

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Siglenverzeichnis	XIX
Hinweise zu Übersetzung und Transkription	XXI
 § 1 Einleitung	 1
A. Die Töchter der aristotelischen <i>epieikeia</i>	1
B. Die Frage nach dem Bezugspunkt	4
C. Islam und Naturrecht	7
D. Rationales vs. teleologisches Naturrecht	9
E. Erster Topos: Die Systematisierung des Rechts durch analoge Rechtsfindung und Zweckverweis	12
F. Zweiter Topos: Die Teleologisierung des islamischen Rechts	18
G. Gang der Untersuchung	20
 § 2 Gegenstand und Methode	 23
A. Untersuchungsgegenstand	23
I. Grundstrukturen des islamischen Rechts	23
II. Die <i>uṣūl al-fiqh</i> als Brückendisziplin zwischen Scharia und <i>fiqh</i>	25
1. Scharia und <i>fiqh</i>	25
2. Die <i>uṣūl al-fiqh</i> als Rechtserkenntnislehre	28
B. Untersuchungsmethode	31
I. Das methodische Erbe Mohammed Arkouns	31
II. Zur Abgrenzung von Mohammed Arkoun	36
III. Teleologisch-systemisches Epistem und Naturrecht	37
C. Untersuchungszeitraum	37

Erster Teil: Islam und Naturrecht

§ 3 Islamisches Naturrecht?	45
<i>A. Konzeptionen des Naturrechts im Islam</i>	45
I. Von der Unmöglichkeit eines islamischen Naturrechts überhaupt	45
II. Der Niedergang des islamischen Vernunftrechts	47
III. Islamisches Naturrecht	50
<i>B. Billigkeit und Naturrecht in den uṣūl al-fiqh</i>	54
I. Naturrechtlicher <i>istiḥsān</i> im positivistischen Recht?	54
II. Nicht-naturrechtliche Lesarten von <i>istiḥsān</i> und <i>istiṣlāḥ</i>	57
III. Zwischenfazit	58

Zweiter Teil: Historische Naturrechtsentwürfe

§ 4 Aristotelisches Naturrecht und das Billige	63
<i>A. Quellen aristotelischen Billigkeitsdenkens</i>	63
I. Das Verhältnis des Billigen zum Gerechten. Die <i>epieikeia</i> der <i>Nikomachischen Ethik</i>	64
II. Die Billigkeit der <i>Rhetorik</i>	66
III. Das Billige in der <i>Magna Moralia</i>	69
<i>B. Zum Verhältnis von aristotelischer Billigkeit und Naturrecht</i>	70
I. Die Billigkeit der <i>Antigone</i>	70
II. Das Billige als Telos. Zum Billigkeitsdenken der <i>Nikomachischen Ethik</i> ..	72
<i>C. Recht und Gerechtigkeit bei Aristoteles. Stadien aristotelischen Rechtsdenkens</i>	73
I. Recht und Gerechtigkeit in der <i>Nikomachische Ethik</i>	74
1. Das universelle und das partikulare Gerechte (<i>to nomimon</i> und <i>to ison</i>)	76
2. Die Elemente des politischen Gerechten. Juridisches Gerechtes, natürliches Gerechtes und ihr gegenseitiges Verhältnis	79
II. Die <i>Rhetorik</i> als Wiege aristotelischen Naturrechtsdenkens	81
1. Die Allgemeinheit des Gesetzes und die Rolle des Richters	82
2. Geschriebenes und ungeschriebenes Gesetz. Die <i>agraphoi nomoi</i> als Naturrecht der <i>Rhetorik</i> ?	83
3. Zum Zweck der <i>Rhetorik</i>	88
III. Das Gerechte der <i>Magna Moralia</i> als Ergänzung zur <i>Nikomachischen Ethik</i>	90
1. Das universelle und das partikulare Gerechte der <i>Nikomachischen Ethik</i> im Kontext der <i>Magna Moralia</i>	91

