

RIKE SINDER

Die Systematisierung des islamischen Rechts

Rechtstheorie · Legal Theory

Mohr Siebeck

Rechtstheorie · Legal Theory

herausgegeben von

Thomas Gutmann, Tatjana Hörnle und Matthias Jestaedt

3



Rike Sinder

Die Systematisierung des islamischen Rechts

Ein Beitrag zur Geschichte teleologischen
Naturrechtsdenkens

Mohr Siebeck

Rike Sinder, geboren 1986; Studium der Rechtswissenschaft, der Wissenschaftlichen Politik und der Islamwissenschaft in Freiburg i. Br., Grenoble und Damaskus; 2012 Erste juristische Prüfung; 2013 Magister Artium; 2019 Zweite juristische Prüfung; 2020 Promotion (Freiburg i. Br.).

orcid.org/0000-0001-8054-4259

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungsfonds Wissenschaft der VG Wort.

ISBN 978-3-16-159590-5 / eISBN 978-3-16-159591-2

DOI 10.1628/978-3-16-159591-2

ISSN 2629-723X / eISSN 2629-7248 (Rechtstheorie · Legal Theory)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Für Martin

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2019/2020 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen.

Meinem Doktorvater Professor Dr. Matthias Jestaedt danke ich für seine stets ermutigende Begleitung und vielfältige Unterstützung. Die Förderung, die ich an seinem Lehrstuhl erfahren durfte, war in vielerlei Hinsicht außergewöhnlich. Wohl nur in dieser wunderbaren Atmosphäre, in der Wissenschaft um ihrer selbst Willen betrieben wurde, konnte ein derart interdisziplinär angelegtes Projekt gedeihen. Die Zweitgutachterin Professorin Dr. Nadja Germann hat die Entstehung der Arbeit von Anfang an konstruktiv begleitet und mich als assoziiertes Mitglied in ihre Forschungsgruppe am Philosophischen Seminar der Universität Freiburg aufgenommen. Herr Professor Dr. Dr. h. c. Mathias Rohe, M. A., hat die Mühe auf sich genommen, das Drittgutachten zu erstellen. Ihm sowie Professor Dr. Ulrich Rebstock verdanke ich hilfreiche Anmerkungen zum Manuskript. Mohamed Megahed, M. A., und Dr. des. Mostafa Najafi halfen mir bei einigen Übersetzungs- und Verständnisfragen.

Im Rahmen eines Forschungsaufenthaltes an der University of Cambridge konnte ich meine Gedanken noch einmal klarer fassen, eine hervorragende Bibliothek nutzen und hatte darüber hinaus Gelegenheit, mit Professor Dr. Robert Gleave die zentrale These meiner Arbeit zu diskutieren. Für seine Anmerkungen und Anregungen bin ich überaus dankbar.

Während meiner Promotionszeit habe ich von der tagtäglichen Ermutigung und Unterstützung zahlreicher Kolleginnen und Kollegen am Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie der Universität Freiburg profitiert. Namentlich genannt seien hier Professor Dr. Philipp Reimer und Privatdozent Dr. Jörg Kammerhofer, LL.M., die mir wichtige rechtstheoretische Impulse gaben.

Neben den wissenschaftlichen haben die mir gewährten finanziellen Freiräume zum Entstehen dieser Arbeit maßgeblich beigetragen: Die Studienstiftung des deutschen Volkes hat mich mit einem großzügigen Promotionsstipendium gefördert. Der Auslandsaufenthalt an der University of Cambridge wurde darüber hinaus durch die Klingmüller-Stiftung unterstützt. Der Förderungsfonds Wissenschaft der VG Wort hat mir einen Druckkostenzuschuss gewährt.

Die Mühen des Korrekturlesens hat mein Mann Dr. Martin Diesterhöft auf sich genommen. Hierfür sowie für zahlreiche Gespräche und seine unermüdliche Unterstützung in allen Lebenslagen bin ich ihm überaus dankbar. Ihm sei die Arbeit gewidmet.

