahrung seiner Rechte verpflichtet. Er soll den Befehl Gottes respektieren, sich persönlicher Neigungen enthalten und sich dann, wenn die Prozessparteien vor ihm stehen und er sich ihnen zuwendet, an den Tag der Auferstehung erinnern, an dem die Menschen vor dem Herrn der Welten stehen werden und er über sie richten wird. ... Der Richter muss dann auf die Fragen seines Herrn eine Antwort bereithalten und sich bewusst sein, dass er vor Gott stehen wird und ihm Rechenschaft schuldet.⁷⁴

Diese enge Bindung der Gerichtsbarkeit an die jenseitige göttliche Gerechtigkeit ist vor dem Hintergrund der Kodifizierung des islamischen Rechts und der Einführung moderner Gerichtsinstanzen aus meiner Sicht zu modifizieren, aber nicht aufzuheben. *Thielmann* hat am Beispiel der modernen ägyptischen *ḥisba*-Klage nicht nur den historischen Hintergrund der Marktgerichtsbarkeit (arab. *ḥisba*) rekonstruiert, sondern auch die enge diskursive Verzahnung von islamrechtlichen und positivrechtlichen Argumenten aufgezeigt, derer sich die Richter

⁷⁰ O. Elwan/B. Menhofer, Talaq (Fn. 59), S. 171.

⁷¹ B. Johansen, Die sündige, gesunde Amme. Moral und gesetzliche Bestimmung (*ḥukm*) im islamischen Recht, in: ders. (Hrsg.), *Contingency in a Sacred Law*, Leiden, 1999, S. 172–188.

⁷² Ibid., S. 173.

⁷³ Dazu ausführlich: I. Schneider (Fn. 14), S. 138–191.

⁷⁴ Dies., *Das Bild des Richters in der Adab al-qāḍī-Literatur*, Frankfurt a. M., 1990, S. 23.

in diesem Fall argumentativ bedienen. Er nennt dies „Codeswitching“ und zeigt, dass die Richter im Fall des der Apostasie angeklagten *Naṣr Ḥāmid Abū Zaid* (1943–2010) je nach Erfordernis auf die unterschiedlichen Repertoires – islam-rechtlich, modern-westlich-rechtlich etc. – zurückgriffen, sie mischten und für ihre Argumentation jeweils geschickt kombinierten. Damit ist das im klassischen Islam bekannte Institut der ḥisba, der Marktgerichtsbarkeit, im heutigen Ägypten im Hobsbawmschen Sinn eine „Wiedererfindung“, eine „invention of tradition“. ⁷⁵ Für den Begriff der ḥisba ließe sich dann wie für den Begriff des ṭalāq feststellen, dass es sich um ein Hybrid handelt: ein Konzept, das so im vormodernen Recht nicht zu finden ist, aber unter demselben „Label“ – nämlich ḥisba – und mit neuen Inhalten weiterhin oder erneut Rechtswirksamkeit für sich beansprucht. Es ist ein Begriff, der eindeutig auch – wenngleich nicht ausschließlich – religiöse Implikationen in sich birgt.

Ähnliches ließe sich auch für andere Gerichtsinstanzen zeigen, gerade weil im Familienrecht auch dann, wenn die Ausbildung der Richter an den Universitäten in der Rechtsfakultät (arab. ḥuquq) und nicht in einer Scharia-Fakultät erfolgte, im Familienrecht Scharia-Elemente in die Ausbildung einfließen. Insofern ist die Argumentation des Bundesgerichtshofs, die *Elwan* unterstützt, ⁷⁶ dass es sich nicht um einen Scharia-Richter, sondern um den Richter eines staatlichen Gerichts handelt, zu modifizieren: Der iranische Richter ist immer auch in der Scharia ausgebildet, wendet sie indirekt über das IrZGB an und geht damit um. Dazu ist er auf der Grundlage der iranischen Verfassung verpflichtet. Der iranische Gesetzgeber argumentiert bei Novellierungen mit dem Rückgriff auf Koran und Sunna und die schiitische Tradition. Eine „Wesensfremdheit“ lässt sich daraus jedoch meines Erachtens nicht ableiten, da alle Rechtsordnungen ihre eigenen kulturgeschichtlichen Entwicklungen aufweisen.