2. Natürliches und juridisches Gerechtes in der <i>Magna Moralia</i> . Zur Natürlichkeit der Rechtshändigkeit und zur Wandelbarkeit des natürlichen Gerechten	93
IV. Die Konzeption des Rechts in der <i>Politik</i>	95
1. Die Natürlichkeit der Polis und ihre Gerechtigkeit	96
2. Absolute Königsherrschaft und Herrschaft des Gesetzes. Die Einzelfallgerechtigkeit und die Gerechtigkeit der allgemeinen Regelung	98
3. Die beste Verfassung	102
D. Aristotelisches Naturrecht	103
I. Vereinnahmung des Aristoteles als Vater des Naturrechtsdenkens	104
1. Naturrechtliches Amalgam des Corpus Aristotelicum	104
2. Das Telos als Ausdruck des Naturrechts der <i>Nikomachischen Ethik</i> ...	106
II. „Positivistische“ Lesarten aristotelischer Rechtsphilosophie	107
1. Ein idealtypischer Naturrechtsbegriff als Ausgangspunkt	108
2. Aristoteles als Positivist?	110
a) Hans Kelsen	110
b) Bernard Yack	113
III. Das andere Naturrecht	115
E. Aristotelisches Naturrecht und aristotelische Billigkeit im Zwiespalt zwischen Maßstabs- und Systematisierungsfunktion	116
I. Die zwei Naturrechtsbegriffe des Aristoteles	116
II. Das aristotelische Billige als gesetzsimmanentes Billiges	118
§ 5 Das rationale Naturrecht des Thomas von Aquin	121
A. Konkurrierende Naturrechtskonzeptionen des Thomas von Aquin	126
I. Die aristotelische Gerechtigkeit bei Thomas von Aquin. Zum Gerechtigkeitstraktat der <i>Summa theologiae</i>	127
1. Gerechtigkeit und Billigkeit als Tugenden	127
2. Das aristotelische Billige bei Thomas	130
II. Gerechtigkeit und Billigkeit im Gesetz. Der Gesetzestraktat der <i>Summa theologiae</i>	132
1. Das Gesetz zwischen Vernunft und Polis	132
2. Die vier Arten des Gesetzes	134
a) Die <i>lex aeterna</i>	134
b) Die <i>lex naturalis</i>	136
c) Die <i>lex divina</i>	139
d) Die <i>lex humana</i>	142
aa) Das aristotelische <i>dikaion nomikon</i> in thomasischer Lesart ...	142
bb) Die Einpassung der <i>lex humana</i> in die naturrechtliche Normenhierarchie	144

3. Die thomasische <i>aequitas</i>	146
a) Die <i>aequitas</i> als Mittel zur Ausrichtung der <i>lex humana</i> auf die <i>lex naturalis</i>	146
b) Die <i>aequitas</i> als Mittel innerer Systematisierung der <i>lex naturalis</i> ..	149
B. Rational-hierarchisches Naturrecht und Islam	151
I. Der Triumph einer allein rationalen Aristoteleslektüre bei Thomas	151
II. Thomasisches Naturrecht und islamische Rechtstheorie	155

Dritter Teil: Genealogie islamischrechtlicher Billigkeit. Zu Entwicklung und Genese des *istiḥsān*

§ 6 Aristoteles und das islamische Recht	159
A. Der arabische Aristoteles	159
I. Die Übersetzungsbewegung in Bagdad und das Corpus Aristotelicum im arabischen Raum	160
II. Die Unterscheidung von nicht-islamischen und islamischen Wissenschaften und ihre Bedeutung für das Verhältnis von Philosophie und <i>uṣūl al-fiqh</i>	165
III. Mittelbare Einwirkung auf das islamische Recht durch fremdrechtliche Einflüsse	170
1. Die These von den fremdrechtlichen Wurzeln des islamischen Rechts	172
2. Das Interdependenzmodell	175
B. Islamisches Recht und Rationalität	178
I. Die Vernunft als Maßstab des islamischen Rechts. Aṣ'ariya und Mu'tazila	178
II. Zur inneren Rationalität des islamischen Rechts. Max Weber und Mohammed Arkoun	183
1. „Kadijustiz“ als Zerrbild des islamischen Rechts	183
2. Das islamische Recht als logozentrische Ordnung <i>par excellence</i>	186
3. (Aristotelische) Logik und islamische Rechtstheorie. Zur Rationalität der <i>uṣūl al-fiqh</i>	189
§ 7 Entwicklungslinien und -topoi islamischen Rechtsdenkens	195
A. Entwicklung und Quellen des islamischen Rechts	195
I. Aufgabe und Methode islamischer Rechtswissenschaft	195
II. Die Quellen des islamischen Rechts und ihre Entwicklung	197
1. Die konsentierten Rechtsquellen der <i>uṣūl al-fiqh</i>	199
a) Die Primärquellen des islamischen Rechts	199
b) Die Sekundärquellen des islamischen Rechts	203

