

# 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>istihsān</i> im positivistischen Recht? .....	54
II. Nicht-naturrechtliche Lesarten von <i>istihsān</i> und <i>istiṣlāh</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 Antigone .....	70
II. Das Billige als Telos. Zum Billigkeitsdenken der <i>Nikomachischen Ethik</i> ..	72
<i>C. Recht und Gerechtigkeit bei Aristoteles. Studien 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
<i>D. Aristotelisches Naturrecht</i> .....	103
I. Vereinnahmung des Aristoteles als Vater des Naturrechtsdenkens .....	104
1. Naturrechtliches Amalgam des <i>Corpus Aristotelicum</i> .....	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
<i>E. Aristotelisches Naturrecht und aristotelische Billigkeit im Zwiespalt</i>	
zwischen Maßstabs- und Systematisierungsfunktion .....	116
I. Die zwei Naturrechtsbegriffe des Aristoteles .....	116
II. Das aristotelische Billige als gesetzesimmanentes Billiges .....	118
<i>§ 5 Das rationale Naturrecht des Thomas von Aquin</i> .....	121
<i>A. Konkurrierende Naturrechtskonzeptionen des Thomas von Aquin</i> .....	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 thomatischer Lesart ..	142
bb) Die Einpassung der <i>lex humana</i> in die naturrechtliche	
Normenhierarchie .....	144

3. Die thomatische <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>B. Rational-hierarchisches Naturrecht und Islam</b> .....	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 <i>istihsān</i>	
<b>§ 6 Aristoteles und das islamische Recht</b> .....	159
<b>A. Der arabische Aristoteles</b> .....	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>B. Islamisches Recht und Rationalität</b> .....	178
I. Die Vernunft als Maßstab des islamischen Rechts. As‘arīya 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
<b>§ 7 Entwicklungslinien und -topoi islamischen Rechtsdenkens</b> .....	195
<b>A. Entwicklung und Quellen des islamischen Rechts</b> .....	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>B. Billigkeit in den usūl al-fiqh. Ein Überblick über <i>istihsān</i> und <i>istiṣlāh</i> ..</b>	<b>216</b>
I. Bedeutung, Geschichte und Funktion des <i>istihsān</i> .....	218
II. Bedeutung, Geschichte und Funktion des <i>istiṣlāh</i> .....	221
III. Zwischenfazit .....	222
<b>§ 8 Die frühe Kritik des <i>istihsān</i>: „Wer im Wege des <i>istihsān</i> entscheidet, der setzt göttliches Recht.“ ..</b>	<b>225</b>
<b>A. Kritik am frühen <i>istihsān</i> durch aš-Šāfiī ..</b>	<b>226</b>
I. Das Subjekt des <i>istihsān</i> .....	228
II. Die Quellen des <i>istihsān</i> .....	231
<b>B. Zenit der Kritik ..</b>	<b>232</b>
I. Ibn Hazms Kritik an Konsens, <i>taqlīd</i> und <i>qiyās</i> .....	233
II. Ibn Hazms Kritik des <i>istihsān</i> als Fortsetzung seiner Kritik des <i>qiyās</i> ..	235
III. Eine „positivistische“ Konzeption des islamischen Rechts .....	238
<b>§ 9 Die Etablierung des <i>istihsān</i> in Auseinandersetzung mit der Kritik ..</b>	<b>241</b>
<b>A. Irrelevanz der Schulzugehörigkeit mit Blick auf den <i>istihsān</i> ..</b>	<b>242</b>
I. Mālikitischer <i>istihsān</i> ? .....	242
1. Die These vom mālikitischen Sonderweg eines <i>maṣlaḥa</i> -basierten <i>istihsān</i> .....	242
2. Mālikitische Zugänge zum <i>istihsān</i> als Ausdruck des Zeitgeists .....	245
II. <i>Istihsān</i> und Ḥanbaliyya .....	246
1. Māandrierende Entwicklung innerhalb der Ḥanbaliyya .....	246
2. Unhaltbarkeit schulspezifischer Zuschreibungen .....	248
<b>B. Aufgreifen der ṣāfiītischen Kritik am frühen <i>istihsān</i> ..</b>	<b>249</b>
I. Rückbindung des <i>istihsān</i> an einen schariatrechtlichen Indikator ( <i>dalīl</i> ) ..	249
II. Die primärrechtlichen Belege zugunsten des <i>istihsān</i> .....	251
III. Ein (fast) naturrechtliches Argument .....	253
IV. Die Legitimation des <i>istihsān</i> als Scheinproblem .....	255
<b>§ 10 Typologie und Strukturierung des <i>istihsān</i> ..</b>	<b>259</b>
<b>A. Die verschiedenen Typen islamischrechtlicher Billigkeit ..</b>	<b>259</b>
I. Der frühe <i>istihsān</i> .....	261
1. Abū Ḥanifas Ehebrecher .....	262
2. Die erste Definition .....	264

