

Islamic Banking and Finance in Deutschland

Die effektive gerichtliche Durchsetzung
islamkonformer Investitions- und
Finanzierungsgeschäfte

von

Tim Hinrichsen

Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultät
der Universität Passau

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliothek; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über

<http://dnb.de> abrufbar.

ISBN: 978-3-8005-1681-0

dfv Mediengruppe

© 2018 Deutscher Fachverlag GmbH, Fachmedien Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main
www.ruw.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: Lichtsatz Michael Glaese GmbH, Hildastraße 4, 69502 Hemsbach

Druck und Verarbeitung: WIRmachenDRUCK GmbH, Mühlbachstraße 7, 71522 Backnang

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XV
Einleitung	1
A. Islamic Banking and Finance – eine Bestandsaufnahme	1
B. Die Problematik der effektiven gerichtlichen Durchsetzung	6
Teil 1: Islamisches Recht und Islamic Finance – eine Einführung	11
A. Das islamische Recht	11
I. Die islamische Rechtsquellen- und Rechtsmethodenlehre	16
1. Der Koran	17
2. Die Sunna	19
3. Der Gelehrtenkonsens (<i>iğmā'</i>)	21
4. Der Analogieschluss (<i>qiyās</i>)	23
5. Neue Entwicklungen seit dem 19. Jahrhundert	24
II. Grundzüge des islamischen Vertragsrechts	26
1. Die Frage der Vertragsfreiheit	27
2. Die klassischen Vertragstypen	28
3. Der Vertragsschluss	28
4. Das Verhältnis von Gewinn und Verlustrisiko (der Grundsatz » <i>al-ḥarāğ bi-al-ḍamān</i> «)	29
5. Die Vertragsgegenstände – <i>ain</i> und <i>dain</i>	30
6. Die rechtliche Qualifikation von Verträgen	30
7. Die Bindungswirkung von Verträgen	31
B. Islamic Finance	32
I. Historische Entwicklung	32
II. Islamic Finance in der Praxis – die Gewährleistung der Scharia- konformität	36
1. Die Schariakonformität im Kleinen – die Einrichtung des Sharia Board	36
2. Die Schariakonformität im Großen – die <i>Accounting and Auditing</i> <i>Organization for Islamic Financial Institutions</i> (AAOIFI)	38
III. Wirtschaftsethische Grundlagen des Islamic Finance	39
IV. Rechtliche Grundlagen des Islamic Finance	40
1. Die wichtigsten Verbote	40
a. Das Verbot des <i>ribā</i>	41

Inhaltsverzeichnis

b.	Das Verbot des <i>ġarar</i>	46
c.	Das Verbot des <i>maisir</i>	48
d.	Verbotene Investitionsgegenstände	49
e.	»Rechtskniffe« (<i>hiyal</i>)	50
2.	Die wichtigsten Investitions- und Finanzierungsinstrumente. ...	52
a.	Kaufbasierte Finanzierungstechniken	53
aa.	<i>Murābaha</i>	53
bb.	<i>Salam</i>	57
cc.	<i>Istiṣnā</i> '	59
dd.	Weitere kaufbasierte Finanzierungstechniken – <i>tawarruq</i> und ' <i>arbun</i>	62
b.	Leasing (<i>iġāra</i>)	64
c.	Partnerschaften	66
aa.	<i>Mušāraka</i>	67
bb.	<i>Muḍāraba</i>	68
V.	Exkurs: »Islamische Bonds« (<i>ṣukūk</i>) und islamische Versicherungen (<i>takāful</i>)	69
1.	<i>Ṣukūk</i>	70
2.	<i>Takāful</i>	71
Teil 2: Islamic Finance vor deutschen staatlichen Gerichten		73
A.	Fälle aus der englischen Judikatur	73
I.	<i>Islamic Investment Company of the Gulf (Bahamas)</i> <i>Ltd. v. Symphony Gems N.V. & Ors.</i> [2002]	75
1.	Der Sachverhalt.	75
2.	Die Entscheidung des <i>High Court of Justice</i>	77
II.	<i>Shamil Bank of Bahrain v. Beximco Pharmaceuticals</i> <i>Ltd. & Ors.</i> [2003].	78
1.	Der Sachverhalt.	79
2.	Die Entscheidung des <i>High Court of Justice</i>	79
3.	Die Entscheidung des <i>Court of Appeal</i>	81
III.	<i>The Investment Dar Company KSCC v. Blom Developments</i> <i>Bank Sal</i> [2009].	82
1.	Der Sachverhalt.	83
2.	Die Entscheidung des <i>High Court of Justice</i>	84
IV.	Zusammenfassung	85
B.	Kollisionsrechtliche Berücksichtigung des islamischen Rechts	85
I.	Staatliches und nichtstaatliches islamisches Recht als Gegenstand des Kollisionsrechts	85
II.	Rechtswahl zugunsten des islamischen Rechts	88

