

2. Teil: Grundgeschäfte islamischer Finanzierungen

Im Laufe der Zeit entwickelten sich Finanzierungsgeschäfte, die aus den Rechtsquellen des Islam hergeleitet wurden und auf Grundlage der Kernprinzipien des islamischen Wirtschaftssystems sowie der Ge- und Verbote islamischer Rechtsgeschäfte basieren. Aufgrund ihrer praktischen Relevanz unterliegen diese Rechtsgeschäfte einem stetigen Entwicklungsprozess und können frei weitergestaltet werden, soweit die Vorgaben der Scharia eingehalten werden.³⁰⁵ Nahezu alle klassischen, konventionellen Finanzierungsgeschäfte lassen sich daher so strukturieren, dass sie den Vorgaben der Scharia genügen.³⁰⁶ Bei solchen Finanzierungsgeschäften, bei denen der Kapitalgeber ohnehin das höhere Risiko übernimmt, ist die Gestaltung neuer Strukturen einfacher, da die islamischen Finanzierungsgeschäfte grundsätzlich eine höhere Bereitschaft des Kapitalgebers voraussetzen, sich am Risiko zu beteiligen.³⁰⁷ Nach Grad der Beteiligung des Kapitalgebers am unternehmerischen Risiko lassen sich daher fremdkapitalähnliche und eigenkapitalähnliche Strukturen unterscheiden. Ein Sonderfall ist das Leasing.³⁰⁸ Im zweiten Teil werden daher die Scharia-rechtlichen Rahmenbedingungen der jeweiligen islamischen Finanzierungsgeschäfte (*mudaraba*, *musharaka*, *murabaha*, *tawarruq*, *salam*, *istisnaa* und *ijara*) dargestellt und anschließend zivil- und aufsichtsrechtlich gewürdigt.

Bevor die islamischen Finanzierungsgeschäfte jedoch dargestellt und rechtlich gewürdigt werden, ist in einem Zwischenschritt zunächst zu klären, inwiefern die islamischen Bestimmungen in Deutschland Anwendung finden können. Die Vertragsdokumentation bei islamischen Finanzierungsgeschäften enthält üblicherweise einen Vorbehalt im Vertragsstatut dergestalt, dass sich Form und Inhalt des Vertrages sowie die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten nach dem jeweiligen vereinbarten nationalen Recht bestimmen, sofern die allgemeinen Prinzipien der Scharia eingehalten werden.³⁰⁹ Teilweise werden aber auch ausschließlich die allgemeinen Prinzipien der Scharia oder das islamische Recht als Vertragsstatut vereinbart.

³⁰⁵ Siehe hierzu auch Grieser, in: WM 2009, S. 586 (587).

³⁰⁶ Zur Standardisierung von Scharia-konformen Finanzprodukten besteht seit 1990 ein Dachverband islamischer Banken, die *Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (AAOIFI)*.

³⁰⁷ Siehe hierzu die Ausführungen zu den Kernprinzipien der islamischen Wirtschaftsordnung oben im 1. Teil, III. 1.

³⁰⁸ Vgl. Trinkaus/Prüm, in: CFlaw 2010, S. 147 (150).

³⁰⁹ Vgl. Bälz, in: IPRax 2005, S. 44 (44); typischerweise findet sich in der internationalen *Islamic Finance* Praxis die folgende Formulierung im Vertragsstatut: "Subject to the principles of the Glorious *Shariah*, this agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of England." Vgl. hierzu auch Aldohni, in: BJIBFL 2009, S. 350 (351) bezugnehmend auf die Entscheidung des London High Court in der Sache *Shamil Bank of Bahrain v. Beximco Pharmaceuticals and Others v. 1.8.2003* [2003] EWHC 2118, bestätigt durch den Court of Appeal am 28.1.2004 [2004] EWCA Civ 19.

I. Anwendbarkeit islamsicher Bestimmungen unter deutschem Recht

Grundsätzlich legt jede geltende Rechtsordnung eigenständig fest, ob und in welchem Umfang fremde Bestimmungen auf ihrem Territorium gelten sollen, um einen "Normenpluralismus im Sinne einer rechtlichen Multikulturalität" zu vermeiden.³¹⁰ Charakteristisch für eine demokratische Rechtsordnung ist das Bereitstellen von unabänderlichen Regeln für ein gedeihliches Zusammenleben – die im äußersten Fall mit Sanktionsmaßnahmen durchzusetzen sind – bei gleichzeitiger Berücksichtigung fremder Bestimmungen und Interessen, auch wenn diese Fremdheit von einzelnen oder vielen moralisch bzw. gesellschaftspolitisch abgelehnt wird.³¹¹ Die islamischen Bestimmungen könnten sich je nach Ausrichtung in die deutsche Rechtsordnung einfügen oder dagegen stellen. Hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit wird im Folgenden zwischen religiösen und rechtlichen Normen des Islam unterschieden.³¹²

1. Anwendbarkeit religiöser Normen

In Deutschland genießen religiöse Normen den vom Grundgesetz gewährten Schutz der Religionsfreiheit, wonach unter anderem die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses unverletzlich sind (Art. 4 GG). Von besonderer Relevanz für religiöse Normen des Islam ist die Religionsausübungsfreiheit im Sinne des Art. 4 Abs. 2 GG, da viele Bereiche des alltäglichen Lebens der Muslime grundsätzlich unter diesen Schutzbereich fallen, wie etwa Gebet, Moscheebau und Gebetsruf, Bekleidungssitten und Fasten.³¹³ Vor diesem Hintergrund finden religiöse Normen des Islam grundsätzlich Berücksichtigung unter deutschem Recht.³¹⁴ Sofern die religiösen Normen des Islam unter den Schutzbereich des Art. 4 GG fallen, genießen sie den Schutz der Religionsfreiheit ohne Gesetzesvorbehalt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erfährt Art. 4 GG allerdings seine Grenze in kollidierendem Verfassungsrecht, wonach im Konfliktfall ein Ausgleich

³¹⁰ Rohe, in: JZ 2007, S. 801 (801); vgl. auch Rohe, Das islamische Recht, S. 277 ff.

³¹¹ Ebd.

³¹² Zur Doppelnatur des islamischen Rechts siehe auch oben I. Teil, I. 2. a).

³¹³ Rohe, Das islamische Recht, S. 343 m.w.N. Die Ausübung der Religion umfasst die Kultushandlungen sowohl im privaten, häuslichen oder sonst geschlossenen Bereich wie auch in der Öffentlichkeit. Vgl. Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf-GG, Art. 4 Rn. 36.

³¹⁴ Die Grundrechte fungieren dabei nicht nur als Abwehrrechte gegen den Staat, sondern haben auch eine mittelbare Drittwirkung und können in gewissem Umfang in privatrechtliche Verhältnisse wirken. Vgl. Rohe, in: JZ 2007, S. 801 (802); Rohe, Das islamische Recht, S. 347, der auf das Direktionsrecht des Arbeitgebers zur Durchsetzung betrieblicher Interessen gegen den Wunsch des Arbeitnehmers auf Freistellung von der Arbeit – etwa zu einer bestimmten religiösen Zeit – hinweist; zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte siehe grundlegend Dürig, in: FS Nawiasky, S. 156 (176 ff.), wonach Grundrechte in privatrechtlichen Beziehungen bei der Interpretation von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln mit einzubeziehen sind; vgl. auch Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 351 ff.

entsprechend dem Prinzip der praktischen Konkordanz unter sorgsamer Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu suchen ist.³¹⁵

2. Anwendbarkeit rechtlicher Normen

Hinsichtlich der Anwendbarkeit rechtlicher Bestimmungen des Islam in Deutschland ist zunächst zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht zu unterscheiden.

a) Öffentliches Recht

Die Anwendung fremder Bestimmungen im Bereich des öffentlichen Rechts ist grundsätzlich ausgeschlossen, da das öffentliche Recht die spezifischen Interessen des jeweiligen Staates wiedergibt und der Staat nur durch das ihm ausschließlich zugeordnete öffentliche Recht handelt.³¹⁶ Soweit Hoheitsentscheidungen deutscher Entscheidungsträger in Rede stehen, wird nur nach deutschem Recht verwaltet.³¹⁷ Im Hinblick auf die aufsichtsrechtliche Relevanz islamischer Finanzierungsgeschäfte ist demnach die Wahl des islamischen Rechts oder der Prinzipien der Scharia unbeachtlich. Die aufsichtsrechtliche Relevanz islamischer Finanzierungsgeschäfte richtet sich vielmehr nach dem deutschen Kreditwesengesetz (KWG). Nach dessen § 32 bedarf es einer schriftlichen Erlaubnis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), wenn im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Bankgeschäfte betrieben oder Finanzdienstleistungen erbracht werden sollen.³¹⁸

b) Privatrecht

Im Gegensatz zum öffentlichen Recht dient das Privatrecht vorwiegend der Gestaltung und Sicherung von Rechtsverhältnissen zwischen Privatpersonen.³¹⁹ Unter der Annahme einer grundsätzlichen Gleichwertigkeit aller Privatrechtsordnungen können Interessenkonflikte auch auf der Grundlage des von einem fremden Souverän gesetzten Rechts entschieden und die in diesem Recht vorgesehenen Rechtsfolgen unverfälscht zum Tra-

³¹⁵Vgl. BVerfG EuGRZ 1995, S. 359 (364 f.); Voßkuhle, in: EuGRZ 2010, S. 537 (540); zur praktischen Konkordanz siehe Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 72.

³¹⁶v. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, § 4 Rn. 57 ff.

³¹⁷Ebd. Rn. 59.

³¹⁸Nach Auffassung der BaFin liegt insbesondere auch dann ein "Betreiben von Bankgeschäften oder Erbringen von Finanzdienstleistungen im Inland" vor, wenn der Erbringer der Dienstleistung seinen Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hat und sich im Inland zielgerichtet an den Markt wendet, um gegenüber Unternehmen und/oder Personen, die ihren Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben, wiederholt und geschäftsmäßig Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen anzubieten, BaFin, Merkblatt – Hinweise zur Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG i.V.m. § 1 Abs. 1 und Abs. 1a KWG von grenzüberschreitend betriebenen Bankgeschäften und/oder grenzüberschreitend erbrachten Finanzdienstleistungen v. 1.4.2005.

³¹⁹Rohe, Das islamische Recht, S. 351 f.

gen gebracht werden.³²⁰ Die Grenze für die Anwendung fremder Normen im Bereich des Privatrechts wird durch den Grundsatz des sog. *ordre public* markiert. Nach Art. 6 S. 1 EGBGB ist eine Rechtsnorm eines anderen Staates nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist.³²¹ Ohne eine derartige Einschränkung würde wohl ein auf Dauer angelegtes internationalprivatrechtliches System nicht funktionieren, da erhebliche Spannungen innerhalb der eigenen Rechtsordnung hervorgerufen und eigene fundamentale Grundwerte relativiert würden.³²² Gleichzeitig legt der deutsche Gesetzgeber mit dem Grundsatz des *ordre public* die Rahmenbedingungen fest, innerhalb dessen Rechtsunterschiede aus übergeordneten Erwägungen hingenommen werden.³²³

Ob heimisches oder fremdes Recht Anwendung findet, richtet sich grundsätzlich nach den Vorschriften des Kollisionsrechts. Schuldrechtliche Verträge unterliegen gemäß Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO dem von den Parteien ausdrücklich oder stillschweigend gewählten Recht. Entsprechend der Vertragsfreiheit im Schuldrecht steht es den Parteien grundsätzlich frei zu vereinbaren, welcher Rechtsordnung sie ihre vertraglichen Beziehungen unterstellen wollen.³²⁴ Die Vertragsparteien können grundsätzlich jede beliebige Rechtsordnung bestimmen, wobei es sich um geltendes staatliches Recht handeln muss.³²⁵ Eine kollisionsrechtliche Verweisung auf allgemeine Rechtsgrundsätze bzw. nichtstaatliche Vorschriften ist *de lege lata* unzulässig.³²⁶ Die Wahl des islamischen Rechts oder der Rechtsprinzipien der Scharia können – wie auch die Geltung anderer nichtstaatlicher Rechte – nicht als kollisionsrechtlich wirksames Vertragsstatut vereinbart werden, da es insoweit am Erfordernis einer staatlichen Rechtsordnung als tauglichem Gegenstand einer Rechtswahl fehlt.³²⁷ Die staatlichen Gesetze arabischer Staaten sind vom klassischen islamischen Recht abzugrenzen. Durch Umbrüche in der islamischen Welt und der Auseinandersetzung mit der westlichen Gesellschaftsordnung – teilweise bedingt durch den Kolonialismus – existieren heute in den arabischen Staaten

³²⁰ v. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, § 4 Rn. 57; vgl. auch Rohe, in: JZ 2007, S. 801 (803).

³²¹ Ausführlich zum *ordre public* und der Unterscheidung zwischen "*ordre public interne*" und "*ordre public international*" siehe v. Hein, in: MüKo-BGB, Art. 6 Rn. 8 f.

³²² v. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, § 7 Rn. 258 mit Verweis auf den Verfall der ersten Haager IPR-Konventionen.

³²³ Rohe, Das islamische Recht, S. 352.

³²⁴ Martiny, in: MüKo-BGB, Rom I-VO Art. 3 Rn. 8.

³²⁵ Staudinger, in: Schulze-BGB, Art. 3 Rom I-VO Rn. 2.

³²⁶ Ebd. m.w.N.

³²⁷ Wendland, in: BeckOGK Rom I-VO, Art. 3 Rn. 98; Bälz, in: IPRax 2005, S. 44 (45); Mankowski, in: RIW 2005, S.481 (491).

vielmehr zahlreiche Zivilgesetze nach europäischem Vorbild.³²⁸ In den jeweiligen Verfassungen sind üblicherweise Bestimmungen enthalten, wonach der Staat zwar an die Prinzipien des islamischen Rechts bzw. der Scharia gebunden ist, diese bilden jedoch keine legislative Rechtsquelle, sondern stecken eher den Rahmen für säkulares Recht ab und wahren so die kulturelle Identität.³²⁹

Rechtliche Normen des Islam könnten allerdings auf materiell-rechtlicher Ebene Berücksichtigung finden, wenn die Parteien die Ausübung ihrer Rechte unter dem Vorbehalt stellen, dass die Rechtsausübung nach islamischen Vorstellungen zulässig ist.³³⁰ Deutschrechtliche Bestimmungen könnten insoweit abbedungen werden, dass sie den Vorstellungen des Islam widersprechen, so etwa die Verzugszinsregelung im BGB.³³¹ Allerdings gilt auch hier der oben erwähnte Vorbehalt des *ordre public*, wonach die privatrechtliche Gestaltungsfreiheit ihre Grenzen in den inländischen Grundvorstellungen erfährt.³³² In Zweifelsfällen hat die Vertragsauslegung zwar im Lichte der islamisch-rechtlichen Vorstellungen zu erfolgen, allerdings unter Berücksichtigung der wesentlichen Grundsätze der deutschen Rechtsordnung.

