

# Islamic Banking and Finance in Deutschland

Die effektive gerichtliche Durchsetzung  
islamkonformer Investitions- und  
Finanzierungsgeschäfte

von

Tim Hinrichsen

Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultät  
der Universität Passau

**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

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

<http://dnb.de> abrufbar.

ISBN: 978-3-8005-1681-0

**dfv** Mediengruppe

© 2018 Deutscher Fachverlag GmbH, Fachmedien Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main  
[www.ruw.de](http://www.ruw.de)

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

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

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

# Teil 1: Islamisches Recht und Islamic Finance – eine Einführung

## A. Das islamische Recht

*Scharia* und *islamisches Recht* – zwei Begriffe, die besonders im Westen, vollkommen unbedacht und geradezu selbstverständlich, zumeist synonym verwendet werden. Doch ist die Scharia tatsächlich mit dem islamischen Recht gleichzusetzen? Wichtig ist zunächst, dass hierbei von einem Verständnis von Recht nach klassischen westlichen Maßstäben Abstand genommen werden muss. Denn auch das, was der Muslim tatsächlich als das islamische Recht ansieht – es wird sich noch zeigen, was genau das ist –, ist nicht oder nicht in vollem Umfang Recht in diesem Sinne. Was nun die Scharia betrifft, lässt ohne eine genauere Begriffsbestimmung bereits ein Blick auf die Themenkomplexe, die sie berührt, erahnen, dass es sich hierbei jedenfalls nicht um Recht nach herkömmlicher Deutung handelt: So umfasst die Scharia neben solchen Materien wie dem Vertrags-, Familien-, Erb- oder auch Strafrecht (den zwischenmenschlichen Beziehungen, *mu'āmalāt*) etwa auch die (weitläufig bekannten) Vorschriften zum täglichen fünfmaligen Ritualgebet (*ṣalāt*) oder die islamischen Verbote bestimmter Speisen und Getränke (*'ibādāt*, nur das Verhältnis des Menschen zu Gott [*Allāh*] betreffend).<sup>1</sup> Neben einer genuin rechtlichen ist also zumindest auch eine religiöse Seite erkennbar.<sup>2</sup>

Der Unterschied zwischen rechtlichen und religiösen Regelungen ist nun nach westlicher Tradition insbesondere im Sanktionssystem zu suchen: Während Rechtsnormen maßgeblich durch ihre irdische Ordnungsfunktion geprägt sind und sich daher gerade durch ihre diesseitige Durchsetzbarkeit auszeichnen, ziehen religiöse Vorschriften regelmäßig lediglich jenseitige Konsequenzen nach sich.<sup>3</sup> Für die Scharia, die jedwedes menschliche Tun einer Beurteilung unterzieht, zeigt sich in diesem Zusammenhang folgendes Bild: Zwar kennt die Scharia auf der einen Seite die zumindest auch weltlichen Kategorien »geboten« (*wāğib*) bzw. »Pflicht« (*fard*), »erlaubt« (*mubāḥ*) und »verboten« (*ḥarām*), wobei etwa eine verbotene Handlung (neben jenseitigen Folgen) im Zivilrecht die Rechtsfolge der Nichtigkeit oder im Strafrecht eine Gefängnisstrafe nach

<sup>1</sup> Kamali, Islam Q 33 (1989), 215 (217); Rohe, S. 9. Genauer zur Aufteilung Nagel, S. 37 f. Zur Unterscheidung zwischen *mu'āmalāt* und *'ibādāt* im Kontext des Islamic Finance s. auch Moghul/Ahmed, Fordham Int'l L.J. 27 (2003), 150 (163 ff.).

<sup>2</sup> Vgl. Kamali, Islam Q 33 (1989), 215 (217 f.).

<sup>3</sup> Vgl. Adolphsen/Schmalenberg, SchiedsVZ 2007, 57 (61); Rohe, S. 9 f.

sich ziehen kann.<sup>4</sup> Dem stehen jedoch auf der anderen Seite die rein jenseitsgerichteten Wertungen »empfohlen« (*mandūb*, *mustahabb*) und »missbilligt« (*makrūh*) gegenüber, die einer diesseitigen Sanktionsbewährtheit zumeist entbehren.<sup>5</sup> Wer als Muslim beispielsweise das Pflichtgebet (*ṣalāt*) zwar verrichtet, aber nicht in der durch die Scharia vorgegebenen Form,<sup>6</sup> ist zwar ein Sünder,<sup>7</sup> hat aber im Diesseits keine Strafe zu befürchten. Vergleichbare Bestimmungen, wie sie einen großen Teil der Scharia ausmachen, können demnach nach westlicher Abgrenzung nicht als Rechtsnormen bezeichnet werden. Es kann mithin in der Tat konstatiert werden, dass es sich bei der Scharia nicht oder zumindest nur zum Teil um Recht nach herkömmlicher Lesart handelt.<sup>8</sup>

Doch auch nach muslimischem Verständnis ist die Scharia nicht ohne Weiteres mit dem islamischen Recht gleichzusetzen. Wörtlich bezeichnet der Begriff *Scharia* in etwa den »Weg zur Tränke«,<sup>9</sup> verstanden als »nie versiegende [...] Wasserstelle im ausgedörrten Land«. <sup>10</sup> Im hiesigen Zusammenhang, gleichsam als Fachterminus, ist die Bedeutung freilich eine andere, doch deutet diese Wortherkunft bereits auf die über jene einer bloßen *Rechtsordnung* hinausgehende Tragweite des Begriffes hin. So meint *Scharia* im »technischen« Sinn die von Gott vorgegebene Ordnung für das menschliche Verhalten,<sup>11</sup> die »Gesamtheit der göttlichen Beurteilungen menschlicher Handlungen«. <sup>12</sup> All das ist freilich schwer fassbar,<sup>13</sup> doch ist die Scharia jedenfalls mehr als bloßes Recht. Das nicht, weil sie auch die Materien des *ʿibādāt* mit einschließt – denn auch diese sind zumindest nach islamischer Denkart *Recht* –, sondern, weil sie die umfassende Art eines Muslims zu leben darstellt, mithin alles, was ihn ausmacht, ihn

4 All das trifft freilich nur auf *geltendes* islamisches Recht zu. Heute ist dazu in aller Regel die Entscheidung einer staatlichen Autorität, das islamische Recht (auf dem eigenen Territorium) für verbindlich zu erklären, erforderlich. Die damit verbundenen völkerrechtlichen Fragestellungen sollen vorliegend nicht vertieft werden. Zum islamischen Recht als Bestandteil heutiger staatlicher Rechtsordnungen ausführlich unten Teil 2 B. III.

5 Vgl. *Kamali*, Islam Q 33 (1989), 215 (218); *Kettel*, S. 22; *Lohlker*, Islam, S. 66 f.; *Rohe*, S. 9 f. Umfassend zu den einzelnen Kategorien *Bhala*, S. 322 ff.; *Kischel*, § 10 Rn. 74 ff.; *Nagel*, S. 25 ff. Knapper *Schacht*, S. 120 ff. Ebenso im Kontext des Islamic Finance *Eisenberg*, in: *Nethercott/Eisenberg*, Rn. 2.56; *Vogel/Hayes*, S. 41 f.

6 Dazu im Einzelnen *Bhala*, S. 356 ff.

7 *Reidegeld*, S. 244.

8 So auch *Adolphsen/Schmalenberg*, *SchiedsVZ* 2007, 57 (61); *Kischel*, § 10 Rn. 6 und 75; *Lohlker*, *Islamisches Recht*, S. 15; *Rohe*, S. 9.

9 Vgl. etwa *Halm*, S. 76; *Kamali*, Islam Q 33 (1989), 215; *Rohe*, S. 9.

10 *Nagel*, S. 4.

11 Vgl. nur *Kamali*, Islam Q 33 (1989), 215; *Lohlker*, *Islamisches Recht*, S. 15; *Elger-C. Müller*, »Scharia«, S. 283.

12 *Lohlker*, *Islamisches Recht*, S. 101.

13 Nach *Lohlker*, *Islamisches Recht*, S. 15, ist die Scharia ohnehin »nicht zur Gänze von Menschen erfassbar«.

prägt und von Nichtmuslimen unterscheidet.<sup>14</sup> Die Scharia ist also zwar auch, aber eben nicht nur Recht; vielmehr *beruht* das islamische Recht maßgeblich auf der Scharia.