Freiburg im Breisgau, im Herbst 2020

Rike Sinder

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
A. Konzeptionen des Naturrechts im Islam	45
I. Von der Unmöglichkeit eines islamischen Naturrechts überhaupt	45
II. Der Niedergang des islamischen Vernunftrechts	47
III. Islamisches Naturrecht	50
B. Billigkeit und Naturrecht in den <i>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
A. Quellen aristotelischen Billigkeitsdenkens	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
B. Zum Verhältnis von aristotelischer Billigkeit und Naturrecht	70
I. Die Billigkeit der Antigone	70
II. Das Billige als <i>Telos</i> . Zum Billigkeitsdenken der <i>Nikomachischen Ethik</i> ..	72
C. Recht und Gerechtigkeit bei Aristoteles. Stadien aristotelischen Rechtsdenkens	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. <i>Aristotelisches Naturrecht</i>	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. <i>Aristotelisches Naturrecht und aristotelische Billigkeit im Zwiespalt zwischen Maßstabs- und Systematisierungsfunktion</i>	116
I. Die zwei Naturrechtsbegriffe des Aristoteles	116
II. Das aristotelische Billige als gesetzesimmanentes Billiges	118
§ 5 Das rationale Naturrecht des Thomas von Aquin	121
A. <i>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 Gesetzstraktat 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'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
§ 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 uşul al-fiqh. Ein Überblick über istihsān und istiślāh</i>	216
I. Bedeutung, Geschichte und Funktion des <i>istihsān</i>	218
II. Bedeutung, Geschichte und Funktion des <i>istiślāh</i>	221
III. Zwischenfazit	222
§ 8 Die frühe Kritik des <i>istihsān</i> : „Wer im Wege des <i>istihsān</i> entscheidet, der setzt göttliches Recht.“	225
A. <i>Kritik am frühen istihsān durch aš-Šāfi'i</i>	226
I. Das Subjekt des <i>istihsān</i>	228
II. Die Quellen des <i>istihsān</i>	231
B. <i>Zenit der Kritik</i>	232
I. Ibn Ḥazms Kritik an Konsens, <i>taqlīd</i> und <i>qiyās</i>	233
II. Ibn Ḥazms Kritik des <i>istihsān</i> als Fortsetzung seiner Kritik des <i>qiyās</i>	235
III. Eine „positivistische“ Konzeption des islamischen Rechts	238
§ 9 Die Etablierung des <i>istihsān</i> in Auseinandersetzung mit der Kritik ..	241
A. <i>Irrelevanz der Schulzugehörigkeit mit Blick auf den istihsān</i>	242
I. Mälikitischer <i>istihsān</i> ?	242
1. Die These vom mälikitischen Sonderweg eines <i>maşlahā</i> -basierten <i>istihsān</i>	242
2. Mälikitische Zugänge zum <i>istihsān</i> als Ausdruck des Zeitgeists	245
II. <i>Istihsān</i> und Ḥanbaliya	246
1. Mäandrierende Entwicklung innerhalb der Ḥanbaliya	246
2. Unhaltbarkeit schulspezifischer Zuschreibungen	248
B. <i>Aufgreifen der šāfi'itischen Kritik am frühen istihsān</i>	249
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
§ 10 Typologie und Strukturierung des <i>istihsān</i>	259
A. <i>Die verschiedenen Typen islamischrechtlicher Billigkeit</i>	259
I. Der frühe <i>istihsān</i>	261
1. Abū Ḥanīfas Ehebrecher	262
2. Die erste Definition	264

3. Erste Kategorisierungen	265
a) Die frühe Ḥanafīya	265
aa) Al-Ġaṣṣāṣ	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-Dabūsi	269
b) <i>Istiḥsān</i> und Mu'tazila	271
II. Der <i>istiḥsān</i> der islamischen Orthodxie	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-istiḥnā'</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>darūra</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-Bāḡi	289
b) Abū Ya'la	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 bih</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>ra'y</i>	306
II. Anerkennung eines „rechtmäßigen <i>istiḥsān</i> “	308
B. Neuausrichtung der Kritik	309

§ 12 Billigkeitserwägungen bei der Bestimmung des Rechtsgrunds.	
<i>Istiḥsān</i> als <i>taḥṣīṣ al-ʿilla</i>	313
A. Spezialisierung (taḥṣīs) als Lösung von Normenkonflikten	316
B. Erste Theoretisierungsversuche der Spezialisierung des Rechtsgrundes	319
I. Ad-Dabūsi	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-Ṭūfīs 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. Zāhir und bāṭin	382
3. Ḥafī 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. <i>Epieikeia</i> und <i>istiḥsān al-qiyās</i>	392
B. <i>Teleologisches Naturrecht</i> und <i>istiḥsān. Telos</i> und <i>Souveränität als grundlegende Begründungstopoi islamischrechtlicher Billigkeit</i>	393
I. <i>Teleologisches Naturrecht</i> und <i>Systemdenken</i>	394
1. <i>Naturrechtliche Dimension</i> des islamischen Rechts	394
2. <i>Entfaltung</i> des teleologischen Naturrechts in <i>Analogie</i> und <i>qiyās</i>	395
II. <i>Istiḥsān</i> und <i>Telos</i>	398
1. Die teleologische Grundlage des <i>istiḥsān</i>	398
a) <i>Billigkeit</i> als <i>Wunder</i>	399
b) <i>Billigkeit</i> als <i>Telos</i>	400
2. Das <i>Telos</i> des <i>istiḥsān</i> in <i>Abgrenzung</i> von den <i>maqāṣid aš-šarīa</i> und der einzelnen <i>illa</i> . Zum <i>Systemdenken</i> im <i>istiḥsān</i>	401
III. Die <i>Spezialisierung</i> des <i>Rechtsgrundes</i> und ihre <i>lateinische Schwester cessante causa cessat lex</i>	403
IV. <i>Gemeinschaftsbezogenheit</i> von <i>epieikeia</i> und <i>istiḥsān</i>	405
§ 16 <i>Ausblick</i>	409
A. <i>Die Anfänge</i> der <i>Systematisierung</i> des islamischen Rechts	409
B. <i>Das Fortleben</i> des <i>istiḥsān</i> über den <i>Untersuchungszeitraum</i> hinaus	410
C. <i>Billigkeit</i> und <i>Naturrecht</i> im <i>lateinischen Mittelalter</i>	412
English Summary	415
Die <i>Schulen</i> des islamischen Rechts	418
Übersicht über die <i>ausgewerteten Autoren</i>	420
Glossar	424
I. <i>Arabische Termini</i>	424
II. <i>Altgriechische Termini</i>	427
III. <i>Lateinische Termini</i>	428
<i>Personenverzeichnis</i>	430
<i>Literaturverzeichnis</i>	457
<i>Namen- und Sachregister</i>	507