Die Herausforderung auf materiell-rechtlicher Ebene liegt indes darin, die einschlägigen rechtlichen Normen des Islam hinreichend zu bestimmen, um einen einheitlichen Rechtskorpus zu gewährleisten.³³³ Insbesondere im Hinblick auf den Interpretationspluralismus und die Vielzahl divergierender Lehrmeinungen unter den islamischen Gelehrten, die Rechtszersplitterung und das Fehlen eines letzten anerkannten säkularen Entscheidungsträgers im Islam, wird eine (überzeugende) Auslegung rechtlicher Normen des Islam durch ein säkulares Gericht oder durch ein vom Gericht bestellten Gutachter erschwert und ist mit erheblicher Unsicherheit für die Vertragsparteien verbunden.³³⁴ Um eine wesensfremde Tätigkeit säkularer Gerichte zu vermeiden und den Gerichten eine Entscheidungsgrundlage zu bieten, kann etwa auf Standards der *Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (AAOIFI)* Bezug genommen werden, die u.a. Best Practices der *Islamic Finance*-Industrie kodifiziert.³³⁵ Die per

³²⁸ Adolphsen/Schmalenberg, in: SchiedsVZ 2007, S. 57 (62) m.w.N.; vgl. auch Scholz, in: HFR 2011, S. 24 (25 ff.), der u.a. die Strukturelemente islamisch geprägter Rechtsordnungen darstellt.

³²⁹ Adolphsen/Schmalenberg, in: SchiedsVZ 2007, S. 57 (63) m.w.N.

³³⁰ Bälz, in: IPRax 2005, S. 44 (46).

³³¹ Ebd.

³³² Rohe, Das islamische Recht, S. 368.

³³³ Bälz, in: IPRax 2005, S. 44 (46); Wendland, in: BeckOGK Rom I-VO, Art. 3 Rn. 101.

³³⁴ Bälz, in: IPRax 2005, S. 44 (46). Vorbehalte, dass es für staatliche Gerichte nicht einfach ist, die maßgeblichen Bestimmungen des islamischen Rechts zu bestimmen, finden sich auch in der Entscheidung des London High Court in der Sache *Shamil Bank of Bahrain v. Beximco Pharmaceuticals and Others.*, siehe hierzu Aldohni, in: BJIBFL 2009, S. 350 (351).

³³⁵ Bälz, in: IPRax 2005, S. 44 (46).

Verweis einbezogenen Standards werden Bestandteil der Vertragsdokumentation, auf die sich die Vertragsparteien vor einem säkularen Gericht berufen können.³³⁶

Im Ergebnis können deutsche Gerichte im Privatrecht mit der Anwendung rechtlicher Normen des Islam betraut werden, sofern die Bestimmungen (1) geltendes Recht eines Staates sind und dieses Recht für einen in Deutschland zu entscheidenden Rechtsstreit einschlägig ist oder (2) auf materiell-rechtlicher Ebene Eingang in die Vertragsdokumentation erhalten, wobei in beiden Fällen der *ordre public* Grundsatz stets zu berücksichtigen ist. Im Folgenden werden die Schariarechtlichen Rahmenbedingungen der jeweiligen Grundgeschäfte islamischer Finanzierungen dargestellt und – unter der Annahme der Anwendung deutschen Rechts – rechtlich gewürdigt.

³³⁶ Die Vertragsparteien haben allerdings auch die Möglichkeit ein schiedsrichterliches Verfahren für eine Streitigkeit zu vereinbaren. Siehe hierzu ausführlich Adolphsen/Schmalenberg, in: *SchiedsVZ* 2007, S. 57 (57 ff.).

II. Eigenkapitalbasierte Finanzierungen

Eigenkapitalbasierte Modelle des *Islamic Finance* sind Beteiligungsfinanzierungen, bei denen die Parteien am ökonomischen Risiko einer Investition partizipieren.³³⁷ Hierzu werden üblicherweise Partnerschaften bzw. Joint Ventures durch die Einbringung von Eigenkapital, Know-how oder Arbeitsleistung gegründet.³³⁸

Sofern Eigenkapital in eine Partnerschaft eingebracht wird, tragen die kapitalgebenden Partner das Risiko, ihr Kapital unter Umständen vollständig zu verlieren. Die aus der Investition resultierenden Erträge und Verluste werden nach einem im Voraus festgelegten Verhältnis unter Berücksichtigung der erwarteten geschäftlichen Risiken zwischen den Partnern aufgeteilt.³³⁹ Das unternehmerische Engagement der Partner, das abhängig von dem ausgewählten Modell nicht in gleicher Weise bei allen Partnern vorliegen muss bzw. vertraglich sogar abbedungen werden kann, sowie die Einbringung von Risikokapital in die Partnerschaft sind charakteristische Merkmale für eigenkapitalbasierte Finanzierungen.³⁴⁰

Zwei wesentliche Finanzierungsgeschäfte im Rahmen der eigenkapitalbasierten Modelle des *Islamic Finance* sind *mudaraba* und *musharaka*. Beiden Strukturen ist gemein, dass das Entgelt für die Überlassung des Kapitals keinen Zins ausdrückt, sondern eine zulässige Gewinnbeteiligung. Die Partner beziehen ausschließlich dann Einnahmen, wenn tatsächlich Gewinne erwirtschaftet werden.³⁴¹ Der Anwendungsbereich der *musharaka*- und *mudaraba*-Strukturen liegt üblicherweise im Fondsgeschäft und bei der Akquisitionsfinanzierung.

1. Mudaraba

a) Scharia-Rahmenbedingungen

Mudaraba beschreibt eine Finanzierung, bei der der Investor dem Kapitalnehmer Geld für eine bestimmte unternehmerische Aktivität zur Verfügung stellt. Der Investor nimmt die Rolle des Kapitalgebers ein – des sog. *rabb al-mal* – während der Kapitalnehmer – der sog. *mudarib* – seine wirtschaftlichen und/ oder technischen Kenntnisse in die Partnerschaft einbringt.³⁴² Die Einnahmen aus dem Projekt werden zu im Voraus festgeleg-

³³⁷ Gassner/Wackerbeck, *Islamic Finance*, S. 79.

³³⁸ Momen, in: RIW 2010, S. 367 (369).

³³⁹ Gassner/Wackerbeck, *Islamic Finance*, S. 79.

³⁴⁰ Momen, in: RIW 2010, S. 367 (369).

³⁴¹ Vgl. Trinkaus/Prüm in: CFlaw 2010, S. 147 (152); Mahlke, *Islamic Finance*, S. 115.

³⁴² Gassner/Wackerbeck, *Islamic Finance*, S. 79. Zum *mudaraba*-Geschäft siehe grundlegend Usmani, *An Introduction to Islamic Finance*, S. 31 ff.

ten Anteilen zwischen Investor und Kapitalnehmer aufgeteilt, wobei die finanziellen Verluste ausschließlich von dem Investor getragen werden.³⁴³ Die prozentuale Aufteilung der Gewinnerträge sollte sich nicht nach dem Kapitaleinsatz richten, sondern nach dem Ertrag der unternehmerischen Aktivität selbst, da dies andernfalls als Umgehung des Zinsverbotes gedeutet werden könnte.³⁴⁴ Die Haftung des Investors ist auf die Kapitaleinlage beschränkt, gleichwohl nimmt er ein hohes wirtschaftliches Ausfallrisiko in Kauf, da der Kapitalnehmer in der Regel alleine die Verantwortung für die Projektführung übernimmt. Daneben haftet der Kapitalnehmer jedoch nur im Falle von Vorsatz oder Fahrlässigkeit für Verluste.³⁴⁵

Üblicherweise hat der Investor keinen Einfluss auf die Geschäftsführung, sondern nur eine Überwachungsfunktion.³⁴⁶ Obwohl der Kapitalnehmer die alleinige Verantwortung der Geschäftsführung übernimmt, darf der Investor in Ausnahmefällen an der Geschäftsführung teilnehmen, sofern er die fachlichen Kompetenzen dazu besitzt.³⁴⁷ Der Kapitalnehmer darf keine Vergütung oder ein Entgelt über die vertraglich vereinbarte Beteiligung hinaus für die verrichtete Arbeit im Rahmen des *mudaraba*-Geschäfts beanspruchen. Der Kapitalgeber und der Kapitalnehmer dürfen jedoch eine gesonderte Vereinbarung unabhängig von dem *mudaraba*-Geschäft eingehen, nach dem Aufgaben und Pflichten gegen Entgelt übertragen werden sollen, welche üblicherweise nicht Teil des *mudaraba*-Geschäfts sind.³⁴⁸

Das zur Verfügung gestellte Kapital sollte vorzugsweise in Geldmitteln geleistet werden. Sofern jedoch Sachleistungen eingebracht werden, müssen sie im Hinblick auf ihren verkörperten Wert hinreichend bestimmt sein und Mehrdeutigkeiten vermeiden. Bei Geldeinlagen ist zu berücksichtigen, dass das zur Verfügung gestellte Kapital frei von Lasten und Verbindlichkeiten sein muss, da andernfalls der Kapitalgeber unter dem Deckmantel des *mudaraba*-Vertrages eine Rendite über das ihn verpflichtende Darlehen hinaus erwirtschaften würde.³⁴⁹ Zudem ist es nicht gestattet, dass ein vom *mudarib* dem Kapitalgeber geschuldeter Betrag oder von einer dritten Partei dem Kapitalgeber ge-

³⁴³ Mahlknecht, *Islamic Finance*, S. 115.

³⁴⁴ Zerwas/Demgensky, in: WM 2010, S. 692 (699); Gassner/Wackerbeck, *Islamic Finance*, S. 79.

³⁴⁵ Momen, in: RIW 2010, S. 367 (369); Bolsinger/Breschendorf, in: ZBB 2009, S. 460 (463).

³⁴⁶ Venardos, *Islamic Banking & Finance*, S. 75 f.; Iqbal/Mirakhor, *An Introduction to Islamic Finance* 2009, S. 90. Je nach dem welche Rechtsschule man folgt, wird dem *mudarib* ein sehr weiter Handlungs- und Entscheidungsspielraum hinsichtlich der Geschäftsführung des *mudaraba*-Geschäfts eingeräumt (Hanafiten) oder es wird die Auffassung vertreten, dass jede Einschränkung des *mudarib* das *mudaraba*-Geschäft unwirksam macht (Schafiten, Malikiten). Siehe hierzu Saeed, *Islamic Banking and Interest*, S. 53 f.

³⁴⁷ Ayub, *Understanding Islamic Finance*, S. 325.

³⁴⁸ Ebd.

³⁴⁹ Der Kapitalgeber darf keine Verbindlichkeit aufnehmen, um den *mudarib* mit Geldmitteln zu versorgen.

schuldeter Betrag zum Zwecke des *mudaraba*-Vertrages als Einlage verwendet wird.³⁵⁰ Das *mudaraba*-Geschäft kann zudem beschränkt oder unbeschränkt gestaltet werden. Bei einer beschränkten *mudaraba* (*mudaraba al-muqayyada*) ist der Kapitalnehmer an Vorgaben des Investors hinsichtlich der Investitionsmöglichkeiten gebunden. Bei einer unbeschränkten *mudaraba*-Gestaltung (*mudaraba al-mutlaqa*) bleibt es dem Kapitalnehmer selbst überlassen, in welche Geschäfte er das vom Investor eingebrachte Kapital investiert.³⁵¹

Charakteristisch für das *mudaraba*-Geschäft ist des Weiteren, dass beide Parteien jederzeit die Möglichkeit haben von der Vereinbarung zurückzutreten. Dadurch wird dem Investor die Gelegenheit geboten, drohende Verluste abzuwenden bzw. gering zu halten und die Liquidität des Investments zu sichern. Durch den Rückzug des Finanzierungspartners kann ein Projekt in seiner Existenz bedroht werden. Um dieses Risiko zu minimieren, wird das Konzept des Nettoinventarwertes (*net asset value*) in die Struktur aufgenommen, das den Substanzwert des Projektes wieder gibt. Tatsächlich spiegelt der Nettoinventarwert einen Zerschlagungswert wider, welcher angibt, was zu erhalten wäre, wenn das Projekt bzw. das Unternehmen zusammenbricht. Dafür werden alle Vermögensgegenstände miteinander addiert und eventuell bestehende Schuldpositionen von diesem Wert abgezogen. Der entsprechende Wert wird dann durch die Zahl der Anteile geteilt.³⁵² Dem Investor ist es vor diesem Hintergrund dann erlaubt, sein Investment zu dem ermittelten Wert zu liquidieren.³⁵³

Anders ist der Fall, wenn die Parteien die Zusammenarbeit auf eine bestimmte Dauer festgelegt haben. Sofern die Parteien den Vertrag nicht einvernehmlich aufgehoben haben, kann der *mudaraba*-Vertrag nicht vor Ablauf des festgelegten Zeitraums gekündigt werden. Diese Vertragsform ermöglicht letztlich die Kapitalgewinnung und Kapitalbündelung für Großunternehmungen mit entsprechender Kapitalanlage. Neben klassischen Investitionsfinanzierungen wie etwa dem Bau von Infrastrukturen findet die *mudaraba*-Struktur auch in der Handelsfinanzierung Anwendung,³⁵⁴ die bereits Vorbild für die in Europa über die italienischen Handelsstädte eingeführte und verbreitete Kommanditgesellschaft war und unter anderem im Mittelalter als *commenda* ins europä-

³⁵⁰ Vgl. Ayub, Understanding Islamic Finance, S. 324.

³⁵¹ Ebd.; Mahlknecht, Islamic Finance, S. 116.

³⁵² DStR-KR 2002, S. 12.

³⁵³ Mahlknecht, Islamic Finance, S. 116.

