

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 208

Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam

Von
Birgit Krawietz



Duncker & Humblot · Berlin

BIRGIT KRAWIETZ

Hierarchie der Rechtsquellen
im tradierten sunnitischen Islam

Schriften zur Rechtslehre

Heft 208

Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam

Von
Birgit Krawietz



Duncker & Humblot · Berlin

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der
Fakultät für Kulturwissenschaft der Universität Tübingen
gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Krawietz, Birgit:

Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam /
von Birgit Krawietz. – Berlin : Duncker und Humblot, 2002

(Schriften zur Rechtstheorie ; H. 208)

Zugl.: Tübingen, Univ., Habil.-Schr., 1999

ISBN 3-428-10302-5

Alle Rechte vorbehalten

© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0472
ISBN 3-428-10302-5

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Vorwort

1. Dies ist die erste umfassende Untersuchung in deutscher Sprache, die sich der sunnitisch-islamischen juristischen Methodik und Rechtsquellenlehre in systematischer Absicht zuwendet. Deren Relevanz wurde in der westlichen Islamkunde zwar nicht übersehen, jedoch lange Zeit als eher geistesgeschichtlich eingestuft, so daß es bislang an einer entsprechenden systematisch-normativen Darstellung fehlte.

a) Es gibt allerdings im englischen Sprachraum mindestens drei islamwissenschaftliche Approximationen, die dem, worum es der Verfasserin hier geht, in gewissem Sinne nahekommen. Es handelt sich um die – leider unveröffentlichte – Dissertation von Aron Zysow, *The Economy of Certainty: An Introduction to the Typology of Islamic Legal Theory* (1984), welche hier mit großem Gewinn herangezogen werden konnte. Sie erstreckt sich aber nur auf gewisse, für eine Typologie der juristischen Argumentationsformen wichtige Ausschnitte aus dem Gesamtbereich der Grundlagen der Rechtswissenschaft (*uṣūl al-fiqh*). Ferner gehört hierzu das profunde Werk von Bernard Weiss zur Rechtsmethodologie eines mittelalterlichen Schariatsgelehrten, *The Search for God's Law: Islamic Jurisprudence in the Writings of Sayf al-Dīn al-Āmidī* (1992). Das Werk des letzteren ist vor allem für Mediävisten interessant, doch als Klassiker islamischer Jurisprudenz darf Āmidī (st. 1233) auch im Rahmen von Analysen des islamischen Rechtssystems nicht ignoriert werden. (Zu einer eingehenden Auseinandersetzung mit diesem Buch von Weiss s. meine Rezensionsabhandlung.) Schließlich ist die von Wael B. Hallaq verfaßte Monographie, *A History of Islamic Legal Theories: An Introduction to Sunnī uṣūl al-fiqh* (1997), zu nennen (vgl. hierzu meine Rezension), welche jedoch, wie der Titel bereits sagt, eher auf die elementaren Bedürfnisse einer Einführung beschränkt ist. Sie bietet ebenfalls wenig zur breiteren Palette sekundärer Rechtsquellen, kommt auf die Moderne nur unter dem Aspekt möglicher Neuerer zu sprechen und präsentiert ansonsten vereinzelte Impressionen aus verschiedenen Jahrhunderten.

b) In der vorliegenden Untersuchung geht es darum, normative Systemzusammenhänge und Charakteristika islamischer Rechtsquellenlehren herauszuarbeiten, so wie sie sich für arabischsprachige muslimische Autoren und Adressaten heutzutage üblicherweise darstellen, auch wenn diese *de facto* unterschiedlichen Rechtsordnungen angehören. Zwar darf islamisches Recht nicht mit dem Recht islamischer Staaten verwechselt werden, doch ist die Scharia in islamischen Ländern und vielen arabischen Staaten Ausgangspunkt, Grundlage und Maßstab der Beurteilung. Als solche beansprucht sie auch zukünftige Geltung. Bekanntlich beruhen die Prinzipien und Regeln – nach der vom islamischen Recht selbst vertretenen

Auffassung – auf den Heiligen Texten, wie sie in Koran und Hadith verbrieft sind. Der absolute Vollständigkeits- und Verbindlichkeitsanspruch ergibt sich aus dem Koran, der – wie im Detail noch zu darzulegen ist – selbst hervorhebt, daß in ihm grundsätzlich alles enthalten ist, was der gläubige Muslim zur rechtlichen Orientierung benötigt. Dies beinhaltet auch das hier vorzustellende System der Rechtsquellen. Im folgenden handelt es sich darum, die grundsätzliche normative Struktur sowie den universalen Geltungsanspruch der Scharia und der aus ihr abgeleiteten Rechtsnormen, Prinzipien und Regeln zu analysieren, systematisch herauszuarbeiten, näher zu charakterisieren und deren Begründungen darzustellen. Auf diese Weise werden – man scheut sich zu sagen moderne – *uṣūl al-fiqh*-Darstellungen des 20. Jahrhunderts aus der Binnenperspektive des islamischen Rechtssystems in ihren Eigendeutungen rekonstruiert. Die Systematisierung der Argumentationen und Begründungen orientiert sich weitgehend an den von islamischen Autoren selbst vorgenommenen Strukturierungen, so daß auf diese Weise ein zusammenhängendes analytisch-begriffliches Netzwerk erschlossen werden kann.

c) Ein derartiges methodisches Vorgehen bedeutet aber auch die Bereitschaft, nicht von vornherein die Problemdarstellungen und Methoden der westlichen Islamwissenschaft in den Vordergrund oder gar in das Zentrum zu rücken, wie das nicht eben selten bei nicht muslimischen Autoren geschieht. Es gilt, die normativen Erkenntnisinteressen der Muslime selbst, so wie sie in *uṣūl al-fiqh*-Abhandlungen zum Ausdruck gelangen, zu berücksichtigen. Wenn im folgenden die Leitgedanken und Eigenbegrifflichkeit sunnitischer Lehrbuchautoren u. a. als Ausdruck und Formulierung zentraler Strukturprinzipien angesehen werden, so bedeutet dies auf seiten der Verf. keine Apologetik oder gar Identifikation mit islamischen Rechtsinhalten, deren inhaltliche Deutung oder Richtigkeit hier gar nicht zur Debatte steht. Die hier verfolgte Einlassung auf innerislamisches Denken und Argumentieren und dessen rekonstruierende Darstellung dürften allerdings für manche westliche Gelehrte islamischen Rechts gewöhnungsbedürftig sein. Dies gilt insb. für die ‚historischen‘ Auskünfte im Rahmen von *uṣūl al-fiqh*. Sie dürfen nicht mit einer geschichtlichen Rechtsbetrachtung verwechselt werden. Vielmehr handelt es sich, wie im folgenden zu zeigen ist, um rechtsdogmatische Zweckschöpfungen und die Konstruktion bzw. Rekonstruktion sunnitisch-islamischer Rechtsvorstellungen, die sich im Laufe von Jahrhunderten entwickelt haben. Sie stehen im Dienste einer einleitenden Darstellung der Genese und Geltungsgrundlagen des islamischen Rechts, so wie sich dieses von seinen Anfängen her für den heutigen muslimischen Rechtsgelehrten darstellt. Die Verf. hält es deshalb im Interesse einer konzisen Gesamtdarstellung auch nicht für angebracht, die entsprechenden Gedankengänge ständig durch relativierende Kommentare der westlichen Islamwissenschaft zu unterbrechen. In diesem Sinne setzt die vorliegende Untersuchung die Kenntnis islamischer Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik geradezu voraus und stellt insofern keine Einführung in *uṣūl al-fiqh* dar.