Siglenverzeichnis

Ad Rom.	Thomas von Aquin, Super Epistolam ad Romanos Lectura; mit Kapitel, Vorlesung und Nummer zitiert
An. pr.	Aristoteles, Analytica priora; nach Bekker-Nummern zitiert
Apg	Apostelgeschichte des Lukas, nach der Deutschen Einheitsübersetzung zitiert
DBETH	Deutsche Biographische Enzyklopädie der Theologie und der Kirchen, 2 Bde., München: K. G. Saur 2005
Dt	Deuteronomium (5. Buch Mose); nach der Deutschen Einheitsübersetzung zitiert
EE	Aristoteles, Eudemische Ethik; nach Bekker-Nummern zitiert
EI ²	The Encyclopaedia of Islam, 2. Aufl., 12 Bde., Leiden: E. J. Brill 1986–2002
EI ³	The Encyclopaedia of Islam, 3. Aufl., Leiden und Boston: Brill seit 2007 (nach Jahr und Heft zitiert)
Ex	Exodus (2. Buch Mose); nach der Deutschen Einheitsübersetzung zitiert
Gen	Genesis (1. Buch Mose); nach der Deutschen Einheitsübersetzung zitiert
Hos	Hosea; nach der Deutschen Einheitsübersetzung zitiert
Jes	Jesaja; nach der Deutschen Einheitsübersetzung zitiert
Kateg.	Aristoteles, Kategorien; nach Bekker-Nummern zitiert
Lv	Levitikus (3. Buch Mose); nach der Deutschen Einheitsübersetzung zitiert
Mālik	Hadith-Sammlung des Mālik b. Anas: <i>al-Muwattāʾ</i>
Met.	Aristoteles, Metaphysik; nach Bekker-Nummern zitiert
Min.	Platon, Minos; nach der Stephanus-Paginierung zitiert
MM	Aristoteles, Magna Moralia; nach Bekker-Nummern zitiert
Mt	Evangelium nach Matthäus, nach der Deutschen Einheitsübersetzung zitiert
NE	Aristoteles, Nikomachische Ethik; nach Bekker-Nummern zitiert
Nom.	Platon, Gesetze; nach der Stephanus-Paginierung zitiert
Parm.	Platon, Parmenides; nach der Stephanus-Paginierung zitiert
Phys.	Aristoteles, Physik; nach Bekker-Nummern zitiert
Pol.	Aristoteles, Politik; nach Bekker-Nummern zitiert
Rep.	Platon, Politeia; nach der Stephanus-Paginierung zitiert
Rhet.	Aristoteles, Rhetorik; nach Bekker-Nummern zitiert
Röm	Brief des Paulus an die Römer; nach der Deutschen Einheitsübersetzung zitiert
Ṣaḥīḥ al-Buḥārī	Hadith-Sammlung al-Buḥārīs; mit dem Namen des Buches und der Nummer des Kapitels zitiert
Ṣaḥīḥ Muslim	Hadith-Sammlung Muslims; mit dem Namen des Buches und der Nummer des Kapitels zitiert
1 Sam	1. Buch Samuel; nach der Deutschen Einheitsübersetzung zitiert
Sunan Ibn Māğah	Hadith-Sammlung Ibn Māğahs; mit dem Namen des Buches und der Nummer des Kapitels zitiert
STh	Thomas von Aquin, Summa theologiae; mit Teil, Frage und Artikel zitiert

Sunan Abū Dā'ūd	Hadith-Sammlung Abū Dā'ūds; mit dem Namen des Buches und der Nummer des Kapitels zitiert
Sunan ad-Dārimī	Hadith-Sammlung ad-Dārimīs; mit dem Namen des Buches und der Nummer des Kapitels zitiert
Sunan al-kubrā li-'n-Nasā'ī	Hadith-Sammlung an-Nasā'īs; mit dem Namen des Buches und der Nummer des Kapitels zitiert
Sunan at-Tirmidī	Hadith-Sammlung at-Tirmidīs; mit dem Namen des Buches und der Nummer des Kapitels zitiert
Sup. Matth. Top.	Albert der Große, Enarrationes in Evangelium Matthaei Aristoteles, Topik; nach Bekker-Nummern zitiert

Hinweise zu Übersetzung und Transkription

Der Haupttext ist ausschließlich auf Deutsch verfasst, wobei fremdsprachige Zitate von der Verfasserin selbst übersetzt wurden, sofern eine Fußnote nicht auf eine andere Übersetzung verweist. Zentrale originalsprachliche Termini werden als Klammerzusätze (gegebenenfalls in transkribierter Form) eingefügt. Bei Begriffen, die sich einer Übersetzung entziehen, wird auf eine solche verzichtet. Der Leser sei insoweit auf das im Anhang befindliche Glossar verwiesen.

Die Transkription arabischer Termini erfolgt nach den Kriterien der Deutschen Morgenländischen Gesellschaft (DMG) (Transkriptionskommission der Deutschen Morgenländischen Gesellschaft, Die Transliteration der arabischen Schrift in ihrer Anwendung auf die Hauptliteratursprachen der islamischen Welt, Leipzig 1935). Den Kriterien entsprechend wird von einer Transkription des *i'rāb* abgesehen. Dies gilt ungeachtet der Kriterien auch für Koranzitate. Von den Transkriptionskriterien der DMG wird außerdem abgewichen, wenn die fraglichen Termini in den Duden Eingang gefunden haben (z. B. Dschihad und Scharia) oder es sich um Ortsnamen handelt, die unter einer anderen Schreibweise allgemein bekannt sind. Darüber hinaus wird das *tā' marbūṭa* nach einem langen „ā“ sowie vor einem ebenfalls arabischen Wort, welches mit einem Vokal beginnt, mit einem „t“ transkribiert (vgl. *ṣalāt*).

Bei der Transkription aus dem Altgriechischen wird durchgehend auf Akzente verzichtet.