³⁵⁴ Trinkaus/Prüm in: CFlaw 2010, S. 147 (152); Mahlknecht, Islamic Finance, S. 116.

ische Recht übernommen wurde.³⁵⁵

b) Rechtliche Einordnung

aa) Allgemein

Der *mudaraba*-Vertrag weist strukturelle Parallelen sowohl zu einem partiarischen Darlehen als auch zu einer stillen Gesellschaft im Sinne des § 230 HGB auf. Bei der stillen Gesellschaft im Sinne des § 230 Abs. 1 HGB handelt es sich um eine Innengesellschaft zwischen dem Inhaber eines Handelsgeschäfts und einem Dritten, der sich mit einer Vermögenseinlage an diesem Handelsgeschäft beteiligt. Eine stille Gesellschaft ist am Handelsgeschäft eines Einzelunternehmers, einer Personengesellschaft, aber auch an einer Kapitalgesellschaft möglich.³⁵⁶ Ein partiarisches Darlehen ist eine Form des Darlehens, bei der der Gläubiger vom Schuldner anstelle von Zinsen bzw. zusätzlich zu einem geringen Anteil von Zinsen, einen im Voraus festgelegten Anteil des Unternehmensgewinns erhält, ohne am Verlust beteiligt zu werden. Einflussnahme auf die Unternehmensgeschäfte hat der Gläubiger hingegen nicht.³⁵⁷

Das partiarische Darlehen unterscheidet sich von der stillen Gesellschaft dadurch, dass der Gläubiger weder Einflussmöglichkeiten noch Kontrollbefugnisse hat. Als Indiz für die Annahme einer stillen Gesellschaft wird daher die Einräumung von Kontrollrechten angesehen. Allerdings lässt das Fehlen jeglicher Überwachungsregelung einen zwingenden Schluss gegen die Annahme einer stillen Gesellschaft nicht zu, da das Gesetz davon ausgeht, dass sich ein Informationsrecht aus dem Tatbestand der stillen Gesellschaft ergibt und nicht umgekehrt.³⁵⁸ Aus zivilrechtlicher Sicht steht nach der überwiegenden Auffassung zudem eine Verlusttragungspflicht einer Einordnung als partiarisches Darlehen entgegen.³⁵⁹ Vor dem Hintergrund, dass der Investor an den Verlusten beim *mudaraba*-Geschäft beteiligt wird und üblicherweise keine Kontroll- und Entscheidungsbefugnisse hat, ist der *mudaraba*-Vertrag rein zivilrechtlich betrachtet als Beteiligungsvertrag wegen stiller Teilhaberschaft zu qualifizieren. Sofern der Investor am Gewinn und Verlust sowie wirtschaftlich am Zuwachs des Vermögens einschließlich der stillen Reserven und eines Geschäftswertes beteiligt wird und er

³⁵⁵ Vgl. Ayub, Understanding Islamic Finance, S. 321 m.w.N. Zur *commenda* und *mudaraba* siehe auch Udovitch, Partnership and Profit in Medieval Islam, S. 170 ff.; Lieber, in: EBPME 1968, S. 230 (235); Ebert in: Ebert/Thiessen, Das islamkonforme Finanzgeschäft, S. 77; Rohe, Das islamische Recht, S. 118.

³⁵⁶ Statt vieler vgl. Servatius, in: Henssler/Strohn-HGB, § 230 Rn. 1.

³⁵⁷ Statt vieler vgl. Schubert, in: Oetker-HGB, § 230 Rn. 26 ff.

³⁵⁸ K. Schmidt, in: MüKo-HGB, § 230 Rn. 64 m.w.N.

³⁵⁹ Statt vieler K. Schmidt, in: MüKo-HGB, § 230 Rn. 38 m.w.N.

Mitunternehmerinitiative durch Ausübung von Kontrollrechten nach § 233 HGB zeigen kann, ist ein solcher *mudaraba*-Vertrag als eine atypisch stille Beteiligung zu qualifizieren.³⁶⁰

bb) Aufsichtsrechtliche Relevanz

Aufsichtsrechtlich kann ein *mudaraba*-Vertrag sowohl als erlaubnisfreie stille Gesellschaft als auch als erlaubnispflichtiges partiarisches Darlehen im Sinne des Einlagengeschäftstatbestands gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 KWG eingeordnet werden. Unter Einlagengeschäft ist die Annahme fremder Gelder als Einlagen oder anderer unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums zu verstehen, sofern der Rückzahlungsanspruch nicht in Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen verbrieft wird.³⁶¹ Die aufsichtsrechtliche Einordnung des *mudaraba*-Geschäfts hängt daher von den Umständen des Einzelfalls ab, inwiefern die Rückzahlungsmodalitäten konkret ausgestaltet sind.³⁶² Abzugrenzen ist danach, ob der gemeinsame Zweck (dann stille Gesellschaft) oder lediglich die Finanzierungsabrede (dann Darlehen) im Vordergrund steht.³⁶³

Sofern sich der Investor bedingungslos am Verlust beteiligt und sich unternehmerisch und nicht nur als Kapitalgeber einbringt, spricht dies eher für eine stille Gesellschaft im Sinne des § 230 HGB.³⁶⁴ Der Gesellschaftszweck der *mudaraba* darf sich dabei nicht lediglich auf die Finanzierung eines bestimmten Objekts beschränken, sondern vielmehr auf die Erwirtschaftung von Gewinnen durch das Halten und Verwalten von (verschiedenen) Vermögenswerten. Im Übrigen wird dem Investor seine Einlage nicht generell zurückerstattet, sondern nur soweit dem Kapitalnehmer zum vereinbarten Tilgungstermin oder bei Erreichung des gemeinsamen Ziels die überlassene Summe zur Verfügung steht. Die von den Investoren erbrachte Vermögenseinlage ist daher nur als bedingt rückzahlbar zu bewerten und erfüllt mithin nicht den Tatbestand des Einlagengeschäfts im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 KWG. Folglich kann auch aufsichtsrechtlich nicht von einer Darlehensvereinbarung ausgegangen werden. Durch das Erwerben und Halten von stillen Beteiligungen liegt zwar ein Finanzunternehmen im Sinne des

³⁶⁰ Eine atypisch stille Gesellschaft liegt wirtschaftlich und handelsrechtlich vor, wenn der stille Gesellschafter an den stillen Reserven beteiligt ist und sowohl im Hinblick auf seinen Einfluss als auch im Hinblick auf seine vermögensmäßige Beteiligung einem offen beteiligten Gesellschafter vergleichbar ist. Vgl. K.Schmidt, in: MüKo-HGB, § 230 Rn. 76 ff.

³⁶¹ Schäfer, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler-KWG, § 1 Rn. 32.

³⁶² Vgl. Zerwas/Demgensky, in: WM 2010, S. 692 (699).

³⁶³ Scherer/Elsen, in: CFlaw 2012, S. 238 (242). Als Indizien für die Annahme eines Kreditgeschäfts gelten der Ausschluss bzw. die Minimierung der Verlusttragungspflicht, die Existenz eines Tilgungsplans sowie keine oder nur geringe Mitsprache- und Kontrollrechte des Anlegers. Zur aufsichtsrechtlichen Qualifikation des *mudaraba*-Geschäfts siehe ausführlich Casper, in: ZBB 2010, S. 345 (351 ff.).

³⁶⁴ So auch Casper, in: ZBB 2010, S. 345 (353).

§ 1 Abs. 3 KWG vor, allerdings begründet dies noch keine Erlaubnispflicht.³⁶⁵

2. Musharaka

a) Scharia-Rahmenbedingungen

Eine weitere Struktur der eigenkapitalbasierten Finanzierungsgeschäfte ist *musharaka*. Ursprünglich wurde der Begriff *musharaka* als Synonym für *sarika* bzw. *shirka* im Sinne von Gesellschaft verstanden. Heute steht der arabische Begriff für Partnerschaft und beschreibt das grundlegendste eigenkapitalbasierte Finanzierungsgeschäft.³⁶⁶ Im Rahmen eines *musharaka*-Geschäfts stellen sowohl der Investor als auch der Unternehmer Kapital – einschließlich Sachgüter – zur Verfügung, um ein Investitionsprojekt zu finanzieren.³⁶⁷

Der wesentliche Unterschied zur *mudaraba*-Struktur liegt darin, dass beide Parteien sowohl der Investor als auch der Kunde Kapital zur gemeinsamen Unternehmung beisteuern.³⁶⁸ Die Rolle des Investors bei einem *musharaka*-Geschäft ist aber eine wesentlich stärkere als die bei der *mudaraba*, da der Investor über Stimmrechte verfügt, seine Vertreter in den Vorstand entsenden kann und am Management des Unternehmens teilnehmen darf. Im Gegensatz zur *mudaraba*-Struktur ist bei *musharaka* im Hinblick auf die rechtliche Verantwortung zu beachten, dass beide Parteien unbegrenzt haften. Zudem steht beiden Parteien grundsätzlich das Management zu, unabhängig davon, ob sie sich an der Geschäftsführung beteiligen oder nicht.³⁶⁹

Die Erträge aus einem *musharaka*-Geschäft werden nach einem zuvor vereinbarten Verhältnis ausgeschüttet, das nicht den jeweiligen Kapitalanteilen der Partner entsprechen muss. Die Verluste werden hingegen rein im Verhältnis der Eigenkapitalbeteiligung aufgeteilt.³⁷⁰ Teilweise gibt es in der Praxis *musharaka*-Verträge, bei denen die Verlustbeteiligung des Investors eingeschränkt wird, indem etwaige Verluste des Investors durch die Übertragung von Kapitalanteilen des kapitalaufnehmenden Partners kompensiert

³⁶⁵ Sofern Konten auf *mudaraba*-Grundlage vorkommen, bei denen eine (meist) unbeschränkte *mudaraba* vereinbart wird und der Kapitalgeber als Kontoinhaber jederzeit oder zu bestimmten Zeitpunkten sein eingesetztes Kapital zurück verlangen kann, handelt es sich unstreitig um ein erlaubnispflichtiges Geschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 KWG (Einlagengeschäft). Vgl. hierzu Casper, in: ZBB 2010, S. 345 (352).

³⁶⁶ Ayub, Understanding Islamic Finance, S. 312; Gassner/Wackerbeck, Islamic Finance, S. 81.

³⁶⁷ Momen, in: RIW 2010, S. 367 (370); Grieser, in: WM 2009, S. 586 (588).

³⁶⁸ Vgl. Trinkaus/Prüm in: CFlaw 2010, S. 147 (152).

³⁶⁹ Vgl. Mahlkecht, Islamic Finance, S. 117; Patzner/Usalir, in: BB 2010, S. 1513 (1514); Trinkaus/Prüm, in: CFlaw 2010, S. 147 (152).

³⁷⁰ Ayub, Understanding Islamic Finance, S. 317; Usmani, An Introduction to Islamic Finance, S. 23 f.; Imran, Wirtschaftssystem, S. 80; Mahlkecht, Islamic Finance, S. 117; Gassner/Wackerbeck, Islamic Finance, S. 81; Gramlich/Manger-Nestler, in: WM 2009, S. 1629 (1633).

werden. Derartige Regelungen stehen wegen des mangelnden Risikocharakters bzw. der unausgewogenen Risikoverteilung ebenso im Widerspruch mit der Scharia wie die Kürzung der an sich feststehenden Kostenpauschale bzw. Verwaltungsgebühr (*management fee*) für die Nichterreichung des Ertragszieles oder die Vereinbarung einer Umsatzbeteiligung zugunsten des Investors an Stelle einer Gewinnbeteiligung.³⁷¹

Hinsichtlich der einzubringenden Vermögenswerte gilt dasselbe wie bei der *mudaraba*-Struktur, d.h. bei dem Kapital darf es sich nicht um eine Schuld bzw. Verbindlichkeit handeln und sofern Sachgüter eingebracht werden, müssen diese tatsächlich existieren.³⁷²

Für die Gestaltung von *musharaka*-Geschäften gibt es grundsätzlich zwei Formen. Zum einen kann das *musharaka*-Geschäft derart ausgestaltet werden, dass die Vertragsdauer unbegrenzt ist und die Partnerschaft so lange andauert, bis eine Partei den zugrunde liegenden Vertrag kündigt oder das gemeinsame Unternehmen liquidiert. Dabei besteht eine Erfolgsbeteiligung mit konstanter Quote, die über die gesamte Beteiligungsdauer unverändert bleibt (*permanent musharaka*).³⁷³ Andererseits kann das *musharaka*-Geschäft insoweit vereinbart werden, dass sich die Beteiligung des Investors sukzessive um den von dem Kunden zurückzuzahlenden Teil des Investments reduziert (*diminishing musharaka*). Dementsprechend steigt der Anteil des Kunden an dem gemeinsamen Unternehmen kontinuierlich mit seinen sog. "Tilgungs"-Zahlungen an den Investor an.³⁷⁴ Der Investor erhält indes weiterhin seine Erfolgsbeteiligung an den verbleibenden Anteilen bis letztendlich sich seine Beteiligung auf null reduziert und der Kunde alleiniger Eigentümer des Vermögensgegenstandes oder Alleingesellschafter ist.³⁷⁵ Die Struktur der *diminishing musharaka* ermöglicht daher Investitionen, ohne dass sich der Investor dauerhaft an einem Projekt beteiligen muss.³⁷⁶

Musharaka kann schließlich als eine Form der Partnerschaft definiert werden, bei der zwei oder mehrere Partner Kapital, Sachgüter oder Arbeits- bzw. Dienstleistungen zusammenlegen, die Gewinne und Verluste daraus teilen und dieselben Rechte und Pflichten haben.³⁷⁷

³⁷¹ Vgl. Lohlker, Das islamische Recht im Wandel, S. 63.

³⁷² Ayub, Understanding Islamic Finance, S. 313.

³⁷³ Momen, in: RIW 2010, S. 367 (371); Chahin, Chancen und Risiken im islamischen Bankwesen, S. 64 f.

³⁷⁴ Patzner/Usalir, in: BB 2010, S. 1513 (1514); Gassner/Wackerbeck, Islamic Finance, S. 83.

³⁷⁵ Ebd.

³⁷⁶ Vgl. Mahlkecht, Islamic Finance, S. 118; Patzner/Usalir, in: BB 2010, S. 1513 (1514).

³⁷⁷ Vgl. Iqbal/Mirakhor, An Introduction to Islamic Finance 2009, S. 86.

b) Rechtliche Einordnung

aa) Allgemein

Bei einer *musharaka* wird eine Vereinbarung geschlossen, bei der zwei oder mehrere Personen übereinkommen, sich zu einem bestimmten Zweck zusammen zu schließen und für dessen Verbindlichkeiten sie alle unmittelbar haften wollen. Aufgrund der Ähnlichkeit der *musharaka* zu einem personalistisch ausgeprägten Joint-Venture kommen Personengesellschaften des deutschen Rechts als rechtliche Pendant in Betracht.³⁷⁸ Eine Personengesellschaft deutschen Rechts dient der Erreichung eines gemeinsamen Zwecks, bei der die Gesellschafter sowohl am Erfolg der Unternehmung als auch am erlittenen Verlust teilhaben. Mithin tragen die Gesellschafter das unternehmerische Risiko der Gesellschaft. Vor diesem Hintergrund können *musharaka*-Geschäfte anhand einer dem deutschen Recht unterliegenden und errichteten Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 705 BGB) oder offenen Handelsgesellschaft (§§ 105, 124 HGB) durchgeführt werden.³⁷⁹ Da die Haftung bei der *musharaka* auf das eingesetzte Kapital nicht beschränkt ist, besteht für alle Parteien eine gemäß § 128 HGB vergleichbare Gefahr, mit ihrem gesamten Vermögen für die Verluste des *musharaka*-Geschäfts zu haften. Oftmals werden die Geschäfte jedoch mittels einer haftungsbeschränkten Kapitalgesellschaft vorgenommen.³⁸⁰

bb) Aufsichtsrechtliche Relevanz

Für die aufsichtsrechtliche Qualifikation von *musharaka*-Verträgen ist ihre konkrete Ausgestaltung maßgeblich. Sofern die *musharaka* als echte Außengesellschaft vertraglich gestaltet wird, bei der es keinen Rückzahlungsplan für den von dem Investor übernommenen Kapitalanteil gibt und die Gewinne durch das Halten und Verwalten von verschiedenen Vermögenswerten erwirtschaftet werden, scheidet sowohl ein Einlagengeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KWG als auch ein Kreditgeschäft gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 KWG aus.³⁸¹

³⁷⁸ Vgl. Grieser, in: WM 2009, S. 586 (588); Scherer/Elsen, in: CFlaw 2012, S. 238 (242).

