Wichard, Johannes Christian

Zwischen Markt und Moschee wirtschaftliche Bedürfnisse und religiöse Anforderungen im frühen islamischen Vertragsrecht

Paderborn ; München u.a. 1995

Diss. 95.383
urn:nbn:de:bvb:12-bsb00045384-8

Rechts- und Staatswissenschaftliche
Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft

Herausgegeben von Alexander Hollerbach · Hans Maier · Paul Mikat

Neue Folge, Band 75

Ferdinand Schöningh
Paderborn · München · Wien · Zürich

Johannes Christian Wichard

Zwischen Markt und Moschee

Wirtschaftliche Bedürfnisse und religiöse Anforderungen im frühen islamischen Vertragsrecht

Ferdinand Schöningh
Paderborn · München · Wien · Zürich

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Wichard, Johannes Christian:
Zwischen Markt und Moschee: wirtschaftliche Bedürfnisse und religiöse Anforderungen im frühen islamischen Vertragsrecht / Johannes Christian Wichard. – Paderborn; München; Wien; Zürich: Schöningh, 1995
(Rechts- und staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft; N.F., Bd. 75)
ISBN 3-506-73376-1
NE: Görres-Gesellschaft zur Pflege der Wissenschaft: Rechts- und staatswissenschaftliche . . .

Gedruckt auf umweltfreundlichem, chlorfrei gebleichtem und alterungsbeständigem Papier ⊗ ISO 9706

Printed in Germany. Herstellung: Ferdinand Schöningh, Paderborn

ISBN 3-506-73376-1

Vorwort

Diese Arbeit richtet sich an mindestens zwei Gruppen potentieller Leser. Da sind zum einen die Islamkundler, die sich über das islamische Rechtsdenken informieren möchten. Für sie habe ich mich bemüht, die juristischen Probleme verständlich aufzubereiten und in das kulturelle Umfeld einzubetten. Zum anderen sind es aufgeschlossene Juristen, die sich, sei es vergleichend, sei es historisch, für das islamische Rechtsdenken als eine spezifische Ausprägung der Rechtsidee interessieren. Für sie habe ich die ausführliche Einführung in das historische, wirtschaftliche und religiöse Umfeld geschrieben.

Die Arbeit wurde 1993 von der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen als Dissertation angenommen.

Danken möchte ich vor allem und an erster Stelle meinem Lehrer und Doktorvater Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Knut Wolfgang Nörr, von dem ich das historische Fragen auch über Zeiten und Kulturen hinweg gelernt habe. Ohne die vielfältigen Anregungen, die ich in meiner Zeit als sein Assistent erhielt, hätte ich diese Arbeit nicht schreiben können. Seiner Offenheit verdanke ich überhaupt erst die Gelegenheit, dieses manchen Juristen „abseitig" erscheinende Thema bearbeiten zu können.

Danken möchte ich auch meinem Zweitgutachter, Herrn Prof. Dr. Josef van Ess, in dessen Seminaren ich viel über den Islam erfahren habe, und der vor der Drucklegung noch einige Verbesserungen zu den arabischen Zitaten und Übersetzungen vorschlug.

Der Görres-Gesellschaft zur Pflege der Wissenschaft und ihrem Präsidenten, Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Paul Mikat schulde ich herzlichen Dank für die großzügige Finanzierung des Druckes und die Aufnahme der Arbeit in die Rechts- und Staatswissenschaftlichen Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft.

Danken möchte ich auch meiner Frau für alle Geduld und Unterstützung und meinen Eltern, durch die ich überhaupt erst der geworden bin, der ich bin.

Kurz nach der Vollendung der Arbeit wurde mein Sohn Jan David geboren. Ihm widme ich sie.

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung

1.1. Zwischen Markt und Religion

Recht gilt als langweilig, trocken und spröde, wer Recht als Beruf betreibt als Rechthaber, Griffelspitzer, Haarspalter. Das liegt auch daran, daß die meisten Juristen, bewußt oder unbewußt, die Sehnsucht nach einer geordneten Welt treibt, in der alles seinen Platz hat und „Recht" und „Unrecht", „richtig" und „falsch" klar verteilt sind. Woher die Juristen ihre Eingebungen beziehen und worauf sie sie beziehen, sagt viel aus über die Kultur, in der sie wirken. Dennoch ist das Recht eher unbeliebt als Weg, sich einer Kultur zu nähern. Auch für den großen alten Mann der Orientalistik, für Goldziher, war er allenfalls ein notwendiges Übel: Die Erkenntnis der Geistesgeschichte „allein ist der Gesichtspunkt, aus dem die geisttötende Kleinigkeitskrämerei der Gesetzesgelehrten des Islam den Religions- und Kulturhistoriker beschäftigen muß, und in diesem Sinne habe ich mir erlaubt, Andeutungen über diese für die Religionsethik so öden Dinge vorzubringen"[1].

Das frühe islamische Recht des Kaufvertrages scheint ein eher esoterischer Forschungsgegenstand von sehr begrenztem Interesse zu sein. Das ist es auch, wenn die Untersuchung beim bloßen Referieren einzelner Regeln stehenbleibt. In dieser Arbeit möchte ich jedoch nicht die Dogmatik der islamischen Juristen nachzeichnen oder versuchen, sie in unseren dogmatischen Begriffen einzufangen. Es geht nicht blos um das hölzerne „Klipp-Klapp" mehr oder weniger festgefügter Regeln. Wer eine mittlerweile nahezu ausgestorbene Rechtsmaterie untersucht, muß sich rechtfertigen; eine Rechtfertigung, die er vorbringen kann, ist, daß diese Untersuchung Rückschlüsse auf den kulturellen Rahmen zuläßt, in dem die Rechtsordnung herangewachsen ist. Dementsprechend geht es in dieser Arbeit nicht um eine umfassende Darstellung des Rechts des Kaufvertrages[2], sondern vor allem um die Frage, wie das Recht des Kaufvertrages eingebettet ist in den „realen" und „ideellen" Kontext, wie es sich gegenüber dem gesellschaftlichen Bereich einerseits und dem religiösen Bereich andererseits verhält. In diesem Spannungsverhältnis zwischen Religion und Gesellschaft gewinnt das Recht, das „typisch Rechtliche", die Rechtsidee im Islam deutlichere Konturen.

Versucht man nun aus diesen vielfältig verwobenen Bereichen das „typisch Rechtliche" herauszuschälen, so bietet sich zunächst eine rein formale Definition des Rechts an: „Eine Ordnung soll heißen. . .Recht, wenn sie äußerlich garantiert ist durch die Chance physischen oder psychischen Zwanges durch ein auf Erzwingung oder Innehaltung oder Ahndung der Verletzung gerichteten Handelns eines eigens

---

[1] *Goldziher*, Vorlesungen über den Islam, 2. Aufl., 1925, S. 67.

[2] Versuche in dieser Richtung gibt es schon, vgl. z. B. *de Bellefonds*, Traité de droit musulman comparé, Band 1, 1965; *Chehata*, Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman, 1936; *Sanhūrī*, Maṣādir al-ḥaqq fī 'l-fiqh al-islāmī, 4 Bände, 1954-1957.

darauf eingerichteten Stabes von Menschen."[3] Am Merkmal der Erzwingbarkeit von Verhaltensanforderungen durch extra dafür eingesetzte Spezialisten scheiden sich vom Recht sowohl der Bereich der Gesellschaft und der Wirtschaft als auch der der Religion. Daß mit dieser formalen Definition nicht sämtliche Facetten und Bezüge des Rechts, schon gar nicht des islamischen Rechts, abgedeckt sind, wird sich im Laufe der Arbeit erweisen; dennoch kann die zumindest hypothetische Abgrenzung der drei Bereiche beim Verständnis der vielfältigen Bezüge zwischen ihnen gute Dienste leisten. Den Rechtshistoriker oder Rechtsvergleicher interessieren ja nicht primär gesellschaftliche bzw. wirtschaftliche oder rein religiöse bzw. theologische Fragen; von beiden muß er seinen Untersuchungsgegenstand abgrenzen, um das Recht im Spannungsverhältnis zwischen gesellschaftlichen bzw. wirtschaftlichen Bedürfnissen und religiösen Anforderungen lokalisieren zu können.

Die Abgrenzung des Rechts von Moral oder Religion ist jedoch nicht zu verstehen im Sinne einer glasklaren Trennung und Zuständigkeitsverteilung. Es besteht vielmehr ein fließender, gradueller Übergang, der von einem „rechtsfreien" Raum ausgeht, in dem der einzelne nur Gott gegenübersteht, und von dem ausgehend die „Außenwelt", in Gestalt der Gerichte, zunehmend involviert wird. Das bedeutet nicht, daß in dem „rechtsfreien", oder besser „gerichtsfreien", Raum völlige Willkür herrscht: Der Einfluß der Religion auf den einzelnen darf nicht unterschätzt werden. Vor dem Eingreifen des Rechts in der Form der Gerichte stehen außerdem noch weitere vermittelnde Instanzen, die alle Einfluß auf das individuelle Verhalten nehmen: die Familie, die Berufsgruppe, die Nachbarschaft, die Religionsgemeinschaft etc. Das Recht ist erst die letzte Instanz.

Daraus, daß vor allem das Recht des Kaufvertrages immer auch auf die Gesellschaft und insbesondere die Wirtschaft als „Regelungssubstrat" bezogen ist, ergibt sich naturgemäß, daß das eine auf das andere wirkt. Die konkrete Gestaltung der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse muß sich in der Rechtsordnung niederschlagen und umgekehrt wird die Gesellschaft bzw. Wirtschaft ihr Handeln nach den rechtlichen Anforderungen orientieren. Dabei kann es passieren, daß jedenfalls dann, wenn es sich um eine dynamische Wirtschaft handelt, diese dem Recht mindestens einen Schritt voraus ist. Das Recht reagiert, versucht die wirtschaftlichen Erscheinungen einzufangen und mit seinem Regelwerk zu umgeben. Die Wirtschaft entweicht, indem sie den rechtlichen Anforderungen Genüge tut, ihre Ziele aber, nun in angepaßter Form, weiterverfolgt. Wie das Recht auf wirtschaftliche Erfordernisse eingeht und wie es bestimmte Praktiken unter seine Kontrolle zu bringen versucht, läßt sich unter anderem am Beispiel der *ḥiyal* demonstrieren.

Hat man einmal den spezifisch rechtlichen Bereich herausgearbeitet, so kann man seinen Inhalt und Charakter näher untersuchen. Hier werde ich das Recht des Kaufvertrages herausgreifen, das mir besonders aufschlußreich erscheint. Das Recht des Kaufvertrages steht an der Schnittstelle zwischen individueller Disposition und objektiv-rechtlicher Ordnung. Während das Eigentum für die eher statische Zuteilung durch das objektive Recht steht, bedeutet der Kaufvertrag seine Dynamisierung durch individuelle Entscheidungen; das Recht des Kaufvertrages zieht diesen indivi-

[3] *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, Band 1, 1964, S. 24.

duellen Dispositionen einen Rahmen, der je nach der dahinterstehenden Kultur seine eigene Beschaffenheit hat. Weil der Kaufvertrag unmittelbar auf die Markt- und Wirtschaftsordnung bezogen ist, verspricht die Untersuchung des rechtlichen Rahmens außerdem Aufschlüsse darüber, wie sich das Recht gegenüber wirtschaftlichen Bedürfnissen einerseits und religiösen Anforderungen andererseits verhält.

1.2. Verstehen oder Verbiegen – Methodische Probleme.

Wie aber soll man ein Recht untersuchen, das historisch und kulturell so weit von dem Recht unserer Gesellschaft entfernt ist, wie das islamische Vertragsrecht im frühen Mittelalter?

Mir schwebt kein historisierender Vergleich vor, der danach fragt, in wie weit bestimmte Ideen und Konzepte, wie etwa „die Vertragsfreiheit", „die rechtliche Person", „das Eigentum", „schon" ausgeformt sind, und der möglicherweise versucht, das Ergebnis auf einer Entwicklungslinie abzutragen, die mit historischer Notwendigkeit beim „modernen" Recht endet. Solche Konzepte und ihre konkrete Ausgestaltung sind historisch und kulturell bedingt und können daher nur schwer abstrakt miteinander verglichen werden.

Ebensowenig geht es mir darum, vom Standpunkt des europäischen Juristen im islamischen Recht erst einmal methodisch-systematisch aufzuräumen; mein Ziel ist nicht, einen vermeintlichen Augiasstall aus Kasuistik, Formalismus, Assoziationen mit der Gabel einer pandektistisch geschliffenen Dogmatik auszumisten und daraus ein „System" von kontinentaleuropäischer Abstraktion und Geschlossenheit zu erschaffen. Dann sind inhaltliche Veränderungen, ja Verfälschungen, vorprogrammiert.

Andererseits ist es unmöglich, sich dem Vergleich ganz zu entziehen. Man könnte zwar versuchen, rechtliche Begriffe unübersetzt zu lassen und zu versuchen, sie lediglich durch eine möglichst „dichte Beschreibung"[4] zu charakterisieren. Eine solche Darstellung gerät bei einem komplexen Recht wie dem islamischen aber in die Gefahr, sehr sperrig und kaum lesbar zu werden. Zudem wird jeder Leser ohnehin versuchen, Parallelen zu ihm bekannten Rechtskonzepten zu ziehen. Ich glaube daher, daß es dem Verstehen förderlicher ist, wenn man uns vertraute Konzepte an das fremde Recht heranträgt, sie vorsichtig zur Erklärung und Umschreibung der fremden Phänomene benutzt, aber gleichzeitig auch auf die Unterschiede hinweist. Übersetzt man Begriffe wie *baiʿ* mit „Kaufvertrag", *dain* mit „Schuld", *ḥaqq* mit „Anspruch" oder *ribā* mit „Wucher", so erreicht man keine völlige Deckung; manche Begriffe, wie etwa *ḏimma* sind kaum zu übersetzen. Durch eine eindeutige Beschreibung hoffe ich, den Bedeutungsgehalt des Begriffes verständlich machen und auch die Unterschiede zu seinem deutschen Konterpart herausarbeiten zu können. Um überhaupt eine Sprache sprechen zu können, werde ich also viele Begriffe übersetzen; daneben werde ich aber, austauschbar, auch den islamisch-rechtlichen Begriff verwenden, damit dieser in seinem Umfeld und Bedeutungsfeld

---

[4] Vgl. *Geertz*, Dichte Beschreibung, 1987.

nach und nach vertraut wird. Leitbegriff wird dabei das islamisch-rechtliche Konzept sein.

Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich daraus, daß gerade die frühen Juristen in aphoristischer Kürze vorwiegend Einzelfälle abhandeln, Begriffe nach unserem Verständnis „unscharf" verwenden, kaum auf einer allgemein-theoretischen Ebene argumentieren und ihre Ergebnisse bei weitem nicht immer so begründen, wie man es sich als westlicher Betrachter vielleicht wünschen würde. Man hat das Gefühl, aus weiter Entfernung einem Recht beim Wachsen zuzusehen. Mālik, Abū Yūsuf, Šaibānī und selbst Šāfiʿī machen es ihren Lesern nicht immer leicht. Gerade wenn man sich „Verstehen" zum Ziel gesetzt hat, wird man aber kaum umhin können, Verbindungen zu knüpfen, Begründungen zu geben oder Abstraktionen zu bilden, die in den Rechtswerken selbst nicht ausgesprochen sind. Eine Hilfe geben die späteren Rechtswerke, die nachträglich Begründungen und Systematisierungen liefern, bei denen aber auch die Wortknappheit der frühen Rechtwerke oft einem erdrückenden Wortschwall weicht. Daher ist bei ihrer Verwendung Vorsicht geboten. Manchen Erklärungen sieht man deutlich an, daß sie nachgeschoben sind, um eine inzwischen nicht mehr verstandene rechtlichen Vorschrift zu begründen oder um den Rechtsstoff zu harmonisieren oder zu systematisieren. Und auch wenn die späteren Juristen Argumente für die Meinungsverschiedenheiten der früheren Autoritäten liefern, ist Vorsicht angesagt; es kann sich immer um nachgeschobene Begründungen, oder um die Maskierung einer später aufgebrochenen Streitigkeit handeln[5].

Dennoch kann man auch nicht darauf verzichten, solche Verbindungen zu ziehen oder Begründungen zu geben, die entweder unausgesprochen geblieben sind oder nicht wahrgenommen wurden. Ansonsten erreicht man nichts als eine „Blaupause" islamischer Rechtswerke. Mit der gebotenen Vorsicht vor haltloser Spekulation werde ich mich daher bemühen, bestimmte Tendenzen des Rechtes aufzudecken und es Beziehung zu wirtschaftlich-gesellschaftlichen oder religiösen Problemen zu setzen. Vor allem geht es um die „interaction of the intellectual and the economic, of religious demands and business pressures."[6] An dieser Schnittstelle religiöser Anforderungen und wirtschaftlicher Bedürfnisse steht das islamische Recht. Es wäre ein Erfolg, wenn es mir gelänge, die dem islamischen Recht typische Ausgestaltung dieses Verhältnisses am Beispiel des Kaufvertrages herauszuarbeiten.

---

[5] Vgl. *Chehata*, La théorie de l'abus des droits chez les jurisconsultes musulmanes, Revue Marocaine de Droit 1953, S. 106: „Dans les ouvrages des jurisconsultes. . .l'on rencontre des complications théoriques et des justifications des solutions admises qui ne procèdent pas d'idées générales applicables au sytème dans toutes ses parties. . .Ce sont des explications donnés après coup et qui visent à fournir une justification immédiate à la solution proposé. Ce ne sont pas là les explications véritables qui révèlent les principes généraux du droit musulman. Ces principes généraux il appartient au juriste moderne de les déduire lui-même des cas et des cas seulement." Chehata empfiehlt in Théorie S. 43 ff. und ders., Etudes S. 44 ff., eine „méthode historique" und „méthode objective". Erstere bedeutet, daß der Forscher auf die frühesten Quellen zurückgehen und von daher das Recht verstehen und erklären soll; letztere bedeutet, daß er dabei von den konkreten Fallösungen ausgehen und sich vor späteren, nachgeschobenen theoretischen Begründungen hüten solle.

[6] *Noonan*, The Scholastic Analysis of Usury, 1957, S. 7.

1.3. Die verwendeten Quellen

In dieser Untersuchung werde ich mich wo immer möglich auf die ersten erhaltenen Rechtswerke aus der frühen Abbasidenzeit stützen (750 n.C. bis etwa 820 n.C.), die gewissermaßen den Abschluß der „formativen Periode" des islamischen Rechts bilden. Mit Šāfiʿī (st.820) ist die „Islamisierung" des Rechtsmaterials im wesentlichen abgeschlossen. In dieser Zeit erhält das islamische Recht seine Prägung[7]. Danach folgt Feinarbeit, das groß angelegte Raster wird ausgearbeitet, der theoretische Unterbau wird deutlich gemacht oder (wahrscheinlicher) nachgeliefert, die Regeln werden harmonisiert und weiter systematisiert. Die frühen Rechtswerke zeigen uns ein auch begrifflich schon weit entwickeltes Recht; gleichzeitig geben uns die erhaltenen Polemiken zwischen Anhängern verschiedener Rechtsschulen Einblick in die Triebkräfte der Entwicklung.

Im Zentrum werden die Werke der kufischen Rechtsschule stehen, aus der sich die hanafitische Rechtsschule entwickelte[8]. Von dort aus lassen sich Beziehungen und Einflüsse zurück zu den Medinensern verfolgen[9] und voraus zu Šāfiʿī[10]. Ausgehend von der kufischen Lehre werde ich also die Diskussionen um zentrale Streitfragen verfolgen, um Rückschlüsse auf die Formung der Lehre und die Verarbeitung des rechtlich relevanten Materials ziehen zu können. Auch wenn ich die Werke Šafiʿī's und Mālik's in die Betrachtung einbeziehen werde, so wird der Schwerpunkt der Untersuchung doch auf der hanafitischen Rechtsschule liegen[11]. Ein Vorteil dieser Schule ist nicht nur, daß sie im Irak entstand, dem politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Zentrum des Reiches zu dieser Zeit; gerade aus der frühen Zeit sind von dieser Schule die meisten Rechtswerke erhalten, vor allem aus der Feder aš-Šaibānī's. Daneben entwickelte sie ebenfalls zu dieser Zeit schon eine rechtspraktische Literatur wie Formularhandbücher[12] oder Bücher zu „Rechtskniffen" (*ḥiyal*)[13]. Daher

---

[7] Vgl. *Schacht*, Art."FIKH", in EI², Vol.II, S. 891: „taken as a whole, it (scil.: das islamische Recht) reflects and fits the social and economic conditions of the early ʿAbbasid period".

[8] *Abū Yūsuf* Yaʿqūb ibn Ibrāhīm, Kitāb al-āṯār, Kairo 1355 A.H./1936 n.C.; *ders.*, Iḫtilāf Abī Ḥanīfa wa Ibn Abī Laila, Kairo 1357 A.H./1938 n.C.; Muḥammad ibn al-Ḥasan *aš-Šaibānī*, Kitāb al-aṣl fī 'l-furūʿ, daraus das Kitāb al-buyūʿ, hrsg. von Chafik Chehata, Kairo 1954 n.C.; *ders.*, Kitāb al-ḥuǧǧa ʿalā ahl al-Madīna, 4 Bände, Haidārabād 1965-1971 n.C.; *ders.*, al-Muwaṭṭaʿ, Kairo 1387 A.H./1967 n.C.; *ders.*, al-Ǧāmiʿ al-kabīr, Kairo 1356 A.H./1937 n.C.; *ders.*, Al-Ǧāmiʿ aṣ-ṣaġīr, übersetzt und kommentiert von J. Dimitroff, Asch-Schaibānī und sein Corpus Juris al-ǧāmiʿ aṣ-ṣaġīr, MSOS 9 (1908) S. 60-208.

[9] In der Muwaṭṭaʿ Redaktion des Šaibānī und in seinem Kitāb al-ḥuǧǧa.

[10] Der in seinen Werken immer wieder sowohl auf die irakische als auch auf die medinensische Rechtsschule eingeht.

[11] Wenn von Hanafiten, Malikiten etc. die Rede ist, so geschieht das der Einfachheit halber. Es bezeichnet die Gruppen innerhalb der alten Schulen, aus denen sich die späteren, auf die Person eines „Gründers" wie Abū Ḥanīfa oder Mālik bezogenen Schulen entwickelten; vgl. zu Einzelheiten die Darstellung der Rechtsentwicklung in Kapitel 4.

[12] *aṭ-Ṭaḥāwī*, Kitāb aš-šurūṭ al-kabīr, al-ǧuzʿ al-auwal, hrsg. v. Jeannette A. Wakin, The Funktion of Documents in Islamic Law. The Chapters on Sales from Taḥāwī's *Kitāb al-Shurūṭal-Kabīr*, 1972; *ders.*, Kitāb aš-šurūṭ aṣ-ṣaġīr.

[13] *Šaibānī*, Kitāb al-ḥiyal, hrsg. v. Joseph Schacht, 1930; *Ḫaṣṣāf*, Kitāb al-ḥiyal wa 'l-maḫāriǧ, hrsg. v. Joseph Schacht, 1923.

verspricht sie besonders viele Aufschlüsse für das Verständnis der Schnittstelle zwischen wirtschaftlicher Realität und religiösen Anforderungen.

Die Konzentration auf frühe Rechtswerke entspricht der *méthode historique*, die Chehata forderte, um den nachträglichen Erklärungen und Systematisierungen der späteren Juristen zu entgehen. Dennoch werde ich nicht umhin können, mit aller gebotenen Vorsicht auch spätere Rechtswerke heranzuziehen, da die frühen Werke nicht immer nachvollziehbare Erklärungen geben und nicht alle Rechtsfragen behandeln. Ich werde mich dabei auf die hanafitische Rechtsschule beschränken[14].

Die Konzentration auf eine bestimmte Zeit und die hanafitische Rechtsschule zeigt, daß es mir nicht um eine Darstellung des gesamten islamischen Kaufvertragsrechtes geht. An manchen Stellen wird sich zeigen, wie unterschiedlich die verschiedenen Strömungen selbst zu derselben Zeit waren und wie auch die Entwicklung über die Zeit hinweg noch manches verändert hat. Dennoch ist die Beschränkung nicht ohne Aussagekraft: Die frühe Abbasidenzeit ist die „formative Periode" des islamischen Rechtes und die hanafitische Rechtsschule ist über die Jahrhunderte hinweg eine der einflußreichsten Rechtsschulen gewesen, die die Rechtsentwicklung vor allem im islamischen Osten maßgeblich geprägt hat.

In den Streit über die Entstehung oder Entwicklung des islamischen Rechtes[15] werde ich nicht eingreifen. Mein Ziel ist es vielmehr, das zur Zeit der ersten erhaltenen Rechtswerke Erreichte darzustellen und zu analysieren. Das bedeutet auch, daß ich mich nicht mit „Ḥadīṯkritik" beschäftigen werde. *Ḥadīṯe*, Überlieferungen vom Propheten, werde ich nur heranziehen, soweit die von mir untersuchten Juristen das auch taten und in der Form, in der sie das taten. Ich werde also auch nicht überprüfen, ob sich die verarbeiteten *ḥadīṯe* in den späteren kanonischen Sammlungen finden. Schließlich werde ich auch nicht der Herkunft juristischer Regeln nachspüren oder über „Fremdeinflüsse" spekulieren[16]. Von Interesse ist für mich nur, was die frühen Juristen als autoritativ ansahen, wie sie mit dem verfügbaren Material arbeiteten, wie sie es verarbeiteten und wie sie sich bemühten, auf religiöse Gebote ebenso wie auf wirtschaftliche oder gesellschaftliche Zwänge zu reagieren.

1.4. Nur in den Büchern? Theorie und Praxis des islamischen Rechts

Das Vorhaben, islamisches Recht vor dem Hintergrund der Gesellschaft zu sehen, macht natürlich nur dann Sinn, wenn das islamische Recht, oder jedenfalls der Ausschnitt, den wir betrachten, das Recht des Kaufvertrages, in der Realität prak-

---

[14] *at-Ṭaḥāwī* (239/853-321/933), al-Muḫtaṣar, Kairo 1370/1950; *al-Qudūrī* (362/972-428/1037), al-Muḫtaṣar, Istanbul 1309/1892; *as-Saraḫsī* (st. 490/1097), Kitāb al-mabsūṭ (Kommentar zum Kitāb al-aṣl des Šaibānī), Kairo 1324-1331/1906-1913; *as-Samarqandi* (st. 539/1144), Tuḥfat al-fuqahā', Damaskus 1377/1958; *al-Kāsānī* (st. 587/1191), Badā'i' aṣ-ṣanā'i' fī tartīb aš-šara'i' (Kommentar zur Tuḥfat al-fuqaha' seines Lehrers as-Samarqandī), Kairo 1327-1328/1909-1910; *al-Marġīnānī* (st. 539/1197), al-Hidāya šarḥ bidāyat al-mubtadi', Kairo 1965.

[15] Vgl. unten Kapitel 4.

[16] Vgl. zu diesem Thema *Crone*, Roman, Provincial and Islamic Law, 1987 mit umfangreichen Nachweisen.

tisch umgesetzt wurde. Die praktische Anwendung des islamischen Rechtes ist vor allem von Goldziher[17] und Hurgronje[18] stark angezweifelt worden. Danach war das islamische Recht immer nur ein Ideal, das nie den Weg in die unvollkommene Wirklichkeit gefunden hatte. Das Studium des islamischen Rechtes wäre dann nur als ein geistesgeschichtliches Phänomen interessant; über die Realität sagt es uns nichts.

Dagegen ist vor allem in jüngerer Zeit immer wieder betont worden, daß zumindest große Teile des islamischen Rechtes, gerade im Bereich des Handelsrechts, Anwendung fanden[19]. Vor allem in Šaibānī's *Kitāb al-ḥuǧǧa*, das gegen „die Medinenser", vornehmlich gegen Meinungen Mālik's, geschrieben ist, zeigt sich deutlich, daß das Recht für die Juristen nicht nur systematische Glasperlenspielerei ist. Šaibānī betont immer wieder, daß das Recht nur dann in die allgemeine Praxis der Menschen eingreifen dürfe, wenn diese eindeutig gegen Ge- oder Verbote verstoße, die auf frühe Autoritäten zurückgeführt werden können[20]. Aber auch Mālik argumentiert nicht nur mit einem Gelehrtenkonsens sondern bringt auch Hinweise auf handfeste Handelspraktiken[21]. Die Juristen sind sich also durchaus bewußt, daß sie das tatsächliche Handeln der Menschen zu beurteilen haben und konsequenterweise auch die praktischen Auswirkungen von Regeln bedenken müssen. Auch das Entstehen einer rechtspraktischen Literatur, wie den Formularhandbüchern und den *ḥiyal*-Werken in der hanafitischen Rechtsschule ist ein Beleg für die Lebendigkeit dieses Rechtes. Solche Werke helfen ja beim Umgang mit den Regeln dieses Rechtes und wären funktionslos, wenn diese Regeln ohnehin niemand beachten würde. Immer wieder werden wir sehen, wie gerade die Formularhandbücher bei der Formulierung der Vertragstexte auf eigentlich „theoretische" Streitigkeiten der Juristen Rücksicht nehmen. Und die Existenz der *ḥiyal*-Werke darf nicht als Beweis dafür mißverstanden werden, daß das „eigentliche" islamische Recht ständig durch gewachsenen Handelsbrauch unterlaufen wurde und nur toter Buchstabe war. In ihnen werden ja gerade nicht irgendwelche „außerrechtlichen" Handelsbräuche fixiert, sondern Hinweise gegeben, wie man seine Ziele im Rahmen des geltenden Rechtes verwirklichen konnte.

---

[17] *Goldziher*, Muhammedanisches Recht in Theorie und Wirklichkeit, ZVR 8 (1889), S. 408-418.

[18] *Hurgronje*, Selected Works, 1957, S. 260: „Islamic commercial law remained for the most part a dead letter." und S. 290: „all classes of the Muslim Community have exhibited in practice an indifference to the sacred law in all its fullness, quite equal to the reverence with which they regard it in theory."

[19] Vgl. v.a. *Udovitch*, Partnership and Profit S. 4-12, 249-261; *Chehata*, Etudes S. 43: „En matière d'obligations. . .le droit musulman a toujours été en vigeur." und S. 44: „le fiqh c'est un droit positif."; *Ziadeh*, Al-Muwatta' as a Source for the Social and Economic History of the Hijaz, Islamic Studies 18 (1979), S. 299 ff.

[20] S. u. Kapitel 5 und 8.

[21] *Malik*, Muwaṭṭa' II S. 670 Nr.78 zum *baiʿ ʿalā barnāmağ*, dem Kauf nach Lieferschein.

2. Wirtschaftsgeschichtliche Einleitung[1]

In diesem Kapitel möchte ich den geschichtlichen Hintergrund verständlich machen, vor dem sich das islamische Kaufvertragsrecht entwickelte und auf den es sich bezog. Ohne eine solche wenigstens skizzenhafte Darstellung würde die Untersuchung des islamischen Kaufvertragsrechts in der Luft hängen.

2.1. Eroberung, Blüte und Zerfall

Zur Zeit des umaiyadischen Kalifen ᶜUmar ibn ᶜAbd al-ᶜAzīz (717-720 n.C.) war die erste Welle der Eroberungen abgeebbt. Der *ǧihād* beschränkte sich auf saisonweise Scharmützel an den Grenzen des Reiches. Nennenswerte Eroberungen gab es nur in Zentralasien in der Mitte des 2. islamischen, des 8. nachchristlichen Jahrhunderts und im Mittelmeer in der ersten Hälfte des 3./9. Jahrhunderts.

Knapp 30 Jahre nach dem Tode des Propheten, unter dem Kalifat der Umaiyaden (661-750 n.C.) hatte sich das politische und kulturelle Zentrum vom Ḥiǧāz auf der arabischen Halbinsel nach Syrien verlagert. Innere Spannungen schwächten das Reich jedoch schon während der Zeit der großen Eroberungen. Vor allem Probleme der sozialen Assimilation der Nichtaraber und ihrer wirtschaftlichen Integration waren die tiefere Ursache der meisten Konflikte, an denen das Reich letztlich zerbrach. Daneben scheiterte die Dynastie aber auch an Parteienkämpfen unter den Arabern selbst.

Die Dynastie der Abbasiden (750-1258 n.C.) machte den Irak zum Zentrum der Herrschaft. Die Gründung Bagdads als Hauptstadt des Reiches (763 n.C.), nicht weit von der ehemaligen sassanidischen Hauptstadt Ktesiphon, manifestierte die geographische und kulturelle Hinwendung zu den ehemals persischen Provinzen. Die Abbasiden traten an mit dem Anspruch, die Theokratie des wahrhaft islamischen Staates zu verwirklichen. Obwohl sie mit diesem Unterfangen scheiterten, entstand unter ihrer Herrschaft die klassische islamische Kultur unter Einschluß von Arabern und Nichtarabern. Die arabische Sprache, vorher Sprache der Eroberer, wurde zur allgemeinen Kultursprache; die Entwicklung der religiösen Wissenschaften wird erstmals greifbar, unter anderem auch in der Herausbildung von Rechtsschulen. In dieser Blütezeit entstehen auch die wichtigsten der in dieser Untersuchung verwendeten Quellen.

---

[1] Zur allgemeinen Wirtschaftsgeschichte des Nahen und Mittleren Ostens in dem hier behandelten Zeitraum vgl. *Ashtor*, A Social and Economic History of the Near East in the Middle Ages, 1976; *ders.*, Histoire des prix et des salaire dans l'orient médiéval, 1969; *Cahen*, Der Islam I, 1968 (Fischer Weltgeschichte Bd.14); *Duri*, Arabische Wirtschaftsgeschichte, 1979; *Endreß*, Einführung in die islamische Geschichte, 1982; *Handbuch der Orientalistik* Abt.1, Bd.6, Abschnitt 6: Wirtschaftsgeschichte des vorderen Orients in Islamischer Zeit, Teil 1, 1977.

Schon im 9.–10 Jahrhundert n.C. begann das Reich jedoch zu zerfallen. Militär und Verwaltung entglitten der Kontrolle des Herrschers, die von inneren Spannungen und Kämpfen beschleunigte Schwächung des Kalifats verstärkte die Ablösungstendenzen in den Provinzen und führte schließlich zur Autonomie einer Vielzahl von regionalen Fürstentümern. Um die Jahrtausendwende war das Herrschaftsgebiet des Kalifats auf die unmittelbare Umgebung Bagdads beschränkt. Doch „an der Stelle des islamischen Reiches als politischer Institution bleibt der islamische Kulturkreis."[2]

2.2. Zwischen Spanien und Zentralasien – Der Wirtschaftsraum

Die Eroberungen hatten die Möglichkeit geschaffen, für den Fernhandel einen großen zusammenhängenden Wirtschaftsraum zu bilden. Die ehemals persischen und byzantinischen Gebiete waren nun unter eine gemeinsame Herrschaft gekommen. Schon unter den Umaiyaden hatten Bemühungen begonnen, das Reich auch administrativ und wirtschaftlich zu einigen. Die Abbasiden intensivierten diese Bemühungen noch. Vor allem die Arabisierung des Münzwesens unter dem Umaiyadenkalifen ᶜAbd al-Malik (685-705 n.C.) dürfte zu einer Erleichterung der Handelsbeziehungen geführt haben, obwohl auch weiterhin verschiedene Münzarten im Umlauf waren. Allerdings hatte die politische Einigung weder zu einer Vereinheitlichung der Maße und Gewichte, noch zu einer völligen Abschaffung der regionalen Brückenzölle geführt. Dennoch sprechen Wirtschaftsgeschichtler von einem „echten Wirtschaftswunder" unter dem Kalifat der Abbasiden[3]. Das Handelsvolumen übertraf alles vorher Dagewesene, der Handel belebte die städtische Wirtschaft und hatte auch Auswirkungen auf die Landwirtschaft.

Selbst im 11.-13. Jahrhundert n.C., in einer Zeit politischer Zersplitterung, bewahrte die islamische Welt einen kosmopolitischen Charakter: „during the High Middle Ages men, goods, money, and books used to travel far and almost without restrictions throughout the mediterranean area. In many respects, the area resembled a free-trade community."[4]

Zentrum des Handelsverkehrs war vom Ende des 8. Jahrhunderts n.C. an der Irak. Syrien und vorher schon die Region um die „heiligen Städte" Mekka und Medina, der Higaz, verloren stark an Bedeutung; auch Ägypten war, obwohl reich, im Handel eher ein Nebenschauplatz. Das zeugt von der Orientierung des islamischen Reiches nach Osten.

Von der politischen Einigung profitierte allerdings fast ausschließlich der Fernhandel, der nur einen kleinen Teil von Handel und Wirtschaft ausmachte und weitgehend auf Luxusgüter beschränkt war. Die Transportkosten waren viel zu hoch, als daß auch einfachere Güter zwischen den verschiedenen Teilen des Reiches

---

[2] *Endreß*, Einführung S. 145.

[3] *Ashtor*, History S. 77: „It is not an exaggeration to speak of a true economic miracle performed under the guidance of the Abbasid government."

[4] *Goitein*, A Mediterranean Society, Vol.I: Economic Foundations, 1967, S. 66 (MS I).

hätten ausgetauscht werden können. Die übrigen Wirtschaftszweige bleiben auch weiterhin lokal oder allenfalls regional geprägt.

Ein charakteristischer Zug der damaligen Wirtschaft war die große Menge Goldes, die sich im Umlauf befand[5]. Ein Grund dafür mögen die Konfiskationen von Goldschätzen gewesen sein, die die Regierung in Klöstern und Kirchen, aber auch bei Privatpersonen vornahm. Wichtiger war jedoch, daß es den Muslimen auf dem Handelswege gelungen war, die nubischen und westsudanesischen Goldminen unter ihre Kontrolle zu bringen. Die Kaufkraft des Goldes sank zwar langsam und die Preise stiegen, doch das regte zu Investitionen an und machte das Horten von Goldschätzen unwirtschaftlich. Obwohl also Wechselkursschwankungen zwischen Gold und Silberwährung sowie Kaufkraftverlust alltägliche Phänomene waren, blieb die Qualität der islamischen Goldmünze (Dinar) während der Abbasidenzeit konstant. Das gab der verbreiteten Geldwirtschaft eine solide Basis.

2.3. Handel, Geldwesen und Handwerk

2.3.1. Handel

Von dem 9. Jahrhundert n.C. an sind detaillierte Beschreibungen von Handelsrouten und Abhandlungen über Theorie und Praxis des Handels erhalten; Schriften, die das Lob des Erwerbs im allgemeinen und des Kaufmannes im Besonderen singen, gehören ebenfalls schon seit der frühen Zeit zum Standardrepertoire[6].

Die kaufmännische Praxis ist teilweise belegt durch Papyri aus Ägypten und durch Geschäftsbriefe und Vertragsurkunden jüdischer Kaufleute des 10.-13. Jahrhunderts n.C., die sich in der Kairener Geniza erhalten haben[7].

Zu dieser Zeit bot die Kaufmannschaft etwa das folgende Bild[8]: Gesellschaftlich am niedrigsten standen die selbstvermarktenden Handwerker und die kleinen Einzelhändler, die vor allem Waren des täglichen Gebrauchs vertrieben. Daneben gab es kleine Handelsreisende, die vor allem die ländlichen Gebiete bereisten; unter den großen Kaufleuten gab es solche, die zwischen zwei Ländern hin- und herreisten

---

[5] *Ashtor*, History 80 ff.; *Lombard*, L'or musulman du VIIe au XIe siècle, Annales 2 (1947), S. 143-160. Im späteren Mittelalter aber wurden Edelmetalle immer mehr zur Mangelware, vgl. *Ashtor*, Prix S. 274 ff.; vgl. für das osmanische Reich *Inalcik*, Capital Formation in the Ottoman Empire, Journal of Economic History 29 (1969), S. 107; für Ägypten *Labib*, Geld und Kredit, JESHO 2 (1959), S. 227 ff.

[6] So z. B. das unter 3.2. noch genauer zu behandelnde Kitāb al-kasb („Buch des Erwerbs") von aš-Šaibānī (st. 189/805); oder einige Werke von al-Ǧāḥiẓ (st. 255/869) wie zum Beispiel das Kitāb at-tabaṣṣur bi 't-tiǧāra („Buch der Scharfsichtigkeit im Handel"), ein Buch der Handelskunde, das, wenn auch die Autorschaft strittig ist, zumindest aus seiner Zeit stammt, vgl. die Einleitung und französische Übersetzung von *Pellat* in Arabica 1 (1954), S. 153-165; schließlich ist auch das Werk von *ad-Dimišqī*, Kitāb al-iš̄āra ilā maḥāsin at-tiǧāra („Buch des Hinweises auf die Schönheiten des Handels") zu nennen, das in das 9.-12. Jahrhundert n.C. datiert wird und von *Ritter*, Ein arabisches Handbuch der Handelswissenschaft, Der Islam 7 (1917) S. 1-91 übersetzt und kommentiert worden ist. Im übrigen s.u. Kapitel 3.

[7] Ausgewertet und teilweise übersetzt wurden sie von *Goitein*, MS I.

[8] *Goitein*, MS I S. 149 f.; 160.

und die meist mit vielen verschiedenen Gütern handelten, um durch Diversifizierung Risiken auszugleichen; schließlich gab es die Gruppe der ansässigen großen oder mittleren Kaufleute, die ihre Geschäfte über Korrespondenz und Repräsentanten abwickelten.

In gesellschaftlicher Hinsicht verlief „die wirtschaftlich-soziale Trennungslinie also nicht zwischen Handwerkern und Kaufleuten, sondern zwischen den kleinen Markthändlern auf der einen und den großen Import- und Exportkaufleuten auf der anderen Seite"[9], die sich kaum je mit dem Verkauf auf dem städtischen Markt abgaben. Gesellschaftlich wurde klar unterschieden zwischen der Masse der kleinen Ladenbesitzer und den Mitgliedern der großen Handelshäuser, die zur Elite zählten[10].

Persönliche Freundschaft und informelle Kooperation waren vor allem im Fernhandel die wichtigsten Vehikel kommerzieller Zusammenarbeit, weit wichtiger als rechtlich abgesicherte Dienstverträge und auch wichtiger als die oft als Ersatz herangezogenen Personengesellschaften; „the Mediterranean trade, as revealed by the Cairo Geniza was largely based not upon cash benefits or legal guarantees, but on the human qualities of mutual trust and friendship."[11] Kaufleute erledigten eineinander Ein- und Verkauf, tauschten Informationen über Preise, Käufer und Absatzmärkte aus, zogen Forderungen ein und vieles mehr.

Solche informelle Kooperation konnte sich über mehrere Generationen erstrecken. Rechtlich-formelle Personengesellschaften wurden hingegen zumeist für spezielle Unternehmungen abgeschlossen. Ein entwickeltes Gesellschaftsrecht bot verschiedene Formen, Geld, Waren und Arbeit zu kombinieren[12]. Bei der *širka* brachten die Gesellschafter gleiche oder ungleiche Anteile ein; an Gewinn und Verlust wurden sie im Verhältnis zu ihrer Einlage beteiligt. Wichtiger noch war die *muḍāraba*, auch *qirāḍ* genannt, die einen Kapitalgeber, der nur mit seiner Einlage haftete, mit einem Gerenten verband, der für Zufall nicht haftete. Als Einlage kamen Geld oder Waren in Frage. Der Gerent, der nichts als seine Arbeit und *know how* einbrachte, erhielt einen kleineren Anteil am Gewinn (ca. 1/3), trug dafür die Verluste nicht mit. Damit hatte das Recht ein Instrument für die Finanzierung vor allem des Fernhandels geschaffen. Wie erfolgreich es war, zeigt der Umstand, daß auch Kaufleute anderer Konfession sich seiner bedienten. In der spezifischen Risikoverteilung war die *muḍāraba* der *Commenda* der europäischen Kaufleute ähnlich, wahrscheinlich diente sie dieser sogar als Vorbild[13].

Personengesellschaften waren die am weitesten verbreitete Form der Geldanlage; insoweit boten sie eine Alternative zum nackten zinsbringenden Kredit, der zumindest in der früheren Zeit nur von untergeordneter wirtschaftlicher Bedeutung war[14].

---

[9] *Cahen*, Islam I S. 168.
[10] *Goitein*, MS I S. 75, 150 ff.
[11] *Goitein*, MS I S. 169.
[12] Vgl. dazu v.a. *Udovitch*, Partnership and Profit; weiter *ders.*, Credit as a Means of Investment in Medieval Islamic Trade, JAOS 87 (1967), S. 260 ff.; *Goitein*, Commercial and Family Partnerships in the Countries of Medieval Islam, Islamic Studies 3 (1964), S. 315-337; *ders.*, MS I S. 169 ff.
[13] *Udovitch*, At the Origins of the Western *Commenda*: Islam, Israel, Byzantium?, Speculum 37 (1962), S. 198-207.
[14] *Goitein*, MS I S. 170, 174, 253.

Darüber hinaus boten sie in einer Gesellschaft, in der abhängige Arbeit als entwürdigend galt, eine ehrbare Form der Anstellung[15].

Vor allem der lokale Handel wurde offenbar weitgehend durch Makler abgewickelt[16]. Sie waren in jedem Bazar und in allen Sparten vertreten. Sie vermittelten zwischen Einzelhändlern und Kunden und verkauften die Produkte, die ihnen von Produzenten oder Großhändlern anvertraut waren an die Einzelhändler, meist durch Versteigerung. Offenbar war es wesentlich schwieriger und nachteiliger, Geschäfte direkt abzuwickeln. Trotz, oder gerade wegen ihrer dominierenden Funktion als „maître incontesté du Souk"[17] begegnete man ihnen offenbar mit tiefem Mißtrauen. Der oben schon erwähnte Dimišqī warnt in seinem Handbuch der Handelswissenschaft den Kaufmann davor, einem Makler Glauben zu schenken,

„denn das ist ein Gewerbe, das auf Lüge aufgebaut ist. . .einmal beschreibt er die Ware und ihre Vortrefflichkeit und bringt damit selbst Fachleute in Verwirrung, ein andermal redet er von ihrer Seltenheit und daß in dem ganzen Ort kein Stück zum Verkauf übrig geblieben sei, außer dem, das er in den Händen habe; und ein andermal versichert er, daß sie teuer werden und im Preis steigen werde, wieder ein andermal, daß sehr viele Interessenten da seien. Manchmal trifft er auch eine Verabredung mit gewissen Leuten, die dann, wenn der Kunde zugegen ist, kommen und die Ware verlangen und sich (so) (scheinbar) die Ware beim Verkäufer sichern. Hast du nie gesehen, wie die Vertreter (der verkaufenden Firmen) Leute unter den Kreis der kauflustigen Menge . . . stellen, die die Ware steigern und Volk und Kaufleute glauben machen, daß sie zu den Käufern gehören? Das ist nur eine Falle für die Kauflustigen."[18]

2.3.2. *Geldwesen*

Die entwickelte Geldwirtschaft des Nahen Ostens zu dieser Zeit brachte eine Vielzahl von Bankgeschäften mit sich, die auf verschiedenen Stufen betrieben wurden[19]: Geldwechsler (*ṣairafī*, *ṣarrāf*), die die Vielzahl der überall im Reich geprägten Münzen tauschten, gab es auf jedem lokalen Markt; der *ǧahbāḏ* dagegen war ein Finanzbeamter des Staates, dem Geldeinnahme, Geldwechsel und Münzkontrolle anvertraut war, der jedoch auch auf eigene Rechnung Handel treiben durfte[20]. Bankgeschäfte im eigentlichen Sinne wurden vor allem von reichen Persönlichkeiten, vor allem Kaufleuten, abgewickelt. Sie hatten genügend verfügbare Mittel und boten genügend Sicherheiten, um Einlagen entgegenzunehmen und Darlehen zu geben. Es ist schwierig, diese verschiedenen Funktionen als „Berufsgruppen" voneinander zu

---

[15] *Goitein*, MS I S. 170, 174.

[16] Vgl. *Talbi*, Les courtiers en vêtements en Ifrīqiya au IXe-Xe siècle d'après les *Masā'il al-samāsira* d'al-Ibyānī, JESHO (1962), S. 160-194, v.a. S. 182 und 189; vgl. auch *Goitein*, MS I S. 160 f., 184.

[17] *Talbi*, a.a.O. S. 183.

[18] *Ritter*, Ein arabisches Handbuch der Handelswissenschaft, Der Islam 7 (1917), S. 62; vgl. auch a.a.O. S. 42, wo Ritter die Meinung al-Ġazzālī's paraphrasiert: der Beruf des Maklers sei verwerflich, „weil der Makler sich schwerlich vor Lügen und übermäßigem Anpreisen seiner Ware reinhalten kann." Sein Lohn ist mißbilligenswert, weil er sich nicht nach der geleisteten Arbeit bemißt, sondern nach Prozenten.

[19] *Ashtor*, History S. 144 ff.; *Goitein*, MS I S. 229 ff.; *Labib*, Geld und Kredit, JESHO 2 (1959), S. 238 ff.; *ders.*, Capitalism in Islam, Journal of Economic History 29 (1969), S. 79-96, v.a. S. 88 ff.; *Mez*, Die Renaissance des Islams, 1922, S. 448.

[20] *Cahen*, Islam I S. 194; *Goitein*, MS I S. 249; *Lambton*, The Merchant in Medieval Islam, FS Taqizadeh, 1962, S. 128.

trennen, vor allem gab es keine scharfe Trennung zwischen Bankier, *ǧahbāḏ* und Kaufmann.

Bei der Vielzahl von Münzen unterschiedlicher Qualität war eine der wichtigsten Aufgaben der Bankiers, gegen eine Gebühr Geld zu wechseln und als neutrale Wäge- und Prüfstelle zu fungieren. Das Gewicht der Münzen wich oft vom Standard ab. Zwar wurden die Münzen üblicherweise nach Gewicht gehandelt, doch hatte man nicht immer und überall eine Waage dabei und konnte auch den Feingehalt nicht immer fachkundig beurteilen. In solchen Fällen konnte man sich an einen neutralen Bankier wenden, der die Goldmünzen abwog, in kleinen Säckchen verpackte, versiegelte und darauf den Wert in Standardmünzen angab. Für die Richtigkeit garantierte er mit seinem guten Namen[21]. Üblicherweise sah man die lokale Münzsorte als „gesetzliches Zahlungsmittel" an[22].

Investitionen und das Kreditwesen wurden durch die große Menge Geldes, die sich im Umlauf befand, gefördert. Kauf und Verkauf auf Kredit war die Regel[23]. Trotz des Wucherverbotes (*ribā*)[24] wurden vor allem im späteren Mittelalter auch zinsbringende Darlehen gegeben, wobei die Zinsrate allerdings wegen des großen Angebotes guter Münzen sich bis zur Kreuzfahrerzeit lediglich zwischen 4 und 10% bewegte[25]. Nach dem Urteil Goiteins war der „Wucher" allerdings wirtschaftlich bis zum 13. Jh. nicht von großer Bedeutung; Investitionen wurden mit Hilfe der verschiedenen Gesellschaftsformen vorgenommen[26]. Ansonsten war der Geldverleih vorwiegend als zinsloses Darlehen unter Verwandten, Freunden oder Angehörigen derselben Berufsgruppe verbreitet[27].

Jedenfalls war Kredit ein wesentliches Element der damaligen Wirtschaft. „The earliest Muslim legal sources now justify the assertion that already in the late eighth century, and possibly earlier, credit arrangements of various types constituted an important feature of both trade and industry."[28] Wir werden im Hauptteil dieser Arbeit noch vielen Beispielen für verschiedene Arten von Kredittransaktionen in den frühen Rechtstexten begegnen. Hier genüge es, darauf hinzuweisen, daß sowohl der Kauf einer Ware auf Kredit als auch der Kauf mit Vorschuß auf eine später zu liefernde Ware (*salam*) von Anfang an zum Repertoire des islamischen Rechts gehörten[29]. Vor allem die Hanafiten zeigten sich Kreditgeschäften gegenüber sehr offen, selbst sie wenn mit einem „verdeckten Zins" vebunden waren:

> Schließen nicht die Menschen auf diese Weise Kaufverträge ab? Nämlich, daß sie, wenn sie eine Frist (für Zahlung oder Lieferung) gewähren, etwas (zum Preise) zuschlagen? Was ist daran schlecht?[30]

---

[21] *Goitein*, MS I S. 231 f.
[22] *Goitein*, MS I S. 234.
[23] *Goitein*, MS I S. 151 f., 197 ff.
[24] Dazu s.u. Kapitel 15.
[25] *Ashtor*, History S. 86; *ders.*, Le taux d'intérêt dans l'Orient médiéval, FS Franco Borlandi, 1977, S. 197-213.
[26] *Goitein*, MS I S. 253.
[27] *Goitein*, MS I S. 71, S. 252.
[28] *Udovitch*, Credit as a Means of Investment in Medieval Islamic Trade, JAOS 87 (1967), S. 260.
[29] S. u. Kapitel 13.
[30] *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 695.

Bargeldloser Zahlungsverkehr mittels „Schecks" (*ṣakk*) und Schuldverschreibung (*ḫaṭṭ* oder *ruqʿa*) war weit verbreitet und zwar nicht nur im Groß- sondern auch im Einzelhandel. „Commerce, both wholesale and retail was conducted on credit. One did not pay in cash for the daily supplies, but sent the grocer written orders, and after a certain number. . .had accumulated, they were returned and payment was made."[31] Die „Schecks" waren auf einen Bankier gezogen; dieser gab „Schecks" nur an Personen, die bei ihm Geld deponiert hatten oder mit ihm in Geschäftsverbindung standen[32].

Zum sicheren Transfer größerer Geldsummen über große Entfernungen bediente man sich der *suftağa*, einer Art Wechsel. Ein Bankier oder bekannter Kaufmann stellte gegen Gebühr eine Zahlungsanweisung an einen mit ihm zusammenarbeitenden Bankier am Zielort aus; dieser mußte sofort auf Vorlage erfüllt werden[33]. Alle diese Zahlungsorder konnten, wenn sie auf einen Bankier oder einen bekannten Kaufmann gezogen waren, wie Bargeld gehandelt werden[34].

2.3.3. *Handwerk*

„Die handwerkliche Arbeit bleibt noch fast ganz in der Phase der Einzelherstellung . . . In den großen Städten läßt sich jedoch schon ein bemerkenswerter Grad von Arbeitsteilung feststellen, der eine weitgehende Spezialisierung bedingt."[35] Ansätze industrieller Fertigung finden wir nur in wenigen Zweigen, wie zum Beispiel in der Glasherstellung, der Papierproduktion oder der Textilindustrie. Aber auch die einfachen Handwerker gingen vielfältige Formen von Kooperationen ein; Personengesellschaften der unterschiedlichsten Ausgestaltung nehmen sehr oft die Funktion von abhängiger Beschäftigung ein[36]. Produktion und Verkauf waren nicht deutlich getrennt: Die Handwerker verkauften ihre Produkte selbst, wenn sie nicht fremde Stoffe zur Bearbeitung im Rahmen eines Werkvertrages nahmen. Zünfte im engeren Sinne gab es – zumindest im klassischen Islam – offenbar nicht, man findet nur losere Formen beruflicher Organisation[37].

Das Ansehen der Handwerker hing – abgesehen von der Differenzierung in angesehene und verachtete Gewerbe – ganz von dem Blickwinkel ab. Obwohl man Stimmen findet, die in hellenistischer Tradition jede Form von Handarbeit für verachtenswert halten, wird Handwerk und Handarbeit überwiegend geachtet[38]. Nicht Handarbeit an sich galt als entwürdigend, sondern Abhängigkeit von ande-

---

[31] *Goitein*, MS I S. 240.
[32] Vgl. *Goitein*, MS I S. 197, 241, 246.
[33] *Goitein*, MS I S. 241 ff.; *Ashtor*, Banking Instruments Between the Muslim East and the Christian West, Journal of European History 1 (1972), S. 554-573; *Grasshoff*, Das Wechselrecht der Araber, 1899; *Remde*, Lettera di cambio und suftadja, eine rechtsvergleichende Studie als Beitrag zur Entstehungsgeschichte des Wechsels, 1969.
[34] *Goitein*, MS I S. 245 f.
[35] *Cahen*, Islam I S. 167; vgl. dazu und zum folgenden auch *Goitein*, MS I S. 80 ff.
[36] Vgl. *Goitein*, MS I S. 87 f.
[37] *Cahen*, Islam S. 169; *Goitein*, MS I S. 83 f.
[38] *Goitein*, MS I S. 77, S. 80 ff.

ren[39]. Der offenbar mehr dem großkaufmännischen Milieu zugewandte Dimišqī äußert sich eher abfällig über die Handwerker:

Das Handwerk „bewahrt sowohl vor Armut wie vor Reichtum. Denn der Verdienst des Handwerkers reicht zwar zur Bestreitung der notwendigsten Lebensbedürfnisse aus, andererseits genügt er aber nicht, um ein Landgut zu kaufen oder zu einem Leben in Wohlstand zu gelangen. Trotzdem kommt der Handwerker bei einer Klassifizierung der Menschen in die unterste Klasse."[40]

Daneben werden aber auch Aussprüche des Propheten überliefert, die das Handwerk loben[41]. Für die vor allem im „kleinbürgerlichen" Milieu entstandenen hanbalitischen, die mystischen oder sektiererischen Strömungen verkörpert der Handwerker dagegen mehr als alle anderen das Ideal einer ehrbaren und verdienstvollen Beschäftigung[42].

2.4. Die Städte

2.4.1. Bevölkerungswachstum und Verstädterung

Das Wirtschaftswachstum ging einher mit einem stetigen Bevölkerungswachstum insbesondere im Irak, nachdem dieser zum Zentrum des Reiches geworden war. Das Bevölkerungswachstum spornte den Preisanstieg an. Da Arbeitskräfteüberschuß herrschte, hielten Löhne nicht mit der Teuerung Schritt[43]. Ein charakteristisches Merkmal der Wirtschaft in dieser Zeit war das große Angebot billiger Arbeitskraft. In den Rechtstexten finden wir mehrfach Beispiele dafür, daß sich der Preis eines unbearbeiteten und eines bearbeiteten Gutes nicht wesentlich voneinander unterschieden[44].

Noch auffälliger ist aber die fortschreitende Verstädterung. Die meisten der alten Städte (z. B. Damaskus, Alexandria) blieben erhalten und blühten zum Teil noch weiter auf. Daneben traten die Neugründungen. Die ehemaligen Heerlager (z. B. Kūfa, Baṣra, Fusṭāṭ) entwickelten sich rasch und wurden zu einem Schmelztiegel für die entstehende islamische Kultur. Schließlich zog auch das im Jahre 762 n.C. gegründete Bagdad große Mengen von Zuwanderern an. Zu seiner Blütezeit bedeckte es ca. 7000 ha., fünfmal soviel wie Byzanz im 10. Jahrhundert und dreizehnmal soviel wie das alte Ktesiphon; die Schätzungen seiner Einwohnerzahl bewegen

---

[39] So *Goitein*, MS I S. 87 ff., 99, 161, 164, 170.
[40] *Ritter*, Ein arabisches Handbuch der Handelswissenschaft, Der Islam 7 (1917), S. 61.
[41] Vgl. *Zaid ibn ʿAlī*, Maǧmūʿ al-fiqh, S. 149 Nr.544: Diejenige Erwerbsart ist die beste, die mit der Hand betrieben wird. . .Gott liebt den Gläubigen, der mit den Händen arbeitet (*al-muḥtarif*).
[42] Vgl. z. B. Ġazzālī's Aufzählung der vorzüglichsten Gewerbe bei *Ritter*, a.a.O. S. 42.
[43] *Ashtor*, History S. 92 ff., 153.
[44] Vgl. z. B. *Mālik*, Muwaṭṭaʿ II S. 648 und *Šaibanī*, Ḥuǧǧa II S. 624 ff. zum Austauschverhätnis von Mehl und Weizen; dazu auch *Ashtor*, Prix S. 48: „la différence entre les prix d'une certaine quantité de froment et du farine était dans les pays orientaux minime." Weiter z. B. *Mālik*, Muwaṭṭaʿ II S. 632 Nr.28, S. 633 Nr.31 und *Sarahsī* XII S. 182 Z.25, S. 183 Z.3,6 zum Austauschverhältnis von unbearbeitetem Gold gegen verarbeitete Goldgegenstände. Zu beachten ist aber auch der systematische Zwang, den das *ribā*-Verbot ausübte und der eine Berücksichtigung der durch die Verarbeitung herbeigeführten Wertsteigerung erschwerte, s.u. 15.3.2.

sich zwischen 200 000 und 560 000. Başra nahm etwa 3000 ha. ein, seine Einwohnerzahl wird auf 200 000 geschätzt; Kūfa wird etwa zwei Drittel soviel Einwohner wie Başra gehabt haben[45].

2.4.2. *Herrschaft, Markt und Moschee – Der Aufbau einer islamischen Stadt;*

Die Stadt war das Zentrum der Herrschaft und der geistlichen Autorität, Mittelpunkt von Wirtschaft und Handel, Wissenschaft und Kultur. Es ist oft gesagt worden, daß die islamische Kultur im wesentlichen eine städtische ist und daß auch der Islam als Religion vor allem Belange der Stadt widerspiegelt[46].

Doch trotz ihrer beherrschenden Stellung hat die Stadt weder Autonomie noch Selbstverwaltung; „ihre Bewohner sind nicht ‚Bürger' im engeren, von der europäischen Entwicklung geprägten Sinne des Wortes als Mitglieder einer Stadtgemeinde besonderer Rechtsform, sondern Mitglieder der islamischen Staatsgemeinde (der Umma); sie sind daher zugleich ‚Herde' . . .und Untertanen, oft in direkter wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber dem Souverän, der das göttliche Gesetz garantiert."[47] Das wirkt sich auf die städtische Organisation aus. Der Staat duldet keine vermittelnden Institutionen, das Individuum steht direkt dem Staat gegenüber. „Die islamische Stadt leidet. . .unter dem fast völligen Fehlen jeder munizipalen Organisation."[48] Markt und Moschee als Zentren des wirtschaftlichen und geistlichen Lebens stehen unter staatlicher Aufsicht. Der Markt wird kontrolliert von dem *muḥtasib*, dem Marktaufseher, der vor allem auf die korrekte Abwicklung der Geschäfte sah, aber auch die Einhaltung der islamischen Moral überwachte[49].

In der räumlichen Gliederung der islamischen Stadt zeigt sich keine städtische Einheit. Der Markt (arab. *sūq*, pers. *bāzār*) ist streng nach Berufsgruppen gegliedert; die Läden der Händler einer Sparte sind hierarchisch nach dem Ansehen ihrer Berufsgruppe und nach funktionalen Kriterien um das Zentrum, die große Moschee, herum angeordnet. Am Stadtrand liegen die Warenhäuser und Umschlagplätze des Groß- und Fernhandels und die Märkte für landwirtschaftliche Produkte. Die Wohnviertel sind aufgeteilt nach ethnischen oder religiösen Kriterien. Die Anlage des Stadthauses spiegelt die Abgeschlossenheit des Familienlebens und des privaten Bereiches gegenüber dem öffentlichen Leben wider: Von der Außenwelt durch hohe Mauern getrennt ist es um einen Innenhof gruppiert, in dem sich das private Leben konzentriert. „An die Stelle der Einheit der Stadt tritt der Zusammenhalt des Stadtviertels oder der Gruppe, während man die Familie vor schädlicher Berührung mit der Außenwelt oder Zerstreuung zu bewahren und die Obrigkeit vom Privatleben fernzuhalten sucht."[50]

---

[45] *Ashtor*, History S. 89.
[46] Z.B. *de Planhol*, Kulturgeographische Grundlagen der islamischen Geschichte, 1975, S. 29, 53 ff.
[47] *Endreß*, Einführung S. 107.
[48] *De Planhol*, a.a.O. S. 59.
[49] Vgl. *Klingmüller*, Agoranomos und Muḥtasib, FS E. Seidl, 1970, S. 88-98; *Foster*, Agoranomos and Muḥtasib, JESHO 30 (1970) S. 128-144.
[50] *De Planhol*, a.a.O. S. 60.

2.4.3. *Die Gesellschaft der Städte*

Die islamische Gesellschaft kommt, zumindest in der früheren Zeit, ohne starre Abgrenzungen aus[51]. Natürlich war man sich seines gesellschaftlichen Ranges wohl bewußt, und das färbte auch auf das Recht ab; so ist ein Erfordernis einer wirksamen Eheschließung die *kafā'a*, die Vergleichbarkeit der gesellschaftlichen Stellung[52]. Dennoch war diese soziale Schichtung nicht, wie im Feudalismus, rechtlich und religiös institutionalisiert und undurchlässig. Differenziert wurde vor allem nach Beruf und Vermögen, doch auch nach eher ideellen Faktoren wie Religiosität, Wissen, Integrität, öffentliche Verdienste.

An der Spitze der Gesellschaft stand die „Aristokratie", die in der Frühzeit noch wesentlich arabisch geprägt war. Die „Aristokraten" waren häufig Großgrundbesitzer, die jedoch das städtische Leben vorzogen und die Bearbeitung des Landes der einheimischen Bevölkerung überließen.

Schon in der frühen Abbasidenzeit entwickelte sich jedoch eine gemischtnationale „Bourgeoisie"[53], wobei der Begriff nicht in einem institutionell-ständischen Sinne zu verstehen ist, sondern als Umschreibung der sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse dieser Bevölkerungsgruppe. Aus dieser Schicht bildeten sich die „Notablen" heraus, die die Nähe zur Regierung auszeichnete: Regierungsbeamte, hohe Militärs, Oberrichter etc. Auch Gelehrte und reiche Kaufleute kann man zur „Bourgeoisie" zählen. Diesen blieb jedoch politischer Einfluß weitgehend verwehrt. Für Goitein ist diese „Bourgeoisie", vor allem die Kaufleute, die tragende Schicht in der Entwicklung der islamischen Kultur[54].

Der „Bourgeoisie" folgte das einfache Volk der Kleinhändler und Handwerker. Am Ende der Pyramide standen die Angehörigen verachteter Gewerbe sowie die Masse der ungelernten Arbeiter und Tagelöhner[55].

Eine Studie ist der Frage nachgegangen, ob sich die „Schöpfer" des islamischen Rechtes einer bestimmten Schicht zuordnen lassen[56]. Jedenfalls in den ersten drei islamischen Jahrhunderten gingen die meisten Juristen der Rechtswissenschaft als Privatiers nach. Es war ein religiös verdienstvolles Werk, Überlieferungen vom Propheten oder frühen Frommen zu sammeln oder sich mit den Regeln eines gottgefälligen Lebens zu beschäftigen, doch gab es keine institutionalisierte religiöse Hierarchie mit Ämtern, die einen ernähren konnten. Das bedeutet, daß die Gelehrten meist noch einem „weltlichen" Broterwerb nachgingen. Cohen stellte nun fest, daß man unter den über 14 000 untersuchten Persönlichkeiten zwar Angehörige aller

---

[51] Vgl. *Goitein*, MS I S. 75 ff. für die Gesellschaft Ägyptens im 10.-13. Jahrhundert.
[52] *Ziadeh*, Equality (kafā'ah) in the Muslim Law of Marriage, AJCL 6 (1957), S. 513.
[53] Vgl. *Goitein*, The Rise of the Near-Eastern Bourgeoisie in Early Islamic Times, Cahiers d'histoire mondiale 3 (1957), S. 583-604.
[54] *Goitein*, Bourgeoisie S. 584, vgl. S. 585: „in early Islamic times, it was predominantly merchants who were engaged in the development of the religious sciences of Islam." und *ders.*, MS I S. 69 f.; vgl. auch *van Ess* I S. 41 ff. über die „zentrale Stellung des Kaufmannes innerhalb der religiösen Intelligenz."
[55] *Pellat*, Le milieu basrien et la formation de Ǧāḥiẓ, 1953, S. 224 f.; *Cahen*, Islam I 163.
[56] *Cohen*, The Economic Background and the Secular Occupations of Muslim Jurisprudents and Traditionists in the Classical Period of Islam, JESHO 13 (1970), S. 16-61.

Klassen und Berufsgruppen findet, daß jedoch das Gros aller Wissenschaftler Kaufleute waren oder zumindest aus Kaufmannsfamilien stammten. Auch Handwerker sind stark vertreten, doch erreichen sie an Zahl nicht die Kaufleute[57]. Mehr oder weniger alle Rechtswissenschaftler gingen demnach einer Erwerbstätigkeit nach und die überwiegende Anzahl gehörte zur „Mittelschicht", zur „Bourgeoisie".

