

Islamisches Recht

Norbert Oberauer

Islamisches Wirtschafts- und Vertragsrecht

Einführung

2. Auflage



Nomos

Ergon

Islamisches Recht

Die Lehrbuchreihe *Islamisches Recht* betrachtet die relevanten Inhalte und Quellen des islamischen Rechts in fachspezifischen Einführungen für Studierende, VertreterInnen aus Wissenschaft und Praxis und fachlich Interessierte. Dargestellt werden die verschiedenen Rechtsgebiete des Islamischen Rechts, darunter das Familien-, Erb-, Straf-, Wirtschafts- und Finanzrecht, sowie einzelne länderspezifische Rechtssysteme in ihren Kontexten. Die Reihe bietet fundiertes Überblicks- und Orientierungswissen mit aktuellen Bezügen und vertieft wesentliche Fachgrundlagen. Ausgewiesene ExpertInnen aus Wissenschaft und Praxis garantieren profundes Insiderwissen aus der Islamischen Welt.

Norbert Oberauer

Islamisches Wirtschafts- und Vertragsrecht

Einführung

2., aktualisierte und erweiterte Auflage



Nomos

Ergon



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-7182-0 (Print)

ISBN 978-3-7489-1222-4 (ePDF)

2., aktualisierte und erweiterte Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhalt

Vorwort	9
Einleitung	13
I. Der Barkauf (<i>bayʿ</i>)	15
1. Voraussetzungen bezüglich der Vertragsparteien	15
1.1. Geschäftsfähigkeit	15
1.2. Freiheit von Zwang	16
1.3. Eigentum des Verkäufers an der Kaufsache	16
1.4. Die Bedeutung der Konfession der Parteien	17
2. Der Vertragsschluss (<i>ʿaqd</i>)	17
2.1. Angebot und Annahme	18
2.2. Die Rechtsfolgen des Vertragsschlusses	23
3. Voraussetzungen bezüglich der ausgetauschten Güter	25
3.1. Rituelle Reinheit und prinzipielle Nutzbarkeit	25
3.2. Existenz und Übergabefähigkeit	26
3.3. Weiterveräußerung vor Inbesitznahme (<i>qabd</i>)?	26
3.4. Bestimmtheit von Menge und Qualität	28
3.5. Das Problem abwesender und nicht sichtbarer Güter	30
3.6. Der Kauf von Früchten am Baum	33
II. Kaufverträge mit einseitigem Leistungsaufschub	37
1. Verzögerte Lieferung: Der Terminkauf (<i>salam</i>)	37
2. Verzögerte Zahlung: Der Kreditkauf	41
3. Das Verbot des beidseitigen Leistungsaufschubs	42
III. Der Werklieferungsvertrag (<i>istiṣnāʿ</i>)	45
1. Anwendungsbereich und systematische Einordnung	45
2. Der <i>istiṣnāʿ</i> als rechtsdogmatischer Kompromiss	46
3. Die Sonderposition des Abū Yūsuf und der <i>istiṣnāʿ</i> im heutigen Rechtsdiskurs	49
4. Alternativen zum <i>istiṣnāʿ</i>	51
IV. Vertragliche Gestaltungsfreiheit und ihre Grenzen: die <i>ṣurūṭ</i>	55
1. Vertragsimplizite Konditionen: Die „Essenz des Vertrags“ (<i>muqṭadā al-ʿaqd</i>)	56
2. Verträge unter Vorbehalt von Ereignissen (<i>taʿliq al-ʿaqd</i>)	57
3. Vereinbarung von Widerrufsrechten (<i>ṣarṭ al-ḥiyār</i>)	57
4. Das <i>ʿurbūn</i>	61
5. Vertragskombinationen	63
5.1. Die konditionale Verknüpfung von Verträgen	63
5.2. Abgrenzung zur nicht-konditionalen Verknüpfung	67
5.3. Die Verknüpfung von Kauf und Miete als Alternative zum Werklieferungsvertrag	68
6. Vertragsförderliche und vertragsunterlaufende Konditionen	71
7. Vertragsfreiheit im islamischen Recht? Der Ansatz Ibn Taymiyyas	74
V. Das Verbot des „Risikos“ (<i>ḡarar</i>)	79
1. Bedeutung und Reichweite	798
2. Die exegetischen Grundlagen des <i>ḡarar</i> -Verbots	80
2.1. Das koranische Verbot des <i>maysir</i>	80
2.2. Von <i>maysir</i> zu <i>ḡarar</i> : Risikoverbote im Hadith	81