³⁷⁹ Vgl. Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, S. 111 ff.

³⁸⁰ Momen, Vertragsmodelle Islamic Finance, S. 20 f.; Gassner/Wackerbeck, Islamic Finance, S. 82; Trinka/Prüm in: CFlaw 2010, S. 147 (152). Obwohl es die Kapitalgesellschaft im klassischen islamischen Recht nicht gab, ist sie inzwischen von den Gelehrten akzeptiert worden. Vgl. *The International Council of Fiqh Academy* Resolution No. 130 (14/4) 2003; Chapra/Khan, Regulation and Supervision of Islamic Banks, S. 73 f.; Venardos, Islamic Banking & Finance, S. 77 m.w.N.; a.A. Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, S. 113; Gassner/Wackerbeck, Islamic Finance, S. 82.

³⁸¹ Casper, in: ZBB 2010, S. 345 (354); Scherer/Elsen, in: CFlaw 2012, S. 238 (243). So im Ergebnis auch Gramlich/Manger-Nestler, in: WM 2009, S. 1629 (1633 f.), allerdings nur im Hinblick auf den Einlagenbegriff gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KWG.

Bei vertraglicher Gestaltung einer *diminishing musharaka* kommt allerdings eine Einordnung unter den Kreditbegriff im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 KWG in Gestalt eines Darlehens in Betracht, soweit ein fester Tilgungsplan vorliegt und die *musharaka*-Gesellschaft mangels besonderer Organe, einer Organisationsstruktur bzw. eines eigenen Namens nicht nach außen am Markt auftritt. Entscheidend ist dabei, ob die *diminishing musharaka* neben einem Gesellschaftsvertrag auch noch eine Finanzierungsabrede aufweist und der Zweck der Gesellschaft die Finanzierung eines bestimmten Objektes umfasst.³⁸² Es ist daher bei Vertrieb von *diminishing musharaka* ratsam im Vorfeld die aufsichtsrechtlichen Aspekte im Einzelfall zu überprüfen.

³⁸² Casper, in: ZBB 2010, S. 345 (354).

III. Fremdkapitalbasierte Finanzierungen

Fremdkapitalbasierte Modelle des *Islamic Finance* beruhen auf Vereinbarungen, die keine unternehmerische Initiative des Kapitalgebers erfordern. Da verzinsliche Geldmittelkredite bei *Islamic Finance* als Geschäftsgegenstand ausscheiden, werden Fremdfinanzierungen indes in Form von Sachmittelkrediten getätigt.³⁸³ Charakteristisch für islamische Fremdfinanzierungen sind Transaktionen, die an den Anschaffungs- und Veräußerungsvorgang einer Ware knüpfen.³⁸⁴ Hierzu ist erforderlich, dass ein zugrunde liegendes Wirtschaftsgut übertragen wird.³⁸⁵ Das Risiko des Kapitalgebers bzw. des Investors ist in der Regel auf die Transaktion bezogen und daher mit dem Wirtschaftsgut verbunden.³⁸⁶

Die technische Grundlage bei fremdkapitalbasierten Finanzierungsgeschäften bilden in erster Linie Finanzierungen nach einem festen Gewinnaufschlag (sog. *mark-up* bzw. *cost-plus sale*-Prinzip), bei denen anstelle eines Zinssatzes ein Zuschlag vereinbart wird.³⁸⁷ Bei der Rückzahlung des Kreditbetrags muss der Kapitalnehmer den Ursprungsbetrag zuzüglich des vorher vereinbarten höheren Betrags – dem Aufschlag – begleichen. Dies kann entweder in Raten oder in Form einer Einmalzahlung zum Ende der Vertragslaufzeit erfolgen.³⁸⁸

Klassische fremdkapitalbasierte *Islamic Finance*-Strukturen sind *murabaha* und *tawarruq*, die zur Finanzierung von Handelsgütern, aber auch für private Finanzierungen eingesetzt werden (können). Im Folgenden werden diese beiden gebräuchlichen Investitions- und Finanzierungsgeschäfte sowie *salam* und *istisnaa* als deren Erweiterungen dargestellt und zivil- und aufsichtsrechtlich gewürdigt.

1. Murabaha

a) Scharia-Rahmenbedingungen

Der Begriff *murabaha* stammt aus dem arabischen Wort *ribh* und bezeichnete ursprünglich den Kauf einer Ware, die mit einem offengelegten Gewinn weiterverkauft wurde.³⁸⁹ Bei der *murabaha*-Struktur erwirbt der Investor zunächst auf Veranlassung eines Kunden einen Gegenstand, den dieser anschließend mit einer vorher vereinbarten Gewinn-

³⁸³ Gassner/Wackerbeck, *Islamic Finance*, S. 67.

³⁸⁴ Ebd.

³⁸⁵ Aufgrund der Zugrundelegung von Vermögenswerten wird auch von *asset-based* Finanzierungsgeschäften gesprochen. Vgl. Momen, in: RIW 2010, S. 367 (370).

³⁸⁶ Vgl. Roser, *Steuerliche Qualifikation*, S. 79; Gassner/Wackerbeck, *Islamic Finance*, S. 67.

³⁸⁷ Gassner/Wackerbeck, *Islamic Finance*, S. 67.

³⁸⁸ Momen, in: RIW 2010 S. 367 (370); Gassner/Wackerbeck, *Islamic Finance*, S. 67.

³⁸⁹ Ayub, *Understanding Islamic Finance*, S. 215.

marge an den Kunden weiterverkauft. Sämtliche Kosten einschließlich der Gewinnmarge werden dem Kunden durch den Investor offengelegt.³⁹⁰ Im Gegensatz zu einem konventionellen Darlehen wird dem Kunden kein Geld zum Erwerb eines Gutes zur Verfügung gestellt, vielmehr erwirbt der Investor den Gegenstand zunächst selbst und wird – wenn auch nur für einen Zwischenschritt – Eigentümer der Sache. Der Kunde erhält die Sache insofern erst nach einem Durchgangserwerb seitens des Investors. Während der Investor den ursprünglichen Verkäufer sofort bezahlt, entrichtet der Kunde den Kaufpreis an den Investor später, zu einem zuvor festgelegten, höheren Preis als Profitmarge.³⁹¹ Eine Relation zwischen Dauer der Kreditierung und Höhe des Aufschlages darf dabei jedoch nicht bestehen.³⁹²

Häufig wird zur Berechnung des Preisaufschlages der Referenzzinssatz LIBOR (London Interbank Offered Rate) oder EURIBOR (Euro Interbank Offered Rate) zuzüglich einer Marge herangezogen.³⁹³ Dies mag zwar den Verdacht nähren, dass das Zinsverbot kunstvoll umgangen wird, allerdings ist zu berücksichtigen, dass islamische sowie konventionelle Banken letztlich denselben Marktkräften und -bedingungen ausgesetzt sind. Übliche Marktzinssätze dienen als natürliche Bezugsgrößen für islamische Institute, an denen sie sich zu orientieren haben, um unter anderem wettbewerbsfähig zu bleiben.³⁹⁴ Betrachtet man darüber hinaus die einzelnen Schritte der *murabaha*-Struktur, ergibt sich die Gewinnmarge für den Investor ausschließlich aus dem Weiterverkauf des Gegenstandes und nicht aus der Finanzierung, so dass das Geschäft formal Scharia-konform ist.³⁹⁵ Die Gewinnmarge rechtfertigt sich insbesondere durch das Risiko der Nichtabnahme der Ware durch den Kunden aufgrund von vermeintlichen Qualitätsmängeln oder etwaiger Zahlungsunfähigkeit und durch das Risiko des zufälligen Untergangs.³⁹⁶ Sämtliche Gefahren, Lasten und Pflichten bezüglich Prüfung und Sorgfaltwalten des Vertragsgegenstandes gehen infolge des Durchgangserwerbs zunächst auf den Investor

³⁹⁰ Mahlkecht, *Islamic Finance*, S. 101; Bolsinger/Breschendorf, in: ZBB 2009, S. 460 (464); Patzner/Usalir, in: BB 2010, S. 1513 (1514); vgl. auch die ausführlichen Darstellungen bei Ayub, *Understanding Islamic Finance*, S. 213 ff.; El-Gamal, *Islamic Finance* S. 65 ff.; Gassner/Wackerbeck, *Islamic Finance*, S. 67 ff.; Thurner, in: Ebert/Thiessen, *Das islamkonforme Finanzgeschäft*, S. 146 ff.

³⁹¹ Bolsinger/Breschendorf, in: ZBB 2009, S. 460 (464); Momen, in: RIW 2010, S. 367 (373).

³⁹² Lohrker, *Das islamische Recht im Wandel*, S. 64.

³⁹³ Vgl. Trinkaus/Prüm in: CFlaw 2010, S. 147 (150); Gassner/Wackerbeck, *Islamic Finance*, S. 71.

³⁹⁴ Mahlkecht, *Islamic Finance*, S. 103. Die Orientierung der Höhe des Aufschlages an die Referenzzinssätze LIBOR oder EURIBOR ist nach den meisten Scharia-Gelehrten nicht verboten, aber auch nicht als erwünscht (*makruh*) angesehen. Vgl. Gassner/Wackerbeck, *Islamic Finance*, S. 71.

³⁹⁵ Vgl. Bolsinger/Breschendorf, in: ZBB 2009, S. 460 (464); Momen, in: RIW 2010, S. 367 (373).

³⁹⁶ Gassner/Wackerbeck, *Islamic Finance*, S. 70; Pohlhausen/Beck, in: ISiR 2010, S. 225 (228).

über.³⁹⁷ Je größer das von dem Investor zu übernehmende Risiko ist, umso höher kann die Vergütung bzw. der Aufschlag für den Investor ausfallen.³⁹⁸ Die strukturellen Risiken, die sich aus der Zwischenschaltung des Investors ergeben, lassen sich durch die Einschaltung von separaten Ankaufsgesellschaften und einer entsprechenden Dokumentation minimieren. Auch durch die Beauftragung des Kunden als Vertreter des Investors wird ein Teil des Haftungsrisikos übertragen, womit dem Kunden Prüfungs- und Sorgfaltspflichten auferlegt werden. Damit die Struktur letztlich den Vorgaben der Scharia genügt, lassen sich die Risiken jedoch nicht gänzlich ausschalten.³⁹⁹

Im Hinblick auf den Vertragsgegenstand ist allgemein zu beachten, dass der Gegenstand zum Zeitpunkt des Abschlusszeitpunkts physisch existiert und in der Verfügungsmacht des Verkäufers steht.⁴⁰⁰ Der Vertrag zwischen Investor und Kunde zum Erwerb eines Gutes kann daher nach islamischem Recht erst dann geschlossen werden, wenn das Eigentum vom ursprünglichen Verkäufer auf den Investor übergegangen ist. Ansonsten lägen Eigentumsübergang und Zahlung in der Zukunft, was unzulässig ist.⁴⁰¹

Kann der Kunde den geschuldeten Betrag bei Fälligkeit der Raten bzw. bei Endfälligkeit nicht zurückzahlen, können grundsätzlich keine Verzugszinsen erhoben werden.⁴⁰² Alternativ kann der Kunde jedoch dazu vertraglich verpflichtet werden, einen bestimmten Betrag für wohltätige Zwecke im Sinne einer Spende zur Verfügung zu stellen. Diese Vorgehensweise ist allerdings wenig reizvoll für den Investor, da er keinen Nutzen davon hat. Andererseits kann vereinbart werden, dass der Kunde für die Fälle, in denen er willentlich ausfallen sollte, eine Entschädigung im Sinne eines pauschalisierten Schadensersatzes an den Investor zu zahlen hat. Ferner kann der Investor von dem Kunden Sicherheiten in Form einer Garantie durch eine dritte Partei einfordern.⁴⁰³

³⁹⁷ Vgl. Gassner/Wackerbeck, *Islamic Finance*, S. 70; Patzner/Usalir, in: BB 2010, S. 1513 (1514); Momen, in: RIW 2010, S. 367 (373).

³⁹⁸ Warde, *Islamic Finance*, S. 141.

³⁹⁹ Trinkaus/Prüm in: CFlaw 2010, S. 147 (150).

⁴⁰⁰ Vgl. Warde, *Islamic Finance*, S. 142; Bolsinger/Breschendorf, in ZBB 2009, S. 460 (464); Patzner/Usalir, in: BB 2010, S. 1513 (1514). Zu den Besitzbeziehungen aus der Perspektive des islamischen Rechts siehe etwa Usmani, *An Introduction to Islamic Finance*, S. 42 f.; 73 f. Zur Ausnahme des physisch zu existierenden Gegenstandes zum Abschlusszeitpunkts des Vertrages siehe auch die *salam*- und *istisnaa*-Geschäfte unten im 2. Teil, III. 3. und 4.

⁴⁰¹ Vgl. Gassner/Wackerbeck, *Islamic Finance*, S. 69 f.

⁴⁰² Momen, in: RIW 2010, S. 367 (373); Mahlkecht, *Islamic Finance*, S. 103; Trinkaus/Prüm, in: CFlaw 2010, S. 147 (150).

⁴⁰³ Gassner/Wackerbeck, *Islamic Finance*, S. 69; Momen, in: RIW 2010, S. 367 (373).