An dem Entstehen einer muslimischen „Bourgeoisie" hatten in ganz besonderem Maße die konvertierten Nichtaraber teil, die sich vor allem in der Frühzeit als „Klienten" (*mawālī*, sing. *maulā*)[58] einem der arabischem Stämme anschlossen, um Eingang in die arabische Stammesgesellschaft zu finden. Sie bilden in dieser frühen Zeit das flexibelste, mobilste und aktivste Element der Gesellschaft und es gelang ihnen mit der Zeit, sich darin respektable Plätze zu erobern und anstelle der arabischen Stammesgesellschaft die Idee einer umfassenden islamischen Solidarität durchzusetzen. Die *mawālī*, von denen wir wissen, repräsentieren eine Schicht der gesellschaftlichen Aufsteiger, die von „Unterworfenen" zur treibenden Kraft sowohl im wirtschaftlichen wie im kulturellen Bereich werden[59]. Viele der Rechtgelehrten stammen aus *mawālī*-Familien, so zum Beispiel Abū Ḥanīfa, der ein erfolgreicher Stoffhändler war, und die überwiegende Zahl seiner Lehrer und Schüler[60].

In der Sekundärliteratur werden häufig die Erwerbsmentalität von Arabern und *mawālī* in der frühislamischen Zeit gegenübergestellt[61]. Die Araber lebten vor allem von Zuweisungen der bei den Eroberungszügen gemachten Beute und später von Staatspensionen; in Vermögenssachen kultivierten sie die Tugend der Freigebigkeit und des Gottvertrauens (*tawakkul*) und „in der Werteskala der arabischen Herren standen Ruhm und Würde obenan; Geld und Besitz dienten allein dazu, Ruhm zu erwerben: durch Freigebigkeit und Gastfreundschaft."[62] Dagegen rückten für die *mawālī* Sparsamkeit, wirtschaftliches Haushalten und Anhäufen von Kapital (*iddiḫār*)[63] in den Mittelpunkt; Besitz war auch religiös verdienstlich, da er einen dazu befähigte, fromme Werke zu tun[64]. Man sollte die Polarität zwischen Arabern und *mawālī* nicht überbewerten; es gab auch arabische Kaufleute und Gelehrte; und die Entstehung des Islam in Mekka, das beherrscht war von einer Kaufmannsoligarchie, sicherte dem Kaufmann und kaufmännischem Denken von Anfang an einen wichtigen Platz in der Entwicklung des Islam[65]; schließlich ist auch der Koran dem Handel

---

[57] Cohen, a.a.O. S. 25, 37, 39, 41.

[58] Vgl. dazu *Juda*, Die sozialen und wirtschaflichen Aspekte der Mawālī in frühislamischer Zeit, 1983; *Crone*, Roman, Provincial and Islamic Law, 1987; dies., Art. „MAWLA", in EI², Vol.VI, S. 877 f.

[59] Vgl. *van Ess* I S. 40: „Das geschah nicht von heute auf morgen, aber man kann doch beobachten, wie spätestens in der dritten Generation sich so viel Geld angesammelt hatte, daß man Muße fand, in der Moschee zu sitzen und Wissenschaft zu treiben."

[60] *Van Ess* I S. 183 ff.; ebenso für die meisten mekkanischen Juristen *Motzki*, Die Anfänge der islamischen Jurisprudenz, 1991, S. 258.

[61] Vgl. z. B. *Pellat*, a.a.O. S. 224 ff.; *van Ess I S. 40 ff.*

[62] *Van Ess* I S. 41.

[63] Vgl. *Pellat*, a.a.O. S. 228: *iddiḫār* „implique la constitution de réserves en vue de parer aux vicissitudes du sort."

[64] *Van Ess* I S. 41.

[65] Das betont auch *Goitein*, Bourgeoisie S. 594 ff.; vgl. auch *Lammens*, La Mekke à la veille de l'Hégire, 1924; einschränkend *Crone*, Mekkan Trade and the Rise of Islam, 1987.

deutlich positiv gesinnt, und seine religiöse Terminologie entstammt zu einem großen Teil der Handelssprache[66]. Aber viele Quellen zeugen davon, daß die *mawālī* gerade in Handwerk und vor allem im Handel überproportional vertreten waren[67].

2.5. Das Land

Neben der Ausweitung des Handels darf nicht vergessen werden, daß die überwältigende Masse der Bevölkerung weiterhin auf dem Lande lebte[68]. Auch die Wirtschaft des Irak war trotz Ausweitung von Handel und Industrie vorwiegend agrarisch. Trotzdem sind es fast ausschließlich die Städte, die die islamische Kultur prägen. Die städtische Sichtweise der islamischen Kultur äußert sich in einer Mißachtung der einfachen Bauern, zumeist Nichtaraber und Nichtmuslime. Sie werden verachtet und verspottet; „wenn man die Klassen der menschlichen Gesellschaft behandelt, nimmt man. . .die Bauern aus: sie sind nur Tiere."[69] Šaibānī berichtet in seinem *Kitāb al-kasb*, daß manche Rechtsgelehrten die Landwirtschaft für eine verwerfliche (*maḏmūma*) Tätigkeit halten. Nach einem *ḥadīṯ* habe der Prophet, als er Ackerbaugerät auf einem Gut sah, gesagt: „So etwas kommt in das Haus von Leuten, die niedrig und gemein sind."[70] Šaibānī widerspricht dem allerdings (wie nach seinen Angaben auch die meisten anderen Gelehrten seiner Schule) und stellt die Landwirtschaft sogar noch über den Handel. Die Landwirtschaft bringe allgemeineren Nutzen, da sie das erzeuge, wovon die Menschen leben, der Handel hingegen vermehre nur das Vermögen[71].

2.5.1. Rückgang der Landwirtschaft

Vor allem im Irak ging die Verstädterung einher mit einem Rückgang der Landwirtschaft: „the greatest degree of urbanization prior to modern times came not as a concomitant of the greatest intensity of land usage but as the sequal to a decline in provincial settlement, irrigation and agricultural production."[72]

---

66 Vgl. *Torrey*, The Commercial-Theological Terms in the Koran, 1892; *Rodinson*, Islam und Kapitalismus, 1971, S. 38 ff.
67 *Juda*, a.a.O. S. 109 ff.; *Duri*, Arabische Wirtschaftsgeschichte, 1979, S. 50 ff.
68 *Ashtor*, History S. 100; *ders.*, Prix S. 35.
69 *Cahen*, Islam I S. 156; vgl. auch *de Planhol*, a.a.O. S. 39; ebenso *Goitein*, MS I S. 75 f. Bezeichnend für die städtische Sichtweise ist auch Ġazzālī's Aufzählung der vorzüglichsten Gewerbe bei *Ritter*, Ein arabisches Handbuch der Handelswissenschaft, Islam 7 (1917), S. 42, in der der Bauer fehlt: „Lederarbeit, Handel, Lasttragen, Schneiderei und Schusterei, Walkerei, Pantoffelmacherei, Schmiedekunst, Spindelmacherei, Jagd und Fischfang und Bücherabschreiben." Sowohl die verwerflichsten wie die vorzüglichsten Gewerbe sind allesamt städtisch (abgesehen von Jagd und Fischfang).
70 *Šaibānī*, Kasb S. 36, s.u. Kapitel 3.2.
71 *Šaibānī, a.a.O. S. 37.*
72 *Adams*, Land Behind Bagdad: A History of Settlement on the Diyala Plains, 1965, S. 99. Vgl. zum langsamen Niedergang der Landwirtschaft *Ashtor*, History S. 36 ff., 155 ff.; *Waines*, The Third Century Internal Crisis of the Abbasids, JESHO 20 (1977), S. 282-306.

Im großen und ganzen hatte sich nach Art des Anbaus und der angebauten Früchte wenig durch die arabische Eroberung verändert[73]. Vorherrschende Getreidesorte war der Weizen, der vor allem in Obermesopotamien, Syrien und Ägypten angebaut wurde. Daneben wurde etwa gleichviel Gerste angebaut, die jedoch lediglich als Viehfutter diente. Wichtig, vor allem als Nahrung für die ärmere Bevölkerung waren Datteln (Hauptanbaugebiet Irak). Obermesopotamien und Syrien waren die Hauptgebiete des intensiven Gartenbaus, der Früchte produzierte. Vor allem im unteren Irak und in Ägypten wurde Bewässerungslandwirtschaft betrieben, die weitgehend von staatlicher Aufsicht und Pflege abhängig war. Den kleinen Bauern fehlten die Mittel, die komplexen Syteme zu unterhalten.

Trotz einiger Berichte über spektakuläre Projekte von Staat oder kapitalreichen Großgrundbesitzern ist von der muslimischen Eroberung an ein stetiger Rückgang der Anbaufläche zu verzeichnen, der sich im hohen und späten Mittelalter noch beschleunigte[74]. Die Landwirtschaft im Irak erreichte weder unter den Umaiyaden noch unter den Abbasiden das Niveau und die Ausdehnung, die sie zur Zeit der Sassaniden hatte. Vor allem die Abbasiden scheinen das Bewässerungssystem im Irak vernachlässigt zu haben; je nach der betroffenen Region waren Versalzung, Versumpfung oder Austrocknung die Folge und die ohnehin problematische Landflucht wurde angeheizt. Der Rückgang der Produktion war neben der Zunahme der städtischen Bevölkerung ein weiterer Grund für die stetige Verteuerung der Lebensmittelpreise und für den Rückgang des Steueraufkommens.

2.5.2. *Besitzverhältnisse*

Die Bearbeitung des Bodens verblieb auch nach den Eroberungen weitgehend beim ansässigen Bauerntum. Unter dem Islam wurde jedoch das Feudalsystem und die Landsklaverei abgeschafft und die Bauern damit aus der Bindung an den Boden befreit. Daneben eigneten sich arabische Stammesführer große Ländereien an, die vorher dem byzantinischen oder sassanidischen Staat gehört hatten, oder deren vorige Eigentümer geflohen waren. Dadurch entstand eine Schicht von arabischen Großgrundbesitzern.

Es ist unklar, ob das eroberte Land zumindest formal Eigentum des muslimischen Staates war, oder ob das Eigentum bei der ansässigen Bevölkerung verblieb[75]. Rechtlich jedoch konnten sie formal wie ein Eigentümer darüber verfügen[76]. Auch sonst war der Handel mit Immobilien frei[77]; Land war nicht wie im Feudalismus prinzipiell dem Verkehr entzogen sondern galt als eine der sichersten und profitabelsten

---

[73] *Ashtor*, History S. 41 ff.; *Cahen*, Islam I S. 144 ff.

[74] *Ashtor*, History S. 48 ff., 58, 66, 156; *Waines*, a.a.O. S. 291.

[75] Im einzelnen ist vieles unklar und umstritten, vgl. z. B. *Cahen*, Islam I S. 148 ff.; *Forand*, The Status of the Land and Inhabitants of the Sawād During the First Two Centuries of Islām, JESHO 14 (1971), S. 25-37; *Johansen*, The Islamic Law on Land Tax and Rent, S. 7 ff.; *Morony*, Landholding in Seventh-Century Iraq: Late Sasanian and Early Islamic Patterns. In: Udovitch (Hrsg.), The Islamic Middle East, 700-1900, 1981, S. 135-175.

[76] *Johansen*, Land Tax S. 7 ff., S. 18.

[77] Vgl. *Johansen*, a.a.O. S. 18: „in principle land is considered a commodity like all other commodities."

Geldanlagen. So finden wir einen lebhaften Handel mit Grundbesitz, an dem auch die Mittelschicht und sogar ärmere Städter beteiligt waren; wer immer es sich leisten konnte, besaß Land[78]. Vor allem für reiche Kaufleute war die Investition in Immobilien neben dem Handel eine vielgenutzte Anlagemöglichkeit[79].

Neben den verschiedenen Formen von Privateigentum gab es Staatsgüter, die zum Teil durch den Staat selbst genutzt und durch Pächter oder Sklaven bewirtschaftet wurden; zum Teil wurden sie aber auch Muslimen unter eigentumsähnlichen Bedingungen meist auf unbegrenzte Zeit überlassen. Diese Art der „Erbpacht" hieß *qaṭīʿa* und ähnelte der spätantiken *Emphyteuse*[80]. Der Grundbesitzer hatte alle Rechte und Pflichten eines Grundherrn; insbesondere war er verpflichtet, für die Bearbeitung des Bodens zu sorgen. Kam er dieser Verpflichtung nicht nach, so konnte ihm das Land wieder entzogen werden, doch konnte er über sein Recht an dem Grundbesitz frei verfügen.

Wie das Verhältnis von kleinem Landbesitz und Großgrundbesitz aussah, läßt sich nicht mit Sicherheit sagen. Es scheint so zu sein, daß der kleine Grundbesitz schon vor der Zeit der arabischen Eroberung im Rückgang begriffen war. Dennoch wird wohl auch weiterhin der Großteil des Landes in der Hand von freien Kleinbauern gewesen sein[81]. Es lassen sich mit Cahen vier Größenordnungen unterscheiden: 1) der bäuerliche Kleinbesitz, 2) der Grundbesitz der auf dem Lande ansässigen ehemaligen persischen Kleinadeligen (*dihqāne*), 3) der Grundbesitz der Städter 4) der Großgrundbesitz, in der früheren Zeit vor allem in der Hand von Arabern[82].

Häufig bearbeiteten die Grundbesitzer das Land nicht selbst, sondern verpachteten es an landlose Bauern. Das islamische Recht stellte dafür verschiedene Formen zur Verfügung (*muzāraʿa, musāqāt, muġārasa*)[83]. Charakteristisch ist die Aufteilung nach Produktionsfaktoren (Grundeigentum, Wasser, Saatgut, Geräte und Viehbestand, menschliche Arbeit); die Höhe des Ernteanteils, den der Pächter erhält, richtet sich vor allem danach, wieviele der Produktionsfaktoren er einbringt. Steuerte der Pächter bei der *muzāraʿa* nichts als seine Arbeitskraft bei, nach der damaligen Vorstellung nur ein Fünftel der Produktionsfaktoren, so erhielt er auch nur ein Fünftel der Ernte. Der Pachtzins konnte also 4/5 der Ernte erreichen. Etwas besser war die Situation des Pächters bei der *musāqāt*, einem Bewässerungsvertrag für Intensivkulturen (vor allem im Gartenbau); da Mühe und Verantwortung des Pächters hier wesentlich größer waren, wurde sein Beitrag regelmäßig mit der Hälfte des Ertrages vergütet.

---

[78] Vgl. *Goitein*, MS I S. 76, 116.
[79] *Ashtor*, History S. 155; *Cahen*, Fiscalité, proprieté, antagonismes sociaux en Haute-Mésopotamie au temps des premiers ʿAbbāsides, Arabica 1 (1954), S. 138, 151.
[80] Vgl. *Cahen*, Islam I S. 149 f.
[81] *Ashtor*, History S. 38; *Johansen*, Land Tax S. 17.
[82] *Cahen*, Islam I S. 154.
[83] Vgl. dazu *Johansen*, Land Tax.

2.5.3. *Steuerlast*

Das komplizierte Steuersystem knüpft an die Verhältnisse zur Zeit der Eroberung an[84]. Die arabischen Muslime zahlten zur Zeit der Eroberungen auf ihre Besitzungen in Arabien und auf Land, das ihnen vom Herrscher als Beute zugeteilt wurde nur den Zehnten (*ᶜušr*). Die ansässige Bevölkerung hingegen war grundsätzlich der höheren Grundsteuer (*ḫarāǧ*) unterworfen, die auch ein Zeichen der Anerkennung der muslimischen Oberhoheit war. Schon bald kam es aber, nicht zuletzt wegen der massenhaften Konversionen zu Änderungen im Steuerrecht: Die Grundsteuerpflicht (*ḫarāǧ*) wurde als eine Eigenschaft des Landes, nicht des Grundeigentümers gesehen. Das heißt, daß Land, das einmal dem *ḫarāǧ* unterworfen war, diesen Status auch dann nicht verlor, wenn sein Eigentümer konvertierte, oder wenn es von einem Muslim erworben wurde[85].

Die Steuerlast auf den Bauern wog schwer, vor allem wenn sie dem *ḫarāǧ* unterworfen waren, wie alle einheimischen Bauern[86]. Hinzu kam bei Nichtmuslimen noch die „Kopfsteuer" (*ǧizya*). Die arabischen Großgrundbesitzer dagegen standen, vor allem wenn sie lediglich dem Zehnten (*ᶜušr*) unterworfen waren, wirtschaftlich ungleich besser. Die Steuern wurden üblicherweise in Form eines jährlich zu zahlenden festen Betrages (*misāḥa*) erhoben, seltener in natura als Prozentsatz der Ernte (*muqāsama*), wie der Zehnte (*ᶜušr*)[87]. Beim *ḫarāǧ* war die Erhebung in natura zumindest bis zum 10. Jahrhundert n.C. ein Privileg, das nur den Mitgliedern der alten arabischen Aristokratie in der Gegend um Bagdad gewährt wurde. Die ansässigen Bauern mußten demgegenüber den *ḫarāǧ* in Geld erbringen, was ihnen schwer fiel, da sie außer ihrer Ernte kaum etwas hatten, das sie zu Geld machen konnten. Um die Steuern zahlen zu können, mußten sie ihre Ernte zur Erntezeit, wenn die Preise niedrig waren, an Zwischenhändler verkaufen. Die Bedingungen waren denkbar schlecht. Oft kamen die Steuereinnehmer zusammen mit privaten Kaufleuten, die den Bauern die Ernte zu wesentlich niedrigeren Preisen, etwa um die Hälfte des Marktwertes, abnahmen. Die Händler verkauften die landwirtschaftlichen Produkte dann auf den städtischen Märkten zum regulären Marktpreis[88].

Die Höhe der von den Bauern verlangten Steuern stieg stetig von der Zeit der islamischen Eroberung an. Der gleichzeitige Anstieg der Nahrungsmittelpreise floß zu einem großen Teil in die Tasche von Zwischenhändlern, so daß es den Bauern immer schwerer fiel, die Steuern zu begleichen. Die Bauern waren nicht selten

---

[84] Das muslimische System der Besteuerung ist kompliziert und vieles, vor allem die Beziehungen zu vorislamischen Besteuerungsarten, ist ungeklärt. Vgl. dazu *Ben Sheneb*, Taxation in Islam, Vol.1-3, 1965-69; *Cahen*, Fiscalité, proprieté, antagonismes sociaux en Haute-Mésopotamie au temps des premiers ᶜAbbāsides, Arabica 1 (1954), S. 136 ff.; *Dennet*, Conversion and the Poll Tax in Early Islam, 1950; *Løkkegaard*, Islamic Taxation in the Classical Period, 1950.

[85] Vgl. *Johansen*, Land Tax S. 12.

[86] *Ashtor*, History S. 39 ff. und S. 158 nennt Beträge, die zwischen einem Viertel und der Hälfte der Ernte liegen. Vgl. auch *Johansen*, Land Tax S. 19: „clearly overtaxes the peasant's economic ressources".

[87] Zur Form der Steuererhebung vgl. *Johansen*, Land Tax S. 15 f.

[88] *Cahen*, Fiscalité, proprieté, antagonismes sociaux en Haute Mésopotamie au temps des premiers ᶜAbbāsides, Arabica 1 (1954), S. 143 f.; vgl. auch *Juda*, Die sozialen und wirtschaftlichen Aspekte der Mawālī in frühislamischer Zeit, 1983, S. 111.

gezwungen, Geld zu hohen Zinsen und gegen Mobiliarsicherheiten von den Städtern, vor allem Kaufleuten, oder reicheren Landbesitzern zu leihen[89], oder sie verkauften schon ihre zukünftigen Ernten zu einem entsprechend geringeren Preis. In dem oben schon erwähnten Handbuch der Handelswissenschaft von Dimišqī finden wir unter der Rubrik von den „aus Gewalt und Geschicklichkeit zusammengesetzten Erwerbsarten" als ein Beispiel:

> die Handelsgeschäfte der Leute von Rang und Einfluß, die die Bürgschaft für die (Grundsteuer der) Güter ihrer Untertanen übernehmen (*fi taḍmīnihā*) und das Getreide im voraus erwerben, so daß sie dem Volk die notwendigen Käufe und Verkäufe unmöglich machen.[90]

Häufig scheint auch die Praxis der sogenannten *talǧi'a* gewesen zu sein, bei der ein Bauer „sich und seinen Landbesitz unter den Schutz eines Höheren stellte, der dieses Land auf seinen Namen eintragen ließ und von nun an als Mittler zwischen seinem Schützling und der Steuerbehörde fungierte"[91]. Ein Vorteil war, daß der Schutzgeber die Steuern in Geld entrichtete und die Bauern sie ihm in Naturalien zahlen konnten. Unzweifelhaft aber förderte die *talǧi'a* das Entstehen von Großgrundbesitz noch. Die Bauern gerieten immer mehr in vielfältige Abhängigkeitsverhältnisse zu Städtern oder Großgrundbesitzern.

In Reaktion auf diese hoffnungslosen Verhältnisse verließen viele Bauern das Land. Landflucht muß ein gravierendes Problem schon unter den Umaiyaden gewesen sein, das auch unter den Abbasiden, trotz vielfältiger Gegenmaßnahmen der Regierungen weiter anhielt[92].

2.5.4. Stadt und Land

Das Land war der Stadt dienstbar, wurde von ihr aus kontrolliert und beherrscht. Die Wirtschaft der Städte war gegründet auf die landwirtschaftliche Produktion und die finanziellen Erträge des Umlands: Es lieferte den täglichen Bedarf, Rohstoffe, und den Großteil der Steuern. Dennoch floß nur ein geringer Prozentsatz des Reichtums auf das Land. Zwar wirkte sich der Aufschwung des Handels und der städtischen Wirtschaft auch auf das Land aus: Durch den Fernhandel und auf den städtischen Absatzmärkten stieg die Nachfrage sowohl nach den gängigen Lebensmitteln, als auch nach neuen, exotischen Erzeugnissen. Aber nur die Großgrundbesitzer waren flexibel genug, durch Spekulation, Ausweitung oder Veränderung der Kulturen davon zu profitieren. Zwar gibt es deutliche Anzeichen für eine Ausdehnung der Geldwirtschaft auch auf das flache Land, dennoch ist das Dorf wirtschaftlich weitgehend isoliert: „Auf und mit dem Land gibt es keinen wirklichen, dem städtischen vergleichbaren Warenaustausch, der seinen Bewohnern Profit würde

---

[89] vgl. dazu *Ashtor*, History S. 41, S. 66, und *Cahen*, Fiscalité S. 148 f. die sich vor allem auf Berichte des christlichen Autors Dionysius v. Tell Mahre aus Obermesopotamien zur Zeit der frühen Abbasidenkalifen stützen (Ende des achten, Anfang des neunten Jahrhunderts n.C.).

[90] *Ritter*, Ein arabisches Handbuch der Handelswissenschaft, Der Islam 7 (1917), S. 59.

[91] *Cahen*, a.a.O. S. 149 f.; *ders.*, Islam I S. 155; *ders.*, Art. „HIMAYA", in EI², Vol.III, S. 394.

[92] *Ashtor*, History S. 67 f.; *ders.*, Prix S. 37; *Cahen*, Islam I S. 46 f.,153 f.; *ders.*, Fiscalité, proprieté, antagonismes sociaux en Haute-Mésopotamie au temps des premiers ᶜAbbāsides, Arabica 1 (1954), S. 145 ff.

bringen können. Das Land liefert seine Produkte zum großen Teil in Form von Steuern und Abgaben und nicht auf dem Handelsweg."[93]

Städtische Händler verdienten in vielfältiger Weise am Handel mit Nahrungsmitteln (s.o. 2.5.3.). Zumindest zu dieser Zeit war der Nahrungsmittelmarkt frei. Spekulation mit Nahrungsmitteln muß sehr verbreitet gewesen sein, sie wird in vielen Überlieferungen verdammt[94] und taucht auch als rechtliches Problem auf[95]. Großgrundbesitzer, private Steuereintreiber oder reiche Händler, die die Ernte ganzer Landstriche aufkaufen konnten[96], also Personen, die eine große Menge Getreides unter ihre Kontrolle bringen konnten, verknappten die Versorgung künstlich und trieben die Getreidepreise so in die Höhe[97]. Das Mißtrauen der Bevölkerung gegenüber den Getreidehändlern spiegeln *ḥadīṯe* wie das folgende wider:

Wenn es in der Hölle Handel gäbe, so würden sie daselbst Getreide verkaufen, und wer nur 40 Tage (solches) verkauft hätte, dessen Herz wird die Barmherzigkeit entrissen.[98]

---

[93] *Cahen*, Islam I S. 156.

[94] Vgl. *Ritter*, a.a.O. S. 29, 33; *Zaid ibn ʿAlī*, Maǧmūʿ al-fiqh S. 169 Nr.612: „Wer Getreide bringt, wird von Gott beschenkt, wer es hortet ist ein verfluchter Sünder" und *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 651 Nr.56 und 58.

[95] Etwa im Verbot, Nahrungsmittel weiterzuverkaufen, bevor man sie in Besitz genommen hat; oder dem Verbot, Früchte schon am Baum oder Getreide noch auf dem Feld zu verkaufen, s.u. Kapitel 14.2.2. und 14.2.3.

[96] Solche Transaktionen tauchen auch in den Rechtstexten auf: *Šaibānī*, Aṣl S. 3 Nr.5 verbietet den Abschluß eines *salam*-Vertrages, des Inhalts, daß jemand die erwartete Ernte eines ganzen Dorfes oder Landstriches gegen einen sofort zu zahlenden Vorschuß aufkauft. Verboten ist diese Transaktion aber nicht wegen des Risikos von Spekulation mit Nahrungsmitteln, sondern wegen des Momentes der Unsicherheit (*ġarar*) das ihr anhaftet: Man weiß nicht, wie die Ernte ausfallen wird. Vgl. dazu unten 14.1.2.

[97] *Ashtor*, Prix S. 46; *ders.*, History S. 143.

[98] *Ritter*, Ein arabisches Handbuch der Handelswissenschaft, Der Islam 7 (1917), S. 29 – Übersetzung eines bei Suyūṭī, Kanz al-ʿummāl überlieferten *ḥadīṯes*.

3. Zwischen Gewinnstreben und Askese: Einstellungen zu Handel und Erwerb

Der Islam hat als Religion den vorwiegend von der „Bourgeoisie" getragenen Wirtschaftsboom zumindest nicht behindert[1]. Es gab innerhalb der islamischen Kultur verschiedene Strömungen, die von Verfechtern radikaler Askese bis hin zu profitorientierten „Kapitalisten" reichten.

3.1. Die vielen Gesichter der islamischen Kultur

Pellat[2] zitiert Beispiele für die Stimmung in der Handelsstadt Başra: „Au 11ᵉ siècle on dit couramment: ‚l'argent est l'argent, tous le reste est absurde.'" Das Buch der Handelskunde von ad-Dimišqī widmet dem „Lob des Reichtums an vielem Gut" ein ganzes Kapitel[3]. Erwerb und Gewinnstreben sind gut an sich, Reichtum eine Auszeichnung:

> Der Reichtum ist ein Beweis von schönen Anlagen und edler Abkunft. Denn wenn der Reichtum eines Mannes als ererbt vorauszusetzen ist, so zeugt er von altem Wohlstand und edler Abkunft, und wenn als erworben, so zeugt er von hohem Streben, reichem Verstand und vollendeter Einsicht. . .Und wenn über den Reichtum nichts zu sagen wäre, als daß er zu den Eigenschaften Gottes gehörte, so wäre das genügende Ehre und Auszeichnung.

Daneben ist aber auch eine starke asketische Strömung nicht zu übersehen[4]. Die *ḥadiṯe*[5] spiegeln die verschiedenen Strömungen wider. Neben solchen asketischen Inhalts stehen andere, die Handel und Erwerb oder sogar den Reichtum loben. Auf diese Spannung weist auch Goitein hin: „Economic independence and prosperity were one way to attain spiritual freedom and inner security. There was another way: renouncing the world and living the life of the poor who had nothing to fear."[6] Seiner Ansicht nach habe jedoch die Auffassung die Oberhand gewonnen, die dem Erwerb, der Anhäufung von Kapital und – wenn auch begrenzt – sogar dem Luxus positiv gesinnt war[7]. Goitein bringt sie in Zusammenhang mit der „Bourgeoisie",

---

[1] Vgl. *Rodinson*, Islam und Kapitalismus, 1986, S. 36-55.
[2] *Pellat*, Le milieu basrien et la formation de Ǧāḥiẓ, 1953, S. 228.
[3] *Ritter*, a.a.O. S. 46 f.
[4] Vgl. *Kinberg*, What Is Meant by *zuhd*? SI 61 (1985), S. 27-44.
[5] Eine Zusammenstellung und Übersetzung von Handel und Erwerb betreffenden *ḥadiṯen* aus Suyūṭī's Kanz al-ᶜummal findet sich bei *Ritter*, a.a.O. S. 28 ff. und bei *Lewis*, Der Islam von den Anfängen bis zur Eroberung von Konstantinopel. Band II: Religion und Gesellschaft, 1982, S. 163 ff.
[6] *Goitein*, Bourgeoisie S. 585.
[7] *Goitein*, a.a.O. S. 586: „although the ideal of renouncing the world was always a strong undercurrent in Islam, its representative opinion during the period considered here, took. . .a favourable attitude towards earning, amassing capital and, with some qualifications, even towards certain aspects of luxury."

einer Schicht, die auf Seiten des Handels stand, und die vor allem in der früheren Zeit die islamische Kultur maßgeblich prägte[8].

Eine etwas andere Sicht der Dinge schlägt Kinberg vor: Askese habe das Feld beherrscht; doch seien die Vertreter der asketischen Strömungen zu Kompromissen mit den Ansichten und Bedürfnissen der „Bourgeoisie" bereit gewesen: „renunciation of wordly goods was always the main current in Islam, and traditions favoring property and wealth arose only as a concession to the rising economic power of the bourgeoisie."[9] In den Traditionen zu Handel und Erwerb spiegele sich ein „typical Islamic compromise: On the one hand, Islam does not encourage a hermit's life, stating that there is no monasticism in Islam. It has therefore no intention of depriving its believers of their basic desires nor of isolating them from the daily occurrences of the world in which they live. On the other hand, Islam adheres to piety in its strictest sense. Although large sectors of Islamic society made their living from trade, Islam never overcame the need to apologize for this kind of occupation"[10].

Wenn sich die Rechtswerke allgemeiner zur Frage von Gewinn- und Erwerbsstreben äußern, so ist die Tendenz deutlich positiv. Das *Maǧmūᶜ al-fiqh*, das Rechtskompendium, das Zaid ibn ᶜAlī zugeschrieben wird, enthält zum Thema Handel und Erwerb eine Sammlung von Traditionen, die auf den Propheten oder frühe Fromme zurückgeführt werden[11]. So habe Alī den Erwerb zum *ǧihād* (heiligen Krieg) erklärt und die Versorgung der Familie und der Verwandten zur *ṣadaqa* (Almosen). Ein Dirham aus dem Handel sei besser als zehn aus einer anderen Quelle[12]. Der Prophet habe nach einer anderen Überlieferung auf die Frage, welche Erwerbsart die beste sei, geantwortet:

> diejenige, die mit der Hand betrieben wird. Jeder Kaufvertrag ist gesegnet. Gott liebt den Gläubigen, der mit den Händen arbeitet (*al-muḥtarif*); und wer sich für seine Familie abmüht, ist wie jemand, der am heiligen Krieg teilnimmt (*al-muǧāhid*).[13]

Nach einer weiteren Überlieferung schließlich habe ᶜAlī versprochen:

> Wer aus Sorge um seine Nachkommen oder seine Gattin diesseitige Güter begehrt (*ṭalaba 'd-dunyā*), den wird Gott dereinst wiedererwecken und sein Gesicht wird leuchten wie der Mond in einer Vollmondnacht.

---

[8] *Goitein*, a.a.O. S. 584 „it was largely members of the bourgeoisie, who had developed Muslim religious law, which is the backbone and very essence of Islam, and the kindred disciplines of the Traditions of the Prophet, the reading and exegesis of the Koran as well as of theology." und S. 585 „the full-fledged religion of Islam. . .is pervaded by the spirit and ideas of the rising merchants' class."

[9] *Kinberg*, Compromise of Commerce. A Study of Early Traditions Concerning Poverty and Wealth, Der Islam 66 (1989), S. 195.

[10] *Kinberg*, a.a.O. S. 204 f.

[11] *Zaid ibn ᶜAlī*, Maǧmūᶜ al-fiqh. Corpus iuris di Zaid ibn ᶜAli, hrsg. v. Eugenio Griffini, Mailand 1919. Heute nimmt man allgemein an, daß das Werk mindestens ein halbes Jahrhundert nach Zaid ibn ᶜAlī (st. 740 n.C.) entstand, also gegen Ende des achten Jahrhunderts n.C. und daß es insgesamt kufische Ansichten enthält; vgl. dazu *Strothmann*, Das Problem der literarischen Persönlichkeit Zaid b. ᶜAlī, Der Islam [13](1924), S. 1-52; *Sezgin*, GAS I S. 557 ff.; *Madelung*, Der Imam al-Qāsim ibn Ibrāhīm und die Glaubenslehre der Zaiditen, 1965, S. 54-57. Seine Entstehung liegt also in der Nähe der hanafitischen Rechtsschule, die sich ebenfalls um diese Zeit in Kufa entwickelte.

[12] *Zaid ibn ᶜAlī*, a.a.O. S. 148 Nr.539.

[13] *Zaid ibn ᶜAlī*, a.a.O. S. 149 Nr.544.

Sarahsī leitet seinen Kommentar zum Buche des Kaufvertrags von Šaibānī's *Kitāb al-aṣl* mit einer kurzen Abhandlung über den Erwerb ein:

Gott machte das Vermögen (*al-māl*), zum Mittel des beständigen Wohlergehens der Menschen auf der Welt und er schuf den Handel (*at-tiǧāra*), um es zu erwerben; denn das, was jeder einzelne braucht, ist nicht überall erlaubt (*mubāḥ*, gemeint ist: „herrenlos") und es mit Gewalt an sich zu nehmen, ist von Übel (*fasād*). Gott aber mag das Übel nicht. Das ist der Sinn von Gottes Wort: „Ihr Gläubigen! Bringt euch nicht untereinander in betrügerischer Absicht um euer Vermögen! – Anders ist es, wenn es sich um ein Geschäft handelt, das ihr nach gegenseitigem Übereinkommen abschließt."[14]

Handel ist nicht nur eine legitime sondern sogar eine gottgefällige Tätigkeit. Im Wege des Handels kann sich der Mensch dessen bemächtigen, was er braucht, ohne dabei die geschützte Vermögenssphäre anderer zu verletzen, die für ihn unantastbar ist. Handel geht nach dem Verständnis Sarahsī's aber noch über den Erwerb des unumgänglich Notwendigen hinaus. An vielen Stellen betont Sarahsī, daß es erlaubt sei, nach Gewinn und Vorteil zu streben, ja daß der wichtigste Zweck des Kaufvertrages sei, Gewinne zu erzielen:

Der Kaufvertrag wurde vom Recht nur um des Strebens nach Gewinn und (erlaubtem) Vorteil willen geschaffen.[15]

Im Bereich des Gesellschaftsrechts ist Gewinnerzielung für Sarahsī geradezu das Kriterium rechtlicher Wirksamkeit: Was hilft, den Profit zu steigern, ist erlaubt, was der Gewinnerzielung hinderlich ist, ist verboten[16].

3.2. Ein Kompromiß: Šaibānī's Buch über den Erwerb

Besonders aufschlußreich, was die Erwerbseinstellung angeht, vor deren Hintergrund sich die Entwicklung des islamischen Vertragsrechts vollzogen hat, ist das *Kitāb al-kasb*, des Muḥammad aš-Šaibānī (st.804 n.C.), eines der Gründerväter der hanafitischen Rechtsschule. Der Text ist erhalten in der Bearbeitung eines seiner Schüler, Ibn Samāᶜa (st.847 n.C.), unter dem Titel *Al-Iktisāb fī 'r-rizq al-mustaṭāb*, „Über den Erwerb des angenehmen Lebensunterhaltes". Selbst wenn das Werk nicht authentisch sein sollte, so ist es doch schon zu einem sehr frühen Zeitpunkt hanafitische Schultradition geworden, was auch die Aufnahme der Redaktion Ibn Samāᶜa's in das Standardwerk *Kitāb al-mabsūṭ* von Sarahsī beweist[17].

Goitein bringt Šaibānī in Verbindung mit der muslimischen „Bourgeoisie" und vergleicht sein Werk mit Richard Steele's The Tradesman's Calling. Wie dieser im England des 17. Jahrhunderts, so habe auch Šaibānī 150 Jahre nach dem Tode des

---

[14] *Sarahsī* XII S. 108; die Stelle ist teilweise übersetzt bei *Udovitch*, Islamic Law and the Social Context of Exchange in the Medieval Middle East, History and Anthropology 1 (1985), S. 458 f. Das Koranzitat stammt aus Sure 4 Vers 29. Vgl. i.ü. unten Kapitel 9.2.

[15] *Sarahsī* XII S. 119 Z.2; vgl. S. 130 f. Z.25, S. 133 Z.3 und XIII S. 41 Z.2 und öfter.

[16] Vgl. *Udovitch*, Partnership and Profit S. 252 f.

[17] *Sarahsī* XXX S. 244-287; Sarahsī berichtet allerdings (S.244), daß das Werk nicht allgemein bekannt sei.

Propheten versucht, tiefververwurzelte religiös-asketische Vorbehalte gegen das „Geldmachen" zu überwinden und das Gewinnstreben als religiöse Pflicht zu begründen. Šaibānī habe beweisen wollen „that the vigorous striving of the new Muslim trading people for a decent living was not only not opposed by Islam, but was actually regarded by it as a religious duty."[18] Tatsächlich ist Šaibānī's Zielrichtung jedoch viel weniger klar, seine Ansichten wesentlich differenzierter, als es die Bewertung Goiteins glauben macht.

Gleich zu Begin stellt Šaibānī seine These vor, die er mit Koranzitaten, Überlieferungen vom Propheten (*ḥadīṯen*), und von anderen frühen Frommen belegt:

> Gott hat den Menschen den Erwerb zur Plicht gemacht, damit sie mit Hilfe des Erwerbs in die Lage versetzt werden, ihm (scil.: Gott) zu gehorchen. (S.14)

Um die Pflichten gegenüber Gott, wie zum Beispiel das Gebet erfüllen zu können, braucht man einen gesunden Körper, etwas, um seine Blöße zu bedecken und ein Gefäß mit dem man Wasser für die rituelle Reinigung schöpfen kann. Die einzige erlaubte Möglichkeit, Nahrung und Kleidung für den Körper zu erlangen, ist aber, es redlich zu erwerben. Das heißt, daß der Erwerb Pflicht ist, was unabdingbar ist, um eine Pflicht gegenüber Gott erfüllen zu können, ist selbst Pflicht (S.16 und öfter).

Interessant ist das Werk aber auch, weil es sich mit mehreren damals vertretenen Einstellungen zu Handel und Erwerb auseinandersetzt: einer asketischen, einer den Erwerb sehr weit einschränkenden und einer den Reichtum bedingungslos lobenden.

Nach Ansicht mancher Asketen, sei es grundsätzlich verboten, einem Erwerb nachzugehen, weil sich das nicht mit dem gefordeten Gottvertrauen (*tawakkul*) vereinbaren lasse; allenfalls ein dringender Notfall könne vorübergehend von diesem Verbot dispensieren (S.18 ff.).

Šaibānī kontert mit Interpretationen von Koranversen und Überlieferungen vom Propheten und frühen Frommen. Schon das Beispiel des Propheten Muhammad und seiner Gefährten, wie auch das der Propheten vor ihm, die alle zumindest zeitweise einer Erwerbstätigkeit nachgingen, zeige, daß auch von den übrigen Menschen zunächst Aktivität gefordert sei, bevor sie den Rest Gott überlassen können. Eines Tages sei zum Beispiel der zweite Kalif ᶜUmar an einer Gruppe von Koranrezitatoren (*qurrāʾ*) vorbeigekommen, die mit hängenden Köpfen dasaßen. Auf seine Frage erklärte man ihm, das seien Leute, die Gott vertrauten (*mutawakkilūna*), worauf er entgegnete „Nein, das sind Leute, die die Güter anderer Menschen aufzehren (*mutaʾakkilūna*, „Schmarotzer")." Wer wirklich Gott vertraue, säe zunächst das Korn und vertraue dann (S.21). Das ist auch der Tenor der weiteren Ausführungen: Aktivität und Gottvertrauen sind kein Widerspruch. Ebenso wie man glauben kann, daß Gott der Schöpfer aller Dinge ist, ohne darauf verzichten zu müssen, selbst Kinder zu zeugen, ebenso ist es auch kein Widerspruch, Nahrung anzubauen und trotzdem zu glauben, daß es letzlich Gott sei, der die Nahrung spendet (S.23 f.). Die Leute sollten nur nicht glauben, daß ihre Tätigkeit die letzte Ursache für den Erwerb des Lebensunterhaltes sei. Ein *ḥadiṯ* faßt diese Aussage zusammen: Auf die Frage „Soll

---

[18] *Goitein*, Bourgeoisie S. 586.

ich meine Kamelin freilassen und (auf Gott) vertrauen?" habe der Prophet geantwortet: „Nein, fessle sie (erst) und vertraue (dann)!" (S.23)

Nach der Auffassung der islamischen Sekte der „*Karrāmīya*"[19] war Erwerb zwar nicht verboten; er war aber auch keine Pflicht, sondern nur „ausnahmsweise gestattet" (*mubāḥ bi ṭarīq ar-ruḫṣa*). Wenn der Erwerb Pflicht sei, so müßte ja „Übererfüllung" dieser Pflicht empfohlen und besonders verdienstlich sein. Es sei jedoch mißbilligt, sich zu sehr mit „weltlichen" Dingen abzugeben (S.24 ff.).

Dagegen führt der Verfasser des Buches an, daß die Anlage der Welt (*niẓām al-ʿālam*) auf dem Erwerb beruhe: Gottes Wille sei, daß die Welt bis zu ihrem Ende fortbestehe; zur Grundlage ihres Fortbestandes habe Gott aber die Erwerbstätigkeit der Menschen bestimmt. Abkehr vom Erwerb zerstöre diese Ordnung. Nun beruhe aber der Erwerb nicht auf Trieben wie die Fortpflanzung, die ebenfalls den Fortbestand der Welt sichert. Da der Erwerb einerseits mühsam und anstrengend sei, von ihm aber andererseits der Fortbestand der göttlichen Ordnung abhänge, muß er für jeden Pflicht sein (S.26).

Schließlich berichtet Šaibanī von Auffassungen, nach denen Reichtum vor Gott höher stehe, als Armut. Reichtum sei ein Beweis von (Gottes) Gnade (*niʿma*), Armut dagegen nur Elend (*bu's*), Vergeltung (*naqma*) und eine Prüfung (*miḥna*). Auch aus dem Koran lasse sich das ablesen, und in *ḥadīṯen* würde der Reichtum der Armut vorgezogen: „Die obere (interpretiert als: die gebende) Hand ist besser als die untere (verstanden als: die nehmende)"; „Armut ist beinahe Unglaube" u.s.w. (S.27 ff.).

Dagegen steht nach Šaibānī und seiner hanafitischen Rechtsschule die Armut höher als der Reichtum, und hierin klingen sie eher asketisch: Es ist besser für die Menschen, wenn sie sich mit dem zufrieden geben, was ihnen genügt und sich ganz auf ihr Schicksal im Jenseits konzentrieren. Für das, was über das unbedingt Notwendige hinausgeht, muß sich der Mensch dereinst im Jenseits verantworten; niemand muß aber über seine Armut Rechenschaft ablegen (S.27). Darauf spielt auch ein *ḥadīṯ* an, wonach der Prophet gesagt habe:

> Die Armen meiner Gemeinde betreten das Paradies einen halben Tag vor den Reichen, (doch) dieser Tag ist 500 Jahre lang.(29)

Armut bewahrt den Menschen auch vor der Hybris (*ṭuġyān*) der Reichen, sich anzumaßen, was keinem Menschen zusteht (S. 27 f.). Davor warnt auch der Koran an vielen Stellen. Zudem strebt die Triebseele (*nafs*) zum Reichtum, der die Begierden sättigt; einen höheren Rang nimmt aber ein, was weiter von der Sättigung der Begierden entfernt ist (S.29).

Die Armut steht nach Šaibānī und seiner Rechtsschule auch darin höher, daß Geduld im Ertragen der Armut verdienstvoller ist, als der Dank für Reichtum (S.30). Der Reiche bedarf des Armen, der Arme jedoch nicht des Reichen, wenn es nach dem äußeren Erscheinungsbild auch anders aussehen mag. Der Reiche muß die

---

[19] Vgl. Bosworth, Art. „KARRAMIYYA", in EI², Vol.IV, S. 667-669. Die Lehre schloß sich an Ibn Karrām an (190/806-235/869), favorisierte Literalismus und Anthropomorphismus und zeigte deutlich asketische und „pietistische" Züge. Wie schon das Lebensdatum Ibn Karrām's zeigt, kann dieser Abschnitt nicht von Šaibānī stammen, der zwischen 132/749 und 189/804 lebte, sondern nur von Ibn Samāʿa.

Pflichten erfüllen, die ihm aufgrund seines Vermögens obliegen, nämlich Almosen geben. Wenn sich jedoch die Armen darauf verständigten, nichts mehr davon anzunehmen, so könnte sie man nicht dazu zwingen, nach dem Gesetz wäre ihr Verhalten sogar lobenswert. Die Reichen können sich ihrer Pflicht jedoch nicht entziehen.

Der Erwerb hat verschiedene Erscheinungsformen, die vor Gott unterschiedlichen Rang haben. Das unumgänglich Nötige zu erwerben ist Pflicht, weil man sonst seine Pflichten gegenüber Gott nicht erfüllen kann. Hat man Schulden, so muß man genug erwerben, um sie begleichen zu können. Hat man Familie, Frau und Kinder, so ist man verpflichtet, so viel zu erwerben, daß sie genug haben; und sind schließlich die Eltern bedürftig, so muß man auch für ihren Unterhalt aufkommen (S.33). Mehr als das Lebensnotwendige zu erwerben ist erlaubt; unter den frommen Vorvätern waren nämlich auch solche, die gewaltige Vermögen zusammengetragen hatten. Zudem habe der Prophet gesagt:

> Wer weltliche Dinge auf erlaubte Weise und in Zurückhaltung erstrebt, der wird (dereinst) Gott mit einem Gesicht wie der nächtliche Vollmond treffen. Wer (sie) aber in Protzerei und Unmäßigkeit erstrebt, der wird Gott (dereinst) zornig treffen. (S.34)

Doch ist es besser, sich des Anhäufens von Vermögen zu enthalten, wie andere *ḥadīṯe* zeigen: „Verderben über das Vermögen!" oder „Verderben über den der Gold und Silber besitzt!" (S.35).

Alle Erwerbstätigkeiten, Lohnarbeit, Handel, Landwirtschaft und Handwerk, haben nach Ansicht Šaibānī's und der meisten Rechtsgelehrten gleichen Rang (S.35 f.). Interessant ist, daß Šaibānī ausdrücklich eine Ansicht zurückweist (S.36 f.), nach der die Landwirtschaft ein niedriges und verachtenswertes Gewerbe ist, eine Ansicht, die weit verbreitet war[20]. Šaibānī stellt die Landwirtschaft dabei sogar noch über den Handel, was die verbreitete Hierarchie geradezu auf den Kopf stellt. Die Landwirtschaft bringt allgemeineren Nutzen als der Handel, denn sie erzeugt das, was die Menschen zum Leben brauchen und womit sie sich für fromme Werke kräftigen; der Handel hingegen vergrößert nur das Vermögen. Nach einem *ḥadīṯ* ist derjenige der Beste, der den Menschen am meisten nutzt; am meisten nutzt ihnen aber, wer Landwirtschaft betreibt (S.37 f.). Hier zeigt Šaibānī zumindest Zurückhaltung gegenüber dem im wesentlichen spekulativen Handel und seiner Tendenz, Kapital anzuhäufen und zu versuchen, es durch Investitionen zu vermehren. Vorgezogen wird der, der die Grundbedürfnisse der Menschen mit seiner Arbeit zu befriedigen hilft – ganz gewiß keine „kapitalistische" Einstellung.

Zur göttlichen Ordnung der Welt gehört auch die Arbeitsteilung (S. 43 f.). Die Menschen brauchen, um ihre körperliche Existenz zu erhalten, viererlei: Nahrung, Getränk, Kleidung und eine Unterkunft. Und Gott hat unter ihnen die Mittel zum Lebensunterhalt mit großer Weisheit zugeteilt. Es kann nicht jeder in seinem kurzen Leben alles lernen, was er zum Leben braucht und daher hat es Gott jedem einzelnen leicht gemacht, etwas Bestimmtes zu lernen. Der Prophet hat gesagt, „die Gläubigen sind wie ein Gebäude, sie stärken sich gegenseitig." Und im Koran steht (43/32):

---

[20] Vgl. oben Kapitel 2.5.

Wir haben den Lebensunterhalt unter ihnen verteilt und den einen von ihnen einen höheren Rang verliehen als den anderen, damit die einen von ihnen die anderen sich dienstbar machen würden.

So braucht der Arme das Vermögen des Reichen und der Reiche die Arbeitskraft des Armen; ebenso braucht aber auch der Bauer die Arbeit des Webers, für seine Kleidung, und der Weber ist für Nahrung auf die Arbeit des Bauern angewiesen. Durch die Arbeitsteilung ist für jeden das Lebensminimum sichergestellt, das er braucht, um Gott im Diesseits dienen zu können. Dabei ist es gleich, ob die Arbeit gegen Entgelt oder unentgeltlich verrichtet wird. Sofern der Arbeitende beabsichtigt, mit seiner Arbeit sich selbst oder seinen Bruder zu frommen Werken zu befähigen, wird er für seine Arbeit gemäß seiner Absicht himmlischen Lohn erhalten, denn die Handlungen werden nach den Absichten beurteilt (S. 43 f.). Auf der Erwerbstätigkeit aller Menschen ist also die Ordnung der Welt aufgebaut. Der Mensch muß arbeiten, um nicht nur sich selbst ein gottgefälliges Leben zu ermöglichen, sondern auch anderen, denn durch die Arbeitsteilung sind alle miteinander verknüpft (S.26, 43 f.). Die Arbeit, die Erwerbstätigkeit ist als der zentrale Antriebsmechanismus in Gottes arbeitsteiliger Anlage der Welt identifiziert und damit gleichzeitig geheiligt.

Wie soll der Mensch mit dem umgehen, was er erwirbt? Verboten ist, etwas verkommen zu lassen, Verschwendung, Hochmut, Protzerei und Maßlosigkeit. Andererseits ist aber auch der Geiz verboten. Empfohlen ist eine Haltung, die zwischen Verschwendung und Geiz liegt. Verschwendung ist es zum Beispiel, mehr zu essen, als man braucht, um satt zu werden, oder eine übertriebene Vielzahl von Gerichten aufzufahren (S.46 f.). Es ist Pflicht, soviel zu essen, daß man sich am Leben erhält und zur Verrichtung der Gehorsamsdienste fähig ist. Für die Erfüllung dieser Pflicht wird man im Jenseits belohnt (S.62, 66). Bis zur Sättigung zu essen, ist erlaubt, doch muß man im Jenseits dafür Rechenschaft ablegen (S.63, 66). Schließlich ist es auch erlaubt, Leckereien zu sich zu nehmen, wenn es auch besser ist, sich ihrer zu enthalten. Wenn man auch im Jenseits nicht dafür bestraft wird, so wird man doch verschärft dafür zur Rechenschaft gezogen, ob man angemessenen Dank abgestattet und auch an die Rechte der Hungrigen gedacht hat. Was aber über die Sättigung hinaus gegessen wird, zieht Strafe nach sich, ebenso wie wenn man etwas zu sich nimmt, was auf unrechte Weise erworben wurde (S.66). Auf das, was man über den Hunger hinaus ißt, hat nämlich ein anderer ein Anrecht (*ḥaqq*), der damit seinen Hunger stillen könnte, sei es gegen Entgelt oder als Gabe; wer Völlerei betreibt, verletzt also das Recht eines anderen und das ist verboten (S.46).

Gegen Ende wendet sich der Autor dem Luxus zu. Aussprüche des Propheten verbieten dem Manne Gold oder Seide zu tragen (S.74, 76). Das Verbot wird aber gleich nach mehreren Seiten hin abgemildert. Hier wird der Text nun seltsam kompromißbereit. Das *ḥadīṯ* selbst erlaubt das Tragen von Gold und Silber im Krieg. Erlaubt ist es auch, ein Gewand zu tragen, von dem nur die Kette, nicht jedoch das übrige Gewebe aus Seide ist. Und es sei nichts dagegen zu sagen, daß sich ein Mann für sein Haus eine Bettstelle aus Gold und Silber anschafft mit Kissen aus Seidenbrokat, um sich so für die Menschen zu schmücken, solange er nur nicht darauf sitzt oder schläft. Dafür kann der Verfasser das Beispiel früher Frommer anführen. Allerdings beeilt er sich hinzuzufügen, daß es natürlich besser sei, mit weniger auszukommen. Abū Ḥanīfa, der reiche Seidenhändler und juristische Lehrer Šaibānī's,

soll es sogar für erlaubt gehalten haben, darauf zu sitzen und zu schlafen, weil das *ḥadīṯ* ja nur verbiete, sich in Gold und Silber zu kleiden (S.77).

Am besten ist es also, sich von den weltlichen Dingen mit dem unumgänglich Notwendigen zufrieden zu geben und das, was man darüber hinaus erwirbt, um seines Schicksals im Jenseits willen darzubringen. Dennoch kann den, der genießt, was er auf erlaubte Weise erworben hat, kein Vorwurf treffen. Šaibānī verwirft die Meinung, die einen Menschen zum Sünder stempelt, der für sich und seine Familie ausgibt, was er redlich erworben hat und der auch noch seine Pflichten gegenüber Gott erfüllt. Der Prophet habe auch manchmal von den guten Dingen dieser Welt gekostet, um zu zeigen, daß dagegen nichts einzuwenden ist. Die meiste Zeit aber begnügte er sich mit weniger, um zu verdeutlichen, daß das besser ist (S.80 f.). Enthaltsamkeit und Luxus stehen also im Verhältnis von Regel (*ᶜazīma*) zu Ausnahme (*ruḫṣa*), wobei Gott mit der Gewährung der Ausnahme auf die Schwäche der Menschen Rücksicht nimmt[21].

Das unharmonische Nebeneinander von Aussagen, die die Armut preisen, und solchen, die den Reichtum billigen, ist Ausdruck eines Kompromisses: Der Reiche braucht zwar länger, um in den Himmel zu kommen; hat er sich aber beim Erwerb nichts zuschulden kommen lassen und hat er seine Absichten nicht durch Maßlosigkeit, Verschwendungssucht, Protzerei oder Geiz korrumpieren lassen, so kann auch er letztlich des Paradieses sicher sein. Die asketischen Tendenzen, die das Werk durchziehen, spiegeln wohl auch ein Bemühen, die hanafitische Rechtsschule von einem allzu „wirtschaftsfreundlichen" und kompromißbereiten Image wegzubringen. In der Schultradition wird überliefert, daß Šaibānī gefragt wurde, warum er kein *Kitāb az-zuhd*, kein „Buch der Askese" verfaßt habe. Eine Version berichtet, er habe auf sein *Kitāb al-buyūᶜ*, das „Buch der Kaufverträge", hingewiesen. Nach Saraḫsī[22] habe er damit ausdrücken wollen:

Ich habe darin auseinandergesetzt, was erlaubt und was verboten ist; Askese bedeutet aber nichts anderes, als das Verbotene zu meiden und das Erlaubte anzustreben.

Damit ist der Handel, der Warenaustausch auf erlaubtem Wege, zur innerweltlichen Askese erklärt. In dem *Kitāb al-iktisāb* des Ibn Samāᶜa wird die gleiche Frage und die gleiche Antwort überliefert. Der Bearbeiter fährt dann jedoch fort:

Dann begann er (scil.: Šaibānī) dieses Buch zu verfassen, doch erkrankte er, seine Geisteskraft ließ nach und er vollendete seine Absicht nicht. Man erzählt, daß er gebeten wurde, ein Inhaltsverzeichnis dessen zu geben, was er zu schreiben beabsichtigte, woraufhin er tausend Kapitel aufzählte, die er

---

[21] *Kister*, On ‚Concessions' and Conduct: A Study in Early *ḥadīth* S. 1 „The *rukhaṣ* or „concessions," i.e., the changes in ritual prescriptions designed to soften their harshness, were indeed an efficient tool in adapting the prescriptions to the real conditions of the life and its changing circumstances. They established practices that were in keeping with the new ideas of Islam. Yet it is evident that the concession, *rukhṣa*, had to acquire authoritative sanction and legitimacy; this could be achieved only through an utterance of the Prophet. . . ‚Truly, God desires that His concessions be carried out (just) as he desires His injunctions to be observed.'" Šaibānī habe daraus eine gesamte Weltsicht abgeleitet des Inhalts, daß „the believer who restricts himself to the most basic means of subsistence acts according to the precriptions, whereas pleasant life and delights are for him a concession, a *rukhṣa*. (S.81)".

[22] *Saraḫsī* XII S. 110 Z.6.

über Askese und Gottesfurcht (*az-zuhd wa 'l-warāʿ*) verfassen wollte. Daher sagen manche der Späteren, der Tod Muḥammad (aš-Šaibānī's) und die Auslastung Abū Yūsuf's mit dem Richteramt ist eine Gnade für die Anhänger Abū Ḥanīfa's, denn ansonsten hätten sie so viel verfaßt, daß es die Lernenden ermüden würde. Dieses Buch ist der Anfang dessen, was er (scil.: Šaibānī) zu Askese und Gottesfurcht verfaßte. Am Ende erwähnte er noch einige Fragen im Zusammenhang mit dem Tragen von Seide, die dazu passen. (S.85 f.)

Das *Kitāb al-Kasb* ist also nicht so sehr ein Buch, das Gewinn- und Erwerbsstreben rechtfertigen soll, sondern eines, das sich anschickte, die offenbar vielbeklagte Lücke in der hanafitischen Rechtsschule in Sachen Askese und Gottesfurcht zu schließen. Das Werk empfiehlt, wie später auch al-Ġazzālī[23], ein ideales Mittel zwischen vollständiger Askese und ungehemmtem („kapitalistischem") Erwerbsstreben und es weist auf die gegenseitige Abhängigkeit, die Verflechtung der Menschen hin: Was einer verschwendet, fehlt dem anderen. Es ist ein Werk, das eher den „compromise of commerce" (Kinberg) ausdrückt als eines, das sich anschickt, das „vigorous striving of the new Muslim trading people for a decent living" (Goitein) religiös zu rechtfertigen.

Dennoch steht es im Zweifel auf der Seite der Erwerbenden, wenn auch nicht der hemmungslos profitorientierten. Es ist als „Buch der Askese" deutlich gegen die radikal asketischen Strömungen geschrieben, für die jede Erwerbstätigkeit verboten war. Der Erwerb ist eine religiöse Pflicht. Obwohl das Werk Enthaltsamkeit predigt, läßt es jedoch gegenüber dem Luxus Milde walten. Als Sünde gegeißelt werden nur Verschwendung, Protzerei und Maßlosigkeit. Die Verantwortung für die Einhaltung der Grenzen liegt beim einzelnen. Damit ist das *Kitāb al-kasb* Produkt einer „ethical theory of trade"[24], die den Menschen ermahnte, schon im Diesseits sein Verhalten auf das Jenseits hin auszurichten. Es ist gezeichnet von dem Bemühen, praktische Erfordernisse des täglichen Lebens und die Bedürfnisse einer erwerbsorientierten, wirtschaftlich erfolgreichen Schicht in Einklang zu bringen mit den auf das „Jenseits" gerichteten Verhaltensanforderungen und der Pflicht, das Leben als Gottesdienst zu betrachten. Es empfiehlt als Ideal einen „dritten Weg" zwischen radikaler Askese und unbegrenztem Profitstreben, es betont die gegenseitige Abhängigkeit der Menschen und empfiehlt gegenseitige Rücksichtnahme. Das Werk ist also sicherlich nicht die theoretisch-theologische Rechtfertigung einer quasi-kapitalistischen Händlerschicht, als die es häufig gesehen wird.

Darin liegt Šaibānī auf der gleichen Linie wie später der große Theologe al-Ġazzālī (st. 1111 n.C.):

Wir sagen nicht, daß der Handel unbedingt besser als jede andere Sache sei. Durch den Handel kann entweder Genüge erstrebt werden oder Reichtum und Überfluß; wenn durch ihn mehr als Genüge erstrebt wird, um Vermögen anzuhäufen und aufzuspeichern, nicht um es zu guten Zwecken auszugeben, so ist das zu tadeln; denn das ist ein Schritt nach der Welt hin, und die Liebe zu ihr ist der Ursprung aller Sünde. Und wenn der Kaufmann dazu noch auf Übervorteilung bedacht und unredlich ist, so ist das Unrecht und Unsittlichkeit. . .Wenn er aber dadurch für sich und seine

---

[23] Vgl. die Auszüge bei *Ritter*, Ein arabisches Handbuch der Handelswissenschaft, Der Islam 7 (1917), S. 31 ff.; vgl. auch *Lambton*, The Merchant in Medieval Islam, FS Taqizadeh, 1962, S. 123 ff.

[24] *Lambton*, a.a.O. S. 123 über al-Ġazzālī.

Kinder Genüge erstrebt, was er wohl auch durch Betteln erreichen könnte, so ist der Handel, bei dem man sich rein hält von Betteln, vorzuziehen.[25]

Solche Auffassungen spiegeln eher die Ethik der lokalen Bazarhändler und Handwerker wider, als die der reichen Groß- und Fernhändler. Der Fernhandel beschränkte sich ohnehin nur auf einen kleinen Sektor der Wirtschaft; zumeist produzierte man für einen begrenzten lokalen oder regionalen Markt und wurde durch ihn auch versorgt. In einem solchen begrenzten Markt herrscht die Erfahrung der Knappheit vor und das Gefühl gegenseitiger Abhängigkeit ist stark ausgeprägt; Wettbewerb oder ungehemmtes Profitstreben werden als Gefährdung angesehen. Da der Markt und damit auch die Anzahl der Käufer begrenzt ist, geht jede Steigerung der Verkaufszahlen zu Lasten eines anderen. Die Vergrößerung des eigenen Anteils ist immer nur auf Kosten anderer möglich. In einem solchen Milieu gedeihen Ideologien, die Handarbeit, Mäßigkeit und Solidarität preisen.

[25] Zitiert bei *Ritter*, a.a.O. S. 32.

4. Rätselraten um die Entstehung des islamischen Rechts

Ohne wenigstens einen kurzen Abriß der Rechtsentwicklung zu geben, möchte ich die Untersuchung des frühen Kaufvertragsrechts nicht beginnen. Vieles würde unverständlich oder in seiner Bedeutung unklar bleiben, wenn die historische Perspektive nicht zumindest ansatzweise die Einordnung auf einer zeitlichen Entwicklungslinie ermöglichen würde. Die zwischen den frühen Juristen streitigen Punkte würden sonst wie sinnlose Zankäpfel aussehen und die typischen Probleme der frühen Rechtswissenschaftler mit ihrem Material lassen sich nur vor dem Hintergrund der Entstehung der islamischen Rechtswissenschaft verstehen.

In seiner jüngst erschienen Studie zur Entstehung des islamischen Rechtes zeichnet Motzki ein düsteres Bild des Forschungsstandes: „Die Auffassungen sind kontrovers und unvereinbar. Eine Lösung des Problems zeichnet sich bisher nicht ab. Solange es nicht gelingt, juristische Quellen von oder biographische Nachweise über *fuqahā'* oder *'ulamā'* vor 120 H. zu finden, deren Echtheit nachweisbar ist, wird man sich entweder mit der Erkenntnis abfinden müssen, daß aufgrund der Quellenlage über die Entwicklung des Rechts und der Jurisprudenz vor 120 H. keine gesicherten Aussagen möglich sind oder sich dem Vorwurf unkritischer Quellennutzung aussetzen."[1]

Ich werde mich nicht in diese nebelverhangene Frühzeit wagen, sondern mich ausschließlich auf die frühen erhaltenen literarischen Zeugnisse stützen, die von einem schon recht weitentwickeltem Recht zeugen. Die Entwicklung des islamischen Rechts in der davor liegenden Zeit ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung. Statt dessen werde ich der Frage nachgehen, wie in diesen frühen Rechtstexten die Juristen mit dem verfügbaren Material gearbeitet haben, wie sie es verarbeiteten und inwieweit sich darin die Verhältnisse ihrer Zeit widerspiegeln. Dennoch kann ich die Vorzeit nicht völlig ausklammern. Ich werde daher im folgenden einen kurzen Abriß der herkömmlichen Darstellungen der Entstehung des islamischen Rechtes geben.

Nach der traditionellen islamischen Darstellung der Entstehung des islamischen Rechtes leiteten zunächst die vier rechtgeleiteten Kalifen und Weggefährten des Propheten nach dessen Tod Regeln aus dem Koran und den Aussprüchen und Handlungen des Propheten, an die sie sich erinnerten oder von denen ihnen berichtet worden war, durch freie Rechtsfindung (*ra'y*) ab. Ihre Entscheidungen wurden dann, wenn sie von den Zeitgenossen ausdrücklich oder stillschweigend gebilligt worden waren, für die Gemeinde verbindlich. Die nächste Generation der „Nachfolger" (*ṯābiʿūn*) führte die Rechtsfindung fort, und eine Generation später entstanden dann die Rechtsschulen.

---

[1] *Motzki*, Die Anfänge der islamischen Jurisprudenz, 1991, S. 49.

Vor allem Schacht hat in seinen Forschungen ein anderes Bild der Rechtsentwicklung gezeichnet[2]. Auch wenn seine Thesen immer wieder angegriffen worden sind[3], so sind sie dennoch immer noch so grundlegend und letztlich auch nicht befriedigend widerlegt[4], daß ich sie im Folgenden zum Ausgangspunkt nehmen möchte. Danach entstand das islamische Recht nicht schon in der ersten islamischen Generation, sondern erst am Ende des ersten islamischen Jahrhunderts, also etwa im achten Jahrhundert unserer Zeitrechnung. Vorher stand das Recht außerhalb des religiösen Bereiches und war, solange es nicht allzu offen den offenbarten Geboten widersprach, nicht Gegenstand religiös motivierten Interesses. Daher lebte das auf der arabischen Halbinsel und in den eroberten Gebieten vor dem Islam praktizierte Recht weitgehend unbeeinflußt fort. Wo immer erforderlich wirkten die Kalifen und ihre Gouverneure als „Gesetzgeber", bestimmten die Verwaltungspraxis und setzten Richter für die Muslime ein[5]. Diese setzten Recht durch freie Rechtsfindung (*ra'y*), wobei sie sich weitgehend auf die lokale Rechtstradition und die herrschende Verwaltungspraxis stützten.

Erst gegen Ende des ersten islamischen Jahrhunderts findet man die ersten Spezialisten im religiösen Recht wie Ibrāhīm an-Naḫaʿī in Kufa (ca. 50-96 A.H./670-715 n.C.)[6] und Saʿīd ibn al-Musaiyab in Medina (st.94 A.H./713 n.C.)[7]. Diese waren fromme Privatiers, die das positive Recht auf Übereinstimmung mit den religiösen Geboten und Ideen untersuchten, eigene Regeln entwickelten und so nach und nach dem Recht einen religiös-ethischen Charakter gaben[8]. Ihre Motivation entsprang dem Bemühen, Hinweise für ein gottgefälliges Leben im Diesseits zu geben. Die religiöse Motivation teilten sie mit jenseitsorientierten frommen Männern wie al-Ḥasan al-Baṣrī, der im achten Jahrhundert in der Hafenstadt Baṣra lebte[9]. Doch während dieser seine Zeitgenossen dazu aufrief, sich ganz auf ihr jenseitiges Heil zu konzentrieren, beschäftigten sich jene mit der Frage, wie ein religiöses Leben im Diesseits zu führen sei. Das beschränkte sich zunächst auf Bereiche von direkter religiöser Relevanz wie Ritual, Almosensteuer, Heirat, Scheidung u.s.w., Bereiche,

---

[2] Grundlegend *Schacht*, The Origins of Muhammadan Jurisprudence, 1950; *ders.*, Pre-Islamic Background and Early Development of Jurisprudence, in: Khadduri und Liebesny (Hrsg.), Law in the Middle East, Band 1, 1955; *ders.*, Introduction to Islamic Law, 1964, S. 15-75; *ders.*, Art."FIQH", in EI², Vol.II, S. 887-891.