Gleichwohl darf nicht darüber hinweggesehen werden, dass der Terminus der *Scharia* in der Tat auch im islamischen Raum oftmals schlicht für das islamische Recht verwendet wird. Dies rührt daher, dass sich mit der Zeit eine zweite, engere Bedeutung des Begriffes herausgebildet hat, die die Scharia auf ihre rechtlichen Aspekte reduziert.<sup>15</sup> Wenn also etwa Art. 2 der ägyptischen Verfassung (zugegebenermaßen reichlich undurchsichtig) bestimmt: »Die Prinzipien der Scharia sind die Hauptquelle der Gesetzgebung«,<sup>16</sup> so ist das in diesem Lichte zu sehen. Ebenso ist der Begriff auch zu verstehen, wenn er im Folgenden – im Einklang mit der in der islamischen Finanzwirtschaft vorherrschenden Praxis – verwendet wird. Nichtsdestotrotz ist die Scharia auch nach diesem Verständnis noch kein Gesetzbuch, das sich einfach lesen, keine Rechtsordnung, die sich einfach anwenden lässt. Sie ist »ein höchst komplexes System von Normen und Regeln dafür, wie Normen aufgefunden und interpretiert werden können«,<sup>17</sup> mithin eine »lebendige Methode«.<sup>18</sup> Egal, wie man die Scharia auch verstehen mag, verbleibt somit stets die Notwendigkeit der Deduktion in praxi anwendbarer Rechtssätze, ehe tatsächlich von Recht gesprochen werden kann.

Nach alledem ist es richtigerweise nicht der Begriff der *Scharia*, der mit *Recht* gleichzusetzen ist (oder dem zumindest am nächsten kommt), sondern ein anderer: der des *fiqh*.<sup>19</sup> Der *fiqh* bezeichnet die islamische Rechtswissenschaft und damit – stark vereinfacht – den menschlichen Umgang mit den göttlichen Bestimmungen der Scharia,<sup>20</sup> »das Ergebnis der menschlichen Anstrengungen, die

14 *Reidegeld*, S. 105. Vgl. auch *Bhala*, S. xxii (»the *Sharī'a* is an entire way of life linked to Allāh«).

15 Vgl. *Eisenberg*, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.04; *Rohe*, S. 15. In diesem Sinne ist sodann auch die Verwendung des Begriffes etwa bei *Nagel*, S. 4 ff. (»von Gott gesetztes Recht«), oder *Halm*, S. 76 ff. (»Gesetz«), zu verstehen.

16 Dazu ausführlich *Flores*, in: Ende/Steinbach, S. 477 (479 ff.). Zur Tragweite dieser und entsprechender Klauseln anderer muslimisch geprägter Staaten *Kischel*, § 10 Rn. 141 ff.

17 *Rohe*, S. 16.

18 *Halm*, S. 77.

19 So auch *Reidegeld*, S. 105, der *fiqh* schlicht mit »Recht« übersetzt. Nach *Lohlker*, *Islamisches Recht*, S. 16, ist der *fiqh* der »Bereich Scharia-begründeten Denkens, der Recht im europäischen Verständnis am nächsten kommt«. S. auch *Eisenberg*, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.04, der den Begriff *Scharia* in seinem engen Verständnis (dazu soeben im Text) als gleichbedeutend mit dem des *fiqh* ansieht.

20 Ähnlich *Bhala*, S. 288; *Kamali*, *Islam Q 33* (1989), 215 (216); *Nagel*, S. 6.

Scharia zu ergründen<sup>21</sup> Während die Scharia gottgegeben ist, ist der *fiqh* also allein auf menschliches Geschick zurückzuführen.<sup>22</sup> Bereits der Verweis auf die Scharia als Ganze macht indes deutlich, dass auch hierbei von *Recht* nach traditionell westlichem Verständnis nicht die Rede sein kann.<sup>23</sup> Gleichwohl wird der *fiqh* auch im Islam dem *kalām*, der »Theologie«, gegenübergestellt. Zwar beschäftigen sich beide Disziplinen mit der Scharia, doch während es Aufgabe der Religionsgelehrten/Theologen (*‘ulamā’*, Sing. *‘ālim*) ist, religiöse Grundsatzfragen (*uṣūl ad-dīn*; »Grundlagen der Religion«) zu beantworten, befassen sich die Rechtsgelehrten/Juristen (*fuqahā’*, Sing. *faqīh*) mit der Beurteilung für den Alltag bedeutsamer, konkreter Einzelfragen (*ḥawādiṭ al-furū’*).<sup>24</sup> Ziel des *fiqh* ist es mithin, mithilfe eines komplexen Methodenkanons, der *uṣūl al-fiqh* (»Wurzeln des Rechts«), aus den in den allermeisten Fällen zunächst wenig aussagekräftigen (Rechts-)Quellen der Scharia solche Rechtssätze (*aḥkāṃ*, Sing. *ḥukm*) zu formen, die die Lösung einer individuellen Rechtsfrage erlauben.<sup>25</sup> Diese Anwendung des Rechts in der Praxis wird sodann als *furū’ al-fiqh* (»Verzweigungen des Rechts«) bezeichnet.

Die Rechtsquellen- und Rechtsfindungslehre der *uṣūl al-fiqh* ist es zugleich, bei der am ehesten von *einem* einheitlichen islamischen Recht gesprochen werden kann; so findet sich hier eine Reihe weitgehend unumstößlicher Grundsätze, über die zumindest annähernd Einigkeit herrscht.<sup>26</sup> Im Übrigen ist das islamische Recht hingegen geprägt von einer weitreichenden Meinungspluralität (*iḥtilāf*) unter den Rechtsgelehrten, welche eine Vielzahl sich nicht selten diametral widersprechender Lösungsvorschläge hervorbringt. Dieser Zustand geht auf die konfessionelle Spaltung des Islam in eine sunnitische Mehrheit und eine schiitische Minderheit zurück, die im 7. Jahrhundert aus Streitigkeiten über die Nachfolge des verstorbenen Propheten *Mohammed* (arab. *Muḥammad*) in die Rolle des politischen Anführers der muslimischen Gemeinschaft erwuchs. Während die meisten Muslime sich für eine Wahl des Kalifen (*ḥalīfa*; »Nachfolger«, »Stellvertreter«) aus ihrer Mitte aussprachen, hatte der Prophet nach Ansicht der Schiiten, der »Partei (*ṣī’a*) *‘Alīs*«, kurz vor seinem Tod seinen Vetter und Schwiegersohn *‘Alī ibn Abī Ṭālib* als seinen Nachfolger auserkoren

21 *Lohlker*, Islamisches Recht, S. 15. Ähnlich *Bälz*, in: *Kozali/Salama/Thabti*, S. 111 mit Fn. 2; *Thabti*, in: *Kozali/Salama/Thabti*, S. 7.

22 Vgl. *Ebert*, in: *Ebert/Thießen*, S. 46 (60); *Kamali*, *Islam Q* 33 (1989), 215 (216); *Kischel*, § 10 Rn. 8.

23 *Lohlker*, Islamisches Recht, S. 15.

24 *Nagel*, S. 7 f.; *Rohe*, S. 13 f.