Die *murabaha*-Verträge werden vor allem bei Handelsfinanzierungen, bei "Verbraucherdarlehen" oder etwa bei der Finanzierung von Eigenheimen verwendet und eignen sich insbesondere für Finanzierungen von Investitionsobjekten.⁴⁰⁴

b) Rechtliche Einordnung

aa) Allgemein

Ein *murabaha*-Geschäft beinhaltet rechtstechnisch zwei Verkaufskontrakte mit zwei verschiedenen Vertragspartnern. Der eine besteht zwischen dem ursprünglichen Verkäufer und dem Investor, der andere zwischen dem Investor und dem (End-) Kunden.⁴⁰⁵ Der Investor kauft im Auftrag des Kunden von einem Dritten den Vermögensgegenstand, den er seinerseits an den Kunden weiterveräußert. Hierbei liegen zwei nacheinander geschaltete Kaufverträge gemäß § 433 BGB vor, ergänzt um ein Auftrags- oder Geschäftsbesorgungselement (§§ 662 ff., 675 BGB).⁴⁰⁶ Der Investor tritt nicht als Vertreter (§§ 164 ff. BGB) des Kunden auf, sondern erwirbt den zu liefernden Vermögensgegenstand im eigenen Namen.⁴⁰⁷

In der Praxis engagiert der Investor den Kunden häufig als seinen Vertreter, der den Gegenstand im Namen des Investors erwirbt. Der Investor erwirbt das Eigentum an dem Gegenstand und hat folglich die mit dem Eigentumsübergang verbundenen Risiken (Waren- und Preisrisiken) zu tragen. Um das Vertragsziel des *murabaha*-Geschäfts zu erreichen, müssen sich sowohl der Investor als auch der Kunde von vornherein vertraglich bindend verpflichten. In der Regel wird der Investor erst nach Abgabe einer einseitig bindenden Kaufverpflichtung durch den Kunden tätig oder nimmt das bindende Angebot des Kunden auf Abschluss des zweiten Kaufvertrages erst an, nachdem der Kunde als Vertreter des Investors den Kaufgegenstand beim Händler (der Erstverkäufer) angekauft hat (das sog. *murabaha for the purchase order*).⁴⁰⁸ Dadurch wird sichergestellt, dass der Investor den Vermögensgegenstand nach dem Zwischenerwerb an den Kunden weiterveräußert und der Kunde den Vermögensgegenstand dem Investor letztendlich abnimmt.⁴⁰⁹

⁴⁰⁴ Vgl. Trinkaus/Prüm, in: CFlaw 2010, S. 147 (150); Bolsinger/Breschendorf, in: ZBB 2009, S. 460 (464). Zum *murabaha*-Geschäft siehe grundlegend Usmani, An Introduction to Islamic Finance, S. 65 ff.; Ibrahim, in: Am. U. Int'l Rev., S. 661 (712).

⁴⁰⁵ Gassner/Wackerbeck, Islamic Finance, S. 69; Bolsinger/Breschendorf, in: ZBB 2009, S. 460 (464).

⁴⁰⁶ Momen, in: RIW 2010, S. 367 (373); Roser, Steuerliche Qualifikation, S. 201; Zerwas/Demginsky, in: WM 2010, S. 692 (698).

⁴⁰⁷ Lohlker, Das islamische Recht im Wandel, S. 64.

⁴⁰⁸ Gassner/Wackerbeck, Islamic Finance, S. 69. Casper, in: ZBB 2010, S. 345 (355).

⁴⁰⁹ Vgl. Bolsinger/Breschendorf, in: ZBB 2009, S. 460 (464).

Üblicherweise wird der gekaufte Vermögensgegenstand unmittelbar vom Erstverkäufer an den Kunden ausgeliefert, bei gleichzeitiger Stundung des Endkaufpreises. Dabei übereignet der Investor an den Kunden eine Sache, die er selbst nicht besitzt, sondern beim Erstverkäufer ordert und diesen dann an die Adresse des Kunden befördern lässt. Im Rahmen der Verfügung des Investors gegenüber dem Kunden agiert der Erstverkäufer als Geheißperson des Investors, da er dem Kunden den nach § 929 S. 1 BGB erforderlichen Besitz verschafft. Im Rahmen der Übereignung des Erstverkäufers an den Investor tritt hingegen der Kunde als Geheißperson des Investors auf, denn der Kunde erlangt auf Weisung des Investors für den Investor Besitz vom Erstverkäufer. Insofern handelt es sich bei dem *murabaha*-Geschäft sachenrechtlich um einen doppelten Geheißerwerb.⁴¹⁰ Vertragsrechtlich betrachtet handelt es sich bei dem *murabaha*-Geschäft um eine Spielart des Abzahlungskaufs.⁴¹¹

bb) Aufsichtsrechtliche Relevanz

Bei dem *murabaha*-Geschäft könnte es sich um ein erlaubnispflichtiges Kreditgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 KWG handeln. Unter Kreditgeschäft wird die Gewährung von Gelddarlehen und Akzeptkrediten verstanden.

Ein Akzeptkredit liegt vor, wenn sich ein Unternehmen verpflichtet, einen Wechsel anzunehmen und bei Fälligkeit einzulösen, ohne in das Grundgeschäft einbezogen zu sein (sog. Kreditleihe). Der Wechsel wird vom Kunden ausgestellt und nach Annahme seitens des Unternehmens entweder an den Warenlieferanten weitergegeben oder bei dem Unternehmen oder einer (anderen) Bank diskontiert. Der Aussteller/ Kunde hat das Geld bei dem bezogenen Unternehmen vor Fälligkeit des Wechsels anzuschaffen.⁴¹² Da bei einem *murabaha*-Geschäft der Investor dem Kunden nicht seine Kreditwürdigkeit zur Verfügung stellt, sind der *murabaha*-Vertrag und der Akzeptkredit aufsichtsrechtlich nicht miteinander zu vergleichen.

Gelddarlehen sind Verträge im Sinne des § 488 BGB, aufgrund derer der Darlehensgeber zur Hingabe von Geld und der Darlehensnehmer zur Rückzahlung von Geld verpflichtet ist. Wie nach § 488 BGB ist der Geschäftsgegenstand nach § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 KWG auf Geld beschränkt. Daher gehören etwa Darlehen über Wertpapiere (Wertpapierleihe, § 607 BGB) nicht zu den Bankgeschäften. Die Gelder

⁴¹⁰ Casper, in: ZBB 2010, S. 345 (355).

⁴¹¹ Vgl. Trinkaus/Prüm, in: CFlaw 2010, S. 147 (150); Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, S. 83 ff.

⁴¹² Schäfer, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 1 Rn. 52 f.

müssen zudem rückzahlbar sein.⁴¹³ Indem der Investor zunächst selbst das Eigentum an dem Kaufgegenstand erwirbt und somit eigene Waren im Rahmen eines Raten- bzw. Abzahlungskaufs an den Kunden überträgt, ist keine klassische Darlehenskonstruktion gegeben. Der Investor stundet bei *murabaha*-Geschäften eine Kaufpreisschuld für den eigenen Absatz, so dass vielmehr ein erlaubnisfreier Warenkredit vorliegen könnte. Dazu müsste der Investor wirtschaftlich die Stellung und das Risiko eines Verkäufers eingehen, d.h. die gewährleistungsrechtliche Stellung eines Verkäufers übernehmen und das Insolvenzrisiko des Erstverkäufers tragen.⁴¹⁴ Zwar wird regelmäßig das Absatzrisiko durch eine vorausgehende Kaufverpflichtung bzw. durch ein bindendes Angebot seitens des Kunden ausgeschlossen, gleichwohl hat der Investor aus Scharia-rechtlicher Sicht ein Risiko aus dem Kaufvertrag zu tragen, denn er kann nicht ohne weiteres Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Kunden ausschließen und dem Kunden an deren Stelle seine Gewährleistungsansprüche gegen den Erstverkäufer abtreten.⁴¹⁵ Andernfalls erhält das *murabaha*-Geschäft den Charakter eines Finanzierungsleasingvertrages, bei dem sich der Endabnehmer allein mit dem Lieferanten auseinander setzt und letztlich dessen Insolvenzrisiko trägt.⁴¹⁶

Soweit der Investor die Rolle eines Zwischenverkäufers einnimmt und die damit verbundenen wirtschaftlichen Risiken übernimmt, ist das *murabaha*-Geschäft nicht als Kreditgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 KWG zu qualifizieren.

2. Tawarruq

a) Scharia-Rahmenbedingungen

Eine Weiterentwicklung des *murabaha*-Geschäfts ist der sog. *tawarruq*, der auch als *reverse murabaha* bezeichnet wird. Im Gegensatz zur *murabaha*, die einem klassischen Sachmittelkredit entspricht, werden bei einem *tawarruq*-Vertrag Geldmittel aufgenommen ohne dass der Kunde bzw. Kapitalnehmer den Vertragsgegenstand tatsächlich für sich in Anspruch nehmen möchte.⁴¹⁷

Die Struktur der *tawarruq*-Geschäfte basiert darauf, dass der Kunde einen Vermögensgegenstand unter Vereinbarung eines Zahlungszieles kauft und dieses unmittelbar vorbehaltlich einer sofortigen Lieferung und Zahlung zu einem Abschlag an eine andere

⁴¹³ Ebd. Rn. 44.

⁴¹⁴ Vgl. Schäfer, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 1 Rn. 46, 49.

⁴¹⁵ Casper, in: ZBB 2010, S. 345 (355). Dass der Investor ein gewisses Maß an Risiko zur Rechtfertigung des Preisaufschlags übernehmen muss, siehe Usmani, An Introduction to Islamic Finance, S. 72 f.

⁴¹⁶ Casper, in: ZBB 2010, S. 345 (355).

⁴¹⁷ Ayub, Understanding Islamic Finance, S. 349; Mahlkecht, Islamic Finance, S. 106.

dritte Partei weiterverkauft. Der Kunde erwirbt zunächst von dem Investor einen Gegenstand und vereinbart zugleich, dass der Kaufpreis für den Gegenstand gestundet wird. In einem zweiten Schritt verkauft der Kunde die Sache an einen Dritten weiter und erhält auf diese Weise die gewünschten Geldmittel und ist dem Investor gegenüber später verpflichtet den gestundeten, erhöhten Preis – d.h. Einkaufspreis und Aufschlag – zu zahlen.⁴¹⁸ Beide Vereinbarungen sind getrennt abzuschließen und unabhängig voneinander zu betrachten.⁴¹⁹

Notwendige Voraussetzung für ein *tawarruq*-Geschäft ist ein drei Personenverhältnis, damit gewährleistet ist, dass der Vermögensgegenstand nicht zurück an den ursprünglichen Verkäufer, sondern an eine andere dritte Partei verkauft wird. Würde der Kaufgegenstand zurück an den Erstverkäufer verkauft werden, wäre eine unzulässige *bai al inah*⁴²⁰ gegeben.⁴²¹ Durch die sofortige Zahlung des Kaufpreises beim Weiterverkauf an den Dritten und der erst nachfolgenden Zahlung der Raten beim Ankaufsgeschäft durch den Kunden, gewährt der Investor dem Kunden letztlich Liquidität gegen Entgelt.⁴²² Damit die Struktur auch mit den Vorgaben der Scharia im Einklang steht, wird häufig gefordert, dass zwischen dem Kauf und dem Weiterverkauf der Ware eine bestimmte Frist verstreichen muss, damit die beteiligten Parteien ein gewisses Preisrisiko tragen und sich die Gewinne aus dem Risiko mit den zugrunde liegenden Geschäften ergeben und nicht etwa aus einem versteckten Zins.⁴²³

⁴¹⁸ Mahlkecht, *Islamic Finance*, S. 106 f.; Grieser, in: WM 2009, S. 587 (590); Trinkaus/Prüm, in: CFlaw 2010, S. 147 (150).

⁴¹⁹ Zerwas/Demginsky, in: WM 2010, S. 692 (694).

⁴²⁰ Beim *bai al inah* kauft der Kunde von dem Investor zunächst einen Gegenstand unter Vereinbarung eines Zahlungsaufschubs hinsichtlich des Ankaufpreises. Danach verkauft der Kunde den soeben erworbenen Gegenstand sofort wieder zurück an den Investor, diesmal aber gegen sofortige Auszahlung des Rückkaufpreises, der in seiner Höhe niedriger ist als der Ankaufpreis. Der Käufer erhält somit liquide Geldmittel von dem Investor, obwohl keine wirkliche Absicht eines Kaufs oder Verkaufs des maßgeblichen Gutes dahinter steht. Mit anderen Worten fehlt es am wirtschaftlichen Interesse des Kunden am Gegenstand; vgl. Casper, in: ZBB 2010, S. 345 (356); Zerwas/Demginsky, in: WM 2010, S. 692 (694) m.w.N.

⁴²¹ Ayub, *Understanding Islamic Finance*, S. 349 f.; Gassner/Wackerbeck, *Islamic Finance*, S. 71 f.; Momen, in: RIW 2010, S. 367 (375); Mahlkecht, *Islamic Finance*, S. 107.

⁴²² Zerwas/Demginsky, in: WM 2010, S. 692 (694); Momen, in: RIW 2010, S. 367 (375).

⁴²³ Einige islamische Rechtsgelehrte, insbesondere Vertreter der hanbalitischen Rechtsschule, sehen in dem *tawarruq*-Geschäft ein unzulässiges *riba*-Geschäft. Sofern der Weiterverkauf über eine Warenterminbörse abgewickelt und zudem von dem Investor initiiert und vermittelt wird, werden diese Rechtsgelehrte in ihrer Auffassung bestärkt. Vertreter der hanafitischen und schafitischen Rechtsschule halten diese Finanzierungsform im Grundsatz für legitim. Vgl. Warde, *Islamic Finance*, S. 144. Die OIC (*Organisation of Islamic Conferences*) *Fiqh Academy* hat 2009 den organisierten *tawarruq* in ihrer Resolution 179 (19/5) als unzulässig klassifiziert. Das *sharia board* der einzelnen islamischen Finanzdienstleister wägt aber weiterhin ab, ob im Einzelfall ein *tawarruq*-Geschäft aufgrund Notwendigkeit doch nicht zulässig ist. Vgl. Gassner/Wackerbeck, *Islamic Finance*, S. 72.

b) Rechtliche Einordnung

aa) Allgemein

Tawarruq-Verträge sind in zwei Geschäftsabschnitte zu unterteilen. Im ersten Abschnitt erfolgt der Ankauf des Gutes durch den Kunden, im zweiten Abschnitt wird die Ware gegen Zahlung des Kaufpreises durch den Kunden an den Dritten überlassen.

Der erste Geschäftsabschnitt ist insofern als ein Warenkredit anzusehen, denn die Bank überträgt eine eigene Ware im Rahmen eines Abzahlungs- bzw. Ratenkaufs an den Kunden weiter. Bei dem zweiten Geschäftsabschnitt handelt es sich um ein klassisches Kaufgeschäft. Der Kunde übereignet die Ware gegen Zahlung des Kaufpreises. Rein rechtlich liegt ein doppelter Kauf vor, d.h. zwei Kaufverträge gemäß § 433 BGB mit unterschiedlichen Zahlungsbedingungen. Der Unterschied zum *murabaha*-Vertrag liegt letztlich darin, dass beim *tawarruq*-Geschäft noch ein weiterer Kaufvertrag, nämlich der Verkauf des Wirtschaftsguts durch den Kunden an eine dritte Partei, hinzukommt.

bb) Aufsichtsrechtliche Relevanz

Der wirtschaftliche Effekt, der durch die gesamte *tawarruq*-Struktur erzielt wird, ist mit einer Darlehensgewährung vergleichbar.⁴²⁴ Aufsichtsrechtlich könnte daher trotz der zwei zustande kommenden Kaufverträge mit unterschiedlichen Zahlungsbedingungen, ein einheitlicher Darlehensvertrag vorliegen. Hierzu müsste jedoch zusätzlich eine Finanzierungsabrede vorliegen, die aufsichtsrechtlich als Kreditgeschäft qualifiziert werden kann.⁴²⁵ *Tawarruq*-Geschäfte, bei denen der Investor den Weiterverkauf mit vermittelt und der Kaufvertrag lediglich in der Gesamtbetrachtung als Finanzierungsvehikel dient, sind gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 KWG als Kreditgeschäft erlaubnispflichtig, unter der Annahme, dass die Parteien kein Interesse an der Sache selbst haben und die Sache durch ein anderes vertretbares Gut surrogiert werden kann. Weitere Umstände, die die Annahme der Erlaubnispflichtigkeit bestärken, liegen in dem Handel und in dem Weiterverkauf des Gutes an einer Terminbörse.⁴²⁶ Aufgrund des wirtschaftlichen Effekts des *tawarruq*-Geschäfts, ist grundsätzlich von einem erlaubnispflichtigen Geschäft gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 KWG auszugehen, sofern keine anderweitigen Indizien bzw. Tatsachen entgegenstehen.⁴²⁷

⁴²⁴ Zerwas/Demgensky, in: WM 2010, S. 692 (694).