Originalsprachliche Zitate werden – sofern von hinreichend zentraler Bedeutung – zudem in der jeweiligen Fußnote vollständig zitiert. Als Nachweis wird bei altsprachlichen sowie arabischen Texten sowohl das Original als auch eine Übersetzung angegeben, sofern eine solche vorhanden ist.

Jahreszahlen werden im griechischen, lateinischen und deutschen Kontext nach dem gregorianischen Kalender, im islamischen Kontext nach dem Hidshrakalender sowie dem gregorianischen Kalender angegeben. Da bei der Umrechnung nicht immer der Monat bekannt ist, kann die letztere, gregorianische Angabe jedoch um ein Jahr abweichen.

§ 1 Einleitung

A. Die Töchter der aristotelischen *epieikeia*

Die Töchter der aristotelischen Billigkeit (*hē epieikeia*) konfrontieren die Rechtswissenschaft seit jeher mit Herausforderungen, deren Zahl historischer Bearbeitungen und Lösungsversuche sich kaum ermessen lässt. Sie sind auch heute noch allgegenwärtig:

Über die im deutschen öffentlichen Recht prominenteste Tochter, die Verhältnismäßigkeit, heißt es im Handbuch der Grundrechte, sie sei „populär und ubiquitär“.¹ In ihr wird nicht weniger gesehen als ein „allgemeingültiger Wertmaßstab“² und ein „grundlegendes Element eines globalen Konstitutionalismus“.³ In ihrer „akklamationsfördernden Konturlosigkeit“ diene sie „Kundigen und Unkundigen gleichermaßen als [...] Nothelfer in mißliebigen oder aussichtslosen Situationen“.⁴ Die historischen Wurzeln der Verhältnismäßigkeit führt Detlef Merten auf das fünfte Buch der *Nikomachischen Ethik* des Aristoteles (gest. 322 v. Chr.) zurück.⁵ Indes übersieht er, dass die dort besprochene *epieikeia* nicht nur für die Verhältnismäßigkeit Patin stand, sondern auch für die ver-

¹ Detlef Merten, Verhältnismäßigkeit, in: ders./Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. 3: Allgemeine Lehren, Heidelberg: C. F. Müller 2009, § 68 Rn. 1.

² BVerwG, Beschl. v. 15.07.2008 – 1 WDS-VR 11.08 – juris Rn. 30.

³ Alec Stone Sweet/Jud Mathews, Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, Columbia Journal of Transnational Law, Bd. 47 (2008), S. 72–164 (160); für eine solche „global grammar of constitutionality“ werbend auch Matthias Klatt/Moritz Meister, The Constitutional Structure of Proportionality, Oxford: Oxford University Press 2012, S. 3.

⁴ Merten, Verhältnismäßigkeit (Anm. 1), § 68 Rn. 1. Zu den Schwierigkeiten bei der Verortung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Grundgesetz siehe Peter Lerche, Übermass und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, Köln/Berlin/München/Bonn: Carl Heymann 1961; Philipp Reimer, Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht, ein heterogenes Konzept, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, Tübingen: Mohr Siebeck 2015, S. 60–76 (insb. 61).

⁵ Merten, Verhältnismäßigkeit (Anm. 1), § 68 Rn. 6, Anm. 38. Ähnlich Eric Engle, The General Principle of Proportionality and Aristotle, in: Liesbeth Hupperts-Cluysenaer/Nuno M. M. S. Coelho (Hrsg.), Aristotle and The Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice, Dordrecht/Heidelberg/New York/London: Springer 2013, S. 265–276 (265 f.). Siehe hierzu als verfassungstheoretische Überlegung auch Philipp Reimer, „... Und machet zu Jüngern alle Völker“?, Der Staat 52 (2013), S. 27–57 (55).

wandten Rechtsinstitute Billigkeit und Gnade.⁶ Diese Nähe tritt bei Dirk Ehlers und Bodo Pieroth umso offener zutage, wenn sie unter Berufung auf ebendiese aristotelische Billigkeit die Einführung einer weiteren Härtefallklausel im Spielhallenrecht fordern, weil deren Abwesenheit einen unverhältnismäßigen Grundrechtseingriff darstelle.⁷ Franz Wieacker führt die Verhältnismäßigkeit ebenfalls auf die aristotelische *epieikeia*, für ihn symbolisiert durch das Richtmaß der lesbischen Bauart,⁸ zurück, welches gleichbedeutend mit dem lateinischen *aequum* sei, und spielt so auf die Dichotomie von *ius strictum* und *ius aequum* an; er betont jedoch zugleich, dass eine Gleichsetzung der Verhältnismäßigkeit mit der Billigkeit fehlerhaft sei, da die Erstere allgemein, die Letztere jedoch stets auf den Einzelfall bezogen sei.⁹ Noch offensichtlicher ist der Rekurs auf Aristoteles im Bereich der *common law equity*. So erklärte der *Court of Appeals of New York* in einem Erbrechtsfall aus dem Jahre 1889: „The equitable construction which restrains the letter of a statute is defined by Aristotle“.¹⁰

Ungeachtet der langen Traditionslinie der Lehre von der Verhältnismäßigkeit wird in der gegenwärtigen Literatur bisweilen davon ausgegangen, es handle sich um ein genuin deutsches Institut, welches erst jüngst die Rechtssysteme der

⁶ Bezeichnenderweise kommt *Merten* (Verhältnismäßigkeit [Anm. 1], Rn. 22–23) für das (deutsche) Zivilrecht zu dem Schluss, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dort kaum einen Anwendungsbereich habe. Dabei hätte es zumindest nahe gelegen, sich die Frage vorzulegen, wie viel Verhältnismäßigkeit in der im Zivilrecht zur Korrektur ungerechter Ergebnisse herangezogenen Billigkeit steckt. Beispielhaft BGHZ 60, 243 (246), wonach einseitig gestellten Vertragsbestimmungen wegen Verstoßes gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) die Anerkennung zu versagen ist, wenn sie „bei Abwägung der Interessen der künftigen Vertragsparteien der Billigkeit widersprechen“. Vgl. aber auch *Michael Stürner*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht. Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten*, Tübingen: Mohr Siebeck 2010, der die Verhältnismäßigkeit als Figur auch des Zivilrechts zu kultivieren versucht.