Inhalt

VI.	Das <i>ribā</i> -Verbot	85
	1. Der Koran und das „vorislamische <i>ribā</i> “	85
	2. Das Verbot des „nutzbringenden Darlehens“ (<i>qarḍ ḡarra manfāʿa</i>)	88
	3. Überschussverbot und Stundungsverbot: <i>ribā al-faḍl</i> und <i>ribā an-nasrʿa</i>	89
	4. Der versteckte Zins: Probleme der Fasslichkeit	92
	5. Die doppelten Kaufgeschäfte	93
	6. Dogmatische Strenge vs. ökonomischer Pragmatismus: Das Beispiel des <i>bayʿ al-wafāʿ</i>	97
	7. Quantitative Begrenzung des Zinses? Ein rechtsvergleichender Ausblick	102
	8. Extreme Übertreibung: Das Rechtsinstitut des <i>ḡabn fāḥiṣ</i>	104
	9. Die positiv-rechtlichen Zinsgrenzen im Osmanischen Reich	108
VII.	Die <i>murābaḥa</i>	109
VIII.	Gefahrtragung und Gefahrübergang	117
	1. Der Begriff „ <i>ḡamān</i> “ und seine unterschiedlichen Bedeutungen	117
	2. <i>ḡamān</i> im Sinne von Gefahrtragung	117
	2.1. Gefahrtragung und Treuhänderschaft (<i>amāna</i>)	117
	2.2. Der Gefahrübergang beim Kauf	119
IX.	Mängelhaftung	135
	1. Was sind Mängel?	135
	2. Rechte und Pflichten bei Mängeln	136
	3. Rücktrittshindernisse (<i>mawāniʿ min ar-radd</i>)	138
	3.1. Konkudente Akzeptanz durch Nutzung oder Verzögerung	138
	3.2. Weiterveräußerung	138
	3.3. Auftreten eines zweiten Mangels in der Gefahr des Käufers	141
	3.4. Zugewinn aus der Ware (<i>ziyāda/namāʿ</i>)	142
	4. Die Möglichkeit des Haftungsausschlusses (<i>barāʿa</i>)	146
	5. Die mālikitische Sonderregelung der <i>ʿuhda</i>	148
	6. Ein Blick auf die Praxis: Sklavenverkäufe im Ägypten des 9. und 10. Jahrhunderts	149
X.	Miet- und Arbeitsverträge	151
	1. Miete von Sachen und Personen: Die <i>iḡāra</i>	151
	1.1. Kündigung der Miete	154
	1.2. Haftung und Gefahrtragung bei der Miete	155
	2. Die Auslobung (<i>ḡiʿāla</i>)	159
	3. Das ḡanafitische <i>ḡuʿl</i> : Entlohnung für die Zurückholung entflohener Sklaven	162
	4. Der Sonderfall der Vermietung von Agrarland	164
XI.	Leihe und Darlehen	167
	1. Die Leihe (<i>ʿāriya</i>)	167
	1.1. Definition und wichtigste Rechtsfolgen	167
	1.2. Die Bindungskraft der Leihe	167
	1.3. Die Gefahrtragung bei der Leihe	170
	1.4. Erforderlichkeit der Annahme?	171
	1.5. Pflicht zur Leihe?	172
	2. Das Darlehen (<i>qarḍ/salaf</i>)	173
	2.1. Abgrenzung zur Leihe und wichtigste Rechtsfolgen	173
	2.2. Der altruistische Charakter des Darlehens	174
	2.3. Die Widerruflichkeit des Darlehensvertrags	177
	2.4. Die Erforderlichkeit der Annahme	178