⁴²⁵ Vgl. Casper, in: ZBB 2010, S. 345 (356).

⁴²⁶ Casper, in: ZBB 2010, S. 345 (356 f.); a.A. Zerwas/Demgensky, in: WM 2010, S. 692 (694 f.).

⁴²⁷ Grundsätzlich ist § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 KWG streng zivilrechtsakzessorisch auszulegen. Vgl. Schäfer, in: Boos/Fischer/Schulte-Matler, § 1 Rn. 44 ff. Casper zieht jedoch eine aufsichtsrechtlich funktionale Betrachtungsweise vor und prüft, ob sich in der zivilrechtlichen Konstruktion nicht zumindest auch eine Finanzierungsabrede

3. Salam

a) Scharia-Rahmenbedingungen

Problematisch erweist sich die Gestaltung von Verträgen, in denen Leistung und Gegenleistung zu versetzten Zeitpunkten erbracht werden sollen. Im islamischen Recht gilt der Grundsatz, dass nichts verkauft werden darf, was zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht existiert und sich damit weder im Besitz noch im Eigentum des Verkäufers befindet.⁴²⁸ Das *salam*-Geschäft ist eine Ausnahme von diesem Grundsatz und ermöglicht einen Gläubigerwechsel vor Erhalt der Sache, indem eine Ware auf Termin verkauft wird, der Kaufpreis aber bei Vertragsschluss vollständig fällig wird.⁴²⁹ In der Praxis kauft der Investor von seinem Kunden Güter, die dieser erst nach Ablauf einer genau bestimmten Frist zu liefern hat. Den Kaufpreis für die Güter zahlt der Investor bereits im Voraus an den Kunden, die Übereignung der Güter erfolgt erst zu einem späteren Zeitpunkt. Der Investor darf die Güter jedoch dann weiterveräußern, wenn er die Güter tatsächlich erhalten hat.⁴³⁰ Auf Grundlage des *salam*-Vertrages können insofern laufende Kosten eines Vorhabens vorfinanziert werden. Sollte der *salam*-Verkäufer bei Fälligkeit nicht leisten bzw. nicht liefern können, muss er den Vertragsgegenstand am Markt erwerben, um so seinen vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen.⁴³¹ Der etwaige Gewinn des Investors aus dem *salam*-Geschäft resultiert aus dem Weiterverkauf der Ware am Ende der Vertragslaufzeit zu einem höheren Kurs als sie zu Beginn dem Kunden gezahlt wurde.

Für die Zulässigkeit eines *salam*-Vertrages kommt es mitunter auf den Vertragsgegenstand an, ob er der Gattung nach hinsichtlich Quantität und Qualität exakt bestimmt ist und ob Leistungstermine sowie ein möglicher Leistungsaufschub genauestens geregelt sind.⁴³² Damit die zu erbringende Leistung adäquat substituierbar bleibt, hat die Be-

verbirgt, die man mit Blick auf den Anlegerschutz aufsichtsrechtlich als Darlehen oder Kreditgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 KWG einordnen kann. Vgl. Casper, in: ZBB 2010, S. 345 (349 f.). Im Ergebnis zielt auch die von Casper zur Diskussion gestellte Zwei-Stufen-Theorie im Grundsatz weiterhin auf einen Gleichlauf zwischen Aufsichtsrecht und Zivilrecht.

⁴²⁸ Bolsinger/Breschendorf, in: ZBB 2009, S. 460 (465); Gassner/Wackerbeck, Islamic Finance, S. 73; Ayub, Understanding Islamic Finance, S. 241; siehe dazu auch die Ausführungen zu *gharar* oben im 1. Teil, III. 2. b).

⁴²⁹ Geilfuß, in: e-Journal of Practical Business Research, Sonderausgabe Bank Nr. 2, 4/2009, S. 15; Machhausen, Shari'a-konforme Investmentfonds, S. 96.

⁴³⁰ Das gilt nicht beim sog. Parallel-*salam*, bei dem der Investor die Ware im Ausgangszeitpunkt weiter an einen anderen Kunden auf Termin verkauft. Idealerweise deckt der Terminkurs die Kosten des Investors und bringt den geforderten Gewinnzuschlag ein; Gassner/Wackerbeck, Islamic Finance, S. 73 f.

⁴³¹ Bolsinger/Breschendorf, in: ZBB 2009, S. 460 (465).

⁴³² Bei dem Vertragsgegenstand muss es sich zumindest um ein homogenes Gut handeln. Zur Diskussion inwiefern der Vertragsgegenstand und die Zahlungsmodalitäten bestimmt sein müssen siehe Usmani, An Introduction to Islamic Finance, S. 129 ff.; Casper, in: ZBB 2010, S. 345 (357); Zerwas/Demgensky, in: WM 2010, S. 692 (695).

schreibung der Leistung derart zu erfolgen, dass dem Schuldner die nähere Auswahl der umschriebenen Leistung überlassen wird.⁴³³

b) Rechtliche Einordnung

aa) Allgemein

Beim *salam*-Geschäft handelt es sich zivilrechtlich um einen Waren- bzw. Gattungskauf auf Zeit. Den Kaufpreis hat der *salam*-Käufer – der Investor – sofort zu entrichten, die Übereignung des Kaufgegenstandes erfolgt jedoch zu einem späteren festgelegten Zeitpunkt, wobei die Sache in Übereinstimmung mit § 91 BGB im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt sein muss.

bb) Aufsichtsrechtliche Relevanz

Aufsichtsrechtlich kommt eine Qualifizierung des *salam*-Vertrages als Kreditgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 KWG nicht in Betracht, da dem *salam*-Verkäufer – d.h. dem Kunden – kein bestimmter Geldbetrag in vereinbarter Höhe zur Verfügung gestellt wird, der bei Fälligkeit zurück zu zahlen ist. Vielmehr entrichtet der *salam*-Käufer – d.h. der Investor – den Kaufpreis für ein Gut, das zu einem später vereinbarten Zeitpunkt geliefert und übereignet wird.

Als Termingeschäft mit Bezug auf eine Ware könnte der *salam*-Vertrag jedoch aufsichtsrechtlich relevant sein, wenn der Kontrakt als Derivat von dem Begriff des Finanzinstruments i.S.d. § 1 Abs. 11 S. 3 Nr. 2 KWG erfasst wird. Dazu ist erforderlich, dass entweder (i) eine Erfüllung durch Barausgleich erfolgt oder jedenfalls eine Partei diese verlangen kann oder (ii) die Basiswerte auf einem organisierten Markt oder in einem multilateralen Handelssystem gehandelt werden oder (iii) die Derivate nach Art. 38 der Durchführungsrichtlinie zur MiFID⁴³⁴ Merkmale anderer Derivate aufweisen und sie nicht kommerziellen Zwecken dienen und sie nicht die Voraussetzung des Art. 38 Abs. 4 der EG-Verordnung verwirklichen. Das *salam*-Geschäft wird weder allein durch Barausgleich erfüllt noch auf einem organisierten Markt gehandelt und weist auch keine nach Art. 38 der Durchführungsrichtlinie zur MiFID Merkmale anderer Derivate auf. Mithin ist das *salam*-Geschäft nicht erlaubnispflichtig nach dem KWG.⁴³⁵

⁴³³ Vgl. Ayub, Understanding Islamic Finance, S. 244 f.; Geilfuß in: e-Journal of Practical Business Research, Sonderausgabe Bank Nr. 2, 4/2009, S. 15.

⁴³⁴ *Markets in Financial Instruments Directive* (Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente) ABl. EU Nr. L 241 S. 1 v. 2.9.2006.

⁴³⁵ Vgl. Zerwas/Demginsky, in: WM 2010, S. 692 (695); Casper, in: ZBB 2010, S. 345 (357).

4. Istisnaa

a) Scharia-Rahmenbedingungen

Ein weiteres auf zukünftigen Leistungsaustausch basierendes Geschäft ist der *istisnaa*-Vertrag. Das *istisnaa*-Geschäft wird größtenteils von den Gelehrten der Scharia als Sonderform des *salam*-Geschäfts bezeichnet und als Finanzierungsgeschäft aus dem Prinzip des *istihsan* hergeleitet.⁴³⁶

Auch bei *istisnaa*-Verträgen ist der Vertragsgegenstand ein noch herzustellendes Gut. Beim *istisnaa*-Geschäft beauftragt typischerweise der Investor im Auftrag des Kunden einen Hersteller damit, einen klar definierten Gegenstand herzustellen. Neben einer Anzahlung erhält der Hersteller in regelmäßigen Abständen gemäß dem Fortschritt der Herstellung weitere Abschlagszahlungen von dem Investor, bis das Produkt fertig gestellt ist.⁴³⁷ Der Hersteller verpflichtet sich im Gegenzug, die Ware in gewünschter Form zum festgelegten Preis und Datum zu liefern.⁴³⁸ Im Hinblick auf das *gharar*-Verbot ist zwingend, dass Kaufpreis, Vertragsgegenstand und alle essentiellen Vertragsbedingungen, wie Liefer- und Fertigstellungstermine, im Voraus gründlich festgelegt sind.

Im Unterschied zum *salam* werden beim *istisnaa*-Geschäft zum Zeitpunkt des Vertragschlusses weder Zahlungen noch Leistungen und Waren ausgetauscht. Dies geschieht – wie oben beschrieben – erst während bzw. nach der Fertigstellung. Beim *istisnaa*-Vertrag hat der Vertragsgegenstand zudem eine herzustellende Sache zu sein, wohingegen beim *salam*-Vertrag auch Naturprodukte in Betracht kommen. Letztlich unterscheiden sich *salam* und *istisnaa* im Hinblick auf ihre Verbindlichkeit, denn solange mit der Herstellung des Produktes noch nicht begonnen wurde, kann von dem *istisnaa*-Geschäft ohne weiteres Abstand genommen werden. Der *salam*-Vertrag ist dagegen ab dem Zeitpunkt seines Abschlusses bindend für beide Parteien und kann nicht ohne weiteres aufgehoben werden.⁴³⁹

In der Praxis bestehen regelmäßig zwei parallele *istisnaa*-Verträge, da der Investor in das Verhältnis zwischen dem Hersteller und dem Kunden zum Zwecke der Finanzierung eintritt. Ein *istisnaa*-Vertrag wird zwischen dem Investor und dem Kunden, ein

⁴³⁶ Vgl. Ayub, Understanding Islamic Finance, S. 263; Gassner/Wackerbeck, Islamic Finance, S. 75. Hanafiten sehen in dem *istisnaa*-Geschäft ein selbstständiges von dem *salam*-Geschäft losgelöstes Konstrukt.

⁴³⁷ Denkbar sind auch andere Fälligkeitsregelungen.

⁴³⁸ Gassner/Wackerbeck, Islamic Finance, S. 76; Ayub, Understanding Islamic Finance, S. 241 ff., 265; Zerwas/Demgensky, in: WM 2010, S. 692 (696).

⁴³⁹ Ayub, Understanding Islamic Finance, S. 270 f.; Jackson-Moore, Handbook Islamic Banking and Finance, S. 42, 44.

weiterer zwischen Investor und Hersteller abgeschlossen (das sog. Parallel-*istisnaa*). Auf Grundlage des zwischen dem Investor und dem Kunden vereinbarten *istisnaa*-Vertrages, nimmt der Investor Verhandlungen mit potenziellen Herstellern auf und schließt mit diesen ein weiteres *istisnaa*-Geschäft ab. Erforderlich ist eine enge inhaltliche Abstimmung der einzelnen Vertragswerke, um eine auftragsgerechte Herstellung zu gewährleisten, ohne jedoch die Verträge voneinander abhängig zu machen.⁴⁴⁰ Wirtschaftlich betrachtet finanziert der Investor den Kaufpreis während der Herstellung vor und erhält für die Finanzierung eine Marge, die sich aus den Herstellungskosten zuzüglich eines vorab vereinbarten Aufschlags zusammensetzt.⁴⁴¹ Die aus dem *istisnaa*-Geschäft herrührenden Risiken, wie etwa das dem Eigentum anhaftende oder auch das Risiko späterer Kostenerhöhungen und der Gewährleistung werden von dem Investor getragen.⁴⁴² Ein wesentliches Risiko von *istisnaa*-Geschäften liegt darin, dass die produzierte Ware nicht den gewünschten Vorgaben entspricht und nicht abgenommen wird. Zur Reduzierung dieses Risikos werden oft Vertragsstrafen für den Fall der Nichteinhaltung von Vorgaben sowie von Liefer- und Zahlungsterminen vereinbart. Um kontinuierlich die Produktionsfortschritte zu überwachen und bei etwaigen Abweichungen von den Planungen prompt eingreifen zu können, setzen Investoren häufig ihre Kunden als Vertreter ein oder bedienen sich Experten in dem jeweiligen Gebiet.⁴⁴³

b) Rechtliche Einordnung

aa) Allgemein

Bei *istisnaa* handelt es sich um die Finanzierung einer speziellen Auftragsfertigung, bei der ein Vertrag über ein noch herzustellendes Gut geschlossen und der Anspruch auf Errichtung des Lohnes gestundet wird.⁴⁴⁴ Nach deutschem Verständnis handelt es sich um einen Werklieferungsvertrag gemäß § 651 BGB, da das *istisnaa*-Geschäft die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat und dabei Stoffe regelmäßig vom Hersteller beigesteuert werden. Zu differenzieren ist jedoch dahingehend, dass in der Praxis zwei unabhängig voneinander greifende Verträge abge-

⁴⁴⁰ Allgemein zur Finanzierungsfunktion einer Parallel-*istisnaa* siehe Jackson-Moore, Handbook Islamic Banking and Finance, S. 46; Al-Amine, Risk Management, S. 61 ff.; Bolsinger/Breschendorf, in: ZBB 2009, S. 460 (465); Zerwas/Demginsky, in: WM 2010, S. 692 (696).