aa) Der Konsens (<i>iğmā</i>)	203
bb) Analogie und nicht-analoge Argumentationsformen im <i>qiyās</i> ..	205
2. Die Entwicklung der Rechtsschulen	211
B. <i>Billigkeit in den uṣūl al-fiqh. Ein Überblick über istiḥsān und istiṣlāḥ</i>	216
I. Bedeutung, Geschichte und Funktion des <i>istiḥsān</i>	218
II. Bedeutung, Geschichte und Funktion des <i>istiṣlāḥ</i>	221
III. Zwischenfazit	222
§ 8 Die frühe Kritik des <i>istiḥsān</i> : „Wer im Wege des <i>istiḥsān</i> entscheidet, der setzt göttliches Recht.“	225
A. <i>Kritik am frühen istiḥsān durch aṣ-Ṣāfiʿī</i>	226
I. Das Subjekt des <i>istiḥsān</i>	228
II. Die Quellen des <i>istiḥsān</i>	231
B. <i>Zenit der Kritik</i>	232
I. Ibn Ḥazms Kritik an Konsens, <i>taqlid</i> und <i>qiyās</i>	233
II. Ibn Ḥazms Kritik des <i>istiḥsān</i> als Fortsetzung seiner Kritik des <i>qiyās</i>	235
III. Eine „positivistische“ Konzeption des islamischen Rechts	238
§ 9 Die Etablierung des <i>istiḥsān</i> in Auseinandersetzung mit der Kritik ..	241
A. <i>Irrelevanz der Schulzugehörigkeit mit Blick auf den istiḥsān</i>	242
I. Mālikitischer <i>istiḥsān</i> ?	242
1. Die These vom mālikitischen Sonderweg eines <i>maṣlaḥa</i> -basierten <i>istiḥsān</i>	242
2. Mālikitische Zugänge zum <i>istiḥsān</i> als Ausdruck des Zeitgeists	245
II. <i>Istiḥsān</i> und Ḥanbaliya	246
1. Mäandrierende Entwicklung innerhalb der Ḥanbaliya	246
2. Unhaltbarkeit schulspezifischer Zuschreibungen	248
B. <i>Aufgreifen der ṣāfiʿītischen Kritik am frühen istiḥsān</i>	249
I. Rückbindung des <i>istiḥsān</i> an einen schariatrechtlichen Indikator (<i>dalīl</i>) ..	249
II. Die primärrechtlichen Belege zugunsten des <i>istiḥsān</i>	251
III. Ein (fast) naturrechtliches Argument	253
IV. Die Legitimation des <i>istiḥsān</i> als Scheinproblem	255
§ 10 Typologie und Strukturierung des <i>istiḥsān</i>	259
A. <i>Die verschiedenen Typen islamischrechtlicher Billigkeit</i>	259
I. Der frühe <i>istiḥsān</i>	261
1. Abū Ḥanīfas Ehebrecher	262
2. Die erste Definition	264