XII. Der Gesellschaftsvertrag (<i>šarika</i>)	179
1. Vermögensbasierte Gesellschaften: <i>šarikat al-‘inān</i> und <i>mufāwāḍa</i>	180
1.1. <i>Mufāwāḍa</i> und <i>šarikat al-‘inān</i> im ḥanafitischen Recht	180
1.2. <i>Mufāwāḍa</i> und <i>šarikat al-‘inān</i> im mālikitischen Recht	181
1.3. Die <i>šarikat al-‘inān</i> nach šāfi‘tischem und ḥanbalitischem Recht	183
2. Arbeits- und Kreditpartnerschaften	184
3. Die stille Gesellschaft (<i>muḍāraba</i>)	185
3.1. Die recht dogmatische Problematik der <i>muḍāraba</i>	186
3.2. Interessen des Agenten vs. Interessen des Kapitalgebers	189
4. Partnerschaftlich strukturierte Pachtformen: <i>muzāra‘a</i> und <i>musāqāb</i>	192
XIII. Das Geldwesen	195
1. Geld in der juristischen Theorie	195
2. Theorie v. Praxis: Die historische Realität auf dem Markt	197
3. Juristische Problemstellungen im Zusammenhang mit dem Geldwesen	201
3.1. Zahlung mit unreinen Münzen	201
3.2. Geldwechsel	203
4. Papiergeld	207
4.1. Die Einführung von Geldscheinen in der Geschichte der islamischen Welt	207
4.2. Die rechtliche Beurteilung von Geldscheinen	209
4.3. Rückkehr zu Gold und Silber? Die „Dinaristen“	212
5. Kryptowährungen	215
XIV. Unbarer Geldverkehr: <i>ḥawāla</i> , <i>sufiāḡa</i> , <i>ruq‘a</i> und <i>šakk</i>	219
1. Die <i>ḥawāla</i>	219
1.1. Die ḥanafitische Position	220
1.2. Die Position der anderen Schulen	221
1.3. Exegetische Grundlage und Sitz im Leben der <i>ḥawāla</i>	222
1.4. Die <i>ḥawāla</i> im heutigen Wirtschaftsverkehr	224
2. Die <i>sufiāḡa</i>	225
Literaturverzeichnis	233
1. Quellen bis Ende des 19. Jahrhunderts	233
2. Quellen und Sekundärliteratur ab dem 20. Jahrhundert	235
Index	243

Vorwort

Dem vorliegenden Band liegt ein doppeltes Anliegen zugrunde. Zum einen hat er den Charakter einer Einführung, d.h. der Leser soll mit den Grundzügen des islamischen Vertragsrechts und seinen Besonderheiten vertraut gemacht werden, ohne dass dabei ein bestimmte Fragestellung verfolgt oder eine These entwickelt wird. Zugleich soll der Band einen Beitrag zur Grundlagenforschung leisten, denn sein Gegenstand ist zu großen Teilen durch die Islamwissenschaft noch gar nicht ausreichend erschlossen worden. Zwar existieren bereits Studien zum islamischen Vertragsrecht – in erster Linie wäre hier die Untersuchung von Wichard (1995) zu nennen, aber auch die von Vogel & Hayes (2006), Yanagihashi (2004), Saeed (1996), Saleh (1986) Udovitch (1970) und Chahata (1936). Diese zum Teil hervorragenden Arbeiten weisen aber jeweils ihren spezifischen Fokus auf, der oft stark verengt ist, sei es auf bestimmte Bereiche des Vertragsrechts, auf bestimmte Rechtsschulen, oder auf bestimmte Zeitschichten. Die Folge ist, dass selbst zentrale Gegenstände des Vertragsrechts oft nur sehr oberflächlich erforscht sind. Ein Anliegen dieses Buches ist es, diese Lücken zu füllen, und zu einem großen Teil basiert es entsprechend auf der Untersuchung von Primärquellen.