Die Problematik der Verschränkung von religiöser und rechtlicher Sphäre kann hier nicht weiter erörtert werden. Wichtig ist jedoch, dass selbst wenn man den religiösen Bezug des Rechts minimierte und den ṭalāq als eine reine Rechtshandlung klassifizierte, er doch eine Handlung bleibt, die, wie *Andrae* klar erkannt hat, gegen das Gleichheitsgebot verstößt. Der Aspekt der Verletzung des Grundrechts der Gleichheit – egal ob nun religiös oder nicht-religiös legitimiert – ist der eigentlich bedeutsame Aspekt.

Elwan kann allerdings in dem ṭalāq offenbar keinen Akt gegen die Geschlechtergleichheit erkennen. Er argumentiert:

Auch wenn die Möglichkeit des talaq grundsätzlich allein dem Ehemann zukommt, trägt der Begriff selbst keinen Unwertcharakter, wie er sich aus dem übersetzten Begriff der „Verstoßung“ herleiten lassen könnte. ⁷⁷

⁷⁵ E. Hobsbawm/T. Ranger (Hrsg.), *The Invention of Tradition*, Cambridge 1995, S. 1; J. Thielmann, *Naṣr Ḥāmid Abū Zaid und die wiedererfundene ḥisba*, Würzburg, 2003, S. 194.

⁷⁶ O. Elwan/B. Menhofer, *Talaq* (Fn. 59), S. 174.

⁷⁷ O. Elwan/B. Menhofer, *Talaq* (Fn. 59), S. 172.

Dem liegt das rein sprachliche Verständnis des Wortes ṭalāq als „Freigabe“ oder „Freisetzung“ zugrunde.⁷⁸ Anders sieht es jedoch mit ṭalāq als Rechtsterminus aus. Die Übersetzung dieses rechtlichen Terminus, der im vormodernen Recht das Recht auf einseitige Ehelösung des Ehemannes gegenüber der Frau ohne jedwede Einschränkung beinhaltet, als „Verstoßung“ ist sehr wohl zu rechtfertigen und beinhaltet aus heutiger Sicht durchaus einen Unwertcharakter, insofern er eine Ungleichheit der Geschlechter voraussetzt und perpetuiert.⁷⁹ Dies gilt auch noch in den Ländern wie beispielsweise Saudi-Arabien, die keine Kodifizierung und keine Einschränkung des klassischen ṭalāq durch Gerichtsbindung, Versöhnungsversuch etc. kennen.

Im modernen Personalstatut ist die Übersetzung als „Verstoßung“ in Abhängigkeit vom Gesetzestext zu überdenken. So ist in Art. 78 des marokkanischen Personalstatuts der ṭalāq als Lösung des Ehevertrags definiert, die Mann und Frau unternehmen können – jeder nach seinen Bedingungen und den Regelungen der Mudawwana. Andererseits legte Art. 89 fest, dass der Mann den ṭalāq auf die Frau übertragen kann – mithin ist er immer noch kein inhärentes Recht der Frau, sie kann die Ehe nur durch andere Scheidungsarten lösen. Dennoch ist, wie oben ausgeführt, der willkürliche Charakter allein schon durch die Gerichtsbindung und den Versöhnungsversuch eingeschränkt. Eine Übersetzung als einseitige Verstoßung käme mithin nicht mehr in Frage. Eher wäre der ṭalāq als die „Lösung der Ehe mit klar definierten aber beschränkten Vorrechten des Mannes“ zu übersetzen. Der hybride Charakter ergibt sich daraus, dass derselbe Terminus wie in der klassischen Zeit für eine nun geänderte Institution mit geänderten Rechtsinhalten und Rechtsfolgen benutzt wird.