[3] Vgl. *Motzki*, a.a.O. S. 23-49 mit einem ausführlichen Überblick über spätere, zum Teil kritische Untersuchungen.

[4] Letztlich stimmt auch *Motzki*, a.a.O. S. 263 den Grundthesen Schachts zu.

[5] Vgl. zum „Kalifenrecht" *Crone/Hinds*, God's Caliph. Religious Authority in the First Centuries of Islam, 1986.

[6] Zu ihm vgl. *van Ess* I S. 160 f.; *GAS* I S. 403 f.; *Schacht*, Origins S. 345 (Glossar) und S. 233 ff.

[7] Vgl. zu ihm Schacht, Origins S. 243 ff.

[8] Vgl. *Schacht*, Theology and Law, in: von Grunebaum (Hrsg.), Theology and Law in Islam, 1971, S. 8 f., wo er die diesseitsorientierte „praktische" Frömmigkeit des Ibrāhīm an-Naḫaʿī der jenseitsorientierten „theologischen" Frömmigkeit al-Ḥasan al-Baṣrī's gegenüberstellt: „Ḥasan's concern with theology was religiously motivated, just as Ibrāhīm an-Nakhaʿī's concern with questions of religious practice was."

[9] Zu ihm vgl. *Watt*, Islam II S. 67 ff.; *Ritter*, Art. „ḤASAN AL-BAṢRI", in EI², Vol.III, S. 247 f.

die das Gewissen des einzelnen unmittelbar betrafen. Erst eine Generation später wurden auch die eher „technischen" Rechtsbereiche erfaßt.

Das islamische Recht entstand nach diesem Erklärungsmodell also aus der Übernahme, Kritik oder dem Verwerfen der schon bestehenden regionalen Bräuche und der umaiyadischen Verwaltungspraxis. Es ist kein direkter Auswuchs der Praxis sondern entstand ursprünglich sogar in Opposition zu ihr, vor allem unter dem „weltlichen" Regiment der Umaiyadenkalifen.

Mit Beginn des zweiten islamischen Jahrhunderts (achtes Jahrhundert n.C.) entstanden um einzelne fromme Gelehrte die „alten Schulen", von denen heute noch die in Kūfa, Baṣra, Medina, Mekka und Syrien bekannt sind. In den Grundzügen waren sie sich – so Schacht – weitgehend einig. Unterschiede in ihren Lehrmeinungen lassen sich vor allem aus geographischen Gründen, wie Unterschieden in der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Situation und der Rechtstradition, erklären.

Das Zentrum des Rechtsdenkens entwickelte sich seit dem Ende des ersten und beginnenden zweiten islamischen Jahrhunderts im Irak. Schacht konnte nachweisen, daß Einflüsse in der Rechtsentwicklung vor allem von Kūfa ausgehen und von dort den Ḥiǧāz (die Gegend um Mekka und Medina) erreichen. Das entspricht der allgemeinen wirtschaftlichen und politischen Entwicklung, die das Ursprungsgebiet des Islam zunehmend in den Windschatten stellte.

Gemeinsam war allen Schulen, daß sie zunächst die Idee der „lebendigen Schultradition" in den Mittelpunkt stellten. Dieses Konzept beherrschte die Rechtsentwicklung während des gesamten zweiten islamischen Jahrhunderts. Die Idee wurde in Begriffen wie *ᶜamal* oder *sunna* ausgedrückt, die die idealisierte, überkommene Praxis der islamischen Gemeinschaft bezeichnen; daneben findet man auch die Idee eines Konsenses der repräsentativen Gelehrten (*iǧmāᶜ*).

Diese lebende Tradition ist ursprünglich anonym, bezeichnet also nicht die Meinung einzelner Gelehrter sondern die allgemein von den Schulmitgliedern anerkannte und getragene Lehre. Mit dem zweiten islamischen Jahrhundert setzt jedoch eine historisierende Personalisierung ein. Lehrmeinungen auch zu eher „technischen" Fragen, mit denen sich die ersten Generationen noch nicht beschäftigt hatten, werden auf einige der frühen Autoritäten zurückbezogen. Im Irak bespielsweise wird die Lehrtradition von Abū Hanīfa zunächst über dessen Lehrer Ḥammād ibn Abī Sulaimān (st.120 A.H./738 n.C.)[10] auf Ibrāhīm an-Naḫaᶜī zurückgeführt (so vor allem in dem *Kitāb al-āṯār* des Abū Yūsuf). Die Medinenser folgten dem irakischen Beispiel und projizierten ihre Lehre zurück auf eine Reihe von Gelehrten, die am Ausgang des ersten islamischen Jahrhunderts gestorben waren (die „sieben Juristen von Medina"). Ein anderer Strang der Lehre wurde im Irak über Ibrāhīm an-Naḫaᶜī noch weiter zurückbezogen auf den Prophetengenossen Ibn Masᶜūd. Eine ähnliche Entwicklung ist auch in Mekka (auf Ibn ᶜAbbās) und in Medina (auf den Kalifen ᶜUmar und seinen Sohn ᶜAbdallāh ibn ᶜUmar) feststellbar.

In einem weiteren Schritt in dem Bemühen um historische Legitimisierung der Lehre habe man dann – so weiter Schacht – zunächst im Irak den Begriff „*sunna* des Propheten" aus dem politischen und religiösen Bereich in den rechtlichen übertra-

---

[10] Vgl. zu ihm *van Ess* I S. 184-186; *GAS* I S. 404 f.

gen und mit der „lebenden Tradition", der idealen Praxis der Gemeinde identifiziert. Gemeint war damit nicht, wie später, ein Korpus von im einzelnen nachgewiesenen Überlieferungen (*ḥadīṯ*, pl.*aḥādīṯ*); mit diesem Begriff wurde zunächst nur die allgemeine Idee umschrieben, daß die bisher entwickelte Gemeindepraxis in unmittelbarer Nachfolge des Propheten stehe[11].

Aufkommende Opposition gegen die Mehrheitsmeinungen in den alten Schulen bediente sich ähnlicher Mittel. Im Irak verbreitete sie sich unter dem Namen des Kalifen ᶜAlī, des Schwiegersohns des Propheten, der eine Weile in Kūfa seinen Sitz hatte und der an Autorität die „Bezugsperson" der herrschenden irakischen Meinung, Ibn Masᶜūd, noch übertraf. In Medina stand die Opposition schon unter dem Banner der *ahl al-ḥadīṯ*. Die Bewegung dieser *ahl al-ḥadīṯ*, der Traditionarier, war für die weitere Entwicklung des islamischen Rechtsdenkens von ausschlaggebender Bedeutung, weil sie das legitimierende Konzept der „*sunna* des Propheten" radikalisierte und formalisierte. Die Traditionarier stellten der Schulmeinung, die sich ja vor allem auf die „Meinung" (*ra'y*) früher Autoritäten gründete, die Autorität einzelner Überlieferungen vom Propheten gegenüber und erhoben einen weitreichenden Anspruch: Alles Recht solle ausschließlich auf Traditionen und damit auf die Autorität des Propheten gegründet sein. Die *ahl al-ḥadīṯ* hatten Anhänger in allen Zentren der Rechtsgelehrsamkeit, wo sie in Opposition zur herrschenden Lehre standen. Die Auseinandersetzung zwischen beiden Gruppierungen dauerte während des größten Teiles des zweiten islamischen Jahrhunderts an. Die alten Schulen hatten – so weiter Schacht – dem theoretischen Anspruch der Traditionarier und der wachsenden Flut von Prophetentraditionen auf die Dauer wenig entgegenzusetzen und begannen nun ihrerseits, ihre Lehre in Form solcher Überlieferungen auszudrücken. Vor allem diese These ist heftig umstritten und findet naturgemäß auch bei Muslimen wenig Anklang, impliziert sie doch, daß der größte Teil der Überlieferungen vom Propheten, die im islamischen Lehraufbau nach dem Koran die höchste Autorität haben, „gefälscht" ist. Für unsere Untersuchung ist diese interessante Streitfrage jedoch nicht weiter relevant. Es geht uns nicht um den wirklichen Ursprung von *ḥadīṯen* oder anderen Überlieferungen, sondern darum, wie die Juristen mit dem ihnen zugänglichen Material gearbeitet haben, und wie sie sich in Polemiken miteinander auseinandergesetzt haben.

Die heute noch faßbare Produktion von Rechtswerken beginnt in der zweiten Hälfte des zweiten islamischen Jahrhunderts. Im Irak, insbesondere in Kūfa, wird sie repräsentiert durch Ibn Abī Lailā (st. 148 A.H./765 n.C.)[12] und durch Abū Ḥanīfa (st.150 A.H./750 n.C.)[13], auf den sich in ihren heute noch erhaltenen Werken Abū

---

[11] Gegen diese Interpretation des Begriffes *sunna* wendet sich *Bravmann*, Sunnah and Related Concepts, in: ders. The Spiritual Background of Early Islam, 1972, S. 123 ff. Die Bedeutung von *sunna* als „allgemeiner Brauch" sei erst sekundär; dagegen habe der Begriff schon in der Frühzeit sich auf „das was der Prophet befohlen hat" bezogen. Die Idee einer personalisierten „*sunna* des Propheten" habe es also schon sehr früh, wahrscheinlich von Beginn an gegeben.

[12] Zu ihm vgl. *van Ess* I S. 187; *GAS* I S. 518; *Schacht*, Art. „IBN ABĪ LAILĀ", in EI², Vol.III, S. 687.

[13] *GAL* I S. 169 Nr.1; *GAS* I S. 409-419 Nr.1; *van Ess* I S. 186-212; *Schacht*, Art. „ABŪ ḤANĪFA", in EI², Vol.I, S. 123 f.

Yūsuf (st.182 A.H./798 n.C.)[14] und Šaibānī (st.189 A.H./805 n.C.)[15] berufen. Und in Medina erhebt Mālik ibn Anas (st.179 A.H./795 n.C.)[16] den Anspruch, in seiner *Muwaṭṭa'* die herrschende Lehrmeinung der Medinenser darzustellen. In all diesen Werken erscheint der Anspruch der Traditionarier noch nicht voll durchgesetzt, wobei allerdings vor allem Šaibānī in seinen Werken Überlieferungen vom Propheten und frühen Frommen einen weit höheren Stellenwert einräumt als Mālik.

Eine weitere Stufe erreichte die Rechtsentwicklung mit Šafiʿī (st.204 A.H./820 n.C.)[17]. Šāfiʿī identifizierte sich anfangs mit der medinensischen Rechtsschule[18], ging dann aber eigene Wege, indem er den Anspruch der Traditionarier vollständig übernahm, systematisierte und auf dieser Basis ein eigenes Lehrgebäude aufbaute, das nicht in der Tradition einer der alten Schulen stand. Mit der *Risāla* verfaßte er das erste Werk zur islamischen Rechtsmethodologie (*uṣūl al-fiqh*), das auch für die Tätigkeit der anderen sunnitischen Rechtsschulen richtungsweisend wurde.

Von der Mitte des zweiten islamischen Jahrhunderts an bildeten sich Schulen um „Meister", wie die Anhänger Abū Hanīfa's in Kūfa oder die Anhänger Mālik's in Medina. Um das dritte islamische (das neunte Jahrhundert n.C.) entwickelten sie sich zu „personal schools", die nicht lokale oder regionale Traditionen weitergaben, sondern die Lehre eines berühmten Lehrers und seiner Schüler. So entstanden im Irak die Schule der Hanafiten, die einen Großteil der kūfischen Rechtstradition bewahrte und sich schnell im islamischen Osten ausbreitete; aus der alten medinensischen Schule entwickelten sich die Malikiten, die vor allem im Westen Einfluß gewannen. Auch im Anschluß an Šāfiʿī bildete sich eine Rechtschule (die Šāfiʿiten).

Um die Zeit Šaibānī's und Šāfiʿī's standen die Schulen untereinander in regem Meinungsaustausch. Es entwickelte sich in dieser Zeit eine Literaturgattung, in der Anhänger einer Schule in Form von fiktiven Streitgesprächen gegen die Lehren einer anderen polemisierten und die den Charakter einer Anleitung für erfolgreiches Disputieren mit dem Gegner haben[19]. Diese Werke sind für unsere Zwecke sehr wertvoll, da sie die „brennenden" und umstrittenen Probleme behandeln, tiefer in die Argumentation einsteigen und so auch Aufschluß über Triebkräfte der Rechtsentwicklung geben können.

Von diesen Disputationswerken sind für unsere Zwecke vor allem die folgenden wichtig:

1) Innerhalb der irakischen Rechtsschule: Abū Yūsuf, *Iḫtilāf Abī Ḥanīfa wa Ibn Abī Lailā*, („die Uneinigkeit zwischen Abū Hanīfa und Ibn Abī Lailā"). Das Werk listet unterschiedliche Ansichten von Abū Ḥanīfa und einem kūfischen Opponent, dem *qāḍī* Ibn Abī Lailā (st.148/765), auf und dient wahrscheinlich schon zur Konsolidierung des Kreises um Abū Ḥanīfa.

---

[14] *GAL* I S. 171 Nr.2; *GAS* I S. 419-421 Nr.3; *Schacht*, Origins S. 301 ff.; *ders.*, Art. „ABŪ YŪSUF", in EI², Vol.I, S. 164 f.
[15] *GAL* I S. 171 Nr.3; *GAS* I S. 421-433 Nr.4.
[16] *GAL* I S. 175 Nr.1; *GAS* I S. 457-464 Nr.1.
[17] *GAL* I S. 178 Nr.1; *GAS* I S. 484-490 Nr.1.
[18] Vgl. auch *Motzki*, a.a.O. S. 260 f. zur Bedeutung der mekkanischen Rechtstradition in Šāfiʿī's Werk.
[19] Vgl. zur Rolle von Streitgesprächen in der Entwicklung des islamischen Dogmas allgemein *van Ess* I S. 48 ff.; *ders.*, Disputationspraxis in der islamischen Theologie, REI 44 (1976), S. 23-59.

2) Zwischen der kūfischen und der medinensischen Rechtsschule:

a) Muḥammad ibn al-Ḥasan aš-Šaibānī, *Kitāb al-ḥuǧǧa ᶜalā ahl al-madīna* („Buch des Beweises gegen die Medinenser") – überliefert zu bestimmten Streitfragen zunächst die Meinung von Abū Ḥanīfa, bringt dann wörtliche Zitate aus Mālik's *Muwaṭṭa'* und bemüht sich schließlich, letztere zu widerlegen. b) ders., *Muwaṭṭa'*. Šaibānī's Bearbeitung und Kommentierung von Mālik's Standardwerk, zum Teil auch mit kritischen Kommentaren.

3) Šāfiᶜī's Kommentare zu den verschiedenen Rechtsschulen:

a) *Kitāb iḫtilāf al-ᶜirāqiyīn* („Buch über die Uneinigkeit der Iraker"), in: *Umm* VII S. 87-150; Šāfiᶜī's Kommentar zu dem oben unter 1) angegebenen Buch von Abū Yūsuf, das er wörtlich zitiert.

b) *Kitāb ar-radd ᶜalā Muḥammad ibn al-Ḥasan* („Buch der Erwiderung auf Muḥammad ibn al Ḥasan"), in: *Umm* VII S. 277-303; Auseinandersetzung mit Meinungen Šaibānī's zu Einzelfragen.

c) *Kitāb siyar al-Auzāᶜī* („Buch über das Völkerrecht Auzāᶜī's"), in *Umm* VII S. 303-330; Auseinandersetzung mit „völkerrechtlichen" Meinungen des Hauptes der schon relativ früh ausgestorbenen syrischen Rechtsschule.

d) *Kitāb iḫtilāf ᶜAlī wa ᶜAbd Allāh ibn Masᶜūd* („Buch der Uneinigkeit zwischen ᶜAlī und ᶜAbd Allāh ibn Masᶜūd"); unter dem Namen des Kalifen ᶜAlī äußerte sich die kūfische Opposition, der Prophetengenosse Ibn Masᶜūd stand für die „herrschende Meinung" in Kūfa.

e) *Kitāb iḫtilāf Mālik wa 'š-Šāfiᶜī* („Buch der Uneinigkeit zwischen Mālik und Šāfiᶜī").

Die Schulbildung riß nicht ab, doch seit etwa 700 A.H. (1300 n.C.) überlebten nur noch vier orthodoxe Rechtsschulen (die hanafitische, die malikitische, die šafiᶜitische und die hanbalitische). All diese Schulen akzeptierten zu diesem Zeitpunkt Šafiᶜī's These von der überragenden Autorität prophetischer Überlieferungen; diese *ḥadīṯe* bilden nun die einzige Quelle der *sunna*; die praktische Anwendung der *sunna* wird aber dem Konsens (*iǧmāᶜ*) überlassen.

Nach der Ausbildung der Schulen verfestigte sich die Lehre immer mehr. Seit der Mitte des dritten Jahrhunderts A.H. (des 9. Jahrhunderts n.C.) setzte sich die Idee durch, daß nur die großen Lehrer der Vergangenheit das Recht zum *iǧtihād*, zur unabhängigen Rechtsfindung, hätten und etwa seit dem vierten Jahrhundert A.H. (dem 10.Jahrhundert n.C.) ist weithin anerkannt, daß es nun nur noch um die Anwendung und Aufarbeitung der bis dahin gelegten Basis gehe. Ein Rechtsgelehrter hat sich in „Nachahmung" (*taqlīd*) zu üben, das heißt, die Schulmeinung anzuwenden, nicht eigene Regeln abzuleiten. Inzwischen ist bekannt, daß die These von der zunehmenden Versteinerung der islamischen Rechtslehren so nicht stimmt, sondern daß es auch nach dem zehnten nachchristlichen Jahrhundert noch kreative Rechtsschöpfung gab[20]; gezwungenermaßen, denn die umwälzenden politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Veränderungen nach dem zehnten nachchristlichen Jahrhundert konnten auch das islamische Recht nicht unbeeinflußt lassen. Vor allem in den Sammlungen von Rechtsgutachten (*fatāwā*) lassen sich die späteren Rechtsentwicklungen verfolgen.

Dennoch spiegelt das islamische Recht in weiten Bereichen die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse der frühen Abbasidenzeit wider, der Zeit, in der sich die großen Linien des islamischen Rechts ausgebildet hatten. Vor allem auf Werke aus dieser Zeit möchte ich mich daher auch stützen.

---

[20] Vgl. *Johansen*, Land Tax, v.a. S. 2, 124 f. am Beispiel des Bodensteuer- und Landpachtrechtes.

5. Systematisierung und Islamisierung – Methodische Kontroversen unter den frühen Juristen

Die Werke dieser ersten faßbaren schriftlichen Produktion weisen in ihrem methodischen Vorgehen einige typische Unterschiede auf. Die Art der methodischen Handhabung des Rechts durch die frühen Juristen kann einen Hinweis darauf geben, wie Normen gewonnen und legitimiert wurden. Wie sie das rechtliche Material gewannen, wie sie damit umgingen und wie sie es verarbeiteten, hat seinen Ursprung in dem jeweiligen Verständnis der Juristen vom „Recht", seinen Aufgaben und seinem Stellenwert gegenüber der Religion einerseits und gegenüber der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Realität andererseits, Fragen, die uns während der gesamten Untersuchung immer wieder beschäftigen werden.

Die Arbeitsweise der Juristen in den entstehenden Rechtsschulen ist von Schacht in seinen Origins of Muhammadan Jurisprudence schon recht ausführlich ausgewertet worden. Im folgenden möchte ich es daher hinsichtlich Mālik und Šāfiʿī mit einigen knappen Hinweisen bewenden lassen. Etwas genauer möchte ich nur auf die methodischen Forderungen Šaibānī's eingehen, die dieser in Polemiken in seinem *Kitāb al-ḥuǧǧa* gegen Mālik entwickelt und die Schacht nicht berücksichtigt.

Mālik[1] gewinnt und legitimiert Normen vor allem aus Sitte und Tradition. In seiner *Muwaṭṭa'* beruft er sich auf die idealisierte Praxis der Medinenser, ihre „lebendige Tradition" und den Konsens ihrer Gelehrten. Zumindest behauptet Mālik das für die von ihm überlieferten Lehren regelmäßig mit Formulierungen wie „darüber ist man sich bei uns einig" (*al-amr al-muǧtamaʿ ʿalaihī ʿindanā*[2]) oder „es ist bei uns so, daß. . ." (*al-amr ʿindanā*[3]). In einigen Punkten gelingt es aber Mālik's Gegnern, diesen Anspruch durch den Nachweis von widersprechenden Ansichten innerhalb der medinensischen Schule als Anmaßung zu demaskieren[4]. Obwohl Mālik Überlieferungen vom Propheten und vor allem von frühen Autoritäten sammelt, ist sein Rechtsdenken eher der Darstellung einer „herrschenden Meinung" einer „idealen Praxis" verpflichtet. Er scheut sich nicht, Überlieferungen, die nicht dazu passen, mit einem Hinweis auf die entgegenstehende Praxis beiseite zu wischen.

Bei Šaibānī[5] spielen Überlieferungen vom Propheten und vor allem von Prophetengenossen (*ṣaḥābī*) oder frommen Männern der zweiten Generation (*ṯābiʿūn*) eine wichtige Rolle. Dagegen findet man kaum pauschale Berufungen auf eine autoritative Praxis; sofern Šaibānī nicht auf seine eigene Meinung (*ra'y*) zurückgreift, berich-

---

[1] Vgl. die Gesamtbilanz von Mālik's Rechtsdenken bei *Schacht*, Origins S. 311-315.
[2] Z.B. *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 642, 646.
[3] Z.B. *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 636, 646, 676.
[4] So zum Beispiel *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 622 f.; *Šafiʿī* VII S. 240 Z.10; vgl. auch die Beispiele aus Šāfiʿī bei *Schacht*, Origins S. 66-69.
[5] Gesamtbewertung von Šaibānī's Rechtsdenken bei *Schacht*, Origins S. 307-310.

tet er immer auch von der Lehre Abū Hanīfa's, bei dem er lernte, und der seines älteren Kollegen und Lehrers Abū Yūsuf. In seinem Rechtsdenken bemüht er sich merklich, das teils noch disparate Rechtsmaterial zu systematisieren und mit Hilfe eines „sauberen" Analogieschlusses (*qiyās*) auch Lücken zu füllen[6].

Immer wieder scheint bei Šaibānī die Überzeugung durch, daß die allgemeine Praxis der Menschen grundsätzlich nicht falsch sein kann und nur dann für das Recht antastbar ist, wenn sie einer autoritativen Überlieferung vom Propheten oder einer frühen Autorität widerspricht. Šaibānī betont immer wieder, wie wichtig es sei, Entscheidungen nicht nur auf die eigene kollektive oder individuelle Willkür zu stützen, sondern wo immer möglich neutrale, objektive Begründungen liefern zu können. Immer wieder wirft er den Medinensern vor, daß sie das Verhalten „der Menschen" willkürlich verurteilen würden:

> Wie kommt ihr dazu, die Menschen zu eurer Meinung (*qaul*) zu zwingen ohne Beweis oder Nachweis (*baiyina wa burhān*)? Wenn ihr dazu eine Überlieferung vom Propheten oder einem seiner Genossen kennt, so berichtet sie uns! Ihr aber beruft euch nur auf eure Meinung und behandelt Dinge unterschiedlich, zwischen denen kein Unterschied ist. Das kann man von euch nicht akzeptieren. Auch einem Kläger wird (im Prozeß) nur dann recht gegeben, wenn er Beweis erbringt.[7]

und:

> Das (scil: eure Meinung) akzeptieren wir nur mit Beweis und Nachweis (*baiyina wa burhān*); wenn wir sie ohne Argument (*ḥuǧǧa*) akzeptierten, so würden die Menschen sie doch nicht von uns annehmen.[8]

Das Handeln und die Meinungen „der Menschen" gelten grundsätzlich als richtig und zulässig, solange nicht ein sicherer Anhaltspunkt für das Gegenteil in einer der autoritativen Quellen, also vor allem in einer Überlieferung vom Propheten oder von einer der frühen Autoritäten, vorliegt. Ausgangspunkt des Rechtsdenkens ist die vorgefundene allgemeine Praxis „der Menschen". Dabei ist unklar, ob mit „den Menschen" oder „der Gemeinschaft", wie es an einer der zitierten Stellen heißt, die gesamte muslimische Gemeinde gemeint ist, oder ob sich der Begriff nur auf die Summe der anerkannten Rechtsgelehrten bezieht. Die gleiche Unschärfe findet sich auch beim *iǧmāʿ*, dem autoritativen Konsens, aus dem Rechtswirkung abgeleitet werden kann[9]. Dafür, daß Šaibānī die tatsächlich geübte Praxis der Menschen meint, spricht seine Behandlung der Problematik von Umgehungsgeschäften[10]: Kaufverträge, die die Menschen untereinander abschließen, sollen nicht wegen bloßer Vermutungen verboten werden.

Im übrigen geht es darum, die gegebenen Anweisungen, die letztlich auf den Propheten und seine ideale Gemeinde zurückführen, in der Realität zu verwirklichen, nicht irgendwelche willkürlichen, individuell oder kollektiv gehegten Ansichten von einer richtigen rechtlichen Regel in die Tat umzusetzen. Daher stehen

---

[6] Vgl. *Schacht*, Origins S. 310: „Shaibānī was the great systematizer of the Kufian Iraqian doctrine."

[7] *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 563.

[8] *Šaibānī*, a.a.O. S. 746; vgl. auch S. 639: „wie weit ist eure Meinung doch von der der Gemeinschaft (*al-ǧamāʿa*) entfernt!"

[9] Vgl. *Schacht*, Origins S. 82 ff.

[10] S. u. Kapitel 7.2. und 8.

an Rang die Überlieferungen vom Propheten am höchsten, danach die von seinen Gefährten und schließlich die von frommen Männern der zweiten Generation (in dieser Reihenfolge werden sie bei Šaibanī angeführt), sofern es welche gibt und sie einschlägig sind:

Dazu wird kein *ḥadīṯ* vom Propheten oder einem seiner Gefährten überliefert. . .; wenn ihr nämlich (ein solches). . .hättet, so würdet ihr eure Argumentation darauf stützen. Doch das (was ihr behauptet) ist nichts als eure Meinung, auf die ihr euch geeinigt habt (*ra'yᵘⁿ minkum istalaḥtum ᶜalaihī*), und man kann es so von euch nur akzeptieren, wenn ihr dafür ein Argument oder Nachweis erbringen könnt (*bi 'l-ḥuǧǧa wa 'l-burhān*).[11]

Interessanterweise fehlt in solchen Hinweisen Šaibanī's der Koran als Rechtsquelle; wenn er erwähnt wird, so nur in einer pauschalen Referenz und an zweiter Stelle nach der *sunna*[12]. Allerdings bringt dieser im Bereich des Vertragsrechts auch nur wenig direkt verwertbares Rechtsmaterial.

Šaibānī wirft den Medinensern auch vor, daß sie sich nicht einmal an solche Traditionen halten, die sie selbst überliefern:

Sie behaupten, daß sie sich an die Überlieferungen halten, dabei wenden sie sich zugunsten von etwas anderem von dem ab, was sie überliefern.[13]

Eine Regel, die sich weder auf Handlungen oder Überzeugungen „der Menschen" berufen kann, ist willkürlich und könnte ebensogut anders sein. Auch hinter dem lokalen Brauch steht keine Autorität, die nicht sogleich wieder in Frage gestellt werden könnte: Wenn die Leute in Medina es so halten, warum sollten es die Leute in Baṣra nicht anders machen dürfen?

Wenn jemandem das, was er beansprucht ohne *sunna* oder *āṯār* (Traditionen) zugestanden werden sollte, so müßte das ebenso wie für euch auch für andere gelten.[14]

Das heißt, jeder könnte nach seinem persönlichen Belieben rechtliche Regeln erfinden, ohne daß man ihm irgendetwas entgegenhalten könnte[15].

Šaibānī spannt seine systematischen Ansprüche weiter als Mālik. Gleiches muß gleich behandelt werden, differenzieren darf man nur, wenn das durch die Quellen geboten ist. Grundsätzlich gilt eine in einer Überlieferung getroffene Regel in allen vergleichbaren Fällen, es sei denn, eine andere Überlieferung steht für das Gegenteil. Ebenso muß auch die menschliche Rechtsfindung auf Allgemeinheit ausgerichtet sein und darf nicht „willkürlich" nach Einzelfällen differenzieren:

Es geht nicht an, daß zwischen diesen (gleichgearteten) Dingen ohne rechtfertigende *sunna* unterschieden wird; wer eine Meinung vertritt, der muß in einer vergleichbaren Situation zu dem gleichen Ergebnis kommen und darf nicht willkürlich verfahren, denn Willkür (*at-taḥakkum*) ist inakzeptabel.[16]

---

[11] *Šaibanī*, Ḥuǧǧa II S. 513 f., ähnlich S. 640; vgl. auch S. 481 f.: Zur Stützung dieses Verbotes „gibt es viele Überlieferungen; man braucht also nicht auf Meinung (*naẓar*) oder Analogieschluß zurückzugreifen."

[12] So *Šaibānī*, a.a.O. S. 623: „was mit der *sunna* und dem Buch (scil.: dem Koran) übereinstimmt."

[13] *Šaibānī*, a.a.O. S. 649.

[14] *Šaibānī*, a.a.O. S. 556.

[15] *Šaibānī*, a.a.O. S. 563, vgl. auch S. 575 f.

[16] *Šaibānī*, a.a.O. S. 620.

und:

Es obliegt den Menschen, die Fälle, zu denen keine Überlieferung erging, analog zu denen zu behandeln, die durch Überlieferungen geregelt sind.[17]

Indem Šaibanī verlangt, daß Rechtsnormen möglichst überpersönlich, durch Überlieferungen oder Analogieschluß abgestützt werden, bindet er das Recht stärker an die Religion an. Auch außerhalb dieses Bereiches hat die persönliche Willkür nur wenig Spielraum, denn dort bleibt der Brauch, die tatsächlich allgemein geübte Praxis bestimmend.

Mit Šāfiʿī sieht Schacht dann den krönenden Abschluß der Bemühungen um eine Systematisierung und Islamisierung des Rechts und den höchsten Stand des technischen Rechtsdenkens erreicht[18]. Šāfiʿī beschäftigt sich nicht nur mit Einzelfragen, wie weitgehend die Juristen vor ihm, sondern bringt auch allgemeinere, theoretische Erörterungen zu bestimmten Themenkreisen. Ganz besonders gilt das für die *Risāla*, gewissermaßen eine Programmschrift der Rechtsmethodologie, in der konkrete Einzelfragen nur zur Illustration von theoretischen Konzepten dienen. Šāfiʿī baut ein höchst konsequentes Rechtssystem auf der Grundlage der überragenden Autorität der Prophetenüberlieferungen auf. Doch hat auch für ihn die allgemeine Praxis der Menschen, die er wohl als *iǧmāʿ* versteht[19], Rechtskraft:

Der Umstand, daß alle Muslime das für erlaubt halten, ist für mich ein Indiz, den *qiyās* (zu dem Verbot in einem *ḥadīṯ*) nicht auch darauf zu beziehen[20].

Seine Kritik an den Irakern richtet sich vor allem gegen deren nach seiner Meinung lässigen Umgang mit Traditionen und deren großzügige Einbeziehung persönlicher, subjektiver Meinungen vor allem in Form des *istiḥsān*. Die Polemik Šāfiʿī's stellt den *istiḥsān* als „freie Rechtsfindung", als Willkür bloß[21]. In der Übersetzung als „für gut befinden" scheint er ein Fenster zu sein, durch das persönliche Wertungen in das Recht eindringen können. Diese Wertungen können auch aus anderen Quellen stammen, so daß sich hier auch ein Einfallstor für Brauch und Handelspraktiken bieten könnte[22].

Sieht man aber genauer hin, so zeigt sich, daß der *istiḥsān*, zumindest in der Form wie Šaibānī ihn im Bereich des Vertragsrechts anwendet, keineswegs Ausdruck bloßer Willkür war, sondern ein eigenes Instrument, um scheinbare Normkollisio-

---

[17] *Šaibānī*, a.a.O. S. 664 f., ebenso S. 730.
[18] Vgl. *Schacht*, Origins S. 315 ff.
[19] Vgl. *Schacht*, Origins S. 88 f.
[20] *Šāfiʿī*, Risāla S. 526; vgl. auch *Šāfiʿī* VII S. 266.
[21] *Šāfiʿī*, Risāla S. 503 ff., v.a. S. 507, wo er den *istiḥsān* mit „Willkür" (*taʿassuf*) und mit „Belieben" (*taladdud*) gleichsetzt.
[22] So *Udovitch*, Partnership and Profit S. 251 f., gestützt vor allem auf Beispiele aus Sarahsī: „Whenever the application of analogy threatened to confine the range of permitted commercial practices, the early Hanafī lawyers were quick to exercise the prerogative of *istiḥsān* (juristic preference). By appealing to the needs of trade or the established practice of merchants, they justified the suspension of the application of strict analogy and thus preserved the vitality and flexibility of these institutions within the framework of Islamic sacred law. Indeed it was via the route of *istiḥsān* that large segments of the customary Law Merchant of the medieval Near East found their way into Ḥanafī law."

nen zu lösen[23]. So erscheint schon bei Ibn al-Muqaffa[c][24] der *istiḥsān* als ein Mittel, um mißliche Lösungen zu korrigieren, die aus einer fehlerhaften oder zu weit getriebenen, bzw. zu schematischen Anwendung des *qiyās*, des Analogieschlusses, herrühren[25]. Und selbst Šāfiʿī scheute sich nicht, den *qiyās* unter Hinweis auf die allgemeine Praxis einzuschränken, allerdings ohne den Terminus *istiḥsān* zu gebrauchen. Die Fälle, in denen sich Šaibānī oder seine Lehrer im *Kitāb al-aṣl* auf einen *istiḥsān* berufen, machen nicht den Eindruck bloßer Willkür. Zwar finden wir ebensowenig wie für den *qiyās* allgemeine methodische Hinweise, der *istiḥsān* dient ihnen jedoch primär als Hilfsmittel, den *qiyās* richtig anzuwenden. In einigen dieser Fälle überwiegt eine andere Wertung, die sich ebenfalls auf autoritative Texte gründen läßt[26]; in anderen werden andere Gemeinsamkeiten oder Unterschiede stärker hervorgehoben[27]; dem ähneln die Fälle, in denen eine formal gegebene Gleichheit tatsächlich nicht vorliegt[28], bzw. andersherum ohne Vorliegen einer formalen Gleichheit der Fall tatsächlich jedoch als gleich zu behandeln (weil dem gleichen Gedanken unterliegend) erkannt wird[29]. In anderen Fällen bedingt eine Überlieferung vom Propheten oder einer anderen Autorität das Abweichen vom *qiyās*[30]. Schließlich wird in einer Gruppe von Fällen der *qiyās* nicht angewendet, und eine Abweichung von einem allgemeinen Gebot deshalb nicht verboten, bzw. für nichtig erklärt, weil die Abweichung geringfügig ist und (wahrscheinlich) allgemeiner Praxis entspricht[31]. Es geht also nicht um diffuse, subjektive Wertungen, sondern um die Harmonisierung des Analogieschlusses (*qiyās*) mit anderen rechtlichen Wertungen[32]. Der *istiḥsān* ist kein Mittel, das Rechtssystem zu öffnen, sondern nur eine Hilfe, es richtig anzuwenden.

Wir können von Mālik über Šaibānī bis zu Šāfiʿī eine Entwicklung hin zu einer immer stärkeren Anbindung von Rechtsnormen an religiöse Quellen beobachten; gleichzeitig wird der Raum für die individuelle Rechtsschöpfung immer mehr eingeengt. Das Recht wird systematischer, „islamischer" aber auch formaler.

---

[23] So auch das Ergebnis von *J.Makdisi*, Legal Logic and Equity in Islamic Law, AJCL 33 (1985), S. 63-92.

[24] Hingerichtet unter der Anklage der Ketzerei 140 A.H./757 n.C.; Schriftsteller, Übersetzer persischer Literatur (Fürstenspiegel, Geschichtswerke) ins Arabische und Berater des Kalifen.

[25] *Ibn al-Muqaffaʿ*, Risāla fī 'ṣ-ṣahāba, S. 45-47.

[26] Vgl. z. B. *Šaibānī*, Aṣl S. 97 Nr.1, S. 182 Nr.9, S. 218 Nr.14, S. 241 Nr.7 ff., S. 298 Nr.16 zugunsten des besseren Status einer Person, insbesondere der Freilassung eines Sklaven; S. 14 Nr.48 zugunsten der Aufrechterhaltung eines abgeschlossenen Vertrages.

[27] *Šaibānī*, a.a.O. S. 42 Nr.117, S. 205 Nr.44, S. 221 Nr.20.

[28] *Šaibanī*, a.a.O. S. 181 Nr.6, S. 250 Nr.13.

[29] *Šaibānī*, a.a.O. S. 205 Nr.44, S. 252 Nr.22.

[30] *Šaibānī*, a.a.O. S. 108 Nr.6, S. 202 Nr.41. Deutlich auch *Samarqandī* II S. 69: Abreden, die nach dem *qiyās* eigentlich verboten sein und die Nichtigkeit des Vertrages herbeiführen müßten, weil sie nicht sowieso Vertragsinhalt wären, sind nach dem *istiḥsān* erlaubt, weil das Recht (in autoritativen Texten wie Prophetentraditionen) (*aš-šarʿ*) sie vorsieht. Denn das ist ein Hinweis darauf, daß es unter die Kategorie des „Guten" nicht die des „Schlechten" gehört (*annahu min bāb al-maṣlaḥa dūna 'l-mafsada*).

[31] *Šaibānī*, a.a.O. S. 27 Nr.88, S. 68 Nr.203, S. 99 Nr.4 f., S. 136 Nr.33, S. 181 Nr.6.

[32] Ähnlich das Ergebnis von *J. Makdisi*, a.a.O. S. 73, 85, 91 f.

6. „Das Recht dem zukommen lassen, dem es zusteht". Der prozessuale Rahmen

Um das islamische Recht verstehen zu können, muß man sich auch mit seinem „institutionellen Rahmen", dem Prozeß, beschäftigen, denn das Rechtsdenken ist stark prozessual orientiert, es ist auf den Prozeß hingedacht.

Der Prozeß[1] im islamischen Recht ist ein reiner Parteienprozeß, der nur auf eine private Klage hin eröffnet wird[2]. Prozesse im öffentlichen Interesse gibt es (jedenfalls vor den „ordentlichen Gerichten") nicht[3]. Er hat den Charakter eines Streites[4] um die Zuteilung eines möglichst genau zu bezeichnenden Streitgegenstandes[5], einer Sache, Mobilie oder Immobilie, bzw. deren Wert oder eines eingeforderten Rechtes[6].

Zweck des Urteils ist es, das Recht (*ḥaqq*) dem zukommen zu lassen, dem es zusteht[7].

Das Schlagwort von der willkürlichen „Kadijustiz" trifft die Sache nicht, das Verfahren ist an streng formale Regeln gebunden, deren Einhaltung zum Teil zum Selbstzweck zu werden scheint[8]. Das Ergebnis, das Urteil, ist grundsätzlich nicht mehr korrigierbar, nicht durch den entscheidenden Richter selbst, grundsätzlich auch nicht durch einen anderen Richter, etwa den Nachfolger im Richteramt. Eine Ausnahme galt für schwere Rechtsfehler und -verstöße; stellten sie sich heraus, so war der Richter oder sein Nachfolger verpflichtet, das fehlerhafte Urteil aufzuheben[9]. Dennoch gibt es eigentlich keine weitere Instanz. Das Urteil hat eine grundsätzlich unwiderrufliche Realität hergestellt[10].

---

[1] Die Darstellung folgt im wesentlichen der Lehre der Hanafiten, vor allem dort, wo Bezug auf die *ḥiyal* genommen wird. Šāfiʿī wurde ebenfalls herangezogen, wo er schon bei den Hanafiten angelegte Tendenzen besonders plastisch in Worte faßt. Die Abweichungen in den anderen Schulen sind allerdings nicht sehr groß und betreffen eher Detailfragen. Vgl. zu Verfahren der Streitbeilegung vor dem Islam *Tyan*, Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam, 2 éd. 1960, S. 27 ff.; *Dannhauer*, Untersuchungen zur frühen Geschichte des Qāḍī-Amtes, 1975, S. 39 ff.

[2] *Johansen*, Preuve juridique et vérité religieuse dans le droit islamique hanéfite, SI 72 (1990), S. 7: „Le procès civil est conçue comme la lutte de deux parties devant le juge."

[3] *Tyan*, Art."DAʿWA", in EI², Vol.II, S. 170-172.

[4] Ziel des Prozesses ist nach *Marġīnānī* II S. 161 Z.18 die Streitbeilegung.

[5] Vgl. *Marġīnānī* III S. 155 Z.10: „Denn der Nutzen des Prozesses ist die Verpflichtung (des anderen) mittels eines Beweises (*ilzām bi wāṣitat iqāmat al-ḥuǧǧa*); die Verpflichtung zu etwas Unbestimmtem (*maǧhūl*) kann aber nicht realisiert werden."

[6] *Qudūrī* S. 120.

[7] *Marġīnānī* III S. 101 Z.16: „*maqṣūd al-qaḍā'...huwa īṣāl al-ḥaqq ilā mustaḥaqqihī.*"

[8] *Schacht*, Bergsträsser's Grundzüge S. 115; *ders.*, Introduction S. 195; *Brunschwig*, Art."BAIYYINA", in EI², Vol.I, S. 1150 f.; zum Formalcharakter des Prozesses vgl. auch *Johansen*, Preuve juridique et vérité religieuse dans le droit islamique hanéfite, SI 72 (1990), S. 5-17.

[9] Vgl. *Johansen*, a.a.O. S. 15: „Le juge est obligé d'annuler son jugement s'il contredit les textes sacrés et le consensus des juristes." Vgl. auch *Schacht*, Introduction S. 189; *ders.*, Bergsträsser's Grundzüge S. 109 f.; *ders.*, Art."MAḤKAMA", in EI², Vol.VI, S. 1-3; *Tyan*, Art."DAʿWA", in EI², Vol. II, S. 170-172.

[10] Vgl. *Johansen*, a.a.O. S. 14: selbst wenn die Zeugen nachträglich erklären, ein falsches Zeugnis

Der Prozeß findet mündlich und öffentlich in Anwesenheit beider Parteien statt. Zunächst muß der Richter klären, ob der Beklagte überhaupt passivlegitimiert ist; das ist er, wenn er die Sache, ohne Rechte anderer zu verletzen, herausgeben könnte[11]. Die darauf folgenden Schritte sind streng festgelegt[12]: Zunächst befragt der Richter den Beklagten; erkennt dieser die Klage seines Gegners an (*aqarra*, Subst.: *iqrār*), so muß der Richter ihr stattgeben; bestreitet der Beklagte, so verlangt der Richter vom Kläger Beweise. Einziges anerkanntes Beweismittel ist der Zeugenbeweis[13]. Der Kläger muß zwei Männer beibringen, die nur Fakten bezeugen dürfen, die sie selbst wahrgenommen haben[14], und die nicht selbst an der zu bezeugenden Sache interessiert sein dürfen. Die Wahrscheinlichkeit ihrer Aussage wird nicht weiter hinterfragt; der Richter hat grundsätzlich kein Recht ihre Aussage zu würdigen.

> Du hast keine andere Möglichkeit, als nach der Aussage rechtschaffener Zeugen zu urteilen, auch wenn sie sich irren können; du aber entscheidest nach dem Äußeren, als sei ihre Aussage wahr; nur Gott verfügt über das, was dir in ihnen verborgen ist[15].

Es gibt nur ein rein formales Korrektiv: eine allgemeine Untersuchung (*tazkiya*) ihrer Rechtschaffenheit (*ʿadāla*). Rechtschaffenheit bedeutet vor allem, daß sie ihr Leben den Regeln des Islam gemäß führen[16].

Indizien haben keinen Beweiswert, Schriftstücke oder außergerichtliche Anerkenntnisse (*iqrār*) nur insoweit, als sie von Zeugen bestätigt sind. „Erfüllbar sind die für das Zeugnis gestellten Bedingungen eigentlich nur, wenn die Geschäfte von vornherein vor anerkannten Zeugen vorgenommen werden; hier liegt der Ansatzpunkt für das Entstehen berufsmäßiger Zeugen, Notare"[17].

---

abgelegt zu haben, kann das Urteil nicht mehr verändert werden; vgl. aber auch die etwas abweichende Feststellung *ders.*, a.a.O. S. 16 f.: das Urteil ist nur „une des étapes du conflit qui par ailleurs peut resurgir sous la forme de nouveaux procès."

[11] So kann man die allgemeine Aussage der in diesem Zusammenhang von den Juristen besprochenen Fälle zusammenfassen; vgl. das Beispiel bei *Schacht*, Bergsträsser's Grundzüge S. 111: „wenn ein auf Heraugabe einer Sache verklagter Besitzer erklärt, er habe sie von einem Abwesenden in Verwahrung, wird der Kläger abgewiesen, nicht dagegen, wenn der Besitzer erklärt, er habe sie von einem Abwesenden gekauft, oder wenn der Kläger angibt, der Beklagte habe sie durch verbotene Eigenmacht (*ġaṣb*) in Besitz."

[12] Vgl. die Darstellung bei *Qudūrī* S. 120, an die sich *Schacht* in Bergsträsser's Grundzüge S. 110 ff. und Introduction S. 190 ff. anzulehnen scheint. Vgl. weiter *Tyan*, Art. „DAʿWA", in EI², Vol.II, S. 170-172 und aus anthropologischer Sicht (speziell für das heutige Marokko) *Rosen*, The Anthropology of Justice, 1989, S. 23-35.

[13] Vgl zum Zeugenbeweis im islamischen Recht *Tyan*, Histoire S. 236-252; *Schacht*, Bergsträsser's Grundzüge S. 113 ff; *ders.*, Introduction S. 193 ff.; *Rosen*, a.a.O. S. 23.

[14] *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 18 Nr.2.88-89.: Nur „äußere" Tatsachen können bewiesen werden; Aufschluß über innere Tatsachen kann nur ein Geständnis erbringen.

[15] *Šāfiʿī*, Risāla S. 461; dort zieht Šāfiʿī eine Paralle zur Haditkritik: weder die Wahrheit einer Zeugenaussage, noch die Authentizität von *ḥadīṯen* kann man als Mensch ergründen; man muß sich an die allgemeine Prüfung ihrer Rechtschaffenheit halten, die dann zu einem formalen Garanten auch für die Richtigkeit der Aussage bzw. Überlieferung im Einzelfall ist, vgl. auch *ebd.* S. 378, 381 f., 390, 478, 493.

[16] Vgl. *Tyan*, Art. „ʿADL", in EI², Vol.I, S. 209 f.; *Dannhauer*, Untersuchungen S. 58 f.; vgl. auch die polemische Spitze über das Fehlen rechtschaffener Zeugen im Irak bei dem Medinenser *Mālik*, Muwaṭṭaʿ II S. 720 Nr.4.

[17] *Schacht*, Bergsträsser's Grundzüge S. 114 f.; vgl. *ders.*, Introduction S. 194; ähnlich *Dannhauer*,

Kann der Kläger seine Forderung auf diese Weise beweisen, so muß der Richter ihm zusprechen, was er verlangt; kann er es nicht, so nimmt der Richter dem Beklagten auf Verlangen des Klägers den Eid ab. Weigert sich dieser, so entscheidet der Richter gemäß der Klage[18], schwört er ihn, so ist die Klage damit abgewiesen.

Charakteristisch ist die scharfe Rollenverteilung im Prozeß: Der Beklagte kann die Klage mit seinem beeideten Bestreiten abwehren. Die Behauptung des Beklagten gilt mehr als die des Klägers, weil sie von dem äußeren Anschein (*ẓāhir*) unterstützt wird. Dem Kläger obliegt der Beweis, daß die rechtliche Lage nicht so ist, wie sie zu sein scheint. Dieser Beweis kann, sofern der Beklagte nicht anerkennt oder den Eid verweigert, nur mit Zeugen geführt werden. „Da infolge der Schwierigkeiten des Beweisverfahrens der beweislose Prozeß eine sehr große Rolle spielt, spitzt sich die Frage, wer Kläger und wer Beklagter ist, darauf zu, wessen Aussage gilt, für wen die Präsumtion spricht"[19]. Deshalb kann die prozessuale Rollenverteilung den Ausgang des Prozesses bestimmen, wobei aber nicht zu vergessen ist, daß ein Eid in dem religiös geprägten Umfeld wesentlich mehr bedeutete, ein Falscheid also zumindest erhebliche Überwindung kostete und persönliche Schuld gegenüber Gott nach sich zog. Bezeichnend dafür ist ein *ḥadīṯ*, das bei Mālik überliefert wird[20]:

Der Prophet sagte: „Demjenigen, der durch seinen Eid einem Muslim sein Recht beschneidet, hat Gott sein Paradies verboten und ihn für das Feuer bestimmt." Man fragte: „Selbst wenn es nur um eine Bagatelle ging, Gesandter Gottes?" Er antwortete: „Selbst wenn es sich nur um einen Holzsplitter handelte; selbst wenn es sich nur um einen Holzsplitter handelte." Er wiederholte das dreimal.

Der Kläger ist allerdings insofern privilegiert, als nur ihm der Zeugenbeweis zusteht. Der Beklagte kann dem durch Zeugen geführten Beweis des Klägers nicht seinerseits einen Beweis des Gegenteils entgegenhalten. Auch wenn er leugnet und seine Aussage beschwört, muß der Richter dem Zeugenbeweis gemäß enscheiden. Johansen sieht daher in dem Kläger die stärkere Partei[21].

Es hängt also sehr viel davon ab, wem welche Rolle im Prozeß zugeteilt wird. Die Bestimmung des Beklagten bereitete jedoch erhebliche Schwierigkeiten, man vergleiche nur die Ausführungen Marġinānī's[22]:

Beklagter ist, wer auch dann zum Prozeß gezwungen wird, wenn er ihn flieht; Kläger ist, wer nicht dazu gezwungen wird. Die Kenntnis des Unterschiedes zwischen ihnen ist eine der wichtigsten

---

Untersuchungen S. 55; *Heffening*, Art."SHĀHID", in EI², Vol.IV, S. 281 f.; *Wakin*, The Function of Documents S. 66.

[18] Nach den anderen Rechtsschulen mußte vorher auch der Kläger einen Eid über die Wahrheit seiner Forderung schwören; vgl. zu dem Streit *Šāfiʿī* VII S. 90 Z.2, S. 165 Z.16, S. 182 Z.23, S. 345 und 354 (Rand); *Abū Yūsuf*, Iḫtilāf S. 78 Z.5 (= *Šāfiʿī* VII S. 117 Z.24); *ders.*, Āṯār S. 163 f. Nr.738, 740; *Mālik*, Muwaṭṭaʿ II S. 722 Nr.7; dazu *Schacht*, Origins S. 187 f.; *Dannhauer*, Untersuchungen S. 50 f., 87 ff. Ein anderer Streit zwischen den Schulen ging darum, ob schon ein Zeuge mit dem Eid des Klägers ein hinreichendes Beweismittel darstellte, vgl. *Šāfiʿī* VII S. 6 ff.; *Mālik*, Muwaṭṭaʿ S. 721 f. Nr.5 ff.; dazu *Schacht*, a.a.O. S. 167 f.; *Dannhauer*, a.a.O. S. 47 ff, 77 ff.

[19] *Schacht*, Bergsträsser's Grundzüge S. 111.

[20] *Mālik*, Muwaṭṭaʿ II S. 727 Nr.11.

[21] *Johansen*, Preuve juridique et vérité religieuse dans le droit islamique hanéfite, SI 72 (1990), S. 9: „Il est facile de voir que dans le procès civil le demandeur est avantagé parce qu'il a à sa disposition la preuve la plus importante, le témoignage."

[22] *Marġinānī* III S. 155 Z.2.

Säulen des Prozeßrechts. Die Formulierungen unserer Gelehrten unterscheiden sich. . .Es wird auch argumentiert, Kläger sei der, dem das Recht nur zusteht, wenn er Beweis erbringt, wie (zum Beispiel) einem Außenstehenden (also einem, der die streitbefangene Sache nicht besitzt), Beklagter sei dann, wem das Recht ohne Beweis nur mit seinem Wort gebühre, wie zum Beispiel dem Besitzer. Und es wird argumentiert, Kläger sei derjenige, für den der äußere Anschein nicht spreche, Beklagter (hingegen) derjenige, dem der äußere Anschein zur Seite steht. Muḥammad (aš-Šaibānī) sagt in seinem *Kitāb al-aṣl*: Beklagter ist, wer bestreitet[23].

Wenn dem Richter ein Streit zwischen zwei Personen vorgeführt wird, so hat er zu entscheiden, wem er die Rolle des Klägers, wem die des Beklagten zubilligt. Hier breitet sich nun ein weites Feld von Präsumtionen aus. Vor allem die frühesten Rechtswerke beschäftigt die Frage, wer das „Wort (*qaul*) hat mit seinem Eid"[24], wer also als Beklagter sein Gegenüber mit einem Eid abwehren kann. Wahrscheinlichkeitsurteile spielen eine große Rolle:

Wenn zwei sich um ein Lasttier streiten,. . . einer auf dem Tier reitet, der andere es am Zügel hat, so hat der Reiter ein stärkeres Recht (an dem Tier) als der Führende. . .Ebenso verhält es sich, wenn sie sich um ein Hemd streiten, das der eine trägt, der andere am Ärmel gepackt hat; derjenige, der es trägt, hat ein stärkeres Recht (daran) als der andere.[25]

Bei einem Vertrag akzeptiert man grundsätzlich die Behauptung desjenigen ohne Beweis, der sich auf die Gültigkeit eines abgeschlossenen Vertrages beruft[26].

Die starre Rollenverteilung wird dadurch etwas aufgelockert, daß beiden Parteien jeweils gegeneinander die Rolle als Kläger, bzw. Beklagter zugestanden werden kann[27]; das ist vor allem dann interessant, wenn sich beide auf Zeugen berufen können. Auch die Entscheidung zwischen zwei gegeneinanderstehenden Zeugenbeweisen wird durch Präsumtionen erleichtert. „Ce système présuppose que les témoins sont honorables et justes et qu'il faut accepter leur témoignages autant que possible. On est donc forcé d'utiliser toutes les possibilités d'interprétation pour les harmoniser. S'il n'est point possible de les harmoniser, les témoignages contradictoires (*muᶜāriḍa*) sont considérés comme également crédibles. Le juge adjugerait alors tant que possible, l'objet de la demande à parts égales aux deux parties."[28]

Kennzeichen des Prozesses sind seine Formalität, das Element persönlicher Garantie und die Mündlichkeit. Vor allem beim Zeugenbeweis und beim Eid werden die letzten beiden Merkmale deutlich. Ein honoriger Zeuge, der öffentlich etwas behauptet, wirft das ganze Gewicht seiner Persönlichkeit in die Waagschale. Daß das in Worten und vor Ort geschieht, verstärkt den Eindruck noch. Auch beim Eid spielt das eine Rolle, doch überwiegt hier die innere Garantie der Richtigkeit durch die Androhung religiöser Sanktionen.

Das hervorstechende Merkmal des Prozesses aber ist seine Formalität. Er ist ein Mittel, um eine juristische Realität herzustellen, ohne das Innenleben der Menschen nach außen zu kehren. Die daraus resultierende Anfälligkeit gegen Mißbrauch wird

---

[23] Diese Aussage findet sich z. B. in *Šaibānī*, Aṣl S. 23 Nr.75; *ders.*, Ǧāmiᶜ Ṣaġīr S. 99 Nr.1.
[24] So die geläufige Formulierung vgl. z. B. *Šaibānī*, Aṣl S. 20 f. Nr.69, 70, S. 23 Nr.75, S. 105 ff., S. 140 Nr.39, 40, S. 145 Nr.48.
[25] *Qudūrī* S. 120.
[26] *Šaibānī*, Aṣl S. 23 Nr.75; *ders.*, Ǧāmiᶜ Ṣaġīr S. 99 Nr.1.
[27] *Johansen*, a.a.O. S. 10.
[28] *Johansen*, a.a.O. S. 12.

kompensiert durch die religiöse, die „innere" Garantie: die Vermutung, daß ein Muslim sich nicht auf Sünden einlassen werde oder wenigstens die Genugtuung für den Geprellten, daß der Betrüger die gerechte Strafe Gottes zu gewärtigen hat. Diese Einstellung drückt ein *ḥadīṯ* aus, das Mālik überliefert:

Der Prophet sagte: „Ich bin nur ein Mensch vor den ihr eure Streitigkeiten tragt; möglicherweise ist einer von euch gewandter in seiner Beweisführung (*alḥana bi ḥuǧǧatihī*) als der andere, so daß ich zu seinen Gunsten nach dem entscheide, was ich von ihm gehört habe. Wenn ich jemandem etwas zuspreche, was eigentlich ein Recht seines Bruders ist, so soll dieser es von ihm nicht annehmen, denn ich werde ihm (sonst) ein Stück des Feuers (gemeint: einen Platz in der Hölle) zuteilen."[29]

Der Richter selbst ist strikt an die Regeln gebunden, er steht in der Rolle eines Zeremonienmeisters, der die streitentscheidende Zuteilung von Rechten nach abstrakten Regeln verwaltet. Streitig war unter den Juristen aber offenbar, ob sich der Richter von dem strengen Formalismus lösen durfte, wenn er aus eigener Kenntnis wußte, daß das Ergebnis falsch war[30]. Zumindest die Hanafiten gestatteten das, was eine gewisse Auflockerung des Formalismus bedeutete. Die Hanafiten gestanden dem Richter auch zu, nach Indizien zu entscheiden, selbst wenn diese einem Zeugenbeweis widersprachen; allerdings war er nicht verpflichtet, nach Indizien zu suchen[31].

Trotz allem bleibt der Formalismus aber der prägende Zug des Prozesses: Durch das Urteil stellt der Richter eine formelle Wahrheit her, die nicht unbedingt der Realität entsprechen muß. Der Formalismus ist gewiß kein blinder, wie die Präsumtionen gezeigt haben, die die prozessuale Rollenverteilung nach der Wahrscheinlichkeit des Obsiegens festlegen und, wie wohl alle Prozeßrechte, eine deutliche Tendenz zur Beibehaltung des Status Quo zeigen: Für den Besitzer spricht eine Vermutung. Die gleiche Rolle spielen die Präsumtionen, die zwischen zwei gegensätzlichen Zeugenbeweisen entscheiden, wenn beide Parteien sowohl Kläger wie Beklagte sind[32].

An vielen Stellen werden wir feststellen können, daß auch das materielle Recht auf den Prozeß hingedacht ist, vor allem da, wo es eigentlich um „innere Tatbestände" geht, wie den Willen, die Motive und Absichten der Vertragsparteien. Die typische Schwäche des Prozesses, daß er die „wahre Rechtslage" nicht ergründen kann, sondern mit einer formalen Wahrheit arbeiten muß, spielt bei der Entwicklung der *ḥiyal* eine wichtige Rolle[33].

---

[29] *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 719; vgl. auch *Johansen*, Die sündige gesunde Amme, FS Steppat, 1988, S. 275 mit einer Auswertung entsprechender Passagen bei Sarahsī: „Wenn jemand weiß, daß ihm zu Unrecht etwas zugesprochen worden ist, so darf er zwar *ẓāhir*^{an}, d. h. auf der Ebene der gerichtsverbindlichen Rechtsbestimmungen, davon Gebrauch machen. Vor seinem inneren Gewissen aber (*bāṭin*^{an}) ist er gehalten,. . .das ihm zugesprochene Recht nicht in Anspruch zu nehmen, weil es ‚vor dem inneren Gewissen nichtig ist'"

[30] Vgl. zum Problem des *ʿilm al-qāḍī* im einzelnen *Kāsānī* VII S. 6 f. Z.30 und *Johansen*, Eigentum, Familie und Obrigkeit im hanafitischen Strafrecht, WI 19 (1979), S. 8 f.

[31] Vgl. *Johansen*, Preuve juridique et vérité religieuse dans le droit islamique hanéfite, SI 72 (1990), S. 11.

[32] Vgl. *Johansen*, a.a.O. S. 12 f.: „La casuistique des présomptions légales remplace les preuves de fait et les examens des témoignages."

[33] Vgl. dazu Kapitel 8.

7. Recht und Religion

Nachdem ich mich bisher vor allem mit dem wirtschaftlichen und prozessualen Hintergrund des islamischen Rechts beschäftigt habe, möchte ich mich nun seiner religiösen Dimension zuwenden. Schon bei dem Abriß der Rechtsentwicklung hat sich gezeigt, daß die Entstehung des islamischen Rechts ganz wesentlich von einer religiös motivierten Sorge um ein gottgefälliges Leben getrieben war. Das Religiöse, das „Islamische" am islamischen Recht ist sein Charakter als eine religiös fundierte Pflichtenordnung. Es ist aber auch „Recht", und beansprucht als solches diesseitige Wirksamkeit. Ich möchte nun der Frage nachgehen, inwieweit es möglich ist, einen im technischen Sinne spezifisch rechtlichen Bereich abzustecken, inwieweit das Recht der Religion gegenüber selbstständig („autonom") und inwieweit es an die Religion gebunden ist. Zumindest in den erhaltenen Rechtswerken von Mālik, Abū Yūsuf und Šaibānī findet sich keine abstrakte, theoretische Auseinandersetzung mit dieser Frage. Dennoch zeigt sich auch bei ihnen immer wieder, daß sie die Frage beschäftigt, wie sich der religiöse Charakter des islamischen Rechts und seine diesseitige Verbindlichkeit als Recht zueinander verhalten. Vor allem möchte ich aber auf Šāfiʿī's Lehre eingehen, in der das zeitgenössische Verständnis des Verhältnisses von Recht und Religion für die spätere Zeit verbindlich formuliert wird.

In letzter Zeit hat sich Johansen mit diesem Thema auseinandergesetzt[1]. Anhand einer Analyse von hanafitischen Rechtswerken der klassischen[2] und späten Zeit kommt er zu dem Ergebnis, daß das Verhältnis der durch den Richter anzuwendenden Rechtsbestimmungen zu den Forderungen von Recht und Moral dem „Verhältnis zwischen zwei semantischen Feldern" entspricht, „die zusammen den Bedeutungsgehalt des islamischen Rechts konstituieren, die aber nicht miteinander identisch sind."[3] Beide Bereiche ergänzen einander, überlappen zum Teil, fallen an manchen Stellen aber auch auseinander. Johansen teilt die von ihm zusammengetragenen Beispiele für eine „Differenzierung zwischen gerichtsverbindlichen Normen einerseits, Ethik und Religion andererseits" in vier Fallgruppen ein[4]: Die erste Gruppe umfaßt Fälle, in denen „die systematischen Zwänge rationaler Konstruktion weitgehend die Gesichtspunkte von Religion und Ethik" verdrängen. Für die in der zweiten Gruppe zusammengefaßten Fälle ist charakteristisch, daß das Jenseits als Instanz dient, „die den absoluten ethischen und religiösen Anspruch wahrt, den im Diesseits die gerichtsverbindlichen Normen nicht erfüllen können." In Fällen

---

[1] *Johansen*, Die sündige, gesunde Amme. Moral und gesetzliche Bestimmung (ḥukm) im islamischen Recht, FS Steppat, 1988, S. 264-282.

[2] Der Begriff „klassisch" ist von *Meron*, The Development of Legal Thought in Hanafi Texts, SI 30 (1969), S. 73-118 und *Chehata*, Etudes S. 20-27 für die hanafitischen Rechtswerke geprägt worden, die zwischen dem 10. und dem 12. Jahrhundert n.C. entstanden; dazu gehören vor allem die Werke Sarahsī's und Kāsānī's.

[3] *Johansen*, a.a.O. S. 265.

[4] *Johansen*, a.a.O. S. 266.

der dritten Gruppe „dienen Moral und Religion dazu, die Personen aufzufordern, die unmoralischen Folgen, die aus den Zwängen rationaler und interessenbezogener Konstruktion der gerichtsverbindlichen Normen entstehen, durch ihre eigene Lebenspraxis zu kompensieren." In die vierte Gruppe ordnet er Fälle ein, in denen „Moral und Religion eine Praxis der Personen (legitimieren), die den von den Gerichten anzuwendenden Rechtsbestimmungen widerspricht."

Obwohl sich im einzelnen einige Überschneidungen mit dieser Systematik ergeben, werde ich einer anderen Einteilung folgen. Das ist schon deshalb erforderlich, weil ich anderes Material verarbeite, als Johansen, nämlich vor allem die frühesten erhaltenen Rechtswerke der verschiedenen Schulen.

7.1. Absolut im Anspruch, relativ in der Praxis

Šāfiʿī läßt keinen Zweifel am religiösen Charakter des Rechts und dem rechtlichen Charakter der Religion[5]:

(Durch den Propheten) rettete er (scil.: Gott) uns vor dem Verderben und er machte uns zu der besten Gemeinde, die jemals für Menschen geschaffen wurde, zu Angehörigen der Religion, mit der er einverstanden ist.[6]

und:

Gott führte die Menschen (durch sein Buch) aus Unglauben und Blindheit zu Licht und Rechtleitung. Er setzte darin auseinander, was er erlaubte und erwies dadurch seinen Geschöpfen Nachsicht; und er zeigte auf, was er verbot, denn er weiß am besten, was sie zu ihrem Glück im Diesseits und Jenseits meiden sollen. Er prüfte ihre Folgsamkeit, indem er sie in Wort und Tat unterwarf und zu Abstinenz von verbotenen Dingen anhielt. Für ihre Folgsamkeit belohnte er sie mit dem ewigen Leben im Paradies und der Rettung vor seiner Vergeltung.[7]

Gott hat den Propheten mit der Offenbarung zur Warnung und Rechtleitung gesandt[8]. Im Koran und durch das Zeugnis seines Propheten legte er den Gläubigen dar, was erlaubt und was verboten ist. Den Menschen kommt demgegenüber nur Gehorsam zu[9].

Gottes Gesetzgebung ist vollständig. Der Koran und die Worte und Taten des Propheten, die in *ḥadīṯen* überliefert sind, bilden ein abgeschlossenes Rechtssystem, das für alles, was einen Muslim berühren kann, eine Antwort bereithält:

Nichts wird einem Anhänger von Gottes Religion passieren, ohne daß er im Koran einen Hinweis auf den Weg der Rechtlegung finden würde.[10]

Nur sind manche Regeln ausdrücklich und direkt erfaßbar, manche müssen erst aus

---

[5] Vgl. *G. Makdisi*, The Juridical Theology of Shāfiʿī, SI 59 (1984), S. 5-47.
[6] *Šāfiʿī*, Risāla S. 16 f.
[7] *Šāfiʿī*, a.a.O. S. 17.
[8] Vgl. *Šāfiʿī*, a.a.O. S. 7.
[9] *Šāfiʿī*, a.a.O. S. 217.
[10] *Šāfiʿī*, a.a.O. S. 20; vgl. *G.Makdisi*, a.a.O. S. 41.

den in den Quellen enthaltenen Hinweisen (*dalāla*) im Wege systematischer Ableitung (*qiyās*) erschlossen werden.[11]

Zu allem, was einem Muslim (in seinem Leben) begegnen kann, gibt es eine bindende Anweisung (*ḥukm lāzim*) oder einen Hinweis (*dalāla*) auf den rechten Weg (*sabīl al-ḥaqq*). Wenn es zu dem konkreten Fall eine eigene Regel gibt, so muß sie befolgt werden; gibt es keine, so muß man einen Hinweis auf den rechten Weg mit *iǧtihād* suchen; und *iǧtihād* ist der Analogieschluß (*qiyās*).

Um diese Ableitung richtig vollziehen zu können, hat Gott den Menschen ihren Verstand gegeben[12]:

Gott hat den Menschen Verstand gegeben und weist ihnen dadurch den Unterschied des Unterschiedlichen und führt sie auf den rechten Weg (*as-sabīl ilā 'l-ḥaqq*) durch ausdrückliche Texte und durch Hinweise (*naṣṣ^an wa dalālat^an*).