Die Doppelnatur als Einführung und Forschungsarbeit schlägt sich auch in der Anlage des Buches nieder. In manchen Abschnitten dominiert der einführende Charakter – sie sind knapper und überblicksartiger gehalten und knüpfen an bestehende Forschung an. Das betrifft etwa die Kapitel zu Bar- und Terminkauf zu Beginn des Bandes. Diejenigen Abschnitte der Arbeit, in denen nicht auf frühere Forschung zurückgegriffen werden konnte, sind zum Teil deutlich umfangreicher und detaillierter, da in ihnen transparent gemacht werden soll, wie die präsentierten Inhalte aus den Quellen erschlossen wurden. Dieser aufwendigere, forschungsnahe Darstellungsmodus findet sich beispielsweise in den Kapiteln zum Werklieferungsvertrag (*istiṣnāʿ*), zu den unbaren Zahlungsformen (*hawāla* & *sufṭaḡā*), zu den vertraglichen Sonderklauseln (*ṣurūʿ*) oder zu Haftung und Gefahrtragung (*damān*). Aufgrund ihrer Nähe zu den Quellen bieten diese Abschnitte dem Leser zugleich die Möglichkeit, neben der Dogmatik auch den Denkstil islamischer Juristen kennenzulernen – ihre Art zu argumentieren und zu systematisieren, ihren Umgang mit Interpretationsoffenheit und Meinungsvielfalt, schließlich ihre Vermittlung zwischen dogmatischen und praktischen Erfordernissen und vieles mehr, was zum Wesen des islamischen Vertragsrechts ebenso gehört wie seine einzelnen Normen.

Bei der Konzeption des Buches habe ich bestimmte Gewichtungen vorgenommen. Dazu gehört zunächst ein Fokus auf das klassische Recht. Mit dieser Periodisierung beziehe ich mich auf die Zeit ab dem 10. Jahrhundert bis zum Beginn der Moderne – ein Zeitraum, in dem die formative Phase des Rechts abgeschlossen ist und die Dogmatik einen relativ hohen Grad an Stabilität aufweist. Die teilweise tiefgreifenden Veränderungen, die das Recht seit dem 19. Jahrhundert durchlaufen hat, stehen dagegen nicht im Fokus dieser Arbeit. Punktuell gehe ich aber dennoch auf sie ein, vor allem dann, wenn es sich um wichtige Entwicklungen im Rahmen des sog. „Islamic Banking“ handelt, also dem Bestreben moderner Banken, „schariakonforme“ Finanzprodukte zu kreieren. Dieses Projekt eines alternativen Finanzwesens ist ohne Frage der Bereich, in dem das islamische Vertragsrecht heute seine größte praktische Relevanz entfaltet, wäh-

Vorwort

rend es im Bereich staatlichen Rechts weitgehend durch Zivilrechtskodizes nach westlichem Vorbild verdrängt wurde.

Punktuell bleibt in der Arbeit auch der Blick auf die ökonomische und rechtliche Praxis in den untersuchten Zeitschichten. Zwar wäre ein systematischer Abgleich der Rechtsliteratur mit der Praxis sehr wünschenswert, denn zu den zentralen Fragen der Forschung gehört gerade auch die, inwieweit das verschriftlichte Recht tatsächlich umgesetzt wurde. Allein, der Forschungsstand zur historischen Praxis erlaubt meines Erachtens nur vereinzelte und vorsichtige Schlussfolgerungen. Die wenigen vorliegenden Untersuchungen basieren auf einem sehr schmalen Quellenbestand und ihre Befunde sind wenig belastbar.¹ Wo es mir sinnvoll schien, habe ich sie dennoch in die Darstellung einfließen lassen und sie zum Teil auch durch Hinweise ergänzt, die sich in den Rechtstexten auf die Praxis finden.