25 Vgl. *Lohlker*, Islamisches Recht, S. 16; *Kischel*, § 10 Rn. 7. Zu dieser Methodik noch unten Teil I A. I.

26 *Rohe*, S. 6.

und dadurch die Erblichkeit des Kalifats unter seinen Nachkommen konstituiert.<sup>27</sup>

Zwar stellen die Sunniten stets die überwältigende Mehrheit der Gläubigen, doch gehören auch heute weiterhin ca. zehn bis 13 Prozent der Muslime der schiitischen Glaubensrichtung an.<sup>28</sup> Die bei Weitem zahlenstärkste Gruppe der Schiiten bildet die Zwölferschia, deren geografische Schwerpunkte im Iran, Irak sowie in Pakistan und Indien liegen.<sup>29</sup> Von den Sunniten unterscheiden sich die Zwölferschiiiten insbesondere durch die Imamatslehre, die eine Reihe von zwölf Imamen (arab. *Imām*), allesamt Mitglieder respektive Nachfahren der Prophetenfamilie, als direkte Nachfolger *Mohammeds* und somit einzige legitime Oberhäupter der Glaubensgemeinschaft annimmt.<sup>30</sup> Während die ersten elf Imame als Märtyrer gestorben seien,<sup>31</sup> lebt der zwölfte Imam *Muhammad al-Mahdī* nach schiitischem Glauben im Verborgenen (*ḡaiba*) fort, um eines Tages als Messias (*mahdī*; »Rechtgeleiteter«) zurückzukehren und die Welt von Krieg und Ungerechtigkeit zu befreien. Währenddessen wird der Imam von den Glaubensgelehrten (*muḡtahidūn*, Sing. *muḡtahid*) vertreten, welche als Einzige als zur Auslegung des Rechts befähigt, im Gegensatz zu den Imamen, deren Aussagen und Handeln Überlieferungen der schiitische Islam als zusätzliche Rechtsquelle anerkennt,<sup>32</sup> allerdings keineswegs als unfehlbar gelten.<sup>33</sup>

Auch innerhalb der beiden Strömungen des Islam entwickelte sich indes kein jeweils einheitliches Gelehrtenrecht. Vielmehr erfuhr die islamische Rechtswissenschaft bereits in ihrer Frühzeit<sup>34</sup> eine Institutionalisierung, die eine noch weiter gehende Aufspaltung zur Folge hatte. Seit der zweiten Hälfte des 8. Jahrhunderts war es einigen vereinzelt Vordenkern gelungen, eine beachtliche Zahl von Schülern um sich zu scharen, welche ihre Lehren nicht nur über ihren Tod hinaus weitertrugen und fortentwickelten, sondern bald auch damit began-

27 Ein knapper historischer Abriss dieses Schismas findet sich etwa bei *Eisenberg*, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.34 f.; *Kischel*, § 10 Rn. 38; *Radtke*, in: Ende/Steinbach, S. 55 ff.; *Rohe*, S. 24 ff.

28 Vgl. Pew, Mapping the Global Muslim Population, S. 8. Andere Schätzungen gehen von einem Anteil von bis zu 20 Prozent aus, so etwa *Heine*, S. 202.

29 Pew, Mapping the Global Muslim Population, S. 8.

30 Zur Imamatslehre *Donaldson*, *The Moslem World* 21 (1931), 14 ff.

31 Dabei wird unter Schiiten vor allem dem Martyrium des dritten Imams *Husain*, des Sohnes *Alīs* und Enkels des Propheten, in großen Trauerfeiern am Zehnten des Monats *Muḡarram*, des ersten Monats des islamischen Kalenders, gedacht; vgl. *Bhala*, S. 197 ff. und 201 ff.; *Elger-Pistor-Hatam*, »*Āshūrā*«, S. 49 f.

32 Zu den Rechtsquellen des islamischen Rechts ausführlich unten Teil I A. I.

33 Knapp zum schiitischen Islam etwa *Halm*, S. 47 ff.; *Kischel*, § 10 Rn. 38 ff.; *Elger-Pistor-Hatam*, »Schiiten«, S. 285 ff. Umfassend *Bhala*, S. 205 ff.; *Ende*, in: Ende/Steinbach, S. 70 ff.; *Lohlker*, *Islam*, S. 101 ff.

34 Zur zeitlichen Einordnung *Ebert*, in: Ende/Steinbach, S. 199 (200); *Rohe*, S. 28.

nen, sich mit einem bestimmten Kanon von Rechtsansichten zu identifizieren.<sup>35</sup> So bildeten sich mit der Zeit unterschiedliche, nach den frühen Lehrern als ihren »Gründern« benannte Rechtsschulen (*maḏāhib*, Sing. *maḏhab*) heraus, die zum Teil noch heute existieren und die islamische Rechtslehre nach wie vor prägen.<sup>36</sup> Die bei Weitem bedeutsamsten Rechtsschulen des sunnitischen Islam sind dabei dessen sogenannte »vier Schulen«: die hanafitische (*ḥanaḫfiya*, benannt nach *Abū Ḥanīfa*), die malikitische (*mālikīya*, benannt nach *Mālik ibn Anas*), die schafitische (*šāfiīya*, benannt nach *Muḥammad ibn Idrīs al-Šāfi‘ī*) und die hanbalitische Schule (*ḥanābila*, benannt nach *Aḥmad ibn Ḥanbal*).<sup>37</sup> Daneben gibt es eine Reihe weiterer sunnitischer Schulen mit weitaus geringerem Einfluss sowie die etwas später entstandenen schiitischen Rechtsschulen, deren wichtigste die bereits erwähnte Zwölferschia darstellt.<sup>38</sup> Jede der großen *maḏāhib* kann auch heute noch einem oder mehreren geografischen Zentren zugeordnet werden, wenngleich sich der Wirkungskreis der Schulen über die Jahrhunderte zum Teil stark ausgedehnt hat. So dominieren die am weitesten verbreiteten Hanafiten in der Türkei, dem Irak, Ägypten, Syrien, dem Balkan, Zentralasien sowie auf dem indischen Subkontinent, die Schafiten am Horn von Afrika und in Südostasien, die Malikiten in Nord- und Westafrika und die Hanbaliten in Saudi-Arabien.<sup>39</sup> Die Lehrmeinungen der Schulen weisen in etlichen rechtlichen Einzelfragen teils erhebliche Differenzen auf.<sup>40</sup> Grundlegend gemein ist ihnen allen aber die Lehre von den *uṣūl al-fiqh*, weswegen sich die Rechtsschulen auch gegenseitig als legitim anerkennen und respektieren.<sup>41</sup>

## I. Die islamische Rechtsquellen- und Rechtsmethodenlehre

Das Fundament der islamischen Rechtswissenschaft (*fiqh*) bildet deren Rechtsquellen- und Rechtsfindungslehre (*uṣūl al-fiqh*). Wenngleich auch diese seit der Moderne tiefgreifende Veränderungen erfahren hat,<sup>42</sup> gehen ihre grundlegenden Prinzipien, wie sie nach wie vor Geltung beanspruchen, bereits auf das

35 Eisenberg, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.38; Hallaq, Introduction, S. 32 f.; Elger-C. Müller, »Rechtsschulen«, S. 268 (270 f.).

36 Vgl. Rohe, S. 28. Zu alledem auch Khadduri, Geo. Wash. L. Rev. 22 (1953), 3 (16 ff.).

37 Rohe, S. 28. Für einen Überblick über die Schulen s. Kischel, § 10 Rn. 33 ff., El Kosheri, in: von Bar, S. 35 (39 ff.), sowie Bhala, S. 391 ff. mit der Grafik auf S. 389 f.

38 Zu den Zwölferschiiiten ausführlich Ende, in: Ende/Steinbach, S. 70 ff. Zu deren Rechtstheorie Hallaq, Sharī‘a, S. 113 ff. Zur am zweitweitesten verbreiteten Rechtsschule der Schiiten, der Fünferschia, Bhala, S. 224 ff.; Ende, a. a. O., S. 86 ff. Zur Siebenschia Bhala, S. 221 ff.

39 Vgl. Eisenberg, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.39; Hallaq, Introduction, S. 37; Elger-C. Müller, »Recht«, S. 268 (271); Rohe, S. 29 f.