Ohne Ableitung, also ohne sich auf die Offenbarung im Koran oder dem Vorbild des Propheten zu beziehen, darf niemand eine juristische Entscheidung fällen:

Nach dem Propheten hat Gott niemandem mehr erlaubt nach etwas anderem zu urteilen als nach einem „Wissen", das vor ihm schon ergangen war (*ᶜilm maḍā qablahū*). Dieses umfaßt den Koran, die *sunna*, den Konsens (*iǧmāᶜ*), Überlieferungen (von anderen früheren Autoritäten *āṯār*) und den Analogieschluß zu diesen Texten (*qiyās*).[13]

Diese strenge Bindung an die überlieferten Quellen ist typisch für Šāfiᶜī, findet sich in dieser Strenge jedoch nicht bei den früheren Juristen. Während für die Medinenser die ideale Praxis der Gemeinde im Mittelpunkt steht, betont Šaibānī schon viel stärker die Bedeutung von Überlieferungen, erreicht darin jedoch nicht die Strenge und Konsequenz Šāfiᶜī's[14].

7.1.1. Rechtfertigung durch Expertise – Das Recht als Spezialistenwissen

Mehrfach betont Šāfiᶜī, daß dieses Rechtssystem nicht nur lückenlos ist, sondern daß es auch keine Widersprüche aufweist. Scheinbare Widersprüche können aufgelöst werden, indem man aus Hinweisen erschließt, daß es sich tatsächlich um Regel-Aus-

---

[11] *Šāfiᶜī*, a.a.O. S. 477. An anderer Stelle beschreibt er die verschiedenen Arten göttlicher Willensäußerung, a.a.O. S. 21 ff.:
-Was er seinen Geschöpfen ausdrücklich in seinem Buch (scil.: dem Koran, *naṣṣ^an*) auseinandergesetzt hat,
- was er in seinem Buch zur Pflicht gemacht hat, in Einzelheiten aber durch seinen Propheten erklären ließ,
- was nicht ausdrücklich in seinem Buch geschrieben ist, wofür aber der Prophet ein normatives Vorbild gesetzt hat; denn Gott hat im Koran befohlen, dem Propheten zu gehorchen und nach Präzendenzien zu suchen. Wer etwas aufgrund der Autorität des Propheten akzeptiert, akzeptiert eine letztlich von Gott auferlegte Bestimmung,
- was Gott seinen Geschöpfen auferlegt hat, durch eigene Entscheidungen (*iǧtihād*) zu suchen und wodurch er ihren Gehorsam ebenso einer Prüfung aussetzt wie in den Fällen der ausdrücklich festgelegten Bestimmungen.

[12] *Šāfiᶜī*, a.a.O. S. 501.

[13] *Šāfiᶜī*, a.a.O. S. 508; Vgl. auch a.a.O. S. 503 ff. und S. 25: „Niemandem außer dem Propheten steht es zu, eine Entscheidung ohne Ableitung zu fällen. . .niemand soll nach seinem *istiḥsān* entscheiden, denn so erfindet er selbst etwas, ohne sich auf eine frühere Parallele zu beziehen."

[14] S. o. Kapitel 5.

nahme Verhältnisse handelt, oder daß eine frühere durch eine spätere Regel abrogiert wurde[15]. Šāfiʿī sieht das islamische Recht als ein System an, das einen abgeschlossenen Himmel aller potentiellen Lösungen bereithält. Allerdings muß auch er anerkennen, daß an diesem Himmel manche Sterne heller leuchten als andere. Šāfiʿī teilt nämlich die Rechtskenntnis in zwei Kategorien ein[16]: Auf der einen Seite steht das, was jeder verständige Volljährige wissen muß, die Grundpflichten und die Art ihrer Verrichtung (z. B. Gebet, Fasten, Pilgerfahrt, Almosensteuer etc.) und die wichtigsten Verbote (z. B. Wucher, Unzucht, Mord, Diebstahl, Wein). Dieses Wissen kann man entweder aus dem Koran unmittelbar ablesen oder es ist seit Generationen allgemein und unwidersprochen vom Propheten in *ḥadīṯen* so überliefert worden. Es ist in Überlieferung und Interpretation über jeden Zweifel erhaben und jeder muß sich daran halten.

Auf der anderen Seite steht das Spezialwissen, das nicht so unmittelbar aus den Primärquellen Koran und einer unwidersprochenen Prophetentradition (*sunna*) ablesbar ist, sondern das mit den gegebenen Hilfsmitteln daraus abgeleitet werden muß. Es reicht, wenn nur einige dieses Wissen haben[17]. In diesem nicht unmittelbar zugänglichen Bereich, in dem das Recht durch Ableitung (*iǧtihād*) gewonnen werden muß, sind nur Spezialisten (*ahl al-ʿilm*) zur Entscheidung berufen. Das ist für Šāfiʿī die Konsequenz aus seiner strengen Anbindung des Rechts an die überlieferten Primärquellen. Nur die Spezialisten kennen die autoritativen Texte und nur sie verstehen ihre Bedeutung, so daß sie mittels eines Analogieschlusses (*qiyas*) auch nicht geregelte Fälle erfassen können. Ihr Urteil ist näher an der Wahrheit als das eines Ungebildeten, der womöglich nicht einmal den Koran, geschweige denn alle einschlägigen *ḥadīṯe* kennt[18]. Ebenso wie man einen Juristen, der sich mit den Marktpreisen nicht auskennt, nicht schätzen lassen soll, was man mit einem Dirham kaufen kann, weil es wahrscheinlich ist, daß er falsch liegt, ebenso soll auch ein Laie, der Gottes Gebote nicht im einzelnen kennt, nicht juristische Entscheidungen fällen:

> Wenn es sich so schon bei relativ geringwertigen Dingen verhält, wo allenfalls ein kleiner Fehler droht, dann darf man erst recht nicht in Gottes Verboten und Erlaubnissen nach Willkür und Gutdünken (*bi 't-taʿassuf wa 'l-istiḥsān*) entscheiden.[19]

Die Trennung zwischen notwendigem Allgemeinwissen und reinem Spezialistenwissen findet sich auch schon bei Šaibanī[20], allerdings hat sie dort noch einen etwas anderen Ausgangspunkt; nicht die Garantie möglichst „richtiger" Entscheidungen durch Expertise steht im Vordergrund, vielmehr betont Šaibanī das Moment der Arbeitsteilung: Es ist Gottes Wille, daß die *šarīʿa* unter den Menschen bis zum Tag

---

15 Z.B. *Šāfiʿī*, a.a.O. S. 145 f., S. 210 ff.
16 *Šāfiʿī*, a.a.O. S. 357 ff., 478 ff.
17 *Šāfiʿī*, a.a.O. S. 360 ff. erklärt dieses Wissen zur *farḍ kifāya* und zieht eine Parallele zum *ǧihād*; es reicht, wenn nur einige, dazu befähigte Muslime diese Pflicht erfüllen. Die anderen sind dann durch deren Handeln von dieser Pflicht befreit.
18 *Šāfiʿī*, a.a.O. S. 504, 506 ff.
19 *Šāfiʿī*, a.a.O. S. 507, vgl. auch a.a.O. S. 506 f., 511.
20 *Šaibānī*, Kasb S. 38 ff.

der Auferstehung in Kraft bleibe. Das ist nur durch Lernen und Lehren gewährleistet, daher ist beides für alle Pflicht. So versteht Šaibanī das *ḥadīṯ*

Wissen zu erwerben (*ṭalab al-ᶜilm*) ist die Pflicht eines jeden Muslims.

Nun kann aber nicht jedermann verpflichtet sein, die ganze *šarīᶜa* zu kennen; gemeint sei vielmehr das „Situationswissen" (*ᶜilm al-ḥāl*): Jeder ist persönlich (*ᶜainᵃⁿ*) verpflichtet, das Wissen zu haben, das es ihm erlaubt, in seiner konkreten Situation (*ḥāl*) die Gebote Gottes zu erfüllen; er muß die Reinheitsgebote kennen, um das Gebet verrichten zu können; wenn er Handel treibt, muß er wissen, wie er den Wucher (*ribā*) und ungültige Verträge (*al-ᶜuqūd al-fāsida*) vermeidet; wenn er Eigentum (*māl*) hat, so muß er die Almosensteuer (*zakāh*) für die jeweilige Art seines Eigentums kennen und so weiter.

Lehre, Wissenvermittlung, bedeutet, zum Guten zu rufen und vom Bösen abzuraten (*al-ᶜamal bi'l-maᶜrūf wa 'n-nahy ᶜan al-munkar*); dazu ist die Gemeinde (*umma*) zwar insgesamt verpflichtet. Šaibānī lehnt jedoch die Meinung ab, die verlangt, daß jeder, der eine oder zwei Regeln gelernt hat, verpflichtet sei, sie denjenigen auseinanderzusetzen, die sie nicht kennen. Nach Meinung der Mehrheit der Rechtsgelehrten, denen Šaibānī sich verbunden fühlt, ist das die Aufgabe und Pflicht derjenigen, die sich im Wissen hervorgetan haben und auf deren Wort sich die Menschen verlassen. Den Gelehrten (*ᶜulama'*) ist also die Pflicht delegiert, den Menschen den Weg des Rechts (*ṭarīq al-fiqh*) zu weisen. Die Gelehrten sind in jeder Zeit die Stellvertreter des Propheten (*ḫulafā' ar-rasūl*). Der Prophet sagte: „die Gelehrten sind die Erben des Propheten."[21] Als der Prophet noch lebte, war er derjenige, der den Menschen erklärte, was sie in Angelegenheiten ihrer Religion benötigten, und während dieser Zeit, war niemand anders dazu verpflichtet. So ist es zu jeder Zeit und an jedem Ort: Nur wer für sein Wissen bekannt ist, ist verpflichtet, es weiterzugeben, nicht andere; denn die Menschen verlassen sich gewöhnlich auf das Wort eines ausgewiesenen Experten, und nur selten auf das Wort eines Laien. Und manche würden wohl das geringschätzen, was sie von jemandem hören, der nicht für sein Wissen bekannt ist. Daher obliegt es nur den anerkannten Gelehrten, das Wissen weiterzugeben.

Daß das Recht in seiner Gesamtheit Sache von Spezialisten sei, war Gemeingut der alten Schulen. Auch Mālik spricht in seiner *Muwaṭṭa'* immer wieder von der Meinung „unserer Rechtsgelehrten".

7.1.2. Das Recht als Bereich „relativer Wahrheit"

Doch zurück zum System Šāfiᶜī's. Nur die Rechtsgelehrten sind also verpflichtet, das Wissen zu ermitteln, wo es nicht offenkundig ist. Doch hier kann es zu Uneinigkeiten und Zweifel kommen[22]. In diesem Bereich zeigt sich nämlich, daß das menschli-

---

[21] *Šaibānī*, a.a.O. S. 40.

[22] Das war ohnehin das Bild, das die zeitgenössische Rechtswissenschaft bot; Ibn al-Muqaffaᶜ beklagte in seinem „Ratgeber" an den Kalifen die willkürlich erscheinende Uneinheitlichkeit der juristischen Entscheidungen, vor allem der Urteile, sogar innerhalb derselben Stadt, vgl. *Ibn al-Muqaffaᶜ*, Risāla fī 'ṣ-ṣahāba, S. 41 ff., und empfahl dem Kalifen, das Recht zu vereinheitlichen a.a.O. S. 43 ff., ein Rat, der jedoch beim Kalifen kein Gehör fand. Šāfiᶜī bemüht sich hier offenbar, das tatsächliche Erscheinungsbild der Rechtswissenschaft und die Unabhängigkeit der einzelnen Rechtsgelehrten zu legitimieren.

che Erkenntnisvermögen begrenzt ist. Šāfiʿī führt dafür den Begriff „äußerlich richtig" (*ḥaqq fī 'ẓ-ẓāhir*)[23] ein, und stellt ihn dem Wissen gegenüber, das nicht nur äußerlich sondern auch tatsächlich wahr, bzw. richtig ist (*iḥāta fī 'ẓ-ẓāhir wa 'l-bāṭin*) und das mit dem Bereich absoluter Wahrheit zusammenfällt, in dem die Regeln gesichert und klar für jeden erkennbar sind[24]. Die Rechtsspezialisten müssen in den Bereichen, wo es keine eindeutige Regelung gibt, die Lösung mittels des Analogieschlusses (*qiyas*) suchen. Was sie durch pflichtgemäße Anstrengung herausgefunden haben, ist dann nicht die „absolute Wahrheit"; andere Juristen können durch pflichtgemäße Anstrengung zu einem anderen Ergebnis kommen. Für jeden, der sich um die richtige Ableitung bemüht hat, ist das Ergebnis „richtig" und er handelt pflichtgemäß, wenn er sich daran hält und dementsprechend entscheidet[25]. Charakteristisch ist das *ḥadīṯ*, das Šāfiʿī in diesem Zusammenhang anführt[26]:

> Wenn ein (Schieds-)Richter (*ḥākim*) durch eigene Überlegung (*iǧtihād*) die richtige Entscheidung fällt, so wird er (im Jenseits) doppelt belohnt, irrt er, so wird er nur einfach belohnt.

Die menschliche Fähigkeit, das Recht zu erkennen, ist ebenso begrenzt wie sein Vermögen, die entscheidungserheblichen Tatsachen zu ermitteln. Šāfiʿī verdeutlicht die Relativität der menschlichen und insbesondere der richterlichen Erkenntnis an einem Beispiel: Einen Muslim müssen und dürfen wir als solchen behandeln, wir dürfen ihn heiraten und erben lassen und sein Leben ist nach dem, was wir von ihm wissen, unangreifbar, selbst wenn er tatsächlich im Inneren ungläubig ist. Wenn jedoch andere wissen, daß er tatsächlich ein Ungläubiger ist, so dürfen sie ihn töten, dürfen ihn nicht heiraten und erben lassen etc. Sowohl wir als auch die anderen handeln pflichtgemäß. So kann sich also die Pflicht gegenüber einunddersel ben Person je nach dem Grad des Wissens unterscheiden[27].

Hier verläßt Šāfiʿī den religiösen Bereich absoluter Wahrheit und kommt in den rechtlichen, in dem man sich mit einer „äußerlichen Wahrheit" begnügen muß. Die Relativität der abgeleiteten Rechtsfindung setzt sich fort in der Unmöglichkeit, im tatsächlichen Bereich die Gewißheit der Wahrheit zu haben. Woher soll man wissen, ob die Zeugen lügen? Es ist ein Kennzeichen des Rechts, daß es mit einer formellen Wahrheit arbeitet. Besonders deutlich wird das im Prozeß. Um ein Urteil fällen zu können, muß der zugrunde liegende Sachverhalt ermittelt werden. Das ist niemals vollständig möglich. Schwierig ist es vor allem da, wo eine Aussage über die inneren Verhältnisse der handelnden Personen getroffen werden sollen (Motive, Absichten, böser Wille etc.). Jedes Rechtssystem schafft sich einen anerkannten Satz von Mit-

---

[23] Vgl. *Šāfiʿī*, a.a.O. S. 479.
[24] *Šāfiʿī*, a.a.O. 478 ff.
[25] Vgl. auch *Šāfiʿī*, a.a.O S. 487 ff. Auch die richterliche Tätigkeit wird als Erfüllung einer Pflicht gegenüber Gott gewertet. Das ist eine Einstellung, die sich durch das gesamte islamische Recht hindurchzieht. Das Recht ist primär ein System von Pflichten des einzelnen Gläubigen gegenüber seinem Gott. Erst sekundär betreffen sie auch das Zusammenleben der Menschen.
[26] *Šāfiʿī*, a.a.O. S. 494.
[27] *Šāfiʿī*, a.a.O. S. 482 f., weitere Beispiele S. 487 ff., insbes. S. 493: Wenn es um die Ermittlung und Bewertung der Rechtschaffenheit von Zeugen geht, so können zwei Richter bei pflichtgemäßer Ermittlung und Entscheidung zu entgegengesetzten Ergebnissen kommen; doch hat jeder von ihnen seine Pflicht erfüllt.

teln, mit denen entscheidungsrelevante Anhaltspunkte rekonstruiert werden können (Zeugen, Anerkenntnis, Eid etc.), die fortan für das Recht als wahr gelten. Šāfiʿī beschreibt, wie er einen Prozeß entscheidet[28]: Wenn der Beklagte anerkennt, daß er gegenüber Gott oder gegenüber einem anderen Menschen verpflichtet ist, so entscheidet Šāfiʿī zu seinen Lasten. Tut der Beklagte das nicht, so hält er sich an die Aussage zweier Zeugen. Sind keine Zeugen verfügbar, so legt Šāfiʿī dem Beklagten einen Eid auf. Verweigert er den, so muß sein Gegner schwören. Šāfiʿī weiß, daß diese Hilfsmittel nicht alle gleich zuverlässig sind und daß immer ein Zweifel bleibt. Das Anerkenntnis des Beklagten ist, angesichts des menschlichen Eigennutzes immer noch „wahrer gegen ihn" (*aṣdaq ʿalaihī*), als die Aussage zweier Zeugen, die sich irren oder lügen können. Die Zeugenaussage aber ist immer noch näher an der Wahrheit (*aqrab ilā 'ṣ-ṣidq*) als das, was man aus der Eidverweigerung des Klägers oder dem Eid seines Gegners schließt, der möglicherweise einen schlechten Charakter hat. Man muß sich mit dem jeweils verfügbaren Grad an Wahrheit begnügen. Zu mehr ist man vor Gott nicht verpflichtet. Nur Gott weiß alles und die Menschen wissen nur, was er sie wissen läßt. Der Prozeß ist also ein Instrument formaler Wahrheitsfindung. Im islamischen Recht ist dieser Formalcharakter wie wir sahen besonders ausgeprägt.

Damit hat Šāfiʿī den Bereich des Rechts abgetrennt, hat ihm die Absolutheit der Religion genommen und ihn Spezialisten anvertraut, die mit vorgegebenen Instrumenten „relativ wahre" Entscheidungen fällen. Dennoch erhebt Šāfiʿī stärker als die anderen Juristen den Anspruch, daß jede Entscheidung auf die religiösen Primärquellen bezogen sein müsse. Für persönliche Meinungen ist kein Platz. Das hält er auch den Irakern in seinen Polemiken immer wieder entgegen.

7.1.3. Die „Natur" des Rechts

Das Recht ist nach Šāfiʿī also grundsätzlich universal und allumfassend; jede Situation hat ihre rechtliche Regelung. Da jedoch der Mensch das Recht mit seinen begrenzten Erkenntnismöglichkeiten nicht unmittelbar und in seiner Gesamtheit erfassen kann, ergibt sich eine Unterteilung: Einem unmittelbar einsichtigen „absoluten" Bereich steht ein „relativer" Bereich gegenüber, in dem Kenntnis nur durch Ableitung gewonnen werden kann.

Das Recht ist auch grundsätzlich abgeschlossen und unveränderlich, es kommen keine neuen Regeln mehr hinzu. Im „relativen" Bereich abgeleiteter Rechtskenntnis kann es allerdings kraft besseren Wissens zu Veränderungen kommen, die jedoch nur den Charakter von Korrekturen haben. Auch für neue, bisher unbekannte Situationen hat das Recht schon Regelungen bereit, die dann in der konkreten Ableitung erst „entdeckt" werden.

Vom Ausgangspunkt her ist das Recht nicht rational, da es sich auf eine nicht hinterfragbare göttliche Offenbarung beruft[29]. In der Ableitung allerdings, dem

---

[28] *Šāfiʿī*, a.a.O. S. 483, vgl. auch S. 600.

[29] Vgl. *Snouck Hurgronje*, Verspreide Geschriften, Deel 2, 1923, S. 142: „De Wet is *taʿabbuddī* (im Original in arabischer Schrift), de mensch heeft haar, met al hare tegenstrijdigheden en zonderlinge bepalingen, zonder critiek als onnaspeurlijke wijsheid aan te nemen."

„relativen" Bereich, folgt die Rechtsfindung durchaus rationalen Kriterien. Damit der Mensch diese Ableitungen vornehmen kann, hat Gott ihm den Verstand gegeben, der diesen Bereich regiert.

Schließlich stellt sich die Frage, ob das Recht kritisierbar ist, ja ob es überhaupt hinterfragt werden kann. Das vorgegebene Rechtsmaterial jedenfalls ist gottgegeben und ohne wenn und aber zu akzeptieren[30]. Kritisierbar ist die Ableitung, Kriterium ist die Nähe zu den offenbarten Rechtsquellen[31].

7.1.4. Gerechtigkeit?

Die Frage nach dem Kriterium einer etwaigen Kritik führt uns weiter zu der Frage, ob das islamische Recht sich auf eine eigene Gerechtigkeitsidee bezieht. Gerechtigkeit war kein Thema für die islamischen Juristen, die sich letztlich durchsetzten[32]. Ihr Recht war gottgegeben oder zumindest auf Gott bezogen, es brauchte keine weitere Rechtfertigung mehr[33]. Die arabischen Worte, die einen Gehalt tragen, der unserem Worte Gerechtigkeit nahekommt (vor allem *ᶜadl* und die Ableitung *ᶜadāla*, aber auch *qisṭ* und *ḥaqq*) werden in diesem Sinne schon im Koran an vielen Stellen verwendet. Im Koran ist Gerechtigkeit ein wichtiger Begriff. Es gab auch Strömungen, für die die Idee einer göttlichen Gerechtigkeit durchaus von zentraler Bedeutung war; die *Muᶜtazila*[34] etwa, die *Šīᶜa* oder auch für den hanbalitischen Reformer Ibn Taimīya (st.1328 n.C.)[35].

Für die Juristen, auf die ich mich konzentriert habe, sind diese Begriffe ohne Bedeutung[36]. Bezeichnend ist, wie begrenzt die Aussagekraft von *ᶜadl* bzw. dem

---

[30] Vgl. *Šāfiᶜī* VII S. 21 (Rand) und S. 87: „Gott gebührt Unterwerfung und die Geschöpfe sind an seinen durch die Zunge des Propheten übermittelten Willen gebunden. Niemandem steht es zu, ein „warum" oder „wie" hineinzubringen oder persönliche Meinung (*ra'y*) über eine Nachricht vom Propheten."

[31] *Muzanī*, Muḫtaṣar (am Rande von *Šāfiᶜī* I) S. 1 berichtet, Šāfiᶜī habe seine Schüler aufgefordert, seine Lehre zu verwerfen, sobald sie eine Überlieferung vom Propheten entdeckten, die Šāfiᶜī nicht gekannt und unwissentlich mißachtet hatte; vgl. auch oben Kapitel 5.

[32] Vgl. *Tyan*, Art. „ᶜADL", in EI², Vol.I, S. 209: „The idea of material justice plays hardly any part in the theory of religious law" und *G. Makdisi*, The Juridical Theology of Shafiᶜī, SI 59 (1984), S. 43: „Law is command and prohibition, *God's* commands and prohibitions. . .In such a system there is no room for the concept of natural law. In Islamic law, obligation does not inhere in the nature of things and ultimately in God who determines that nature . Obligation is based directly on his revealed law. The job of jurisprudence consists in supplying the methodology to bring out clearly all that man needs to know of his obligation toward God. . .and those toward his fellow man". Ähnlich *Chehata*, Etudes de philosophie musulman du droit II, SI 25 (1966), S. 125 und *J. Makdisi*, Legal Logic and Equity in Islamic Law, AJCL 33 (1985), S. 67.

[33] Vgl. *Rahbar*, God of Justice, 1960, S. 224: „In the Qur'an the. . .central notion is God's strict justice. And so on fear of God's strict justice of the judgement day depends the fulfilling of the law and the whole moral value of the Qur'anic duty."

[34] Vor allem auf sie stützt sich *Khadduri*, The Islamic Conception of Justice, 1984.

[35] *Laoust*, Essai S. 455 f.

[36] Anderen Gebieten der Wissenschaft, wie etwa der Theologie, war die Frage nach der Gerechtigkeit und eine „naturrechtliche" Strömung nicht fremd. Interessant ist auch eine Äußerung des Nichtjuristen *Ibn al-Muqaffaᶜ*, Risāla fī 'ṣ-ṣaḥāba S. 45: Wenn zu einer Überlieferung verschiedene Interpretationen vertreten werden, so solle man sich an die Gruppe halten, die vertrauenswürdiger und der Gerechtigkeit näher (*ašbaḥ al-amrain bi 'l-ᶜadl*) ist. Hier taucht der Gerechtigkeitsbegriff als

Abstraktum *ʿadāla* im Recht ist. Der Begriff bezeichnet nur die notwendige Eigenschaft von Zeugen: *ʿadl* bedeutet in diesem Zusammenhang, daß sich die Person im großen und ganzen den Geboten Gottes gemäß verhalten hat[37], hat also die Bedeutung von „Rechtschaffenheit", nicht die von Gerechtigkeit.

So hat die Idee der Gerechtigkeit als Korrektiv im islamischen Recht, so wie es uns aus den hier behandelten Quellen entgegentritt, keinen Platz. Im „Absoluten" gibt es kein Kriterium des „richtigen Rechts".

7.2 Motive und Absichten – die Ausgrenzung des forum internum

Doch zurück zum Problem der Erkenntnis bestimmter Fakten. Šāfiʿī zog daraus die Konsequenz, daß man sich im Diesseits, also vor allem bei der richterlichen Entscheidung eines Prozesses, mit der Erfüllung bestimmter Regeln begnügen könne und nicht nach der letzten Wahrheit forschen müsse. Besonders deutlich wird dieser Grundsatz bei der Frage, ob bei der Bewertung rechtlichen Handelns, insbesondere bei der rechtlichen Beurteilung von Verträgen, die Motive und Absichten der Parteien mit in die Bewertung einzubeziehen sind. In dieser Frage stehen die Hanafiten und Šāfiʿī gegen die Medinenser.

Beginnen wir mit Stellen vor allem aus dem polemischen Buch Šaibānī's gegen die Medinenser, in denen im Kontrast die unterschiedlichen Auffassungen der Iraker und der Medinenser deutlich werden[38]. Im einzelnen werden wir auf die meisten dieser Stellen noch zurückkommen, deshalb soll hier eine kurze Zusammenfassung genügen.

Die Medinenser beziehen die Motive der Parteien in die rechtliche Wertung ein, um zu verhindern, daß die religiös untermauerten Schranken formal unangreifbar aber dennoch offensichtlich umgangen werden[39]. Sie verbieten formal einwandfreie Transaktionen mit dem Argument, diese dienten dazu, rechtliche Verbote wie das Wucherverbot zu umgehen und müßten daher als Umgehungsgeschäfte gleichfalls verboten sein. Ohne also bei dem äußeren Erscheinungsbild der Transaktion ansetzen zu können, berufen sie sich auf die dahinter vermutete Absicht, „Verbotenes erlaubt zu machen."

Die Hanafiten hingegen orientieren sich bei der rechtlichen Würdigung von Vereinbarungen ausschließlich am äußeren Erscheinungsbild: Grundsätzlich sollte man davon ausgehen, daß das Handeln der Menschen gesetzmäßig ist, solange nicht offensichtliche Beweise für das Gegenteil vorliegen. Voreilige Verbote sind ein Zei-

---

Abstraktum auf, wird jedoch nicht näher definiert. Möglicherweise stimmt er mit dem Kriterium überein, daß Ibn al-Muqaffaʿ allgemein für die „Richtigkeit" juristischer Entscheidungen gibt: „man sucht nicht den *qiyās* an sich (als Selbstzweck) sondern was gut und anerkannt ist (*maḥasin al-umūr wa maʿrūfahā*) und was das Recht demjenigen zuteilt, dem es zukommt (*ma alḥaqa 'l-ḥaqq bi ahlihā*)". Dann würde die Gerechtigkeit primär darin bestehen, unparteiisch die zugeteilten Rechte der Menschen zu schützen.

[37] *Šāfiʿī*, Risāla S. 25, 378, 381 f., 390, 461, 478, 493; *Tyan*, a.a.O.; vgl. auch oben Kapitel 6.

[38] Vgl. *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 543, S. 584 ff. (vgl. dazu *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 638 ff.), S. 590 ff. (vgl. dazu *Mālik*, a.a.O. S. 644), S. 608, S. 694, S. 750.

[39] Vgl. dazu auch *Laoust*, Essai S. 229.

chen von Willkür[40]. Nur was Vertragsinhalt geworden ist, sollte Basis der rechtlichen Würdigung sein[41]. Bloße Vermutungen oder Befürchtungen böser Absichten könnten es nicht rechtfertigen, weithin praktizierten Verträgen die rechtliche Wirksamkeit zu versagen[42]. Vermutungen können falsch sein und Schaden anrichten[43]. Mit einer solchen Ausdehnung der Nichtigkeitsgründe würde man das Geschäftsleben übermäßig behindern und eine Vielzahl völlig gebräuchlicher und häufig vorkommender Geschäfte verbieten[44]. Wenn man nun aber partout die Absichten der Vertragsschließenden bewerten wolle, so sollte man sehen, daß sie keinen Anlaß zu Tadel bieten. Denn dadurch daß die Parteien der angegriffenen Verträge sich bemühen, ihre Geschäfte durch gewisse Zugeständnisse im Rahmen des Erlaubten zu halten, zeigten sie, daß sie gerade nicht gegen ein Verbot verstoßen wollten[45]. Durch ihr Verhalten stellen sie den Anspruch der *Šarīʿa* auf Unverletzlichkeit nicht in Frage.

Daß sich die rechtliche Würdigung auf das äußere Erscheinungsbild beschränken müsse, war auch die Meinung Šāfiʿī's. Schon im Zusammenhang des Kaufrechts[46] nennt er als ein Prinzip (*aṣl*) seines Vertragsrechtes, daß er einen Vertrag, der äußerlich allen rechtlichen Anforderungen entspricht (*ṣaḥīḥ*), weder aus Argwohn noch wegen eines üblicherweise damit verbundenen Zweckes (*ʿāda*) für nichtig erklärt, sondern ihn wegen der Unangreifbarkeit des äußeren Erscheinungsbildes als wirksam anerkennt. Eine eventuell dahinterstehende Absicht (*nīya*), die als Gegenstand einer rechtlichen Vereinbarung den Vertrag nichtig machen würde, mißbilligt er, doch beeinflußt die Mißbilligung die rechtliche Wirksamkeit des Vertrages nicht. Dann ist es auch konsequent, wenn Šāfiʿī es für rechtlich unerheblich hält, ob der Verkäufer einer Sache, die mit einem verborgenen Mangel behaftet ist, den Mangel kannte oder nicht. Kannte er ihn, verschwieg ihn dem Käufer aber dennoch, so ist er zwar vor Gott ein Sünder (*āṯim*), rechtlich ist er aber dadurch keinen weitergehenden Sanktionen ausgesetzt[47].

---

[40] Vgl. die Polemik von *Šaibānī* gegen die Medinenser in Ḥuǧǧa II S. 563 und S. 746; dazu vgl. schon oben Kapitel 5.

[41] Typisch ist dafür die Redewendung: „das ist zulässig, sofern es nicht aufgrund einer Vereinbarung zwischen ihnen geschieht", z. B. in *Ḫaṣṣāf* S. 4 Nr.2-7, ähnlich auch in *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 609 f., S. 611 f.; *ders.*, Muwaṭṭaʿ S. 293 Nr.826 ff.; etwas abgeschwächt in diesem Fall auch bei *Mālik*, Muwaṭṭaʿ II S. 680 f.

[42] *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 585, 595.

[43] *Šaibānī*, a.a.O. S. 696.

[44] *Šaibānī*, a.a.O. S. 609 f.

[45] *Šaibānī*, a.a.O. S. 585: *innamā farra 'l-qaum min al-ḥarām wa arādū 'd-duḫūl fī 'l-ḥalāl* und S. 586 f. Interessant ist, daß mit ganz ähnlicher Argumentation John Gerson (1369-1429) in seinem Werk de contractibus das nach kanonischem Wucherrecht ebenfalls verdächtige Geschäft des *census* rechtfertigt, vgl. *Noonan*, The Scholastic Analysis of Usury, 1957, S. 158 f. Der *census* sei nicht deshalb verboten, weil er von der Ratio des Wucherverbotes erfaßt werde. Der gute Wille des Käufers gebe den Ausschlag. Manche Geschäfte seien nämlich verboten, andere, die die gleiche Wirkung haben, hingegen nicht. Deshalb zähle für das Recht nur die gute Absicht, einen erlaubten Vertrag abzuschließen. „When something is prohibited to be done in one way, one does not conclude that it is prohibited in another way, unless the deed itself is prohibited and not merely the way."

[46] *Šāfiʿī* III S. 65.

[47] *Šāfiʿī* VII S. 89 Z.9.

Diesen Standpunkt stellt Šāfiʿī in einem geradezu programmatischen Text[48] in einen größeren Zusammenhang und erhebt ihn zum Prinzip. Dieses Prinzip hat für ihn einen religiösen Ausgangspunkt. Der Koran und die *sunna* des Propheten sollen die Menschen zu ihrem Wohle rechtleiten, sie zu befolgen ist für alle Pflicht. Aber nur Gott kennt das Innenleben, die Gedanken der Menschen und er kann sie dementsprechend belohnen und bestrafen. Deshalb kann er die „Heuchler" (*al-munāfiqūn*) beurteilen, die sich nur äußerlich zum Islam bekennen, und er wird sie im Jenseits schwer bestrafen. Im Diesseits sind sie aber entsprechend ihrem äußeren Auftreten als Gläubige zu behandeln. Er hat seinem Propheten befohlen, ihr Blut und ihr Gut zu schonen, ebenso wie das der Beduinen, denen der Glaube noch nicht ins Herz gedrungen ist. Nur Gott darf über sie richten, nicht seine Propheten oder die Richter der Menschen.

Die gleiche Aussage findet sich in einer Rede, die von dem Kalifen ʿUmar überliefert wird[49]:

Ihr Menschen, ich dachte lange Zeit, daß wer den Koran rezitierte, damit Gott anstrebte und was bei ihm ist. Doch schließlich kam mir der Gedanke, daß manche ihn nur deshalb rezitierten, weil es ihnen dabei um die diesseitige Welt und um die Menschen ging. Ihr sollt Gott jedoch in euren Werken und in eurem Rezitieren anstreben. Wir erkannten euch, als die Offenbarung herabkam und als der Prophet unter uns war und als Gott uns eure Nachrichten überbrachte; doch die Offenbarung ist beendet und der Prophet ist von uns gegangen. Nun erkennen wir euch nur noch an dem folgenden: Von wem wir etwas Gutes sehen, denken wir gut und lieben ihn dafür, und von wem wir etwas Schlechtes sehen, denken wir schlecht und hassen ihn dafür. Eure innersten Geheimnisse gehen nur euch und euren Herrn etwas an (*sarā'irukum fimā bainakum wa baina rabbikum*). Ich schicke meine Gouverneure nur zu euch, um euch eure Religion (*dīnakum*) und euer richtiges Handeln (*sunanakum*) zu lehren. Ich habe sie nicht zu euch gesandt, damit sie euch unterdrücken oder euch euer Vermögen nehmen. Wem so etwas geschieht, der soll es mir melden, und, bei Gott, ich werde für ihn (an dem Übeltäter) Vergeltung üben!. . .Schlagt und unterjocht die Muslime nicht, verwehrt ihnen nicht ihre Rechte und beschuldigt sie nicht des Unglaubens, beschimpft sie nicht und spaltet sie nicht, laßt nicht Mangel auf sie herabkommen und sie zugrundegehen!

Dieser Standpunkt stimmt mit der Auffassung der theologischen Strömung der *Murǧi'a*[50] überein. Sie entstand im Gefolge von Streitigkeiten, die im ersten islamischen Jahrhundert die islamische Welt erschütterten. Zentral war die Frage, wodurch sich die Mitgliedschaft zur Gemeinde manifestiert. Die Frage aufzuwerfen, war im ersten Jahrhundert schon ein Zeichen politischer Opposition. Schon in der frühen Abbasidenzeit hatte sie jedoch an politischer Sprengkraft verloren, Abgrenzung war weniger wichtig, „jetzt dachte man über alle Muslime"[51]. Nach Meinung der *Murǧi'a* ist die innere Überzeugung der Muslime, ihr Glauben, der menschlichen Beurteilung nicht zugänglich; ein Urteil darüber steht nur Gott zu. Ein Mensch gehört allein durch sein Glaubensbekenntnis zur Gemeinde der Muslime und hat

---

[48] *Šāfiʿī* VII S. 267-270. Im Druck erscheint der Text unter der Überschrift Kitāb ibṭāl al-istiḥsān, es scheint sich aber um das Kitāb al-ḥukm bi 'ẓ-ẓāhir zu handeln, das der Fihrist (210) unter Šāfiʿī's Schriften erwähnt, vgl. *Schacht*, Origins S. 125 Anm.6.

[49] *Ibn ʿAbd al-Ḥakam*, Futūḥ miṣr, ed. Torrey, Yale Oriental Series Researches, III, 1922, S. 167 ab Z.5.

[50] Zur Murǧi'a vgl. *van Ess* I S. 153 ff.; *Watt*, Islam II S. 116 ff.; *Madelung*, Art. „MURDJI'A", in EI², Vol.VII, S. 605-607.

[51] Vgl. *van Ess* I S. 184.

Anspruch auf den Schutz seines Lebens und seines Eigentums[52]. Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang nun, daß Abū Ḥanīfa und seine Anhängerschaft führende Vertreter *murǧi'itischer* Überzeugungen waren[53]. Es ist daher nur natürlich, daß die *murǧi'itische* Kernaussage, daß die inneren Motive und Überzeugungen der Menschen im Diesseits nicht gemessen und beurteilt werden können, daß vielmehr ein Urteil darüber allein Gott zusteht, sich auf die rechtliche Beurteilung menschlicher Handlungen auswirkte. Außerdem kommt diese Haltung der juristischen Sichtweise sehr entgegen: Die Grenzziehung ist scharf und formal; die Bestimmung der dem Recht Unterworfenen und vom Recht Geschützten ist eindeutig; die rechtliche Bewertung kann sich auf faßbare Anhaltspunkte stützen.

Auch Šāfiʿī ist also die theologische Komponente dieser Frage bewußt. Nach der religiösen Grundlegung wendet er sich dann dem Recht zu: Die Strafe beim Ehebruch könne nach Gottes Gebot nur gestützt auf Zeugenaussagen, also klare Beweise, verhängt werden. Nur Gott kennt das Verborgene, die Menschen sollen darüber nicht mit Vermutungen (*ẓann*) oder Indizien (*dalāla*) urteilen. Die Richter dürfen also über jemanden nur nach dem Besten dessen urteilen, was äußerlich sichtbar ist und nach dem Leichtesten für den zu Beurteilenden, selbst, wenn sie mit oder ohne Indizien (*dalāla*) etwas anderes argwöhnen. Wer sich von diesem Argwohn leiten läßt und gegen das „Äußere" entscheidet, handelt gegen Koran und *sunna*.

All das zeige, daß ein Vertrag (*ʿaqd*) nur wegen eines in ihm selbst liegenden Grundes für nichtig erklärt werden könne, nicht wegen etwas, das zeitlich vor oder nach ihm liegt und auch nicht wegen bloßer Vermutungen (*tawahhum*) oder Wahrscheinlichkeitsurteile (*aġlab*). Kaufverträge sollte man also nicht schon deshalb für nichtig erklären, weil man darin ein Umgehungsgeschäft (*darīʿa*) oder eine böse Absicht (*nīyat sū'*) vermute. Damit greift Šāfiʿī die Kontroverse zwischen Irakern und Medinensern (s.o.) auf, ohne sich allerdings ausdrücklich auf sie zu beziehen.

Zur Illustration führt Šafiʿī schließlich noch einige Beispiele an: So ist es erlaubt, einen Kaufvertrag über ein Schwert auch dann abzuschließen, wenn der Käufer damit jemanden töten möchte. Die böse Absicht ist zwar nicht „erlaubt", doch ändert sie an der Wirksamkeit des Vertrages nichts, selbst dann nicht, wenn auch der Verkäufer von dieser Absicht weiß. Auch dann, wenn jemand eine Frau mit der festen Absicht heiratet, diese sofort nach der ersten Nacht wieder zu verstoßen, ist der Ehevertrag wirksam, weil er äußerlich fehlerlos ist.

Das „Innenleben" bleibt also dem Verhältnis jedes Muslims zu seinem Gott überlassen, das Recht dringt hier nicht ein. Ist die Absicht tatsächlich eine verbotene gewesen, so ist der Handelnde gegenüber Gott ein Sünder; hat er in reiner Absicht gehandelt, so kann ihn auch in diesem Verhältnis nichts anfechten. Das Recht

---

[52] Vgl. die Aussage von Abū Ḥanīfa, Risāla ilā ʿUṯmān al-Battī S. 35: „Wer (durch das Glaubensbekenntnis) zum Islam übertritt, ist ein Gläubiger. . .sein Vermögen und sein Gut sind unantastbar, er hat das Recht und den Unversehrtheitsanspruch der Muslime. . ." Das Vermögen und Leben von Ungläubigen hingegen sind vogelfrei,"sie haben nur die Wahl zwischen dem Übertritt zum Islam oder dem Tod." Eine Ausnahme bilden die „Schriftbesitzer", also Juden, Christen, und Zoroastrier, die sich durch Zahlung der Kopfsteuer (*ǧizya*) und Anerkennung der islamischen Oberhoheit den Schutz der muslimischen Gemeinde erwerben konnten.

[53] Vgl. *van Ess* I S. 183, S. 197.

reagiert erst, wenn etwas an das Licht der juristischen Öffentlichkeit gedrungen ist. Das Jenseits gleicht die Unzulänglichkeiten der rechtlicher Würdigung im Diesseits aus, denn der Handelnde wird von Gott nach Maßgabe seiner Absichten beurteilt. Das ist die Bedeutung des Prophetenwortes, das Šaibānī zitiert[54]:

> Die Handlungen (werden) nach den Absichten (beurteilt) und jedem Menschen (wird angerechnet), was er beabsichtigte.[55]

Es soll aber noch einmal darauf hingewiesen werden, daß es innerhalb des islamischen Rechtes auch andere Strömungen gab, die wie die Mālikiten die moralische Bewertung in die rechtliche mit hineinnahmen, und schon im Diesseits auch die Handlungen nach den Absichten beurteilten. Diese Strömungen polemisierten insbesondere gegen unerwünschte Konsequenzen des Formalcharakters des Rechts, die sie besonders in den „Rechtskniffen" (*ḥiyal*)[56] verkörpert sahen[57].

Die Absichten des Menschen richtet Gott, ihre Handlungen können auch die Menschen beurteilen. Hier scheint die Doppelnatur des islamischen Rechts hanafitischer und šāfiʿitischer Prägung auf: Zum einen ist es eine für den einzelnen gegenüber Gott verbindliche Pflichtenordnung, zum anderen ist es ein formal im Diesseits mit allen weltlichen Beschränkungen durchzusetzendes Recht.

7.3. Rechtszwang und Gewissen

Diese Doppelnatur zeigt sich vielleicht am deutlichsten in der Differenzierung innerhalb des Normensystems selbst: Während manche Normen im Diesseits erzwingbar sind, werden Verstöße gegen andere Normen erst im Jenseits sanktioniert.

Das voll entwickelte („klassische") islamische Recht wertet jedes menschliche Verhalten nach religiösen und rechtlichen Kriterien[58]. Die religiöse Skala reicht von „Pflicht" (*wāǧib, farḍ*) über „empfohlen" (*sunna, mandūb, mustaḥabb*), „indifferent" bzw. „erlaubt" (*mubāḥ*) und „mißbilligt" (*makrūh*) bis hin zu „verboten" (*ḥarām*). Dabei entsprechen den Begriffen „Pflicht", „erlaubt" und „verboten" jeweils rechtliche Gegenstücke: Was verboten ist, macht den trotzdem vorgenommenen Rechtsakt nichtig; eine Pflicht ist häufig auch rechtlich erzwingbar, zumindest aber hat die Vernachlässigung der Pflicht rechtliche Folgen. Die dazwischen liegenden Wertungen sind rechtlich unbeachtlich. Ein Verstoß gegen eine „Mißbilligung" macht den Handelnden zum Sünder, entwertet sein Handeln aber nicht rechtlich, und eine

---

[54] *Šaibānī*, Kasb S. 44.

[55] Vgl. zu diesem Komplex *Johansen*, Die sündige, gesunde Amme, FS Steppat, 1988, S. 266., der durch eine Auswertung späterer („klassischer") hanafitischer Rechtswerke zu einem ähnlichen Ergebnis kommt: Das Jenseits dient „als Instanz, die den absoluten ethischen und religiösen Anspruch wahrt, den im Diesseits die gerichtsverbindlichen Normen nicht erfüllen können."; vgl. auch a.a.O. S. 271 f. Fälle dieser Art ordnet Johansen der zweiten Gruppe zu.

[56] Dazu s.u. Kapitel 8.

[57] Vgl. *Laoust*, Essai S. 229 zu der mālikitischen Auffassung und S. 410, S. 424 ff. zu der Lehre des hanbalitischen Reformjuristen Ibn Taimīya.

[58] Vgl. dazu *Schacht*, Introduction S. 120 ff.; *ders.*, Bergsträsser's Grundzüge S. 31 ff.

„Empfehlung" kann weder gerichtlich durchgesetzt werden, noch kann eine Nichtbefolgung irgendwelche rechtlichen Wirkungen zeitigen.

Diese ausgefeilte juristische Terminologie ist bei den frühen Juristen noch nicht entwickelt[59]. Immerhin finden sich aber auch bei ihnen schon Ansätze zu Differenzierungen. So berichtet Šaibānī, daß Abū Ḥanīfa auf die Frage, was er mit der Formel „ich mißbillige es" (*akrahuhū*) meine, geantwortet habe: „es ist wahrscheinlicher, daß es verboten ist."[60] „*Makrūh*", die spätere Formel für eine moralische Mißbilligung, erscheint bei ihm also als das Wahrscheinlichkeitsurteil eines Spezialisten über die Erlaubtheit einer Handlung in nicht ausdrücklich geregelten Fällen. Dennoch ist die Kategorisierung offenbar noch nicht konsequent durchgeführt: Bei Šaibānī kann „*makrūh*" auch Verbote mit rechtlichen Folgen bezeichnen[61].

An anderer Stelle behandelt Šaibani die reliöse Bewertung der Handlungen des einzelnen. In ausdrücklichem Einklang mit den übrigen Rechtsgelehrten (*ahl al-fiqh*) unterwirft Šaibanī die menschlichen Handlungen einer dreiteiligen Skala: Was dem Handelnden (im Jenseits) positiv angerechnet werde, wie die Erfüllung seiner Pflichten gegenüber Gott (*al-ᶜibādāt*); was ihm negativ angerechnet werde, wie seine Sünden (*al-maᶜāṣī*); und was weder für noch gegen ihn spreche, nämlich die erlaubten Güter und Handlungen (*al-mubāḥāt min al-amwāl wa 'l-afᶜāl*)[62].

7.3.1. Erzwingbarkeit von Normen

Diese Aufteilung bezieht sich nur auf das Verhältnis des einzelnen gegenüber Gott, bleibt also im religiösen Bereich. Es gibt aber auch deutliche Anzeichen dafür, daß zwischen „bloß innerlich" und „auch äußerlich garantierten" Normen, also zwischen „moralischen" und „rechtlichen" Vorschriften unterschieden wurde.

An einer Stelle schränkt Šaibanī ein Verbot mit der Bemerkung ein, daß dieses nicht gerichtlich durchsetzbar sei[63]; ähnliches findet sich auch an anderen Stellen[64];

---

[59] So auch *Schacht*, Origins S. 133 f.; vgl. *Ansari*, Islamic Juristic Terminology Before Šāfiᶜī, Arabica 19 (1972), S. 294 ff., der zu dem Ergebnis kommt, daß zwar die Terminologie noch nicht entwickelt war, die dahinterstehenden Konzepte aber durchaus schon bekannt waren.

[60] *Šaibānī*, Kasb S. 66.

[61] Vgl. z. B. *Šaibānī*, Muwaṭṭa' S. 291 Nr.820, wo der Begriff auf einen Fall des Wuchers (*ribā*) angewandt wird, also auf einen unstreitigen Nichtigkeitsgrund. Vgl. weiter a.a.O. S. 275 f. (zu *ġarar*), S. 276 Nr.780 (zu *muzābana* und *muḥāqala*), S. 249 Nr.714, 716 (zu Wein). Auch bei *Mālik* wird dem Begriff nicht die spezielle Bedeutung der moralischen Mißbilligung beigelegt, er verwendet ihn auch für eindeutige Nichtigkeitsfälle, vgl. z. B. *ders.*, Muwaṭṭa' II S. 673 nach Nr.83 (zu *ribā*), a.a.O. S. 611.

[62] *Šaibanī*, Kasb S. 68. Diese Dreiteilung stellt er einer rigoristischen Zweiteilung in „Gebotenes" und „Verbotenes" gegenüber, die er auf die Schule der *Karrāmīya* zurückführt.

[63] *Šaibānī*, Aṣl S. 256 Nr.33: Es geht darum, daß jemand, der eine Konkubine von einem anderen kauft, eine bestimmte Wartezeit (eine Regelblutung) abwarten muß, damit festgestellt werden kann, ob sie schon eine Schwangerschaft von ihren vorigen Herrn mitbringt. An sich darf der Käufer sie solange auch nicht heiraten (um sie sich auf diese Weise „erlaubt zu machen"), tut er es doch, so ist die Heirat wirksam, doch darf er sich ihr während der Wartezeit nicht nähern; wie das Verbot schon vorher auf die rechtliche Wirksamkeit der Ehe keinen Einfluß hatte, so ist auch dieses nicht gerichtlich durchsetzbar: „*wa laisa ᶜalihī ḏālika bi wāǧibⁱⁿ fī 'l-qaḍā'*".

[64] Z. B. der Streit mit den Medinensern darüber, ob ein unter speziellen Umständen (*baiᶜ al-ᶜarīya*), die hier auszuführen zu weit führen würde, abgegebenes Versprechen gerichtlich erzwingbar sei, so

besonders bezeichnend ist in diesem Zusammenhang Šaibānī's Anmerkung zu einer durch ein *ḥadīṯ* überlieferten Handlungsanweisung:

Das ist nur eine Frage des gesellschaftlichen Umgangs und der Moral. Auf der Ebene des Rechts ist es jedoch nicht erzwingbar[65].

Für Šaibānī hat das Recht zwei deutlich voneinander geschiedene Dimensionen: Neben der Ausrichtung auf Gott, wo es um die Erfüllung der Pflichten dem Schöpfer gegenüber geht, stehen Bereiche, in denen das Recht auch diesseitige Wirksamkeit beansprucht. Beide Bereiche überschneiden sich jedoch. Wenn auch die religiöse Norm nicht unbedingt der „äußeren Garantie" durch weltlichen Sanktionen bedarf, so soll es jedoch keine rechtliche Norm geben, hinter der nicht zugleich eine religiöse steht: In seinem *Kitāb al-ḥiyal*[66] beruhigt Šaibanī seinen Gesprächspartner, daß der gerade beschriebene Rechtskniff nicht nur rechtlich unangreifbar, sondern auch in seinem Verhältnis gegenüber Gott erlaubt sei. Die Befriedigung wegen der rechtlichen Wirksamkeit des Geschäfts entlastet nicht von der Sorge um das persönliche Sündenregister.

Anhand einiger Überlieferungen, die gewisse Praktiken beim Vertragsschluß verbieten, kann man exemplarisch verdeutlichen, wie nach und nach die Frage, ob diese Verbote auch rechtliche Konsequenzen haben sollen, in das Gesichtsfeld der Juristen rückt[67].

Das erste Beispiel betrifft den Fall, daß Einwohner eines Marktfleckens die ankommenden Karawanen vor dem Markt abfangen, um ihnen ihre Ware abzukaufen (*talaqqī aṣ-ṣilaʿ* oder *talaqqī ar-rukbān*). Mālik zitiert das Verbot kommentarlos[68]. Šaibānī[69] bezeichnet das Verhalten als *makrūh* (wörtl. mißbilligt), was später ein Terminus für ein „blos moralisches" Verbot ohne rechtliche Sanktion wird (s.o.)[70]. Er bemüht sich dann sogleich, zu differenzieren: Das Abfangen der Karawanen sei nur verboten (*lā yanbaġī*), wenn es einen Mangel an Waren in der Region gebe, so daß die Bewohner durch das vorzeitige Abfangen der Karawanen durch Spekulanten geschädigt werden könnten. Er verwendet also ein Argument des öffentlichen Wohles, doch geht er auf rechtliche Folgen einer Übertretung nicht ein[71]. Šāfiʿī[72] wiederum versteht das Verbot als Norm, die die ankommenden Händler vor Übervor-

---

die Meinung der Medinenser, oder nicht, so Abū Ḥanīfa und Šaibānı, vgl. *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 549.

[65] *Šaibānī*, Muwaṭṭaʿ S. 284 nach Nr.804.

[66] *Šaibānī*, Ḥiyal S. 78 Nr.23-12 und öfter; vgl. auch *ders.*, Aṣl S. 78 Nr.20.

[67] Nach *Schacht*, Introduction S. 35, spiegeln diese Traditionen vergebliche Versuche von Traditionariern wider, diese Praktiken ebenso verboten und damit unwirksam zu machen wie die Vereinbarung von *ribā*. Sie wurden von den frühen Schulen „zurechtinterpretiert" und damit in ihrer Wirksamkeit beschränkt.

[68] *Mālik*, Muwaṭṭaʿ II S. 683 Nr.96.

[69] *Šaibānī*, Muwaṭṭaʿ S. 273 Nr.772 ff.

[70] Z.B. *Marġīnānī* III S. 53 f.; vgl. *Schacht*, Introduction S. 120 ff.

[71] Ebenso behandelt noch *Ṭaḥāwī* S. 84 diesen und die folgenden Fälle. Die späteren Hanafiten trennen dann eindeutig zwischen Moral-und Rechtsnormen und halten einen Verstoß gegen dieses und die folgenden Verbote für rechtlich folgenlos (die moralische Sanktion bleibt natürlich), vgl. *Qudūrī* S. 41, *Marġīnānī* III S. 53 Z.24.

[72] *Šāfiʿī* VII S. 191 (Rand).

teilung schützen soll. Deshalb sieht er als Rechtsfolge, daß diese, sobald sie dann den Markt erreichen und sehen, daß sie zu billig verkauften, von dem Verkauf zurücktreten können (vorausgesetzt, sie finden die Spekulanten wieder). Hier knüpfen sich rechtliche Folgen an die Normverletzung.

Ein anderes Verbot betrifft den *nağaš*, das Hochtreiben des Preises in einer Auktion durch Scheinbieten ohne Kaufabsicht[73]. Mālik[74] gibt wieder keinen weiteren Kommentar zu dem *ḥadīṯ* ab, in dem das Scheinbieten verboten wird. Šaibānī[75] verwendet auch für derartige Manipulationen die Vokabel *makrūh*. Šāfiʿī[76] macht sich an eine genauere Analyse des Verbotes: Der Scheinbieter sei ein Sünder (*ʿāṣin*), wenn er das Verbot kenne. Der Verkauf, der im Gefolge solchen Scheinbietens geschlossen werde, sei jedoch bindend, da der Kaufvertrag „erlaubt" (*ǧāʾiz*) sei und die Sünde eines Außenstehenden ihn nicht nichtig machen könne, selbst wenn der Scheinbieter im Auftrag des Verkäufers (*bi amr ṣāḥib aṣ-ṣilʿa*) gehandelt habe. Versteigerungen seien schon zur Zeit des Propheten erlaubt gewesen und es sei eine ganz normale Begleiterscheinung, daß einige ohne Kaufabsicht mitböten. Die Normübertretung ist Sünde, doch diese Sünde bleibt ohne rechtliche Konsequenz.

Das gleiche Bild finden wir in der Behandlung anderer Fälle. So beim Verbot, daß ein Ansässiger für einen unerfahrenen Beduinen Ware verkauft[77]. Mālik gibt das *ḥadīt* kommentarlos wieder; Šāfiʿī differenziert zunächst zwischen erlaubter und verbotener Verkaufskommission im Hinblick auf den Sinn des Verbotes, die Versorgung der ansässigen Bevölkerung mit Lebensmitteln zu sichern. Dennoch: Der abgeschlossene Verkauf sei in jedem Falle wirksam und bindend, der Ansässige, der gegen das Verbot verstieß, ein Sünder, wenn er das Verbot kannte. Das ergebe sich aus dem *ḥadīṯ* selbst, denn wenn der Verkauf nichtig sei, so werde nur der Beduine geschädigt, da er die Ware nur noch selbst und ohne Hilfe verkaufen dürfe und sie womöglich gar nicht absetzen könne[78].

Am deutlichsten finden wir die Entwicklung zu einer klareren Differenzierung zwischen „rechtlichen" und den „moralischen" Aspekten einer Norm also bei Šāfiʿī ausgeprägt.

Šafiʿī[79] widmete der Einteilung der von Gott oder seinem Propheten ausgesprochenen Verbote zwei theoretische Abhandlungen. In der *Risāla* unterscheidet Šāfiʿi zwei Fälle. Zum einen die, in denen etwas „an sich" verboten bzw. unantastbar und nur aufgrund eines besonderen Hinweises in Koran oder *ḥadīṯ* erlaubt ist. Als Beispiel führt er das Vermögen und die Frauen an. Erlaubt werden diese für andere nur mit den Mitteln und zu den Bedingungen, die Koran und *sunna* festgelegt hätten,

---

[73] Daß der *nağaš* auch später noch gängige Praxis war, zeigen Berichte aus dem Ifrīqīya des 9.-10. Jahrhunderts n.C. bei *Talbi*, Les courtiers en vêtements en Ifrīqiya au IXᵉ-Xᵉ siècle d'après les *Masāʾil al-samāsira* d'al-Ibyānī, JESHO 5 (1962), S. 168 f. Nr.13, S. 177 Nr.30.

[74] *Mālik*, Muwaṭṭaʿ II S. 684 nach Nr.97.

[75] *Šaibānī*, Muwaṭṭaʿ S. 273.

[76] *Šāfiʿī* VII S. 185 (Rand).

[77] *Mālik*, Muwaṭṭaʿ II S. 683 Nr.96; *Šāfiʿī* VII S. 189 (Rand).

[78] Ähnlich behandeln die Juristen den Fall der Anstiftung zum Vertragsbruch; vgl. *Mālik*, Muwaṭṭaʿ II S. 683 Nr.95 und 96; *Šaibānī*, Muwaṭṭaʿ S. 277 Nr.784; *Šāfiʿī* VII S. 188 (Rand).

[79] *Šāfiʿī* VII S. 265 ff.; *ders.*, Risāla S. 343 ff.; vgl. Kapitel 9.2.

also durch die Ehe oder den Kaufvertrag. Verstößt jemand gegen die dazu niedergelegten Bedingungen, so ist das Vermögen bzw. die Frau weiter für ihn verboten. Es geht um die Fälle, in denen das „Objekt" der Handlung schon einem anderen zugeordnet worden ist. Auf der anderen Seite stehen nach Šāfiʿī die Fälle, in denen etwas grundsätzlich erlaubt und nur unter bestimmten Umständen verboten ist. Dazu gehört die Anweisung aus dem Munde des Propheten, von dem zu essen, was vor einem auf dem Tisch liegt und nicht von der Mitte. Essen ist nämlich grundsätzlich erlaubt, der Prophet habe folglich nur eine Anweisung zu gutem Benehmen geben wollen. Wer wissentlich gegen solche Verbote verstößt, ist für Šāfiʿī ein Sünder, rechtliche Folgen hat das nicht.

Verbote bestimmter Handlungen, die eigentlich „erlaubte" Objekte betreffen, d. h. vor allem Objekte, die nicht schon einem anderen zugeordnet worden sind, sind rechtlich also nicht sanktioniert. Wo etwas eine „rechtliche" Zuordnung zu einem anderen berühren kann, sind Normen erwingbar, wo nicht, verpflichten sie den einzelnen nur in seinem Verhältnis zu Gott, die Sanktion erfolgt im Jenseits.

Šāfiʿī trennt also ganz klar den moralisch-religiösen Aspekt (Sünder) von dem rechtlichen. Möglicherweise war das auch die Auffassung der früheren Autoren, doch behandeln sie die Frage der Trennung des moralischen und des rechtlichen Bereiches nicht als Problem. Religiöse Warnungen stehen in einer Reihe mit unbestreitbar rechtlich sanktionierten Verboten. Beide werden nicht durchgängig durch besondere Begriffe voneinander geschieden. Daß aber das Bewußtsein für die Notwendigkeit einer Differenzierung auch bei ihnen schon bestand, wird – wie oben gezeigt – an vielen Punkten deutlich.

Bei den Hanafiten der nächsten Generationen wird diese Differenzierung immer deutlicher[80]. Der frühe Hanafit Ṭaḥāwī berichtet, daß ein bloßes Versprechen nach Ansicht der meisten Juristen nur gegenüber Gott binde, nicht jedoch gegenüber den Menschen. Religiös ist man also verpflichtet, sein Versprechen zu halten, derjenige, dem gegenüber es abgegeben wurde, kann jedoch daraus nicht klagen. Interessant ist daneben auch Ṭaḥāwī's Auslegung des koranischen Gebotes (Sure 2/Vers 282), Verträge niederschreiben zu lassen: Das Gebot sei nicht als Befehl, als Pflicht (*al-ḥatm*) zu verstehen, sondern lediglich als göttliche Empfehlung (*al-iršād wa 'n-nadab*) wegen des damit verbundenen Nutzens[81]; die rechtliche Wirksamkeit eines mündlich geschlossenen Vertrages sei dadurch nicht berührt.

7.3.2. Unrechtes Recht – Disharmonien zwischen rechtlicher und religiöser Wertung

Religiöse Normen müssen nicht rechtlich erzwingbar sein, rechtliche Normen sollten jedoch von religiösen gedeckt sein und ihnen zumindest nicht widersprechen. Wenn nun aber Recht und Religion in manchen Bereichen eigenen Regeln folgen, kann es passieren, daß beide auseinanderfallen und eine rechtlich unanfechtbare Lage entsteht, die jedoch religiös-moralisch unerträglich ist[82]. Im Zusammenhang

---

[80] Vgl. *Johansen*, a.a.O. S. 271 f. zu einem Beispiel aus Saraḫsī und S. 274 aus Kāsānī.

[81] *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 1 f. Nr.1.5 ff.

[82] Nach *Johansens* Einteilung entspräche das der dritten Kategorie, in der Moral und Religion dazu

mit der Frage, inwieweit Motive und Absichten rechtserheblich sein können, haben wir schon einige Beispiele dafür gesehen. Man denke nur an den Kauf eines Schwertes in der Absicht, damit zu töten, oder die Vereinbarung eines Umgehungsgeschäftes. Das schon im Zusammenhang mit dem Prozeß zitierte *ḥadīṯ*, das bei Mālik überliefert wird[83], zeigt, daß die Problematik schon früh erkannt wurde:

Der Prophet sagte: „Demjenigen, der durch seinen Eid einem Muslim sein Recht beschneidet, hat Gott sein Paradies verboten und ihn für das Feuer bestimmt."

Die Drohung mit einer Bestrafung im Jenseits, soll davor abschrecken, die formale Natur des Prozesses auszunutzen, um unberechtigterweise die Rechtslage zu seinen Gunsten zu verändern[84]. Die Reaktion der Juristen auf die Defizite des Rechts besteht darin, auf die religiöse und moralische Verpflichtung des einzelnen als Muslim hinzuweisen. Das ist auch die Lösung von Šaibānī[85]: Wenn ein Vertreter (*wakīl*) bei Abschluß eines Terminkaufes (*salam*) die Absicht hatte, für seinen Geschäftsherrn abzuschließen, so ist er nach Ansicht Šaibanī's (nur) in seinem Verhältnis zu Gott verpflichtet, die erlangte Ware nicht für sich selbst zu behalten, sondern sie seinem Geschäftsherrn auszuliefern. Die *nīya* ist ein innerer, für das Recht nicht faßbarer Tatbestand; deshalb können sich an sie keine Rechtsfolgen knüpfen, solange sie nicht geäußert ist. Vor Gott zählt aber schon der Wille, nicht erst die Handlung: Rechtliche und religiöse Bewertung der Sachlage können also auseinanderfallen. Das wird kompensiert durch religiöse Pflichten, die den Handelnden nicht positivrechtlich binden, sondern nur in seiner Eigenschaft als Muslim. Das islamische Recht weist also über die weltlichen Gerichte hinaus[86].

Ähnlich werden auch die Fälle des unmoralischen aber rechtlich unangreifbaren Gewinns behandelt. Neben den Beispielen aus den späteren hanafitischen Rechtswerken, die Johansen zitiert[87], lassen sich auch bei den frühen Juristen schon ganz ähnliche Problemlösungen finden. Wenn jemand etwas auf eine Weise erwirbt, die zwar rechtlich unanfechtbar, religiös aber verwerflich ist, so kann man ihm das mit den Mitteln des Rechts nicht nehmen; dennoch ist er vor Gott verpflichtet, das Erworbene zu spenden. Hat zum Beispiel jemand etwas aufgrund eines unwirksa-

---

dienen, „die Personen aufzufordern, die unmoralischen Folgen, die aus den Zwängen rationaler und interessenbezogener Konstruktion der gerichtsverbindlichen Normen entstehen, durch ihre eigene Lebenspraxis zu kompensieren." a.a.O. S. 266, 273 ff.

[83] *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 727 Nr.11.

[84] Ein ähnliches Problem wird auch von Sarahsī behandelt, den *Johansen*, a.a.O. S. 275 paraphrasiert: „Wenn jemand weiß, daß ihm zu Unrecht etwas zugesprochen ist, so darf er zwar *ẓāhir*[an], d. h. auf der Ebene der gerichtsverbindlichen Rechtsbestimmungen, davon Gebrauch machen. Vor seinem inneren Gewissen aber (*bāṭin*[an]) ist er gehalten, den Richterspruch nicht durchzuführen und das ihm zugesprochene Recht nicht in Anspruch zu nehmen, weil es ‚vor dem inneren Gewissen nichtig ist (*kāna bāṭil*[an] *fil-bāṭin*)'."

[85] *Šaibānī*, Aṣl S. 77 f. Nr.20.

[86] Vgl. *Ritter*, Ein arabisches Handbuch der Handelswissenschaft, Der Islam 7 (1917) S. 33 zu al-Ġazzālī: „Doch wenn ein Kaufvertrag auch der Form nach unanfechtbar und rechtsgültig ist, so kann er doch das Mittel sein, dem anderen auf unmoralische, Gottes Geboten zuwiderlaufende Weise Unrecht und Schaden zuzufügen." Aus dieser Beobachtung leitet al-Ġazzālī religiös und moralisch für den einzelnen verbindliche Verhaltensanforderungen ab, a.a.O. S. 33 ff.

[87] *Johansen*, a.a.O. S. 274 f.

men Kaufvertrages (*baiᶜ fāsid*) erworben, und verkauft es dann weiter, so hat der frühere Eigentümer sein Eigentum verloren und kann nach der Systematik des islamischen Rechts auch den aus dem zweiten, nun wirksamen Vertrag erzielten Erlös nicht beanspruchen. Dieser steht dem Wiederverkäufer zu. Vor Gott trifft diesen allerdings die Pflicht, den unberechtigterweise erzielten Erlös nicht zu behalten sondern zu spenden[88]. Oder kauft jemand Früchte am Baum und beläßt sie dann ohne Einverständnis des Verkäufers und Eigentümers des Baumes dort bis zur Reife, so steht ihm zwar rechtlich zu, was nachwächst, weil er ja mit dem Kaufvertrag die Früchte schon erworben hatte; da er jedoch kein Recht am Baum selbst erworben hat, hält er nun mit „seinen" Früchten unerlaubtermaßen fremdes Eigentum, den Baum, besetzt und muß daher spenden, was nachwächst[89]. Das ist jedoch, so hebt später Samarqandī hervor, lediglich eine religiöse Pflicht[90].

7.4. Ein Verkehrsrecht für Muslime und Nichtmuslime

Wenn sich auch die Juristen bemühen, das Recht an die Religion zu binden, so zeigt sich an einem Punkt die Autonomie des Rechts gegenüber der Religion besonders deutlich und diesen Punkt hebt auch Johansen hervor[91]: Zumindest das Vermögensrecht gilt auch für Nichtmuslime. Partner eines Kaufvertrages kann jeder Eigentümer sein, unabhängig von seiner sonstigen Stellung. Damit sind nur die Sklaven ausgeschlossen[92]. Das Kaufrecht ist allgemein und gilt für alle freien Untertanen[93]:

> Die Christen stehen in allen Kaufverträgen den Muslimen gleich, mit Ausnahme von Wein und Schwein[94].