Wie ist aber ṭalāq im Kontext der deutschen Gerichtsbarkeit zu verstehen? Kann man mit *Elwan* ṭalāq als „Kündigung“ in einem funktionalen Sinn übersetzen?⁸⁰ Die Kündigung ist ein rechtstechnischer Ausdruck für einen einseitigen rechtsgeschäftlichen Akt, eine Willenserklärung, mit der die Beendigung eines bestehenden Dauerrechtsverhältnisses herbeigeführt wird, wie zum Beispiel eines Arbeitsverhältnisses oder eines Mietverhältnisses.⁸¹ Die Kündigung ist im BGB nicht zusammenfassend geregelt, sondern bei den einzelnen Vertragstypen besonders ausgestaltet. Die ordentliche Kündigung ist häufig an eine bestimmte Frist und oftmals an sonstige gesetzlich oder vertraglich vereinbarte Voraussetzungen gebunden. Dies gilt für den „klassischen“ ṭalāq keinesfalls, der ja für den Ehemann

⁷⁸ Dies teilte mir Herr Prof. Omaia Elwan in einem Schreiben vom 22.8.2012 mit.

⁷⁹ Herr Elwan schreibt in seinem Brief vom 22.8.2012 „Eine herabsetzende Bedeutung könnte sich, wie ich im Aufsatz ausgeführt habe, allein aus einem für den Ausspruch des talaq herangezogenen Grund, etwa ein Fehlverhalten der Ehefrau, ergeben“. Der Bezug zum Fehlverhalten der Ehefrau erschließt sich mir nicht, da ein solches ja keine Voraussetzung für den ṭalāq ist.

⁸⁰ O. Elwan/B. Menhofer, Talaq (Fn. 59), S. 172–173.

⁸¹ So formulierte es Prof. Elwan in einem Brief an mich am 22.8.2012. Ich danke ihm für seine Hinweise. Auch Mathias Rohe würde sich aus funktionaler Sicht dieser Definition anschließen, in seinem Schreiben an mich vom 31.7.2012.

an keine Begründung gebunden ist. Die außerordentliche Kündigung ist das Recht, ein Vertragsverhältnis in der Regel ohne Einhaltung einer Frist, vielfach aber erst nach vorheriger erfolgloser Abmahnung, zu lösen. Die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung sind gleichfalls bei den einzelnen Vertragsverhältnissen verschieden, gemeinsam ist jedoch allen, dass ein wichtiger Grund, der in einzelnen Fällen gesetzlich konkretisiert ist, vorliegen muss, der ganz überwiegend in der Person des Kündigungsgegners zu finden sein muss.⁸² Dies trifft ebenfalls weder für den *ṭalāq* in der vormodernen Variante zu, noch für den *ṭalāq* im marokkanischen und algerischen Personalstatut. Ein gewichtiger Grund in der Person der Frau muss beim Mann nicht vorliegen, wenn er den *ṭalāq* einreicht, es ist nicht notwendig, dass die Frau sich ein Fehlverhalten zuschulden kommen ließ. Der klassische *ṭalāq* braucht keinen Anlass und liegt völlig im Belieben des Mannes. Dies ist im modernen Recht noch beibehalten, wenn auch durch Gerichtsbindung und Versöhnungsverfahren und, in einigen Ländern, Ausgleichszahlungen bei Scheidungen ohne Verfehlung der Frau eingeschränkt. Andererseits muss die Frau sehr wohl, will sie eine *ṭalāq*-Scheidung vor Gericht erstreiten, konkrete Gründe angeben und beispielweise eine Schädigung nachweisen. Ihr Spielraum für eine „Kündigung“ der Ehe gegen den Willen des Ehemannes ist sehr begrenzt.

Darüber hinaus spricht gegen die Verwendung des Terminus der „Kündigung“, dass er eine Geschlechtergleichheit in der Ausübung suggeriert. Denn Frauen wie Männer können gleichermaßen bei Vorliegen der entsprechenden rechtlichen Umstände eine Kündigung laut BGB vornehmen. Dies trifft für den *ṭalāq* nicht zu.

Die Übersetzung als „Kündigung“ ist inakzeptabel, da sie eine Übereinstimmung mit einem deutschen Rechtsterminus suggeriert, die nicht nur wegen des Fehlens der Geschlechtergleichheit nicht gegeben ist. Weiterhin ist sie reduktionistisch, weil sie neben dem Aspekt der Geschlechterungleichheit die gesamte kulturgeschichtliche Entwicklung des Rechtsaktes wie auch seine momentane Konstruktion in den gültigen marokkanischen und algerischen Personalstatuten ausblendet. Die Vagheit der Definition, die oben mit dem Terminus Hybridität wiedergegeben worden war, und das „Labeln“ verschiedener Rechtsakte mit demselben Namen „*ṭalāq*“ führen zu Missverständnissen und verschleiern die fundamentale Bedeutungstransformation des Begriffs. Die Rechtfertigung eines performativen bzw. rituellen Aktes mit starker symbolischer Bedeutung und zumindest teilweise rechtlicher Gültigkeit vor dem Gericht erscheint deshalb problematisch, als sie nur scheinbar darauf abzielt, die Frau zu unterstützen.