40 Elger-C. Müller, »Recht«, S. 268 (271).

41 Halm, S. 47; Elger-C. Müller, »Recht«, S. 268; Schacht, S. 67 f.

42 Dazu noch unten Teil I A. I. 5.



8./9. Jahrhundert zurück.<sup>43</sup> Als ihr Schöpfer wird *Muḥammad ibn Idrīs al-Šāfiʿī* (gest. 820), der Begründer der schafitischen Schule und einer der bedeutsamsten Juristen des Islam, angesehen, dessen Schriften noch heute als Grundwerke der islamischen Jurisprudenz dienen.<sup>44</sup> Bei den vier von *al-Šāfiʿī* anerkannten Rechtsquellen (oder »-wurzeln« [uṣūl]) handelt es sich – in absteigender Bedeutung – um den Koran, die Sunna des Propheten, den Konsens der Gelehrten (*iğmāʿ*) und den Analogieschluss (*qiyās*).<sup>45</sup>

## 1. Der Koran

Unstreitig stellt der Koran (*qurʿān*; wörtlich in etwa »Rezitation«) die »erste und vornehmste Rechtsquelle«<sup>46</sup> des islamischen Rechts dar. Das heilige Buch des Islam<sup>47</sup> wurde dem Propheten *Mohammed* in zahlreichen Offenbarungen sukzessive von Gott selbst rezitiert und gilt Muslimen daher als die reine Manifestation von Gottes Wort.<sup>48</sup> Indes darf es nicht mit einem Gesetzbuch verwechselt werden. Mit seinen mannigfaltigen Aussagen zu »Gott und seinen Propheten, Glaubensinhalte[n], religiöse[n] Gebote[n] und Verbote[n], Lehrerzählungen, Weltdeutungen [sowie] Aussagen und Handlungsanweisungen zum historischen Geschehen und zu Personen«<sup>49</sup> ist er weit mehr als das. Nur etwa 500 der über 6.000 Koranverse wird ein rechtlicher Gehalt zugesprochen; nimmt man den großen Bereich des *ibādāt* aus, verbleiben lediglich einige Dutzend Verse unmittelbar rechtlichen Inhalts, obgleich sich auch aus den übrigen Versen vereinzelt Rückschlüsse für die Beantwortung rechtlicher Fragen ziehen lassen.<sup>50</sup>

Der Koran besteht aus insgesamt 114 Suren, welche – mit Ausnahme der ersten Sure (*al-Fātiḥa*, »Die Eröffnung«) – nach ihrem Umfang, von der längsten zur kürzesten, geordnet sind und jeweils aus zahlreichen durchnummerierten Versen bestehen. Den Titel einer Sure bildet ein dem jeweiligen Text entnom-

43 *Endreß*, S. 81 f. Zur Geschichte der Rechtsquellenlehre s. etwa *Khadduri*, Geo. Wash. L. Rev. 22 (1953), 3 (10 ff.).

44 Vgl. zur Bedeutung *al-Šāfiʿī* nur *Endreß*, S. 81 f.; *Hasan*, Islamic Studies 5 (1966), 239 ff.; *Radtke*, in: Ende/Steinbach, S. 55 (64 f.); *Schacht*, S. 45 ff. Die Darstellung von *Rohe*, S. 43 ff., etwa baut auf den Werken *al-Šāfiʿī* auf (vgl. ausdrücklich a. a. O., S. 45).

45 Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich grundsätzlich auf den in der Praxis weitaus bedeutsameren sunnitischen Islam. Relevante von diesem abweichende schiitische Lehren finden gegebenenfalls an geeigneter Stelle Erwähnung.

46 *Rohe*, S. 48.

47 Eine Gegenüberstellung von Koran und Bibel findet sich bei *Bhala*, S. 90 ff.

48 *Kischel*, § 10 Rn. 10; *Elger-Schöller*, »Koran«, S. 179 (180).

49 *Rohe*, S. 48.

50 Vgl. *Rohe*, S. 14 und 48 m. w. N. *Eisenberg*, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.14, nennt eine Zahl von 80 rechtlichen Koranversen, *Kamali*, Islam Q 33 (1989), 215 (219), spricht von ca. 350, *Kischel*, § 10 Rn. 12, von rund 200.

menes Schlagwort (vgl. etwa Sure 2 *al-Baqara*; »Die Kuh«), welches indes nicht zwingend den Inhalt der gesamten Sure wiedergeben muss.<sup>51</sup> Die Sammlung der verstreuten Offenbarungsaufzeichnungen – *Mohammed* selbst war Analphabet, die Niederschrift übernahmen andere – und Schaffung eines konsolidierten Korantextes in ebenjener Form wird dem dritten Kalifen *‘Uthmān* (644–656) zugeschrieben.<sup>52</sup> Fortan war der Koran – wenngleich in leicht unterschiedlichen Lesarten, welche bis heute existieren<sup>53</sup> – grundsätzlich für jedermann verfügbar, was sich in den nachfolgenden Jahrhunderten in einer Fülle umfassender exegetischer Literatur (*tafsīr*) niederschlug.

Im Umgang mit dem Koran stellen sich dem Juristen dabei im Grunde dieselben Aufgaben wie bei jedem anderen »Gesetzeswerk«: solche der Normauslegung (*ta’wīl*) und solche der Normenkonkurrenz.<sup>54</sup> Wenngleich der Koran einige klare und eindeutige Vorschriften enthält, die keiner Auslegung mehr bedürfen (*muḥkam*), so ist die überwältigende Mehrheit der Koranverse schlichtweg nicht aus sich heraus verständlich. Dies ist nicht zuletzt der Sprache, die sich zum Teil erheblich vom Hocharabischen unterscheidet,<sup>55</sup> und dem kunstvollen, variantenreichen Stil des Korantextes geschuldet, die eine einfache Lektüre unmöglich machen.<sup>56</sup> Darüber hinaus ist stets eine Auslegung im Hinblick auf die räumliche, zeitliche und personelle Geltung von Normen nötig. Diese dürfen niemals losgelöst vom Kontext ihrer Offenbarung gelesen werden, welche oftmals auf aktuelle Geschehnisse zu *Mohammeds* Lebzeiten Bezug nimmt, wodurch sich bei vielen Bestimmungen eine unbedachte Übertragung auf andere, vermeintlich vergleichbare Fälle oder gar eine Verallgemeinerung verbietet.<sup>57</sup>

Daneben stellt sich oftmals das Problem sich im Anwendungsbereich überschneidender, aber inhaltlich widersprechender Verse. Derartige Konkurrenzfragen werden in ähnlicher Weise gelöst wie etwa im deutschen Recht: Zum einen gilt der Spezialitätsgrundsatz, die speziellere Norm (*ḥāṣṣ*) verdrängt also die allgemeinere (*‘āmm*).<sup>58</sup> Zum anderen findet der Posterioritätsgrundsatz Anwendung, die spätere Norm (*nāsīḥ*) verdrängt mithin die frühere (*mansūḥ*), wofür der Terminus der Abrogation (*nash*) Verwendung findet.<sup>59</sup> Besondere Be-

51 Vgl. *Eisenberg*, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.12.

52 Statt vieler *Busse*, in: Ende/Steinbach, S. 21 (26).

53 *Halm*, S. 14; *Elger-Schöller*, »Koran«, S. 179 (180 und 183).

54 *Rohe*, S. 49 ff.

55 Vgl. *Halm*, S. 16.

56 *Elger-Schöller*, »Koran«, S. 179 (181).

57 Vgl. *Rohe*, S. 49.

58 *Eisenberg*, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.14; *Rohe*, S. 46.

59 Die Grundlage für diese Abrogation findet sich im Koran selbst; vgl. Sure 2:106. Dazu *Bhala*, S. 299; *Eisenberg*, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.14; *Hallaq*, Introduction, S. 18 f.; *Kamali*, *Islam Q* 33 (1989), 215 (223); *Rohe*, S. 46 und 51.

deutung spielt hierbei die Einteilung der Suren entsprechend dem Zeitpunkt ihrer Offenbarung vor oder nach der sogenannten *hiğra*, der Übersiedlung *Mohammeds* von Mekka nach Medina im Jahr 622, in mekkanische und medinensische.<sup>60</sup> Umstritten ist indes die Frage der gegenseitigen Abrogation von Bestimmungen unterschiedlicher Hierarchie, namentlich des Korans und der Sunna. Hierzu wird nahezu jede denkbare Auffassung vertreten.<sup>61</sup>

## 2. Die Sunna

Den zweithöchsten Rang innerhalb der islamischen Rechtsquellenlehre nimmt – ebenfalls weitgehend unstrittig – die Sunna des Propheten ein. Unter dem Begriff der *Sunna* ist die als normativ erachtete Praxis *Mohammeds* zu verstehen, wie sie in den Hadithen (*aḥādīṭ*, Sing. *ḥadīṭ*), den authentischen Überlieferungen seiner Worte und Taten, zum Ausdruck kommt.<sup>62</sup> Die enorme Signifikanz der Sunna als Rechtsquelle neben dem Koran ist dessen Schweigen zu vielen Rechtsfragen geschuldet; zur Lückenfüllung werden vor dem Rückgriff auf andere Rechtsquellen zuvorderst die Handlungen und Aussagen *Mohammeds* in seiner Eigenschaft als von Gott geleitetem Propheten<sup>63</sup> herangezogen, welche – wenngleich auch nicht mit derselben Autorität wie der Koran – als Repräsentanz von Gottes Willen angesehen werden. Daneben rekurren Sunniten oft auch auf die beständige Praxis der Prophetengenossen (*ṣaḥāba*)<sup>64</sup> sowie der ersten vier »rechtgeleiteten« Kalifen, während unter den Zwölferschiiten

60 Halm, S. 14; Rohe, S. 51. Nach der grundlegenden Charakterisierung von Eisenberg, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.12, sind die Suren der mekkanischen Phase spirituellerer Art, während die medinensischen Suren praktischere Belange behandeln. Nach Bhala, S. 76, sind 86 der Suren mekkanische und 23 medinensische; ausführlich zu dieser Einteilung a. a. O., S. 85 ff.