Das Recht ist hier in erster Linie Verkehrsrecht, nicht religiöses Recht und als solches auf eine „äußere Garantie", seine gerichtliche Erzwingbarkeit beschränkt. Anders wäre es auch nicht möglich, einen funktionierenden Güteraustausch juristisch abzusichern, denn der macht nicht an den konfessionellen Grenzen halt. Der religiöse Charakter des Rechts tritt damit stark in den Hintergrund und damit auch

---

88 *Šaibānī*, Ǧāmiᶜ Kabīr S. 327; *ders.*, Ǧāmiᶜ Ṣaġīr S. 104 Nr.13.

89 *Šaibānī*, Ǧāmiᶜ Kabīr 336 f.; *Samarqandī* II S. 80; *Sarahsī* XII S. 172, 194.

90 *Samarqandī* III S. 26: „Diese Regel (*ḥukm*) (daß der Gewinn zu spenden sei) ist nicht gerichtlich (*bi 'l-qaḍā'*) durchsetzbar, es ist vielmehr eine religiöse Vorschrift (*ḥukm fī 'd-dīn*)." Rechtlich ist der Zuwachs Eigentum des Käufers.

91 *Johansen*, a.a.O. S. 269; er ordnet diese Fälle der ersten Gruppe zu, in der „die systematischen Zwänge rationaler Konstruktion weitgehend die Gesichtspunkte von Religion und Ethik" verdrängen, a.a.O. S. 266; vgl. auch *ders.*, Sacred and Religious Elements S. 281 ff.

92 *Johansen*, Sacred and Religious Elements S. 284.

93 Mit bestimmten Rechten und Garantien ausgestattete Untertanen waren neben den Muslimen nur die „Schriftbesitzer", d. h. die Juden, Christen und Zoroastrier, alle anderen hatten nur die Wahl zwischen Tod oder Islam. Zum Status von Nichtmuslimen im Islam vgl. z. B. *Schacht*, Introduction S. 130 ff.; *Fattal*, Le statut légale des non-Musulmans en pays d'Islam, 1958; *Spuler*, L'Islam et les minorités, FS Roemer, 1979, S. 609-619.

94 *Šaibānī*, Aṣl S. 221 Nr.20, vgl. weiter S. 46 ff. Nr.130-136, S. 146 Nr.51, S. 213 ff. Nr.1-18.

die „innere" Garantie der Normen über das verantwortliche Gewissen des Gläubigen seinem Gott gegenüber[95].

7.5. Die partielle Autonomie des Rechts

An verschiedenen Linien haben wir versucht, einen „spezifisch rechtlichen" Bereich aus dem Gesamtkorpus des islamischen Rechts heraustrennen. Das geht nicht ganz chirurgisch, denn völlig abtrennbar ist nichts; alles bleibt vielfältig aufeinander bezogen. Aber den Juristen sind die Unterschiede deutlich: Es ist ein Bereich abgeleiteter, technischer Rechtsfindung, der Spezialisten in die Hand gegeben ist und seine Legitimität auch aus ihrer Expertise bezieht; auf das Diesseits bezogen teilt es alle Beschränkungen des menschlichen Verstandes, innere Sachverhalte sind ihm nicht zugänglich und der Prozeß kann nur mit einer formalen Wahrheit arbeiten; wesentliches Charakteristikum ist, daß seine Normen gerichtlich erzwingbar und insofern „äußerlich garantiert" sind, und dieser Bereich kann sogar Nichtmuslime erfassen. Hinter allem aber steht eine religiöse Ordnung von Ge- und Verboten, ein Pflichtensystem, das sich an den einzelnen Gläubigen wendet und ihn durch sein Leben lenken soll. Das Recht zu befolgen ist Gottesdienst. Es ist vor allem ein System von Pflichten des einzelnen Muslims gegenüber seinem Gott. Erst sekundär betreffen diese Pflichten auch das Zusammenleben der Menschen. Charakteristisch ist dafür eine Passage aus Sarabsī's „Buch des Kaufes"[96]:

> Zweck diese Buches ist es, zu verdeutlichen, was erlaubt ist (*al-ḥalāl*), also den rechtmäßigen Kaufvertrag, und was verboten ist (*al-ḥarām*), also den *ribā*. Man sagte zu Muḥammad (aš-Šaibānī): „Du hast nichts zur Askese (*az-zuhd*) verfaßt", worauf er entgegnete: „Ich habe doch das Buch des Kaufvertrages verfaßt!". Er wollte damit sagen: „Ich habe darin auseinandergesetzt, was erlaubt und was verboten ist; Askese bedeutet aber nichts anderes, als das Verbotene zu meiden und das Erlaubte anzustreben."

Der rechtliche Bereich ist bei all dem eng an den religiösen gebunden; nur von ihm erhält er letztlich seine Legitimität.

---

[95] *Johansen*, Die sündige gesunde Amme, FS Steppat, 1988, S. 268: „Wenn Eigentum und Gütertausch im gesamtgesellschaftlichen Rahmen gesichert werden sollen, so müssen möglichst alle Personen daran teilhaben. Der Ausschluß von Frauen, Nichtmuslimen und unfrommen Muslimen würde das Netz von Handlungs- und Vertragsbeziehungen so lückenhaft und unzuverlässig machen, daß es für die Regulierung des Gütertauschs unbrauchbar wäre. Um die praktische Regulierungsfunktion des Rechts in diesem Bereich zu sichern, müssen die Juristen daher allen Personen die Rechts- und Handlungsfähigkeit zusprechen."

[96] *Sarabsī* XII S. 110 Z.6; vgl. oben Kapitel 3.2.

8. Ein Beispiel für das Verhältnis von Religion, Recht und Praxis: die *ḥiyal*[1]

Die *ḥiyal* sind bedeutsam für das Verständnis des Verhältnisses von Recht, Religion und Praxis. An ihnen läßt sich zeigen, wie einerseits das Recht gegenüber der Religion an Eigendynamik gewinnt, wie es andererseits aber auch auf die religiöse Absicherung angewiesen ist.

Die formalistische Rechtsauffassung der Hanafiten und Šāfiʿī's macht sie weitgehend blind gegenüber Umgehungsgeschäften. Von dieser Blindheit aus ist es nur ein kleiner Schritt zur bewußten Duldung und schließlich sogar zur aktiven Förderung von Umgehungsgeschäften als Dienstleistung der Juristen für die Praxis: In den *ḥiyal*-Werken gehen die Juristen von konkreten Problemen oder Anliegen aus und konstruieren einen Weg, diese rechtlich unanfechtbar zu verwirklichen. In vielen *ḥiyal* wird die formale Blindheit des Rechts bewußt ausgenutzt, so daß eine Transaktion rechtlich wirksam sein kann, obwohl ihr Ergebnis eigentlich der religiösen Ordnung widerspricht. In dem Maße, in dem das Auseinanderfallen rechtlicher und religiöser Wertung bewußt ausgenutzt wird, um Bedürfnissen des täglichen Lebens entgegenzukommen, löst sich das Recht von der Religion.

Die Juristen schrieben ganz bewußt für die Praxis. Selbstbewußt leitet al-Ḫaṣṣāf den Hauptteil seines Rechtskniffbuches ein:

> Das ist ein Buch, in dem Dinge stehen, die die Menschen in ihren Geschäften (*muʿāmalātihim*) und ihren Angelegenheiten (*umūrihim*) benötigen.[2]

Abū Ḥanīfa, Abū Yūsuf und Šaibānī waren berühmt für ihre Kunstfertigkeit, mit der sie Bedürfnisse der Praxis mit den Anforderungen des Gesetzes, zum Teil auf äußerst formale Weise, versöhnten[3]. Dieses Gebiet blieb, von einigen wenigen und späteren Versuchen der Šāfiʿiten abgesehen, eine äußerst erfolgreiche Domäne der Hanafiten[4].

Die anderen Rechtsschulen standen diesem Vorgehen eher kritisch gegenüber. Wir sahen schon oben, daß die Mālikiten auch Motive und Absichten der Vertragsschließenden in die rechtliche Beurteilung einbeziehen, um zu vermeiden, daß rechtliche und religiöse Wertung auseinanderfallen. Auch den Hanbaliten waren die *ḥiyal* ein Dorn im Auge. Der hanbalitische Reformer Ibn Taimīya gibt eine interes-

---

[1] *Ḥiyal*, Pluralform von *ḥīla*, „List", „Behelf", „Ausweg". Es kann hier keine umfassende Behandlung des Problems der *ḥiyal* vorgenommen werden. In der westlichen Sekundärliteratur sind sie nur recht wenig behandelt worden. Grundlegend hat *Schacht* sich mit diesem Thema beschäftigt. Vgl. *ders.*, Die arabische hiyal-Literatur, Der Islam 15 (1926), S. 211-232; *ders.*, Introduction S. 78 ff., 210. Aus der arabischen Sekundärliteratur vgl. die nützliche Übersicht von *Buḫairī*, Al-ḥiyal fī 'š-šarīʿa al-islāmīya, 1974.

[2] *Ḫaṣṣāf* S. 5 Nr.1,19.

[3] *Goldziher*, Vorlesungen über den Islam, 2.Aufl. 1925, S. 69 f.; *Schacht*, Die arabische ḥiyal-Literatur, Der Islam 15 (1926), S. 217, 221; *al-Ḫaṭīb al-Baġdādī* XIII S. 403-423.

[4] *Schacht*, a.a.O. S. 216, 224 f.

sante Erklärung: Es habe nur deshalb ein Bedarf nach Umgehungsgeschäften bestanden, weil die Regeln selbst zu streng ausgelegt worden seien (*al-mubālaġa fī 't-taṣdīd*). Es könne aber schlechterdings nicht sein, daß der göttliche Gesetzgeber einerseits etwas verbiete, wonach ein Bedürfnis besteht, es aber andererseits über den Umweg eines Umgehungsgeschäftes billige[5].

Einerseits werden strikte Verhaltensanforderungen aufgestellt und formal unantastbar gehalten; andererseits bemüht man sich, der Praxis, den Bedürfnissen des täglichen Lebens gerecht zu werden. Praktiken werden geduldet, solange der Verstoß nicht so offensichtlich ist, daß das Recht ihn tatsächlich anerkennen müßte. Obwohl diese Praktiken sicherlich nicht nur Ausnahmecharakter hatten, stellt ihnen das Recht nur enge Nischen zur Verfügung. Bestimmte Praktiken, die nicht mit dem Recht vereinbar waren, konnten auf diese Weise in dem Bereich der Legalität gehalten werden, ohne daß sie offen als legal anerkannt wurden. Dieser Zug scheint charakteristisch für die hanafitische Rechtsschule zu sein. Auch in Šaibānī's moralisierendem Buch über den Erwerb haben wir die gleiche Kompromißhaltung feststellen können: Obwohl es Enthaltsamkeit predigt, läßt es gegenüber (maßvollem) Luxus Milde walten. Die Verantwortung für ein gottgefälliges Leben liegt letztlich bei dem einzelnen und geht die Gemeinschaft in Form der Gerichte nichts an.

Die *ḥiyal* erstrecken sich auf alle Bereiche des Lebens. Sie empfehlen sich auch im täglichen Umgang, etwa dann wenn es etwas zu beeiden gilt, man jedoch wegen irgendeiner Zwangslage nicht wahrheitsgemäß schwören kann, ohne einen unberechtigten Nachteil zu erleiden. Mit Hilfe doppeldeutiger Ausdrücke oder einer *reservatio mentalis* versucht man, es Gott und den Menschen gleichermaßen recht zu machen: Gott kennt die wahre Bedeutung und anerkennt die Zwangslage, die zu dem Kniff berechtigt; die Menschen kennen nur die Wortbedeutung und sind damit zufrieden[6]. Das Recht in der Person des Richters kann sich nur an die Äußerung halten und entscheidet demnach so, wie es die Erklärung verstehen muß. Die Absicht des Schwörenden rechtfertigt ihn, wenn sie nicht auf etwas Verbotenes gerichtet ist, und läßt ihn dem Vorwurf, ein Sünder zu sein, entgehen. Droht etwa einem zu Unrecht Beklagten, der die wahre Rechtslage nicht beweisen kann, ein ungerechtfertigter Rechtsverlust, so darf er ausnahmsweise vor Gericht einen Eid ablegen, von dem er weiß, daß er nicht den Tatsachen entspricht[7].

Ansonsten gibt es verschiedene immer wiederkehrende Grundmuster, denen gemein ist, daß sie für das Recht mit den von ihm anerkannten formalen Mitteln die gewünschte Rechtslage herstellen.

Die Parteien können den Umstand ausnutzen, daß zumindest die Iraker und Šāfiʿī ihre Motive und Absichten nicht rechtlich bewerten, solange sie nicht Vertragsbestandteil geworden sind. Dann kann man alle Fälle, die schon oben angesprochen worden sind, ebenfalls als *ḥiyal* kennzeichnen: Die Parteien schließen äußerlich einwandfreie Verträge ab und verschweigen ihre „eigentlichen" Ziele, die, wenn sie Vertragsbestandteil wären, den Vertrag oder die Verträge nichtig machen würden. So

---

[5] *Laoust*, Essai S. 454.

[6] *Schacht*, a.a.O. S. 215 ff.; *Pedersen*, Der Eid bei den Semiten, 1914, S. 191 ff., 217 ff., 228 ff.

[7] Z.B. *Šaibānī*, Ḥiyal S. 6 Nr.1-23, S. 39 f. Nr.9-39 f., S. 78 Nr.23-16; *Ḫaṣṣāf* S. 125 Nr.53-1 ff.

konnte etwa ein Darlehen als Kaufvertrag „verkleidet" werden. Anstelle eines verbotenen zinsbringenden Kredites schloß man eine Folge von Austauschverträgen ab[8].

Ebenso konnte man bei der Bestellung eines Pfandes unbequeme Risiken vermeiden, wenn man daraus einen Kaufvertrag machte: Ein wirksamer Pfandvertrag setzte voraus, daß der Pfandnehmer das Pfand in Besitz nahm[9]. Da aber im islamischen Recht Besitz und Gefahrtragung weitgehend parallel laufen, beeinträchtigte das vor allem bei anfälligen Gütern das Sicherungsinteresse des Pfandnehmers. Dieser trug ja von der Besitzergreifung an die Gefahr, daß die Sache bei ihm durch Zufall, also ohne Verschulden eines Beteiligten, unterging. Geschah das, so verlor er auch seinen gesicherten Anspruch. Das konnte so umgangen werden, daß der Pfandnehmer das Pfand um den Betrag „kaufte", der als Darlehen auszuzahlen war, dem Pfandgeber aber den Besitz an der Sache und damit die Gefahr des zufälligen Untergangs beließ. Wichtig war, daß alles durch Zeugen abgesichert wurde, vor allem der Umstand, daß die Sache beim „Verkäufer", dem Pfandgeber, verbleiben sollte. Ging das Pfand bei diesem unter, so hatte der Pfandnehmer das Recht, den „Kaufpreis", die Darlehenssumme zurückzuverlangen. Zahlte der Darlehensnehmer, der „Verkäufer" das Darlehen zurück, so wurde das als Angebot gewertet, einen Auflösungsvertrag abzuschließen, das der „Käufer" durch die Rückübertragung des Eigentums annehmen konnte. Zur Sicherung des Darlehensnehmers konnte ein Rücktrittsrecht vereinbart werden, das er durch Rückzahlung des Kaufpreises ausüben konnte. Dann fiel das Eigentum am Pfand automatisch an ihn zurück[10]. Das ähnelt dem Institut der Sicherungsübereignung im deutschen Recht.

Häufig wird auch die Passivlegitimation manipuliert. Das geschieht unter Einsatz von Strohmännern, die durch Zeugen abgesichert nach außen hin als Berechtigte auftreten. Nur sie könnten als Rechtsinhaber verklagt werden. Der eigentliche Rechtsinhaber gibt sich dann als Besitzer abgeleiteten Rechts aus, der nicht passivlegitimiert ist, da er zur Verfügung oder Herausgabe nicht berechtigt ist. Ist mittlerweile der Strohmann verschwunden, so gibt es niemanden mehr, der verklagt werden könnte. Die Rechtslage ist faktisch zementiert. Ging es darum, die Herausgabeansprüche Dritter abzuwehren, so kann derjenige, der die Sache in Händen hält, sich darauf berufen, daß der passivlegitimierte Rechtsinhaber nicht greifbar sei. Daneben wird die eigentlich angestrebte Rechtslage im Verborgenen bezeugt und kann bei Bedarf, z. B. falls der Strohmann auf die Idee kommen sollte, „sein" Recht zu verlangen, als die „wahre" geltend gemacht werden. Mit einer ähnlichen Methode konnte auch erreicht werden, daß die Zahlung an einen Nichtberechtigten dem Gläubiger gegenüber unwirksam war. Der Schuldner mußte dann eben zweimal zahlen. Ein Beispiel aus Šaibānī's *ḥiyal*-Werk:

Ich fragte: „Was meinst du zu dem folgenden Fall: Jemand hat gegen einen anderen eine Forderung aus dem Verkauf von zwei Sklavinnen, die jede 50 Dinare kosteten. Der Schuldner hat einen

---

[8] Z.B. *Ḫaṣṣāf* S. 7 Nr.3-1 ff.; da diese Fälle recht kompliziert sind, werde ich darauf genauer im Zusammenhang mit dem Wucherverbot eingehen, s.u. Kapitel 15.6. Solche Verträge sind auch im europäischen Mittelalter als *contractus almohatrae* oder *ricorsa* geläufig gewesen.

[9] Vgl. nur *Schacht*, Introduction S. 139.

[10] *Šaibānī*, Ḥiyal S. 77 f. Nr.23, 7; *Ḫaṣṣāf*, S. 102 Nr.36, 6 f., S. 199 Nr.38,6.

Schuldschein nur in Höhe von 50 Dinaren ausgestellt und bestreitet nun die restlichen 50 Dinare, für die kein Schuldschein besteht. Der Gläubiger möchte nun jedoch von dem Schuldner die gesamten 100 Dinare eintreiben; gibt es dafür einen Weg (*ḥīla*)?" Er antwortete: „Ja, er soll einen Fremden, den niemand kennt, ermächtigen, das Geld einzuziehen und diese Ermächtigung öffentlich bezeugen lassen. Dann soll er den Ermächtigten im Geheimen rufen und von jemandem, dem er vertraut, bezeugen lassen, daß er die Ermächtigung wieder aufgehoben hat. Dann soll sich der Gläubiger entfernen. Währenddessen soll der Ermächtigte 50 Dinare einziehen. Wenn dann der Gläubiger zurückkehrt, kann er beweisen, daß er die Ermächtigung aufgehoben hat und noch einmal 50 Dinare von dem Schuldner verlangen." Ich fragte: „Und ist das (rechtlich) erlaubt (und wirksam)?" Er antwortete: „Ja." Ich fragte: „Und ist ihm (dem Gläubiger) das auch in seinem Verhältnis zu Gott erlaubt?" Er antwortete: „Ja."[11]

Die Leistung an einen Nichtberechtigten kann den Schuldner also offenbar nicht einmal unter derart undurchsichtigen Umständen befreien. Die Gefahr eines Mißbrauches ist hoch, kann aber durch religiöse Verpflichtungen im Rahmen gehalten werden. Diese treten aber dann zurück, wenn der Berechtigte sein Recht nicht auf dem „normalen" rechtlichen Wege realisieren kann. Dann darf er auch im Rahmen seiner religiösen Pflichten die Schwächen des Rechts ausnutzen. Recht und Religion kommen so wieder in Einklang.

Der oder die Betreffenden können mit Hilfe eines schriftlich niedergelegten Anerkenntnisses (*iqrār*) vor Zeugen die Rechtslage bis zu einem gewissen Grade in ihrem Sinne gestalten[12], denn das Anerkenntnis verändert die Rechtslage unmittelbar und bindet selbst ohne Rücksicht auf einen Rechtsgrund[13]. Zudem kann es auch außergerichtlich erklärt werden[14]. Es dient vor allem dazu, die Eigentumslage zu modifizieren[15] oder Schulden zu begründen, wo ein kausales Geschäft tatsächlich nicht zulässig wäre[16]. Das Recht, beziehungsweise im Prozeß der Richter, entscheidet nach dem Anerkenntnis; die Parteien erreichen auf diesem Wege, was sie wollen.

Hinter allen Möglichkeiten steht der Zeugenbeweis. Zeugen sichern die Ermächtigung und den Widerruf des Strohmannes; sie beurkunden das Anerkenntnis u.s.w. Die Zeugen müssen nur ein Faktum bezeugen, nicht jedoch die Wahrheit einer Rechtslage, die manipuliert sein kann. Das Recht, bzw. der Richter, muß ihr Zeugnis akzeptieren, vorausgesetzt, sie genügen den formalen Anforderungen an Zeugen[17]. Das gilt selbst dann, wenn der Richter vermutet, daß etwas faul sein könnte.

An einem Beispiel läßt sich das Ineinander von Zeugenbeweis, Anerkenntnis und der Einschaltung von vertrauenswürdigen Dritten verdeutlichen. An diesem Beispiel zeigt sich auch, daß ein wichtiges Anliegen der „Rechtskniff-Werke" war, den

---

[11] *Šaibānī*, Ḥiyal S. 79 Nr.23-18; weitere Beispiele bei *Ḫaṣṣaf* S. 8 Nr.4-4 f., S. 16 Nr.8-1.
[12] Beispiele: *Ḫaṣṣāf* S. 48 Nr.19-42, S. 105 Nr.40-2, S. 120 Nr.48-2, 48-3.
[13] *Marġīnānī* III S. 67, 156: *al-iqrār mūǧib li nafsihī*; vgl. zum Anerkenntnis unten Kapitel 10.1.
[14] Das war streitig; anderer Ansicht war Ibn Abī Laila, vgl. *Šāfiʿī* VII S. 103 Z.8.
[15] Der durch ein Anerkenntnis Begünstigte „wird" sofort Eigentümer, vgl. *Marġīnānī* III S. 190.
[16] Vgl. *Marġīnānī* III S. 138-164, S. 180-190: Das Anerkenntnis hat keine Wirkung zulasten anderer, es kann nur zu eigenen Lasten erklärt werden; der Erklärende kann ein Recht „anerkennen", obwohl er eigentlich nicht an seine Existenz glaubt, sondern es erst begründen möchte. Das Anerkenntnis ist also bis zu einem gewissen Grade abstrakt.
[17] S. o. Kapitel 6.

Parteien angesichts der Vielzahl der vertretenen Meinungen hieb- und stichfeste Transaktionen zu ermöglichen.

Jemand möchte eine Sklavin verkaufen, möchte aber sicher sein, daß der Käufer sie bei seinem Tod freiläßt. Der Verkäufer kann sich das aber nicht schon beim Verkauf zusichern lassen, eine solche „Bedingung" würde den gesamten Kaufvertrag nichtig machen[18]. Da nach der hanafitischen Rechtsschule eine Freilassung auf den Todesfall den Erklärenden aber schon dann bindet, wenn die Sklavin ihm noch gar nicht gehört, kann der Verkäufer den gleichen Effekt erreichen, wenn er dem Käufer diese Freilassungserklärung noch vor dem Kauf abnimmt. Um sich aber auch gegen die anderen Schulmeinungen abzusichern, sollte der Verkäufer darauf drängen, daß der Käufer vor Zeugen ein Anerkenntnis (*iqrār*) abgibt, worin er bekräftigt, daß er die Sklavin gekauft und sie aufschiebend bedingt durch seinen Tod freigelassen habe. Daran ist der Erklärende dann auf jeden Fall gebunden, selbst wenn er das Anerkenntnis noch vor dem Erwerb abgegeben hatte, denn man sieht ihm nicht an, daß es tatsächlich noch vorher abgegeben worden war. Die Sklavin erhält dann den Status einer *mudabbar*[19]. Das bedeutet, daß sie bis zum Tode des Käufers selbst das Recht hat, unter Verweis auf die bezeugte Freilassung auf den Todesfall einem Weiterverkauf zu widersprechen. Um jedoch auch dagegen gefeit zu sein, daß die Sache einem Richter vorgelegt wird, der den Verkauf einer *mudabbar* für zulässig hält, sollte der Verkäufer vor Vertragsabschluß darauf drängen, daß der Käufer vor Zeugen ein Anerkenntnis (*iqrār*) abgibt, daß er die Sklavin gekauft und daß sie ihm schon ein Kind geboren habe. Auch dieser Erklärung sieht man später nicht mehr an, daß sie vor dem Erwerb abgegeben wurde. Der daraus folgende Status der *umm walad* garantiert der Sklavin dann ihre Freilassung zum Zeitpunkt des Todes ihres Herrn und sichert sie umfassend gegen Weiterverkauf. Läßt sich der Käufer auf die Abgabe dieser Erklärungen vor Vertragsabschluß nicht ein, so kann der Verkäufer den Vertrag über das Doppelte des eigentlichen Kaufpreises abschließen und sich die Hälfte, also den eigentlichen Kaufpreis, bezahlen lassen. Die andere Hälfte kann er dann dem Käufer erlassen, sobald dieser die gewünschten Erklärungen abgibt. Um den Käufer dagegen abzusichern, daß der Verkäufer den Rest auch tatsächlich erläßt, empfiehlt es sich, einen Dritten als Treuhänder einzuschalten, dem beide vertrauen. Dieser erhält Vollmacht vom Verkäufer, die Sklavin dem Käufer auszuhändigen und den Rest des Kaufpreises zu erlassen, wenn der Käufer die Hälfte bezahlt und die geforderten Erklärungen abgegeben hat[20].

Genau besehen schreiben die hanafitischen Juristen aber nicht, um Recht und Religion voneinander zu trennen, indem sie mit „ganz legalen Tricks" die religiöse Wertung unterlaufen. Für sie sind die *ḥiyal* vielmehr ein Mittel, Religion und Recht im Einklang zu halten und dabei berechtigten Anliegen des täglichen Lebens entgegenzukommen. Die *ḥiyal* zeigen Wege auf, wie eine religiös nicht zu mißbilligende Absicht auf legalem Wege durchgesetzt werden kann. Daneben helfen sie auch, die Unwägbarkeiten auszugleichen, die sich aus der Vielzahl der von Richtern vertretenen Rechtsmeinungen ergeben.

---

[18] S. u. Kapitel 17.4.1. und 17.4.2.
[19] Dazu vgl. *Schacht*, Introduction S. 129.
[20] *Ḫaṣṣāf* S. 10 f. Nr.4 16-20.

In seiner recht wenig um allgemeine Ausführungen bemühten Einleitung zitiert Ḫaṣṣāf ein *ḥadīṯ*, in dem der Prophet den Austausch unterschiedlicher Qualitäten von Datteln zu ungleichen Mengen untersagt und statt dessen empfohlen hatte, zunächst die einen für Geld zu verkaufen und davon die anderen zu kaufen. Damit habe der Prophet den Menschen gezeigt, wie sie in der Verfolgung ihrer Ziele das Verbotene meiden und erlaubt handeln können. Was formal dem *ribā*-Verbot unterfallen müßte, kann durch einen Zwischenschritt aus dem Bereich des Verbotenen hinausgebracht werden.

Sarabsī[21] bemüht sich in seiner Kommentierung von Šaibānī's *ḥiyal*-Werk mit mehr theoretischem Aufwand, die *ḥiyal* zu rechtfertigen. Die meisten Rechtsgelehrten seien sich darin einig, daß die von Šaibanī überlieferten *ḥiyal* erlaubt seien; nur einige Irregeleitete (*mutaʿassifūn*) mißbilligten sie aus Unwissenheit und weil sie Koran und Sunna nicht genügend studiert haben. Sarabsī führt darauf einige Stellen aus dem Koran an, in denen Gott selbst „Kniffe" anwandte, oder ihre Anwendung empfahl. Auch aus der *sunna* des Propheten kann Sarabsī einige Beispiele zitieren. Es handelt sich vorwiegend um Eidkniffe und mehrdeutige Aussagen. Genau betrachtet, so fährt Sarabsī dann fort, seien alle Rechtsvorschriften, die das menschliche Zusammenleben (*al-muʿāmalāt*) regelten, von dieser Art. So sei ja die Heirat nichts anderes als ein Weg (*ḥīla*), zu der Frau zu kommen, die man begehrt, die Scheidung könne ein Mittel sein, sie wieder loszuwerden und der Widerruf der Scheidung sei ein Kniff, die Trennung aufzuheben, wenn man die Scheidung bereut. In allen diesen Fällen benutzt Sarabsī den Terminus *ḥīla* und kommt dann zu dem Schluß, daß derjenige, der die *ḥiyal* mißbilligt, in Wirklichkeit die Rechtsvorschriften selbst (*aḥkām aš-šarīʿa*) mißbilligt. So reiht Sarabsī die Rechtskniffe bruchlos unter die „normalen" Rechtsvorschriften ein. Sie erscheinen nicht als Umgehungen des „Gesetzes" sondern als sein integraler Bestandteil. Sein Fazit lautet: Die *ḥiyal*, mit deren Hilfe die Menschen sich vom Verbotenenen (*al-ḥarām*) fernhalten oder in den Bereich des Erlaubten (*al-ḥalāl*) gelangen können, sind gut (*ḥasan*); und nur diejenigen sind mißbilligt, mit denen man einem anderen ein ihm zustehendes Recht entziehen oder in Zweifel ziehen möchte, oder mit denen man ein nichtiges Recht vortäuschen will.

Wenn das Recht mit seinen starren Formalitäten der Realisierung von Absichten entgegensteht, die religiös gerechtfertigt oder zumindest nicht zu mißbilligen sind, so darf ebendieser Formalcharakter dazu ausgenutzt werden, solche Absichten durchzusetzen und rechtlich abzusichern. So gesehen sind die *ḥiyal* Mittel, mit denen Recht und Religion in Einklang gebracht und gleichzeitig anerkennenswerte Bedürfnisse des täglichen Rechtsverkehrs befriedigt werden können. Da aber für das Recht die Absichten, Motive und Zwecksetzungen der Parteien nicht zugänglich sind, können die *ḥiyal* nicht durch das Recht kontrolliert werden. Die Verantwortung dafür, daß sie auch nach religiösem Maßstab, „vor Gott", einwandfrei eingesetzt werden, liegt bei dem einzelnen Muslim. Auch Sarabsī sieht das Problem, daß die *ḥiyal* auch dazu mißbraucht werden können, religiös oder moralisch verwerfliche Ziele durchzusetzen. Das zeigt sich darin, daß er zwischen „guten" und „miß-

---

[21] *Sarabsī* XXX S. 209 f.; vgl. *Šaibānī*, Hiyal S. 87 ff.

billigten" *ḥiyal* differenziert. Doch vertraut er offenbar darauf, daß die Muslime sich ihrer Verpflichtung gegenüber Gott bewußt sind. Obwohl die *ḥiyal* Ausdruck der Differenzierung zwischen Recht und Religion sind, sind sie andererseits auch ein Zeichen dafür, daß Recht und Religion aufeinander angewiesen und bezogen sind. Das Recht muß von der Religion getragen werden; zu einer rechtlichen, einer „äußeren" Garantie, muß eine religiöse, eine „innere" kommen.

Die *ḥiyal* sind nach all dem nicht lediglich schmutzige Umgehungsgeschäfte, die Geist und Sinn des Gesetzes widersprechen[22]. Der „Geist und Sinn" des Rechts ergab sich aus der Religion, doch war er nicht immer eindeutig; „das Gesetz" gab es so gar nicht, jedenfalls lag es nicht völlig fest, sondern mußte mit Hilfe von Spezialisten ständig neu „gefunden" werden; manches entzog sich gar der menschlichen Verstandeskraft. Manche Geschäfte waren verboten, andere, die offenbar die gleiche Wirkung hatten, hingegen nicht. Wer konnte da etwas dagegen einwenden, daß die Menschen sich bemühten, das Verbotene zu meiden und sich auf diesen erlaubten Pfaden zu bewegen? Die Juristen als Spezialisten konnten ihnen dabei Hilfestellung geben[23]. „Gesetz" und *ḥiyal* schlossen einander nicht aus, sondern wurden durch die Religion versöhnt, vor der sich jeder einzelne für sein Verhalten zu rechtfertigen hatte. Die *ḥiyal* waren nicht etwas außerhalb des Rechts (als „Praxis") Stehendes, sondern sein integraler Bestandteil, die Konsequenz des formalen Charakters, den das Recht bei den Irakern (aber auch bei Šāfiʿī) erhalten hatte.

Damit sind die *ḥiyal* nicht Verfallserscheinungen, sondern im Gegenteil Ausdruck der Lebendigkeit von Recht und Religion[24], die gesellschaftliche Bedürfnisse aufnehmen und auf sie zu antworten versuchen. Die den *ḥiyal* gewidmete Literatur ist ein Zweig der rechtspraktischen Literatur[25], die sich bemühte, den Intentionen der Parteien durch das Gestrüpp von rechtlichen Fußangeln und Unwägbarkeiten vor allem durch die breit gestreuten Meinungsverschiedenheiten zu Einzelfällen, Geltung zu verschaffen. Dadurch antworteten sie auf Bedürfnisse der Gesellschaft und vor allem des Handels nach Rechtssicherheit und Kalkulierbarkeit des Rechts: „The inventors of the *ḥiyal* had to calculate the chances of legal validity to a nicety if the *kāḍī*, who was bound to the sacred Law, was not to upset the real effects of the business transaction which their customers, the merchants, had in mind, effects which depended upon the validity of every single element in an often complicated series of formal transactions. The activity of the authors of *ḥiyal*, catering for practice, shares this advisory and cautelary character with that of the early specialists who first elaborated the theory of Islamic law. The early specialists warned their

---

[22] Vgl. *Schacht*, Bergsträsser's Grundzüge S. 127: „Eine negative Folge des starr-autoritativ-irrationalen Charakters des islamischen Gesetzes besteht darin, daß es ohne Sinn verpflichtet und einen Buchstabengeist nährt, der nur den Buchstaben wahrt und darauf ausgeht, den Sinn, auch wenn er unbequem wird, unter Wahrung des Buchstabens zu umgehen."

[23] Eine Haltung, die uns auch heute noch nicht fremd ist. Von den Juristen wird erwartet, daß sie Interessen auf legalem Wege durchsetzen, selbst wenn Gesetze dagegen zu stehen scheinen. Auch bei uns blüht eine ähnliche „rechtspraktische Literatur". Erinnert sei hier nur an Werke wie „1000 ganz legale Steuertricks".

[24] So auch *Chehata*, Etudes S. 43 „preuve de la vitalité pratique du droit musulman."

[25] Neben der *šurūṭ*-Literatur (den Formularhandbüchern) und anderen speziellen Werken zu besonders relevanten Bereichen (z. B. Stiftungen *auqāf*).

contemporaries against acts incompatible with the Islamic way of life; the authors of the *ḥiyal* helped theirs not to conclude contracts which would be considered invalid by the fully developed system of Islamic law"[26]

Auf dem Wege der *ḥiyal* kam es jedoch nicht zur offenen Anerkennung der Praxis und zur Eingliederung praktisch gebräuchlicher Geschäfte in das Rechtssystem. Das Recht stellte mit seinen religiös abgesicherten Regeln zu starre Barrieren gegen das Eindringen von Gewohnheitsrecht auf. Um aufgenommen werden zu können, mußten Praktiken sich des Gewandes der vorgegeben Normen bedienen, oft einer Verkleidung, ja Maskierung. Als Einfallstor für den *law merchant*[27] waren die *ḥiyal* daher nur begrenzt wirksam. Sie künden nicht von einer engen Affinität von Recht und Praxis, einem Recht, das für praktische Bedürfnisse offen und flexibel genug ist, auch Gewohnheitsrecht oder Handelsbräuche zu absorbieren. Sie zeugen viel eher von einem Kompromiß zwischen religiös abgesicherten rechtlichen Anforderungen und praktischen Bedürfnissen („compromise of commerce"). Es ist keine Haltung, die offen die Werte und Bedürfnisse der Händler vertritt, sondern eine, die, wie wir schon an Šaibānī's *Kitāb al-kasb* beobachten konnten, vom Anspruch her streng, in der Ausführung aber kompromißbereit ist.

---

[26] *Schacht*, Introduction S. 80 f.
[27] So *Udovitch*, Partnership and Profit S. 252.

9. Der Kaufvertrag im Rahmen der Güterordnung

Die Erörterung des Kaufvertrages im islamischen Recht möchte ich mit einer Untersuchung des Gegenstandes von Kaufverträgen beginnen, Vermögen und Eigentum, um so den Kaufvertrag als Umsatzgeschäft in die allgemeine Güterordnung einordnen zu können. Ebensowenig wie diese Güterordnung völlig an den wirtschaftlichen Realitäten vorbei konzipiert sein kann, wird das islamische Recht dabei religiöse Ideale außer acht lassen können. Voranschicken möchte ich, daß das islamische Recht terminologisch nicht strikt zwischen Kauf- und Tauschvertrag unterscheidet – beides wird mit dem Substantiv *baiᶜ* ausgedrückt, das ich daher der Einfachheit halber mit „Kaufvertrag" übersetze.

9.1. Zur Entwicklung des Eigentumsbegriffs

Gegenstand, Objekt der Austauschverträge sind Bestandteile des Vermögens, vor allem das Eigentum. Der Koran setzt die grundsätzliche Unantastbarkeit des Vermögens voraus:

> Ihr Gläubigen! Bringt euch nicht untereinander in betrügerischer Weise um euer Vermögen! – Anders ist es, wenn es sich um ein Geschäft handelt, das ihr nach gegenseitigem Übereinkommen abschließt.[1]

Der letzte Satz nennt sogleich das Instrument, mit dem man an das fremde, grundsätzlich unantastbare Vermögen herankommen kann: den Vertrag, dessen maßgebliches Merkmal das „gegenseitige Übereinkommen" (*tarāḍin*) ist.

Die grundsätzliche Unantastbarkeit des Vermögens wird im Koran an einigen Stellen eingeschränkt, jedoch nie grundsätzlich in Frage gestellt. Man findet Hinweise darauf, daß das diesseitige Vermögen im Jenseits nichts zählt[2], daß man von seinem Reichtum etwas an Bedürftige abgeben bzw. spenden soll[3], daß man das Vermögen der Waisen nicht antasten soll[4]. Einige Güter werden vom Recht niemandem zugeordnet, sondern verbleiben im Allgemeingebrauch; dazu gehören Gras[5], Wasser, Feuer[6]. Die Güterordnung ist, mit allen Unterschieden zwischen den Menschen, gottgegeben:

---

[1] Sure 4/Vers 29 – Parets Übersetzung von „*bi 'l-bāṭil*" mit „in betrügerischer Weise" erscheint mir zu eng."*Bāṭil*" ist im Koran der Gegensatz zu „*ḥaqq*"; *ḥaqq* ist Gott und seine Anweisungen. Wer mit *ḥaqq* handelt handelt richtig, bzw. mit Recht. Der Passus müßte also etwa übersetzt werden mit „auf unrechte Weise", „ohne Recht". Der Inhalt des ersten Satzes findet sich auch in 2/188, 4/161, 9/34.

[2] Z.B. 18/46, 23/55 f., 24/33, 26/88.

[3] Z.B. 2/177, 24/33, 92/11.

[4] Z.B. 6/152, 17/34.

[5] Vgl. dazu *Šaibānī*, Ǧāmiᶜ Ṣaġīr S. 102 Nr.1.

[6] *Schacht*, Introduction S. 134.

Und wünscht euch nicht das, womit Gott die einen vor den anderen ausgezeichnet hat.[7]

Natürlich gibt es innerhalb des Islams und auch innerhalb des islamischen Rechts[8] Strömungen, die die Absolutheit des Eigentums relativieren, seine soziale Funktion betonen, oder es aus einer asketischen Haltung heraus ablehnen. Auch Šaibānī's Buch des Erwerbs versucht, die Grenzen der Eigentümerbefugnisse von einer religiösen Perspektive aus zu bestimmen[9]. Dennoch bleibt es zumindest bei den von uns untersuchten Juristen beim Grundsatz der ausschließlichen und unumschränkten Herrschaftsmacht des Eigentümers.

Den Terminus für Eigentum des „klassischen" islamischen Rechtes, *milk*[10], verwendet der Koran nicht ausschließlich in diesem allgemeinen Sinne[11], sondern für alle Arten von Herrschaftsverhältnissen, vor allem für solche über Personen. In seiner Bedeutung als Eigentum, als prinzipiell unbegrenzte Sachherrschaft, ist er eine Entwicklung der Rechtswissenschaft. Selbst die früheren Juristen verwenden den Begriff noch nicht technisch. Mālik und Šaibānī, die den Begriff sonst nicht im Sinne von „Eigentum" gebrauchen, wenden ihn primär auf das Herrschaftsrecht über Sklaven an. Zentral ist in diesem Zusammenhang der Fall, daß der Käufer einer Sklavin unter Vereinbarung einer verbotenen Nebenabrede gekauft hat, die ihm einen Teil der sonst unbeschränkten Befugnisse vorenthält, wie zum Beispiel die Verpflichtung, sie nicht weiterzuverkaufen[12]. Der Käufer darf dann nicht mit ihr den Koitus vollziehen, weil der Verkäufer ihm nicht das volle Herrschaftsrecht übertragen hat (*liannahū lam yumlikhā milk^an^ tāmm^an^*)[13]. Der Begriff *milk* scheint seine umfassende Bedeutung als „Eigentum" also durch eine Ausweitung der Bedeutung aus dem ursprünglichen Begriff einer unumschränkten Herrschaft über Personen (Sklaven) erhalten zu haben, in der er schon im Koran auftaucht. Es sind allerdings auch bei den frühen Juristen Anzeichen für eine breitere Verwendung des Begriffes spürbar: An einigen Stellen[14] verwendet Šaibānī das Verb vom Stamm *m-l-k*, um die Herrschaft über Sachen zu bezeichnen. Ansonsten wird die aus dem Eigentum folgende Zuordnung nur umschrieben, nicht benannt.

---

[7] 4/32. Vgl. auch 74/12: „und dem ich ein beträchtliches Vermögen gegeben habe".

[8] So zum Beispiel der schon erwähnte hanbalitische Reformer Ibn Taimīya, vgl. *Laoust*, Essai S. 436 ff.: Das Eigentum soll den Menschen befähigen, Gott zu dienen. Es steht im Dienste Gottes und hat eine soziale Funktion; ein Mißbrauch der Eigentümerbefugnisse kann den Staat zum Einschreiten berechtigen.

[9] S. o. Kapitel 3.2.

[10] Vgl. *Delcambre*, Art."MILK", in EI², Vol.7, S. 60 f.

[11] Der Koran verwendet das Verb aus dem gleichen Stamm m-l-k für die Sklavinnen im erlaubten Konkubinat („was deine Rechte besitzt") z. B. 4/3, 33/50; ansonsten bezeichnet der Stamm ein Herrschaftsverhältnis, vor allem die Königsherrschaft und auch die Herrschaft Gottes (vgl. 2/102, 2/107, 2/247, 3/26, 4/53, 5/25, 7/188, 10/49, 27/23, 72/21).

[12] S. u. Kapitel 17.4.1. und 17.4.2.

[13] *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 526. Ebenso auch bei *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 616 nach Nr.6. Den gleichen Fall bespricht *Šaibānī* in Aṣl S. 97 Nr.1 und Muwaṭṭa' S. 279 f. Nr.790 f. ebenso wie *Abū Yūsuf*, Iḫtilāf S. 18 Z.3 (=*Šāfiʿī* VII S. 92 Z.3) allerdings ohne den Begriff *milk* oder eine Ableitung zu gebrauchen. Vgl. auch *Šaibānī*, Aṣl S. 327 Nr.6, wo *milk* für das Herrschaftsrecht über Sklaven verwendet wird.

[14] Z.B. *Šaibānī*, Aṣl S. 91 Nr.14, S. 327 Nr.6; *ders.*, Muwaṭṭa' S. 284 nach Nr. 805.

Šāfiʿī[15] hat den Begriff eindeutig von seiner ursprünglichen Bedeutung ausgehend auf jede Art der Sachherrschaft abstrahiert. Auch der Hanafit Ṭaḥāwī[16] verwendet *milk* in einem allgemeinen Sinne als Eigentum, von dem die Herrschaft über Sklaven nur noch ein Unterfall ist.

9.2. Kaufvertrag und Eigentum

Ausgangspunkt für das Vertragsverständis ist der Grundsatz der Unantastbarkeit der Güterzuordnung, die religiös begründet und rechtlich abgesichert ist. Zu dem „negativen Aspekt" des Eigentums, seiner Unantastbarkeit, tritt ein „positiver": die unumgrenzte Herrschaftsmacht des Eigentümers, die sich auch in seiner unumschränkten Veräußerungsbefugnis äußert. Der Kaufvertrag dient dabei als Instrument, eine feste Zuordnung aufzuheben und bei einem anderen neu zu begründen. Nur durch die Gegenleistung wird etwas aus dem Eigentum des anderen herausgelöst:

Nur für das, was man selbst zu Eigentum hat, schuldet man keine Gegenleistung.[17]

Die Respektierung des Austauschergebnisses, der neubegründeten Zuordnung, fällt wieder mit dem Schutz des Eigentums zusammen.

Auch Šāfiʿī geht von der Unantastbarkeit des Vermögens aus[18]: Das Vermögen (*māl*) eines Mannes ist ebenso wie die Frauen allen anderen Menschen verboten (*muḥarram*[19] bzw. *mamnūʿ*[20]), es ist unantastbar. Es kann für sie aber durch eine zulässige Übertragung, durch einen Kaufvertrag oder eine Schenkung, „erlaubt gemacht" werden, ebenso wie die Frauen durch Heirat oder durch Erwerb als Sklavin dem Manne erlaubt werden. Ein „verbotener Kaufvertrag", also einer, der gegen ein Verbot verstößt (oder eine „verbotene Heirat") kann diese grundsätzliche Unantastbarkeit nicht aufheben.

Dadurch daß die Güterzuordnung religiös fundiert und abgesichert ist, erhält auch der Kaufvertrag eine religiöse Sanktion: Er ist das Mittel, Vermögensgegenstände auf einen anderen zu übertragen. Er kann die ausschließliche Zuordnung der Güter zu einer Person lösen und sie bei einer anderen wiederherstellen: Gott erlaubte den *baiʿ*. Durch ihn hat Gott dem Käufer erlaubt gemacht, was er noch nicht zu Eigentum hatte.[21]

Die gleiche Idee klingt auch bei Sarabsī an:

Gott machte das Vermögen (*al-māl*) zum Mittel des beständigen Wohlergehens der Menschen auf der Welt und er schuf den Handel (*at-tiǧāra*), um es zu erwerben; denn das, was jeder einzelne

---

15 Vgl. z. B. *Šāfiʿī* VII S. 91 Z.11.
16 Z.B. *Ṭaḥāwī* S. 82 f., 85 f.
17 *Sarabsī* XIII S. 87 Z.7.
18 *Šāfiʿī* VII S. 265 ff.; *ders.*, Risāla S. 343 ff.; vgl. auch *Šāfiʿī* III S. 195 Z.25; vgl. auch oben 7.3.1.
19 *Šāfiʿī*, Risāla S. 348.
20 *Šāfiʿī* VII S. 266 Z.26.
21 *Šāfiʿī* III S. 5 Z.4.

braucht, ist nicht überall erlaubt (*mubāḥ*, gemeint ist: „herrenlos") und es mit Gewalt an sich zu nehmen, ist von Übel (*fasād*). Gott aber mag das Übel nicht. Das ist der Sinn von Gottes Wort: „Ihr Gläubigen! Bringt euch nicht untereinander in betrügerischer Absicht um euer Vermögen! – Anders ist es, wenn es sich um ein Geschäft handelt, das ihr nach gegenseitigem Übereinkommen abschließt." (K 4/29)[22]

Hier zeigt sich der Dreiklang von Religion, Recht und Wirtschaft: Aus der Religion folgt die objektive, dem Menschen nicht verfügbare Ordnung, die vom Recht im Diesseits abgesichert wird und die sich in der Gestaltung des Wirtschaftslebens auswirkt. Je nach Einstellung könnte man die Pyramide auch anders herum bauen: Die vorgefundene Wirtschaftsordnung wird religiös überhöht und rechtlich abgesichert.

Basis des Vertrages ist schon nach dem Koran der Wille der Parteien, ihr „gegenseitiges Einvernehmen" (*tarāḍin*); das gilt auch für das Recht:

Ein Gegenstand (*ᶜain*) verläßt sein (scil.: des Eigentümers) Eigentum auf dem Weg des Handels (*bi tarīq at-tiǧāra*) erst, nachdem seine (scil.: des Eigentümers) Zustimmung (*riḍā*) vollständig ist[23].

Für die Juristen steht jedoch ein anderes Moment im Vordergrund. Sie definieren den Kaufvertrag als Austausch eines vermögenswerten Gutes gegen ein anderes[24] (*do ut des*). Darin ist er die Urform aller anderen Vertragstypen, „le contrat type"[25]: Alle Austauschverträge werden ihm nachgebildet und als eigene Formen der Übertragung bestimmter Rechte angesehen[26]. Von den anderen Vertragsarten hebt der Kaufvertrag sich dadurch ab, daß bei ihm die gegenseitige Übertragung von Vermögenswerten am vollständigsten, nämlich durch Übereignung, vollzogen wird. Zweck des Vertrages sei es, die unbeschränkte Verfügungsgewalt an der Sache des anderen zu erlangen[27], und zwar beidseitig; Grund des Vertrages (*mūǧib al-ᶜaqd*) sei also die für beide Vertragsparteien gleichzeitige Eigentumsübertragung an beiden Austauschobjekten[28]. Deshalb sind Nebenabreden (*šurūṭ*), die den gleichzeitigen und vollständigen Austausch, den Grund und Zweck des Vertrages (*mūǧib al-ᶜaqd*), hindern, nach der späteren Systematisierung grundsätzlich verboten[29]. In den früheren Texten erscheint diese Sicht der Dinge in den konkreten Problemlösungen, vor allem dem schon erwähnten Fall des Verkaufs einer Sklavin unter der Bedingung, daß ihr Erwerber sie nicht weiterverkaufe[30]. Šāfiᶜī fordert allgemein, daß das Eigentum an

---

[22] *Sarahsī* XII S. 108; teilweise übersetzt bei *Udovitch*, Islamic Law and the Social Context of Exchange in the Medieval Middle East, History and Anthropology 1 (1985), S. 458 f.; vgl. oben Kapitel 3.1.

[23] *Sarahsī* XIII S. 65 Z.6.

[24] *Sarahsī* XII S. 109 Z.13; *Marġīnānī* III S. 42 Z.4.

[25] *Chehata*, Theorie S. 113; vgl. *ders.*, Etudes S. 160; *Schacht*, Introduction S. 151 f.; *Johansen*, Sacred and Religious Elements S. 291

[26] Vgl. z. B. die Behandlung der *iǧāra*, die sowohl Miet- als auch Dienstverträge umfaßt, bei Qudūrī S. 52: „Die *iǧāra* ist ein Vertrag über (den Austausch von) Nutzungen gegen einen Gegenwert. . .Alles, was beim Kaufvertrag ein Preis sein kann, darf auch bei der *iǧāra* als Preis vereinbart werden."; vgl. dazu unten Kapitel 17.3.2.

[27] *Marġīnānī* III S. 63 Z.12: „*lianna 'l-fā'ida 'l-maṭlūba innamā huwa 't-tamakkun min at-taṣṣarruf*"

[28] *Samarqandī* II S. 69: „*ṯubūt al-milk fī 'l-ᶜiwaḍaini maᶜan*"; vgl. *Kāsānī* V S. 233 Z.13, S. 292 Z.18.

[29] Vgl. nur *Sarahsī* XIII S. 14 Z.21; *Samarqandī* a.a.O.; *Marġīnānī* III S. 48 und unten Kapitel 17.4.1. und 17.4.2.

[30] S. o. Kapitel 8. und 9.1.; vgl. *Šaibānī*, Aṣl S. 97 Nr.1; *ders.*, Muwaṭṭa' S. 279 f. Nr.790 f.; *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 616 Nr.5 f.; *Abū Yūsuf*, Iḫtilāf S. 18 Z.3 (= *Šāfiᶜī* VII S. 92 Z.3).

der Ware, für die man einen Gegenwert vom Vertragspartner erhalten hat, vollständig übertragen werde[31]:

Wenn ich mir das zu seinen (scil.: des Käufers) Lasten ausbedinge, so habe ich das *milk* um einen Teil gekürzt. Ich darf es (scil.: das *milk*) ihm aber gegen eine Gegenleistung nur als vollständiges *milk* übereignen.

Daraus ergibt sich für Šāfiʿī, daß in einem Kaufvertrag grundsätzlich nichts vereinbart werden darf, was den sofortigen Eigentumsübergang an einem Austauschobjekt verhindern würde. Das Eigentum ist also begrifflich ein prinzipiell unumschränktes Herrschaftsrecht, dazu gehört auch die unumschränkte Verfügungsbefugnis. Weniger zu übertragen ist im Wege des Kaufvertrages schon begrifflich nicht möglich, denn dieser strebt ja gerade die vollständige Übertragung des Vollrechts an. Als Mittel zur gegenseitigen Eigentumsübertragung ist der Kaufvertrag eine „Funktion des Eigentums"[32]

9.3. Vom Eigentum zur „Ware"

Funktion des Kaufvertrages ist es, grundsätzlich unantastbare Vermögensbestandteile aus der Zuordnung zu einem Eigentümer zu lösen, und im Wege des Austausches die Zuordnung bei dem neuen Eigentümer zu begründen. Das Eigentum wird durch den Kaufvertrag zur Ware kommerzialisiert. Der Kreis solcher möglichen Objekte des Kaufvertrages ist weit gezogen:

Alles, woraus man einen Nutzen ziehen darf, darf man auch verkaufen.[33]

Nur das, was man in keiner Hinsicht nutzen darf, kann nicht Objekt eines Kaufvertrages sein[34]. Es hat keinen Wert. Der Wert wird vor allem in der Terminologie der späteren Juristen zum wesentlichen Merkmal der Ware; Waren sind *māl mutaqawwim*, bewertbares Vermögen, vermögenswerte Gegenstände[35]. Wenn Gegenstände einen Wert haben, so ist derjenige, der sie zerstört, dem Eigentümer zum Wertersatz verpflichtet. Auch Gegenstände, die zu essen mit einem Verbot aus dem Munde des Propheten belegt ist, können Objekt eines Kaufvertrages sein, wenn sie in irgendeiner anderen Hinsicht nutzbar sind. So zum Beispiel ein Jagdhund, den man nicht essen, wohl aber anerkanntermaßen nutzen darf[36]. Bei Wein und berauschenden Getränken ist allerdings nicht nur der Genuß verboten, sondern auch deren Ver-

---

[31] *Šāfiʿī* VII S. 91 Z.11, vgl. auch S. 92 Z.4.

[32] Den Ausdruck hat *Meyer-Maly*, Privatautonomie und Selbstverantwortung, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 14 (1989), S. 275 in anderem Zusammenhang geprägt.

[33] *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 772.

[34] Beispiele für verbotene Kaufvertragsobjekte nach *Šaibānī*, Aṣl: freie Menschen, Sklaven eines bestimmten Status (*mukātab*, *mudabbar*, *umm walad*), Schweine, Aas oder falsch geschlachtetes Fleisch, Wein S. 86 f. Nr.4,5,6; Blut und Aas S. 221 Nr.20,21. Vgl. auch die Aufstellung in *ders.*, Ǧāmiʿ Ṣaġīr S. 102 Nr.1 ff.

[35] Nachweise für die Terminologie z. B. *Sarahsī* XII S. 109 Z.13, S. 193 Z.21, XIII S. 132 Z.25; *Marġīnānī* III S. 42 Z.4; vgl. auch *Johansen*, Sacred and Religious Elements S. 291.

[36] *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 757 ff.; dagegen aber *Mālik*, Muwaṭṭaʾ II S. 656 Nr. 68.

kauf[37]. Dieses Verbot gilt jedoch nur für Muslime. Christen, die Wein ebenso wie Schweinefleisch verwenden dürfen, dürfen auch damit handeln. Da sie beides essen dürfen, hat es für sie ja einen Wert und kann für sie Ware sein. Ansonsten stehen die Christen den Muslimen in Kauf und Verkauf völlig gleich[38]. Sie dürfen selbst einen muslimischen Sklaven kaufen und erwerben daran auch Eigentum, obwohl ihnen verboten ist, sich einen zu halten; sie werden lediglich gezwungen, den Sklaven sofort wieder zu verkaufen[39]. Das heißt: Handeln dürfen sie mit Muslimen, nur benutzen dürfen sie sie nicht. Das Eigentum ist heruntergekürzt auf die bloße Möglichkeit, aus ihm Gewinn zu ziehen. Lediglich der Wert der Sache interessiert, er ist für den Kaufvertrag das einzig entscheidende Kriterium.

Der Kaufvertrag ist also definiert als Austausch vermögenswerter Gegenstände; das schließt auch den Tauschvertrag ein. Eine vermögenswerte Sache kann im Wege des Kaufvertrages nur dann aus der Zuordnung zu einem Eigentümer gelöst werden, wenn der Erwerbende im Gegenzug selbst einen vermögenswerten Gegenstand überträgt. Anders formuliert: Ein wertvoller Gegenstand kann nur mittels eines anderen wertvollen Gegenstandes ausgelöst werden.

Der Kaufvertrag hat jedoch auch eine gesamtgesellschaftliche Dimension. Das klang schon oben in dem Zitat von Sarabsī an: Der Handel ist das Mittel, mit dem man sich solche Sachen anderer zugänglich machen kann, die man braucht, die man jedoch selbst nicht hat. Instrument des Handels ist der Kaufvertrag. Auch in dem schon oben besprochenen *Kitāb al-kasb* des Šaibānī erscheint, wenn schon nicht der Kaufvertrag selbst, so doch die Idee der Arbeitsteilung und gegenseitigen Abhängigkeit der Menschen: Die Menschen können nicht anders als zusammenarbeiten, um ihre Grundbedürfnisse zu befriedigen. Gott hat den Erwerb zur Basis des Fortbestandes der Welt gemacht[40]. Besonders deutlich erscheint diese Funktion des Gütertausches in einer arbeitsteiligen Gesellschaft in der Konzeption des Geldes, die deshalb in einem etwas längeren Exkurs dargestellt werden soll.

9.4. Das Geld[41]

Geht man von einer allgemeinen Definition aus, so ist Geld der Archetypus des vermögenswerten Gutes. Als das allgemeinste Tauschmittel, als ein Gut das (fast) jeder will, erleichtert das Geld die Teilnahme am wirtschaftlichen Tauschprozeß."

---

[37] *Šaibānī*, Muwaṭṭa' S. 248 f. Nr.713 f.; *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 845 ff. Nr.12, 15; andere Überlieferung gleichen Inhalts bei *Abū Yūsuf*, Āṯār S. 227 Nr.1007.

[38] *Šaibānī*, Aṣl S. 221 Nr.20.

[39] *Šaibanī*, Aṣl S. 213 ff. Nr.1 ff.

[40] *Šaibānī*, Kasb S. 26, 43 f.; s.o. Kapitel 3.2.

[41] Vgl. dazu *Ashtor*, Prix S. 39-41; *Brunschwig*, Conceptions monétaires chez les juristes musulmans (VIIIe-XIIIe siècles), Arabica 14 (1967), S. 113; *Ehrenkreutz*, Studies in the Monetary History of the Near East in the Middle Ages, JESHO 2 (1959), S. 128 und 6 (1963), S. 243; *Goitein*, MS I S. 229-240, 368-392; *Grohmann*, Einführung und Chrestomathie zur arabischen Papyruskunde I, 1955, S. 190-214; *Miles*, Art. „DINĀR", in in EI^{2}, Vol.II, S. 297-299 und Art."DIRHAM", ebd. S. 319 f.; *Wakin*, The Function of Documents S. 86-88.

Sofern Geld gilt, repräsentiert es einen bestimmten, vertretbaren Bestand an Waren und dient als allgemeiner Maßstab des Wertes der verschiedenartigsten Güter. Da es nicht verdirbt, hilft es, Werte aufzubewahren und Kaufkraft in die Zukunft zu übertragen. Dadurch wiederum erleichtert es die Spekulation, also ein Verhalten, das Preis-, Zins- und Kursunterschiede in zeitlicher und geographischer Hinsicht ausnutzt. Grundlage seiner Geltung ist das Vertrauen in die Beständigkeit seines Wertes und seiner allgemeinen Akzeptanz. Dieses Vertrauen kann sich auf den Eigenwert der Münzen gründen; es kann aber auch darauf basieren, daß ein potenter und vertrauenswürdiger Garant hinter der Währung steht; heute ist das – mit wechselndem Erfolg – der Staat.

Die Konzeption des Geldes ist also Bestandteil des Systems, mit dem eine Gesellschaft den Austausch vermögenswerter Güter ordnet. Diese Konzeption sagt viel über die Struktur der Wirtschaft aus, der es dient. Insofern, als sich diese Konzeption im Recht widerspiegelt, befinden wir uns an der Schnittstelle von Recht und Wirtschaft. In dem Maße, in dem die rechtlichen Vorschriften religiös fundiert sind, kommt auch die religiöse Dimension hinzu.

Geld waren in der islamischen Welt vor allem der Golddinar und der Silberdirham. Beide wurden grundsätzlich nebeneinander verwendet, mit regionalen Unterschieden. So wurden in Syrien und Ägypten die Goldmünzen, Dinare, bevorzugt, während der Irak ein ausgesprochenes „Silberland" war[42]. Während der Dinar zumindest bis gegen Ende der Abbasidenzeit weitgehend seinen Standard hielt[43], war der Dirham großen Schwankungen je nach Zeit und Ort unterworfen[44]. Daneben waren auch Kupfermünzen (*fulūs*) im Umlauf[45], deren Prägung allerdings dezentralisiert war; so gab es für Gewicht und Feingehalt dieses Kleingelds keine Vorgaben. Ihr Verbreitungsgebiet war dementsprechend auch regional stark beschränkt und die umlaufende Menge der *fulūs* kaum kontrolliert. Überversorgung oder ein Wechsel des Standards konnten die bisherigen Münzen auf einmal wertlos werden lassen. Die *fulūs* waren damit „a completely fiduciary currency"[46]. Ihr Nennwert war größer als ihr Materialwert und beruhte nur auf Konvention.

Für die Wirtschaft des Mittelmeerraums zwischen dem 10. und 13. Jahrhundert läßt sich nachweisen, daß zur gleichen Zeit oft mehrere Münzsorten unterschiedlichen Wertes im Umlauf waren, deren Wert schwankte[47]. Zwar herrschte jeweils die lokale oder regionale Prägung vor, doch waren natürlich wegen des Fernhandels auch andere Sorten im Umlauf; hinzu kamen ältere, abgegriffene Münzen, die an Wert eingebüßt hatten. Geldwechsler, die die Kurse im Auge und verschiedene Münzsorten bereit hielten, waren auf dem Markt also wichtige Leute.

---

[42] *Brunschwig*, a.a.O. S. 128, 134.

[43] *Ashtor*, Prix S. 40; *Miles*, Art. „DINĀR", a.a.O.; zu den dennoch nicht unerheblichen Schwankungen im Standard vgl. die eingehenden Untersuchungen von *Ehrenkreutz*, JESHO 2 (1959), S. 128 ff., JESHO 6 (1963), S. 243 ff.

[44] *Ashtor*, a.a.O.; *Miles*, Art."DIRHAM", a.a.O.; vgl. Wakin, The Function of Documents S. 87.

[45] *Udovitch*, Art."FALS", in EI², Vol.II, S. 768 f.

[46] *Udovitch*, Partnership and Profit S. 53.

[47] *Goitein*, MS I S. 234.

Ansätze einer Geldtheorie finden sich unter anderem in dem oben schon erwähnten Handelsbuch Dimišqī's[48]: Die Arbeitsteilung, die ein Produkt der unüberschaubaren Vielzahl menschlicher Bedürfnisse sei, erfordere, daß die Menschen zusammenarbeiten. Die Zusammenarbeit wird aber dadurch kompliziert, daß weder zeitlich, noch ihrer Art nach die menschlichen Bedürfnisse so zusammenpassen, daß ein allgemeiner Austausch jederzeit und überall möglich wäre. Daher braucht man ein allgemeines Zahlungsmittel, das als Wertmesser für alle Güter dienen kann, das Geld. Dafür haben „die Alten", also frühere Generationen, aufgrund ihrer natürlichen Vorzüge Gold und Silber bestimmt.

Wenn jetzt jemand diese beiden Substanzen besaß, dann hatte er gleichsam alle die verschiedenartigen Dinge, deren er bedurfte, zu jeder gewünschten Zeit in der Hand. Deswegen ist das „stumme Gut" zum Bedürfnis der Lebensführung geworden.[49]

Darin sind die oben angesprochenen verschiedenen Funktionen des Geldes anschaulich zusammengefaßt. Ritter zieht eine Linie von diesen Ausführungen, die wie er hervorhebt „nicht isoliert in der arabischen Literatur stehen"[50], bis hin zu dem „1. Kapitel von Plato's *Politik* und verwandte(n) Äußerungen griechischer Autoren." Als direkten Vorläufer macht er den „nicht übermäßig bekannte(n), angebliche(n) Pythagoräer Bryson" aus[51].

Auch wenn wir bei den islamischen Juristen keine allgemeine Theorie des Geldes finden, so läßt sich doch von ihrer Behandlung des Geldes als rechtliches Problem auf eine bestimmte Vorstellung von Wesen und Funktion des Geldes schließen. Ihre Vorstellungen entwickelten sich aber immer in Reaktion auf und im Zusammenhang mit dem Verbot des *ribā* (Wucher), das wir im einzelnen weiter unten zu betrachten haben[52]. Mancher rechtliche Spagat läßt sich vor dem Hintergrund des Wucherverbotes besser verstehen. Grundlegend ist, daß Gold gegen Gold ebenso wie Silber gegen Silber nur zu exakt gleichen Mengen ausgetauscht werden kann; das Mengenverhältnis muß nach Gewicht bestimmt werden[53]. Das erschwert schon einen Austausch von Münzen nach Zahl, was ja eigentlich gerade den Vorteil von Münzen ausmacht. Hinzu kommt, daß der Verarbeitungszustand des Edelmetalles nicht berücksichtigt werden darf: Ein Goldring muß gegen Rohgold zu gleichem Gewicht ausgetauscht werden.

Weiter kompliziert wird die Rechtslage dadurch, daß alle wucherfähigen Güter nur bar ausgetauscht werden können, also sofort und nicht auf Frist. Den Kreis dieser wucherfähigen Gegenstände bestimmen die Schulen im einzelnen unterschiedlich, auf jeden Fall dazu gehören jedoch Gold und Silber, sowie die Grund-

---

[48] *Ritter*, Ein arabisches Handbuch der Handelswissenschaft, Der Islam 7 (1917), S. 47 ff. (Übersetzung), S. 5 (Zusammenfassung).
[49] *Ritter*, a.a.O. S. 50.
[50] *Ritter*, a.a.O. S. 8.
[51] *Ritter*, a.a.O. S. 12.
[52] S. u. Kapitel 15.
[53] *Šaibānī*, Aṣl S. 121 Nr.10; *Qudūrī* S. 42; *Sarahsī* XII S. 183 Z.3: Selbst wenn der usus unter den Menschen ein anderer ist und sie etwa bearbeitete Goldgefäße gegeneinander nicht nach Gewicht unter Berücksichtigung des Gebotes der Mengengleichheit austauschen, so ändert das nichts, denn das Kriterium des Wiegens ist dem Gold durch autoritative Texte (*ḥadīṯe*) zugeschrieben, die kein Brauch abrogieren kann.

nahrungsmittel Weizen, Gerste, Datteln, Salz. Alle Schulen trennen aber mit unterschiedlicher Begründung Gold und Silber ab und weisen sie einer eigenen Gattung zu. Gold kann gegen Silber zwar nur sofort ausgetauscht werden, das hat Konsequenzen für das Wechselgeschäft (*ṣarf*); sowohl Gold als auch Silber kann jedoch auf Termin gegen andere Waren und eben auch gegen andere wucherfähige Gegenstände getauscht werden. Dabei ist sowohl der Kreditkauf als auch der Lieferungskauf (*salam*) zulässig. Geld war für die islamischen Juristen keine „unfruchtbare" Substanz, sondern anerkanntermaßen nutzbar. Sie sprechen an mehreren Stellen davon, daß jemand aus einem Geldbetrag „Nutzen zieht"[54]. Eine andere Sicht wäre auch völlig weltfremd gewesen. Vor allem die verschiedenen Gesellschaftsformen boten in der damaligen Händlergesellschaft interessante Investionsmöglichkeiten[55]; aber auch in den spekulativen Ankauf von Waren wurde häufig Geld gesteckt. Die Vorstellung, daß das bloße Haben von Geld schon einen Vermögenswert darstellt, war den Juristen nicht fremd. Dennoch kam eine Entgeltung dieses Vorteils im Rahmen eines Austauschvertrages wegen des Wucherverbotes nicht in Frage: Gold mußte sofort mit der gleichen Menge Goldes entgolten werden; auch Silber konnte nur sofort gegen Gold getauscht werden. Ein Kredit war nur als unentgeltlicher außerhalb der Regeln für den Austauschvertrag möglich.