3. Erste Kategorisierungen	265
a) Die frühe Ḥanafīya	265
aa) Al-Ğaṣṣāš	265
(1) Der <i>istiḥsān</i> zur Bestimmung eines Maßes	266
(2) Der <i>istiḥsān</i> als Überwindung eines <i>qiyās</i>	266
bb) Ad-Dabūsī	269
b) <i>Istiḥsān</i> und Mu‘tazila	271
II. Der <i>istiḥsān</i> der islamischen Orthodoxie	276
B. Die klassische Kategorienlehre des <i>istiḥsān</i>	277
I. Ein von allen Rechtsschulen gleichermaßen anerkannter <i>istiḥsān</i> :	
Die implizite Ermächtigung des Richters	278
II. Der <i>istiḥsān</i> als Ausnahme (<i>istiḥsān al-istiṭnāʾ</i>)	279
1. <i>Istiḥsān</i> aufgrund einer Primärrechtsnorm	279
a) Der <i>istiḥsān</i> durch den Koran	280
b) Der <i>istiḥsān</i> durch die Sunna	280
2. <i>Istiḥsān</i> aufgrund von Konsens	283
3. <i>Istiḥsān</i> aufgrund von Notwendigkeit (<i>ḍarūra</i>)	285
III. <i>Istiḥsān</i> zur Lösung einer Normenkonkurrenz auf	
Sekundärrechtsebene. <i>Istiḥsān</i> als <i>qiyās</i>	286
1. Die Anfänge des Kollisionsmodells	289
a) Al-Bāğī	289
b) Abū Ya‘lā	291
2. Die Etablierung des Kollisionsmodells durch die und in der Ḥanafīya	292
C. Die Teleologisierung und Systematisierung der uṣūl al-fiqh durch den	
<i>istiḥsān al-qiyās</i>	295
I. Begründungstopoi des <i>istiḥsān al-qiyās</i>	295
1. Die Rolle des Zwecks. Zum Argument des <i>maqṣūd biḥ</i> beim Gebet ...	296
2. Nicht- <i>maqṣūd</i> -bezogene teleologische Begründungen des <i>istiḥsān</i>	298
3. Nicht-teleologische Begründungskonzepte für die Umkehrung der	
epistemischen Normenhierarchie	300
II. Der <i>istiḥsān</i> als richtige oder nur mögliche Lösung?	302
§ 11 Wandel der Kritik des <i>istiḥsān</i>	305
A. Zunehmende Kraftlosigkeit der fundamentalen Kritik am <i>istiḥsān</i>	305
I. Auseinandersetzung mit einem Gespenst – die ritualisierte Ablehnung	
des <i>raʾy</i>	306
II. Anerkennung eines „rechtmäßigen <i>istiḥsān</i> “	308
B. Neuausrichtung der Kritik	309

§ 12 Billigkeitserwägungen bei der Bestimmung des Rechtsgrunds.	
<i>Istiḥsān als taḥṣiṣ al-ʿilla</i>	313
A. Spezialisierung (taḥṣiṣ) als Lösung von Normenkonflikten	316
B. Erste Theoretisierungsversuche der Spezialisierung des Rechtsgrundes	319
I. Ad-Dabūsī	319
II. Das muʿtazilitische Zeichenmodell und die Spezialisierung der Rechtsgründe	321
III. Zurückweisung der Beschränkung auf die Spezialisierung normierter Rechtsgründe	323
IV. Weil Abraham nicht brannte. Die Spezialisierung des Rechtsgrundes als göttliche Intervention	325
V. Bemühungen um weitere Systematisierung	326
C. Ablehnung der Spezialisierung des (hergeleiteten) Rechtsgrundes	328
I. Befürworter des <i>istiḥsān</i> gegen die Spezialisierung des Rechtsgrundes ..	329
1. Abū Yaʿlā	329
2. Die ḥanafitische Kritik an der Lehre von der Spezialisierung des Rechtsgrundes	331
a) Al-Bazdawī	331
b) As-Saraḥsī	333
II. Die Kritik an der Spezialisierung des Rechtsgrundes als Kritik am <i>istiḥsān</i>	334
1. As-Samʿānī	334
a) Kritik am Zeichenmodell und an der Gleichbehandlung normierter und hergeleiteter Rechtsgründe	336
b) Zur Untrennbarkeit von Rechtsgrund und Rechtsfolge	339
2. Ar-Rāzī	340
D. Rekonzeptualisierung des <i>istiḥsān</i> als Spezialisierung des Rechtsgrundes durch Ibn Taimīya	343
I. Zusammenfallen von <i>istiḥsān</i> und Spezialisierung des Rechtsgrundes ...	344
II. Der richtige (<i>ṣaḥīḥ</i>) Rechtsgrund als Ausgangspunkt eines jeden <i>qiyās</i> ..	345
§ 13 Billigkeit und das allgemeine Wohl. Zum Verhältnis von <i>istiḥsān</i> und <i>maṣlaḥa</i>	349
A. Anfänge der <i>maṣlaḥa</i> als Rechtsquelle. Zur Integration der <i>maṣlaḥa</i> in den <i>qiyās</i>	351
I. Al-Ġuwainī	351
II. Al-Ġazālī	352
1. <i>Maṣlaḥa</i> und <i>maqāṣid</i>	353
2. <i>Maṣlaḥa</i> und Rechtsgrund	354