d) Auszugehen ist im folgenden vom Anspruch der Scharia, den Alltag umfassend durch das Religionsgesetz zu regeln. Da keine Trennung von Religion und

Recht vorgesehen ist und alles Recht letztlich auf ein und dieselbe Quelle, nämlich Gottes Recht zurückgeführt wird, ist unser Augenmerk neben den dort ausgewiesenen einzelnen Rechtsquellen des weiteren auf die Prüfung und das Ausmaß der normativen Vorgaben zu richten, die sich in Form von Rechtsprinzipien, Rechtsregeln und Maximen für alles Recht ergeben. Es ist natürlich ein Faktum, daß eine Reihe von islamischen Staaten sich nicht bzw. nicht vollauf an religionsrechtlich approbierten Standards und Kriterien orientiert. Das tatsächliche Zusammenspiel von religiösem und staatlichem Recht und die Frage, in welchem Ausmaß die Scharia in verschiedenen arabisch-islamischen Ländern effektiv wirksam ist, steht hier jedoch nicht zur Debatte, sondern ist Angelegenheit entsprechender Einzelstudien. Auch wenn in der Mehrzahl arabisch-islamischer Staaten bestimmte Rechtsbereiche nicht hinreichend oder nur lückenhaft durch die Heiligen Texte und die sonstigen, von ihnen abgeleiteten Rechtsquellen der Scharia in inhaltlicher Hinsicht geregelt werden, so wird doch Sorge dafür getragen, daß das bloß staatliche Recht (*qānūn*) – sei es rein oder gemischt-europäischer Provenienz – dem islamischen Recht zumindest nicht widerspricht. Die Scharia vermag insofern, selbst dort, wo sie *expressis verbis* gar nichts zu regeln beansprucht, als zentraler Integrationsfaktor zu fungieren. Staatliches Recht muß sich stets an der Scharia messen lassen. Welche Vorstellung vom Bestand und von der Hierarchie islamischer Rechtsquellen nicht nur traditionelle islamische Juristen hegen, sondern auch muslimische Rechtsvergleicher und Experten für staatliches Recht, welche ebenfalls Unterricht in *uṣūl al-fiqh* zu erhalten pflegen und zuweilen die Klassiker gar nicht zu Gesicht bekommen, ist somit von besonderer Bedeutung.

2. Bei den hier untersuchten Texten zum tradierten Islam wurde – ergänzend zum klassischen Repertoire der Rechtsquellen – eine gezielte Analyse des Diskurses zeitgenössischer Lehrbücher sunnitischer Provenienz zur islamischen Rechtsmethodologie und zur allgemeinen Rechtslehre vorgenommen. Im Zentrum standen dabei die Rechtsquellenlehren. Die gegenständliche Konzentration richtete sich auf Schriften des 20. Jahrhunderts, die *grosso modo* einem tradierten Verständnis folgen. Diese Orientierung am Mainstream zeitgenössischen islamischen Rechtsdenkens bzw. eines solchen der letzten Generationen schließt gewisse Neuerungen nicht aus, sondern ein.

a) Extreme Lehren radikaler Natur, welche die Bindung an die tradierten Heiligen Texte schlechthin mißachten, blieben als nicht zum Gegenstand gehörig ausgespart. Reformer, Modernisten, Fundamentalisten oder Extremisten, welche die Abschaffung bestehender oder die Kreierung gänzlich neuer Quellen auf ihre Fahnen geschrieben haben, sich von außerislamischen Ordnungen inspirieren lassen oder die Diskussion öffentlichkeitswirksam politisieren oder gar pervertieren, werden bewußt ausgeklammert. Innerhalb der präsentierten traditionellen Lesarten gibt es natürlich eine gewisse Bandbreite von mittlerweile weithin adaptierten Reformvorschlägen bzw. ohnehin bestehenden innerislamischen Variationen, wie sie insb. durch Rechtsschulzugehörigkeit bedingt sind. Solche Unterschiede bleiben nicht unerwähnt, stehen aber nicht im Zentrum der Untersuchung.

b) Schiitische Lehren sind ebensowenig Gegenstand dieser Arbeit. Von den grundlegenden Werken von Löschner und Halm einmal abgesehen, sind zwei wichtige neuere Studien zur schiitischen Rechtsmethodologie zu nennen, die seit her vorgelegt wurden. Es handelt sich um Devin Stewart, *Islamic Legal Orthodoxy: Twelver Shiite Responses to the Sunni Legal System* (1998) und Robert Gleave, *Inevitable Doubt: Two Theories of Shī'ī Jurisprudence* (2000).

c) Hier ist ferner nicht der Ort für interkulturelle Vergleiche mit außerislamischen Gottesrechten oder gar säkularen Rechtsordnungen. Es geht im Gegenteil darum, die normative Eigenständigkeit des islamischen Rechts in seiner Selbstreflexion aufzuzeigen und ein Stück des Weges zu verfolgen. So berechtigt und interessant demgegenüber von westlichen Islamwissenschaftlern, Juristen, Historikern u. a. vorgestellte Analysen und Vergleiche mit jüdischem, christlichem, römischem, vormodernem oder säkularisiertem westlichen Recht erscheinen mögen, so wenig besagen sie gegenüber dem hier zu explorierenden normativen Universalitätsanspruch der Scharia.