Das Recht schreibt dem Geld die Funktion zu, Wertmaßstab aller Dinge zu sein. Hinter jeder Sache steht ihr Wert (*qīma*). Der Wert wird in Geld angegeben. Das Geld vertritt damit gewissermaßen die Sachen:

Wenn ich eine Sache zerstöre, die einem anderen gehört, so schulde ich (ihm) ihren Wert in Dinaren oder Dirhams, denn sie sind die (bzw. das Maß der) Preise (*al-aṯmān*) für jeden Vermögensbestandteil eines Muslims[56].

Bei einem späteren Juristen lesen wir das ausgedrückt in einem Wortspiel:

Der Wert einer Sache ist das, was für sie steht, er wird deshalb Wert, *qīma*, genannt, weil er den Platz für etwas anderes hält (*li hāḏā summiya qīma li qiyāmihī maqām ġairihī*)[57].

„Hinter" einer jeden Sache steht also ihr Wert, der in Geld meßbar ist und der hervortritt, wenn die Sache selbst nicht mehr verfügbar ist. Letztlich reduziert sich jedes Eigentum also auf den dahinterstehenden Geldwert. Für das Recht ist nur dieser Wert, und nicht irgendwelche immateriellen Affektionsinteressen von Bedeutung.

Dabei unterscheiden die Juristen zwischen Wert (*qīma*) und Preis (*ṯaman*), wenn auch das Wort *ṯaman* gelegentlich in der Bedeutung von „Wert" verwendet werden kann. Der Wert einer Sache wird objektiv, letztlich über den Markt, bestimmt. Diesen Wert können die Parteien jedoch in ihrem Vertrag durch die Festsetzung eines Preises verdrängen, der nur in ihrem Verhältnis und nur solange wie die vertragliche Beziehung andauert als Maß der verkauften Sache Gültigkeit hat[58]. Der

---

[54] Z. B. *Šāfiʿī* III S. 7 Z.13 „*intafaʿa 'l-bā'iʿ bi 'l-māl*" – der Verkäufer hat schon Nutzen aus dem „Kapital" (dem Kaufpreis) gezogen; ähnlich *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 659.
[55] S. o. Kapitel 2.3.1.
[56] *Šāfiʿī*, Risāla S. 527 f.
[57] *Kāsānī* V S. 233 Z.26.
[58] Für diese Unterscheidung gibt es viele Beispiele schon in *Šaibānī's* Kitāb al-aṣl, vgl. nur S. 147 Nr.53, S. 290 Nr.7, S. 301 ff. Nr.18 ff., S. 331 Nr.15; vgl. auch *Šāfiʿī* VII S. 88 Z. 32.

Wert einer Sache wird immer in Geld ausgedrückt; es steht aber den Parteien frei, als Preis etwas anderes einzusetzen, wie zum Beispiel eine andere Ware beim Tausch.

Im Unterschied zu anderen Gegenständen läßt sich der Wert von Gold und Silber nicht in anderen Gegenständen ausdrücken, sondern ergibt sich unmittelbar aus ihrem Gewicht[59], das ist eine Konsequenz des *ribā*-Verbotes. Anders als Waren sind die Wertmesser zumindest dem Ideal nach keinen Preisschwankungen unterworfen[60]. Tatsächlich variierten jedoch sowohl die Wechselkurse zwischen Dinaren und Dirhams, als auch die der verschiedenen Arten von Dinaren und Dirhams untereinander[61].

Nach Sarabsī ist die Eigenschaft als Zahlungsmittel (*ṯamanīya*) der (rechtfertigende) Grund, bzw. der Zweck (*maqṣūd*) von Dinaren und Dirhams[62]. Für die späteren Hanafiten sind Dinare und Dirhams „die Zahlungsmittel schlechthin" (*al-aṯmān al-muṭlaqa*)[63]. Man benutzte zwar auch andere Dinge, wie etwa Kupfer, als Zahlungsmittel, doch haben unter allen Zahlungsmitteln Gold und Silber eine Sonderstellung. Die späteren Hanafiten stellen als Charakteristikum von Gold und Silber heraus, daß beides nicht konkretisierbar sei (*la yataᶜayyanu bi 't-taᶜyīn*)[64]. Geld kann man nur abstrakt beschreiben nach Gattung (*ǧins*), Art (*nauᶜ*), Eigenschaft (*ṣifa*) und Menge (*qadr*)[65]. Das hat einige Konsequenzen: Geht das Geld vor der Übergabe an den Verkäufer unter, so bleibt der Käufer weiter verpflichtet, selbst wenn sie als Preis bestimmte Geldmünzen vereinbart hatten. Geld ist nur ein Platzhalter, Ausdruck der Wertschätzung. Es wird nie um seiner selbst willen begehrt[66], sondern ist nur ein „Mittel" (*waṣīla*)[67]. Daraus folgt für die Hanafiten, daß Geld nie Kaufobjekt sein kann[68]. Das wird schon bei Šaibānī angedeutet. So hebt er zum einen den besonderen Charakter von Dinaren und Dirhams gegenüber anderen Zahlungsmitteln hervor[69] und betont, daß Geld immer so vertretbar sei, daß der Untergang der Stücke, die die Parteien als Preis vereinbart hatten, den Vertrag nicht nichtig macht, sondern daß mit gleichartigen Stücken erfüllt werden müsse[70].

Daß Geld nicht konkretisierbar sei, war allerdings nicht Allgemeingut des islamischen Rechts[71]. Die anderen Schulen hielten Geld für eine Ware besonderer Art; es

---

59 *Šaibānī*, Aṣl S. 15 Nr.50.

60 Vgl. zu dem Problem, ob die Zahlungsmittel und Wertmesser Gold und Silber selbst irgendwelchen Wertschwankungen unterworfen sind *Brunschwig*, a.a.O. S. 141 f.

61 *Goitein*, MS I S. 234 ff. besonders S. 236 und S. 368 ff.

62 *Sarabsī* XIII S. 123 Z.17; *Marġīnānī* III S. 286 Z.1.

63 *Samarqandī* II S. 51; *Kāsānī* V S. 215 Z.15.

64 Diese Auffassung wird schon bei *Ṭaḥāwī* deutlich, vgl. Šurūṭ Kabīr S. 194 f. Nr.19.1 ff.; vgl. weiter *Sarabsī* XIII S. 121 Z.18; *Samarqandī* II S. 53; *Kāsānī* V S. 186 Z.10, S. 212 Z.7, S. 233 Z.16, S. 292 Z.23; *Marġīnānī* III S. 60 Z.1.

65 *Kāsānī* V S. 233 Z.21.

66 Vgl. *Kāsānī* V S. 215 Z.19 zum *ṣarf*: „Der Händler. . .begehrt nie das konkrete Gold oder Silber".

67 *Marġīnānī* III S. 286 Z.3.

68 *Kāsānī* V S. 186 Z.10; S. 233 Z.16.

69 *Šaibānī*, Aṣl S. 39 Nr.110.

70 *Šaibānī*, a.a.O. S. 39 Nr.110, S. 57 Nr.170.

71 *Brunschwig*, a.a.O. S. 125 faßt die Antwort der Schulen auf die Frage, ob Geld konkretisierbar sei, so zusammen: „En gros le ḥanafisme le refuse; le šāfiᶜisme, le ḥanbalisme et le ẓāhirisme l'acceptent; le mālikisme oscille entre un refus de principe et une acceptation mitigée."

konnte Objekt eines Kaufvertrages sein, nicht nur sein Preis. Auch Šāfi'ī hebt aber die Sonderstellung von Dinaren und Dirhams gegenüber anderen Zahlungsmitteln wie Kupfergeld hervor. Sie sind der *ṯaman* (hier gebraucht eher im Sinne von „Wertmesser") für Dinge, die man zerstört hat, selbst wenn der Wert der zerstörten Sache kleiner war als ein Dirham, wird man dennoch zur Zahlung (in Bruchteilen von) Dirhams oder Dinaren verurteilt. Auch wird jemand, der eine Forderung über einen *dānaq*[72] hat, nicht gezwungen, dafür Kupfermünzen zu akzeptieren, sondern kann auf Erfüllung in Bruchteilen von Dinaren oder Dirhams bestehen[73].

Die Unterschiede in den Auffassungen sind also gering. Bei den Hanafiten ist der Grundsatz, daß Geld nicht konkretisierbar und folglich nicht „Ware" in einem Kaufvertrag sein kann, offenbar bedingt dadurch, daß die Art der Hanafiten, das *ribā*-Verbot zu interpretieren, beim Lieferungskauf (*salam*) Schwierigkeiten machte. Die Hanafiten bestimmen den Kreis der wucherfähigen Gegenstände über das Kriterium der Meß- oder Wägbarkeit. Da Gold und Silber wägbare wucherfähige Gegenstände sind, könnten sie nicht gegen einen später zu liefernden, wägbaren Gegenstand ausgetauscht werden. Das widerspräche aber einem *ḥadīṯ*, das den *salam* ausdrücklich billigt. Mit dem Dogma der Nichtkonkretisierbarkeit von Gold und Silber heben die Hanafiten beide aus dem Kreis der anderen wucherfähigen meß- und wägbaren Güter heraus und weisen ihnen eine eigene Klasse zu. Damit nähern sie sich den anderen Schulen an, die von vornherein die Gruppe der wucherfähigen Gegenstände zweiteilen: Den Zahlungsmitteln stehen die Nahrungsmittel als eigene Kategorie gegenüber. Innerhalb beider „Systeme" kann dann bar bezahltes Gold oder Silber gegen erst später zu liefernde wägbare Güter im Rahmen eines *salam* ausgetauscht werden[74].

Während also Gold und Silber als geborene Zahlungsmittel unabdingbar vom Recht zu diesem Zweck bestimmt sind, werden andere Gegenstände, wie etwa die Kupfermünzen, nur aus Konvention für Zahlungen akzeptiert. Sie sind lediglich Ersatzgeld, dessen Akzeptanz nicht immer und überall gesichert ist[75]. Gold und Silber, bzw. Dinaren und Dirhams, haftete die Eigenschaft Geld zu sein, kraft Rechtes unveränderlich an. Alle anderen Zahlungsmittel waren es nur kraft menschlicher Übereinkunft. Nach Šaibānī waren Kupfermünzen, solange sie umliefen, als Geld zu behandeln, und folglich nicht konkretisierbar. Nach Abū Ḥanīfa und Abū Yūsuf stand diese Konvention jedoch zur Disposition der Parteien, die die *fulūs* wie Waren behandeln konnten, so daß der Untergang der konkret zur Erfüllung bestimmten Münzen den Vertrag hinfällig werden ließ[76]. Einig waren sich die Juristen aber darin, daß man Kupfermünzen anders als Dinare und Dirhams nach Zahl veräußern dürfe, da das dem Brauch der Menschen entspreche[77].

Gold und Silber sind als gesetzliche Zahlungsmittel durch das Recht garantiert. Eine wichtige Rolle spielt aber auch ihr eigener Wert als Edelmetall. Das zeigt sich

---

72 1/144-stel eines Dinars, vgl. *Goitein*, MS I S. 359.
73 *Šāfiʿī* III S. 86 Z.21,24.
74 S. u. Kapitel 15.2.
75 *Šāfiʿī* III S. 86 Z.14; *Sarahsī* XII S. 183; *Kāsānī* V S. 186 Z.24.
76 *Sarahsī* XII S. 183 Z.13.
77 *Šaibānī*, Aṣl S. 56 Nr.167; *Sarahsī* XII S. 136 Z.22; *Kāsānī* V S. 186 Z.24.

an der rechtlichen Behandlung von Gold- und Silbermünzen im Verhältnis zu ungeprägtem Edelmetall. Das *ribā*-Verbot mußte auch in diesem Punkt die rechtliche Behandlung des Geldes prägen. Wenn Gold gegen Gold immer nur im gleichen Verhältnis ausgetauscht werden konnte, so durfte auch kein Aufschlag für eine besondere Bearbeitung erhoben werden. Folge war, daß Goldmünzen und ungeprägtes Gold als völlig gleichwertig behandelt werden mußten. Die Medinenser ließen zwar zu, daß man der Prägestelle (*dār aḍ-ḍarb*) gegen Dinare etwas mehr Rohmetall als Lohn für die Prägung überließ, doch standen sie damit allein. Šāfiᶜī widersprach ihnen – systematisch konsequent unter Hinweis auf das *ribā*-Verbot[78]. Damit scheint es unmöglich, dem Geld gegenüber den Rohmetallen eine Sonderstellung einzuräumen. Durch die Prägung wurde zwar ein gewisses Gewicht und ein bestimmter Feingehalt des Geldes garantiert, das allein sicherte dem Geld aber noch nicht die Unabhängigkeit von seinem Materialwert. Wegen des *ribā*-Verbotes hielten die Juristen daran fest, daß Gold und Silber immer nach Gewicht bestimmt werden müsse[79]. Das sei so vom Recht festgelegt und hafte ihm als Eigenschaft an; diese rechtlich festgelegte Eigenschaft müsse aber der praktischen Zählbarkeit des Geldes vorgehen. Nenn- und Materialwert durften nicht voneinander geschieden werden.

Tatsächlich wurden die Münzen auch in der Praxis in Bargeschäften üblicherweise nach Gewicht ausgetauscht[80]. Das ist verständlich, wenn man berücksicht, daß jedenfalls die Dirhams, in geringerem Maße auch die Dinare, im Gewichtsstandard stark differierten. In der Praxis wurde offenbar sehr genau festgelegt, wie die Münzen beschaffen sein mußten, in denen eine Schuld beglichen werden konnte[81].

Wenn dem Geld auch die Eigenschaft des Rohmetalles, im Verkehr nach Gewicht gehandelt zu werden, unabdingbar anhaftete, so zeigt sich doch immer wieder, daß die Gleichsetzung von Münzen und Rohmetall weder praktisch noch rechtlich überall durchzuhalten war. Ein Beispiel ist die rechtliche Behandlung „schlechten Geldes". Šaibānī behandelte Münzen, in denen der Silberanteil überwog[82], wie gute Dirhams. Sie mußten gegen reine Silberdirhams wie überhaupt gegen reines Silber zu gleichen Teilen ausgetauscht werden; die Beimischung wurde insoweit also nicht

---

[78] *Šāfiᶜī* VII S. 204 Z.2; vgl. *Schacht*, Origins S. 62; *Šāfiᶜī* betont das Gebot der Gleichbehandlung von geprägtem und ungeprägtem Edelmetall auch in III S. 86 Z.27. In der Zeit, bevor unter dem Kalifen ᶜAbd al-Malik die ersten arabischen Münzen geprägt wurden, übernahmen vor allem Geldwechsler, meist *mawālī*, diese Funktion. Sie kauften die Edelmetalleinkünfte des *bait al-māl* auf und prägten daraus für den Staat Münzen, vgl. Juda, Die sozialen und wirtschaftlichen Aspekte der Mawālī in frühislamischer Zeit, 1983, S. 111.

[79] *Mālik*, Muwaṭṭaʿ II S. 638 Nr.39; *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 571: *„al wazn aulā fī 'd-dahab wa 'l-fiḍḍa min al ᶜadad"*; vgl. auch Brunschwig, a.a.O. S. 119 ff.

[80] *Wakin*, The Function of Documents S. 86 f.; *Brunschwig*, a.a.O. S. 116; *Goitein*, MS I S. 230; zur Rolle von „Bankiers" als neutrale Wäge- und Prüfstelle vgl. oben Kapitel 2.3.2.

[81] *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 3 Nr.2.0 gibt in seinem Musterkaufvertrag das genaue Gewicht und die Qualität der Münzen an: „soundsoviel Dinare, Standardgewicht in Gold in Münzen mit vollem Gewicht und gutem Feingehalt". Vgl. *Wakin*, The Function of Documents S. 87.

[82] *Šaibānī*, Ǧāmiᶜ Kabīr S. 340 f. macht das am Verhältnis 2/3 Silber zu 1/3 Kupfer fest. Gleichgestellt sind die Münzen, in denen beide Metalle etwa zu gleichen zu Teilen vorhanden sind, wobei das Silber jedoch „überwiegt". Vgl. von den späteren Juristen *Sarahsī* XII S. 144 Z.15; *Kāsānī* V S. 196 Z.15; *Marġīnānī* III S. 85 Z.3; vgl. auch im Zusammenhang mit dem *ribā*-Verbot unten Kapitel 15.3.2. und 15.3.3.

berücksichtigt. Ein kleiner Dispens vom *ribā*-Verbot, der den Geldverkehr etwas erleichterte, indem er dem Grundsatz „Dirham gleich Dirham" einen größeren Anwendungsbereich zubilligte. Damit wurde die Bindung der Münzen an ihren Metallgehalt etwas gelockert. Allerdings konnte der Empfänger solcher schlechten Dirhams nach hanafitischer Lehre „mindern", also den Vertrag im übrigen bestehen lassen, oder die fehlerhaften Münzen umtauschen[83]. Šāfiʿī war zu solchen Zugeständnissen nicht bereit. Er bestand – systematisch zwingend – darauf, daß der Gläubiger die schlechten Münzen nicht einmal annehmen dürfe[84]. Angesichts der Realitäten[85] eine sehr unduldsame Haltung.

Auch im Gesellschaftsrecht wurde aus Praktikabilitätsgründen zwischen Münzen und Rohmetall unterschieden. Die Hanafiten ließen als Einlage in eine *mufāwaḍa*-Gesellschaft[86] und in eine *muḍāraba*[87] grundsätzlich nur Dinare und Dirhams zu. Gold und Silber waren nur dann verwendbar, wenn sie in der betreffenden Region als Zahlungsmittel verwendet wurden. Der Grund dafür war, daß von dem Verhältnis der Einlagen die Anteile der Gesellschafter am Gewinn und Verlust abhingen[88]. Hier sollte es später nicht zu Unklarheiten und Streitigkeiten kommen; der Wert aller anderen Stoffe könnte nur in der jeweils umlaufenden Währung geschätzt werden, eine Quelle von Streitigkeiten. Um jeden Zweifel zu vermeiden, sollten also nur die unmittelbaren, universell akzeptierten „Wertmesser", die überall gültigen Zahlungsmittel Dirham und Dinar verwendet werden.

Ein anderer Punkt, an dem das Recht Münzen und Rohmetall unterschiedlich behandelt, ist der Terminkauf (*salam*). Obwohl Dinare und Dirhams nicht Objekt eines *salam* sein durften, sondern immer nur der vorgeschossene Kaufpreis (s.o.), konnten Gold und Silber sowohl im rohen wie im verarbeiteten Zustand auf Termin verkauft werden[89]. Im Handelsverkehr, den das Recht hier widerspiegelt, standen Münzen und Rohmetall offenbar doch nicht gleich. Dinare und Dirhams waren das gesetzliche Zahlungsmittel, Gold und Silber eigentlich nur Ware. Nur aus Rücksicht auf das *ribā*-Verbot wurde beides beim Austausch gleichbehandelt, ein historisches Relikt aus der „Vormünzzeit".

---

[83] *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 581 ff. gegen *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 637; *Šaibanī*, Aṣl, S. 13 f. Nr.48 (*salam*); *Mālik*, a.a.O. und *Šāfiʿī* III S. 27 Z.5 hielten den Vertrag dann insgesamt für nichtig.

[84] *Šāfiʿī* a.a.O., eine Ausnahme machte er für den Fall, daß es sich lediglich um leichte Verunreinigungen handelte, die schon vor der Prägung im Silber vorhanden waren. Offenbar richtet Šāfiʿī das Recht als „Waffe" gegen die verbreitete Praxis, Silbermünzen mit mehr oder weniger großen Beimischungen zu versehen, während die Hanafiten sich den Gegebenheiten anzupassen versuchen.

[85] *Sarahsī* XII S. 145 Z.16: „die Dirhams der Menschen sind nie frei von kleinen Verunreinigungen", fast wortgleich *Marġīnānī* III S. 85 Z.6.

[86] Vgl.dazu *Udovitch*, Partnership and Profit S. 40 ff. und oben Kapitel 2.3.1.

[87] Vgl. *Udovitch*, a.a.O. S. 170 ff., und oben Kapitel 2.3.1.

[88] *Udovitch*, a.a.O. S. 62, 178; vgl. *Sarahsī* XI S. 159 Z.23 und XXII S. 21.

[89] *Kāsānī* V S. 212 Z.10. Er stellt hier die zwei Schultraditionen gegeneinander: Nach den Überlieferungen zu dem (*ribā*-verdächtigen) Wechselgeschäft (*ṣarf*) seien Gold und Silber im rohen oder verarbeiteten Zustand ebenso zu behandeln wie als Münzen. Die Überlieferungen zur *muḍāraba* hingegen unterschieden das Metall von Dinaren und Dirhams und behandelten es als Ware. Deshalb spreche nichts dagegen, sie auch beim *salam* als Ware zu behandeln. Šaibānī hatte sich diese Frage offenbar nicht gestellt; jedenfalls geht er darauf in seinem Kapitel über den *salam* nicht ein.

Die rechtliche Konzeption des Geldes ist deutlich vom zwingenden Recht des Wucherverbotes geprägt. Dinare und Dirhams sind zunächst einmal wucherfähige Güter, die diesem Verbot unterliegen. Dennoch wird auch im Recht den Gold- und Silbermünzen die Sonderstellung eingeräumt, die sie im Handelsverkehr ohnehin hatten. Sie sind Geld schlechthin, „gesetzliches Zahlungsmittel", garantiert vor allem durch Edelmetallgehalt, aber auch durch den Staat, der durch seine Prägung einen bestimmten Metallgehalt zusicherte. In der Praxis tauschte man nach Gewicht, wie auch vom Recht in weiten Bereichen vorgeschrieben. Insgesamt gesehen zeigt sich das Recht als Recht einer Geldwirtschaft und vermittelt zwischen wirtschaftlichen Gegebenheiten und religiösen Vorschriften, insbesondere dem *ribā*-Verbot. Im Geld setzt sich die bei den Waren begonnene Kommerzialisierung des Eigentums im Hinblick auf den Kaufvertrag fort. Das Geld ist letztlich die reinste Ausprägung des Wertes, in ihm wird der Wert vergegenständlicht.

10. Rechtliche Bindung

Wesentliches Merkmal des Kaufvertrages ist die Bindungswirkung: Keine Partei kann sich ohnes weiteres mehr einseitig von der Übereinkunft lösen. Rechtlich wirkt sich die Bindung als gerichtliche Erzwingbarkeit aus. Der Moment, in dem die vertragliche Bindung einsetzt, ist der Moment, von dem an jeder Vertragspartner in seinem Vertrauen auf die Durchführung des Vertrages geschützt wird.

Eine Rechtsordnung kann rechtliche Bindung schon an eine einseitige wörtliche Äußerung einer Vertragspartei knüpfen; sie kann aber auch weitere Indizien, wie die Einhaltung einer bestimmten Form, verlangen, an Hand derer die Ernstlichkeit des Versprechens bestimmt wird. Sie kann auch den Moment des Vertragsschlusses als Anknüpfungspunkt wählen, oder jedenfalls den Abschluß entgeltlicher Verträge. Schließlich ist auch denkbar, daß rechtlicher Schutz erst dann gewährt wird, wenn mindestens eine Partei schon etwas auf sich genommen hat, wenn sie mit dem geplanten Austausch begonnen hat; dann ist die Idee der vertraglichen Bindung noch dem Eigentums- und Vermögensschutz verwandt. Die Übersicht spiegelt eine Wahlfreiheit vor, die so natürlich keine Rechtsordnung hatte. Die „Entscheidung" ist bedingt durch den historischen Hintergrund und das intellektuelle Umfeld. Im folgenden möchte ich den Anknüpfungspunkt des islamischen Rechts ergründen.

10.1. Versprechen und einseitige Verpflichtungserklärungen. Das Anerkenntnis (*iqrār*)

Denkbar ist, die rechtlich bindende Wirkung des Vertrages aus jeweils einseitigen Erklärungen, den „Versprechen" abzuleiten[1]. Auch der Koran hält die Gläubigen zur Erfüllung eingegangener Verpflichtungen (*ᶜahd*) an[2], worunter man auch das Versprechen verstehen könnte. Im islamischen Recht entfalten „bloße Versprechen" jedoch keine Bindungswirkung[3]. Das war allerdings nicht gänzlich unumstritten:

> Unsere Gefährten (*aṣḥābunā*, gemeint sind die Angehörigen der hanafitischen Rechtsschule) und die meisten Rechtsgelehrten (*akṯar ahl al-ᶜilm*) sagen, daß es (scil.: das Versprechen) keine Bedeutung hat (*la maᶜna lahā*) und daß derjenige, der etwas verspricht, rechtlich (*bi 'l-ḥukm*) die Wahl (*ḫiyār*) hat; wenn er will, erfüllt er es, wenn nicht, dann erfüllt er es nicht. Seinem Herrn (scil.: Gott) gegenüber ist es (allerdings) besser, es zu erfüllen. Andere hingegen geben dem Versprechen bindende Kraft und legen dem Versprechenden die Erfüllung (als Pflicht) auf.[4]

---

[1] Vgl. z. B. *Siegel*, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht, 1873; *Jacobi*, Versprechen und Vertrag, JherJ 35 (1896), S. 1-77; *Larenz*, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 3.Aufl. 1975, S. 35 (§ 2 II e); *Fried*, Contract as Promise, 1981, S. 7 ff.

[2] Koran 2/177, 17/37, 23/8.

[3] Vgl. zu dieser Fragestellung: *Santillana*, Istituzioni di diritto musulmano malichita con riduardo anche al sistema scafiita, Vol.II, 1938, S. 13 ff.; *Chehata*, Théorie S. 150 f.; *ders.*, Etudes S. 159; *ders.*, Le contrat en droit musulman, ZVR 70 (1968), S. 90 ff.; de Bellefonds, Traité II S. 157 ff.

[4] *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 15 Nr. 2.59.

Die meisten Juristen halten das „nackte Versprechen" also nur für religiös verpflichtend; rechtlich ist es nicht durchsetzbar. Das Versprechen als solches kann daher auch nicht die Quelle der bindenden Wirkung von Verträgen sein.

Über den Prozeß und bedingt durch die prozessuale Betrachtungsweise zumindest in einigen Schulen des islamischen Rechts, kann es aber dennoch zur einseitigen Selbstverpflichtung kommen. Nach Šaibānī und Šāfiʿī kann das Recht nur bei äußeren Tatbeständen ansetzen. Dabei ist der Richter an die ihm zur Verfügung stehenden Beweismittel gebunden. Diese beiden Grundsätze haben sich beim Anerkenntnis (*iqrār*) verselbständigt, so daß faktisch durch eine einseitige Erklärung Bindungswirkung hergestellt werden kann.

(Der *iqrār*) ist eine Auskunft über die Wahrheit oder die überwiegende Wahrscheinlichkeit der Wahrheit gegenüber der Lüge; denn das Vermögen eines Mannes ist ihm seiner Natur nach lieb, er wird darüber nicht lügnerisch zugunsten eines anderen ein Anerkenntnis abgeben.[5]

Schon früh setzte sich die Meinung durch, daß ein Anerkenntnis rechtliche Wirkung hat, auch wenn es außerhalb eines Prozesses abgegeben worden ist[6]. Um notfalls auch im Prozeß brauchbar zu sein, mußte es von Zeugen bestätigt werden. Ob der Erklärende wirklich daran glaubte, daß sein Anerkenntnis der tatsächlichen Rechtslage entsprach, war als „innerer Tatbestand" der rechtlichen Würdigung entzogen[7]. Nach den meisten Juristen brauchte der Erklärende gar keinen Grund für sein Anerkenntnis anzugeben[8]. Damit stand das Anerkenntnis, was seine Wirksamkeit im Diesseits anbelangte, gewissermaßen zur Disposition des Erklärenden. Daß das ausgenutzt wurde, zeigt sich an einer Bemerkung Ṭaḥāwī's. Er empfahl, in einem Formular den Schuldgrund nicht anzugeben, sondern ein abstraktes Anerkenntnis zu verfassen, wenn dieser Schuldgrund einem gewünschten Rechtserfolg im Wege stünde. Das Anerkenntnis wurde dann rechtlich solange nach dem äußeren Wortsinn behandelt, wie nicht der Gegner im Prozeß, der Begünstigte, es zurückwies[9]. Dann holte der Schuldgrund das Anerkenntnis wieder ein, die „tatsächliche" Rechtslage galt.

Ansonsten wirkte das Anerkenntnis unmittelbar rechtsverändernd. Wegen der Verselbständigung der prozessualen Betrachtungsweise war es möglich, mit Hilfe des Anerkenntnisses nahezu abstrakte Verpflichtungen zugunsten eines anderen zu begründen, also Verpflichtungen, die keinen anderen Entstehungsgrund als das Anerkenntnis selbst hatten. Das war kein Vertrag; zu seiner Wirksamkeit war keine Annahmeerklärung des Begünstigten erforderlich, sofern dieser nur identifizierbar

---

[5] *Samarqandī* III S. 316 f.

[6] *Abū Yūsuf*, Iḫtilāf S. 44 Z.5 = *Šāfiʿī* VII S. 103 Z.8. Anderer Ansicht war Ibn Abī Lailā.

[7] *Marġīnānī* III S. 180 Z.10, S. 183 Z.19; vgl. auch *Šāfiʿī* III S. 207 f Z.20 ff. zu den allgemeinen Voraussetzungen. Dort findet sich auch die Aussage: „Zugunsten und zulasten eines Mannes gilt, was er im Wort geäußert hat." (*inna li 'l-mar' wa ʿalaihī mā aẓhara min al-qaul*).

[8] *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Ṣaġīr S. 455 nimmt das Anerkenntnis ohne Angabe des Entstehungsgrundes als Grundfall; vgl. *Šāfiʿī* III S. 210 Z.23.

[9] *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr in Šurūṭ Ṣaġīr S. 472: Die nachträgliche Stundung einer fälligen Kaufpreisschuld ist nach vielen Juristen unwirksam; ein „nacktes" Anerkenntnis einer noch nicht fälligen Schuld ist wirksam, solange nicht bekannt wird, daß es auf einer nicht mehr wirksam stundbaren Schuld beruht; dann wird es wie diese als sofort fällig behandelt. Die Abstraktion ist also nicht vollkommen.

war. Die strengen Bestimmtheitsanforderungen hinsichtlich des Vertragsgegenstandes[10] galten für den Gegenstand des Anerkenntnisses nicht[11]. Das Anerkenntnis galt sobald es erklärt war und sofern der Begünstigte nicht ausdrücklich widersprach[12]. Aus dem Anerkenntnis als Auskunft über die Rechtslage konnte so ein Mittel zur Veränderung der Rechtslage werden. Wie gegenwärtig diese Funktion im Bewußtsein der Juristen war, zeigt auch das geradezu krampfhafte Bemühen der Verfasser von Formularhandbüchern, Formulierungen zu vermeiden, die als *iqrār* verstanden werden und damit ungewollt eine bestimmte Rechtslage festschreiben könnten[13].

Dennoch ist das Anerkenntnis in seiner einseitig rechtsbegründenden Wirkung systematisch eine Ausnahmeerscheinung, das Produkt einer bewußt zugegebenen Schwäche des Rechts. Es liegt nicht der Konzeption des Kaufvertrages, bzw. der Verträge überhaupt, zugrunde. Seine rechtlichen Wirkungen kann es nur entfalten, weil das Recht zumindest nach den Hanafiten und Šāfiʿī sich nur am äußeren Erscheinungsbild orientiert und weil die prozessuale und die materiellrechtliche Lage nicht getrennt voneinander betrachtet werden. Das Anerkenntnis bekommt dadurch eine überschießende materielle Rechtskraft. Seine verpflichtende Kraft liegt nicht in ihm selbst, sondern in der Rechtslage, die im Prozeß durch es dargestellt, bzw. hergestellt wird.

10.2. Verträge – entgeltlich, unentgeltlich. Die Schenkung[14]

Wenn das Versprechen nicht bindet, bindet dann ein abgeschlossener Vertrag? Oder müssen weitere Elemente hinzukommen, um eine Vereinbarung in den Bereich des Rechts zu heben? In allen Rechten finden sich Elemente, die Zweigert/Kötz „Seriositätsindizien" nennen. Darunter verstehen sie „allgemeine Erfordernisse für Versprechensgeschäfte. . ., um rechtlich bedeutsame von juristisch irrelevanten, seriöse von unseriösen Versprechen zu scheiden, das heißt also: um festzustellen, welche Versprechen rechtlich durchsetzbar sind und welche nicht."[15] Wir sahen schon, daß im islamischen Recht der Kaufvertrag als Austausch definiert wird. Sind nur solche Verträge bindend, die auf einen entgeltlichen Austausch zurückgeführt werden können? In vielen Rechtsordnungen werden unentgeltliche Geschäfte mit Mißtrauen betrachtet: „Überall auf der Welt finden wir die sehr verbreitete Einsicht, daß ein rechtlich verpflichtendes Versprechen üblicherweise gegen Entgelt, gegen eine Ge-

---

[10] Vgl. unten Kapitel 14.1.

[11] *Qudūrī* S. 49, der Anerkennende kann dann vom Richter zur Spezifikation des Unbestimmten gezwungen werden.

[12] *Šaibānī*, Ǧāmiʿ Kabīr S. 139 f. (deutlich aus der Lösung eines konkreten Falles); *Šāfiʿī* III S. 210 Z.29. Vgl. auch *Wakin*, The Function of Documents S. 59 f. In den Formularen von *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Ṣaġīr S. 455 und ŠurūṭKabīr in Šurūṭ Ṣaġīr S. 464 erscheint jeweils die Annahme des Anerkenntnisses durch den Begünstigten.

[13] Vgl. z. B. *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Ṣaġīr S. 459; *ders.*, Šurūṭ Kabīr S. 8 Nr.2.20, S. 12 f. Nr. 2.38, S. 20 Nr.2.102, S. 106 f. Nr.38.1; *Wakin*, S. 33 ff.

[14] Vgl. aus der Sekundärliteratur dazu *de Bellefonds*, Des donations en droit musulman, 1935; *ders.*, Traité III S. 309 ff.; *ders.*, Art. „HIBA", in EI², Vol.III, S. 350 f.

[15] *Zweigert/Kötz* I S. 72.

genleistung, gegeben wird. Eine Schenkung und ein unentgeltliches Versprechen sind dagegen etwas juristisch nicht Normales."[16] Charakteristisches Beispiel eines „Seriositätsindizes", das das Moment der Entgeltlichkeit betont, ist die *consideration* im Common Law. Die vertragliche Bindung tritt dort nach der heutigen Auffassung zwar nicht erst dann ein, wenn unmittelbar Werte ausgetauscht werden; es reicht ein Austausch von Versprechen. Doch müssen beide Versprechen aufeinander bezogen sein und einen Austausch ins Auge fassen.

Nach der irakischen Rechtsschule, die im Mittelpunkt meiner Untersuchungen stand, bindet das Schenkungsversprechen, der Abschluß eines Schenkungsvertrages, den Schenker zwar „moralisch", nicht jedoch rechtlich; er wird also nicht gerichtlich zur Erfüllung gezwungen[17]. Eine stärkere Stellung erhält der Beschenkte erst mit der Übergabe des Geschenkes, denn die tatsächliche Zuwendung macht den Beschenkten zum Eigentümer[18]. Doch ist seine Stellung auch dann noch schwach, denn die Schenkung ist selbst dann noch grundsätzlich widerruflich. Bindend wird sie erst, wenn der Schenker für die Schenkung vom Beschenkten etwas von Wert als Vergeltung angenommen hat[19].

Zentral für die Entwicklung des Schenkungsrechts ist eine Überlieferung vom Kalifen ᶜUmar, auf die sich die Iraker, die Medinenser und auch Šāfiᶜī beziehen[20]:

Wer etwas um des verwandtschaftlichen Bandes willen (*li ṣila raḥmin*) oder im Wege des Almosens schenkt, der darf seine Schenkung nicht widerrufen. Wer aber etwas schenkt, um dafür ein Entgelt zu erhalten, der darf seine Schenkung widerrufen, wenn er nicht zufriedengestellt wird.

Die Hanafiten sehen in dem dritten Fall den Grundfall: Die Schenkung ist grundsätzlich widerruflich, es sei denn, dem Schenker wurde seine Schenkung entgolten. Ein späterer Jurist begründet das so: Zweck eines Vertrages ist gewöhnlich das Entgelt, deshalb kann der Zuwendende die Schenkung widerrufen, solange er dafür keine Gegenleistung erhalten hat[21]. Hier spiegelt das Recht gesellschaftliche Konventionen wider: Auch eine Schenkung ist eben normalerweise nie ganz uneigennützig[22]. Allerdings wird diese häufig unausgesprochene Erwartung von den Hanafiten verrechtlicht: Für sie ist eine unentgeltliche Zuwendung normalerweise nur als

---

16 Ebd.

17 Vgl. die Ausführungen Abū Ḥanīfa's in *Šaibanī*, Ḥuǧǧa II S. 549: „Das ist nur ein Geschenk (*ṣila*), das nicht in Besitz genommen wurde und wenn der Herr des Gartens (im Beispiel der Schenker) erfüllt, so (tut er) was ihm obliegt; wenn nicht, so wird er gerichtlich nicht dazu gezwungen (*lam yuǧbar ᶜalaihi fi 'l-qaḍā'*)."

18 *Marġīnānī* III S. 170; das läßt sich auch aus den frühen Texten entnehmen: *Abū Yusuf*, Āṯār S. 163 Nr.749 (*ṣadaqa*); *ders.*, Iḫtilāf S. 46 Z.3 (Schenkung vom Vater an den Sohn); *Šaibānī*, Aṣl S. 197 Nr.33 (Schenkung gegen Gegenleistung); *ders.*, Ḥuǧǧa II S. 459 (ᶜarīya).

19 *Šaibānī*, Ḥiyal S. 14 Nr.3,21; *ders.*, Muwaṭṭa' S. 285; *Zaid ibn ᶜAlī*, Maǧmūᶜ al-fiqh, S. 180 Nr.668. Die späteren hanafitischen Juristen zitieren in diesem Zusammenhang ein *ḥadīṯ*: „Der Schenker hat ein besseres Recht an der Sache, solange er dafür nicht entgolten wurde", *Samarqandī* III S. 266; *Marġīnānī* III S. 27 Z.19.

20 *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 754 Nr.42; *Šaibānī*, Muwaṭṭa' S. 284 Nr.805; *Šāfiᶜī* VII S. 217 Z.17.

21 *Marġīnānī* III S. 27 Z.19.

22 Vgl. *Cicero*: „Es gibt keine Pflicht, die schwerer entbehrlich wäre als die, eine Freundlichkeit zu erwidern. . .Die Menschen mißtrauen dem, der eine Freundlichkeit vergißt." Zitiert nach *Gouldner*, Reziprozität und Autonomie, 1984, S. 79.

„Zweckschenkung" vorstellbar; wird der Zweck nicht erreicht, so kann der Zuwendende seine Leistung zurückverlangen[23].

Das Entgelt, das dem Schenker das Widerrufsrecht nimmt, muß als solches bezeichnet und auf die Schenkung bezogen sein[24]; es kann auch von einem Dritten kommen[25]; es muß einen Wert haben, braucht dem Geschenk aber nicht gleichwertig zu sein[26].

Nach den Hanafiten ist es möglich, das Entgelt noch vor dem Austausch festzulegen: „Ich schenke dir diesen Sklaven, wenn du mir dafür dieses Kleid gibst"[27]. Diese Form der Schenkung ist aus dem Bereich der Unentgeltlichkeit eigentlich schon herausgewachsen. Anders als der Kaufvertrag hat diese Form der „Schenkung unter der Bedingung einer Gegenleistung" (*hiba bi šarṭal-ᶜiwaḍ*) nur eine eingeschränkte Bindungswirkung: Bis zur gegenseitigen Besitzergreifung kann jeder der Vertragspartner zurücktreten. Nach dem Austausch der beiden Leistungen ist die Transaktion zu behandeln wie ein Kaufvertrag. Bedeutung hat das etwa für die Gewährleistung wegen Mängeln der Sache.

Šāfiᶜī hielt eine Schenkung nur dann für widerruflich, wenn der Schenker bei der Hingabe des Geschenkes wie im vorigen Absatz ausdrücklich ein bestimmtes Entgelt verlangte[28] und eine ähnliche Auffassung klingt auch bei Mālik an[29]. Während die Hanafiten also die „Entgeltlichkeit" vermuten, muß sie nach den anderen Schulen ausdrücklich klargestellt sein.

Auch die Hanafiten hielten den Widerruf allerdings für moralisch verwerflich. Ein von späteren hanafitischen Juristen zitiertes *ḥadīṯ* drückt das etwas drastisch aus:

Wer sein Geschenk zurückholt, ist wie ein Hund, der sein Erbrochenes wieder aufleckt (wörtl.: zurückholt)[30]

Auf der religiösen und moralischen Ebene ist eine Schenkung also, ebenso wie schon das Versprechen bindend. Diese Bindung reicht jedoch nicht in den Bereich des Rechts hinein, ist also nicht gerichtlich erzwingbar. „In unentgeltlichen Geschäften gibt es keinen (Rechts-)Zwang."[31] Das Recht hat es nur mit dem Austausch von Werten zu tun.

Allerdings ist auch bei den Irakern die „echte Freigiebigkeit" anerkannt. Wie die anderen Schulen halten sie die Almosen (*ṣadaqa*) für unwiderruflich[32]. Auch hier

---

[23] Vgl. die Zweckschenkung im deutschen Recht: Der Schenker kann zwar die erwartete Leistung des Beschenkten nicht verlangen, doch kann er das ganze Geschenk nach Bereicherungsrecht (mit der *condictio ob rem* § 814 BGB) zurückfordern, wenn die Gegenleistung ausbleibt.

[24] *Šaibanī*, Ḥiyal S. 15 Nr.3,31.

[25] *Šaibānī*, Ḥiyal S. 14 Nr.3,21.

[26] *Šaibānī*, a.a.O. S. 17 Nr.3,66, S. 14 Nr.3,22: Es reicht, wenn der Beschenkte ein Geschenk von 1000 Dirham mit einem einzigen Dirham vergilt.

[27] *Samarqandī III S. 266.*

[28] *Šāfiᶜī* VII S. 104 Z.3 ff., S. 104 Z.4 ff.

[29] *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 753: Nur wenn der Schenker (ausdrücklich) ein Entgelt verlangt, kann er seine Schenkung widerrufen, wenn das Entgelt ausbleibt.

[30] *Samarqandī* III S. 253.

[31] *Marġīnānī* III S. 60: *„lā ǧabra fī 't-tabarruᶜ"*.

[32] *Šaibānī*, Muwaṭṭa' S. 284 f. Nr.805; das war Allgemeingut aller Schulen, vgl. *Zaid ibn ᶜAlī*, Maǧmūᶜ al-fiqh, S. 180 Nr.662; *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 754 Nr.42, S. 755; *Šāfiᶜī* VII S. 104 Z.15.

lehnt man sich aber an das Modell des Austausches an: Der Schenker, so sagt man, erhält das Entgelt von Gott[33]. Almosen sind Schenkungen an Personen, von denen man kein materielles Entgelt erwarten kann[34].

Ein weiterer Fall, in dem sich alle Schulen über die Unwiderruflichkeit einer Schenkung einig sind, ist der einer Schenkung „um des verwandtschaftlichen Bandes willen" (*li ṣila raḥm*[in])[35], also wenn die Schenkung zwischen Verwandten eines Verwandtschaftsgrades vollzogen wurde, innerhalb dessen keine Heirat möglich wäre[36].

Auch bei der „normalen Schenkung" ist der Widerruf aber ausgeschlossen, wenn der Beschenkte von seinem Recht als Eigentümer Gebrauch gemacht hatte: Hatte er über den Gegenstand weiterverfügt, so ging auch das Widerrufsrecht des Schenkers verloren[37]. Hier spielt der Gedanke des Verkehrsschutzes eine Rolle. Außerdem kollidiert in diesem Fall das Widerrufsrecht des Schenkers mit der Ausübung der Eigentümerbefugnisse seitens des Beschenkten. Da der Beschenkte nur von seinem Recht als Eigentümer Gebrauch machte, schuldet er dem Schenker auch nicht das aus einem eventuellen Weiterverkauf erlöste Entgelt.

Auch wenn sich das Geschenk beim Beschenkten verändert hat, ist der Widerruf nach allen Schulen eingeschränkt. Die Hanafiten schließen das Widerrufsrecht gänzlich aus, wenn der verschenkte Gegenstand beim Beschenkten eine Werterhöhung erfahren hat[38]. Der „Mehrwert" steht dem Schenker nicht mehr zu, so stark ist sein Recht an der Sache nicht; dem Beschenkten als Eigentümer kann die Verbesserung nicht genommen werden. Šāfiʿī schloß den Widerruf auch dann aus, wenn der Gegenstand sich im Besitz des Beschenkten verschlechtert hatte[39], während Mālik sowohl im Falle der Verbesserung als auch der Verschlechterung zwar ein Widerrufsrecht ausschloß, dem Schenker aber einen Anspruch auf den Wert einräumte, den das Geschenk zu dem Zeitpunkt hatte, als der Beschenkte es in Besitz nahm[40].

Wie in den meisten Rechtsordnungen, so ist auch im islamischen Recht der Austausch vermögenswerter Güter das Kriterium rechtlicher Relevanz[41]. Vor allem die Hanafiten gehen aber noch einen Schritt weiter: Der Schenker kann das Geschenk grundsätzlich selbst dann noch zurückverlangen, wenn er es dem Beschenkten schon übergeben hatte, die Schenkung also schon vollzogen ist. Erst ein Entgelt

---

[33] *Samarqandī* III S. 267: Gegenleistung im übertragenen Sinne.

[34] *Šaibānī*, Ḥiyal S. 16 Nr.3,42.

[35] *Malik*, Muwaṭṭa' II S. 754 Nr.42; *Abū Yūsuf*, Āṯār S. 163 Nr.748; *Šaibānī*, Muwaṭṭa' S. 284 Nr.805; *ders.*, Ḥiyal S. 16 Nr.3,49; *Šāfiʿī* VII S. 104 Z.15; *Zaid ibn ʿAlī*, Maǧmūʿ al-fiqh, S. 181 Nr.663.

[36] Einen ähnlichen Gedanken drückt § 534 BGB aus, der Rückforderung und Widerruf bei „Pflicht- und Anstandsschenkungen" ausschließt.

[37] *Šaibānī*, Muwaṭṭa' S. 285.

[38] *Šaibānī*, Muwaṭṭa' S. 284 Nr.805; *ders.*, Ḥiyal S. 14 Nr.3,21; Abū Ḥanīfa's Konkurrent Ibn Abī Lailā war allerdings der Ansicht, daß der Schenker den Gegenstand auch mit dem Wertzuwachs zurückverlangen könne, vgl. *Abū Yusuf*, Iḫtilāf S. 45 f.

[39] *Šāfiʿī* VII S. 217 Z.17.

[40] *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 754 Nr.42,

[41] So auch *Chehata*, Le contrat en droit musulman, ZVR 70 (1968), S. 90 ff., 93: Basis der Bindungswirkung sei „L'idée d'échange."

kann das Widerrufsrecht abwenden. Auf diese Weise erhält die an sich unausgesprochene Erwartung eines Entgelts selbst im Bereich der unentgeltlichen Geschäfte rechtliche Bedeutung.

Der Kaufvertrag ist das rechtliche Mittel, die schon nach religiösen Vorschriften unantastbare Güterzuordnung auf der Welt verfügbar zu machen. Er kanalisiert die Tauschprozesse, die durch die (gottgewollte) Arbeitsteilung erforderlich werden. Der Kaufvertrag ist das Muster für alle anderen rechtlich bindenden Verträge: Nur solche Verträge sind bindend, die auf einen Austausch zurückgeführt werden können. Unentgeltliche Verträge haben nur eine eingeschränkte Bindungswirkung. Andere Konzeptionen, wie die einer Selbstverpflichtung durch Wille oder Erklärung werden vom Recht nicht aufgenommen, obwohl die religiöse und moralische Kraft des Versprechens anerkannt ist. In der einseitig verpflichtenden Wirkung des Anerkenntnisses wirkt sich allerdings nicht diese Kraft des Versprechens aus, sondern eher eine zugestandene Schwäche des Rechts. Das Anerkenntnis bildet nicht die konzeptionelle Grundlage von Verpflichtungsgeschäften.

Die Konzeption der Austauschverträge ist an die Eigentumsordnung, oder noch allgemeiner, an die Konzeption der unantastbaren Vermögenszuordnung gebunden. Einer gibt von seinem unantastbaren Vermögen nur deshalb etwas weg, um etwas von dem ebenso unantastbaren Vermögen des anderen zu bekommen. Gibt er etwas weg, ohne das zu erhalten, was ihm dafür zustehen sollte, so wäre er in seinem unantastbaren Vermögen geschädigt. Der Kaufvertrag ist bindend, um eben diese Situation zu vermeiden. Er verpflichtet den jeweils anderen das zu geben, was er versprach, weil ansonsten einer ungerechtfertigt in den Vermögensbereich des anderen übergegriffen hätte. Das ist aber auch der Grund, warum nur der Austauschvertrag rechtlich erzwingbar ist: Hier will der Hingebende etwas Konkretes. Bei der Schenkung hat der Gebende nur eine unbestimmte Entgeltshoffnung. Wird die enttäuscht, so kann er – am weitestgehensten nach der Schule der Hanafiten – sein Geschenk zurückfordern. Da er durch die Hingabe aber die Bindung an sein Vermögen schon gelockert hat, trägt er das Risiko, daß der Beschenkte es nicht mehr so wie es war zurückgeben kann, entweder weil er es schon verkauft hat, oder weil es sich bei ihm in seiner Beschaffenheit verändert hat. In solchen Fällen ist die Rückforderung ausgeschlossen.

In den folgenden Kapiteln möchte ich die rechtliche Ausgestaltung des Kaufvertrags näher betrachten und dabei die Frage im Blick behalten, wie diese mit seiner wirtschaftlichen und religiösen Funktion harmoniert. Zunächst werde ich mich mit dem Mechanismus des Vertragsschlusses beschäftigen. Hier ist besonders interessant, die Rolle des Willens beim Vertrag zu bestimmen und zu verfolgen, wie der rechtlich relevante Bereich des Vertragsschlusses abgesteckt wird. Danach werde ich auf den Mechanismus des Vertrages selbst eingehen: Was passiert beim Barkauf, was wenn eine Partei vorleistet? In diesem Zusammenhang wird die konkrete Ausgestaltung der vertraglichen Bindung eine Rolle spielen und die Frage, wie der Austausch – das Kriterium eines bindenden Vertrages – beim Kaufvertrag rechtlich gefaßt ist.

11. Der Vertragsschluß

11.1. Der Weg zum Vertrag

Dem eigentlichen Vertragsschluß gehen Verhandlungen voraus. Feilschen um Preisnachlaß (*mumākasa*) und genaueste Prüfung der Ware (*istiqṣā'*) sind nach Sarabsī die Basis (*mabnā*) des Kaufvertrages[1], wenn auch nicht begrifflich sein Bestandteil[2]. Ein anderer Begriff für Verhandlungen, *musāwama*[3], wird geradezu zur Bezeichnung des normalen Kaufvertrages in Abgrenzung von der *murābaḥa*[4], dem Weiterverkauf einer Ware mit einem Aufschlag auf den Einkaufspreis. Intensives Feilschen muß oft von heftigen Schwüren begleitet gewesen sein, wie z. B. die Ware nicht unter einem bestimmten Preis verkaufen, oder nicht über einem bestimmten Preis kaufen zu wollen[5]. Wie man von diesen Schwüren wieder loskommt, war ein Thema für die Rechtskniffbücher[6].

11.2. „Sitzung" und Austausch. Der Mechanismus des Vertragsschlusses

In allen Rechtsordnungen beruht der Vertragsschluß auf dem Konsens der Parteien, der sich in Angebot und Annahme manifestiert hat. Wichtig ist es nun, den rechtlich allein entscheidenden Moment des Vertragsschlusses von der Phase bloßer unverbindlicher Verhandlungen abzugrenzen. Darüberhinaus muß das Recht des Vertragsschlusses eine Hilfestellung bei der Auslegung von Erklärungen geben; es muß klären, wie lange ein Angebot angenommen werden kann und es muß sichern, daß die Parteien sich wirklich einig geworden sind. Auslegungskriterien zu liefern und „Seriositätsindizien" (s.o.) zu bestimmen, gehört zu den typischen Aufgaben eines jeden Vertragsrechtes.

Keiner der frühen islamischen Rechtstexte gibt eine systematische und um Vollständigkeit bemühte Darstellung des Vertragsschlusses. Daß Angebot und Annahme erforderlich sind, ist ihnen offenbar so selbstverständlich, daß sie es keiner Erwähnung wert achten. Daß der Kaufvertrag auf einer Einigung der Vertragsschließenden

---

[1] *Sarabsī* XIII S. 91 Z.3. Fast wörtlich übereinstimmend auch *Marġīnānī* III S. 199 Z.25.

[2] *Sarabsī* XII S. 109 Z.6 im Vergleich zur Heirat, zu der die Verlobung als rechtliches Vorspiel gehört.

[3] So schon von *Šaibānī*, Aṣl S. 119 Nr.5 verwendet. Auch *qāwala* kommt in der Bedeutung „verhandeln" vor, a.a.O. S. 77 Nr.20.

[4] Vgl. z. B. *Samarqandī* II S. 159; vgl. zu diesem Vertragstyp unten Kapitel 18.3.

[5] Vgl. *Šaibānī*, Ǧāmiᶜ Kabīr S. 55: „Mein Sklave soll frei sein, wenn ich dieses Kleid für 12 (Dirhams) kaufe!"

[6] Z.B. *Šaibānī*, Ḥiyal S. 67 Nr.18,1 ff.; *Ḫaṣṣāf* S. 121 Nr.53,5 ff, S. 185 Nr.75,1. Auch in *Šaibānī*, Aṣl S. 89 Nr.11 taucht das Problem am Rande auf.

beruht, setzte, wie wir sahen[7], schon der Koran voraus. Der Vertragsschluß wird nur in dem zwischen den frühen Schulen umstrittenen Fall des *ḫiyār al-maǧlis* angesprochen (s.u.). Vertragsschlußprobleme kommen ansonsten eher unter dem prozessualen Aspekt des Gerichtsstreits in das Blickfeld der Juristen. Sie gehen darauf ein, wie eine nicht einwandfreie Einigung im Nachhinein zu behandeln sei, sie regeln aber nicht vorbeugend das „Wie" des Vertragsschlusses. So widmet zum Beispiel Šaibānī ein ganzes Kapitel[8] der Frage, wie ein Streit zwischen Käufer und Verkäufer um den Inhalt des Vertrages gerichtlich zu lösen sei; dabei steht die Verteilung der Beweislast und der Eidespflicht im Mittelpunkt der Überlegungen. In diesen Fällen kam es auf die prozessuale Rollenverteilung an, da der Beklagte immer die Möglichkeit hatte, mit einem Eid die Behauptung des Klägers zurückzuweisen. Die Rechtswerke versuchen für jeden Streitfall im einzelnen – nach bestimmten Präsumtionen – diese Rollenverteilung vorzunehmen[9].

Erst Qudūrī[10] stellt den Vertragsschluß durch Angebot und Annahme an den Beginn seines Buches über den Kaufvertrag und Samarqandī bezeichnet Angebot (*īǧāb*) und Annahme (*qubūl*) als essentiellen Bestandteil, als den Pfeiler des Kaufvertrages (*ruken al-baiʿ*)[11]. Die späteren Juristen befassen sich auch recht eingehend mit der Auslegung von Erklärungen, also mit der Frage, wie eine Erklärung gefaßt sein muß, damit man ihr den Charakter als „Angebot" oder „Annahme" zusprechen kann[12]. Neben der Ermittlung des rechtlich relevanten Willens geht es vor allem darum festzustellen, wann die Parteien sich geeinigt haben, also um die Bestimmung des Zeitpunktes des Vertragsschlusses und die Abgrenzung von der Phase bloßer Verhandlungen. Werden beide Erklärungen in Vergangenheitsform („Perfekt") abgegeben, so sind sie nach der arabischen Syntax eindeutig[13], der Vertrag ist durch sie unzweifelhaft geschlossen, ohne daß die dahinterstehende Absicht (*nīya*) der Parteien überhaupt noch in Betracht gezogen werden müßte und könnte. Die Parteien sind an ihre Erklärungen ohne weiteres gebunden. Erklärungen im „Imperfekt"[14] sind zu unbestimmt und können für sich allein keinen Vertragsschluß herbeiführen; sie müssen von einer entsprechenden Absicht (*nīya*) des Erklärenden begleitet sein, das heißt wohl, daß der Erklärende sich darauf spätestens im Prozeß ausdrücklich

---

[7] Oben Kapitel 9.1.

[8] *Šaibānī*, Aṣl S. 105-115 und auch an anderen Stellen, z. B. a.a.O. S. 128 Nr.17 f., S. 139 Nr.38 ff., S. 144 Nr.48, S. 189 Nr.20 f., S. 195 Nr.27 f., S. 197 Nr.32, S. 200 Nr.38, S. 202 Nr.40. Ähnlich auch *Mālik*, Muwaṭṭaʿ II S. 671. Vgl. weiter *Schacht*, Bergsträsser's Grundzüge S. 110 ff.; *ders.*, Introduction S. 189 ff.

[9] Vgl. dazu oben Kapitel 6.

[10] *Qudūrī* S. 37; vgl. den Überblick über verschiedene zum Vertragsschluß vertretene Meinungen unter den islamischen Juristen bei Laoust, Essai S. 441 f.

[11] *Samarqandī* II S. 36.

[12] Vgl. zum folgenden v.a. *Samarqandī* II S. 36-40; *Kāsānī* V S. 133 f.; auch *Qudūrī* S. 37; *Sarahsī* XII S. 108 f. Z.23; *Marġīnānī* III S. 21 Z.5.

[13] *Wright*, A Grammar of the Arabic Language, Vol.II, 3rd ed., repr.1981, S. 1; *Brockelmann*, Arabische Grammatik, 21. Aufl.1981, S. 119.

[14] Das im Arabischen eine Handlung als begonnen, unvollendet, gerade ablaufend darstellt und alle drei Zeitstufen umfaßt, vgl. *Brockelmann*, a.a.O. S. 121 ff.; *Wright*, a.a.O. S. 18 ff.; vgl. auch die Begründung von *Kasānī* V S. 134 Z.26.

berufen muß. Eine Erklärung in Befehls- oder Frageform reicht nie aus, sie kann nicht als Angebot gewertet werden, sondern bewegt sich noch im Stadium der Verhandlung oder bloßer Absichtserklärungen; nach der zustimmenden Antwort des anderen Teils ist drittens noch eine Bestätigung des Fragenden erforderlich[15]. Interessant ist, wie diese Problematik, die eigentlich eine der Auslegung von Erklärungen, der Ermittlung des Willens ist, gehandhabt wird: Falls man das Vorgehen der Juristen überhaupt als Auslegung bezeichnen kann, so ist es eine stark objektivierte Form der Auslegung: Die Absicht, der Geschäftswille der Parteien ist nichts als ein subsidiär heranzuziehendes Element, in Fällen in denen die verwendete Verbform objektiv mehrere Auslegungen zuläßt. Im Vordergrund der Betrachtungen stehen die Erklärungen, deren Bedeutung kasuistisch nach dem allgemeinen („objektiven") Sinne ermittelt wird[16]. Wo grammatikalisch nicht die Auslegung im Sinne eines sofortigen Vertragsschlusses möglich ist, kann auch eine etwa darauf hinzielende Absicht der Erklärenden nicht weiterhelfen. Der gewöhnliche Sinn der Erklärung ist die Grenze der Auslegung. Die Einigung wird primär als Übereinstimmung zweier Erklärungen gesehen, weniger als tatsächlicher Konsens im Willen. Das paßt zu der schon erwähnten Tendenz des islamischen Rechts, das „Innenleben" der Parteien aus dem rechtlichen Bereich herauszuhalten und rechtliche Wirkungen nicht an Motive und Absichten zu knüpfen.

Weiter geht die Formstrenge allerdings nicht, weder Schriftlichkeit noch bestimmte Rituale sind für einen wirksamen Vertragsschluß erforderlich. Die Vertragsschließenden müssen sich auch nicht bestimmter Wörter wie „ich kaufe" oder „ich verkaufe" bedienen; es kann jeder Ausdruck verwendet werden, der die Bedeutung von kaufen und verkaufen tragen kann[17].

Ein Angebot allein ist nicht bindend, der Anbietende kann es zurücknehmen, solange sein Vertragspartner es noch nicht angenommen hat, ebenso wie dieser nicht gezwungen ist, das Angebot anzunehmen[18]. Vor dem Vertragsschluß existiert keine rechtliche Bindung. Das fügt sich in das oben gewonnene Bild: einseitige Erklärungen (Versprechen) können keine Verpflichtungen einem anderen (als Gott) gegenüber begründen. Der Anbietende hat auch nicht die Möglichkeit, sich selbst für eine bestimmte Zeit an das Angebot zu binden: Würde er eine entsprechende Erklärung abgeben, so wäre sie als „bloßes Versprechen" jederzeit widerruflich[19].

---

[15] Diese Ansicht überliefert *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 144 Nr.11.4. von Abū Ḥanīfa, Abū Yūsuf und Šaibānī.

[16] Nach *Samarqandī* II S. 37 ist die Auslegung nach dem Brauch der Sprach- und der Rechtswissenschaftler (*ʿurf ahl al-luġa wa ʾš-šarʿ*) vorzunehmen. An anderer Stelle (S.40) nimmt er die gewöhnliche Bedeutung (*dalālat al-ʿāda*) zum Kriterium.

[17] Vgl. nur *Samarqandī* II S. 38; *Marġīnānī* III S. 21 Z.9.

[18] *Šāfiʿī* III S. 6 Z.32; die Verhandlungen allein können keine neue Rechtslage hervorrufen, durch das Angebot hat der Erklärende dem anderen noch nichts von seinem Vermögen zugänglich gemacht; vgl. auch *Ṭaḥāwī* S. 74; *Samarqandī* II S. 44; *Kāsānī* V S. 137 Z.26; interessant die Erklärung von *Marġīnānī* III S. 21 Z.13: Da das Angebot ohne Annahme keine Rechtswirkung hervorvorbringt, kann durch den Widerruf kein Recht (*ḥaqq*) des anderen verletzt werden. Die Bindung dient (nur) zum Schutze von Rechten.

[19] Vgl. die ähnlichen Probleme im Common Law: Der Bindung an die einseitige Erklärung fehlt eine *consideration*.

Natürlich müssen Angebot und Annahme übereinstimmen[20], die Annahme muß das exakte Spiegelbild des Angebotes sein. Eine Annahmeerklärung, die das Angebot abändert, also vor allem einschränkt oder erweitert, bringt keinen Vertrag zustande. Wenn also zum Beispiel zwei Sklaven zusammen angeboten wurden, steht es dem Käufer nicht zu, das Angebot nur hinsichtlich eines Sklaven anzunehmen, es sei denn der Verkäufer hatte ohnehin schon für jeden einzelnen den Preis gesondert benannt.

Etwas umstritten war offenbar, ob der Kaufvertrag auch ohne ausdrückliche Erklärungen, durch bloße gegenseitige Übergabe (*taʿāṭī*) der Austauschobjekte abgeschlossen werden kann[21]. Šāfiʿī soll das verneint haben, der Kaufvertrag könne nach dem „Brauch des Rechts" (*ʿurf aš-šarʿ*) nur durch Erklärungen (*kalām*) geschlossen werden. Das entspricht der wichtigen Rolle des gesprochenen Wortes, die sich auch im Prozeßrecht auswirkt, wo schriftliche Dokumente nicht anerkannt sind und statt dessen der Zeugenbeweis im Mittelpunkt steht. Der Hanafit Qudūrī soll diese Form des Vertragsschlusses nur bei geringwertigen Gütern für zulässig gehalten haben. Nach Kāsānī ist der Abschluß des Kaufvertrages durch konkludentes Handeln immer zulässig; „*baiʿ*" sei nach Sprache (*luġa*) und Recht (*šarʿ*) die Bezeichnung für den Austausch (*mubādala*) einer gewünschten Sache gegen eine andere. In der Realität vollzieht sich dieser Austausch aber in der gegenseitigen Übergabe, dem Geben und Nehmen. Die Worte „*baiʿ*" (Verkauf) und „*širāʾ*" (Kauf) seien ein Hinweis (*dalīl*) auf den eigentlich maßgeblichen Warentausch. In dieser Aussage tritt das Element der Einigung ganz zurück. Was den Vertrag ausmacht ist das gegenseitige Geben und Nehmen; die vertragliche Einigung bereitet den Austausch nur vor. Anders als z.B sein Lehrer Samarqandī ist für Kāsānī nicht Angebot und Annahme, also die Einigung, das Wesentliche am Kaufvertrag (*ruken al-baiʿ*) sondern der Austausch einer gewünschten Sache gegen eine andere gewünschte Sache, die sich in Wort oder Tat vollziehen kann[22]. Die Tendenz ist bezeichnend: Man entfernt sich vom Kriterium der willentlichen Übereinstimmung der Vertragsschließenden hin zum „objektiven", äußerlichen Moment des Austausches. Ganz so extrem sind jedoch nicht alle Juristen; Marġinānī (st.593 A.H./1197 A.H.), ein Zeitgenosse Kāsānī's (st.587 A.H./1191 A.H.) kehrt das Verhältnis wieder um: im Vordergrund steht die Einigung, deren Ausdruck auch die gegenseitige Übergabe sein kann[23].

Ein Zentralbegriff des Vertragsschlusses ist der des *maǧlis* (wörtlich „Sitzung")[24]. Er umfaßt die gesamte Zeit der Vertragsverhandlungen, materialisiert sie gewissermaßen in der Außenwelt, in Raum und Zeit. Der Begriff knüpft an die Realität an, denn Kauf und Verkauf wurde überwiegend von Mann zu Mann betrieben, „im Sitzen", also im Laden oder im Kontor[25]. Als rechtstechnischer Begriff gibt der

[20] Von den hier herangezogenen Juristen erwähnt nur *Kāsānī* V S. 136 Z.18 das ausdrücklich.
[21] Vgl. zum folgenden v.a. Kāsānī V S. 34 Z.16.
[22] *Kāsānī* V S. 133 Z.15: „*ruken al-baiʿ huwa mubādalat šaiʾ marġūb bi šaiʾ marġūb wa ḏālika qad yakūnu bi 'l-qaul au bi 'l-fiʿl.*"
[23] *Marġinānī* III S. 21 Z.9.
[24] Soweit ich sehe verwenden ihn erst die späteren Juristen ab *Qudūri* S. 37; noch bei *Ṭaḥāwī* kommt er nicht vor (vgl. z. B. S. 74 im Zusammenhang mit dem Vertragsschluß, wo er sonst fallen müßte); der Begriff umschreibt aber einen Sachverhalt, den auch die früheren Juristen schon voraussetzen.
[25] Vgl. *Goitein*, MS I S. 192.

mağlis dem Vertragsschluß einen Platz in der greifbaren Realität. Der *mağlis* beginnt, sobald das Angebot abgegeben worden ist und endet spätestens mit dem Auseinandergehen der Parteien oder aber dann, wenn sich einer von beiden einem anderen Thema oder einer anderen Beschäftigung zuwendet[26]. Verläßt einer den *mağlis* oder geht er zu etwas anderem über, so wird das als Zeichen seiner Ablehnung gewertet[27]. Damit muß auch für die Frage der Ablehnung nicht tief im Inneren einer Partei geforscht werden, sondern ein bestimmter äußerlich sichtbarer Sachverhalt bekommt unwiderleglich die Bedeutung einer Ablehnung. Zugleich bestimmt der Begriff die Annahmefähigkeit des Angebots: Nur im Zusammenhang des *mağlis* kann der Vertragspartner das Angebot annehmen, danach verfällt es[28]. Der *mağlis* ist eine Fiktion, um Angebot und Annahme zusammenzubringen; am besten manifestiert wäre der Konsens durch die gleichzeitige Erklärung von Angebot und Annahme; da beide in der Realität aber zeitlich nacheinander abgegeben werden, fallen sie tatsächlich auseinander, das Angebot ist eigentlich schon verklungen, wenn die Annahme erfolgt,

> so wurde der *mağlis* geschaffen, wegen der Notwendigkeit, beide Hälften (also Angebot und Annahme) zusammenzufassen.[29]

Genau betrachtet bezieht sich der *mağlis* auf den Normalfall des sofortvollzogenen Marktkaufes, bei dem sich Käufer und Verkäufer mit Ware und Geld gegenüberstehen. Es ist die Phase andauernder Verhandlungen, des Feilschens, bei dem ein Wort das andere gibt, Angebote gemacht und verworfen werden. Daß das Recht diesen plastischen Begriff wählt, um den Vertragsschluß zu kennzeichnen, macht deutlich, welche Bedeutung das Recht persönlichen Verhandlungen zumißt[30]. Durch den Begriff des *mağlis* werden die bloßen Verhandlungen vom eigentlichen Vertragsschluß abgegrenzt und verhindert, daß sich der Vertragsschluß allzuweit auseinanderzieht. Der *mağlis* hat eine Klammerfunktion, indem er Angebot und Annahme zusammenfaßt. Damit beugt er Mißverständnissen und einem Dissens vor und fungiert als Auslegungskriterium zur Ermittlung des Vertragsschlusses.