1.	Denkbare Ausgestaltungen der Rechtswahl	89
a.	Isolierte Wahl des islamischen Rechts	89
b.	Hybride Wahl des islamischen Rechts und einer staatlichen Rechtsordnung.	90
2.	Kollisionsrechtliche Zulässigkeit einer Rechtswahl zugunsten des islamischen Rechts	92
a.	Isolierte Wahl des islamischen Rechts	92
aa.	Generelle Zulässigkeit einer Wahl des islamischen als nichtstaatlichen Rechts.	92
bb.	Zulässigkeit einer Wahl des islamischen Rechts nach der Rom-I-Verordnung.	99
b.	Hybride Wahl des islamischen Rechts und einer staatlichen Rechtsordnung.	106
3.	Fazit	111
III.	Rechtswahl zugunsten des Rechts eines islamisch-rechtlich determinierten Staates	112
1.	Die Rolle des islamischen Rechts in der heutigen islamischen Welt.	113
2.	Das Recht Saudi-Arabiens	118
a.	Zinsen und <i>ribā</i> nach saudi-arabischem Recht	120
aa.	Die geltende Rechtslage.	120
bb.	»Disqualifikation« des saudi-arabischen <i>ribā</i> -Verbotes.	123
cc.	Kollisionsrechtliche Beachtlichkeit des saudi- arabischen <i>ribā</i> -Verbotes in Deutschland.	129
(1)	Der Kreis der nach Art. 9 Abs. 3 Rom I beacht- lichen Eingriffsnormen	133
(2)	Deutsches Anwendungsinteresse hinsichtlich des <i>ribā</i> -Verbotes.	138
(3)	»Berücksichtigung« des <i>ribā</i> -Verbotes nach Art. 12 Abs. 2 Rom I.	141
dd.	Zwischenfazit	143
b.	Vereinbarkeit des saudi-arabischen Rechts mit dem deutschen <i>ordre public</i>	143
c.	Ermittlung und Anwendung saudi-arabischen Rechts durch den deutschen Richter.	148
d.	Zwischenfazit	150
3.	Umdeutung einer Rechtswahl zugunsten des islamischen Rechts	150
4.	Fazit	151
IV.	Berücksichtigung des islamischen Rechts als <i>forumsfremder</i> <i>ordre public</i>	152
V.	Resümee	160

Inhaltsverzeichnis

C. Sachrechtliche Berücksichtigung des islamischen Rechts	160
I. Ermittlung des islamischen Rechts	162
II. Materiell-rechtliche Verweisung auf das islamische Recht.	166
1. Bezugnahme auf das islamische Recht als solches.	166
2. Bezugnahme auf ein geschriebenes außerrechtliches Regelwerk	173
3. Einer materiell-rechtlichen Einbeziehung des islamischen Rechts entgegenstehendes zwingendes deutsches Sachrecht . . .	176
a. Mit dem islamischen Recht unvereinbares zwingendes deutsches Sachrecht	177
b. Eine effektive Durchsetzung islamkonformer Investitions- und Finanzierungsgeschäfte erschwerendes zwingendes deutsches Sachrecht	180
aa. Verbraucherschutzrecht	181
(1) Gewährleistungsausschluss	181
(2) Widerrufsrecht	183
bb. AGB-Recht.	184
(1) Gewährleistungsausschluss	184
(2) Vertragsstrafe.	185
cc. Kosten.	188
c. Zwischenfazit	189
4. Fazit	190
III. Rechtliche Sanktionierung der fehlenden Schariakonformität des Vertrages	190
1. Vertragliche Sanktionierung der fehlenden Schariakonformität .	191
2. Die Schariakonformität des Vertrages als Geschäftsgrundlage . .	194
3. Die gesellschaftsrechtliche ultra-vires-Lehre	197
4. Fazit	200
IV. Sachrechtliche Berücksichtigung des saudi-arabischen <i>ribā</i> -Verbotes als Eingriffsnorm	201
1. <i>Faktische</i> Berücksichtigung des <i>ribā</i> -Verbotes im Rahmen des materiellen Rechts	201
2. <i>Normative</i> Berücksichtigung des <i>ribā</i> -Verbotes im Rahmen des materiellen Rechts	203
V. Resümee	206
D. Der Umgang westlicher Gerichte mit dem islamischen Recht in der Praxis	206
I. Übergreifende Problemfelder	207
1. Ermittlung und Anwendung des islamischen Rechts	207
2. Fehlendes Vertrauen und mangelnde Akzeptanz muslimischer Parteien	209

II.	Die Reaktion der Praxis – die Lehre vom »Scharia-Risiko«	211
1.	Lösung der Praxis: Bindende Absegnung des Vertrages durch ein Sharia Board	212
2.	Alternative: Entscheidung islamisch-rechtlicher Fragen durch einen Schiedsgutachter	213
E.	Ergebnis	216
Teil 3: Islamic Finance vor deutschen Schiedsgerichten		219
A.	Die Schiedsgerichtsbarkeit nach deutschem und islamischem Recht . . .	221
B.	Rechtswahl zugunsten des islamischen Rechts	227
I.	Zulässigkeit der Wahl des islamischen Rechts	227
II.	Die Reichweite der Parteiautonomie.	236
1.	Das in der Sache anwendbare Recht.	236
2.	Berücksichtigung des staatlichen ordre public	239
III.	Ermittlung und Anwendung des in der Sache maßgeblichen Rechts durch das Schiedsgericht.	242
IV.	Resümee	244
C.	Besetzung des Schiedsgerichts und maßgebliche Verfahrensregeln	245
I.	Besetzung des Schiedsgerichts	245
1.	Anforderungen an die Person des Schiedsrichters	245
2.	Anwendbarkeit staatlichen Antidiskriminierungsrechts.	248
II.	Die maßgeblichen Verfahrensregeln	254
D.	Institutionelle »Islamic-Finance-Schiedsgerichtsbarkeit« in Deutschland	260
E.	Ergebnis	266
Abschließende Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse und Schlussbetrachtung		267
A.	Islamic Finance vor deutschen staatlichen Gerichten	267
B.	Islamic Finance vor deutschen Schiedsgerichten.	271
C.	Schlussbetrachtung.	273
	Umschrift und Aussprache arabischer Begriffe	275
	Glossar der verwendeten arabischen Begriffe.	277
	Literaturverzeichnis	287
	Sachregister.	313