Die Frage nach der Bedeutung des *ṭalāq* in genau diesem Kontext, d. h. Ausführung vor Gericht ohne Rechtswirkung in Deutschland, kann dahingehend beantwortet werden, dass es sich um ein Hybrid handelt, um eine Form des *ṭalāq*, die so weder im vormodernen islamischen Recht noch im heutigen algerischen oder beispielsweise iranischen Recht vorkommt. Er hat im Gegensatz zu den

⁸² C. Creifelds (u. a.), Rechtswörterbuch, 21. Auflage München 2014, Stichwort: Kündigung.

Personalstatuten in den islamischen Ländern in Deutschland keine oder kaum Rechtswirksamkeit bzw. nur eine anderswo zu entfaltende Rechtswirksamkeit, würde also eher als ein Ritual ausgeführt. Erfolgt er im Gericht, so ist dies zwar parallel zur modernen Entwicklung in den islamischen Ländern zu sehen, dort, wo er im Rahmen der Gerichtsbindung auftritt. Sollte er jedoch, wie von *Andrae* vorgeschlagen, außerhalb des Gerichts vorgenommen werden, wäre dies für den Kontext derjenigen islamisch geprägten Länder ein „Rückfall“, die eine Gerichtsbindung und ein Versöhnungsverfahren eingeführt haben. Dort, wo noch keine Gerichtsbindung gesetzlich verfügt ist, beispielsweise in Saudi-Arabien, würde diese Form des traditionellen *ṭalāq*, noch dazu in der verharmlosenden Übersetzung der „Kündigung“, eine Bestätigung in dem Sinne erfahren, dass auch in westlichen Gesellschaften islamrechtliche vormoderne Rechtsfiguren als offensichtlich akzeptabel gelten.

Deutsche Gerichte haben es hier mit einem Rechtsinstitut zu tun, das weniger wegen seiner religiös-rechtlichen Bindung als eher wegen seiner Frauen diskriminierenden Form, selbst wenn „nur“ als „Ritual“ ausgeübt, „wiedererfunden“ wird.

Rechtliche Begriffe „reisen“, wie es *Baer* ausdrückt, wobei die spezifische Qualität einer Rechtsidee ihre Reisemöglichkeiten oder -fähigkeiten beeinflusst.⁸³ Sie diskutiert verschiedene Formen dieses „Reisens“ bzw. „Ankommens“ unter verschiedenen Aspekten. So vermittelt „Rechtstransplantation“ die Vorstellung, dass ein rechtliches Konzept „transplantiert“ wird – ähnlich wie bei der Organtransplantation, als Ganzes also eingepflanzt wird in einen existierenden Organismus bzw. Rechtszusammenhang. Das trifft für den vorliegenden Kontext nicht zu, da ja keine Regelung des algerischen Personalstatuts zum Gesetz in Deutschland wird.⁸⁴ Die Vorstellung des „transnationalen Flusses“ beruht auf der Erkenntnis, dass der moderne Nationalstaat in enger Verbindung mit anderen Staaten steht und der Nationalstaat und seine Gesetzgebung heute transnationalisiert sind. Das wiederum gilt, soweit ich sehe, vor allem für internationales Recht, das national angewendet wird, wie auch gerade im Bereich der Wirtschaft, z. B. im Falle internationaler Steuerverträge oder Regelungen zum Copyright.⁸⁵ Das Konzept der „Normdiffusion“ in „spirals of contestation“, wie es von *Sikkink* und *Risse* entwickelt wurde, ist wiederum eher für internationalrechtliche Normen gedacht, die in die Nationalstaaten hineindiffundieren.⁸⁶ Jedoch wird bei diesem Modell vor allem von menschenrechtlichen Normen und Regeln ausgegangen.⁸⁷ Die Metapher „Migration“, vorgebracht von *Choudry*, scheint auf den ersten Blick passender für das IPR, wird von ihm jedoch vor allem für das Verfassungsrecht diskutiert. Denn der *ṭalāq* kommt ja ins Spiel dadurch, dass er als

⁸³ S. *Baer* (Fn. 1), S. 101.