Auch wenn das Konzept des *mağlis* sich primär am Markttausch orientiert, bei dem beide Vertragspartner anwesend sind, so ist es doch flexibel genug, um auch den Distanzkauf zu fassen, der sich ohne eine persönliche Begegnung der Vertragsschließenden vollzieht. Hier zeigt sich, daß der *mağlis* vor allem eine Abstraktion ist, die das Zusammentreffen von Angebot und Annahme versinnbildlicht.

---

[26] Vgl. *Ṭaḥāwī* S. 75 (ohne den Begriff *mağlis* zu nennen); *Kāsānī* V S. 137 Z.9; aus der Sekundärliteratur vgl. *Chehata*, Théorie S. 118 und *de Bellefonds*, Traité I S. 146-156.

[27] *Samarqandī* II S. 41.

[28] *Kāsānī* V S. 137 Z.9: *ittiḥād al-mağlis*, „Einheit des *mağlis*" als Voraussetzung eines wirksamen Vertragsschlusses.

[29] *Kāsānī* V S. 137 Z.13; vgl. auch *Marġīnānī* III S. 21 Z.14: „der *mağlis* vereinigt die Auseinanderfallenden" (scil.: Angebot und Annahme).

[30] Vgl. dazu *Udovitch*, Islamic Law and the Social Context of Exchange in the Medieval Middle East, History and Anthropology 1 (1985), S. 450: „It is as if the physical presence of both parties and their words not only confer validity on the exchange but also somehow guarantee its reliability, honesty and quality. . .this element of personal guarantee and oral testimony is suffused throughout Islamic legal and exchange practices."

Obwohl wir den Distanzkauf erst bei den späteren Juristen eingehender behandelt finden[31], bedeutet das natürlich nicht, daß es diese Art des Kaufes vorher nicht gegeben hätte[32]. Der *maǧlis* beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Empfänger von dem Angebot Kenntnis erhält. Erklärt er daraufhin die Annahme, so kommt der Vertrag zustande, ohne daß der Bote oder der Anbietende von seiner Erklärung Kenntnis haben müßte[33]; von dem Zeitpunkt der Annahme an kann der Anbietende sein Angebot nicht mehr widerrufen. Hat er allerdings sein Angebot schon vorher widerrufen, so ist es aus der Welt, auch wenn der andere von diesem Widerruf noch keine Kenntnis erhalten hat[34]. Anders als das deutsche Recht, das den Anbietenden für eine bestimmte Zeit an sein Angebot bindet, dafür eine Erklärung erst mit dem Zugang wirksam werden läßt, bestimmt das islamische Recht wie das Common Law, daß ein Angebot zwar widerruflich ist, daß aber die Annahme sofort den Vertrag zustandebringe und von diesem Moment an der Anbietende gebunden ist, selbst wenn er von der Annahme noch keine Kenntnis hatte[35].

Schon unter den frühen Juristen stritt man darüber, ob schon der bloße Konsens, also das Zusammentreffen von Angebot und Annahme die Parteien binde, oder ob sich jede von ihnen noch bis zur Trennung vom Vertrag lossagen könne[36]. Es geht darum, ob auch nach der Annahme des Angebotes den Vertragsparteien bis zum Ende des *maǧlis*, also bis zu ihrem Auseinandergehen, noch ein (einseitiges) Rücktrittsrecht[37] zusteht oder nicht. Die Iraker vertraten die Ansicht, daß mit der Annahme des Angebotes der Vertrag geschlossen und, vorbehaltlich eines (vereinbarten) Rücktrittsrechts (*ḫiyār*), für beide nicht mehr einseitig lösbar sei[38]. Dagegen sprach ein *ḥadīṯ*, das Mālik in seiner *Muwaṭṭa'* überliefert:

Käufer und Verkäufer haben ein Rücktrittsrecht (*ḫiyār*), solange sie sich nicht getrennt haben (also solange der *maǧlis* andauert).

Mālik selbst zeigt sich dieser Überlieferung gegenüber etwas reserviert: „Wir setzen dafür keine bestimmte Frist und pflegen nicht danach zu handeln"[39]. Šaibānī[40], verteidigt die Position seines Lehrers Abū Hanīfa, der Vertrag binde nicht erst nach dem Auseinandergehen von Käufer und Verkäufer, sondern schon sobald er „geschlossen" sei (*ḫīna ʿaqadāhū*) und greift die Meinung der „Medinenser" an, daß die

---

31 *Samarqandī* II S. 42 f.; *Kāsānī* V S. 138 Z.1; *Marġīnānī* III S. 21 Z.15: „Das Geschriebene ist wie das Gesprochene zu behandeln und ebenso die Botschaft. Der *maǧlis* beginnt in diesem Fall mit dem Eintreffen des Briefes oder dem Ausrichten der Botschaft."

32 Tatsächlich behandeln auch die frühen Juristen Probleme des Distanzkaufes, vgl. z. B. *Šaibānī*, Aṣl S. 150 Nr.5.

33 *Kāsānī* V S. 138 Z.3 und 6.

34 Ebd. Z.6 und 9. Anders ist es, wenn der Anbietende einen „Vertreter" (*wakīl*) losgeschickt hat; dessen Erklärungen kann er nicht durch bloßen Widerruf der Bevollmächtigung aus der Welt schaffen.

35 Vgl. zur *mailbox rule* im Common Law *Fried*, Contract as Promise, 1981, S. 50-52.

36 Vgl. die Darstellung des Streits bei *Ṭaḥāwī*, ŠurūṭKabīr S. 19 ff. Nr.2.100 – 2.112.

37 Der *ḫiyār al-maǧlis*, wie ihn die späteren Juristen nennen. Die früheren haben für dieses Rücktrittsrecht keine besondere Bezeichnung sondern sprechen allgemein von *ḫiyār*.

38 *Šaibāni*, Ḥuǧǧa II S. 680; *ders.*, Muwaṭṭa' S. 277 Nr.785; *Ṭaḥāwī* S. 74; vgl. zu diesem Streit *Schacht*, Origins S. 159, 161.

39 *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 671 Nr.79.

40 *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 680.

Vertragspartner noch bis zum Ende des *maǧlis* zurücktreten dürften. Dabei wiederholt er das *ḥadīṯ*, auf das sich diese berufen, ohne daß noch irgendetwas von der Reserve sichtbar würde, die Mālik dieser Überlieferung offenbar entgegengebracht hatte. Šaibānī verwirft dann die Auslegung, mit „Trennung" sei das Ende des *maǧlis* gemeint und interpretiert „Trennung" statt dessen etwas gezwungen als „Trennung von dem wörtlichen Teil des Kaufvertrages"[41]. Dafür beruft er sich als Autorität vor allem auf den Kūfier Ibrāhīm an-Naḫaʿī. Nur vor der Annahme eines Angebotes ist weder der Käufer noch der Verkäufer gebunden; ist aber einmal durch Angebot und Annahme das vertragliche Band geknüpft worden, so kann es nicht mehr einseitig widerrufen werden.

Šāfiʿi akzeptiert, von seinem methodischen Standpunkt aus konsequent, das *ḥadīṯ* nach seinem Wortsinne und gesteht den Vertragsschließenden den *ḫiyār al-maǧlis*, das Rücktrittsrecht, zu, bis sie sich körperlich getrennt haben[42]. Das sei auch die Ansicht der meisten Ḥiǧāzer (Medinenser und Mekkaner) und der überwiegenden Anzahl der Traditionarier (*ahl al-āṯār*) in allen Regionen. Mālik's einschränkenden Zusatz verwirft er, weil das *ḥadīṯ* klar und eindeutig sei und für individuelle Meinungen keinen Raum lasse[43]. Auch mit den Hanafiten setzt er sich eingehend auseinander. Seinen irakischen Gegner läßt er sagen:

> Ich kenne den Kaufvertrag nur als einen, der durch Rede (*kalam*) zustandekommt, nicht durch körperliche Trennung (der Vertragsschließenden)[44].

Der Vertragsschluß durch Angebot und Annahme binde beide Parteien, keine könne sich mehr einseitig lossagen. Anders sei es nur dann, wenn sie vereinbart hatten, daß einem von ihnen ein Rücktrittsrecht (*ḫiyār*) zustehen solle, denn dann habe der andere dem zugestimmt (*raḍiya bihī*)[45]. Das ist folgerichtig. Die Einigung in Angebot und Annahme, die übereinstimmenden Erklärungen sind die Basis des Vertrags (s.o.), der von diesem Zeitpunkt an seine Rechtswirkungen entfaltet. Dennoch steht dieser Auffassung das unanfechtbar überlieferte *ḥadīṯ* entgegen. Šāfiʿī hat es nicht schwer nachzuweisen, daß die Auslegung der Hanafiten sprachlich und logisch nicht möglich ist. Der Vertrag sei zwar geschlossen, aber der Prophet habe eben den Vertragsschließenden bis zur endgültigen Trennung ein Rücktrittsrecht eingeräumt. Daran sei nicht mehr zu deuteln, was der Prophet bestimmt, ist für die Menschen unverrückbar.

Diese Regelung des Vertragsschlusses wirkt etwas archaisch. Das *ḥadīṯ*, das sie trägt, scheint eine Stufe widerzuspiegeln, in der das gesprochene Wort allein nicht

---

41 "*Mā lam tafarraqā ʿan manṭiq al-baiʿ*". Das *ḥadīṯ* überliefert *Šaibānī* auch in seiner Muwaṭṭaʿ-Redaktion S. 277 Nr.785, wo er die gleiche Interpretation gibt.

42 *Šāfiʿi* III S. 3 Z.25, hier erscheint noch ein illustrativer, bei Mālik nicht erwähnter Zusatz, daß ʿAbd Allāh ibn ʿUmar, der Prophetengenosse und Überlieferer dieses *ḥadīṯes*, immer dann, wenn er einen Kaufvertrag bindend machen wollte, ein Stückchen fortgegangen und wieder zurückgekehrt sei. Wichtig ist auch die Auseinandersetzung um diese Frage mit einem imaginären, nach seinen Anschauungen wohl hanafitischen Gegner a.a.O. S. 5 ff.; *ders.*, Risāla S. 313.

43 *Šāfiʿī* VII S. 204 Z.12.

44 *Šāfiʿī* III S. 5 Z.5.

45 *Šafiʿī* III S. 7 Z.15, und Z.18: „das entspricht ihrer Vereinbarung" (*ḏālika bi šarṭihimā*).

ausreichte, um die Parteien zu verpflichten. Erst wenn das Ende der Verhandlungen derart hervortritt, daß die beiden Parteien auseinandergehen, kann man (auch als Außenstehender) davon ausgehen, daß der Vertrag perfekt ist. Allerdings fügt sie sich ein in ein System, das den Verhandlungen der Parteien, dem Feilschen um Konditionen, eine große Bedeutung zumißt. Das Wort ist widerruflich, solange es nicht deutlich abschließend gemeint ist. Kriterium dafür ist das Ende der Verhandlungen, das sich in der körperlichen Trennung beider Parteien manifestiert[46].

Die Differenz der beiden Meinungen verringert sich aber, wenn man berücksichtigt, daß nach Kāsānī[47] Šāfiʿī verlangt habe, die Annahme müsse unmittelbar, sofort nach dem Angebot erfolgen; wenn es erst einmal verklungen ist, bleibt nichts, was noch angenommen werden könnte. Das Rücktrittsrecht vor dem Auseinandergehen, vor dem Ende des *maǧlis* bietet dem Annehmenden dann noch die Möglichkeit, eine eventuell überstürzt erklärte Annahme wieder rückgängig zu machen. Kasānī dagegen gewährt dem Annehmenden eine Überlegungsfrist: Die Annahme müsse nicht sofort erfolgen, wichtig sei nur, daß sie innerhalb des Zusammenhanges der *maǧlis* erklärt werde, vor ihrem Ende. Bei beiden ist also das Ende des *maǧlis*, des Zusammenhanges der Vertragsverhandlungen, das äußerlich sichtbare Kriterium des Vertragsschlusses; für die Hanafiten als äußerster Punkt der Annahmefähigkeit eines Angebotes; für Šāfiʿī als der Punkt an dem entweder ein Angebot verfällt, oder eine einmal ausgesprochene Annahme irreversibel wird.

Interessant ist jedoch weniger der Streit um den Zeitpunkt der Bindungswirkung im einzelnen, sondern die Auffassung der Juristen über die Bindungswirkung von Verträgen, die er an die Oberfläche bringt: Die Bindung erscheint als das Wesentliche am Vertrag, als sein Abschluß und seine Vervollständigung. Sie gehört zum Vertragsbegriff, den das Recht vorgibt[48]. Die Parteien haben sich einmal darauf eingelassen und werden nun daran festgehalten, auch wenn sie es später bereuen. Der entstandene Vertrag kann nur noch durch einen Aufhebungsvertrag (*iqāla*) als *actus contrarius* beseitigt werden.

Der abgeschlossene und bindend gewordene Vertrag wird auch *ṣafqa* genannt[49], was primär den Handschlag bezeichnet, der den Vertragsabschluß begleiten konnte (*ṣafqat al-baiʿ*) und die durch den Abschluß eingetretene Bindung äußerlich sinnfällig macht. Obwohl Rituale wie der Handschlag rechtlich nicht von Bedeutung waren, leben sie terminologisch noch fort. Im übertragenen Sinne steht der Begriff *ṣafqa* sinnbildlich für die Willensübereinstimmung der Parteien und deren Inhalt[50].

---

[46] Vgl. *Rosen*, The Anthropology of Justice,1989, S. 22 über das heutige Marokko: „statements made in the course of establishing a relationship. . .(are). . .rather like a price mentioned in the market place, a figure that cannot be said to be true or false until it is accepted."

[47] *Kāsānī* V S. 137 Z.14.

[48] *Sarahsī* XIII S. 40 Z.25; *Marġīnānī* III S. 27 Z.23.

[49] Vgl. *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 692: „*ṣafqa* bedeutet, daß der Kaufvertrag nun Verkäufer und Käufer bindet". Bei Mālik und bei Šāfiʿī kommt meines Wissens der Ausdruck nicht vor, was damit zusammenhängen mag, daß für sie der Vertrag erst mit dem Ende des *maǧlis* bindend wird, sie also keinen weiteren Begriff benötigen, der bezeichnet, daß die Bindung nun äußerlich sichtbar geworden ist.

[50] Beispiele für diese Verwendung z. B. *Marġīnānī* III S. 23 Z.11; *Šaibānī*, Aṣl S. 134 f. Nr.31 f.

11.3. Form, insbesondere die Schriftform

Formvorschriften kennt das islamische Recht nicht. Schriftliche Abfassung des Vertrages, Rituale oder das Beiziehen von Zeugen sind keine Wirksamkeitsvoraussetzung. Die Mündlichkeit steht, wie überall im islamischen Rechtsleben, theoretisch eindeutig im Vordergrund. Eine Erklärung darf aber auch schriftlich abgegeben werden[51], wenn das auch nur widerwillig als Ausnahme zugelassen wird[52]. Auch in der Praxis wurden Kaufverträge offenbar überwiegend mündlich abgeschlossen. Es war daher üblich, zu Geschäften von einiger Bedeutung eine größere Anzahl von Geschäftsfreunden als Zeugen beizuziehen. Schriftliche Kaufverträge wurden überwiegend nur für Immobilien oder Sklaven abgeschlossen[53]. Der Koran allerdings schreibt in Sure 2 Vers 282 für Kreditgeschäfte vor, daß die Parteien ihren Vertrag von einem Schreiber schriftlich niederlegen lassen sollen. Der Schuldner soll ihm den Text im Beisein des Gläubigers diktieren und zwei Männer sollen als Zeugen hinzugezogen werden. Für Bargeschäfte reichen Zeugen aus. In Vers 283 macht der Koran ein Zugeständnis für den Fall, daß die Parteien keinen Schreiber finden können, wenn sie sich zum Beispiel auf der Reise befinden, also wohl außerhalb einer Stadt. Dann sollen sich die Parteien mit einem Angeld (*rahn*) begnügen. Die Juristen legten diese Vorschriften nicht als Pflicht aus sondern als bloße Empfehlung, deren Mißachtung das Geschäft nicht ungültig macht[54]. Die Lehre entwickelte sich dahin, daß schriftliche Dokumente als solche nicht einmal als ausreichende Beweismittel in einem Prozeß angesehen wurden. Wie wir sahen, wurden im Prozeß nur das Anerkenntnis, die Aussage von Zeugen und der Eid als Beweismittel anerkannt. In dieses Raster ließ sich der Schriftbeweis nur schwer einfügen. Er wurde allenfalls indirekt anerkannt, wenn das Dokument vor Zeugen aufgesetzt worden war und diese zunächst auf dem Schriftstück selbst und dann auch im Prozeß seinen Inhalt bestätigten[55]. Diese dem Schriftbeweis abgeneigte Haltung der islamischen Juristen kollidierte mit einer uralten nahöstlichen Tradition, die sich ungebrochen von Keilschriftdokumenten bis zur Formularpraxis im byzantinischen Reich erstreckte[56]. Ursprung und Hintergrund dieser Entwicklung liegen im Dunkeln. Sie mag mit der Verengung des Beweisrechts auf Anerkenntnis, Zeugenbeweis und Eid zu tun haben. Vor allem darf man nicht übersehen, daß selbst der Koran sich nicht mit der bloßen Niederschrift des Vertrags zufrieden gibt, sondern ebenfalls verlangt, daß die Parteien noch zwei Zeugen hinzuziehen. Außerdem legt er selbst den

---

[51] Vgl. *Marġīnānī* III S. 21 Z.15: Beim Vertragsschluß steht das Schreiben dem Sprechen gleich.
[52] *Schacht*, Bergsträsser's Grundzüge S. 26; *Chehata*, Théorie S. 119; *de Bellefonds*, Traité I S. 130 ff.; Erklärungen in Schriftform waren anerkannt nur, wenn mündliche Erklärungen unmöglich waren, also als Erklärung eines Stummen oder beim Distanzvertrag.
[53] *Goitein*, MS I S. 196.
[54] *Šāfiʿī* III S. 78 f. ab Z.4; *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 1 – 3; *ders.*, Šurūṭ Ṣaġīr S. 3 f.
[55] Vgl. ausführlich dazu vor allem *Tyan*, Le notariat et le régime de la preuve par écrit dans la pratique du droit musulman, 2e éd., 1959, S. 76, 78 f., 82-84; *ders.*, Histoire S. 237; *ders.*, Art. „DAʿWA", in EI², Vol.II, S. 170-172; *Wakin*, The Function of Documents S. 4-7; *Schacht*, Bergsträsser's Grundzüge S. 113.
[56] *Wakin*, The Function of Documents S. 2 f.,5.

Grundstein für die am Zeugenbeweis orientierte Entwicklung des Beweisrechts[57]. Man kann also eigentlich nicht sagen, daß das islamische Recht in diesem Punkt dem Koran offen widerspricht[58].

Die islamischen Juristen selbst führen als Begründung für die geringe Beweiskraft schriftlicher Urkunden oft die Gefahr an, daß diese leicht zu fälschen seien. Jemand könnte von einem Schreiber ein Dokument aufsetzen lassen, dem der angebliche Schuldner nur wenig entgegenzusetzen hätte; auch wäre es nicht allzu schwierig, etwas zu verändern oder hinzuzufügen. Schließlich muß man berücksichtigen, daß wir es mit einer Gesellschaft zu tun haben, in der die Kunst des Schreiben nicht eben weit verbreitet war[59]. Außerdem war Schreibmaterial zumindest in den ersten islamischen Jahrhunderten noch sehr teuer. Billiger wurde es erst, als Papier industriell hergestellt werden konnte. Das Papier war den Muslimen durch chinesische Gefangene bekannt geworden, die bei der Schlacht am Talās in Zentralasien gegen die Chinesen im Jahre 751 n.C. in ihre Hände fielen. Lange Zeit stand die erste und einzige Papierfabrik in Samarkand. Erst im 10 Jahrhundert n.C. begann das Papier das Papyrus in Ägypten zu verdrängen[60]. Einen Kaufvertrag aufzuschreiben, war lange Zeit mit einem beträchtlichen Aufwand verbunden. Das klingt auch bei Ṭaḥāwī an, wenn er in der Einleitung zu einem seiner Formularhandbücher die entsprechenden Koranverse auslegt:

> Gott hat es ihnen (scil.: den Muslimen) leicht gemacht (indem er im Koran für die Bargeschäfte von der Pflicht zur Schriftform dispensierte), so daß ihre Kaufverträge sie nicht zu sehr bedrängten, denn sonst könnte niemand mehr etwas kaufen, ohne den Vertrag aufschreiben zu müssen, selbst der Kauf von Wasser, das sie trinken, und der Kauf von Nahrungsmitteln, die sie essen müssen und ähnliche (alltägliche Geschäfte), wären davon erfaßt.[61]

Die Zurückdrängung des geschriebenen gegenüber dem gesprochenen Wort paßt auch zu der religiös-moralischen Grundfärbung des islamischen Rechts, die sich an vielen Stellen, wie zum Beispiel der besonderen Bedeutung des Eides, zeigt. Im islamischen Kulturkreis allgemein zählt mehr als ein abstraktes Schriftstück, wenn eine anerkannte Persönlichkeit mit ihrem Ruf für die Richtigkeit einer Aussage einzustehen bereit ist[62]. Allerdings wurden an die Redlichkeit und religiös-moralische Unbescholtenheit der Zeugen (*ʿadāla*) schon bald sehr hohe Anforderungen

---

[57] Vgl. *Brunschwig*, Art. „BAYYINA", in EI², Vol.I, S. 1150 f.

[58] So aber *Schacht*, Origins S. 188; *Dannhauer*, Untersuchungen S. 57; *Wakin*, The Function of Documents S. 5.

[59] Das trifft nach Goiteins Auswertung der Kairiner Geniza Papyri selbst für die eigentlich recht gebildeten jüdischen Kaufleute im 11.-13. Jahrhundert zu: „Even a big merchant was not always a good scribe. . .it seems that everybody was supposed to read Hebrew as well as Arabic, but not everybody at all was fluent in writing." *Goitein*, From the Mediterranean to India, Speculum 29 (1954), S. 186.

[60] Vgl. dazu *Karabacek*, Das arabische Papier, eine historisch-antiquarische Untersuchung, 1887; *Cahen*, Islam I S. 166. Es ist wohl kein Zufall, daß die frühen Rechtswerke ihre Ausführungen auf das Allernotwendigste beschränken, daß mit dem 11./12. Jahrhundert aber eine wahre Wortinflation einsetzt – Sarahsī's (st.1090) Mabsūṭ ist zum Beispiel auf 30 Bände angelegt.

[61] *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 1.

[62] *Wakin*, The Function of Documents S. 6; vgl. die Beobachtungen aus dem heutigen Marokko von *Rosen*, The Anthropology of Justice, 1989, S. 23 f., 32 f.

gestellt[63]. Es bestand damit die Gefahr, daß ein Vertrag im Prozeß unbeweisbar wurde, weil ein Zeuge nicht anerkannt worden war. Schon bald entwickelte sich daher ein fester Stand von „Berufszeugen", deren religiös-moralische Unbescholtenheit in einem festen Verfahren durch den Richter, bzw. einen eigens damit betrauten Beamten, im voraus allgemein und unabhängig von einem konkreten Fall festgestellt worden war. Bei ihnen meinte man sicher sein zu können, daß sie in der Religion zu fest verwurzelt waren, um Unwahres oder Anstößiges zu unterstützen, ihre Unbescholtenheit (*ᶜadāla*) konnte im Prozeß vorausgesetzt werden. Ihrer konnten sich die Parteien unbedenklich bedienen, wenn sie ihren Vertragsabschluß beurkunden wollten. Diese „Berufszeugen" nahmen in etwa die Funktion von Notaren wahr, wenn sie den vorschriftsmäßigen Abschluß eines Vertrages bezeugten, wurden aber auch als Gerichtspersonal beschäftigt, zunächst und vor allem um die Authentizität der Gerichtsakten zu bescheinigen.

Wenn auch die Theorie sich hilflos bzw. zurückhaltend gegenüber der Verwendung schriftlicher Dokumente zeigte, so läßt sich doch leicht nachweisen, daß sie in der Rechtspraxis weit verbreitet waren[64]. Allerdings zeigt die eingehende Behandlung nicht beweisbarer Streitpunkte zwischen den Parteien vor allem in den früheren Rechtswerken[65], daß die bezeugte Schriftform nicht die Regel gewesen sein kann. Wenigstens Verträge von größerer Bedeutung scheinen aber schriftlich niedergelegt worden zu sein. Die Zeugen bestätigten dann am Ende des Kaufvertragsformulares die Erklärungen von Käufer und Verkäufer über den Inhalt des Kaufvertrages, die in Form von gegenseitigen „Anerkenntnissen" gefaßt waren. Die Zeugen traten nicht für die Wahrheit und Richtigkeit des Vertragsinhalts ein, da sie nicht jeder Aussage, z. B. über die Eigentumslage der Ware, ihre Beschaffenheit, die genauen Grenzen eines Grundstückes, nachgehen mußten, sondern sich auf die Aussagen der Parteien verlassen durften. Wenn die Zeugen dann im Prozeß beigebracht werden konnten und ihre schriftlichen Aussagen bestätigten, so war der Beweis für den Abschluß und den Inhalt des Kaufvertrages erbracht[66].

Betreute man einen Berufszeugen, einen „Notar", mit der Abfassung eines solchen Vertragsformulars, so hatte man eine größere Gewißheit, daß er es rechtlich unangreifbar formulierte. Eine wichtige Aufgabe dieser Notare bestand also auch in der Beratung ihrer Klienten. Als Handreichung für diesen Berufsstand entstanden

---

[63] *Schacht*, Bergsträsser's Grundzüge S. 114: „der Richter ist berechtigt, das Zeugnis abzuweisen, z. B. wenn man ohne Schurz ins Bad geht"; *Dannhauer*, Untersuchungen S. 52-57; *Tyan*, Histoire S. 236-251; *ders.*, Art."ᶜADL", in EI², Vol.I, S. 209 f.; *Wakin*, The Function of Documents S. 7 f.

[64] Zum Beispiel: Handel mit Nahrungsmittelbezugsscheinen zur Zeit des Kalifats Marwāns I (684-685): *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 641 Nr.43, 44; *Šaibānī*, Muwaṭṭa' S. 269 Nr.766; dazu *Schacht*, Origins S. 200 f.; weitere Beispiele: *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 681 (Kredit, angeblich zur Zeit des Muslims der zweiten Generation Ibn ᶜUmar); *Šaibānī*, Aṣl S. 82 Nr.36 (*ṣakk* im Prozeß); *ders.*, Ḥiyal S. 36 ff. (insbesondere Verträge über Immobilien immer schriftlich, vgl. S. 39 Nr.9,22), S. 79 Nr.23,18 (Kredit), S. 131 Nr.6,17 (Immobilien); *Ḫaṣṣāf* S. 6 Nr.2-5, S. 7 Nr.2-9 (Kredit), S. 7 Nr.4-2, S. 13 Nr. 4-33 ff. (Immobilienkauf).

[65] Z.B. *Šaibānī*, Aṣl S. 105-115, und öfter.

[66] *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 18 Nr.2.89; *Wakin*, The Function of Documents S. 66.

schon bald die schon oben angesprochenen Formularhandbücher[67], die Musterverträge enthielten und die einzelnen Passagen erläuterten.

Ṭaḥāwī und Saraḫsī stellen in den Einleitungen zu ihren *šurūṭ*-Werken jeweils selbstbewußt Sinn und Zweck der Formularliteratur dar[68]. Trotz des zeitlichen Abstandes zwischen ihnen[69] sind ihre Ansichten sehr ähnlich. Saraḫsī führt aus, Formulare dienten dem Schutz des Vermögens vor ungerechtfertigtem Verlust (Schutzfunktion) und könnten dazu beitragen, Streitigkeiten unter den Parteien zu vermeiden, denn das Geschriebene werde im Verhältnis der Vertragsschließenden zur Regel (*ḥukm*). Keiner wird dem anderen sein Recht streitig machen, weil er fürchten muß, daß der andere auf seine Urkunde zurückgreifen werde, daß Zeugen gegen ihn aussagen und daß er so vor den Menschen bloßgestellt werde (Beweisfunktion)[70]. Außerdem könne durch die schriftliche Fixierung des Vertrages sichergestellt werden, daß der Vertrag wirksam ist, denn die Parteien denken nie an alle Nichtigkeitsgründe, ein Schreiber wird sie aber darauf hinweisen (Beratungsfunktion). Schließlich wird auf diese Weise der Vertragsinhalt nie ungewiß; im Laufe der Zeit könnten ja einzelne Bestimmungen vergessen werden, auch nach dem Tod eines der Vertragsschließenden könnten sich die Erben des Verstorbenen leicht über den Vertragsinhalt informieren (Dokumentationsfunktion).

Ṭaḥāwī setzt die Akzente etwas anders. Natürlich betont auch er die Beweisfunktion der Formulare, doch hebt er noch einen weiteren Aspekt hervor, der bei Saraḫsī nicht vorkommt: Aufgabe der Formularhandbücher ist es, die Verträge der Parteien gegen die Meinungsvielfalt im islamischen Recht abzusichern. Ein Schreiber soll nach Ṭaḥāwī die möglichen Anlässe kennen, für die die Schriftform verlangt werden könnte; er soll wissen, wo sich die Rechtsgelehrten einig sind (*iǧmāʿ*) und wo nicht (*iḫtilāf*), er soll die jeweiligen Argumente kennen und er soll sicher formulieren, um beide Vertragspartner abzusichern. Mit diesem Wissen kann er einen Vertrag verfassen, der verhindert, daß der eine Vertragspartner den anderen übervorteilt. So muß keiner des anderen Willkür fürchten und beide sind voreinander sicher. Meinungsverschiedenheiten (*iḫtilāf*) unter Rechtsgelehrten zu berücksichtigen sei deshalb wichtig, weil man nie wissen könne, was für einem Richter die Vertragsurkunde einmal vorgelegt werden wird. Möglicherweise erklärt ein Richter den Vertrag nach seiner Meinung für nichtig, obwohl den Parteien, an dem Punkt, an dem er Anstoß nahm, gar nichts lag und sie nur wollten, daß der Vertrag gültig sei.

Kurz: „The notary is the person best qualified to help people carry out their intentions."[71] Seine Aufgabe war es, dem Willen der Vertragsschließenden durch das Gestrüpp der vielen rechtlichen Fußangeln und Meinungsstreitigkeiten hindurch

---

[67] Überblick über die Entwicklung der Literatur bei *Wakin*, The Function of Documents S. 10 ff.; ich werde mich auf die frühesten erhaltenen Werke beschränken, das Kitāb aš-šurūṭ al-kabīr und das Kitāb aš-šurūṭ aṣ-ṣaġīr, die beide der ägyptische Hanafit *aṭ-Ṭaḥāwī* verfaßte.

[68] *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 1-3; *ders.*, Šurūṭ Ṣaġīr S. 3 f.; *Saraḫsī* XXX S. 167 f., wie das gesamte Werk ist auch dieser Teil ein Kommentar zu einem *šurūṭ*-Werk des Šaibānī; vgl. *Wakin*, The Function of Documents S. 16.

[69] Ṭaḥāwī starb im Jahre 321 A.H./933 n.C., Saraḫsī im Jahr 483 A.H./1090 n.C.

[70] Betont auch von *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 1 und Šurūṭ Ṣaġīr S. 3.

[71] *Wakin*, The Function of Documents S. 31.

zur Geltung zu bringen. Die Handreichungen für diesen Personenkreis, die Formularhandbücher, erfüllten also wichtige Funktionen. Vor allem konnten sie helfen, trotz der breit gestreuten Meinungsverschiedenheiten zwischen den Rechtsschulen, den lokalen Besonderheiten und den Streitigkeiten innerhalb einer einzigen Rechtsschule ein gewisses Maß an Rechtssicherheit zu schaffen; Rechtssicherheit, die für jeden einzelnen Rechtssuchenden wichtig war, besonders aber für den Handel, der wissen mußte, womit er kalkulieren konnte, und der sich an die Grenzen zwischen den Rechtsschulen ebensowenig hielt, wie an geographische oder religiöse[72].

11.4. Recht des Vertrags – Recht des Vertragsschlusses

Die Aufgabe, den Vertragsschluß rechtlich zu ordnen, erfüllt das islamische Recht durch die objektivierte Auslegung, und vor allem mit Hilfe des Konzeptes des *maǧlis*. Der *maǧlis* gibt eine Hilfestellung bei der Bestimmung der Annahmefähigkeit eines Angebotes, er bietet eine Auslegungshilfe, um festzustellen, ob ein Angebot abgelehnt wurde, er verklammert Angebot und Annahme und vergegenständlicht den Vertragsschluß, den er so von der Phase unverbindlicher Verhandlungen abzugrenzen hilft.

Feststellen ließ sich weiter, daß zwar der Wille der Parteien die Wurzel des Vertrages darstellt, daß er aber in der rechtlichen Beurteilung stark zurücktritt. Im Vordergrund stehen die Erklärungen, darüber hinaus ist sogar eine Tendenz feststellbar, die die erklärte Einigung für nebensächlich erklärt und den Austausch als das eigentlich Wesentliche darstellt.

Die „Formlosigkeit" des islamischen Rechts wird durch die Verbreitung von „Notaren" und Vertragsformularen zum Teil kompensiert. Dennoch scheint auch die Rechtspraxis weitgehend formlos gewesen zu sein. Funktionen, die in anderen Rechten durch besondere Formerfordernisse wahrgenommen werden, begegnet das islamische Recht auf andere Weise. Die objektivierte Form der Auslegung und den *maǧlis* haben wir schon behandelt. Daneben sind die hohen Bestimmtheits- und Individualisierungsanforderungen zu nennen[73], die wie die Vereinbarung eines Gegenwertes, „Seriositätsindizien" darstellen, also den tatsächlichen Vertragsschluß von den unverbindlichen Verhandlungen abzugrenzen helfen und eine Warnfunktion erfüllen. Die Zulassung vereinbarter Rücktrittsrechte zur genauen Prüfung der Ware trägt zum Übereilungsschutz bei[74] und schließlich kann man auch den Umstand, daß das islamische Recht nur bestimmte Vertragstypen anerkennt, als Former-

---

[72] Bezeichnend ist, daß auch Christen und Juden sich der muslimischen Zeugen und Notare bedienten, wie sich aus den erhaltenen Papyri ergibt, ein weiterer Beleg für die Verflechtung in der Gesellschaft, die sich auch in den Bestrebungen widerspiegelt, zumindest das Vertragsrecht als ein allgemeines zu konzipieren s.o. Kapitel 7.4.

[73] vgl. dazu unten Kapitel 14.1.

[74] Vgl. zu diesem *ḫiyār aš-šarṭ* unten Kapitel 17.4.3.

fordernis interpretieren[75]. Diese und andere Charakteristika des islamischen Vertragsrechtes werden wir aber noch an anderer Stelle behandeln.

Zunächst soll es aber darum gehen, den Mechanismus des Vertrages näher zu untersuchen: Was passiert rechtlich, wenn ein Vertrag geschlossen wurde? Damit stellt sich zugleich die Frage nach der rechtlichen Ausgestaltung der vertraglichen Bindungswirkung. Es bietet sich an, aus Gründen der dem islamischen Recht eigenen Systematik zwischen dem sofort vollzogenen Barkauf und Verträgen mit Kreditelementen, also mit Vorleistungspflicht einer Seite, zu unterscheiden. Während die Regelung des Barkaufes sich weitgehend auf die dinglichen Wirkungen beschränken kann, muß für Verträge mit Kreditelementen ein Konzept vertraglicher Verpflichtung entwickelt werden.

[75] *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2, 3. Aufl.1979, S. 244 f. (§ 15 I 1) sieht den Typenzwang als Erfordernis einer „inneren Form".

12. Der Barkauf

12.1. Vertragliche Bindung durch Eigentumsübergang

Rechtliche Bindung ist eine Antwort auf das typische Problem anonymer Marktverträge: Keine Partei ist sicher, daß sie von der anderen auf deren Wort hin die versprochene Leistung erhält; womöglich kennt keiner den anderen, weiß nicht, wo dieser sich normalerweise aufhält und wie er gegebenfalls zu belangen ist. Deshalb will eigentlich kein Teil gebunden sein, bevor ihm nicht geleistet ist. Dieses „Vertrauensproblem", die gegenseitige Abhängigkeit der beiden Leistungen, drängt dazu, alles in einem einzigen Akt zusammenfallen zu lassen; Kauf, Übereignung der Ware und Bezahlung des Preises wachsen zusammen im Barkauf, dem Normalfall des Kaufvertrages. Nicht immer ist aber der sofortige Austausch möglich; sei es, daß der Verkäufer die Ware gerade nicht bei sich hat, sei es, daß der Käufer im Moment nicht bezahlen kann. In diesem Fall wird die Frage vertraglicher Bindung erheblich. Wenn nun die islamischen Juristen betonen, daß mit dem Vertragsabschluß die Parteien gebunden sind, wie gestalten sie dann diese Bindungswirkung aus? Wie sichern sie, daß jeder die vereinbarte Gegenleistung erhält? Sehen wir uns zunächst die kasuistische Behandlung bei den frühen Juristen näher an.

Wichtig ist, daß jedenfalls von dem Zeitpunkt an, in dem die Bindung eintritt[1], der Verkäufer nicht mehr wirksam über die Sache verfügen kann. Tut er es trotzdem und verschafft er einem zweiten Käufer vor dem ersten Besitz, so kann dieser die Sache von dem zweiten Käufer herausverlangen. Durch den Vertrag erhält der Käufer also nicht bloß ein relatives Forderungsrecht an der Sache, sondern ein absolutes Recht, das auch gegenüber Dritten wirkt[2]. Die sich aus dem Kaufvertrag ergebende Bindungswirkung wirkt sich als dingliches Recht des Käufers an der Sache aus.

Bedeutet das, daß auch das Eigentum an der Sache mit dem Vertragsschluß auf den Käufer übergegangen ist, oder bedarf es dazu weiterer Voraussetzungen wie etwa der Übergabe der Ware? Schon bei den frühen Juristen wird deutlich, daß sie zwischen Eigentum und Besitz auch terminologisch trennen. Šaibānī zum Beispiel bildet den Fall, daß der Verkäufer ein Recht auf Rückgabe der Ware geltend macht

---

[1] Also je nach Rechtsschule mit dem Austausch der Erklärungen oder mit der Trennung der Parteien.

[2] Vgl. z. B. *Ḫaṣṣāf* S. 120 Nr.48: Jemand hat eine Ware verkauft, noch vor der Übergabe an den Käufer verkauft er sie aber „nochmals" an einen anderen und übergibt sie ihm. „Der Verkäufer hat gesündigt und etwas Unerlaubtes getan"; der erste Käufer kann das Gut von dem zweiten herausverlangen. Viele Rechtskniffe bezwecken den Käufer gerade gegen einen solchen Mangel im Eigentum zu schützen, denn der erste Käufer kann die Sache von dem zweiten Käufer herausverlangen, auch wenn der zweite im Unterschied zum ersten schon den Besitz der Sache erlangt hatte, vgl. z. B. a.a.O. S. 8 Nr.4,8.

zu einer Zeit, als der Käufer sie schon weiterverkauft hat. Šaibānī hebt ausdrücklich hervor, daß es unerheblich sei, ob der Käufer die Ware schon dem Zweitkäufer übergeben hat. Jedenfalls hat der Verkäufer, selbst wenn sich die Sache noch im Besitz des Erstkäufers befindet, keine Möglichkeit mehr, sie wiederzuerlangen, da

der Käufer sie schon aus seinem Eigentum (*milk*) herausgegeben und dem (zweiten) Käufer durch seine Verpflichtung ein Recht (*ḥaqq*) daran begründet hat.[3]

Der Erstkäufer hat also, auch wenn er noch den Besitz an der Sache hat, das Eigentum daran schon verloren. Ein Käufer erhält durch den Vertrag selbst also nicht nur irgendein dingliches Recht an der Sache, ihm steht vielmehr auch terminologisch nun das Eigentum daran zu. Dieses Ergebnis, also daß das Eigentum an der Ware grundsätzlich schon mit dem Kaufvertrag übergeht, wird durch die Aussagen der späteren Juristen bestätigt[4].

Andererseits hat aber auch der Verkäufer ein Interesse daran, seine Ware nur gegen die vereinbarte Bezahlung zu verlieren. Deshalb ist das Eigentum des Käufers zunächst mit einem Zurückbehaltungsrecht des Verkäufers an der verkauften Sache belastet. Wenn Barzahlung vereinbart wurde, so ist der Käufer vorleistungspflichtig: Erst wenn er den Preis bezahlt, also das Geld übergeben hat, darf er die Ware in Besitz nehmen[5]. Die Bindungswirkung wirkt sich auch zugunsten des Verkäufers als ein dingliches Recht aus; denn wenn sich der Käufer, bevor er bezahlt hat, die Ware einfach nimmt, ohne daß der Verkäufer ihm das erlaubt hätte, so kann dieser sie von jedem zurückholen, an den der Käufer sie inzwischen veräußert haben mag[6].

Vor der Übergabe ist das Eigentum des Käufers an der Ware durch das Zurückbehaltungsrecht des Verkäufers beschränkt. Hinzu kommt, daß der Käufer zumindest nach Ansicht der Hanafiten erst dann über die Sache verfügen kann, wenn er sie mit Willen des Verkäufers in Besitz genommen hat[7]. Vor der Bezahlung des Kaufpreises kann der Käufer also nur dann über die Sache weiterverfügen, wenn der Verkäufer auf sein Vorrecht an der Sache verzichtet und dem Käufer die Ware schon vor der Zahlung des Kaufpreises übergeben hat[8]. Das Einverständnis des Verkäufers oder die nachträgliche Genehmigung der Besitzergreifung[9] wird so zur Grundlage der Verfügungsmacht. Das gilt allerdings auch dann, wenn der Käufer sich das Einverständnis

---

[3] *Šaibānī*, Aṣl S. 327 Nr.6; für „Besitz" benutzt Šaibānī, wie auch dann die späteren Juristen den Begriff *yad*, wörtlich „Hand", vgl. S. 309 Nr.23.

[4] Z.B. *Sarakhsī* XII S. 199 Z.12, XIII S. 67 Z.17; *Samarqandī* II S. 50; *Kāsānī* V S. 233 Z.11, S. 292 Z.18. Vgl. zur Frage des Eigentumsübergangs auch *Chehata*, L'acte translatif de proprieté en droit musulman hanéfite, QI (1951), S. 455-464, der sich vor allem auf spätere Quellen stützt.

[5] *Šaibānī*, Aṣl S. 325 Nr.1; aus der späteren Rechtsliteratur: *Qudūrī* S. 39; *Samarqandī* II S. 56; *Kāsānī* V S. 287 Z.28; *Marġīnānī* III S. 27 Z.12. Das erinnert an die alte hellenistische Vorstellung, daß das Eigentum erst mit der Zahlung des Kaufpreises übergeht, vgl. *Kaser* II S. 278. *Šāfiʿī* VII S. 112 Z.6 hingegen hielt den Käufer erst nach der Lieferung für verpflichtet, seine Leistung zu erbringen; vgl. zu dieser Kontroverse auch *Brunschwig*, Corps certain et chose de genre dans l'obligation en droit musulman, SI 29 (1969), S. 89 f.

[6] *Šaibānī*, Aṣl S. 328 Nr.8.

[7] Dazu vgl. unten Kapitel 14.2.3.

[8] *Šaibānī*, Aṣl S. 308 f. Nr.23.

[9] *Šaibanī*, Aṣl S. 328 Nr.9.

des Verkäufers durch Täuschung, zum Beispiel durch Bezahlung mit Falschgeld, erschlichen haben sollte[10].

Anders ist es, wenn der Käufer den Preis vertragsgemäß entrichtet hat, denn dann ist das Zurückbehaltungsrecht des Verkäufers weggefallen[11]. Der Käufer kann sich die Sache ohne den Willen des Verkäufers nehmen und darüber aus eigenem Recht wirksame Verfügungen treffen. Durch die Zahlung des Kaufpreises hat der Käufer die Ware vollständig aus dem Vermögen des Verkäufers herausgelöst und sich zugeordnet.

Zumindest im Bereich des Barkaufes haben die frühen hanafitischen Juristen die Bindungswirkung also dinglich ausgestaltet. Der Käufer kann sicher sein, daß der Verkäufer ihm die Ware übergibt, denn die wohl größte Gefahr, der Zweitverkauf, ist rechtlich (wiewohl nicht faktisch) unmöglich. Der Verkäufer braucht die Ware nur herauszugeben, wenn er sein Geld dafür bekommt. Vor der Übergabe teilen sich Käufer und Verkäufer gewissermaßen das Eigentum an der Sache. Keiner kann darüber selbstherrlich verfügen, jeder der beiden hat ein dingliches Recht an ihr. Vor der Übergabe des Preises, der die Ware auslöst, ist sie wie aus dem Verkehr gezogen. So wirkt sich in der Schwebephase zwischen Vertragsschluß und Vertragserfüllung die gegenseitige Abhängigkeit der beiden Leistungspflichten aus.

Diese gegenseitige Abhängigkeit der beiden Leistungen drücken die späteren Hanafiten in der Forderung aus, daß zwischen beiden Parteien ein Gleichgewicht (*musāwāh*) gewährleistet sein müsse. Bei der Frage, ob einer der Vertragsschließenden seine Leistung zuerst erbringen müsse oder ob beide gleichzeitig, Zug um Zug leisten müssen, differenzieren sie danach, ob es sich um einen Kaufvertrag (Ware gegen Geld), um einen Tausch (Ware gegen Ware) oder einen Geldwechselvertrag (Geld gegen Geld) handelt[12]. Sind beide Leistungen gleichartig (Ware gegen Ware oder Geld gegen Geld), so müssen sie Zug um Zug vorgenommen werden, beim Geldwechselvertrag muß der Tausch aus Gründen des Wucherverbotes sofort auf der Stelle erfolgen. Beim Warentausch können sich die Parteien etwas Zeit lassen, da hier ohnehin schon durch den Vertrag selbst das Eigentum übergeht und keine Seite die andere mehr an der Besitzergreifung hindern kann. Beim Tausch von Ware gegen Geld spielt ein weiteres Moment hinein: Der Käufer wird Eigentümer der Ware ja schon durch den Kaufvertrag, während das Eigentum am Geld erst durch die tatsächliche Übergabe übergehen kann. Geld nämlich gilt, wie wir sahen[13], als nicht konkretisierbar. Konkretisierung ist aber eine Voraussetzung des Eigentumsübergangs. Erst wenn die konkreten Geldstücke übergeben werden, kann daran das

---

[10] *Šaibānī*, Aṣl S. 328 Nr.8: Der Verkäufer hat den Käufer durch sein Einverständnis mit der Besitzergreifung zum Weiterverkauf und zu allem, was er mit der Sache machen will, ermächtigt (*sallaṭahū*); vgl. auch a.a.O. S. 327 Nr.6 und ähnlich S. 102 Nr.12; vgl. *Sarahsī* XIII S. 155 Z.11, 22 und v.a. S. 194 Z.17: Verkauf und Übergabe durch den Verkäufer bedeuten eine Ermächtigung (*taslīṭ*) des Käufers zur Weiterverfügung; hier liegt ein Ansatzpunkt für den „gutgläubigen Erwerb" vgl. Chehata, a.a.O. S. 460 ff.

[11] *Šaibānī*, Aṣl S. 291 Nr.7, S. 327 Nr.6, S. 328 Nr.8; *Samarqandī* II S. 56; vgl. *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 17 Nr.2.75 f., der in dem Kaufvertragsformular genau den Ablauf wiedergibt: „zunächst nahm der Verkäufer den Preis in Empfang und darauf übergab er dem Käufer die Ware."

[12] *Qudūrī* S. 38; *Samarqandī* II S. 56; *Kāsānī* V S. 237 Z.28; *Marġīnānī* III S. 27 Z.12.

[13] Oben Kapitel 9.4.

Eigentum übergehen. Damit aber Käufer und Verkäufer im rechtlichen Status gleich stehen, muß der Käufer das Geld zuerst übergeben. Dann sind beide Eigentümer an der jeweiligen Gegenleistung geworden und als solche geschützt.

Šāfiʿī und seine Schüler[14] waren hingegen mehrheitlich der Ansicht, der Verkäufer müsse zunächst die Ware liefern, bevor der Käufer zur Zahlung des Preises verpflichtet sei. Auch sie legen Wert auf die Gleichheit von Käufer und Verkäufer, bestimmen sie jedoch mit Hilfe eines anderen Kriteriums, das der Verfügungsmacht: Der Verkäufer kann über das Geld schon verfügen, bevor er es in Besitz genommen hat; der Käufer hingegen ist zur Verfügung über die Ware erst nach der Besitzergreifung berechtigt. Deshalb ist der Verkäufer vorleistungspflichtig und kann das Geld erst nach der Lieferung verlangen.

12.2. Rechtslage zwischen Vertragsschluß und Übergabe. Eigentum oder vertraglicher Erfüllungsanspruch?

Der Käufer kann die erworbene Ware erst nach der Besitzergreifung (*qabḍ*) weiterveräußern, so zumindest nach Meinung der Iraker[15]. Die Malikiten[16] gestatten dem Käufer einer Ware, sie schon vor der Besitzergreifung weiterzuveräußern, sofern es sich nicht um Nahrungsmittel handelt. Für die Hanafiten ist das Verfügungsrecht jedoch an den Besitz der Sache gebunden. Sarabsī differenziert daher zwischen *milk al-ʿain* (wörtl. etwa: „das Eigentum an dem bestimmten Gegenstand"), das schon durch den Vertrag übergeht und durch die Besitzergreifung nur „bestätigt" wird, und *milk at-taṣarruf* (wörtl. etwa: „das Verfügungseigentum"), das der Käufer erst mit der Besitzergreifung erwirbt[17]. Gerade das freie Verfügungsrecht bezeichnet aber erst das volle Eigentum, es fügt dem negativen Aspekt als Abwehrrecht den positiven der Verfügungsfreiheit hinzu[18].

Nun kann man sich fragen, ob das vor der Übergabe derart beschränkte Eigentum über die bloße Abwehr von unberechtigten Zugriffen hinaus noch einen weiteren Inhalt hat. Es drückt zunächst nichts anderes aus, als daß der Verkauf bindend geworden ist, daß die Sache nun dem Käufer zusteht und daß der Verkäufer die Sache nicht mehr anderweitig veräußern darf. Die Vermögenszuordnung ist dadurch noch nicht abschließend bestimmt. Zwei weitere Kriterien können hier weiterhelfen: Wer trägt das Risiko, daß die Sache vor der Übergabe zufällig untergeht und wer darf die Sache nutzen und Früchte aus ihr ziehen?

---

[14] *Šāfiʿī* VII S. 112 Z.6; *Brunschwig*, Corps certain et chose de genre dans l'obligation en droit musulman, SI 29 (1969) S. 89 f.

[15] *Abū* Yūsuf, Āṯār S. 182 Nr.828; *Šaibānī*, Aṣl S. 91 Nr.16, S. 33 Nr.103, S. 289 Nr.15; *ders.*, Ḥuǧǧa II S. 647, S. 706; *ders.*, Muwaṭṭaʿ S. 269 f. Nr.766 f.; *Ṭaḥāwī* S. 84; *Qudūrī* S. 42; *Sarabsī* XIII S. 9 Z.5; *Marġīnānī* III S. 59 Z.7. Allerdings durfte der Verkäufer über den ihm versprochen Kaufpreis schon weiterverfügen, bevor er ihn noch im Besitz hatte. Auf diese Fragen wird im Kapitel 14.2.3. noch näher einzugehen sein.

[16] *Mālik*, Muwaṭṭaʿ II S. 640, S. 676.

[17] *Sarabsī* XIII S. 67 Z.10.

[18] So ausdrücklich z. B. *Šāfiʿī* VII S. 91 Z.11; *Marġīnānī* III S. 63 Z.12.

Vor der Übergabe trägt der Käufer noch nicht die Gefahr des Unterganges der erworbenen Sache. Bis zur Übergabe muß der Verkäufer den Verlust tragen; zwar wird er seinerseits von seiner Verpflichtung zur Lieferung frei, wenn es sich um eine Stückschuld (*ʿain*) handelte[19], doch verliert er dafür das Recht, den Kaufpreis zu fordern. Juristisch ausgedrückt bedeutet das: Er trägt zwar nicht die Sachgefahr, die liegt beim Käufer, doch muß er die Preisgefahr tragen; der Käufer wird vom Vertrag frei, ohne etwas zahlen zu müssen. Die Juristen verwenden den Terminus *ḍamān*, der ganz allgemein eine Verantwortlichkeit (auch eine Haftung und Verpflichtung) bezeichnet, um die Gefahrtragung zu umschreiben. Diese Gefahr geht erst mit dem Besitz über; wer den Besitz[20] hat, trägt das Risiko, die wirtschaftlichen Folgen eines zufälligen Verlustes[21]. Interessant ist dabei die Ausdrucksweise:

Was untergeht, geht zu Lasten des Vermögens des (besitzenden) Käufers.[22]

Erst von der Übergabe an gehört die Ware zu einem anderen Vermögensbereich, dem des Käufers. Vor der Übergabe geben zufällige Wertminderungen der Sache dem Käufer ein Rücktrittsrecht (*ḫiyār*)[23]. Wenn der Käufer selber die Sache noch im Besitz des Verkäufers beeinträchtigt hat, so bleibt er unverändert an den Vertrag gebunden, er wird so behandelt, als hätte er sich der Sache bemächtigt (*iqtiḍāʾ*) und trägt, wenn der Verkäufer ihn nicht mehr an der Besitzergreifung hindert, von nun an die Gefahr, selbst wenn die Sache im Besitze des Verkäufers verbleibt[24].

Hat der Verkäufer die Wertminderung verursacht, so hat der Käufer die Wahl zwischen Rücktritt und Minderung[25]. Hier liegt ein Ansatz für den Ersatz des

---

[19] *Šāfiʿī* VII S. 204 Z.31 f., S. 330 (Rand); *Ṭaḥāwī* S. 79; *Kāsānī* V S. 238. Das ist der große Unterschied zur Gattungsschuld (*dain* oder *baiʿ ṣifa maḍmūna*), den die Juristen immer wieder hervorheben, s.u. Kapitel 13.4.

[20] Richtigerweise muß man differenzieren: Nimmt jemand die Sache nicht im eigenen Interesse in Besitz, verwahrt er sie etwa nur für den Berechtigten (*amāna*), so übernimmt er mit dem Besitz nicht die Gefahr des zufälligen Untergangs, das heißt, er ist dem Berechtigten keinen Ersatz schuldig; vgl. z. B. *Saraḫsī* XIII S. 167 Z.16; *Kāsāni* V S. 148 Z.2, der zwischen *qabḍ ḍamān* (dem Besitz mit Gefahrtragung) und *qabḍ amāna* (dem lediglich anvertrauten Besitz, „wenn jemand die Sache mit Blick auf eine spätere Rückgabe in Besitz nimmt") unterscheidet; vgl zu dieser Differenzierung *Chehata*, Les concepts de qabḍ ḍamān et de qabḍ amāna en droit musulman hanéfite, SI 32 (1972), S. 89 ff.

[21] *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 556 ff., S. 639 ff.; *ders.*, Aṣl S. 287 Nr.2, S. 295 Nr.13, S. 309 Nr.23, S. 332 Nr.15. Ebenso entschied *Šāfiʿī* VII S. 89 Z.9, S. 332 (Rand); die Mālikiten ließen allerdings die Gefahr schon vor der Besitzergreifung auf den Käufer übergehen, wenn es sich um den Kauf eine konkreten und bei Vertragsabschluß gegenwärtigen Sache oder um den schätzweisen Verkauf (*ǧuzāfan*) einer Menge vertretbarer Sachen handelte (vgl. die bei *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 639 berichtete Meinung der Medinenser), ansonsten entschieden sie ebenso wie die anderen Schulen (abgesehen vom Sklavenkauf, *Mālik*, Muwaṭṭaʾ II S. 612 und dem Verkauf eines Obstgartens a.a.O. S. 619 nach Nr.13 und S. 621 nach Nr.19, die beide den Eindruck von Billigkeitsentscheidungen machen; dagegen *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 510 ff., S. 556); vgl. die Übersicht bei *Brunschwig*, Corps certain et chose de genre dans l'obligation en droit musulman, S. 90 f. und *Saleh*, Remedies for Breach of Contract under Islamic and Arab Laws, Arab Law Quarterly 4 (1989), S. 271 ff.

[22] *Šaibānī*, Aṣl S. 309 Nr.23.

[23] *Šaibānī*, Aṣl S. 287 Nr.2, S. 311 Nr.1.

[24] *Šaibānī*, a.a.O. S. 288 Nr.4.

[25] *Šaibānī*, a.a.O. S. 287 Nr.1, S. 319 ff. Nr.6,7.

Erfüllungsinteresses des Käufers, wenn auch nicht ganz in dem Sinne, wie wir es verstehen, denn der Käufer kann seine über den Kaufvertrag hinausreichende Gewinnerwartung nicht realisieren. Er soll aber die Möglichkeit haben, das ursprünglich in dem Vertrag festgelegte Wertverhältnis noch an sich zu ziehen, denn er hat die Möglichkeit, die Ware nun zu einem geringeren Preis „auszulösen". Die Minderung, die das Recht ihm wahlweise gewährt, entspricht wertmäßig dem Ersatz seines Schadens: Der Minderung im Wert entspricht die Minderung im Preis; wertmäßig ist das so, als wenn der Käufer Schadensersatz für die Wertminderung an „seiner" Sache fordern und diesen mit dem Kaufpreis verrechnen könnte. Das Recht ist bemüht, das Wertverhältnis des ursprünglich fixierten Austauschverhältnisses möglichst aufrechtzuerhalten. Da es aber nicht mehr genau der gleiche Vertrag ist, wird der Käufer nicht daran festgehalten. Hat der Austausch für ihn nun infolge der Verschlechterung der Sache kein Interesse mehr, so kann er zurücktreten. Doch die Betrachtungsweise ist statisch, sie bleibt im Rahmen des Austauschverhältnisses gefangen, reicht nicht darüber hinaus, denn der Käufer kann keinen Ersatz für einen entgangenen Gewinn fordern, wenn er etwa die Möglichkeit gehabt hätte, die Ware gewinnbringend weiterzuveräußern. Das ist allerdings konsequent, denn der Käufer hätte die Ware nach den Hanafiten ja vor der Besitzergreifung noch gar nicht verkaufen dürfen. Die Ware hat für den Käufer solange keinen rechtlich faßbaren Wert, wie er sie noch nicht in Besitz genommen und seiner Vermögenssphäre zugeordnet hat.

Der negative Aspekt des Eigentums, die Ausschließlichkeit, also der Schutz des eigenen Habens gegenüber dritten Personen, ist zwischen Vertragsabschluß und Übergabe in bezeichnender Weise variiert. Beschädigt oder vernichtet ein Dritter nämlich die Sache, die sich noch bei dem Verkäufer befindet, so kann der Käufer wählen, ob er den Dritten auf Wertersatz in Anspruch nimmt, oder ob er zurücktritt und dem Verkäufer die Verfolgung des Dritten überläßt[26]. Das Vorrecht, die Eigentumsansprüche gegenüber Außenstehenden geltend zu machen, hat also der Käufer. Dieses wird jedoch ergänzt durch die Gefahrtragungsregeln: Jeder Verlust vor der Übergabe, der nicht von ihm selbst verursacht wurde, gibt dem Käufer ein Rücktrittsrecht. Aus diesen beiden Prinzipien ergibt sich für den Käufer in dieser Situation ein Wahlrecht. Übt er seine Eigentümerbefugnisse gegenüber dem Schädiger nicht aus, so entspricht es der charakteristischen Gemengelage zwischen (dinglichem) Zurückbehaltungsrecht des Verkäufers und beschränktem Eigentum des Käufers, daß das Recht, Wertersatz zu fordern, auf den Verkäufer zurückfällt.

Wenn auch die über den konkreten Vertrag hinausreichende Gewinnerwartung des Käufers, sein Interesse, aus der Veräußerung der Ware Gewinn zu ziehen, vor der Übergabe nicht geschützt ist, so ist dennoch der positive Aspekt des Eigentums, das Recht aus der Sache selbst Nutzen zu ziehen, insofern schon rechtlich anerkannt, als dem Käufer auch schon vor der Übergabe die Früchte der Sache zustehen, die in der Zeit zwischen Verkauf und Besitzergreifung anfallen. Wenn der Verkäufer diese Früchte zieht, so kann der Käufer zurücktreten oder den Preis entsprechend mindern[27]. Der Fall wird also ebenso behandelt wie die Fälle der Beschädigung der

---

[26] *Šaibānī*, Aṣl S. 287 f. Nr.3.
[27] *Šaibānī*, Aṣl S. 281 ff. Nr.1-3.

Sache durch den Verkäufer vor der Übergabe. Die nachwachsenden Früchte sind nämlich jeweils Bestandteil der Muttersache, also ein Bestandteil des Wertes, mit dem die verkaufte Sache im Austauschverhältnis angesetzt ist. Nimmt der Verkäufer einen Anteil des Wertes heraus, so ist das ursprüngliche Wertverhältnis, auf das sich die Einigung bezog, wie im Falle der Beschädigung der Sache vernichtet. Wegen der Abweichung, die nun zwischen der Einigung und dem tatsächlichen Austauschgeschäft entstanden ist, wird der Käufer in die Lage versetzt, das ursprüngliche Austauschverhältnis in einer den tatsächlichen Verhältnissen angepaßten Form aufrechtzuerhalten (Minderung) oder das nun entstandene, vom Verkäufer gewissermaßen vorgeschlagene Austauschverhältnis zu verwerfen und zurückzutreten. Er soll nicht an ein Austauschverhältnis gebunden sein, dem er nicht zugestimmt hat, eine Sorge, die das gesamte Kaufvertragsrecht durchzieht.

Allerdings trägt der Käufer hinsichtlich der Früchte die Gefahr, denn der zufällige Untergang oder die zufällige Beschädigung der nachwachsenden Früchte gewährt ihm weder ein Rücktritts- noch ein Minderungsrecht[28]. Die Früchte gehören schon zu seinem Vermögensbereich. Hier treffen zwei Grundsätze aufeinander: auf der einen Seite der, daß Gefahrtragung und Nutzungsrecht nicht getrennt werden dürfen (*al-ḫarāǧ bi 'ḍ-ḍamān*)[29] und auf der anderen Seite das Prinzip, daß immer der Besitzer einer Sache die Gefahr ihres Untergangs trägt. Zwar ist der Käufer noch nicht Besitzer der Sache und ihrer Früchte, der Sache kann er sich auch vor der Zahlung des Preises noch nicht bemächtigen, doch stehen ihm schon die Früchte zu, so daß er zumindest aus diesem Grund und beschränkt auf die Früchte wie ein Besitzer behandelt wird und die wirtschaftlichen Folgen ihres Unterganges trägt.

Die bloße Benutzung der Sache wird von diesen Überlegungen nicht erfaßt, denn sie ist nicht Bestandteil der Sache und damit auch nicht Gegenstand des Austauschverhältnisses. Benutzt der Verkäufer die Sache, die sich vor der Zahlung des Kaufpreises berechtigterweise in seinem Besitz befindet, so nimmt er sich nichts, was ihm nicht zusteht. Die bloße Benutzung also, die nicht aus der Substanz der verkauften Sache herrührt, steht dem zu, der wirtschaftlich die Gefahr ihres Unterganges zu tragen hat (*al-ḫarāǧ bi 'ḍ-ḍamān*), in diesem Fall also dem Verkäufer. Das Recht zur Benutzung der Sache ist also noch nicht auf den Käufer übergegangen. Sein Eigentum ist auch in dieser Hinsicht noch „unvollständig".

Die in diesem Zusammenhang von den Juristen behandelten Fälle[30] zeigen, daß zwischen Kaufabschluß und Lieferung durchaus große Zeitabstände vergehen konnten. Sofern der verkaufte Gegenstand individualisiert und keine Lieferfrist vereinbart worden war, ging das Eigentum auf den Käufer über. Der Käufer konnte

---

[28] *Šaibānī*, a.a.O. S. 285 Nr.5.

[29] Ausgedrückt in einer Prophetentradition ähnlichen Wortlauts, vgl. *Abū Yūsuf*, Āṯār S. 181 Nr.828; *Šāfiʿī* VII S. 226 Z.27, S. 332, 340 (Rand).

[30] *Šaibānī*, Aṣl S. 311 ff., wo der Fall durchgespielt wird, daß nicht nur die verkaufte Sklavin in der Zwischenzeit ein Kind gebiert, sondern auch noch das Kind; und a.a.O. S. 281 ff., wo der Verkäufer den verkauften Palmengarten noch mehrmals aberntet. Vgl. *Sarahsī* XII S. 198: Infolge des Vertrages entsteht nicht die Pflicht des Verkäufers zur sofortigen Übergabe, sondern nur ein Recht des Käufers, die Ware (irgendwann) zu verlangen, Šāfiʿī soll demgegenüber sofortige Übergabe der Ware verlangt haben.

die sofortige Übergabe der Ware zwar verlangen, zumindest nach Ansicht der Hanafiten war er aber nicht verpflichtet, sie sogleich einzufordern, selbst wenn er den Kaufpreis schon bezahlt hatte. Solange der Käufer seine Ware nicht herausverlangt, was ihm ohnehin nur zusteht, wenn er den Preis schon bezahlt hat, darf der Verkäufer die Ware zwar nicht noch einmal verkaufen, er darf sie aber weiter benutzen. In der Schwebezeit trägt der Verkäufer die Preis- nicht aber die Leistungsgefahr. Stößt der Sache bei ihm etwas zu, so braucht er zwar nicht mehr zu liefern, doch steht ihm dann auch der Preis nicht zu. Verstreicht darüber längere Zeit, so ergibt sich eine der Sicherungsübereignung ähnliche Lage: Dem Gläubiger einer Schuld wird eine unmittelbare Zugriffsmöglichkeit auf die Sache verschafft und gleichzeitig kann dem Schuldner die weitere Benutzung der Sache verbleiben. Daß Ähnliches auch im islamischen Recht praktiziert wurde, zeigen Beispiele aus den „Rechtskniffbüchern" (*Kutub al-ḥiyal*), wie das schon oben[31] zitierte: Jemand leiht einem anderen Geld und will dafür einen Sklaven als Sicherheit nehmen, hat aber die Sorge, daß der Sklave dann in seinem Besitz (zufällig) sterben könnte und er, da er als profitierender Besitzer wirtschaftlich diesen Verlust tragen müßte, so seinen Rückzahlungsanspruch verlieren könnte. Deshalb wird ihm empfohlen den Sklaven für die Darlehenssumme zu „kaufen"[32] und sich bezeugen zu lassen, daß er den Sklaven noch nicht in Besitz genommen hat. Sollte der Sklave dann im Besitz des Schuldners sterben, so trägt nur dieser, nicht der Gläubiger, die Gefahr. Zahlt der Käufer den Kredit zurück, so können sie den Kaufvertrag aufheben[33].