61 S. nur Eisenberg, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.14; Hallaq, Introduction, S. 18 f.; Rohe, S. 51 und 56 f.

62 Vgl. Eisenberg, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.15; Rohe, S. 52 f. Die Sunna wurde jedoch nicht von Anfang an als die Gesamtheit der Hadithe verstanden; vielmehr unterschied die Wissenschaft zunächst zwischen der gelebten Praxis des Propheten als solchen (Sunna) und den erst später gesammelten (dazu sogleich im Text) Überlieferungen einzelner Worte und Taten (*aḥādīṭ*); vgl. Elger-Reichmuth, »Sunna«, S. 301 (302); Rohe, ebda. sowie S. 55 f. Ausführlich zu Begriff und Geschichte der Hadithe Burton, S. 17 ff.

63 Nicht autoritativ ist hingegen – auch nach dessen eigener Aussage – *Mohammeds* Gebaren als einfacher Mensch in rein weltlichen Angelegenheiten ohne die Führung Gottes; vgl. dazu Rohe, S. 53 und 56.

64 Darüber hinaus anerkennen viele Sunniten die Auffassungen einzelner Prophetengenossen als eigene Rechtsquelle (*madḥab al-ṣaḥābī*), sofern ihnen keine anderslautenden, übergeordneten Bestimmungen entgegenstehen; dazu näher Rohe, S. 67 f.

den Aussagen und Taten der zwölf Imame autoritativer Charakter zugesprochen wird, die ersten drei Kalifen aber als illegitim abgelehnt werden.<sup>65</sup>

Mit der Sammlung der Hadithe wurde im 8. Jahrhundert begonnen, als ein Großteil der Gelehrten das freie Raisonement (*ra'y*) als Methode der Rechtsfindung durch eine Rechtsquelle von größerer religiöser Überzeugungskraft abzulösen suchte.<sup>66</sup> Bis zum Ende des 9. Jahrhunderts brachte die Hadithwissenschaft (*ilm al-hadī*) so sechs sunnitische Standardsammelwerke hervor, welche bis heute in Gebrauch sind. Die beiden wichtigsten sind die sogenannten *Ṣaḥīḥ*-Sammlungen des *Buḥārī* und des *Muslim*, gefolgt von den *Sunan*-Werken des *Abū Dāwūd*, des *Ibn Māḡa*, des *Tirmidī* und des *Nasā'ī*.<sup>67</sup> Wenige Jahrhunderte später entstanden die vier bedeutsamsten schiitischen Hadithsammlungen, die Werke des *al-Kulainī*, des *Ibn Bābūya al-Qummī* sowie die beiden Kompilationen des *al-Ṭūsī*.<sup>68</sup>

Das wichtigste Attribut eines jeden Hadithes ist dessen Authentizität. Da der Verweis auf eine angebliche Prophetentradition einer Rechtsansicht enormes Gewicht zu verleihen vermag, war die Fälschung von Hadithen lange Zeit an der Tagesordnung.<sup>69</sup> Um den Inhalt (*matn*) eines Hadithes zu verifizieren, ist ihm daher stets eine Traditionskette (*isnād*) vorangestellt, die alle Gewährspersonen bis hin zu seinem Urheber, einem Augen- oder Ohrenzeugen der entsprechenden Tat oder des betreffenden Ausspruches des Propheten, beinhaltet.<sup>70</sup> Die Echtheit eines Hadithes kann nur durch eine ununterbrochene Überlieferungskette redlicher Gewährsleute bestätigt werden.<sup>71</sup> Abhängig von der Stimmigkeit des Inhaltes und der Integrität der Gewährspersonen haben sich so verschiedene Grade der Legitimität herausgebildet. Lässt sich ein Hadith zweifelsfrei auf seinen Urheber zurückführen, so gilt er als *ṣaḥīḥ* (»gesund«); die beiden Sammlungen des *Buḥārī* und des *Muslim* enthalten ausschließlich solche Hadithe. Leidet die Überlieferungskette unter einem geringfügigen Mangel wie etwa einer weniger verlässlichen Gewährsperson, so wird der Hadith als *ḥasan* (»gut«) eingestuft. Schwerwiegende Mängel machen den Hadith *ḍa'īf* (»schwach«).

65 *Rohe*, S. 53.

66 *Rohe*, S. 53 f.

67 Vgl. *Eisenberg*, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.19; *Kutty*, Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 28 (2006), 565 (585); *Rayner*, S. 4 f.; *Elger-Reichmuth*, »Hadith«, S. 117 (118); *Rohe*, S. 54.

68 *Halm*, S. 42 f.; *Rohe*, S. 54. Ausführlich zur Sammlung der Hadithe *Burton*, S. 118 ff.

69 Vgl. *Eisenberg*, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.18.

70 *S. Halm*, S. 41; *Kischel*, § 10 Rn. 14.

71 Vgl. *Eisenberg*, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.17; *Rohe*, S. 54. Die Ansichten von Sunniten und Schiiten divergieren hierbei erheblich, was in erster Linie darauf zurückzuführen ist, dass Letztere den Imamen eine weitaus größere Bedeutung zumessen, während sie denjenigen Prophetengenossen, welche die Wahl der nach schiitischer Sicht illegitimen Kalifen unterstützten, die Tauglichkeit als Gewährsleute absprechen; vgl. dazu *Bhala*, S. 345; *Kischel*, § 10 Rn. 40; *Rohe*, S. 54 f.

Ein nachweislich gefälschter Hadith ist *mauḍūʿ* (»erfunden«, »gefälscht«).<sup>72</sup> Andere weit verbreitete Klassifizierungen unterscheiden nach der Anzahl der Gewährspersonen sowie der Lückenlosigkeit der Tradierungskette.<sup>73</sup>

Koran und Sunna bilden gemeinsam den *naṣṣ* (»Text«), die ranghöchsten Rechtsquellen des islamischen Rechts. Zwar steht die Sunna dabei in der Theorie dem Koran nach,<sup>74</sup> doch ist ihr Stellenwert in der juristischen Praxis nicht zuletzt aufgrund der enormen Anzahl der Hadithe vielleicht sogar höher einzuschätzen als der des Korans.<sup>75</sup> Die weiteren von *al-Šāfiʿī* anerkannten Quellen des *iğmāʿ* und des *qiyās* haben hingegen auch in der *fiqh*-Wirklichkeit nachrangigen Charakter;<sup>76</sup> auf sie darf erst zurückgegriffen werden, wenn sich in Koran und Sunna keine eindeutige Regelung findet. Gelehrtenkonsens und Analogieschluss werden daher oftmals auch als Sekundärquellen bezeichnet,<sup>77</sup> wobei Letzterer wiederum Ersterem nachgeordnet ist. Wie so vieles sind aber ihre Voraussetzungen und ihre konkrete Bedeutung im Rechtsfindungsgefüge stark umstritten.

### 3. Der Gelehrtenkonsens (*iğmāʿ*)

Der *iğmāʿ* ergänzt als dritte Rechtsquelle des islamischen Rechts die beiden Hauptquellen des Korans und der Sunna. Er wird verstanden als der »Konsens aller relevanten Gelehrten in Übereinstimmung mit Koran und Sunna«.<sup>78</sup> Zwar handelt es sich beim *iğmāʿ* um eine nichtgöttliche Quelle,<sup>79</sup> doch findet er seine normative Grundlage unmittelbar sowohl im Koran (vgl. etwa Sure 2:143; 3:110; 4:115) als auch in der Prophetentradition (namentlich »Meine Gemeinde

72 Vgl. zu alledem *Bhala*, S. 308 f.; *Eisenberg*, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.17; *Elger-Reichmuth*, »Hadith«, S. 117 (118).