⁴⁴¹ Al-Amine, in: ALQ 2001, S. 22 (24 ff.); Bolsinger/Breschendorf, in: ZBB 2009, S. 460 (465).

⁴⁴² Vgl. Schwenk/Berck, in: jurisPR-BKR 5/2009, Anm. 4, V. 1. d); Ayub, Understanding Islamic Finance, S. 267; Jackson-Moore, Handbook Islamic Banking and Finance, S. 46.

⁴⁴³ Gassner/Wackerbeck, Islamic Finance, S. 77; Ayub, Understanding Islamic Finance, S. 268; Zerwas/Demginsky, in: WM 2010, S. 692 (696); Jackson-Moore, Handbook Islamic Banking and Finance, S. 45.

⁴⁴⁴ Vgl. Ayub, Understanding Islamic Finance, S. 26 ff.; Gassner/Wackerbeck, Islamic Finance, S. 75 f.

geschlossen werden. Der Investor tritt zum Zwecke der Finanzierung in das Verhältnis zwischen Kunde und Hersteller ein. Der Vertrag zwischen Investor und Hersteller ist zweifelsohne als Werklieferungsvertrag gemäß § 651 BGB einzustufen. Vertragspartner des Herstellers ist und bleibt allein der Investor, der dem Kunden erst nach eigenem Zwischenerwerb Eigentum an dem hergestellten Gut verschafft. Der Vertrag zwischen dem Investor und dem Kunden könnte sowohl als Werklieferungsvertrag als auch Kaufvertrag mit Bezug auf eine Ware zu einem festgelegten Termin mit vereinbarter Kaufpreisstundung ausgelegt werden. Da nach dem Wortlaut des § 651 S. 1 BGB der Besteller mit dem Anspruch auf Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen nicht notwendig einen Anspruch darauf hat, dass sein Vertragspartner die Sachen selbst herstellt oder erzeugt, liegt ein Vertrag im Sinne von § 651 BGB auch dann vor, wenn der Unternehmer sich nur zur Lieferung einer – von einem Dritten herzustellenden – Sache verpflichtet. Mithin handelt es sich sowohl bei Geschäften einer einfachen *istisnaa* als auch bei Geschäften einer Parallel-*istisnaa* um Werklieferungsverträge im Sinne des § 651 BGB.⁴⁴⁵

bb) Aufsichtsrechtliche Relevanz

Betrachtet man den Vertrag zwischen Investor und Hersteller sowie den Vertrag zwischen Investor und Kunden jeweils unabhängig voneinander, ist ein erlaubnispflichtiges Geschäft nach KWG nicht ersichtlich.

Anders könnte jedoch der Fall bei einer einheitlichen bzw. aufsichtsrechtlich funktionalen Betrachtungsweise gelagert sein, da der Investor nun zwischen dem Kunden und dem Hersteller zur Finanzierung des Werklohnes als Vermittler angesehen werden könnte.⁴⁴⁶ Vor dem Hintergrund, dass sich der Gewinn des Investors aus den Herstellungskosten zuzüglich eines vorab vereinbarten Aufschlags zusammensetzt, ähneln sich die Strukturen des *istisnaa*- und *murabaha*-Geschäfts sehr stark. In beiden Fällen wird ein Vertrag mit Finanzierungsaufschlag abgeschlossen. Insofern gilt aufsichtsrechtlich bei dem Geschäft einer Parallel-*istisnaa* dasselbe wie bei der *murabaha*. Soweit der Investor die Rolle eines Zwischenverkäufers bzw. -herstellers einnimmt und die damit verbundenen wirtschaftlichen Risiken übernimmt, ist das *istisnaa*-Geschäft nicht als Kreditgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 2 S. 2 KWG zu qualifizieren.

⁴⁴⁵ Vgl. Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, S. 132 ff.

⁴⁴⁶ Vgl. Casper, in: ZBB 2010, S. 345 (349 f.).

5. Ijara

a) Scharia-Rahmenbedingungen

Eine weitere Alternative zur eigenkapitalbasierten Finanzierung ist das *ijara*-Geschäft. In diesem Rahmen wird kraft Vertrages die Nutzung bzw. Fruchtziehung eines bestimmten Gegenstandes oder einer Tätigkeit für eine festgelegte Zeit zu einem im Voraus festgelegten Entgelt vereinbart.⁴⁴⁷ Der Investor, der die Nutzung bzw. Fruchtziehung eines bestimmten Gegenstandes oder einer Tätigkeit gewährt, wird als *mujir* bezeichnet. Der Kunde, der die Nutzung bzw. Fruchtziehung in Anspruch nimmt, heißt *mustajir*.⁴⁴⁸

Vertragsgegenstand ist das Recht, die Erträge aus einem Gut, das jemand anderem gehört, nutzen zu dürfen. Durch Ausübung, Nutzung oder Fruchtziehung darf der Gegenstand jedoch nicht verbraucht werden, d.h. der Gegenstand muss weiterhin existieren und nutzbar sein.⁴⁴⁹ Ausgeschlossen sind ferner Geldwerte als Vertragsgegenstand, da darin ein verhülltes Darlehen liegt.⁴⁵⁰

In der Regel erwirbt der Investor das Gut selbst und stellt es dem Kunden gegen Entgelt zur Verfügung. Möglich ist aber auch, dass sich der Investor der Hilfe des Kunden bedient, in dem er den Kunden in seinem Namen handeln lässt. Um die Gefahr zu vermeiden, dass der Kunde den Gegenstand nicht annimmt, kann der Investor entweder ein bindendes Versprechen seitens des Kunden einholen oder aber sich einen Vermögenswert als Sicherheit vom Kunden geben lassen, das zur Deckung anfallender Verluste auf dem Markt verkauft werden kann.⁴⁵¹

Maßgeblich für das *ijara*-Geschäft ist, dass der Investor in der gesamten Vertragslaufzeit Eigentümer des Gegenstandes bleibt und die sich aus der Eigentümerstellung ergebenden Risiken und Gefahren sowie Kosten der Erhaltung und Gebrauchsfähigkeit trägt. Eine Überwälzung der Gefahr einer Verschlechterung oder eines Untergangs der Sache ist nach der Scharia unzulässig, weil in erster Linie der Eigentümer den finanziellen Vorteil aus der Gebrauchsüberlassung zieht. Diesem Risiko kann durch Abschluss einer Scharia-konformen Versicherung (*takaful*) entgegen gewirkt werden. Die Versicherungsprämien werden üblicherweise über die Entgeltzahlung des Kunden für die

⁴⁴⁷ Iqbal/Mirakhor, An Introduction to Islamic Finance 2009, S. 80; Schacht, An introduction to Islamic law, S. 154 f.; Lohlker, Das islamische Recht im Wandel, S. 68.

⁴⁴⁸ Vgl. Gassner/Wackerbeck, Islamic Finance, S. 84.

⁴⁴⁹ Vgl. Ayub, Understanding Islamic Finance, S. 281 ff.; Zerwas/Demginsky, in: WM 2010, S. 692 (698).

⁴⁵⁰ Mahlknecht, Islamic Finance, S. 124.

⁴⁵¹ Ebd. S. 131.

Nutzung bzw. Fruchtziehung mit abgegolten.⁴⁵² Der Kunde trägt das Ertragsrisiko aus dem Gut und kann wegen pflichtwidriger Nutzung oder Beschädigung des Gegenstandes schadensersatzpflichtig werden, da ihm der Vertragsgegenstand zur Treuhand übergeben wird. Bei unverschuldeter Zerstörung des Vertragsgegenstandes resultiert aufgrund dieser Treuhänderschaft weder eine Verpflichtung des Kunden den Gegenstand zu ersetzen noch weiterhin Zahlungen zu leisten.⁴⁵³ Sollte jedoch der Kunde mit seiner Zahlungsverpflichtung ausfallen bzw. in Verzug geraten, so kann der Investor vom Vertrag zurücktreten und den für die verbliebende Laufzeit festgelegten Vertragspreis beanspruchen.⁴⁵⁴

Charakteristisch für diese klassische Gestaltungsform des *ijara*-Geschäfts ist der fehlende Amortisationsgedanke. Die Laufzeit des Vertrages deckt sich nicht mit der wirtschaftlichen Amortisationsdauer. Der Gegenstand kann nach Ablauf der Laufzeit des Vertrages erneut zum Gebrauch überlassen oder weiterverkauft werden, es sei denn, etwas anderes wurde zwischen den Parteien vereinbart.⁴⁵⁵ Grundsätzlich kehrt der Gegenstand am Ende der Vertragslaufzeit in den Besitz des Investors zurück. Der Kunde kann aber den Gegenstand am Ende der Laufzeit auch von dem Investor erwerben, entweder durch eine Verkaufsverpflichtung zu einem symbolischen Betrag, zum Restwert des Gegenstandes oder aber in Form einer Schenkungsverpflichtung.⁴⁵⁶ In allen Erwerbsvarianten erfolgt die Eigentumsübertragung aufgrund eines separaten Vertrages, unabhängig von dem *ijara*-Vertrag. Der Investor hat ein Versprechen (*wa 'd*) abzugeben, dass er das Eigentum an der Sache am Ende der Vertragslaufzeit gegen die jeweilige – im zweiten Vertrag festgelegte – Leistung übereignet. Dieses Geschäft wird als *ijara wa iqtina* bezeichnet, bei dem der Finanzierungsgedanke nunmehr im Vordergrund steht.⁴⁵⁷ Um das Risiko zu vermeiden, dass der Kunde den Gegenstand zum Laufzeitende doch nicht kauft, kann im Voraus eine Kaufverpflichtung des Kunden eingeholt werden, das

⁴⁵² Die Scharia-Gelehrten erlauben die Abgeltung der Versicherungsprämien in den monatlich zu zahlenden Raten, sofern dies im gegenseitigen Einvernehmen der Parteien beschlossen wurde; siehe hierzu Ayub, *Understanding Islamic Finance*, S. 291; Gassner/Wackerbeck, *Islamic Finance*, S. 86; Iqbal/Mirakhor, *An Introduction to Islamic Finance* 2009, S. 81; Mahlke, *Islamic Finance*, S. 131; Grieser, in: *WM* 2009, S. 586 (590).

⁴⁵³ Vgl. Jackson-Moore, *Handbook Islamic Banking and Finance*, S. 48; Iqbal/Mirakhor, *An Introduction to Islamic Finance* 2009, S. 81; Zerwas/Demginsky, in: *WM* 2010, S. 692 (698); Gassner/Wackerbeck, *Islamic Finance*, S. 86.

⁴⁵⁴ Vgl. Iqbal/Mirakhor, *An Introduction to Islamic Finance* 2009, S. 81. In der Regel warten islamische Finanzinstitute zwei aufeinanderfolgende Ausfälle ab, bevor sie intervenieren. Auch kann der Gegenstand weiterveräußert werden, um den durch den Ausfall entstandenen Verlust abzudecken.

⁴⁵⁵ Casper, in *ZBB* 2010, S. 345 (358).

⁴⁵⁶ Gassner/Wackerbeck, *Islamic Finance*, S. 85.

⁴⁵⁷ Vgl. Jackson-Moore, *Handbook Islamic Banking and Finance*, S. 48; Iqbal/Mirakhor, *An Introduction to Islamic Finance* 2009, S. 82; Zerwas/Demginsky, in: *WM* 2010, S. 692 (698); Gassner/Wackerbeck, *Islamic Finance*, S. 85.

ihn bindet. Problematisch in diesem Kontext ist, dass im Vorhinein kein Kaufvertrag zwischen den *ijara*-Parteien über den *ijara*-Gegenstand geschlossen werden darf, da ein solcher Vertrag für die Zukunft Scharia-rechtlich wegen des *gharar*-Vebots unzulässig und unwirksam wäre. Ein Kaufvertrag muss immer sofort durchgeführt werden, dessen Abwicklung darf nicht in die Zukunft geschoben werden.⁴⁵⁸ Sollte die Strukturierung einer Kaufverpflichtung ohne den Abschluss eines Kaufvertrages nicht möglich sein, ist es ratsam ausschließlich Gegenstände in den *ijara*-Vertrag auf zu nehmen, deren Wiederverkaufswert am Markt als ausreichend hoch angenommen werden kann.⁴⁵⁹ Eine weitere Alternative zur Risikominimierung der Abnahme des Vertragsgegenstandes zum Laufzeitende ist eine Kombination von *ijara* und *arbutun*. Beim *arbutun*-Geschäft handelt es sich wie beim *salam*- und *istisnaa*-Geschäft um ein auf zukünftigen Leistungsaustausch gerichtetes Geschäft, bei dem die Lieferung aufgeschoben ist. Der Kunde leistet zunächst eine Anzahlung und zahlt den Rest am Liefertag. Bis zur Lieferung kann er vom Kaufvertrag zurücktreten, wobei jedoch die Anzahlung dann verfällt.⁴⁶⁰ Eine Besonderheit des *ijara*-Geschäfts liegt darin, dass laufende Ratenzahlungen angepasst werden können, soweit sich der Wert des Investitionsgutes während der Nutzungsdauer ändert und ein festgelegter Bezugswert gegeben ist. Insoweit können die Parteien etwa eine automatische Anpassung an Inflationsraten oder unvorhersehbare Steueränderungen vereinbaren.⁴⁶¹

b) Rechtliche Einordnung

aa) Allgemein

Wie bereits im Rahmen der Beschreibung des *ijara*-Geschäfts dargestellt, wird dem Kunden kraft Vertrages die zeitlich befristete und bestimmte Nutzung bzw. Fruchtziehung eines Gegenstandes gestattet. Der *ijara*-Vertrag bezieht sich im engeren Sinne nur auf das Nutzungsrecht, das dem Kunden übertragen wird. Das Eigentum am Gut verbleibt beim ursprünglichen Eigentümer, d.h. dem Investor. Scharia-rechtlich findet lediglich eine Übertragung des Nießbrauchsrechts statt.⁴⁶² Dies hat zur Folge, dass der Eigentümer alle Risiken des Gutes tragen muss. Nur die Risiken des Gebrauchs bzw. des Ertrags trägt der Kunde. Am Ende der Vertragslaufzeit wird das Nutzungsrecht an der

⁴⁵⁸ El-Gamal, Islamic Finance, S. 98; Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, S. 53, 63.

⁴⁵⁹ Mahlknecht, Islamic Finance, S. 131.

⁴⁶⁰ *Arbutun* ähnelt grundsätzlich einer amerikanischen Option. Vgl. Gassner/Wackerbeck, Islamic Finance, S. 74 f.

⁴⁶¹ Vgl. Jackson-Moore, Handbook Islamic Banking and Finance, S. 47; Iqbal/Mirakhor, An Introduction to Islamic Finance 2009, S. 82; Mahlknecht, Islamic Finance, S. 124 f.

⁴⁶² Vgl. Thiessen, FLF 2008, S. 211 (213); Gassner/Wackerbeck, Islamic Finance, S. 85.