⁷ *Dirk Ehlers/Bodo Pieroth*, *Der Härtefall im Spielhallenrecht bei Auseinanderfallen von Erlaubnis- und Betriebsinhaber*, *GewArch* 2013, S. 457–463 (458, 463).

⁸ Aristoteles vergleicht in der *Nikomachischen Ethik* die Billigkeit mit der Richtschnur der lesbischen Bauart, die sich der Gestalt des Steines anpasst – ebenso passe sich das Billige den Tatsachen an. Billig handelt sodann derjenige, der „nicht in kleinlicher Genauigkeit sein Recht so lange verfolgt (*akribodikaos*), bis es zum Unrecht wird, sondern, obwohl das Gesetz auf seiner Seite stünde, geneigt ist, mit einem bescheideneren Teil zufrieden zu sein (*elattōtikos*)“ (NE 1137b35–1138a1). Die *Nikomachische Ethik* wird hier und im Folgenden zitiert nach Aristoteles *Ethica Nicomachea* (herausgegeben von Franz Susemihl), 3. Aufl. (überarbeitet von Otto Apelt), Leipzig: Teubner 1912; die zitierte Übersetzung stammt aus Aristoteles, *Nikomachische Ethik* (übersetzt von Franz Dirlmeier), Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1956. Etwaige Abweichungen von diesen Übersetzungen werden in einer Fußnote kenntlich gemacht.

⁹ *Franz Wieacker*, *Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung*, in: Marcus Lutter/Walter Stimpel/Herbert Wiedemann (Hrsg.), *Festschrift für Robert Fischer*, Berlin/New York: Walter de Gruyter 1979, S. 867–881 (871, 873).

¹⁰ *Riggs v. Palmer*, 115 N. Y. 506 (510), 22 N. E. 188 (1889). Engle führt gar die Institution der *equity courts* als solche auf die aristotelische Vorlage zurück, *Eric Engle*, *Aristotle, Law and Justice: The Tragic Hero*, *Northern Kentucky Law Review*, Bd. 35 (2008), Nr. 1, S. 1–17 (3).

Welt ergriffen habe – getragen durch die Prinzipientheorie Robert Alexys¹¹ einerseits und das Europarecht andererseits.¹² Während Aharon Barak das griechische Erbe ebenso wie die Rolle des Thomas von Aquin (gest. 1274) jedenfalls für die europäische Rechtsentwicklung durchaus würdigt,¹³ scheint er (im Jahr 2012 schreibend) bezüglich der Türkei davon auszugehen, die Idee der Mäßigung im Recht habe dort erst 2001 Einzug gehalten.¹⁴ Versteht man den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eng als eine (verfassungsrechtliche) Begrenzung des staatlichen Aktionsradius im Verhältnis zu den Bürgerinnen und Bürgern mit dem Ziel, (liberale) Freiheitsrechte zu schützen, mag dies durchaus zutreffen. *Ideengeschichtlich* betrachtet erscheint es jedoch geradezu absurd, bedenkt man, dass das Osmanische Reich bereits 1877 für den Bereich des Zivilrechts die Mecelle einführt,¹⁵ eine Kodifikation der damals weitgehend kraft Richterrechts geltenden hanafitischen Rechtsschule, die ihrerseits als Wiege des *istihsān* (dt.: „Für-gut-Halten“), also der islamischrechtlichen Billigkeit und dem funktionalen

¹¹ Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergibt sich für Alexy logisch deduzierbar aus dem Prinzipiencharakter, *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1994, S. 100; siehe auch *Martin Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, Baden-Baden: Nomos 2007, S. 32; *Klatt/Meister*, The Constitutional Structure of Proportionality (Anm. 3), S. 10; kritisch zu dieser Verbindung von Prinzipientheorie und Verhältnismäßigkeit *Matthias Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Tübingen: Mohr Siebeck 1999, S. 241 f.; *Ralf Poscher*, Theorie eines Phantoms – Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand, Rechtswissenschaft 2010, S. 349–372 (367).

Alexy nimmt selbst an, dass kein schwieriger Fall ohne Rekurs auf eine Abwägung zu lösen sei; auch er geht jedoch von einer zunehmende Bedeutung der Abwägung im Verfassungsstaat aus, bedürfe ein Eingriff in individuelle Rechte dort doch stets einer Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung, siehe *Robert Alexy*, On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison, *Ratio Juris* 16 (2003), S. 433–449 (436).

¹² *Aharon Barak*, Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations (aus dem Hebräischen übersetzt von Doron Kalir), Cambridge: Cambridge University Press 2012, S. 6 f.; ähnlich für das verwandte amerikanische Institut des *balancing* Aleinikoff, der darin eine Neuerung der 30er und 40er Jahre erblickt, die mit der formalistischen Tradition des 19. Jahrhunderts gebrochen habe (*T. Alexander Aleinikoff*, Constitutional Law in the Age of Balancing, *The Yale Law Journal*, Bd. 96 [1987], Nr. 5, S. 943–1005 [948 f.]); auch dem internationalen Privatrecht wird eine Bewegung hin zu Billigkeit (*equity*) und weg von Bestimmtheit (*certainty*) attestiert, siehe *Paul Heinrich Neuhaus*, Legal Certainty versus Equity in the Conflict of Laws, *Law and Contemporary Problems*, Bd. 28 (1963), S. 795–807 (800); Neuhaus scheint jedoch von einer gewissen Wiegenbewegung auszugehen, weil das Streben nach Bestimmtheit dem Recht immanent sei (ebd., S. 802).