d) Die Sondierung des bezeichneten Textsegments innerhalb der jahrhundertalten klassischen Quellentexte der *uṣūl al-fiqh* dient einem weiterführenden Zweck. Die Quellendiskussion ist schließlich zentral für die islamische Kultur insgesamt. Sie kommt in vielgestaltiger Form in juristischen und theologischen Diskursen zum Tragen. In meinen eigenen Untersuchungen hat sie mich auf Schritt und Tritt verfolgt – angefangen bei meiner Dissertation *Die Hurma: Schariatrechtlicher Schutz vor Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit nach arabischen Fatwas des 20. Jahrhunderts* bis hin zur Analyse von modernen medizinrechtlichen Fatwas. Die Analyse der in den Fatwas mitgeteilten Begründungen vermag zu zeigen, welche Rechtsquellen im jeweiligen konkreten Falle herangezogen wurden und deshalb auch in künftigen gleichartigen Fällen zu berücksichtigen sind. Die Frage nach den einzelnen Quellen wird vor allem dann akut, wenn – wie im Falle der Organtransplantation – die Normen erst schrittweise neu gewonnen werden müssen. Es galt somit, für diese Arbeit einen begrifflichen Rahmen und ein Verfahren zu entwickeln, welches einen hinreichend weiten wie detaillierten Blick auf das Gesamtgefüge approbierter Rechtsquellen gestattet. Die bezeichnete Lehrbuchliteratur mit ihrer Selbstreflexion über ein gottgefälliges Instrumentarium zur Rechtsfortbildung erlaubte es am ehesten, von der in der Islamwissenschaft üblichen Fixierung auf historische und dogmatische Unterschiede abzugehen. Die vorgestellte Literatur zeigt insgesamt einen hohen Grad an Reflektiertheit und Flexibilität. Die Verf. hofft, daß es dieser Untersuchung auch gelingt, dem Zerrbild einer vermeintlich apodiktischen, wenig differenzierungsfähigen Scharia und ihrer Jurisprudenz, das nun wirklich nicht der Wahrheit entspricht, zu begegnen. Es gibt im Bereich der juristischen Methodik, formal gesehen, mehr Gemeinsamkeiten mit der westlichen Jurisprudenz als gemeinhin angenommen wird. Dies gilt auch eingedenk der Tatsache, daß zwischen islamischem und westlichem Recht, rechtsinhaltlich betrachtet, vielfach radikale Unterschiede bestehen.

3. Diese Arbeit, die am Orientalischen Seminar der Universität Tübingen während meiner sechsjährigen Tätigkeit als Wissenschaftliche Assistentin entstand und abgeschlossen werden konnte, wurde im April 1999 von der Fakultät für Kulturwissenschaft als Habilitationsschrift angenommen. Meine Tätigkeit als Privatdozentin am Orientalischen Seminar in Tübingen, Probevorträge an verschiedenen deutschen Universitäten sowie zwei längere Forschungsaufenthalte in den USA (Princeton, Harvard), deren letzterer noch andauert, haben das Druckfertigmachen dieser an sich längst abgeschlossenen Arbeit wiederholt verzögert.

a) Ganz besondere Dankbarkeit hege ich gegenüber meinem Habilitationsvater, Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Josef van Ess. Durch seine ständige Gesprächsbereitschaft, seine Kenntnis der Wissenschaft von den Grundlagen des islamischen Rechts (*uṣūl al-fiqh*) und der hermeneutischen Methoden in Jurisprudenz und Theologie hat er mir manche Wege gewiesen und Umwege erspart. Besonders im Hinblick auf das Kernproblem von Religion und Recht, wie Wissen legitimerweise gewonnen werden kann, habe ich von seinen eigenen Untersuchungen zur Unterscheidung zwischen Wahrheit und normativer Richtigkeit profitiert. Neben seiner Geduld in wissenschaftlichen Fragen danke ich ihm auch für seine Ungeduld, wenn es darum ging, mir die strikte Einhaltung des vereinbarten Zeitplans nahezu legen. Zu danken hat die Verf. ferner dem Tübinger Zweitgutachter, Herrn Prof. Dr. Heinz Halm, der durch seine besondere Kenntnis auch des schiitischen Islams sowie der Instrumentalisierung islamischer Geschichte in der Moderne mit Debatten über die Legitimation heiliger Quellen und die theologisch-juristische Deutung von Geschichte besonders vertraut ist und dadurch einige wertvolle Anregungen beisteuern konnte. Ein weiteres Tübinger Gutachten wurde von Prof. Dr. Heinz Gaube (ebenfalls Orientalisches Seminar) vorgelegt. Hierfür gebührt ihm Dank, auch wenn die Verf. nicht alle seine Ratschläge verwirklicht hat. Das juristische Fachgutachten, das wichtige Einsichten, insb. zum Stellenwert des Gewohnheitsrechts beisteuerte, wurde von Herrn Prof. Dr. Jan Schröder, Lehrstuhl für Deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht an der Universität Tübingen, erstattet, wofür ich ihm sehr zu Dank verpflichtet bin.

b) Mein ganz besonderer Dank gilt dem externen Fachgutachter, Herrn Prof. Dr. Wolfhart Heinrichs, James Richard Jewett Professor of Arabic am Department of Near Eastern Languages and Civilizations an der Universität Harvard (Cambridge, Mass.). Wegen seiner Vertrautheit mit den hermeneutischen Theorien in Poesie, Theologie und Jurisprudenz in Verbindung mit seiner besonderen Kenntnis mittelalterlicher Rechtsmethodologie und Scharia-Gelehrsamkeit als dem Kernstück islamischer Rechtskultur und Bildung habe ich vielfach von seinen Anregungen und Überlegungen profitieren können. Sie waren für die endgültige Gestalt dieser Arbeit sehr wichtig und haben mir auch darüber hinaus weitergeholfen. Neben seinem ausführlichen Gutachten und seinen eigenen Untersuchungen zur mittelalterlichen Methodologie hat er mir in meiner Zeit als Visiting Scholar in Harvard (im akademischen Jahr 2000–2001 an der Harvard Law School sowie 2001–2002 am Center for Near Eastern Studies) auch im Gespräch wichtige Hinweise gegeben.

Der Sache nach habe ich mich mit seinen Vorschlägen insbesondere in zwei Punkten auseinandergesetzt: Erstens wurden bloß interpretatorische, ausschließlich rechtsinhaltliche Argumentationzusammenhänge, die in den *uṣūl al-fiqh*-Werken naturgemäß breiten Raum einnehmen, in der vorliegenden Fassung weitgehend ausgespart. Sie sind in der Tat von Fortbildungen des Rechts, die sich stets einem Rückgriff auf dessen anerkannte Quellen verdanken, oft nur sehr schwer zu unterscheiden und abzugrenzen. Was den einen als bloße Hermeneutik gilt, bedeutet für andere bereits eine Quelle der Rechtsfortbildung oder gar der Willkür. Die inhaltliche Erörterung und Einbeziehung derartiger Maßnahmen in die Rechtsquellenproblematik wäre infolgedessen zwar raumfüllend, aber nicht sehr ertragreich gewesen. Dementsprechend habe ich mich – Heinrichs folgend – bemüht, stärker als bisher zwischen (i) dem juristischen Analogieschluß im rechtstechnischen und methodischen Sinne und (ii) der Analogie als Rechtsquellenproblem zu unterscheiden. Auf diese Weise konnte die hier gebotene Darstellung zu „Analogie als abgeleitete Rechtsquelle“ von bloß methodisch-hermeneutischen Erwägungen zum Analogieschluß und verwandten Argumentationsformen entlastet werden. Ein weiterer, höchst erwägenswerter Hinweis von Heinrichs gilt dem – hier allerdings nicht zu lösenden – Problem, den in dieser Arbeit untersuchten Diskurs gegenüber (i) der klassischen arabischen *uṣūl al-fiqh*-Literatur, (ii) der westlichen Islamwissenschaft und (iii) demjenigen der modernen islamischen Reformer abzugrenzen. Zum einen lassen sich diese Diskurse wegen vielfach bestehender Überschneidungen nicht scharf voneinander trennen. Zum anderen hätte ein Versuch, die Unterschiede wirklich eingehend herauszuarbeiten, den Umfang der Arbeit um ein Vielfaches erweitert und die hier gebotene systematische Darstellung der Rechtsquellenproblematik im tradierten sunnitischen Islam, wie er heutzutage – auch durchaus produktiv – fortgeschrieben wird, eher verwässert. Derartige Differenzen und Gemeinsamkeiten aufzuzeigen, muß folglich anderweitigen Veröffentlichungen vorbehalten bleiben.