Sache zurück übertragen. In der traditionellen *fiqh*-Rechtsprechung wird *ijara* daher als der Verkauf eines Nießbrauchs (*manfaa*) interpretiert und von der *fiqh*-Rechtsprechung als Miete bzw. Leasing ausgelegt.⁴⁶³

Nach deutschem Rechtsverständnis sind Mietverträge gegenseitige schuldrechtliche Gebrauchsüberlassungsverträge, die auf Zeit gerichtet sind und deren Sachleistung gegen Entgelt erfolgt.⁴⁶⁴ Leasingverträge sind ebenfalls schuldrechtlich auf die entgeltliche Überlassung von Investitions- oder Konsumgütern zum Gebrauch durch den Leasingnehmer gerichtete Verträge.⁴⁶⁵ In der Praxis kommen Leasingverträge regelmäßig in der Gestalt des Finanzierungsleasings, seltener in Gestalt des Operatingleasings vor.⁴⁶⁶ Charakteristisch für das Finanzierungsleasing ist, dass der Leasingnehmer über die Laufzeit des Leasingvertrages das Wirtschaftsgut finanziert und zur vollen oder ganz überwiegenden Amortisation der vom Leasinggeber getätigten Investitionskosten verpflichtet ist.⁴⁶⁷ Beim Operatingleasing besteht eine derartige Amortisationspflicht nicht. Meist bestehen keine oder kurze feste Vertragslaufzeiten, die zur Amortisation nicht ausreichen. Der vollständige Rückfluss der vom Leasinggeber investierten Mittel wird durch die folgende entgeltliche Gebrauchsüberlassung nach Ablauf der ersten Laufzeit erreicht oder aber durch die Weiterveräußerung des Leasinggegenstandes.⁴⁶⁸

Die unterschiedliche Ausgestaltung der Leasingverträge führt zur unterschiedlichen Verteilung des Risikos. Während beim Finanzierungsleasing das Investitionsrisiko auf Seiten des Leasingnehmers liegt, ist es beim Operatingleasing auf Seiten des Leasinggebers gegeben.⁴⁶⁹ Das Investitionsrisiko meint dabei den Anspruch des Leasinggebers auf Vollamortisation seiner für die Beschaffung des Leasinggutes getätigten Aufwendungen.⁴⁷⁰ Im Folgenden werden sowohl das *ijara*-Grundgeschäft als auch das *ijara wa iqtina*-Geschäft rechtlich gewürdigt, bei denen die jeweilige Ausgestaltung des Investitionsrisikos für die rechtliche Einordnung von Bedeutung ist.

bb) Ijara-Grundgeschäft

Das *ijara*-Grundgeschäft ist dadurch geprägt, dass neben der Gebrauchsüberlassung gerade keine Finanzierungsfunktion hinzutritt. Die Nutzungsüberlassung steht im Vor-

⁴⁶³ Gassner/Wackerbeck, *Islamic Finance*, S. 85; Iqbal/Mirakhor, *An Introduction to Islamic Finance* 2009, S. 81.

⁴⁶⁴ Statt vieler vgl. Häublein, in: *MüKo-BGB* 6. Auflage, § 535 Rn. 1.

⁴⁶⁵ Statt vieler Koch, in: *MüKo-BGB* 6. Auflage, *Finanzierungsleasing* Rn. 4.

⁴⁶⁶ Ebd.

⁴⁶⁷ Ebd.; vgl. auch BGH NJW 1998, S. 1637 (1639); BGH NJW 2003, S. 505 (507).

⁴⁶⁸ BGH NJW 2003, S. 505 (507); Martinek, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, *Bankrechts-Hb.*, § 101 Rn. 13 f.

⁴⁶⁹ Koch, in: *MüKo-BGB* 6. Auflage, *Finanzierungsleasing* Rn. 4.

⁴⁷⁰ Mühl, in: *WM* 2011, S. 870 (871).

dergrund und der Investor kann den Vertragsgegenstand nach Ablauf der Laufzeit erneut zum Gebrauch überlassen oder weiterverkaufen. Zudem hat der Investor beim *ijara*-Grundgeschäft die dem Eigentum anhaftenden Gefahren und Kosten zu tragen. Folglich ist der Investor wie bei einem konventionellen Operatingleasing dem Investitionsrisiko ausgesetzt. Bei dem Operatingleasing handelt es sich um einen herkömmlichen Gebrauchsüberlassungsvertrag, der von der ganz herrschenden Meinung als gewöhnlicher Mietvertrag im Sinne des § 535 BGB qualifiziert wird.⁴⁷¹ Folglich handelt es sich bei dem *ijara*-Grundgeschäft zivilrechtlich schlicht um einen Mietvertrag. Aus dem Umkehrschluss zu § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 10 KWG (Finanzierungsleasing) ergibt sich, dass das Operatingleasing nicht aufsichtspflichtig ist, da keine Finanzierung im Vordergrund steht.⁴⁷² Wegen der gleichlaufenden Struktur besteht daher auch für das *ijara*-Grundgeschäft kein Anlass dazu.

cc) *Ijara wa iqtina*-Geschäft

Im Rahmen eines *ijara wa iqtina*-Geschäfts kann der Kunde in einem vorab festgelegten Nutzungsspielraum Eigentum erwerben. Es ist eine Vereinbarung auf einen hinausgeschobenen Erwerb des Wirtschaftsguts, denn der Kunde soll zunächst das Gut vom Investor mieten und zu einem späteren Zeitpunkt von ihm das Eigentum daran erwerben, wobei schon durch die Mietzinszahlungen zumindest ein Teil des Kaufpreises getilgt werden soll. Insofern handelt es sich zivilrechtlich um einen gewöhnlichen Mietvertrag gemäß § 535 BGB verbunden mit einem separaten Kaufvertrag oder einer Kaufoption.⁴⁷³

Aufsichtsrechtlich könnte darin ein dem Finanzierungsleasing entsprechendes Konstrukt erblickt werden, das nach § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 10, § 32 Abs. 1 KWG erlaubnispflichtig wäre.

Die wirtschaftliche Funktion des Finanzierungsleasings liegt neben der Gebrauchsüberlassung vor allem in der Finanzierung.⁴⁷⁴ Nach der BaFin sei für das Finanzierungsleasing charakteristisch, dass die Leasinggesellschaft das Wirtschaftsgut im eigenen Namen und auf eigene Rechnung beschafft und es anschließend als Leasinggeber dem

⁴⁷¹ Vgl. BGH NJW 1998, S. 1637 (1639), Emmerich, in: JuS 1990, S. 1 (3); Flumme, in: DB 1972, S. 1 (2); Dickersbach, in: Erman-BGB, Anh. § 535 Rn. 9; Koch, in: MüKo-BGB 6. Auflage, Finanzierungsleasing Rn. 5.

⁴⁷² Von der Erlaubnispflicht des KWG wird nur der Abschluss solcher Leasingverträge erfasst, bei denen die Finanzierung im Vordergrund steht, denn nur dann ähnelt der Leasingvertrag in wirtschaftlicher Hinsicht dem Kreditgeschäft und nur dann entsteht ein Bedürfnis für eine Beaufsichtigung unter dem Aspekt des Finanzdienstleistungscharakters. Vgl. Bericht des Finanzausschusses v. 26.11.2008, BT-Drucks. 16/11108 v. 27.11.2008, S. 67.

⁴⁷³ Wurst, Immobilienfinanzierung und Islamic Banking, S. 99 f.

⁴⁷⁴ Vgl. BGH WM 1996, S. 1146 (1148).

Leasingnehmer zur Nutzung überlässt, wobei dieser vertraglich so eingebunden wird, dass er über die Laufzeit des Leasingvertrages das Wirtschaftsgut finanziert und amortisiert, und sei es auch nur über eine Abschlagszahlung bei Rückgabe des Leasingguts.⁴⁷⁵

Der Leasingnehmer soll das Investitionsrisiko tragen. Daher bleibt er zur Fortzahlung der Leasingraten auch beim zufälligen Untergang des Leasingobjektes verpflichtet, während der Leasinggeber keinen Ersatz zur Verfügung stellen muss.⁴⁷⁶ Insofern finanziert der Leasinggeber beim konventionellen Leasing lediglich die Investitionsentscheidung des Leasingnehmers und verpflichtet sich nur zur Überlassung des Leasinggegenstandes, nicht aber zur fortlaufenden Gebrauchsgewährung.

Bei einem *ijara wa iqtina*-Geschäft wird dem Kunden zwar auch der Gebrauch einer Sache in der Weise ermöglicht, dass ihm der Investor die Sache für eine fest bestimmte Zeit zum Gebrauch und zur Nutzung überlässt und dafür ein Entgelt erhält, das die Aufwendungen des Investors (Anschaffungspreis, Finanzierungskosten, allgemeine Geschäftskosten) und dessen Geschäftsgewinn umfasst (Prinzip der Vollamortisation). Allerdings hat der Investor die Gefahr für Verschlechterung und Untergang der Sache selbst zu tragen, denn eine Verlagerung des Erhaltungsrisikos auf den Kunden ist nach der Scharia nicht zulässig.

Insofern unterscheidet sich die Risikoverteilung beim konventionellen Leasing von der des *ijara*-Vertrages erheblich. Neben dem Amortisationsgedanken ist gerade aber auch das vom Leasingnehmer zu tragende Investitionsrisiko typisch und charakteristisch für das Finanzierungsleasing.⁴⁷⁷ Folglich kann das *ijara wa iqtina*-Geschäft nicht als Finanzierungsleasing im Sinne des § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 10 KWG eingeordnet werden.

Indem die gängigen Schadensrisiken islamisch versichert und die Versicherungs- und Wartungskosten durch Einspeisung in die Leasingraten von dem Investor auf den Kunden gewälzt werden und ein Treuhandvertrag mit dem Kunden Schäden aufgrund übermäßiger Abnutzung verhindert, könnte sich der Investor von den typischen Eigentümer Risiken im Ergebnis weitestgehend gelöst haben, so dass das *ijara wa iqtina*-Geschäft zumindest in entsprechender Anwendung von dem Finanzierungsleasingtatbestand gemäß § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 10 KWG erfasst wird. Dabei ist einem ersten Schritt zu prüfen, ob das *ijara wa iqtina*-Geschäft dem im KWG normierten Finanzierungsleasing wirt-

⁴⁷⁵ BaFin, Merkblatt – Hinweise zum Tatbestand des Finanzierungsleasings v. 19.1.2009.

⁴⁷⁶ Vgl. etwa BGH NJW 1988, S. 198 (200).

⁴⁷⁷ Casper, in: ZBB 2010, S. 345 (357 ff.); siehe auch BT-Drucks. 16/11108 v. 27.11.2008, S. 54 f.; BaFin, Merkblatt – Hinweise zum Tatbestand des Finanzierungsleasings v. 19.1.2009; so auch Schwennicke, in: Schwennicke/Auerbach-KWG, § 1 Rn. 146 f.

schaftlich entspricht. Auf zweiter Ebene ist zu untersuchen, ob der aufsichtsrechtliche Schutzzweck eine erweiternde Auslegung des Finanzierungsleasings im KWG gebietet. Betrachtet man das *ijara wa iqtina*-Geschäft losgelöst von der Risikoverteilung und beurteilt man das Geschäft nur nach seiner Struktur, so wäre ein Finanzierungsleasing aus wirtschaftlicher und aufsichtsrechtlich funktionaler Sicht gegeben. Der Kunde wird derart vertraglich eingebunden, dass er das Wirtschaftsgut finanziert und vollamortisiert.⁴⁷⁸ Demnach wäre das *ijara wa iqtina*-Geschäft als Finanzierungskauf, ähnlich einem Ratenkauf aufsichtsrechtlich zu qualifizieren.

Betrachtet man die *ijara wa iqtina*-Struktur hingegen im Gesamtgefüge, insbesondere unter Einbeziehung der Risikoverteilung, so kann das wirtschaftliche Risiko auf Seiten des *mujir* – des Investors – nicht ohne weiteres von der Hand gewiesen werden, denn die Sach- und Preisgefahr kann nicht zum Nachteil des *mustajir* abbedungen werden. Die in diesem Rahmen abgeschlossene Versicherung ändert auch nichts an der Beurteilung der Risikoverteilung, da die Versicherung immer im Interesse des *mujir* abgeschlossen wird.

Das Finanzierungsleasing wurde durch das Jahressteuergesetz 2009 mit Wirkung zum 25. Dezember 2008 zusammen mit dem Factoring als neue Finanzdienstleistung eingeführt. Ausschlaggebend hierfür war für den Gesetzgeber, dass Finanzierungsleasing und Factoring zwei Formen der Finanzierung sind, die neben dem klassischen Kreditgeschäft der Banken volkswirtschaftlich erheblich an Bedeutung gewonnen haben. Funktionsstörungen als Folge einer unsoliden Geschäftsführung könnten deshalb schwere Schäden im Kundenkreis der betreffenden Unternehmen und auch in weiteren Teilen der Wirtschaft verursachen.⁴⁷⁹

Maßgeblich für die Einordnung der aufsichtsrechtlichen Relevanz eines Finanzierungsgeschäfts ist daher die Gesamtbetrachtung der Struktur. Erst anhand eines Gesamtblickes auf die Finanzierungsstruktur können Auswirkungen und Folgen für den betreffenden Kundenkreis festgestellt werden. Für ein aufsichtsrechtlich irrelevantes Finanzierungsgeschäft und damit erlaubnisfreies Finanzgeschäft bei *ijara wa iqtina* spricht zudem, dass der *mujir* hier nicht mit fremden Geldern arbeitet, sondern mit eigenem Kapital und darüber hinaus das Ausfallrisiko im Verhältnis zum *mustajir* trägt, so dass auch keine besondere vertrauensempfindliche Situation gegeben ist, die im Falle von Störungen leicht auf die gesamte Volkswirtschaft übergreifen könnte.⁴⁸⁰

⁴⁷⁸ Vgl. Casper, in: ZBB 2010, S. 345 (358).

⁴⁷⁹ BT-Drucks. 16/11108 v. 27.11.2008, S. 54.

⁴⁸⁰ Vgl. Casper, in: ZBB 2010, S. 345 (357 f.).

Wird also während der Gebrauchsüberlassung das Investitionsrisiko nicht auf den Kunden verlagert, so ist nach Gesamtbetrachtung kein dem Finanzierungsleasing entsprechendes Konstrukt zu erblicken. Es liegt schlicht ein Mietvertrag vor, der zum Ablauf der Mietzeit mit einem separaten Kaufvertrag oder einer Kaufoption verbunden wird. Eine analoge Anwendung des § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 10 KWG im Rahmen von *ijara wa iqtina*-Geschäften scheidet daher aus.

Scharia-konforme Finanzinstrumente
Analyse der Rechtsnatur von sukuk und die
Strukturierung nach deutschem Recht

Ashrafnia, S.W.

2016, XXIII, 183 S. 2 Abb., Softcover

ISBN: 978-3-658-14372-5