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

## § 12 Billigkeitserwägungen bei der Bestimmung des Rechtsgrunds.

<i>Istihsān</i> als <i>tahṣīṣ al-illa</i> .....	313
<i>A. Spezialisierung (tahṣīṣ) als Lösung von Normenkonflikten</i> .....	316
<i>B. Erste Theoretisierungsversuche der Spezialisierung des Rechtsgrundes</i> .....	319
I. Ad-Dabūsī .....	319
II. Das mu'tazilitische 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
<i>C. Ablehnung der Spezialisierung des (hergeleiteten) Rechtsgrundes</i> .....	328
I. Befürworter des <i>istihsān</i> gegen die Spezialisierung des Rechtsgrundes ..	329
1. Abū Ya'lā .....	329
2. Die hanafitische 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>istihsān</i> .....	334
1. As-Sam'ānī .....	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
<i>D. Rekonzeptualisierung des istihsān als Spezialisierung des Rechtsgrundes durch Ibn Taimīya</i> .....	343
I. Zusammenfallen von <i>istihsān</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 *istihsān* und *maṣlaḥa* .....

<i>A. Anfänge der maṣlaḥa als Rechtsquelle. Zur Integration der maṣlaḥa in den qiyās</i> .....	349
I. Al-Ǧuwainī .....	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
<i>B. Die Extremposition: At-Tūfīs maṣlaḥa als Naturrecht</i> .....	358
<i>C. Die maṣlaḥa mursala</i> .....	360
I. Al-Ġazālīs Apologie der <i>maṣlaḥa mursala</i> .....	361
II. Die Ablehnung der <i>maṣlaḥa mursala</i> .....	362
<i>D. Maṣlaḥa und istihsān. Zur Überflüssigkeit des istihsān nach aš-Šāṭibī</i> .....	363
I. Die Zentralität der <i>maṣlaḥa</i> bei aš-Šāṭibī .....	364
II. Zum Verhältnis von <i>maṣlaḥa</i> und <i>istihsān</i> .....	365
1. <i>Istihsān, maṣlaḥa mursala</i> und <i>bid'a</i> .....	365
2. Die Überflüssigkeit des zulässigen und die Unzulässigkeit des willkürlichen <i>istihsān</i> .....	367
a) Der überflüssige <i>istihsān</i> .....	368
b) Der unzulässige <i>istihsān</i> .....	369
3. Die Integration von Elementen des <i>istihsān</i> in die <i>maṣlaḥa</i> .....	370
<i>E. Zwischenfazit</i> .....	370

Vierter Teil: Der *istihsān* als Ausdruck eines islamischen teleologischen Naturrechtsdenkens

<b>§ 14 Der <i>istihsān al-qiyās</i> als Umkehrung der epistemischen Normenhierarchie der <i>uṣūl al-fiqh</i></b> .....	375
<i>A. Eine zweite Normenhierarchie: Die Rolle der Epistemologie für die islamischrechtliche Norm</i> .....	375
I. Nicht-dualistische Elemente der epistemischen Normenhierarchie .....	376
II. Dualistische Elemente der epistemischen Normenhierarchie im islamischen Recht. Eine Annäherung an <i>ḥāfi</i> und <i>ḡalī</i> .....	380
1. <i>Haqīqa</i> und <i>mağāz</i> .....	381
2. <i>Zāhir</i> und <i>bāṭin</i> .....	382
3. <i>Hāfi</i> und <i>ḡalī</i> .....	385
4. <i>Qaṭī</i> und <i>zannī</i> .....	387
<i>B. Der istihsān al-qiyās als Umkehrung der epistemischen Normenhierarchie der uṣūl al-fiqh</i> .....	387
I. Die Abwägung ( <i>targīḥ</i> ) .....	388
II. Der spezialisierte Rechtsgrund als Ausdruck der epistemischen Umkehrung .....	389

§ 15 Die Teleologie des <i>istihsān al-qiyās</i> als teleologisches Naturrecht ..	391
A. Epieikeia und <i>istihsān al-qiyās</i> .....	392
B. <i>Teleologisches Naturrecht und istihsān. Telos und Souveränität als 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>Istihsān</i> und <i>Telos</i> .....	398
1. Die teleologische Grundlage des <i>istihsān</i> .....	398
a) Billigkeit als Wunder .....	399
b) Billigkeit als <i>Telos</i> .....	400
2. Das <i>Telos</i> des <i>istihsān</i> in Abgrenzung von den <i>maqāṣid aš-ṣarī'a</i> und der einzelnen <i>illa</i> . Zum Systemdenken im <i>istihsān</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>istihsān</i> .....	405
§ 16 Ausblick .....	409
A. <i>Die Anfänge der Systematisierung des islamischen Rechts</i> .....	409
B. <i>Das Fortleben des istihsān über den Untersuchungszeitraum hinaus</i> .....	410
C. <i>Billigkeit und Naturrecht im lateinischen Mittelalter</i> .....	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