III. Ar-Rāzī	356
IV. Al-Qarāfī	357
B. Die Extremposition: Aṭ-Ṭufīs maṣlaḥa als Naturrecht	358
C. Die maṣlaḥa mursala	360
I. Al-Ġazālīs Apologie der maṣlaḥa mursala	361
II. Die Ablehnung der maṣlaḥa mursala	362
D. Maṣlaḥa und istiḥsān. Zur Überflüssigkeit des istiḥsān nach aṣ-Ṣāṭibī	363
I. Die Zentralität der maṣlaḥa bei aṣ-Ṣāṭibī	364
II. Zum Verhältnis von maṣlaḥa und istiḥsān	365
1. Istiḥsān, maṣlaḥa mursala und bid'a	365
2. Die Überflüssigkeit des zulässigen und die Unzulässigkeit des willkürlichen istiḥsān	367
a) Der überflüssige istiḥsān	368
b) Der unzulässige istiḥsān	369
3. Die Integration von Elementen des istiḥsān in die maṣlaḥa	370
E. Zwischenfazit	370

Vierter Teil: Der istiḥsān als Ausdruck eines islamischen teleologischen Naturrechtsdenkens

§ 14 Der istiḥsān al-qiyās als Umkehrung der epistemischen Normenhierarchie der uṣūl al-fiqh	375
A. Eine zweite Normenhierarchie: Die Rolle der Epistemologie für die islamischrechtliche Norm	375
I. Nicht-dualistische Elemente der epistemischen Normenhierarchie	376
II. Dualistische Elemente der epistemischen Normenhierarchie im islamischen Recht. Eine Annäherung an ḥafī und ḡalī	380
1. Ḥaqīqa und maḡāz	381
2. Ḍāhir und bāṭin	382
3. Ḥāfī und ḡalī	385
4. Qaṭī und ḡannī	387
B. Der istiḥsān al-qiyās als Umkehrung der epistemischen Normenhierarchie der uṣūl al-fiqh	387
I. Die Abwägung (tarḡīḥ)	388
II. Der spezialisierte Rechtsgrund als Ausdruck der epistemischen Umkehrung	389

§ 15 Die Teleologie des <i>istiḥsān al-qiyās</i> als teleologisches Naturrecht ..	391
A. Epieikeia und <i>istiḥsān al-qiyās</i>	392
B. Teleologisches Naturrecht und <i>istiḥsān</i> . Telos und Souveränität als <i>grundlegende Begründungstopoi islamischrechtlicher Billigkeit</i>	393
I. Teleologisches Naturrecht und Systemdenken	394
1. Naturrechtliche Dimension des islamischen Rechts	394
2. Entfaltung des teleologischen Naturrechts in Analogie und <i>qiyās</i>	395
II. <i>Istiḥsān</i> und Telos	398
1. Die teleologische Grundlage des <i>istiḥsān</i>	398
a) Billigkeit als Wunder	399
b) Billigkeit als Telos	400
2. Das Telos des <i>istiḥsān</i> in Abgrenzung von den <i>maqāṣid aš-šarīa</i> und der einzelnen <i>‘illa</i> . Zum Systemdenken im <i>istiḥsān</i>	401
III. Die Spezialisierung des Rechtsgrundes und ihre lateinische Schwester <i>cessante causa cessat lex</i>	403
IV. Gemeinschaftsbezogenheit von <i>epieikeia</i> und <i>istiḥsān</i>	405
§ 16 Ausblick	409
A. Die Anfänge der Systematisierung des islamischen Rechts	409
B. Das Fortleben des <i>istiḥsān</i> über den Untersuchungszeitraum hinaus	410
C. Billigkeit und Naturrecht im lateinischen Mittelalter	412
English Summary	415
Die Schulen des islamischen Rechts	418
Übersicht über die ausgewerteten Autoren	420
Glossar	424
I. Arabische Termini	424
II. Altgriechische Termini	427
III. Lateinische Termini	428
Personenverzeichnis	430
Literaturverzeichnis	457
Namen- und Sachregister	507