c) In Tübingen konnte ich bei der Arbeit an meiner Habilitationsschrift auf die hervorragenden Bestände des Sondersammelgebiets „Vorderer Orient/Nordafrika“ zurückgreifen und danke der dortigen Universitätsbibliothek für ihr großzügiges Entgegenkommen und ihre Hilfe. Während meines Forschungsaufenthaltes in Princeton am Institute for Advanced Study (IAS), School of Historical Studies (akademisches Jahr 1999/2000), der mir durch ein Forschungsstipendium der Fritz Thyssen-Stiftung ermöglicht wurde, waren mir wegen des Vorranges des neuen Forschungsprojekts die Abschlußarbeiten an dem alten nur ganz sporadisch möglich. Ich konnte jedoch bei der Arbeit an beiden die glänzend ausgestattete Firestone-Bibliothek konsultieren. Frau Prof. Dr. Patricia Crone vom IAS danke ich sehr herzlich für ihre Unterstützung meiner Untersuchungen und dafür, daß sie mir den Zugang zu diesen Einrichtungen ermöglicht hat. Ihr Seminar am IAS zur Selbst- und Fremdefinition von Sunnismus in frühen und mittelalterlichen arabischen Schriften hat meinen Sinn für Probleme der Übersetzung, Sprachverwendung und korrekten Terminologie im Umgang mit arabischen Texten sehr geschärft.

Erst der Wechsel von Princeton nach Harvard, der durch ein mir ab Mai 2000 gewährtes Heisenberg-Stipendium der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) seit September 2000 ermöglicht wurde, gestattete mir – neben meiner Arbeit am bisherigen und einem weiteren Projekt – auch eine Wiederaufnahme der für den Druck dieser Untersuchung unerläßlichen, abschließenden Arbeiten. Einiges ist seit Abschluß dieser Arbeit an Literatur erschienen bzw. konnte von mir erstmals eingesehen werden, was keinen Eingang mehr gefunden hat (vgl. auch den *EL*²-Artikel zu „Uṣūl al-fīkh“ von Norman Calder). Nach Möglichkeit habe ich mich jedoch bemüht, seitdem erschienene wichtige Schriften zumindest in den Fußnoten zu berücksichtigen. Da jedoch thematisch ein sehr breiter Bereich abgedeckt wird, erscheinen natürlich zu den vielfältigen Themen der verschiedenen Unterkapitel fortlaufend neue Publikationen.

Durch meine Teilnahme als „Visiting Scholar“ am „Islamic Legal Studies Program“ der Harvard Law School (akademisches Jahr 2000/2001) hatte ich nicht nur Zugang zur dortigen Präsenzbibliothek, sondern konnte auch in der schier unerschöpflichen Widener-Bibliothek der Universität Harvard arbeiten. Für die Genehmigung, seine Vorlesung „Comparative Law: Islamic Legal Systems“ zu hören, danke ich dem Programm-Direktor, Prof. Dr. Frank E. Vogel. Seinem Assistant-Director, Frau Dr. Peri Bearman, danke ich für mancherlei Hilfestellungen, insbesondere für ihre Vermittlung bei der Wohnungsbeschaffung.

Schwer zu sagen, worin die Unterschiede bestehen, wenn Unterricht über islamisches Recht weitgehend in englischer oder deutscher Sprache erteilt wird. Über ersteres hat der bereits erwähnte Bernard Weiss aufgrund seiner jahrzehntelangen Erfahrungen vielleicht am gründlichsten nachgedacht und berichtet. Mir selbst erschien es – vom Standpunkt arabischer Sprache und juristischer Sprachverwendungen betrachtet – angebracht, die von mir in der Übersetzung ins Deutsche gebrauchten Ausdrücke des geltenden islamischen Rechts noch stärker in das System der Eigenbegrifflichkeit von *uṣūl al-fīqh* zurückzubinden.

Was die sprachliche Differenzierung und die Terminologie verschiedener normativ relevanter Disziplinen, wie beispielsweise der Theologie und der Jurisprudenz, angeht, so haben mir bei dem Versuch, die diversen begrifflichen Bedeutungen zu bestimmen, vor allem die Kurse von Prof. Wolfhart Heinrichs zu „Classical Arabic Philology“ sehr geholfen. In diesem Sinne habe ich nach einem weiteren Wechsel, diesmal an das Center for Middle Eastern Studies (akademisches Jahr 2001 – 2002) und inspiriert durch den Besuch des Unterrichts zur mittelalterlichen Scharia-Gelehrsamkeit auf arabischer Textbasis am Department of Near Eastern Languages and Civilizations, ein letztes Mal den Leidensweg durch diese Schrift angetreten, um sie dem Leser durch Überarbeitung des Personen- und Sachverzeichnisses, wie ich hoffe, leichter zugänglich zu machen.

d) Zwar ist es im modernen Recht und unter Juristen, islamischen wie deutschen, üblich, in erster Linie problemorientiert – und nicht *ab auctoritate!* – zu argumentieren, so daß der einzelne Autor mit seiner persönlichen Meinung ge-

wöhnlich hinter die rechtliche Argumentation zurücktritt, was für die Scharia in ganz besonderem Maße gilt. Es kann jedoch, wie gerade van Ess stets betont, nicht ganz belanglos sein, wer die Autoren sind und wann sie lebten. In das vorliegende *Schrifttumsverzeichnis* wurden deswegen, soweit dies den Publikationen als Selbstdarstellung zu entnehmen war, in eckiger Klammer Angaben zur Person eingefügt, um die Autoren mit sparsamen biographischen Notizen vorzustellen. Ins *Personenverzeichnis* wurden aber nicht alle Autoren aufgenommen, sondern nur diejenigen Verfasser und Figuren islamischer Rechtsgeschichte, die wegen ihres nachhaltigen Einflusses auf die heutigen Erörterungen der Rechtsquellenproblematik auch historisch gesehen besondere Beachtung verdienen. Um ihre Einordnung in den zeitlichen Kontext zu erleichtern, wurden in runder Klammer wichtige Lebensdaten, wie insb. das europäische Sterbedatum, beigefügt. Im *Sachverzeichnis*, das die *arabischen* Worte und Begriffe des islamischen Rechts voranstellt, wird jeweils eine Übersetzung ins Deutsche beigefügt, so daß – richtig verstanden – ein in sich kohärentes Begriffssystem in deutscher Sprache entsteht. Auf zentrale Textstellen, die der weiteren Erläuterung derartiger Rechtsbegriffe dienen, wird bei den Seitenangaben in Fettdruck verwiesen. Um Lesern ohne Kenntnisse des Arabischen das Nachschlagen und Aufsuchen von Querverweisen zu erleichtern, wurde in ähnlicher Weise auch mit den deutschen Entsprechungen verfahren.