73 Eine solche Klassifikation findet sich etwa bei *Rohe*, S. 55 m w. N. Ausführlich zur Frage der Authentizität von Hadithen *Burton*, S. 106 ff.

74 Dazu auch *Kettel*, S. 19 f. Anders *Kischel*, § 10 Rn. 13, der von der Gleichwertigkeit beider Rechtsquellen ausgeht.

75 Vgl. *Eisenberg*, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.15.

76 S. aber auch die Einschätzung von *Eisenberg*, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.22, wonach der *iğmāʿ* in der Praxis die wichtigste Rechtsquelle darstelle, »for consensus ultimately guarantees the other sources of law, including the faithful transmission of the *Sunna* and the legitimate use of *qiyas*«. Allerdings scheint *Eisenbergs* Argumentation doch eher gerade für den bloß ergänzenden Charakter des *iğmāʿ* zu streiten.

77 So nur *Akaddaf*, *Pace Int'l L. Rev.* 13 (2001), 1 (16); *A. Alexander*, *Mich. J. Int'l L.* 32 (2011), 571 (577); *Bhala*, S. 288; *Kettel*, S. 20 f.; *Rayner*, S. 20; *Schroeder*, *IPRax* 2006, 77 f. S. auch *El'Khani*, in: von Bar, S. 3 (20) (»additional sources«).

78 *Rohe*, S. 58.

79 So auch *Eisenberg*, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.06.

einigt sich nicht auf Irrtümer«<sup>80</sup>) und ist daher nahezu allgemein anerkannt.<sup>81</sup> Darüber hinaus besteht indes weder Einigkeit darüber, auf welche Art und Weise und unter wessen Beteiligung eine bindende Konsensentscheidung zustande kommt, noch dahingehend, wie weit jene Bindungswirkung des *iğmā'* reicht.<sup>82</sup> Recht verbreitet ist daher die plakative Formulierung, dass es keinen *iğmā'* über den *iğmā'* gebe.<sup>83</sup>

Unstreitig dürfte allerdings sein, dass der Konsens der Prophetengenossen (*ṣahāba*) bis heute bindende Wirkung entfaltet.<sup>84</sup> Darüber hinaus ging die Mehrheitsansicht bis zum 19. Jahrhundert dahin, auch jede spätere Konsensentscheidung aller Gelehrten zu einem bestimmten Zeitpunkt als bindend anzusehen.<sup>85</sup> Das hatte schon früh zur Folge, dass das individuelle Raisonement (*iğtihād* bzw. *iğtihād al-ra'y*) der Rechtsgelehrten, das in der Anfangszeit der islamischen Jurisprudenz als Methode der Rechtsfindung weitgehend anerkannt war,<sup>86</sup> nach und nach durch den *iğmā'* verdrängt wurde.<sup>87</sup> So kam es im 10. Jahrhundert schließlich zum sogenannten »Schließen des Tores des *iğtihād*« (*ʿinsidād bāb al-iğtihād*); stattdessen hatte sich die Doktrin von der kritiklosen Übernahme vorgefundener Rechtsansichten (*taqlīd*) durchgesetzt.<sup>88</sup> Obschon diese Lehre nicht nur Befürworter hatte, war einer entscheidenden Fortentwicklung der islamischen Rechtsordnung damit für die nachfolgenden Jahrhunderte ein Riegel vorgeschoben; das islamische Recht war fortan geprägt von Traditionalismus und Stagnation. In der heutigen Zeit ist das Verständnis

80 Rohe, S. 544. S. auch Eisenberg, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.22; Heine, S. 188; Kischel, § 10 Rn. 16.

81 Rohe, S. 58. Ausführlich zur normativen Basis des *iğmā'* Hourani, *Studia Islamica* 21 (1964), 13 ff.

82 Vgl. nur Eisenberg, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.22; Heine, S. 188; Kischel, § 10 Rn. 16; Rohe, S. 59.

83 So etwa Jokisch, in: Gleave/Kermeli, S. 119 (126); Kischel, § 10 Rn. 16.

84 Kischel, § 10 Rn. 16; Rohe, S. 59. Zur Ansicht einzelner Prophetengenossen als Rechtsquelle oben Fn. 64.

85 Eisenberg, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.22; Lohlker, *Islamisches Recht*, S. 223; Rohe, S. 59.

86 Allgemein zum *iğtihād* Bhala, S. 332 ff.; Chaumont, in: Gleave/Kermeli, S. 7 ff.; Hallaq, *Int. J. Middle East Stud.* 16 (1984), 3 (4 ff.); Kamali, *Islam Q* 33 (1989), 215 (223 f.); Kettel, S. 21 f.; Weiss, *Am. J. Comp. L.* 26 (1978), 199 ff. Das Wort *iğtihād* teilt seine Herkunft mit dem Begriff *ğihād*, welcher in wörtlicher Übersetzung nichts anderes bedeutet als »Anstrengung«. Folglich bezeichnet der *iğtihād* – vereinfacht ausgedrückt – die Anstrengung, im Wege eigenständigen Raisonements die Wahrheit zu finden; vgl. nur Bhala, S. 335.

87 Vgl. nur Rohe, S. 59.

88 Eisenberg, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.40; Elger-Elger, »Ijtihād«, S. 134; Khadduri, *Geo. Wash. L. Rev.* 22 (1953), 3 (19); Kischel, § 10 Rn. 45; Rayner, S. 21 f.; Rohe, S. 59; Weiss, *Am. J. Comp. L.* 26 (1978), 199 (208 f.). Ausführlich Bhala, S. 335 ff.; Hallaq, *Int. J. Middle East Stud.* 16 (1984), 3 ff.; Schacht, S. 69 ff. Zum *taqlīd* Bhala, S. 339 f.

des *iğmā'* indes im Wandel begriffen. Zumeist wird eine Bindungswirkung über alle Zeiten abgelehnt, um eine Fortbildung des Rechts zu ermöglichen.<sup>89</sup> Freilich spielt der *iğmā'* aber auch heute noch eine (wenn auch geringere) Rolle – nicht zuletzt, weil sich auch zu neu aufgeworfenen Rechtsfragen weiterhin ein normativer Konsens bilden kann.<sup>90</sup>

Maßgeblich ist im Rahmen des *iğmā'* wohl der Konsens aller zum freien Raisonement befähigten Rechtsgelehrten (*muğtahidūn*),<sup>91</sup> wobei diesen Kreis auch nur halbwegs exakt zu bestimmen eine nahezu unbestreitbare (und in klassischer Zeit schlicht unmögliche) Aufgabe darzustellen scheint. Ähnlich schwierig gestaltet sich in der Praxis auch die Feststellung einer Konsentscheidung an sich. Schon aufgrund der unüberschaubaren Zahl der Gelehrten und der großen geografischen Entfernungen dürfte ein ausdrücklich erklärter Konsens (*iğmā' šarīh*) die Ausnahme bilden. Nach verbreiteter, aber keineswegs unbestrittener Ansicht soll daher auch Stillschweigen in Kenntnis einer Streitfrage (*iğmā' sukūti*) als Zustimmung zu werten sein.<sup>92</sup> Heutzutage haben es sich einige internationale Organisationen und Einrichtungen wie die *Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions* (AAOIFI)<sup>93</sup> mit Sitz in Manama (Bahrain) zur Aufgabe gemacht, den *iğmā'* zu koordinieren und Konsentsentscheidungen in regelmäßigen Abständen zu veröffentlichen.<sup>94</sup>

#### 4. Der Analogieschluss (*qiyās*)

Der gemeinhin mit »Analogieschluss« übersetzte *qiyās* ist die vierte und letzte der von *al-Šāfi'* anerkannten Quellen des islamischen Rechts. Dabei kam dem *qiyās* traditionell im Grunde weniger die Funktion einer klassischen Rechtsquelle denn die einer Beschränkung des freien Raisonements (*ra'y*) auf bestimmte Schlussverfahren zu, mit dem Ziel, den *ra'y* in geordnete Bahnen zu lenken.<sup>95</sup> Während die Mehrheit der Gelehrten den *qiyās* unter Verweis auf den

89 Vgl. dazu *Bhala*, S. 318; *Eisenberg*, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.22. S. noch unten Teil I A. I. 5.