⁸⁴ *Ibid.* S. 107.

⁸⁵ *Ibid.* S. 109.

⁸⁶ *Ibid.* S. 111.

⁸⁷ *Ibid.* S. 111.

Heimatrecht der Migranten und nur für sie angewendet wird. Diese „Migration“ wird als ein Prozess verstanden, in dem rechtliche Ideen kommuniziert und aufgegriffen werden in einem Kontext, dem sich nicht entstammen.⁸⁸ Dies trifft für den ṭalāq in deutschen Gerichten zu, nicht jedoch für die „Rückreise“ der neuen hybriden Form des ṭalāq in seine ehemalige Heimat. Baer konkretisiert aus ihrer Sicht diese Form des „Reisens“ anhand von MacKinnons Idee der „substantive equality“ folgendermaßen:

Indeed, there should not be much travelling of MacKinnon's ideas, or other ideas of a feminist, critical race, queer, or similar nature without such actors, namely women's movements and antiracist movements and queer movements, sometimes organized, sometimes not, around the world, as mentioned (...). Thus, it is never just MacKinnon's idea that travels, but it is an idea which she may bring up, articulate and advocate, and that people organized in movements, then take up, modify (not always to the better), move it, turn it into part of an „-ism“ (or against it), a law (or into a critique of it), or their politics (or opposition).⁸⁹

Das könne zu einer Situation führen, in der eine Norm von einer Gesellschaft aufgenommen wird und „sozialisiert“ werde. Wenn Baer anhand von MacKinnons Beispiel beschreibt, dass rechtliche Ideen reisen, dass sie nicht nur transplantiert werden, sondern dass sie diffundieren, dass sie dabei von transnationalen Akteuren und Netzwerken abhängen, sich diversifizieren und lokale Akteure als Anker nutzen, dass sie abgelehnt oder angenommen werden,⁹⁰ so beschreibt dies aus meiner Sicht sehr gut den Prozess der Reise wie auch des Ankommens, den der ṭalāq zunächst in die deutschen (und europäischen) Gerichtsräume unternimmt, die er dann in verwandelter und hybridisierter Form wieder in Richtung auf die ursprüngliche Heimat verlässt – im Gepäck mit jener Algerierin oder dieser Marokkanerin oder Iranerin, die einen ṭalāq vor dem deutschen Gericht erhielten, weil sie angeblich allein dadurch in ihrem Heimatland eine Anerkennung der Scheidung erwirken können.

Man könnte mithin sagen, dass mit der Anwendung des IPR Normdiffusion geschieht, dass das IPR als „Bahn“ für die Diffusion von Normen und ihre Anverwandlung gesehen werden kann.⁹¹ Inwieweit die daraus entstehende hybride Form des „neo-ṭalāq“ dann in den islamischen Ländern aufgegriffen und diskutiert – und möglicherweise für eine rückwärtsgerichtete Reform instrumentalisiert – wird, bleibt abzuwarten.⁹²

⁸⁸ Ibid. S. 110.

⁸⁹ Ibid. S. 112.

⁹⁰ Ibid. S. 120.

⁹¹ So Susanne Baer in einer Mail an mich am 1.7.2011.

⁹² Es sei darauf verwiesen, dass nach 2011 das ägyptische Personalstatut von 2000 mit der Möglichkeit der Scheidung auch gegen den Willen der Frau als „Suzannes“ (gemeint ist Hosni Mubaraks Ehefrau) Machwerk verschrien, als „westlich beeinflusst“ gebrandmarkt und eine Überarbeitung gefordert wurde, siehe H. Elsadda, Women's rights activism in post-Jan25 Egypt: Combating the Shadow of the First Lady Syndrome in the Arab World, Middle East Law and Governance Journal 3.2011, S. 84–93.