Ich möchte zum Abschluß noch einmal meinen tiefempfundenen Dank für die großzügige Förderung ausdrücken, die ich durch die Fritz Thyssen-Stiftung (Köln) und die Deutsche Forschungsgemeinschaft (Bonn), jetzt auch im Rahmen meines Heisenberg-Stipendiums, erfahren habe. Die DFG hat außerdem die Drucklegung dieser Arbeit mit einem namhaften Zuschuß zu den Druckkosten unterstützt.

Leider kann ich hier nicht allen danken, in deren Schuld ich stehe und die mir im Laufe der Jahre auf mancherlei Weise geholfen haben. Zu nennen ist jedoch mein Doktorvater und langjähriger akademischer Lehrer, Prof. Dr. Werner Ende, der maßgeblich meine besonderen Interessen an der Fortschreibung von Traditionen im zeitgenössischen Islam geprägt hat. Im Zusammenhang mit dieser Arbeit bedanke ich mich vor allem bei Herrn Professor Dr. Hilmar Krüger, Institut für ausländisches und internationales Privatrecht der Universität Köln sowie Leiter des Rechtsreferats der Bundesagentur für Außenwirtschaft, für viele hilfreiche und weiterführende Hinweise. Durch einige Vorträge, wie z. B. auf dem Deutschen Orientalistentag in Halle, konnte ich entscheidende Teile dieser Habilitationsschrift noch während ihrer Entstehungsphase im Freilandversuch testen. Wichtig dafür waren auch die Vortragseinladungen von Frau Prof. Dr. Monika Gronke an das Orientalische Seminar der Universität Köln sowie von Dr. Maribel Fierro an den Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Filología (Madrid). Sie haben mir sehr geholfen, wesentliche Gedankengänge konziser und – hoffentlich – noch etwas geländegängiger zu gestalten. Ganz besonderen Dank für Hilfestellungen vielfältiger Art schulde ich ferner meinem Arabisch-Lehrer und Kollegen, Herrn Dr. Edward Badeen, der als Lektor für Arabische Sprache schon während meines Studiums in Freiburg und dann in Tübingen meinen wissenschaftli-

chen Weg begleitet und gefördert hat und heute als Lektor in Basel und Zürich lehrt.

Herrn Prof. Dr. jur. h. c. Norbert Simon, dem geschäftsführenden Gesellschafter des Verlages Duncker & Humblot, Berlin, danke ich sehr herzlich für seine großzügige Förderung und die Aufnahme dieser Untersuchung in die „Schriften zur Rechtslehre“.

Meinen Eltern danke ich für vielfältige Unterstützung und meinen beiden Töchtern, Lina und Laura, für die Geduld, die sie der Arbeit ihrer Mutter entgegenbrachten, auch wenn sie bei Abschluß der Niederschrift gelegentlich ‚Habilitation‘ spielten.

Cambridge, Mass. (USA), im Mai 2002

Birgit Krawietz

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
------------------	---

Erster Abschnitt

Genese und Geltungsgrundlagen des islamischen Rechtssystems

§ 1 Islamisches Recht in der Frühzeit	12
1. Gesetzgebung zur Zeit Muḥammads	16
a) Göttliche Herabsendung von Gesetz und Recht	16
b) Gesetzgebungsmacht und Rechtsquellenlage	18
c) Eigenheiten der Jurisprudenz zur Zeit Muḥammads	20
2. Vom <i>iğtihād</i> des Propheten	21
a) Muḥammad als eigenständiger Schöpfer von Recht?	21
b) Irrtümer und Fehler Muḥammads bei der Ausübung seines <i>iğtihād</i>	22
c) Propheten- <i>iğtihād</i> als Rechtsquelle	24
3. Normative Wirksamkeit der Prophetengefährten (<i>ṣahāba</i>)	25
a) <i>Iğtihād</i> -Befugnis der Prophetengefährten zu Lebzeiten Muḥammads	27
b) Relevanz von Meinungsstreitigkeiten unter den <i>ṣahāba</i>	30
c) Eigenheiten, Errungenschaften und Stellenwert der Gesetzgebung zur Zeit der Rechtgeleiteten Kalifen	33
§ 2 Konstitution und Phasen islamischer Jurisprudenz	46
1. Errungenschaften der Nachfolger	46
a) Kennzeichen und Merkmale der formativen Phase	47
b) Entwicklung und Verfälschung des Hadith	49
c) Rechtliche Willkür	53
2. Blüte und Entwicklung der islamischen Jurisprudenz	54
a) Juristen und Jurisprudenz unter der Obhut der Abbasiden	55
b) Verschriftlichung und Fixierung von Sunna und Recht	57
c) ‚Freie‘ Rechtsfindung (<i>iğtihād</i>)	59

3. Schulen islamischen Rechts und Eigenheiten ihrer Methodologie	62
a) Malikiten	63
b) Hanafiten	64
c) Schafiiten	66
d) Hanbaliten	69
§ 3 Stagnation, Erstarrung und Neubeginn islamischen Rechtsdenkens	70
1. Zeitalter des <i>taqlīd</i>	70
a) Voraussetzungen und Gründe für den <i>taqlīd</i>	74
b) Merkmale <i>taqlīd</i> -gestützter Jurisprudenz	77
2. Islamisches Recht in der Moderne	79
a) Entwicklungstendenzen und neuer Aufschwung islamischen Rechts	79
b) Wandel und Umbruch im islamischen Recht des gegenwärtigen Zeitalters ..	82

Zweiter Abschnitt

Primärquellen des islamischen Rechtssystems

§ 4 Koran als Rechtsquelle	87
1. Merkmale, begriffliche Bestimmung und normative Definition des Korans	87
a) Koran als Wort Gottes und schrittweise Offenbarung seines Inhalts	88
b) Arabischer Koran und Probleme seiner Übersetzung	91
c) Authentizität des Korans und seiner Lesarten	95
2. Unversehrte Herabsendung und Fixierung des Korans auf Dauer	98
a) Korrekte Aufnahme und Anordnung der Verse und Suren	99
b) Schriftliche Fixierung des Korans auf Erden	100
3. Geltung und Beweiskraft (<i>huğğīyya</i>) des Korans	104
a) Heiligkeit des Korans und koranisches Wunder als Beweise seiner göttlichen Herkunft	105
b) Normative Aspekte und Konsequenzen des koranischen Wunders	106
4. Rechtliche Bestimmungen des Korans	108
a) Kategorische und präsumtive Bestimmungen	110
b) Verhältnis von allgemeinen und speziellen Bestimmungen im Koran	111
c) Rechtliche Regelungsbereiche des Korans	112