90 Vgl. *Mahlknecht*, S. 32.

91 Vgl. *Eisenberg*, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.22; *Lohlker*, *Islamisches Recht*, S. 223 ff., auch zu abweichenden Ansichten.

92 *Heine*, S. 188; *Lohlker*, *Islamisches Recht*, S. 225 f.; *Rohe*, S. 61. Daneben gibt es schließlich noch den sogenannten impliziten Konsens (*iğmā' dīmni*), dem eine negative Funktion zukommt; danach sollen zumindest solche Rechtsansichten per Konsens ausgeschlossen sein, die im Rahmen der Erörterung einer Streitfrage selbst nicht vorgetragen wurden und zu allen vertretenen Meinungen in Widerspruch stehen; vgl. *Rohe*, ebda.

93 Näher zur AAOIFI unten Teil I B. II. 2.

94 Vgl. *Eisenberg*, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.22; auch *Heine*, S. 188.

95 Vgl. *Eisenberg*, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.24; *Esposito*, »Qiyas«, S. 254. Nach *Eisenberg*, a. a. O., Rn. 2.06, ist der *qiyās* streng genommen keine Rechtsquelle, sondern ein »hermeneutical principle«.

Koran (vgl. etwa Sure 38:28; 59:2) und die Sunna ebenfalls befürwortet, lehnen insbesondere Teile der hanbalitischen Schule und ein Großteil der Schia ihn – ihrerseits wiederum gestützt auf den Koran (Sure 7:11–13; 15:28–36; 38:71–78) – als eigenständiges Institut ab.<sup>96</sup> An seine Stelle treten bei ihnen andere, in ihrer Funktion aber durchaus vergleichbare Instrumente.<sup>97</sup>

Die übliche Übersetzung mit »Analogieschluss« ist zwar nicht unzutreffend, aber doch unvollständig, da sie nur einen Teilaspekt des *qiyās* herausgreift. Jener erfasst neben dem klassischen Analogieschluss ebenso das *argumentum a minore ad maius* respektive *a maiore ad minus*, das *argumentum a fortiori* sowie das *argumentum e contrario* – mithin alle bekannten juristischen Schlussverfahren.<sup>98</sup> Dabei ist zunächst stets eine normative Basis (*aṣl*) in einer der drei übergeordneten Quellen – Koran, Sunna oder *iğmāʿ* – zu suchen. Die zu entscheidende Rechtsfrage (*farʿ*) muss der dort behandelten vergleichbar sein (*mutasāwī*), wozu die *ratio legis* (*illa*) der Analogiebasis zu ermitteln ist. Ist diese auf den in Rede stehenden Sachverhalt übertragbar, so folgt dessen Beurteilung der Ausgangsnorm.<sup>99</sup> Als einfaches Beispiel lässt sich das Alkoholverbot anführen, welches sich in Koran, Sunna und *iğmāʿ* findet. Wird die Ratio des Verbotes in der berauschenden Wirkung von Alkohol gesehen, kann das Verbot im Wege der Analogie auf alle anderen Rauschmittel übertragen werden.<sup>100</sup>

## 5. Neue Entwicklungen seit dem 19. Jahrhundert

Die Entwicklungen neuerer Zeit spinnen die dargestellten Rechtsfindungsmethoden fort, unterziehen sie dabei aber vielfach einer Neuinterpretation. Als bedeutsamstes Mittel der Rechtsfortbildung hat sich in diesem Zusammenhang seit dem 19. Jahrhundert das bis dato bereits nahezu tot geglaubte eigenständige Raisonement, der *iğtihād* (*al-raʿy*), erwiesen. War zuvor unter strikter Anwendung des *taqlīd*-Gedankens jahrhundertlang von einer starren und unveränderlichen Rechtsordnung ausgegangen worden, so begann sich nun die Ansicht durchzusetzen, dass die zum Großteil menschengemachten Rechtsvorschriften der Scharia zeitgebunden und daher durchaus wandelbar sind, dass

---

96 Vgl. Rohe, S. 63.

97 Vgl. Eisenberg, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.24; Esposito, »Qiyas«, S. 254 (255).

98 Rohe, S. 62. Zustimmung Kischel, § 10 Rn. 21. Ausführlich dazu Hallaq, Arabica 36 (1989), 286 ff.

99 Vgl. Esposito, »Qiyas«, S. 254 f.; Hallaq, Introduction, S. 22 f.; ders., Shariʿa, S. 101 ff.; Kischel, § 10 Rn. 19; Rohe, S. 63.

100 Vgl. Bhala, S. 320; Esposito, »Qiyas«, S. 254 (255); Hallaq, Introduction, S. 23; ders., Shariʿa, S. 101. S. im Detail Lohker, Islamisches Recht, S. 141 ff.



das »Tor des *iğtihād*« mithin wieder geöffnet ist oder gar niemals (gänzlich) geschlossen war.<sup>101</sup>

In der Konsequenz werden heutzutage zumeist all diejenigen klassischen Rechtsquellenbefunde zur Disposition gestellt, deren Inhalt sich nicht absolut zweifelsfrei belegen lässt. Von einer Neuinterpretation im Wege des *iğtihād* ausgenommen wird regelmäßig nur der *naşs*, also Koran und Sunna; alle übrigen Rechtsquellen und -methoden beruhen ihrerseits auf eigenständigem Raisonement und sollen damit einer Auslegung zugänglich sein.<sup>102</sup> Der *iğtihād* wird seither folglich verstanden als »[freie] Auslegung des Korans und des Hadith«<sup>103</sup> unter Berücksichtigung von deren Genese und deren Ratio (*maqāsid*).<sup>104</sup> Dreh- und Angelpunkt dieser Denkprozesse sind vielfach die Prinzipien des Allgemeinwohls (*maşlahā*) und der Notwendigkeit (*darūra*), welche zu den alles überragenden Leitmotiven der Rechtsordnung erhoben werden.<sup>105</sup> Die fünf vornehmlich zu berücksichtigenden Schutzgüter werden dabei in Religion, Leben, Familie, Eigentum und Verstand erblickt.<sup>106</sup>

Daneben ist in heutiger Zeit oftmals unter Durchbrechung der traditionellen Gliederung in Rechtsschulen eine stark eklektizistische Herangehensweise zu beobachten, welche sich die althergebrachte islamisch-rechtliche Meinungsp pluralität zunutze macht.<sup>107</sup> Seit dem beginnenden 20. Jahrhundert wird reger Gebrauch von zwei eng miteinander verzahnten Instrumenten gemacht, die es erlauben, dass Anhänger einer Schule Lehrmeinungen einer anderen oder Teile solcher übernehmen (*taḥaiyur*; »Auswahl«), oder gar, dass die Ansichten mehrerer Schulen zu einem gänzlich neuen Gebilde »verschmolzen« werden (*talfiq*).<sup>108</sup> Insbesondere die Reformgesetzgeber in den islamischen Staaten haben sich diese Mittel vielfach zu eigen gemacht. So wurden beispielsweise die

101 Zu alledem *Anderson*, Int'l & Comp. L.Q. 20 (1971), 1 (14); *Bhala*, S. 338; *Hallaq*, Int. J. Middle East Stud. 16 (1984), 3 ff.; *Kischel*, § 10 Rn. 51 ff.; *Rohe*, S. 168 ff. und 191 ff. Dieser wiederentdeckte *iğtihād* wird auch als »Neo-*iğtihād*« bezeichnet; so etwa *Eisenberg*, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.50.

102 *Rohe*, S. 192.

103 *Peters*, in: Ende/Steinbach, S. 90 (108).

104 Vgl. *Rohe*, S. 196.

105 *Hallaq*, Introduction, S. 116; *Rohe*, S. 192. S. dazu auch *Eisenberg*, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.51; *Kamali*, Islam Q 33 (1989), 215 (228 ff.). *Krawietz*, in: Gleave/Kermeli, S. 185 ff., diskutiert die Prinzipien der *maşlahā* und der *darūra* nach modernem islamischem Recht am Beispiel der Organtransplantation.