¹³ *Barak*, Proportionality (Anm. 12), 175 f.

¹⁴ Vgl. hierzu das Schaubild ebd., S. 182, und die Erläuterungen auf S. 187. In Anm. 71 erklärt Barak, die Türkei habe 2001 eine maßgebliche Verfassungsänderung vorgenommen, im Rahmen derer sie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Art. 13 verankert habe.

¹⁵ In die Mecelle fand so tatsächlich ein Grundsatz Eingang, der in unmittelbarer Nähe zum *istihsān* liegt und für diesen in Anspruch genommen wurde, nämlich derjenige, dass die Notwendigkeit (*darūra*) das Verbotene erlaubt macht, siehe Art. 21: „Zaruretler memnu‘ olan şeyleri mubah kılar.“ (abgedruckt in: Mecelle [Mecelle-i Ahkâm-i Adliyye]. Texte du Code civil ottoman de 1879 suivi d’un lexique, Ankara: Güzel İstanbul Matbaası 1959).

Äquivalent der aristotelischen *epieikeia*, gerühmt wird. Bei diesem Institut handelt es sich möglicherweise tatsächlich um die früheste genuin juristische Interpretation aristotelischer Billigkeit,¹⁶ d. i. eine auf die positivrechtliche Anwendung in einem in höchstem Maße elaborierten Rechtssystem gemünzte Ausformung und Deutung derselben. Es ist insoweit kein Zufall, dass einer der zur Begründung des Rechtsinstituts bemühten Topoi, nämlich das mu'tazilitische Zeichenmodell,¹⁷ in nicht unerheblichem Maße an Alexys Prinzipientheorie erinnert, unterscheidet doch schon Abū 'l-Ḥusain al-Baṣrī (gest. 436/1044) Indikatoren (Sg.: *dalīl*) von Zeichen (Sg.: *amāra*), wobei nur die ersteren sicheres (*qaṭ'ī*) Wissen vermitteln, das durch die letzteren vermittelte Wissen hingegen nur wahrscheinlich ist (*zannī*). Zeichen ziehen in diesem Modell (anders als Indikatoren) die mit ihnen verbundene (Rechts-)Folge nicht zwangsläufig nach sich und haben so gewisse Ähnlichkeiten mit Alexys Prinzipien.

B. Die Frage nach dem Bezugspunkt

Die aristotelische *epieikeia* ebenso wie ihre verschiedenen Töchter (einschließlich *istiḥsān* und Verhältnismäßigkeit) pflegen eine innige Beziehung zum Zweck: In der *Nikomachischen Ethik* bildet die gesetzgeberische Absicht letztlich den Referenzpunkt und zugleich Begründungstopos für ein mögliches Abweichen vom Wortlaut des Gesetzes, wobei Aristoteles (anders als etwa Art. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches¹⁸) nicht auf den subjektiven Rechtsetzungswillen des Richters, sondern auf den objektiven, durch den Gesetzgeber statuierten Rechtszweck verweist, wodurch die *epieikeia* „ordnungsimmanentes Korrekturmittel“ bleibt.¹⁹ Auch ein Rekurs auf die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme ohne vorherige Feststellung des verfolgten Zweckes ist ab initio müßig.²⁰ Der Zweckverweis avanciert hierbei oft zum Mittel einer unvermeidbaren Rationalisierung, die gerade nicht Willkür verkörpern, sondern dem Recht selbst zur Geltung verhelfen soll. Erst aus der Rationalisierung folgt insofern

¹⁶ Siehe hierzu ausführlich unten, § 6.

¹⁷ Siehe hierzu unten, § 12B.II.

¹⁸ Art. 1 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, BBl 1907 VI 589: „Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.“

¹⁹ Hasso Hofmann, Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, 5. Aufl., Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 2011, S. 102.

²⁰ BVerfGE 16, 194 (201); 109, 279 (335 f.); 115, 320 (345); 118, 168 (193); siehe auch Christian Hillgruber, Grundrechtsschranken, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 9: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller 2011, § 201 Rn. 51.

Legitimität,²¹ wird doch gerade in der Berufung auf außerrechtliche Prinzipien der Niedergang des Rechtsstaates erblickt.²² Der Verweis auf die Absicht des Gesetzgebers dient so gerne als positivistisch verstandener Ausweg aus einer naturrechtlichen Konzeptualisierung der Billigkeit.²³ Es ist die *ratio legis*, die sodann Normdehnung und Normbeschränkung ermöglicht und den *rigor iuris* mildert; ein Gedanke, der sich schon in der ursprünglich aus dem kanonischen Recht stammenden *regula vulgata* des gemeinen Rechts *cessante causa cessat lex* niederschlug.²⁴

Allen Rationalisierungsbemühungen zum Trotz wird dennoch auch den Töchtern der *epieikeia* selbst von ihren großen Fürstreitern eine ausgesprochene Nähe zu moralischen, d. i. naturrechtlichen Erwägungen attestiert²⁵ und eine auffällige Ähnlichkeit verschiedener positivrechtlicher Billigkeitskonzeptionen festgestellt, die darauf beruhe, dass der „Ursprung der Billigkeit“ in einer der menschlichen Natur innewohnenden Gerechtigkeit zu suchen sei.²⁶ Der globale Erfolg des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wird nicht zuletzt durch Hinweis auf

²¹ Auf das Rationalisierungserfordernis verweist auch *Alexy*, On Balancing and Subsumption (Anm. 11), S. 436, der zugleich erklärt, den Beweis für die Rationalität der Abwägung liefern zu können.