Ich habe versucht, bei der Beschreibung des Rechts durchweg Ansichten aus allen vier sunnitischen Schulen zu berücksichtigen. Die Literatur dieser Schulen ist ein zusammenhängender Diskurs – regelmäßig wird dort auf schulfremde Rechtsauffassungen Bezug genommen, und die jeweils entwickelten Positionen sind oft unterschiedliche Lösungen für dieselben Probleme. Analysiert man die verschiedenen Stimmen in ihrem Zusammenklang, entsteht eine Mehrdimensionalität, durch die sich die innere Struktur des Rechtsdiskurses oft klarer erfassen lässt. Von einer Berücksichtigung auch nicht-sunnitischer Traditionen, wie etwa der ibaditischen oder schiitischen, habe ich dennoch Abstand genommen. Diese Beschränkung ist dem Bestreben gezollt, den Umfang der Untersuchung zu begrenzen.

Aus demselben Grund behandle ich das Vertragsrecht nicht in seiner gesamten Breite. Manche Aspekte bleiben unberücksichtigt – auch solche, deren Diskussion in den Quellen durchaus einigen Raum einnimmt. Das gilt etwa für die Pfandleihe (*rahm*), die Bevollmächtigung (*wakāla*), den Hinterlegungsvertrag (*wadī'a*), die Bürgschaft (*kaf-āla/damān*), das Näherrecht (*ṣufa*) oder den unerlaubten Besitz (*ḡaṣb*). Die Entscheidung zu dieser Beschränkung fiel auch mit Blick auf das Anliegen der Untersuchung, das nicht in einer umfassenden, gewissermaßen enzyklopädischen Darstellung liegt, sondern darin, grundlegende Zusammenhänge und Denkstrukturen aufzuzeigen und so den Charakter des islamischen Vertragsrechtsdenkens zu vermitteln. Ein Thema allerdings, das ich in dieser zweiten Auflage des Buches ergänzt habe, weil es rückblickend in der Erstauflage ein Desiderat darstellt, ist das Geldwesen. Die Konzeptionalisierung von Geld und seine Konkretisierung in Form von Münzen, Banknoten oder auch Kryptowährungen sind eine zentrale Größe jedes wirtschaftsrechtlichen Handlungsrahmens und ich habe ihnen deshalb nun ein eigenes Kapitel gewidmet.

Auf ein einführendes Kapitel zum islamischen Recht als solchem, seinen Grundlagen und Methoden, seiner historischen Entwicklung, seiner institutionellen Struktur etc.

1 Die wichtigste Studie zur historischen Praxis ist nach wie vor Goitein (1967), die auf den kairiner Geniza-Dokumenten basiert. Inwieweit diese Quellen überhaupt muslimische (und nicht jüdische) Praxis abbilden, ist z.T. kritisch bewertet worden (vgl. Ackermann-Liebermann 2011; Stillman 2014). Stark von Goitein abhängig ist die Studie von Ashtor (1972). Wertvolle Informationen enthalten die Arbeiten von Sohbi (1959 und 1965). Gute Darstellungen historischer Befunde enthalten die Arbeiten von Wichard (1995) und Ray (1997).

habe ich dagegen weiterhin verzichtet. Zu diesen generellen Fragen liegen bereits treffliche Darstellungen vor, auf die ich den Leser an dieser Stelle verweisen möchte: Nach wie vor ein Standardwerk ist Joseph Schachts *Introduction to Islamic Law* (1965) sowie dessen deutschsprachige Vorgängerversion *Bergsträssers Grundzüge des islamischen Rechts* (1935). Eine ausgezeichnete Einführung ist zudem Mathias Rohe, *Das islamische Recht: Geschichte und Gegenwart* (2009). Kürzere Darstellungen bieten die Kapitel von Rohe und Christian Müller im Sammelband *Islam – Einheit und Vielfalt einer Weltreligion* (Ed. Brunner, 2016). Anthologien mit wertvollen Beiträgen zu einzelnen Aspekten des Rechts sind die Bände *Dispensing Justice in Islam: Qādis and their Courts* (Ed. Masud/Peters/Powers, 2006) und *The Ashgate Research Companion to Islamic Law* (Ed. Peters/Bearman, 2014).