§ 5 Prophetensunna als Rechtsquelle	115
1. Ausdrucksformen und Regelungsbereiche der Sunna	115
a) Begriffliche Bestimmung und normative Definition der Sunna	115
b) Formen normativer Äußerungen des Propheten	116
c) Gegenstandsbereiche der Sunna	118
2. Belege für die Beweiskraft der Sunna	121
a) Koranische Begründung der Sunna	121
b) Normative Eigenständigkeit und Selbstbegründung der Sunna	125
c) Gegner der Sunna als Rechtsquelle	129
3. Formen der Überlieferung authentischer Sunna	134
a) <i>Sunna mutawātira</i>	135
b) <i>Sunna aḥādīyya</i>	141
c) <i>Sunna mašhūra</i>	149
 § 6 Koran und Sunna als komplementäre Formen islamischen Rechts	 151
1. Normative Verbindung von Koran und Sunna	151
a) Bestätigende Sunna	152
b) Verdeutlichung, Begründung und normative Konkretisierung des Korans durch Sunna	154
c) Schweigen des Korans	156
2. Abrogation (<i>nash</i>) von Rechtsbestimmungen im Rahmen der Scharia	160
a) Begriffliche Bestimmung und Einordnung	160
b) Belege für die Existenz von <i>nash</i> im Rahmen der Primärquellen	162
c) Arten und Bedingungen normativer Abrogation	170
3. Relevanz von Offenbarungsgesetzen im Vorfeld von Koran und Sunna	172
a) Definition von <i>šarʿ man qablanā</i>	174
b) Verhältnis des Islam zu vorislamischen Offenbarungsreligionen und ihrer Gesetzgebung	175
c) Erwähnung nichtislamischer Regeln in Koran und Sunna	177

Sekundärquellen des islamischen Rechtssystems

§ 7 Sekundäre Rechtserzeugung im Rahmen der Scharia	182
1. Konsens (<i>iğmāʿ</i>) als abgeleitete Rechtsquelle	182
a) Konsens als dritte der allgemein anerkannten Quellen	182
b) Autorität und Anwendbarkeit des <i>iğmāʿ</i>	184
c) Legitimation und normative Bedingungen des <i>iğmāʿ</i>	193
2. Analogie (<i>qiyās</i>) als abgeleitete Rechtsquelle	203
a) Begründungen der Autorität des <i>qiyās</i>	206
b) Bestandteile und Bedingungen der Analogie	214
§ 8 Rechtlich geschützte Interessen, Ziele und Zwecke (<i>maqāṣid</i>) als normative Orientierungspunkte	223
1. Notwendigkeit göttlicher Anleitung zur Erkennung schützenswerter Interessen (<i>maṣāliḥ</i>)	224
a) Religionsrechtlich unterschiedliche Einstufung und Regelung von Interessen	224
b) Rechtliche Anerkennung und kategoriale Unterscheidung von Interessen ...	227
2. Dreistufigkeit rechtmäßiger Interessen	229
a) Notwendigkeiten und Grundwerte der islamischen Lebensordnung	229
b) Islamisches Recht als Mittelweg der Verwirklichung bedürfnisorientierter Interessen	232
c) Anerkannte Interessen als Optimierungs- und Vermeidungsgebote	234
3. Prinzipien, Maximen (<i>qawāʿid</i>) und Regeln des Umgangs mit diversen Interessenlagen	237
a) Interessenorientierte Prinzipien, Maximen und Regeln	237
b) Exemplarische und typische Gemengelagen von Rechtsgütern und Interessen	238
§ 9 Rücksichtnahme auf sonstige Interessen und Belange	242
1. Schariatrechtlich nicht ausdrücklich geschützte Interessen (<i>maṣāliḥ mursala</i>) ..	242
a) Meinungsstreitigkeiten bezüglich der <i>maṣlaḥa mursala</i>	243
b) Argumentation bei der Erörterung des Für und Wider von <i>istiṣlāḥ</i>	247
c) Bedingungen und Schranken der Berücksichtigung ungeschützter Interessen	254

2. Blockieren rechtmäßiger Handlungen und Mittel im Hinblick auf deren Voraussetzungen und Folgen (<i>sadd al-darāʿiʿ</i>)	261
a) Abgrenzung gegenüber den <i>muqaddimāt</i> und den <i>ḥiyal</i> im Rahmen des Schariatrechts	263
b) Rechtmäßigkeit des Abstellens auf die Mittel (<i>darāʿiʿ</i>) im Meinungsstreit der Gelehrten	266
c) <i>Sadd al-darāʿiʿ</i> als Quelle und Prinzip islamischen Rechts	274
3. Präsomtion der Fortgeltung einer Rechtslage oder eines früheren Zustands (<i>istiṣḥāb</i>)	279
a) <i>Istiṣḥāb</i> als Grundlage von Maximen, Prinzipien und Regeln des Rechts ...	280
b) Arten des <i>istiṣḥāb</i>	283
c) <i>Istiṣḥāb</i> -Prinzip als Hilfsquelle und Mittel der Rechtsbildung	285
4. Gewohnheitsrecht (<i>ʿurf</i>)	291
a) Arten von <i>ʿurf</i>	294
b) Ableitung und Begründung des Gewohnheitsrechts	302
c) Rechtscharakter des <i>ʿurf</i> und Abgrenzung gegenüber anderen Rechtsquellen	305
5. Recht und Billigkeit (<i>istiḥsān</i>) im Islam	313
a) Begriff, Bestimmung und Arten von <i>istiḥsān</i>	313
b) Legitimation von Billigkeitserwägungen im Streit der Lehrmeinungen	318

Vierter Abschnitt

Islamisches Recht, Rechtsgewinnung und normative Richtigkeit von Fall zu Fall

§ 10 Hat jeder Muğtahid recht (<i>Hal kull muğtahid muṣṭib</i>)?	327
1. Verhältnis von Wahrheit und Richtigkeit bei der Beantwortung religiös-rechtlicher Fragen	330
a) Einheit von Wahrheit und Richtigkeit bei theologischen Grundsatzfragen (<i>masāʿil ʿaqliyya</i> oder <i>kalāmiyya</i>)	331
b) Einheit von Wahrheit und Richtigkeit bei rechtstheoretischen Fragen (<i>masāʿil uṣūliyya</i>)?	334
c) Definitiv als richtig erwiesene rechtspraktische Antworten (<i>masāʿil fiqhiyya qaṭʿiyya</i>)	335