²² So etwa Augsburg, der die Berufung auf „höhere Rechtsprinzipien“ und „oberste Rechtsgrundsätze“ als für das NS-Regime charakteristisch beschreibt, *Ino Augsburg*, Die Lesbarkeit des Rechts. Texttheoretische Lektionen für eine postmoderne juristische Methodologie, Weilerswist: Velbrück Wissenschaft 2009, S. 147 f.; anders indes Wittreck, der annimmt, dass es sich bei der NS-Rechtslehre gerade um „eine Form von Naturrecht, gewissermaßen ‚dunkles‘ Naturrecht handelt“, *Fabian Wittreck*, Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht. Affinität und Aversion, Tübingen: Mohr Siebeck 2008, S. 4.

²³ Siehe schon *Max Rümelin*, Die Billigkeit im Recht, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1921, S. 18. Für die Gnade schlägt sich dies darin nieder, dass die Staatsrechtslehre des 17. und 18. Jahrhunderts von der Prämisse ausging, vom Gesetz könne nur derjenige dispensieren, der es umgekehrt auch erlassen könne, weshalb das *ius aggratiandi* als *ius maiestatis* konzeptualisiert wurde, *Thomas Brückner*, Das „Ius Aggratiandi“: Gnade und Recht und ihre Interaktion in der rechtswissenschaftlichen Literatur der frühen Neuzeit, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, Bd. 57 (2001), Nr. 69, S. 57–79 (61).

²⁴ *Clausdieter Schott*, „Rechtsgrundsätze“ und Gesetzeskorrektur. Ein Beitrag zur Geschichte gesetzlicher Rechtsfindungsregeln, Berlin: Duncker & Humblot 1975, S. 65; siehe zu diesem Grundsatz ausführlich unten, § 15B.III.

²⁵ Siehe etwa *Matthias Klatt/Moritz Meister*, Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip, *Der Staat* 51 (2012), S. 159–188 (169 f.); ähnlich *Robert Alexy*, On the Concept and the Nature of Law, *Ratio Juris* 21 (2008), S. 281–299 (281), der von einer doppelten Natur des Rechts ausgeht, die notwendig nicht-positivistische Züge trage; siehe zu Alexys Naturrechtskonzeption auch *Martin Borowski*, Prinzipien als Grundrechtsnormen, *ZöR* 53 (1998), S. 307–335 (329); diese Entwicklung ebenfalls (jedoch kritisch) beschreibend *Johann Braun*, Rechtsrelativismus und Rechtsabsolutismus. Oder: Was ist eigentlich aus dem Naturrecht geworden?, *JZ* 2013, S. 265–273 (273); anders *Grégoire C.N. Webber*, Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Bd. 23 (2010), Nr. 1, S. 179–202 (180 f.), der ausdrücklich von einer rein technischen Dimension von Verhältnismäßigkeit und Abwägung ausgeht.

²⁶ So *Ralph A. Newman*, Equity in Comparative Law, *International and Comparative Law Quarterly*, Bd. 17 (1968), S. 807–848 (810).

seine Verwandtschaft mit aristotelischen Gerechtigkeitskonzeptionen erklärt.²⁷ In Shakespeares *Kaufmann von Venedig* erscheint mit der Gnade eine andere Tochter der aristotelischen *epieikeia* als „über diese[r] Zeptermacht“ stehend, „in dem Herzen des Monarchen“ thronend, „ein Attribut der Gottheit selbst“ – ein Gerechtigkeitsverlangen, das indes vor „Venedigs Gestrenge[m] Hof“ nicht geltend gemacht werden könne.²⁸

Ius aequum und *ius strictum* treten so in den offenen Widerstreit, wenn die Billigkeit als Einbruch der Gerechtigkeit, als „Maßstab für die Kritik des geltenden Rechts“ begriffen wird.²⁹ In der *aequitas* triumphiert die *iustitia* über das *ius*;³⁰ ein Triumph, der stets Gefahr läuft, als *aequitas cerebrina*, d. i. eine nur dem Kopf entspringende – *ex cerebro* – Beurteilung, abqualifiziert zu werden.³¹ Den Töchtern der *epieikeia* wohnt so ein schwieriges Verhältnis zum geschriebenen Recht, zum Gesetzeswortlaut inne:³² Die Verhältnismäßigkeit soll in ihrer „mildernde[n] equity-Unbestimmtheit“ „dem rigor iuris eines an archaischen oder technokratischen Vorbildern orientierten Rechtsformalismus die Spitze“ abbrechen³³ – ein Konflikt, der nicht zuletzt für das deutsche Recht die Kritik eines Carl Schmitt auf sich gezogen hat, der in der Verhältnismäßigkeit eine auf das (neuthomistische) Naturrecht hinstrebende Wertphilosophie³⁴ und damit eine *Tyrannie der Werte* erblickt. An ihrer statt fordert er im Namen einer „Wert-Philosophie der Freiheit“ nicht nur, die Freiheit als höchsten Wert zu proklamieren, sondern vielmehr die „Wert-Freiheit“ als die „höchste Freiheit“ zu

²⁷ So Johannes Saurer, Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, *Der Staat* 51 (2012), S. 3–33 (29).