106 *Rohe*, S. 196 mit 16. Vgl. auch *Bhala*, S. 341; *Hallaq*, Introduction, S. 174; *Kamali*, Islam Q 33 (1989), 215 (229). *Ayub*, S. 23 f., nennt als sechstes Schutzgut die Ehre als »the prohibition of false accusations, the right to privacy and the sanctity of private life«.

107 Vgl. *Espósito*, »Talfiq«, S. 312.

108 *Anderson*, Int'l & Comp. L.Q. 20 (1971), 1 (13 f.); *Hallaq*, Introduction, S. 117; *Kischel*, § 10 Rn. 56; *Rohe*, S. 189.

äußerst strengen Ehescheidungsvoraussetzungen für Frauen, wie sie die herrschende hanafitische Schule vertritt, in vielen Staaten durch die ergänzende Heranziehung milderer Vorschriften anderer *maqāhib* aufgeweicht.<sup>109</sup>

Überhaupt hat staatliche Rechtsetzung im Reformislam von Beginn an eine bedeutsame Rolle gespielt. Die Kompetenz zur Normsetzung in den Grenzen der Scharia (*siyāsa as-šar‘īya*), die in klassischer Zeit das Legislativrecht des Herrschers – zumeist des Kalifen – begründete, wird heute dem Gesetzgeber zuteil.<sup>110</sup> Sie erlaubt es, eine verbindliche Entscheidung streitiger Rechtsfragen zu treffen und positiv festzuschreiben.<sup>111</sup> Bedeutung erlangt dies überall dort, wo Koran und Sunna keine eindeutigen Regelungen bereitstellen, was etwa für weite Teile des Zivilrechts gilt. Beginnend mit dem osmanischen HGB von 1850 kam es so zu einer regelrechten Kodifikationswelle in der islamischen Welt, wobei unter dem fortwährenden Einfluss des europäischen Kolonialismus oftmals klassische islamische Vorschriften mit von westlichen Rechtsordnungen inspirierten Bestimmungen kombiniert wurden.<sup>112</sup> Wohl prominentestes Beispiel ist die *Mecelle*, das osmanische ZGB von 1876/77, welche in großen Teilen auf hanafitischem Recht beruht.<sup>113</sup> Dadurch wurde der modernen Gesetzgebung der Gegenwart der Weg geebnet.<sup>114</sup>

## II. Grundzüge des islamischen Vertragsrechts

Das Islamic Finance beruht darauf, dass die eingesetzten Investitions- und Finanzierungsgeschäfte umfassend mit den Vorgaben des islamischen Rechts in Einklang stehen. Den Ausgangspunkt bildet daher das islamische Vertragsrecht, aus dem sich die Grenzen des rechtlich Zulässigen ergeben. Allerdings enthält das islamische Recht nur wenige Vorschriften allgemein-vertragsrechtlicher Natur. Die Rechtswerke klassischer Zeit beschränken sich größtenteils auf die Diskussion einzelner Geschäftstypen – allen voran der Kauf (*bai‘*) als Grundtypus des Vertrags (*‘aqd*)<sup>115</sup> –, in deren Rahmen nur sporadisch überge-

109 Vgl. *Rohe*, S. 190.

110 Zur *siyāsa as-šar‘īya* ausführlich *Kischel*, § 10 Rn. 123 ff.

111 *Rohe*, S. 182 f.

112 Vgl. *Ebert*, in: Ende/Steinbach, S. 199 (201 f.); *Eisenberg*, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.46 ff.; *Rohe*, S. 183, sowie bereits *Schacht*, S. 100 ff.; *ders.*, *Studia Islamica* 12 (1960), 99 ff. Zur noch weiter gehenden heutigen Rechtslage in der Türkei und Albanien, wo das islamische Recht vollständig durch staatliches Recht ersetzt wurde, *Rohe*, S. 204 ff.

113 *Bhala*, S. 254 ff.; *Ebert*, in: Ende/Steinbach, S. 199 (202 und 225); *Jehle*, *Geo. L.J.* 104 (2016), 1345 (1348 f.).

114 Zur Rolle des islamischen Rechts in der heutigen islamischen Welt unten Teil 2 B. III. 1.

115 *Eisenberg*, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.79; *Ebert*, in: Kozali/Salama/Thabti, S. 75 (82); *Nadar*, *Arbitration* 75 (2009), 296 (302 f.); *Rohe*, S. 107; *Vogel/Hayes*, S. 97; *White*, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 12.48.

ordnete Fragen etwa des Vertragsschlusses, der Bindungswirkung oder der Inhaltskontrolle behandelt werden.<sup>116</sup> Es existiert mithin kein ›Allgemeiner Teil‹ des islamischen Vertragsrechts;<sup>117</sup> vertragstypenübergreifende Grundsätze sind vielmehr aus diesen Einzeldarstellungen zu deduzieren. Es nimmt daher nicht wunder, dass heute in den allermeisten islamischen Staaten eine Kodifikation des Vertragsrechts nach westlichem Vorbild erfolgt ist, welche die Regelungen des klassischen Rechts fortschreibt und – in den durch die Scharia gezogenen Grenzen – an moderne Gegebenheiten anpasst.<sup>118</sup> Dagegen liegt dem Islamic Finance nach wie vor unmittelbar das autonome, nichtstaatliche Vertragsrecht der islamischen Rechtsgelehrten zugrunde.

### 1. Die Frage der Vertragsfreiheit

Schon die Frage, ob das islamische Recht Vertragsfreiheit gewährt, lässt sich nicht ohne Weiteres beantworten. Zwar hat sich in heutiger Zeit der von dem bedeutenden hanbalitischen Juristen *Ibn Taimīya* (1263–1328) geprägte Grundsatz der *ibāḥa* bzw. *ibāḥa ašlīya* durchgesetzt, wonach alles nicht explizit Verbotene erlaubt ist.<sup>119</sup> Jedoch schnürt das islamische Recht durch seine strengen Beschränkungen wie etwa die weitreichenden Verbote des *ribā* (»Zins«, »Wucher«)<sup>120</sup> und des *ḡarar* (»Spekulation«, »Risiko«)<sup>121</sup> ein relativ enges Korsett, das wenig Raum für kreativere Vertragsgestaltungen lässt. Entsprechend groß ist auch heute noch die Scheu davor, neue Vertragstypen zu entwickeln, die sich zu weit von den klassischen Formen entfernen und sich so in die erhöhte Gefahr der Illegalität begeben.<sup>122</sup> Ähnlich restriktiv ist sonach auch die Haltung der Rechtsgelehrten gegenüber Vertragsklauseln (*šurūṭ*), welche dem Wesen des Vertrages zuwiderzulaufen drohen.<sup>123</sup> Von echter *Vertragsfreiheit* im modernen (westlichen) Sinne kann also nicht die Rede sein; vielmehr wird das islamische Vertragsrecht von einer bloß eingeschränkten Vertragsfreiheit mit einem gewissen (zumindest faktischen) Typenzwang beherrscht.<sup>124</sup>

116 Eisenberg, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.79; Rohe, S. 103.

117 Rayner, S. 86.

118 Vgl. Rohe, S. 103 f.

119 S. Ayub, S. 22; Eisenberg, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 2.80; Kutty, Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 28 (2006), 565 (610); Nadar, Arbitration 75 (2009), 296 (302 f.); Rohe, S. 107; Thabti, in: Kozali/Salama/Thabti, S. 7 (8); Vogel/Hayes, S. 98; White, in: Nethercott/Eisenberg, Rn. 12.50.

120 Dazu ausführlich unten Teil 1 B. IV. 1. a.

121 S. unten Teil 1 B. IV. 1. b.

122 Rohe, S. 107 f.; Vogel/Hayes, S. 99.

123 Dazu näher Nadar, ALQ 23 (2009), 1 (26 ff.); Vogel/Hayes, S. 100 ff.

124 So Rohe, S. 107 f.; Schacht, S. 144. Weiterführend Bhala, S. 534 f.; Jehle, Geo. L.J. 104 (2016), 1345 (1354 f.); Rayner, S. 91 ff. Zu den strengen Vorgaben für die im Rahmen des Islamic Finance zum Einsatz kommenden Vertragstypen, die nur wenige Gestaltungsmöglichkeiten eröffnen, unten Teil 1 B. IV. 2.