2. Idee der einzig richtigen Entscheidung in nicht definitiv erwiesenen rechtspraktischen Fragen bei der <i>muḥaṭṭi'a</i>	337
a) Grundsatzposition	337
b) Argumente der <i>muḥaṭṭi'a</i>	339
c) Meinungsstreit innerhalb der <i>muḥaṭṭi'a</i> bezüglich der Erkennbarkeit des richtigen Rechts	341
3. Negation der Möglichkeit einzig richtiger (wahrer) Entscheidungen durch die <i>muṣawwiba</i>	343
a) Grundsatzposition	343
b) Vertreter der <i>muṣawwiba</i> im einzelnen	344
c) Argumente der <i>muṣawwiba</i>	345
4. Relevanz der rechtlichen Debatte um die Fehlbarkeit des Muğtahid	347
a) Mangelnde Richtigkeitsgewähr bei der Bestimmung der Gebetsrichtung nach Mekka (<i>al-iğtihād fī al-qibla</i>) als religionsrechtliche Metapher	347
b) Relative Richtigkeit der Argumente und Begründungen	349
c) Funktionale Erwägungen, Konsequenzen und Vorzüge der <i>taḥṭi'a</i>	350
§ 11 Iğtihād-Reglementierungen und Rechtsgewinnung im Einzelfalle	353
1. Iğtihād-Monopol der Gelehrten	353
a) Auskunftspflicht und normative Verantwortung der Gelehrten	353
b) Vorbedingungen und Zugangsbarrieren des iğtihād	359
c) Kompetenzstufen und Teilbarkeit des iğtihād	365
2. Kollision von Rechtsnormen (<i>ta'āruḍ al-adilla</i>)	372
a) Konkurrenzen und Normenkonflikte innerhalb des Systems der Rechtsquellen	372
b) Definition und Gegenstandsbereich des <i>ta'āruḍ</i>	375
c) Lösungsmodelle (<i>marātib</i>) zur Abwehr von Normenkonflikten	378
3. Änderung und Aufhebung von Rechtsmeinungen	383
a) Subjektiver Sinneswandel des <i>muğtahid</i>	384
b) Rechtliche Bestimmungsmacht und normative Verbindlichkeit von Fatwas ..	386
c) Aufrechterhaltung oder Revision von Urteilen	388
§ 12 Pflichten und Rechte des juristischen Laien im Hinblick auf die erforderliche Rechtsgewinnung im Einzelfalle	390
1. Grundsätzliche Fragepflicht des Gläubigen	390

2. Positive und negative Formen des <i>taqlīd</i>	392
a) Übertragene Bedeutungen von <i>taqlīd</i>	393
b) Rechtlich approbierte Form des <i>taqlīd</i>	395
3. Person des <i>muqallid</i>	398
a) Muß der Laie <i>taqlīd</i> üben?	398
b) Darf der <i>muğtahid taqlīd</i> üben?	400
4. Rechtsschulwesen und Richtigkeit der Auskunft	401
a) Orthodoxie im Rahmen der vier sunnitischen Rechtsschulen	401
b) <i>Madhab</i> -Wahl versus <i>madhab</i> -Pflicht	405
5. Kriterien der Auswahl des richtigen Mufti	409
a) Kompetenz und persönliche Qualifikation	409
b) Prüfung der Qualität des Mufti	411
c) Die Qual der Mufti-Wahl, <i>al-fāḍīl wal-mafḍūl</i>	413
Resümee und Ausblick	415
Schrifttumsverzeichnis	421
Personen- und Sachverzeichnis	449

Einleitung

Nichts ist so praktisch wie eine gute Theorie. Das gilt auch für die islamische Rechtspraxis und die zugehörige Theorie des Rechts. Ihr Kernstück ist die Lehre von den Rechtsquellen. Wenn in den arabischen Texten und im Rahmen der islamischen Jurisprudenz von den ‚Wurzeln‘ oder ‚Quellen‘ des islamischen Rechts (*uṣūl al-fiqh*) gesprochen wird, so handelt es sich um eine bildliche Redeweise, mit der die Grundlagen und Prinzipien des Rechts und der Rechtswissenschaft bezeichnet werden. Es geht hier um das Problem, aus welchen Quellen sich das göttliche Recht speist und aus welchen es quillt, sowie darum, wie es von der höchsten Stelle und Autorität, nämlich Gott selbst, bis zu den einzelnen Gläubigen gelangt und welche Wege es sich dabei bahnt, um dem Erleben und Handeln der jeweiligen Adressaten des islamischen Rechts als Maßstab zu dienen und es in seinem Sinne zu beeinflussen. Das Verständnis der Rechtsquellen im Islam gehörte und gehört von Anfang an bis auf den heutigen Tag zu den zentralen Problemen der Rechtsbildung und Rechtserkenntnis. Noch immer trifft zu, was Schacht schon seinerzeit betonte: „Islamic law is the epitome of Islamic thought, the most typical manifestation of the Islamic way of life, the cure and kernel of Islam itself.“¹

1. Was den Gegenstandsbereich der Untersuchung angeht, so handelt es sich hier nicht um die gesamte Palette der sunnitischen *uṣūl al-fiqh*. Die Rechtsquellenlehre macht nur einen Teil derselben aus, ist aber das eigentliche Herzstück. Auf die Prinzipien und Regeln der Hermeneutik (*tafsīr* und *taʿwīl*) als solche sowie die Darstellung des Systems der juristischen Beurteilungen (*aḥkām*) kann im folgenden nur am Rande eingegangen werden, d. h. soweit sie für die Beurteilung der Theorie der Rechtsquellen von Belang sind.² Wenn im folgenden von *uṣūl al-fiqh*, wörtlich: „Wurzeln des Rechtsverständnisses“, die Rede ist, so sind die „Grundlagen“ des islamischen Rechts bzw. der islamischen Rechtswissenschaft gemeint.³ Daneben wird der Ausdruck *aṣl* (Pl. *uṣūl*) auch in der Bedeutung von Quelle sowie – im übertragenen Sinne – in der Bedeutung von Rechtsquelle verwendet. In einem eher rechtstechnischen Sinne ist in den einschlägigen arabischen Texten von *maṣḍar* (Pl. *maṣādir*) bzw. von *dalīl* (Pl. *adilla*) die Rede, hier verstanden im Sinne von [An-] Zeichen oder Indikatoren.⁴

¹ Schacht, *Introduction*, S. 1.

² Vgl. Aghnides, *Mohammedan Theories of Finance*, S. 6.

³ Schacht, Art. *Uṣūl*, *EI*¹ IV, S. 1142–1146.