²⁸ Übersetzung nach August Wilhelm von Schlegel; im englischen Original heißt es: „The quality of mercy is not strained. It droppeth as the gentle rain from heaven upon the place beneath. It is twice blest: It blesseth him that gives and him that takes. ‘Tis mightiest in the mightiest. It becomes the thronèd monarch better than his crown. His sceptre shows the force of temporal power, the attribute to awe and majesty, wherein doth sit the dread and fear of kings; but mercy is above this sceptred sway. It is enthronèd in the hearts of kings; it is an attribute of God himself, and earthly power doth then show likest God’s when mercy seasons justice. Therefore, Jew, though justice is thy plea, consider this: That in the course of justice none of us should see salvation. We do pray for mercy, and that same prayer doth teach us all to render the deeds of mercy. I have spoke thus much to mitigate the justice of thy plea, which if thou follow, this strict court of Venice must needs give sentence ‘gainst the merchant there.“, Akt 4, Szene 1, hier zitiert nach *William Shakespeare, The Merchant of Venice* (herausgegeben von Jay L. Halio), Oxford/New York: Oxford University Press 2008, S. 197 f.

²⁹ So etwa Rümelin, Die Billigkeit im Recht (Anm. 23), S. 18.

³⁰ So etwa ebd., S. 27.

³¹ So Clausdieter Schott, „Aequitas cerebrina“, in: *Rechtshistorische Studien*. Hans Thieme zum 70. Geburtstag zugeeignet von seinen Schülern, Köln/Wien: Böhlau 1977, S. 132–160 (133, 136).

³² Siehe hierzu für die Gnade Brückner, Das „Ius Aggratiandi“ (Anm. 23), S. 58.

³³ Erhard Denninger, Polizei und demokratische Politik, *JZ* 1970, S. 145–152 (152).

³⁴ Christoph Schönberger, Werte als Gefahr für das Recht? Carl Schmitt und die Karlsruher Republik, in: Carl Schmitt, *Die Tyrannie der Werte*, 3. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 2011, S. 57–91 (66 f.).

betrachten.³⁵ Der Gesetzgeber habe – sofern die Verfassung eines Gemeinwesens einen solchen ebenso wie ein Gesetz vorsehe – die Aufgabe, die Vermittlung zwischen Wert und Gesetz „durch berechenbare und vollziehbare Regeln“ zu steuern, um so „den Terror des unmittelbaren und automatischen Wertvollzugs zu verhindern“.³⁶

Schon die aristotelische *epieikeia* selbst oszilliert in ihren verschiedenen Legitimationstopoi zwischen einem innersystemischen Zweckverweis und einem außersystemischen Naturrechtsverweis, die indes auch beide als Naturrechtsverweise begriffen werden können, nämlich als Verweise auf ein systemimmanentes, teleologisches Naturrecht einerseits und ein systemtranszendierendes, rationales Naturrechts andererseits. Die verschiedenen Billigkeitskonzeptionen von *Nikomachischer Ethik* und *Rhetorik* geraten hier in den offenen Widerstreit.³⁷

C. Islam und Naturrecht

Während es vor diesem Hintergrund kaum verwundert, dass sich die Analysten islamischrechtlicher Konzeptionen der Billigkeit oft zugleich zum Themenkomplex Islam und Naturrecht verhalten, ist umgekehrt eine bedauerliche Leerstelle zu verzeichnen: Rechtsphilosophische Untersuchungen zum Naturrecht sparen – unabhängig vom jeweils gewählten Untersuchungszeitraum – den Islam zumeist gänzlich aus. Selbst Betrachtungen, die für sich in Anspruch nehmen, die Geschichte des Naturrechts umfassend darzustellen und daher meist mit Platon (gest. 348 oder 347 v. Chr.), spätestens jedoch mit Aristoteles ihre Ausführungen beginnen, um über die Stoa letztlich zu Thomas von Aquin zu gelangen, weisen eine – in diesem Narrativ um so seltsamer erscheinende – Lücke auf. Hierbei wird die Bedeutung des mālikitischen Rechtsgelehrten Ibn Rušd (gest. 595/1198), der im lateinischen Mittelalter als Averroes Berühmtheit erlangt hat, sei es aufgrund sprachlicher Barrieren sei es aufgrund einer vermeintlichen „Kulturfremdheit“ gänzlich marginalisiert.

Dabei sprechen zahlreiche Erwägungen eher für denn gegen eine Einbeziehung der islamischen Tradition; dies nicht nur wegen der zahlreichen Interaktionen, die die Ideengeschichte des gesamten Mittelmeerraums prägten (neben dem Einfluss Ibn Rušds sowie der Entwicklung der scholastischen Me-

³⁵ Carl Schmitt, *Die Tyrannei der Werte*, 3. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 2011, S. 34. Schmitt wendet sich in seiner Kritik freilich insbesondere gegen die „damals verbreitete Deutung des Grundgesetzes als Wertesystem, die auch dem weichenstellenden Lüth-Urteil des Gerichts [...] zugrundelag“, Schönberger, *Werte als Gefahr für das Recht?* (Anm. 34), S. 62. Zum Verhältnis der schmittschen Kritik der Werte zu seinen Schriften vor 1945 instruktiv *Shu-Perng Hwang*, *Materialisierung durch Entmaterialisierung. Zur Kritik der Schmitt-Schule am wertorientierten Grundrechtsverständnis unter dem GG*, *Der Staat* 52 (2013), S. 219–244.

³⁶ Schmitt, *Die Tyrannei der Werte* (Anm. 35), S. 54.

³⁷ Siehe hierzu ausführlich unten, § 4.