⁴ Nach Auffassung von Schacht, Art. *Uṣūl*, *EI*¹ IV, S. 1142, zählen zu den „Grundlagen“ im obigen Sinne neben Hermeneutik auch die Fragen der juristischen Methodik bzw. der „Methodenlehre der islamischen Rechtswissenschaft“. Die juristische Hermeneutik und ihre

a) Mit dieser metaphorischen Verwendung des Rechtsquellenbegriffs ist jedoch noch nichts gesagt darüber, wie viele Quellen es im islamischen Recht gibt, genauso wenig wie man den verschiedenen Stellen eines Quellgebiets, aus denen Quellwasser zutage tritt, anzusehen vermag, ob hinter ihnen eine oder mehrere, miteinander verbundene Ursprungsquellen existieren und aus welcher Quelle sie sich letzten Endes speisen. Es fragt sich ferner, aber es ist weitgehend noch ungeklärt, in welchem Verhältnis die diversen Quellen des Rechts – strukturell und funktionell betrachtet – zueinander stehen. Auch erscheint es nicht ohne weiteres ausgemacht, um wie viele Rechtsquellen es sich – ihrer genauen Zahl nach – im islamischen Recht handelt. Die Etikettierung des Korans als erste und oberste Quelle und Heiliges Buch besagt noch nichts darüber, ob bzw. welche weiteren Quellen primärer oder sekundärer Provenienz sich – gestützt auf diese Ausgangsbasis – ableiten lassen.

b) Im einschlägigen Schrifttum ist gewöhnlich von vier ‚kanonischen‘ Quellen⁵ die Rede. Es erscheint jedoch nicht angebracht, wenn man, wie viele Autoren dies tun, darin – ohne nähere Analyse und differenzierende Begründung – die herrschende Meinung erblickt, solange nicht geklärt ist, welche Rechtsmeinungen im ganzen wie im einzelnen dahinter stecken.⁶ Richtig ist daran nur, daß die sogenannten vier kanonischen Quellen, nämlich Koran, Sunna, Konsens der Gelehrten und Analogie, wohl von den meisten Autoren als verbindlich angesehen werden, aber nicht alle Autoren sehen eben diese Quellen als unmittelbar maßgeblich an. Autoren, die bei den vier kanonischen Quellen die Analogie, den Konsens oder die Sunna ausgeklammert sehen wollen, bleiben jedoch wegen ihrer Distanz zum Mainstream der islamischen Rechtsquellenlehre unberücksichtigt. Es geht hier nicht um eine Rekonstruktion stark politisierter oder gar radikaler Grundanschauungen, welche die immanenten Schranken des islamischen Rechtssystems zu überwinden und das Erbe islamischen Rechts im Sinne ihrer spezifischen Ideologie – notfalls auch mit Gewalt – umzuinterpretieren oder gar zu pervertieren suchen.⁷ Und es handelt sich schon gar nicht um die Darstellung bewußter und gewollter fortschreitender Säkularisierung einer theonomen Rechtsquellenlehre. Von Verweisen auf die ersten beiden Quellen oder nur auf den Koran als die höchste Quelle einmal abgesehen, gibt es im Rahmen der Scharia allem Anschein nach keine fest etablierte normative Hierarchie, die in eindeutiger Weise den Weg zu den nachfolgenden und unteren Quellen weist.

c) Das islamische Recht kennt auch keinen *numerus clausus* der Rechtsquellen, denn neben den primären kanonischen Rechtsquellen gibt es offensichtlich auch

Grundregeln werden ausführlich behandelt bei Weiss, *Search*, S. 329 – 503 *et passim*; Kamali, *Principles*, S. 86 – 148.

⁵ Hamidullah, *Sources*, S. 211.

⁶ Fikentscher, *Modes of Thought*, S. 415 f.

⁷ Dazu Heine, *Kritik muslimischer Extremisten*, S. 509 f.; Rahman, *Modernists' Approach to the Qur'an*, S. 106.

sekundäre, deren normative Eigenart jedoch nicht abschließend geklärt ist. Auch erscheint klärungsbedürftig, ob es nur eine oder mehrere verschiedene Arten von Sekundärquellen des Rechts gibt. Nach al-Zuḥaylī sind bei den verschiedenen Gelehrten insgesamt „über 40 Gesetzgebungsquellen (*nayyif wa-arbaʿin maṣḍaran min maṣādir al-taṣrīf*)“ zu verzeichnen, doch seien nach herrschender Meinung nur vier davon verbindlich.⁸ In Wirklichkeit handelt es sich dabei wohl eher um – im Detail noch zu prüfende – allgemeine Rechtsprinzipien, grundlegende Doktrinen oder Topoi, hier verstanden im Sinne von häufig vertretenen Lehrmeinungen, die bei der Rechtsgewinnung zur Begründung und Rechtfertigung herangezogen werden. Andere Autoren wollen sich mit sehr viel weniger Quellen begnügen, deren Anzahl mit insgesamt 15 angegeben wird.⁹ Deren Bedeutung dürfte jedoch zum großen Teil in den Bereich der Universalmaximen (*qawāʿid kulliyya*)¹⁰ fallen, einmal abgesehen von den vier kanonischen Rechtsquellen. Im übrigen werden bisherige Bemühungen um eine Extrapolation von Sekundärquellen bereits als so umfassend und tiefgreifend angesehen, daß *pro futuro* eine Entdeckung weiterer Quellen als kaum vorstellbar erscheint.¹¹ Zumindest gibt es schon jetzt im islamischen Recht eine – freilich im einzelnen noch näher klärungsbedürftige – Gruppe von Quellen des Rechts, die jedenfalls sekundär, aber insoweit auch relativ unumstritten in der juristischen Argumentation verwendet, wenn auch nicht immer ausgeschöpft werden. Hierzu zählen so gängige Topoi, wie beispielsweise *maṣāliḥ mursala, istiḥsān, ʿurf, qawl al-ṣaḥābī, ṣarʿ man qablanā, sadd al-darāʿiʿ* und *istiṣḥāb*.¹² Sie werden im folgenden eingehend auf ihren möglichen Rechtsquellencharakter und ihre normative Relevanz im islamischen Rechtssystem zu untersuchen sein.

2. In der westlichen Islamkunde werden die Quellen des islamischen Rechts meist nur in kursorischer Form und in Beschränkung auf die vier allgemein anerkannten Rechtsquellen, nämlich Koran, Sunna, Konsens (*iḡmāʿ*) und Analogie (*qiyās*) behandelt. Manche Autoren benennen darüber hinaus noch einige weitere, aber nicht unumstrittene Quellen, wie die Orientierung am Gemeinwohl (*istiṣlāḥ*) oder Billigkeitserwägungen (*istiḥsān*),¹³ doch geschieht dies nicht, um offiziell eine fünfte oder gar weitere Rechtsquellen zu etablieren, sondern um Urteile zu begründen, die ohne diese Argumentationen nicht zu rechtfertigen wären. Mit ihrer Benennung wird die Behandlung der Rechtsquellenthematik – rechtstheoretisch gesehen – in durchaus plausibler Weise erweitert, aber im Schrifttum gewöhnlich genau hier abgebrochen. Ein derartiges Vorgehen zielt jedoch, wie im einzelnen darzulegen ist, zu kurz. Offensichtlich fehlt es auch, was die genaue Kenntnis der

⁸ Al-Zuḥaylī, *Al-Iḡtithād wal-ḥayāh*, S. 72 f.

⁹ Ismāʿīl, *Maṣādir*, S. 311 – 320.

¹⁰ Zu ihrer Einordnung Heinrichs, *Structuring the Law*, 335 – 338.

¹¹ Vgl. al-Būṭī, *Al-Iḡtithād wal-ḥayāh*, S. 94.

¹² Al-Zuḥaylī, *Al-Iḡtithād wal-ḥayāh*, S. 72 f.

¹³ Klingmüller, *Entstehung und Wandel*, S. 399 – 402.