12.3. Das „unvollkommene" Eigentum und Rechte Dritter

Die Frage des Gefahrübergangs ist nur im Verhältnis der Parteien untereinander wichtig; er bestimmt, wann der Käufer den Preis unbedingt schuldet. Die Frage des Eigentumsüberganges ist jedoch von erheblicher Bedeutung für die Gläubiger der Parteien; sie müssen wissen, wann sie schon oder wie lange sie noch auf die Sache Zugriff nehmen dürfen.

Unter den islamischen Juristen der frühen Zeit stritt man um die Frage, ob im Konkurs (*iflās*) des Käufers der Verkäufer wegen seiner Kaufpreisforderung gegenüber den anderen Gläubigern ein Vorrecht an der Sache hat, wenn sich diese im Besitz des Käufers befindet. Wir sahen schon, daß der Verkäufer auf sein dingliches Zurückbehaltungsrecht verzichten und dem Käufer den Besitz der Ware schon vor der Bezahlung des Kaufpreises verschaffen kann. Erst recht gilt das natürlich für den Kreditkauf. Je länger der Käufer die Sache vor der Bezahlung schon in seinem Besitz haben darf, desto größer ist für den Verkäufer die Gefahr, sowohl die Ware als auch den Preis abschreiben zu müssen.

Mālik[34] zitiert zwei *ḥadīṯe* und legt sie so aus, daß sie dem Verkäufer in so einem Fall ein Vorrecht an der Sache geben. Der Verkäufer hat immer noch ein besseres

---

[31] Oben Kapitel 8.
[32] Der Kaufpreis wird regelmäßiger niedriger gewesen sein, als der Wert der Sache.
[33] *Šaibānī*, Ḥiyal S. 77 f. Nr.23,7; *Ḫaṣṣāf* S. 102 Nr.35,6 f., S. 199 Nr.38,6.
[34] *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 678 f. Nr.87 f.

Recht an der Sache als die Gläubiger des Käufers. Auch ein Preis- oder Wertzuwachs an der Sache kommt ihm nach Mālik's Auslegung zugute, wenn die anderen Gläubiger ihn nicht durch Bezahlung des Kaufpreises ablösen. Gegen diese Bevorzugung des Verkäufers wendet sich Šaibānī[35]. Nach Abū Hanīfa habe der Käufer nun mit dem Besitz auch die Verantwortung (*ḍamān*) für die Sache übernommen. Die von Mālik angeführten *ḥadīṯe* interpretiert Šaibānī in einer längeren Kritik hinweg. Mālik und Šaibānī stimmen dann jedoch in zwei Punkten überein: zum einen, daß der Verkäufer auf jeden Fall dann den anderen Gläubigern vorgeht, wenn er die Sache noch nicht übergeben hatte, weil sein Zurückbehaltungsrecht dann fortbesteht; zum anderen, daß der Verkäufer jedenfalls dann den anderen Gläubigern gleichsteht, wenn nach dem Tod des Käufers der Konkurs sein Vermögen eröffnet wurde. Hinsichtlich dieser beiden Fälle sind die *ḥadīṯe* unmißverständlich.

Die Frage wurde also schon sehr früh gesehen und behandelt. Stringenter erscheint es, wie die Iraker den Verkäufer, der auf sein Zurückbehaltungsrecht verzichtet hat, den anderen Gläubigern gleichzustellen, doch spricht der Wortlaut der Überlieferungen eher für Mālik. Die Iraker gehen davon aus, daß die Ware mit der Übergabe endgültig und vollständig von einem Vermögen in das andere gewechselt hat und daß der Käufer nunmehr unbeschränkter Alleineigentümer ist. Das wirkt sich zugunsten des Rechtsverkehrs aus: Der Besitz ist auch hier das Publizitätskennzeichen für das dahinterstehende Eigentum; darauf können sich Unbeteiligte weitgehend verlassen. Mit dem Besitz hat der Käufer die Sache ganz in sein Vermögen eingegliedert, über das er disponieren kann und auf das seine Gläubiger Zugriff nehmen dürfen.

Die andere Ansicht bringt es mit sich, daß bis zur vollständigen Entrichtung der Gegenleistung eine latente Gemengelage fortbesteht; Leistung und Gegenleistung bleiben miteinander verknüpft. Solange das Austauschverhältnis nicht insgesamt abgeschlossen ist, hat kein Austauschobjekt die Vermögenszugehörigkeit vollständig gewechselt.

12.4. Eigentumserwerb und vertragliche Bindung

Mit der gegenseitigen Übergabe der Austauschgegenstände ist die Vertragsbeziehung zwischen den Parteien vollständig beendet.

Der Verkäufer steht nun zu dem Käufer wie zu jemandem, mit dem er keinen Kaufvertrag abgeschlossen hat[36].

Käufer und Verkäufer stehen sich hinsichtlich der Ware nun wie Fremde gegenüber.

Der Käufer erwirbt das vollständige Eigentum an der Sache erst mit der Übergabe, also regelmäßig erst dann, wenn er auch den Kaufpreis entrichtet hat. Erst zu diesem Zeitpunkt darf er unbeschränkt über die Sache verfügen und erst von diesem Zeitpunkt an ist er für sie verantwortlich. Vorher gehört die Sache noch einem anderen

---

[35] *Šaibānī*, Muwaṭṭa' S. 278 Nr.787; *ders.*, Ḥuǧǧa II S. 714 ff.
[36] *Šaibānī*, Aṣl S. 291 Nr.7.

Vermögensbereich an. Voller Eigentumserwerb setzt vollständigen Austausch voraus; er ist das Endprodukt eines Prozesses, während dessen Ablauf das Recht darum bemüht ist, die gegenseitige Abhängigkeit der Leistungen, das Vertrauensproblem, zu berücksichtigen und, wie die späteren Juristen sagen, ein „Gleichgewicht" zwischen beiden zu bewahren. Durch den Vertrag selbst, den ersten Schritt in den Beziehungen zwischen Käufer und Verkäufer, erlangt der Käufer ein bindendes, dinglich ausgestaltetes Vorrecht an der Sache, damit er sie sich notfalls selbst von jedem zurückholen kann, an den der Verkäufer sie in Durchbrechung der Bindung veräußert haben sollte. Die Sache steht von nun an mit allen Früchten dem Käufer zu. Die Frage, ob dieser Zustand noch als ein Recht an einer fremden Sache zu interpretieren ist, oder schon als, wenn auch beschränktes, Eigentum, entscheiden die islamischen Juristen im letzteren Sinne. Der Begriff des Eigentums überschneidet sich mit dem der vertraglichen Bindung[37]; der Vertrag erscheint auch insofern als eine „Funktion des Eigentums"[38]. Auf der anderen Seite wächst dem Verkäufer durch den Vertrag ein Zurückbehaltungsrecht an der Ware zu, das ebenfalls dinglich abgesichert ist. Wer den ersten Schritt zur Erfüllung tun muß, beantworten die Schulen unterschiedlich; für die Šāfiʿiten ist es der Verkäufer, für die Hanafiten der Käufer. Beide Schulen bewerten das „Gleichgewichtsverhältnis" unterschiedlich: Für die Šāfiʿten steht der Verkäufer günstiger da, weil er über seine „Geldforderung" schon verfügen kann, bevor er das Geld erhalten hat, er muß daher vorleisten. Die Hanafiten bewerten diesen Vorteil des Verkäufers offenbar nicht so hoch und argumentieren rechtlich formal: Der Käufer ist schon Eigentümer, der Verkäufer nicht; damit beide gleich stehen, muß der Käufer vorleisten und den Verkäufer zum Eigentümer machen.

Wie dem auch sei: Der Spezieskauf ist jedenfalls dinglich ausgestaltet, beschäftigt sich also in erster Linie mit dem Rechtszustand der Sache. Dennoch handelt es sich nicht lediglich um eine Variante des Besitzschutzes: Es wird nicht erst das Endprodukt des Tausches, der erlangte Besitz geschützt; der Schutz greift schon ein, bevor überhaupt etwas körperlich ausgetauscht worden ist. Die Bindung wird unmittelbar durch den Vertrag, nicht erst durch den tatsächlich vollzogenen Austausch herbeigeführt. Produkt des Kaufvertrages, zumindest in der Form des Stückkaufes, sind dabei nicht eigentlich Pflichten, die durch ihn begründet werden, sondern eine neue objektive Rechtslage. Der Verkäufer ebenso wie der Käufer, der unbefugt schon im Besitz der Ware ist, darf sie nicht nur nicht anderweitig veräußern, weil er gebunden ist, er kann es gar nicht.

---

[37] Vgl. auch die Formulierung bei *Sarahsī* XIII S. 40 Z.25: „und es bleibt beim Erfordernis (*muqtaḍā*, gemeint wohl: „Wesen") des Vertrages, nämlich der Bindung (*al-luzūm*) und bei seiner Folge, dem Eigentum(sübergang)."

[38] *Meyer-Maly*, Privatautonomie und Selbstverantwortung, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 14 (1989), S. 275; s.o. Kapitel 9.2.

13. Vertragliche Verpflichtung[1]

13.1. Das Problem: Gattungsschuld statt Eigentumsübergang

Das Konzept des reinen Barkaufes gerät in Schwierigkeiten, wenn eine der beiden Leistungen nicht sofort vorgenommen wird. Die Hanafiten erreichen eine gewisse Flexibilität dadurch, daß sie, wie wir sahen, nicht fordern, daß die verkaufte Sache sogleich übergeben wird. Es reicht, wenn sie „konkretisiert" worden ist[2]. Sobald das verkaufte Stück (*ʿain*) auf diese Weise identifiziert worden ist, kann die Sache eindeutig zugeordnet werden, dann kann das Eigentum daran schon vor der Übergabe übergehen; der Käufer ist gegen einen Sinneswandel des Verkäufers dinglich abgesichert. Anders ist es, wenn das konkrete Verkaufsobjekt noch nicht feststeht, wie das typischerweise bei der Vereinbarung einer Gattungsschuld der Fall ist. Da in diesem Falle nur ein Kreis erfüllungstauglicher Gegenstände nach allgemeinen Merkmalen abgegrenzt wird, kann das Eigentum nicht schon mit Vertragsschluß übergehen, der Gegenstand des Vertrages ist noch nicht „konkretisiert". Vertragliche Bindung durch Eigentumsübergang, durch unmittelbare Veränderung der Rechtslage ist dann kein gangbarer Weg. Hier wird das bei jedem Austauschvertrag bestehende Problem aktuell, daß eigentlich keine Partei leisten möchte, ohne sich darauf verlassen zu können, die Gegenleistung zu erhalten. Wenn sich der Vorleistende, der seinem Vertragspartner Kredit gewährt, schon nicht auf sein Eigentum berufen kann, so muß etwas an dessen Stelle treten, das ihm garantiert, daß er die Gegenleistung tatsächlich erhalten wird. Spätestens hier muß nun die vertragliche Bindung als erzwingbare Obligation, eingreifen, wenn sich das Recht nicht darauf beschränken will, den Vertragsschließenden erst dann Schutz zu gewähren, wenn die Leistungen beide präsent sind. Einer entwickelten Wirtschaft käme eine solche Zurückhaltung des Rechts nicht entgegen.

Das islamische Recht beschränkt sich nicht auf den Barkauf. Es kennt auch den Terminkauf (*salam*) und den Kreditkauf[3]. Beim *salam* zahlt der Käufer den Preis gewissermaßen als Vorschuß auf die später zu liefernde Ware; beim Kreditkauf wird der Preis für eine bestimmte Frist über die Lieferung hinaus gestundet. Wir haben die Bedeutung des Kredits für die damalige Wirtschaft schon oben hervorgehoben. Kauf und Verkauf auf Kredit war weithin üblich, wenn nicht sogar die Regel[4]. Dabei

---

[1] Vgl. *Brunschwig*, Corps certain et chose de genre dans l'obligation en droit musulman, SI 29 (1969), S. 83 ff.; *Chehata*, Théorie S. 167 ff.; *Johansen*, Sacred and Religious Elements S. 283 ff.

[2] Šāfiʿī verlangt, wie wir unter 12.2. sahen, immer, daß die Ware gleich in dem *maǧlis*, beim Vertragsschluß übergeben wird. Die einzige Ausnahme, die er zuläßt, ist die Vereinbarung einer Gattungsschuld (*baiʿ ṣifa maḍmūna*).

[3] Rein systematisch, nach dem *qiyās*, müßte er verboten sein. Seine Zulässigkeit ergibt sich jedoch aus einem *ḥadīṯ*; dogmatisch konstruieren die Hanafiten die ausnahmsweise Legitimierung des Kreditkaufs durch das *ḥadīṯ* als *istiḥsān*, so z. B. *Šaibānī*, Aṣl S. 202 Nr.41.

[4] S. o. Kapitel 2.3.2.

geben die Juristen offen zu, daß eine aufgeschobene Leistung weniger wert war, als eine sofort vollzogene. Beim *salam* bekam der Schuldner, der Verkäufer, für seine Ware weniger Geld; beim Kreditkauf ließ sich der Verkäufer als Gläubiger seine Geduld mit einem höheren Kaufpreis bezahlen[5]. Das erleichterte die Spekulation: Der Empfänger der Vorleistung konnte hoffen, daß er durch den Zeitgewinn seine höhere Leistungspflicht durch Investition oder schlichten Kursgewinn ausgleichen konnte; der Vorleistende konnte damit spekulieren, für eine jetzt relativ geringe Leistung später einen sehr viel höheren Wert zu erhalten.

Vor allem der *salam* scheint jedoch ein Vertrag gewesen zu sein, den man als Verkäufer einer Ware nur widerwillig abschloß, und zwar vor allem dann, wenn man sich in Geldnöten befand:

Der *salam* gehört zu den Verträgen der Habenichtse (*min ᶜuqūd al-mafālīs*); er wird daher unter dem angemessenen Preis (*ṯaman al-miṯl*) abgeschlossen. Hätte (der Verkäufer die Ware) in seinem Eigentum, so würde er sie zu einem höheren Preis verkaufen und keinen *salam* über weniger als ihren Wert akzeptieren[6].

Die islamischen Juristen bringen, um die kreditierte Leistungspflicht zu bezeichnen, den Begriff des *dain* ins Spiel. *Dain* ist der Gegenbegriff zu *ᶜain*, das eine bestimmte Sache als Spezies bezeichnet:

Der Unterschied (zwischen *dain* und *ᶜain*) liegt darin, daß das *dain* bekannt wird, indem man die „Eigenschaft" (*ṣifa*) angibt, dabei stellt man sich jedoch nicht ein bestimmtes Stück vor. So tritt die Angabe der Eigenschaft der Ware im *salam* an die Stelle der Besichtigung beim Spezieskauf. Eine Speziessache hingegen wird bekannt, indem man sie besichtigt.[7]

Der Kaufvertrag über ein *ᶜain* ist der normale Spezieskauf, wie er uns im vorigen Kapitel begegnet ist; er wird typischerweise sofort vollzogen, deswegen habe ich ihn auch „Barkauf" genannt. Nach den Hanafiten kann allerdings der Käufer dem Verkäufer nach seinem Belieben auch noch einen – nicht rechtsverbindlichen – Aufschub gewähren. Wird der Vertrag über ein *ᶜain* geschlossen, so geht das Eigentum sogleich über, der Zugriff des Käufers beschränkt sich auf das konkrete Stück, das ihm durch den Vertrag übereignet wurde.

Dain bezeichnet dagegen einen nur allgemein nach bestimmten Gattungsmerkmalen umschriebenen Kreis von Vertragsgegenständen, oder Geld, das – wie wir gesehen haben[8] – ja nie konkretisiert werden kann, also immer *dain* bleibt. Der Begriff *dain* bezeichnet jedoch nicht nur den nach Gattungsmerkmalen bestimmten Vertragsgegenstand, sondern auch das Schuldverhältnis. Gattung und Gattungsschuld fallen in der Terminologie der islamischen Juristen zusammen[9]: Das Vertragsobjekt, das *dain*, besteht zugunsten des Gläubigers (*dain li*) und zulasten des Schuld-

---

[5] *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 695; *Saraḫsī* XII S. 125 Z.1, 198 Z.15; *Marġīnānī* III S. 58, 77.
[6] *Saraḫsī* XII S. 126.
[7] *Saraḫsī* XII S. 139 Z.20.
[8] Oben Kapitel 9.4.
[9] Das ist auch die Quintessenz der Untersuchung von *Brunschwig*, Corps certain et chose de genre dans l'obliation en droit musulman, SI 29 (1967), S. 83-102, vgl. v.a. S. 85, S. 102. Zu den gleichgearteten Schwierigkeiten der mittelalterlichen europäischen Juristen das Verhältnis von Gattungsschuld und Gattungssache zu bestimmen vgl. *Blomeyer*, Studien zur Bedingungslehre, 1939, S. 87 ff.

ners (*dain ʿalā*). Damit ist *dain* als Bezeichnung für den nach Gattungsmerkmalen bestimmten Vertragsgegenstand einerseits der Gegenbegriff zu *ʿain*, dem konkreten Vertragsobjekt; andererseits bezeichnet der Begriff *dain* auch das Verhältnis, das zwischen zwei Personen hinsichtlich solcher, bei Vertragsschluß typischerweise nicht gegenwärtiger, Gegenstände besteht[10]. Je nachdem mit welcher Präposition es verbunden wird, kann es sowohl „Forderung" (*dain li* also zugunsten) als auch „Schuld" (*dain ʿalā* also zulasten) bedeuten. Eine Obligation ist nur in Gattungssachen, Ware oder Geld, vorstellbar, nicht jedoch in einem konkreten Stück (*ʿain*), wo sofortiger Eigentumsübergang möglich ist. Da beim *dain* aber kein bestimmter Gegenstand ins Auge gefaßt wurde, kann kein Eigentum übergehen, stattdessen erhält der Gläubiger das *dain*. Das Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger ist dadurch vergegenständlicht. Als *dain* tritt es an die Stelle der Sache selbst. Die Vertragsparteien kontrahieren nicht über konkrete Gegenstände sondern über das *dain*. Der Terminkauf über eine Gattungsware, der *salam*, kann von den Juristen so in das Schema eines gegenwärtigen Austausches vermögenswerter Güter eingefügt werden: Es findet hier zunächst ein Tausch von Geld[11] gegen ein *dain* statt. Später, bei der Erfüllung, wird dieses *dain* dann wiederum gegen einen konkreten Gegenstand eingetauscht und erlischt. Die späteren Hanafiten konstruieren die Erfüllung einer *salam*-Schuld wie einen neuen Vertrag: Der erfüllende Schuldner erhält für den konkreten Gegenstand (*ʿain*), den er dem Käufer übergibt, das abstrakte *dain*[12].

Erst wenn dem Käufer ein erfüllungstaugliches Stück übergeben worden ist, wird er Eigentümer. Allerdings ist diese Aussage für die Juristen so unwichtig, daß sie nirgends ausdrücklich betont wird; es finden sich lediglich allgemeine Aussagen dergestalt, daß ein *dain* nicht schon durch den Vertrag übereignet werden kann, sondern erst durch die Übergabe (*qabḍ*) entsprechender Gegenstände[13]. Stattdessen betonen zumindest die hanafitischen Juristen immer wieder, daß der Käufer die Befugnis, über den Vertragsgegenstand zu verfügen, erst erlangt, wenn er die konkrete Sache in Besitz genommen hat[14]. Das entspricht der Lage beim Spezieskauf; auch dort knüpfen die Hanafiten die Verfügungsbefugnis an den Besitz. Das *dain* wird nicht selbst als handelbare Ware verstanden, es ist ein abstrakter Ausdruck der

---

[10] Den Begriff *dain* verwenden auch die frühen Juristen schon in diesem Sinne, wenn er bei ihnen auch noch nicht die systembildende Kraft hat, wie bei den späteren Juristen. Vgl. als Beispiele für die Verwendung im Sinne von „später zu erfüllende Gattungsschuld": *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 672 Nr.82; *Abū Yūsuf*, Iḫtilāf S. 19 Z.5 verwendet *māl* („Vermögen"), *Šāfiʿī* VII S. 92 Z.24 benutzt für den gleichen Sachverhalt den Begriff *dain*; *Šaibānī*, Kasb S. 32; *ders.*, Aṣl S. 35 Nr.107; *ders.*, Ḥuǧǧa S. 481; im Zusammenhang mit dem *ḥadīṯ*, das den Tausch eines *dain* gegen ein anderes verbietet (dazu vgl. unten 13.5., 14.2.3. und 14.2.4.): *Abū Yūsuf*, Āṯār S. 185 Nr.839, S. 186 Nr.841; *Šaibānī*, Aṣl S. 12 Nr.44, S. 24 f. Nr.78,79; *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 194 Nr.19.3.

[11] Das durch die sofortige Übergabe der Geldstücke konkretisiert (also zu „*ʿain*") wird und damit auch übereignet werden kann.

[12] *Sarahsi* XII S. 150 Z.13, insbes. Z.18; *Marġīnānī* III S. 188 Z.16, S. 287 Z.16: Austausch des vom Schuldner gelieferten *ʿain* gegen das *dain*; bzw. genauer: Durch die Hingabe des *ʿain* wird der Gläubiger (virtuell) zur Rückgabe des *dain*, zum Erlaß der Schuld verplichtet. Mit dieser Verpflichtung wird das eigentliche *dain* dann aufgerechnet.

[13] Vgl. *Kāsānī* V S. 292 Z.8.

[14] Vgl. *Šaibānī*, Aṣl S. 31 Nr.101, S. 34 f.; *Sarahsī* XII S. 150, 163, 167, 174; *Kāsānī* V S. 234. Die Malikiten bezogen das Verbot nur auf den Handel mit Nahrungsmitteln s.u. Kapitel 14.2.3.

Waren, die der Gläubiger für seine Vorleistung eingetauscht hat. Steht das *dain* allerdings nicht für Waren, sondern ist – noch abstrakter – Ausdruck einer Schuld in Geld, das ja nie konkretisiert werden kann, sondern selbst nur Symbol eines Wertes ist, dann kann der Inhaber des *dain* auch darüber selbst schon verfügen, ohne daß er die Geldstücke in Besitz genommen haben müßte[15]. So ist zwar „bargeldloser Zahlungsverkehr" möglich, nicht aber „Warentermingeschäfte". Im einzelnen werden wir auf das Verbot, über eine Sache zu verfügen, die man nicht im Besitz hat, im Zusammenhang mit der Einschränkung von Spekulation noch zurückkommen[16].

Die Lage wird noch etwas dadurch kompliziert, daß die Abgrenzung zwischen *salam* und Kreditkauf nicht ganz klar durchgeführt ist. Das liegt daran, daß als Preis nicht nur Geld in Frage kam. Beim *salam* konnte der vorleistende Käufer auch mit unvertretbaren Gegenständen bezahlen[17]. Beim Kreditkauf, wo der Käufer erst nach Ablauf der Frist zahlen muß, verlangten die Juristen, daß wenn schon nicht mit Geld, so doch zumindest mit vertretbaren Gegenständen bezahlt werde. Hier schließt sich dann der Kreis zum *salam* wieder. Gemeinsam ist beiden, daß die aufgeschobene Leistung den Kriterien des *dain* genügen muß und daß die Vorleistung in einem konkreten Gegenstand (*ʿain*) besteht: Geld muß übergeben werden, bei Gegenständen reicht die Konkretisierung. Daß die Juristen beide Vertragstypen voneinander abgrenzen, wenn dies auch zumindest in der Frühzeit noch etwas unscharf geschieht, spricht dafür, daß üblicherweise mit Geld bezahlt wurde, daß also das Typische am *salam* die sofortige Bezahlung einer erst später zu liefernden Ware ist, während der Käufer beim Kreditkauf die Ware sofort erhält und erst später bezahlen muß. Der Umstand, daß zumindest nach Ansicht der Hanafiten Geld nie Ware, also Objekt eines Kaufvertrages, sein konnte, weist in die gleiche Richtung[18].

13.2. Die Haftung des Schuldners – Der Begriff *ḏimma*

Das *dain*, der nach abstrakten Merkmalen bestimmte Vertragsgegenstand, belastet den Schuldner, der dafür haftet, daß der Gläubiger einen erfüllungstauglichen konkreten Gegenstand (*ʿain*) erhält. Die späteren Juristen drücken das dadurch aus, daß sie auch die Haftung des Schuldners vergegenständlichen: Das *dain* sitzt in der *ḏimma* des Schuldners[19]. Auch der Begriff *ḏimma* ist eine Abstraktion und bezeichnet die Person als Zuordnungssubjekt von Rechten und vor allem von Verpflichtungen; dabei trifft er sich mit dem Begriff der Rechtsfähigkeit: Jeder, auch Frauen und Kinder, haben eine *ḏimma*, nur nicht die Sklaven[20]. In dieser *ḏimma* „sitzt" nun die zum *dain* vergegenständlichte Obligation. Zwei Sätze späterer Juristen mögen diese Konzeption weiter verdeutlichen:

---

[15] Vgl. *Samarqandī* II S. 56; *Kāsānī* V S. 234 Z.12,25; *Marġīnānī* III S. 60; *Šāfiʿī* VII S. 112 Z.6.
[16] Kapitel 14.2.3.
[17] *Šaibānī*, Aṣl S. 25 f. Nr.81, 82, S. 29 f. Nr.95, 96, 97, S. 38 Nr.110.
[18] *Šaibānī*, Aṣl S. 52 Nr.151; *Samarqandī* II S. 53; dagegen *Šāfiʿī* III S. 86 Z.20.
[19] Aus der Sekundärliteratur vgl. dazu *Johansen*, Sacred and Religious Elements S. 283 ff.; *Chehata*, Art. „DHIMMA", in EI², Vol.II, S. 231; *ders.*, Théorie S. 171.
[20] Vgl. *Johansen*, a.a.O. S. 284 f., 289.

Das *dain* ist Ausdruck eines fiktiven Vermögens in der *ḏimma* (*ᶜibāra ᶜan malⁱⁿ hukmⁱⁿ fi 'ḏ-ḏimma*)[21].

und:

Die *ḏimma*, die der Sitz der *salam*-Ware (also der Gattungsschuld *dain*) ist, nimmt rechtlich den Platz des Eigentums am Vertragsgegenstand ein[22].

Auch die *ḏimma* ist in das Konzept des Vertrages als Austausch eingebunden. Da bei Gattungsschulden keine Übereignung möglich ist, tritt die Verpflichtung des Schuldners an die Stelle des Eigentumserwerbs; diese Verpflichtung wird durch das Abstraktum *dain* vergegenständlicht. Die Verpflichtung *dain* ist ein (fiktiver) Vermögenswert, der dem Gläubiger zusteht; insofern steht der Begriff der Bedeutung von „Anspruch" im deutschen Recht nahe. Er ruht in der *ḏimma* des Schuldners. Damit ist der Begriff auch Ausdruck der „Haftung" des Schuldners. Der Gläubiger kann zwar nicht auf ein bestimmtes Stück als „sein eigen" Zugriff nehmen, doch steht ihm die *ḏimma* des Schuldners offen. Die dadurch ausgedrückte Haftung des Schuldners endet erst, wenn er einen den Vereinbarungen entsprechenden Gegenstand liefert[23].

Weder Abū Yūsuf noch Šaibānī verwenden den Begriff *ḏimma* soweit ich sehe in ihren Rechtswerken in einem spezifisch rechtlichen Sinne als Terminus für den „Sitz der Obligation". In Ibn Samāᶜa's Redaktion von Šaibānī's *Kitāb al-kasb*[24] kommt der Begriff als „Sitz" der religiösen Pflichten des Menschen gegenüber Gott (Gebet, Fasten etc.) vor:

Durch die Erfüllung (der religiösen Pflichten) wird seine *ḏimma* frei.[25]

Nun kann der Begriff durchaus von Ibn Samāᶜa hineingebracht worden sein, was aber immer noch ziemlich früh wäre: Ibn Samāᶜa starb im Jahre 847 n.C. In seiner spezifisch rechtlichen Bedeutung kommt der Begriff auch schon bei Ṭaḥāwī (st. 933 n.C.) vor:

Selbst, wenn der *salam* eigentlich über bestimmte Dinare abgeschlossen werden soll, so kommt er doch tatsächlich nur allgemein zustande über Äquivalente (dieser Dinare) in der *ḏimma* des Käufers.[26]

Vor dem Islam war der Begriff *ḏimma* Ausdruck der Verpflichtung aus Schutzverträgen (*walā'*, *ḥilf*, *ǧiwār*), feindliche Handlungen gegen einen oder mehrere andere zu unterlassen[27]. In dieser Bedeutung lebte er im islamischen Recht fort in Bezeichnung des „indefinitely renewed contract through which the Muslim community accords hospitality and protection of other revealed religions, on condition of their acknowledging the domination of Islam."[28] Das zugrundeliegende Verb *ḏamma* hat etwa die

---

21 *Kāsānī* V S. 234 Z.19.
22 *Saraḫsī* XV S. 74 Z.24.
23 *Saraḫsī* XIV S. 39 Z.1; *Kāsānī* V S. 235 Z.28.
24 Dazu oben Kapitel 3.2.
25 *Šaibānī*, Kasb S. 57.
26 *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 194 Nr.19.3; vgl. auch in seinem Muḫtaṣar S. 79.
27 Vgl. *Reinert*, Das Recht in der altarabischen Poesie, 1963, S. 20,33.
28 *Cahen*, Art. „DHIMMA", in EI², Vol.II, S. 227 f.; vgl. *Schacht*, Introduction S. 130 f.

Bedeutung von „tadeln"[29]. Die *ḏimma* wäre dann etwa der latente Tadel, in dem die Schuld ruht. Im Konzept der Verpflichtung schwingt also eine moralische Komponente mit, etwa derart, daß man seine Versprechen halten soll[30].

13.3. Eines wie alle: der mögliche Inhalt eines *dain*

Die Beschreibung nach Gattungsmerkmalen wird stark durch das Verbot des *ġarar* bestimmt, das später noch eingehender behandelt wird[31]. Die Parteien können die Merkmale, die die Gattung begrenzen sollen, nicht völlig frei abstecken. Ihre Freiheit beschränkt sich mehr oder weniger auf die von Natur aus vertretbaren Sachen, die sich von anderen Stücken der Gattung kaum unterscheiden und bei denen kein einzelnes Stück besondere Aufmerksamkeit auf sich zieht[32]. Kriterium ist die Gleichheit aller Einzelstücke innerhalb der Gattung, die sich in einer objektiven Wertgleichheit[33] fortsetzt. Zu den vertretbaren Sachen gehören zunächst einmal alle Gegenstände, die nach Gewicht oder Hohlmaß getauscht wurden[34]. Hinzu kommen Sachen, die nach Zahl gehandelt werden, sofern die Einzelstücke einander gleichartig waren (wie Eier, Nüsse o.ä.). Von Natur aus vertretbar waren Sachen, für die der Schädiger im Falle der Zerstörung oder Entziehung (*ġaṣb*) nicht den Wert der Sache in Geld sondern einen gleichartigen Gegenstand (*miṯl*) schuldete. Häute, Papier oder Stoff waren als solche nicht vertretbar, da sich hier Unterschiede in Qualität, Größe, Dicke o.ä. auf ihren Wert auswirkten. Durch eine genaue Beschreibung von Breite, Länge, Güte und Art konnten die Parteien diese Unsicherheit beheben und sie zu möglichen Gegenständen eines Terminkaufs (*salam*) machen. Durch die abstrakte Beschreibung nach bestimmten Merkmalen war es möglich, die Gattung so abzugrenzen, daß alle in ihr enthaltenen Stücke gleich bzw. gleichwertig waren[35]. Bei der

---

[29] Vgl. *Reinert*, a.a.O. S. 3 mit einem Zitat aus einem altarabischen Gedicht: *wa man yūfi lā yuḏmam*, „wer (seine Verpflichtung) erfüllt, wird nicht getadelt".

[30] So *Schacht*, Introduction S. 144: *ḏimma* bezeichne „'care as a duty of conscience'; the debtor has the performance ‚in his care'".

[31] Unten Kapitel 14.

[32] Vgl. *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 726 ff.; *ders.*, Aṣl S. 2 Nr.2, S. 3 Nr.7, S. 5 Nr.13 ff.,S. 7 Nr.21 ff., S. 7 Nr.24, S. 12 Nr.42 f. und öfter; *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 653, 682 f.; *Šāfiʿī* III S. 72 Z.1, 5, S. 75 Z.13.

[33] Den Aspekt der Wertgleichheit hebt besonders *Sarahsī* hervor, z. B. XII S. 125 Z.8, S. 131.

[34] Also die *ribā*-Güter der Hanafiten, s.u. Kapitel 15.2.

[35] Die späteren Juristen überliefern, daß Abū Ḥanīfa sieben Wirksamkeitsbedingungen für den *salam* aufgestellt habe: festzulegen seien 1) die Gattung (*ǧins*), 2) die Art (*nauʿ*), 3) die Eigenschaft (*ṣifa*), 4) die Menge (*miqdār*) der Ware, 5) der Lieferungstermin (*aǧal*), 6) der Preis und 7) der Erfüllungsort (jedenfalls dann, wenn die Lieferung der Ware Aufwendungen verursacht), vgl. z. B. *Quḏūrī* S. 43; *Sarahsī* XII S. 124 Z.20. In *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 613 werden zusammenfassend von Abū Ḥanifa folgende Wirksamkeitsvoraussetzungen überliefert: 1) bestimmte Frist, 2) bestimmtes Maß, 3) bestimmter Erfüllungsort, sofern Lieferkosten anfallen würden, 4) sofortige Übergabe des Preises.

Vereinbarung eines Darlehens[36] wurden allerdings noch höhere Anforderungen an die Vertretbarkeit gestellt[37].

Die Juristen ergehen sich zu der Frage, was in einem *salam* verkauft werden darf, und was für Angaben dazu erforderlich sind, in breitester Kasuistik; das soll hier nicht vertieft werden. Deutlich wird jedenfalls das tragende Kriterium: die objektive Gleichheit aller Stücke im Wert, so daß bei der Lieferung ein Streit über die Erfüllungstauglichkeit der gelieferten Stücke ausgeschlossen ist, der im Nachhinein nicht mehr zu lösen wäre. Der Käufer soll genau wissen, was er bekommt, der Verkäufer, was er zu liefern hat[38].

13.4. Die erweiterte Haftung des Schuldners bei der Gattungsschuld

Wesen der Gattungsschuld ist, daß der Vertrag mit jedem Stück erfüllt werden kann, das die umschriebenen Eigenschaften aufweist:

> Das ist der Unterschied zwischen dem Spezies- und dem Gattungskauf: Das verkaufte Stück darf man (beim Spezieskauf) nicht mehr durch ein anderes ersetzen, es sei denn man hat dafür das Einverständnis des Käufers. Bei einem Gattungskauf hingegen darf man auch mit einem anderen Stück erfüllen, solange es mindestens die vereinbarten Eigenschaften aufweist.[39]

Deshalb reicht es, wenn die Sache nach Gattungsmerkmalen beschrieben ist. Die genaue Beschreibung der Gattung, aus der zu leisten ist, ersetzt das körperliche Vorhandensein der Ware beim Abschluß eines Spezieskaufs, bei dem der Käufer Gelegenheit hat, die Ware zu untersuchen. Liefert der Schuldner den Vereinbarungen gemäß, so ist der Gläubiger gebunden, er muß die Ware (beim *salam*) oder die Geldstücke (beim Kreditkauf) annehmen[40]. Bestreitet der Käufer, daß das gelieferte Stück die vereinbarte Qualität aufweist, so können zwei „gerechte Männer aus dieser Profession", zwei Sachverständige also, herangezogen werden, um die Qualität zu beurteilen. Bestätigen sie die Erfüllungstauglichkeit, so wird der Käufer (vom Richter) zur Abnahme gezwungen[41].

Der Verkäufer beim *salam* ist verpflichtet, Ware zu beschaffen, die die vereinbarten Gattungsmerkmale aufweist. Diese Haftung nimmt nun den Verkäufer verstärkt

---

[36] Vgl. Abū Ḥanīfa in *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 726; vgl. auch *Kāsānī* VII S. 395 Z.7. Ein Darlehen (*qarḍ*) ist also nur über Gegenstände möglich, die von Natur aus vertretbar sind; ansonsten handelt es sich um eine Leihe (*iʿāra*), bei der der Schuldner den empfangenen Gegenstand zurückzugeben hat und im Falle des Unvermögens Wertersatz schuldet.

[37] Vgl. *Šaibānī*, Aṣl S. 5 Nr.13 f. und S. 26 Nr.82.

[38] Ähnlich ist das immer wieder von den späteren Juristen angeführte Kriterium einer als *ġarar* verbotenen Unbestimmtheit, vgl. z. B. *Marġīnānī* III S. 22 Z.2, S. 49 Z.22; *Saraḫsī* XII S. 124 Z.20,24, S. 131 Z.9, der als weiteren Gesichtspunkt anführt, daß Zweck des Vertrages die Erzielung von Gewinnen sei. Den Gewinn aber könne man nur abschätzen, wenn man alle für die Wertschätzung erforderlichen Informationen habe, vgl. dazu unten Kapitel 14.1.

[39] *Šāfiʿī* III S. 34 Z.19.

[40] Vgl. *Šāfiʿī* III S. 33 Z.6, S. 72 f.,75; *Saraḫsī* XII S. 121 f.

[41] *Šaibānī*, Aṣl S. 18 Nr.64; der Vertragsinhalt kann also subsidiär durch „Handelsbrauch" bestimmt werden, für den die Sachverständigen stehen.

in die Pflicht, indem sie virtuell jedes Stück aus der umschriebenen Gattung umfaßt. Šāfiʿī nennt den Gattungskauf plastisch „Kauf einer garantierten Eigenschaft": *baiʿ ṣifa maḍmūna*[42]. Der Schuldner ist so lange verpflichtet, wie die umschriebene Gattung besteht; das heißt, er wird nicht befreit, wenn gerade das Stück untergeht, das er zur Erfüllung ausersehen hatte[43]. Statt des „absoluten" Rechts, das der Käufer aus einem Spezieskauf erhält und das er auch Dritten gegenüber geltend machen kann, an die der Verkäufer „seine" Sache mittlerweile verkauft haben sollte, entsteht hier ein „relatives" Band nur zwischen den Vertragsschließenden. Der Käufer hat beim *salam* für sein Geld die Haftung des Verkäufers eingetauscht.

Verschiedene Vorschriften dienen dazu, das Risiko des Käufers, daß die Lieferung aus irgendeinem Grunde unmöglich wird, gering zu halten. Hier tun sich besonders die Hanafiten hervor. Es muß gesichert sein, daß die Ware zumindest zum Zeitpunkt der Fälligkeit erhältlich ist. Bei der Vereinbarung eines *salam* über Saisonwaren wie bestimmte Früchte soll zumindest der Fälligkeitszeitpunkt in die Saison fallen. Und die Vereinbarung einer beschränkten Gattungsschuld (über die Wolle eines bestimmten Schafes oder die Früchte eines bestimmten Baumes) ist gänzlich ausgeschlossen. Die Vorschriften sind stark mit dem *ġarar*-Verbot verknüpft und sollen im einzelnen auch erst dort behandelt werden[44]. Die Reduzierung des Lieferrisikos gleicht jedenfalls bis zu einem gewissen Grade den Nachteil des Gläubigers aus, daß er nicht schon durch den Vertrag Eigentümer eines konkret bezeichneten Stückes geworden ist und bewirkt damit, die Stellung des Gläubigers einer Gattungsschuld der anzunähern, die er beim Spezieskauf als Eigentümer eines *ʿain* hätte.

Daneben war es zulässig und üblich, die Erfüllung durch Sicherheiten, vor allem Pfändern, aber auch Bürgen, abzusichern:

Es ist nichts gegen ein Pfand oder einen Bürgen im *salam* einzuwenden. Das wurde uns (als Meinung) von Ibrāhīm an-Naḫaʿī überliefert. Vom Propheten wurde uns überliefert, daß er Nahrungsmittel auf Frist von einem Juden gekauft und dafür seinen Brustpanzer als Pfand gegeben habe.[45]

Da ein Schuldner häufig bei Fälligkeit nicht zahlte[46], hatten Sicherheiten im Wirtschaftsleben eine große praktische Bedeutung. Ihr Fortbestand bedingte den Fortbestand des Vertrages. Akzeptierte der Käufer ein Pfand, so stand dieses für den Vertragsgegenstand; konnte der Schuldner nicht leisten, so nahm es den Platz der vertragsgemäßen Leistung ein:

Wenn jemand für den *salam* ein Pfand nimmt, das die Erfüllung sichern soll (*yakūnu fihī wafāʾun bi ʾs-salam*) und das Pfand untergeht, so wird der *salam* unwirksam, denn das Pfand stand für den Vertragsinhalt (*liʾanna ʾr-rahn bimā fihī*). Wenn jedoch vorher der Verkäufer stirbt, ohne erfüllt zu haben (*wa ʿalaihī dain*), so hat der Käufer ein Vorrecht am Pfand; es wird zu seinen Gunsten

---

[42] *Šāfiʿī* III S. 33 Z.6.

[43] Vgl. *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 639; *Ṭaḥāwī* S. 79; *Šāfiʿī* VII, S. 329 f.(Rand), S. 204; III S. 33 Z.6, S. 75 Z.13.

[44] Unten Kapitel 14.1.2.

[45] *Šaibānī*, Aṣl S. 18 f. Nr.59, vgl. auch S. 15 Nr.51 (Bürge), S. 44 f. Nr.124-126 (Bürge), S. 42 f. Nr.119 (Pfand); *ders.*, Ḥuǧǧa II S. 619 (Pfand; Überlieferung von Ibn ʿUmar).

[46] *Goitein*, MS I S. 42, 198, 258: „pernicious habit of procrastination and delay of payment."

verkauft, so daß er befriedigt wird (*yubāᶜu lahū fī ḥaqqihī ḥattā yastaufiya*). Wenn das Pfand jedoch weniger wert war, als der *salam* (gemeint ist der vom Käufer gezahlte Vorschuß), und dann untergeht, so kann der Käufer nur hinsichtlich der Differenz Rückgriff nehmen; in Höhe des Wertes des Pfandes ist auch sein Vorschuß verloren. War das Pfand mehr wert, als der *salam* (s.o.), so ist der Vertrag insgesamt nichtig; (der Wertüberschuß steht dem Pfandnehmer nicht zu), der Pfandnehmer hält ihn (für den Verpfänder) in Verwahrung.[47]

13.5. Der Vertrag als Austausch und Schuldnerschutzgesichtspunkte

Im Austauschvertrag darf nur eine der beiden Leistungspflichten kreditiert werden, die andere muß sofort vorgenommen werden. Der Austausch eines *dain* gegen ein anderes *dain* ist durch ein Prophetenwort verboten[48]. Damit ist der reine Verpflichtungsvertrag, in dem keine Seite vorleistet, sondern beide sich nur durch ihr Versprechen binden, ausgeschlossen. Das islamische Recht hält auch hier am Konzept des Kaufvertrages als Austausch zweier Vermögenswerte fest: Vertragliche Verpflichtung gibt es erst, wenn eine Seite den Austausch begonnen hat; erst dann ist das *dain*, das die andere Seite vertraglich auf sich genommen hat, rechtlich erzwingbar. Nun haben wir aber gesehen, daß nach den Hanafiten auch beim Stückkauf die sofortige Übergabe der Ware nicht erforderlich ist, sondern schon die Konkretisierung der Ware zum *ᶜain* ausreicht. Auch beim Kreditkauf lassen es die Hanafiten ausreichen, daß das vorzuleistende Kaufobjekt konkretisiert, also zu *ᶜain* geworden ist[49]. Damit hat der Vorleistende den Austausch eingeleitet, denn schon mit der Konkretisierung kann das Eigentum auf seinen Vertragspartner übergehen. Dieser ist damit Inhaber eines Rechtes geworden und kann die Ware jederzeit nach seinem Belieben herausverlangen. Wenn dagegen beim *salam* die Vorleistung in Geld besteht, das nicht konkretisiert werden kann, so sind auch die Hanafiten strenger: Das Geld muß sofort, noch in dem *maǧlis*, bezahlt werden, denn erst durch die Übergabe wird es zum *ᶜain* konkretisiert[50]. Der Käufer muß sofort den ganzen Betrag bezahlen, er darf nicht ganz oder teilweise mit einer Forderung, die er gegen seinen Verkäufer hat, aufrechnen, oder den Verkäufer ganz oder teilweise wegen der Zahlung auf einen Dritten „verweisen" (*aḥāla*). Mālik wollte demgegenüber einen kurzen Aufschub noch durchgehen lassen[51].

Sarabsī[52], der Hanafit der „klassischen" Zeit, stellt zur Begründung Schuldnerschutzerwägungen heraus: Derjenige, dessen Leistung beim *salam* aufgeschoben ist,

---

[47] *Šaibānī*, Aṣl S. 42 f. Nr.119.

[48] *Abū Yūsuf*, Āṯār S. 185 Nr.839, S. 186 Nr.841; *Šaibānī*, Aṣl S. 12 Nr.44, S. 24 f. Nr.78 f. gegen ein *dain* darf man nicht ein (anderes) *dain* vorschießen, vgl. auch S. 12 Nr.47, S. 18 Nr.57 S. 25 Nr.80; *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 194 Nr.19.3 führt an, daß der Prophet *al-kāli' bi'l-kāli'* verboten habe und erklärt: „das ist der Austausch eines *dain* gegen ein anderes."; vgl. *Saraḫsī* S. 143 Z.2 (zu Aṣl S. 12 Nr.44) und S. 144 Z.2 (zu Aṣl S. 12 Nr.47).

[49] *Šaibānī*, Aṣl S. 42 Nr.117 (*istiḥsān*).

[50] Vgl. *Šaibānī*, Aṣl S. 12 ff. Nr.44-48, S. 18 Nr.57, S. 24 f. Nr.78-80, S. 44 Nr.122, 123, Sonderfall S. 206 Nr.45 und *ders.*, Muwaṭṭa' S. 272 Nr.771; *ders.*, Ḥuǧǧa II S. 613 (von Abū Ḥanīfa); *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 194 Nr.19.1-19.7, S. 196 Nr.19.20; *Samarqandī* II S. 8 f.; *Saraḫsī*, XII S. 127, 143, 144, 151 f., 172.

[51] Vgl. *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 195 Nr.19.20; *Saraḫsī* XII S. 144 Z.2; *Samarqandī* II S. 9.

[52] *Saraḫsī* XII S. 144 Z.2.

ist bedürftig, sonst würde er den für ihn ungünstigen Vertrag nicht abschließen, denn für seine aufgeschobene Leistung erhält er weniger, als wenn er sofort liefern könnte. Seiner Bedürftigkeit könne aber nur durch sofortige Leistung abgeholfen werden. Das mag eine nachträgliche Rationalisierung eines auf den Propheten zurückgeführten Verbotes sein. Deutlich ist jedoch, daß die Verträge mit aufgeschobener Leistungspflicht den Charakter eines Kredites haben, den der Vorleistende seinem Vertragspartner gewährt. Niemandem ist aber geholfen, wenn er für einen Kredit, den er aufnimmt, nur mit einem anderen Kredit abgespeist wird.

Auch in anderen Regeln drücken sich Bestrebungen aus, den Schuldner zu schützen; so wenn die Hanafiten verlangen, daß für das *dain* ein bestimmter Fälligkeitstermin vereinbart werde. Nach manchen mußte diese Frist mindestens drei Tage lang sein[53]. Der gefälligkeitshalber dem Verkäufer gewährte Aufschub ist zumindest nach Ansicht der Hanafiten ja auch beim Spezieskauf zulässig; der Verkäufer kann sich jedoch rechtlich nicht darauf berufen, sondern muß die Sache herausgeben, sobald der Käufer, der neue Eigentümer, sie von ihm verlangt. Beim *salam* und beim Kreditkauf muß jedoch für die Fälligkeit der aufgeschobenen Leistung ein bestimmter Termin vereinbart werden, auf den sich dann auch der Schuldner berufen kann. Schon für die frühen Hanafiten ist die Bestimmung einer Frist das Kriterium, das den erlaubten Terminkauf (*salam*) von dem verbotenen Verkauf einer Sache, die man (noch) nicht im Besitz hat, abgrenzt[54]. Sarabsī stellt fest, daß der *salam* als Verkauf von etwas, was man noch nicht hat, nach dem *qiyās* eigentlich verboten sein müßte. Durch den Koran (2/282) und Überlieferungen vom Propheten sei er allerdings für zulässig erklärt worden. Dabei nehme die Festsetzung einer Frist den Platz des Eigentums ein:

> Dadurch daß man eine Sache zu Eigentum hat, ist man befähigt, sie zu liefern; dem entspricht (beim *salam*) die Frist, denn (der Verkäufer) kann (bis zum vereinbarten Termin) zur Lieferung fähig werden entweder durch Erwerb innerhalb der Frist oder dadurch, daß bei Getreide die Erntezeit kommt.[55]

An anderer Stelle führt er aus:

> Der *salam* gehört zu den Handelsverträgen; er basiert auf Knappheit. Es ist offensichtlich, daß er (der Käufer) sofort nach Vertragsschluß Lieferung der Ware verlangen würde, wenn er (der Verkäufer) noch nicht liefern kann. Daher ist er (scil.: der *salam*) nur befristet erlaubt.[56]

Die Medinenser allerdings hielten die Bestimmung eines Termins nicht für erforderlich. Sofern der Gläubiger nur vor der Trennung bezahlt habe, könne er die Ware abrufen, wann er wolle[57]. Der Terminkauf, den sie nicht *salam* sondern *salaf* nen-

---

[53] Vgl. *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 195 Nr. 19.15.
[54] Vgl. *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 613 ff. (gegen die Medinenser); *ders.*, Aṣl S. 2 Nr. 3 (*salam*), S. 117 ff. (Anforderungen an die Bestimmtheit der Frist beim Kreditkauf).
[55] *Sarabsī* XII S. 124 Z. 8; S. 126.
[56] *Sarabsī* XII S. 126 f.
[57] Bei *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 614; Šaibānī beruft sich a.a.O. S. 615 ff. dagegen auf Überlieferungen vom Propheten, von Prophetengenossen und früheren Autoritäten, die allesamt die Festlegung eines Lieferungstermins verlangen.

nen[58], hat bei ihnen einen wesentlich informelleren Charakter. Bezeichnend ist, daß der gleiche Begriff bei ihnen auch das normale Darlehen erfaßt, das im islamischen Recht als unentgeltliche, informelle und jederzeit widerrufliche Hilfeleistung konstruiert ist[59]. Den informellen Charakter teilt der Terminkauf bei Mālik also mit dem Darlehen[60]. Das behindert seine wirtschaftliche Brauchbarkeit, denn nun können weder Verkäufer noch der Käufer mit Gewißheit kalkulieren. In dieser Ausgestaltung entspricht er eher dem kurzfristigen Lieferaufschub beim Spezieskauf, den die Hanafiten zulassen, der aber ebenfalls – zumindest rechtlich – jederzeit widerruflich ist.

13.6. Die Verwirklichung der Haftung des Schuldners in der Zwangsvollstreckung

Das *dain* belastet die *ḏimma* des Schuldners; es ist ein fiktiver Vermögensgegenstand, für den die *ḏimma* haftet. Um diese Haftung abzulösen, muß der Schuldner konkrete Ware liefern, die er gegebenenfalls beschaffen muß. Die Haftung des Schuldners verwirklicht sich notfalls in der Vollstreckung[61]. Die Vollstreckung erfolgt nur in das Vermögen, das der Schuldner gerade hat, er ist nicht gezwungen, für den Gläubiger zu arbeiten, um seine Schulden zu bezahlen. Es muß ihm immer soviel verbleiben, daß er sich und seine Familie ernähren kann[62]. Kann er seine Verpflichtungen nicht erfüllen, so trifft ihn eine (religiöse) Pflicht, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, denn der Prophet habe gesagt: die Schuld ist zu erfüllen (*ad-dain maqḍī*)[63].

Erfüllt der Schuldner nicht, so ist Vollstreckung durch Selbsthilfe nur erlaubt, wenn der Gläubiger sich, ohne Gewalt anzuwenden, erfüllungstauglicher Sachen bemächtigen kann, die der Schuldner gerade hat[64]. Ansonsten kann der Richter auf Verlangen des Gläubigers nach fruchtloser Mahnung über den Schuldner die Zwangshaft verhängen, bis er zahlt, es sei denn, der Schuldner kann nachweisen, daß er kein Vermögen hat. In diesem Fall ist die Zwangshaft zwecklos; die Gläubiger müssen warten, bis es dem Schuldner besser geht[65]. Ihre Forderungen bleiben bestehen. Die Haft ist also keine Strafe, sondern Mittel zum Zweck der Befriedigung der

---

58 Deutlich in *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 677 Nr.86, S. 680-682; *Šaibānī*, Muwaṭṭa' S. 293; *ders.*, Ḥuǧǧa II S. 726, wo die Medinenser *salaf* verwenden, Abū Ḥanīfa für den gleichen Fall aber das Wort *istiqrāḍ* (Aufnahme eines Darlehens).

59 S. u. Kapitel 15.4.2.

60 *Mālik*, Muwaṭṭa' S. 682 Nr.92 (Überlieferung von ᶜAbd Allāh ibn ᶜUmar, s.u. 15.4.2.); und Nr.93.

61 Vgl. dazu *Marġīnānī* III S. 284 ff.; *Schacht*, Bergsträsser's Grundzüge S. 117 f.; *Chehata*, Théorie S. 178; *de Bellefonds*, Traité III S. 287 ff.; und vor allem *Tyan*, *Iflās* et procédure d'execution sur les biens en droit musulman (madhab ḥanafite), SI 21 (1964), S. 145-166.

62 *Marġīnānī* III S. 286; nach *Šaibānī*, Kasb S. 26 war das ja gerade die Pflicht eines jeden Muslims, s.o. Kapitel 3.2.

63 *Šaibānī*, Kasb S. 32.

64 Vgl. *Marġīnānī* III S. 285.

65 Vgl. *Marġīnānī* III S. 286.

Gläubiger[66]. Darin spiegelt sich ein charakteristischer Zug des islamischen Rechts: Seine Zurückhaltung gegenüber dem Einsatz von Rechtszwang überhaupt und vor allem gegenüber Eingriffen in die Privatsphäre. Diese Zurückhaltung kommt auch darin zum Ausdruck, daß das Recht sowohl der Beschränkung der Geschäftsfähigkeit eines säumigen Schuldners als auch dem direkten, zwangsweisen Zugriff auf das Schuldnervermögen, etwa durch Zwangsverkauf, äußerst reserviert gegenübersteht.

Für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners setzte sich schließlich die Ansicht durch, daß der Richter den Schuldner vermögensrechtlich in seiner Geschäftsfähigkeit beschränken kann (*ḥağr*), soweit das zum Schutze der Gläubiger erforderlich ist, und daß er zu einem möglichst hohen Preis das Vermögen des Schuldners verkaufen darf, um die Gläubiger daraus zu befriedigen[67]. Letztlich gaben also Erwägungen des Drittschutzes den Ausschlag.

Grundsätzlich erfaßt die Zwangsvollstreckung nur das präsente Vermögen des Schuldners, nicht seine Person, schon gar nicht seine Familie. Körperlicher Zwang ist nur ausnahmsweise erlaubt und nur zu dem Zweck, die Vollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu erleichtern. Nicht die Person des Schuldners haftet, sondern nur sein Vermögen. Auffällig ist auch hier wieder die statische Betrachtungsweise des islamischen Rechts, die nicht über das vertragliche Austauschverhältnis hinausreicht. Leistet der Schuldner nicht oder nicht rechtzeitig, so kann der Gläubiger weder Verzugsschaden verlangen noch Ersatz für entgangenen Gewinn. Er hat nur die Möglichkeit, sein Glück in der Vollstreckung zu versuchen.

Den Möglichkeiten, im Falle des Unvermögens des Schuldners zu einer einvernehmlichen Regelung zu kommen, waren vor allem durch das *ribā*-Verbot enge Grenzen gezogen. Grundsätzlich durfte der Gläubiger vom Schuldner nur entweder die versprochene Leistung verlangen oder, im Wege der einvernehmlichen Vertragsauflösung (*iqāla*), Rückgabe dessen, was er dem Schuldner vorgeleistet hatte. Gewährte er dem Schuldner einen weiteren Aufschub (Stundung), so durfte er dafür vom Schuldner nicht mehr verlangen. Im einzelnen werde ich darauf im Anschluß an das *ribā*-Verbot noch zurückkommen[68].

13.7. Verpflichtung und Austausch

Die vorangegangenen Abschnitte mögen manche als fremdländische Wortklingelei empfunden haben. Ich nehme die Gelegenheit, die mir das Kapitelende bietet, für eine kurze Zusammenfassung wahr.

---

[66] Etwas anders beschreibt aber *Goitein*, MS I S. 259 die Vollstreckungspraxis: „Another means to secure payment was the severe punishment, including long imprisonment and torture, meted out to tardy debtors, when brought before a Muslim court." Es ist unklar, ob das Ausdruck eines Widerspruches zwischen Theorie und Praxis oder einer Fehleinschätzung ist.

[67] So Abū Yūsuf, Ibn Abī Lailā und (differenzierter) Šāfiʿī, Abū Ḥanīfa soll demgegenüber sowohl die Verfügungsbeschränkung als auch den Zwangsverkauf des Schuldnervermögens abgelehnt haben, vgl. *Marġīnānī* III S. 281,285; *Abū Yūsuf*, Iḫtilāf S. 23 Z.6; *Šāfiʿī* VII S. 94 Z.22; *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 28 Nr.2.179-2.183; vgl. auch unten 16.1.

[68] S. u. Kapitel 15.11.

Bei dem Stückkauf gibt es die Idee der Verpflichtung nicht, die Rechte der Vertragsparteien beruhen unmittelbar auf dem Eigentum, das sie erwerben, nicht auf einer vertraglichen Verpflichtung. Daher muß der Vertrag so bestimmt sein, daß das Eigentum an der Ware schon durch den Vertrag übergehen kann. Die Rechtslage ändert sich unmittelbar, die Parteien sind dinglich gesichert, selbst wenn sie ihr neu erworbenes Eigentum noch nicht in Besitz genommen haben. Über den Vertrag hinausweisende Gewinnerwartungen einer Partei werden nicht geschützt.

Nur beim Gattungskauf kommt die Idee der vertraglichen Obligation, *dain*, ins Blickfeld. Genau genommen bezeichnet *dain* aber weder die Verpflichtung des Schuldners noch die Forderung des Gläubigers. *Dain* wird behandelt wie ein Vermögensgegenstand, der dem Gläubiger zugeordnet ist, deshalb ist es mehr als die „bloße Hoffnung" des Gläubigers, daß der Schuldner seinen Verpflichtungen nachkommen werde. Der Begriff fügt sich sowohl in die durchgehende Zuordnung von (verdinglichten) Vermögensbestandteilen zu bestimmten Personen ein als auch in die Konzeption des Vertrages als Austausch von Vermögensgegenständen. Die Anforderungen an das *dain* bezwecken vor allem, dem Gläubiger die Erfüllung zu sichern und ihn so dafür zu entschädigen, daß er nicht schon durch den Vertrag Eigentümer einer konkreten Sache geworden ist. Die Frage, inwieweit das *dain*, in dem sich die Idee der vertraglichen Bindung „verdinglicht", selbst als übertragungsfähiger Vermögenswert angesehen wurde, werde ich am Ende des nächsten Kapitels behandeln[69]. Es ist jedenfalls vermögenswert genug, um als Platzhalter der eigentlich geschuldeten Gattungsware im Austauschverhältnis fungieren zu können. Auch hier werden die Erwartungen, die der Erwerber des *dain* an seine wirtschaftliche Verwertung knüpft, nicht geschützt.

Dieses *dain* belastet die *ḏimma* des Schuldners. Die *ḏimma* des Schuldners darf jedoch nicht mit seiner Person verwechselt werden. Der Schuldner muß zwar ein Stück aus der Gattung liefern, und es gegebenenfalls auch erwerben; dafür haftet er mit seinem gesamten Vermögen. Doch weiter geht seine Haftung nicht: die Person des Schuldners bleibt grundsätzlich unberührt.

Von einem verpflichtenden Vertrag kann man erst dann sprechen, wenn zumindest eine Verpflichtung nicht sofort ausgeführt wird und wenn die Rechte zumindest eines Vertragspartners sich nicht unmittelbar aus dem Eigentum ergeben, sondern aus einer „relativen" vertraglichen Verpflichtung des anderen. Sobald das Recht die noch nicht ausgeführte Verpflichtung des anderen Vertragspartners erzwingt, hat der Vertrag gegenüber dem Eigentum an Eigenständigkeit gewonnen. Zugleich ist der Weg dafür gebahnt, die wirtschaftliche Rolle des Kredits auch rechtlich anzuerkennen. Nur so weit, nicht weiter, geht das islamische Recht. Durch Prophetenwort ist der Austausch eines *dain* gegen ein anderes *dain* verboten und damit die Entwicklung des Vertrages zu einem reinen Konsensualvertrag versperrt (s.o. 13.5.). Zumindest eine Leistung muß immer faktisch erbracht werden. Eine gewisse Auflockerung ergibt sich daraus, daß es zumindest nach Ansicht der Hanafiten schon ausreicht, daß die zu liefernde Ware konkretisiert ist, sie muß nicht sogleich übergeben werden. Damit ist zwar für eine große Anzahl von Fällen das praktische Ergebnis eines

[69] 14.2.3. und 14.2.4.

reinen Konsensualvertrags erreicht: Der Vertrag ist für beide Seiten verpflichtend, obwohl er noch von keiner Seite (vollständig) erfüllt worden ist. Doch beruht die theoretische Begründung der Bindung der Vertragsparteien zumindest für eine Partei noch auf dem Eigentum. Beim Kreditkauf muß die Ware zumindest individualisiert sein, damit der Käufer das Eigentum daran erwerben kann. Beim *salam* aber muß das Geld sofort gezahlt werden. Und bei den Transaktionen, die dem *ribā*-Verbot unterfallen, ist jeglicher Aufschub verboten[70].

Der Vertrag ist also ganz dem Leitbild des Gütertausches verpflichtet und die Konzeption der vertraglichen Bindung hat sich nicht völlig von der Bindung an das Eigentum gelöst. Erst wenn eine Partei den Austausch dadurch begonnen hat, daß sie der anderen das Eigentum übertragen hat, ist diese verpflichtet, nun ihrerseits zu leisten. Vertragliche Bindung erfordert also, daß zumindest die ein Partei dinglich vorleistet. Hat jemand ein Versprechen gebrochen, ohne daß die andere Partei ihm im Vertrauen darauf ein Recht übertragen hätte, so muß er sich dafür zwar vor Gott verantworten, doch hat er durch sein Handeln nicht mehr zerstört, als eine an das Versprechen geknüpfte „Hoffnung" des anderen. Bei einem Vertrag, der auf beiden Seiten nur aus Versprechen besteht, hat noch keine Partei irgendetwas aufgegeben. Es besteht daher keine Veranlassung, solche Verträge rechtlich zu bewehren. Nur wenn die Erwartung, daß das Versprechen erfüllt werde, zur „Forderung" und selbst schon als „Wert" anerkannt wird, wird ein Bedürfnis spürbar, auch solche Verträge erzwingbar zu machen. Im islamischen Recht ist es dazu nicht gekommen. Nun mag das aber eher an dem Eigengewicht der Prophetentradition liegen, als daran, daß die Wirtschaft nicht „weit genug entwickelt" war, ein solches Bedürfnis zu verspüren. Hinzu kommt, daß dadurch, daß nach den Hanafiten bei Speziesschulden die Konkretisierung ausreichte, um die andere Seite nun ihrerseits zur Erbringung der Gegenleistung zu verpflichten, schon ein hohes Maß an Flexibilität erreicht war.

In den folgenden Abschnitten werde ich ausführlicher auf einige Beschränkungen eingehen, die das islamische Vertragsrecht den Parteien setzt. Alle diese Beschränkungen beruhen auf offenbartem Rechtsmaterial, zumeist auf Überlieferungen vom Propheten. Ich werde mich bemühen, diese Beschränkungen in der – oft erdrückend kasuistischen – Ausarbeitung der Juristen so klar wie möglich darzustellen, ohne beanspruchen zu können, das gesamte Feld abzudecken. Vielleicht wird dabei deutlich, wie die Juristen mit dem offenbarten Rechtsmaterial gearbeitet haben, wie sie es zunächst verstanden, dann systematisiert, harmonisiert und entschärft haben und wie sie gegebenenfalls bei all dem von der sie umgebenden Gesellschaft beeinflußt wurden.

---

[70] S. u. Kapitel 15.4.

14. Riskante Geschäfte und das *ġarar*-Verbot

Der Kaufvertrag ist im islamischen Recht als Austausch, als gegenseitige, möglichst sofort vollzogene Änderung in der Zuordnung von Vermögensbestandteilen ausgestaltet. Durch den Vertrag selbst soll sich rechtlich etwas ändern, soll etwas von dem einen auf den anderen übergehen, um dort wieder unter dem allgemein geltenden Schutz der Vermögensordnung zu stehen. Relative Pflichten zwischen den Vertragsparteien, ein „vertragliches Band", sind zu abstrakt, um sich in das Konzept des Austausches ohne weiteres einordnen zu lassen; dem islamischen Recht sind sie nicht wichtig. Alles spielt sich direkt auf der Ebene der auszutauschenden Dinge ab: Der Spezieskaufvertrag überträgt sofort das Eigentum, zeichnet sich also durch eine dingliche Bindung aus. Selbst beim Gattungskaufvertrag wird die vertragliche Bindung der dinglichen angenähert, „verdinglicht": Durch den Vertrag selbst wird zunächst ein *dain* übertragen, ein abstrakter Vermögenswert, der rechtlich jedoch weitgehend wie ein echter Vermögensbestandteil behandelt wird.

Eine Reihe von Vorschriften bewirken, diesen Austausch von Vermögensbestandteilen möglichst risikolos zu gestalten. Das Austauschverhältnis soll möglichst stabil, fixiert und durchführbar sein; spekulative Elemente, die auf bewußter Unbestimmtheit aufbauen, werden weitgehend aus dem Vertrag verbannt.

Am Anfang steht auch hier die Autorität des Propheten: Der Prophet verbot den *baiᶜ al-ġarar*[1], den riskanten Kaufvertrag. So jedenfalls wird der Begriff zumeist verstanden. Das Verbot des *baiᶜ al-ġarar* fügt sich ein in die ablehnende Haltung des islamischen Rechts gegenüber Spekulationsgeschäften und steht im Zusammenhang mit dem koranischen Verbot des Glücksspiels (*maisir*)[2]. Dennoch ist zumindest zu Anfang die Reichweite des *ġarar*-Verbotes alles andere als klar.

Oft unter dem Oberbegriff des *ġarar*-Verbotes, des Verbotes von Risikogeschäften, zusammengefaßt finden wir zwei Anforderungen, die tatsächlich miteinander zusammenhängen, von denen aber nur die letztere ursprünglich dem *ġarar*-Verbot unterfällt: Der Gegenstand des Vertrages muß genau bestimmt sein, und der Vertrag muß aus der Sicht bei Vertragsschluß erfüllbar erscheinen. Das *ġarar*-Verbot reicht aber über eine bloße Sanktion anfänglich, das heißt bei Vertragsschluß unmöglicher Geschäfte, hinaus; erfaßt werden auch solche Geschäfte, deren Erfüllbarkeit bei Vertragsschluß zwar möglich, nicht jedoch hinreichend sicher erscheint. Das *ġarar*-Verbot war abstrakt genug, um für die Systematisierung sehr ergiebig sein zu können. Transaktionen, die speziell in *ḥadīṯen* verboten und zunächst auch als Verbote eigener Art behandelt wurden, wie das Verbot, Nahrungsmittel weiterzuverkaufen, bevor man sie in Besitz hat, wurden nach und nach unter dem Dach des *ġarar*-Verbotes zusammengefaßt, das sich immer mehr zu einem allgemeinen Risikoverbot entwickelte.

---

[1] Vgl. *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 664 Nr.75 = *Šaibānī*, Muwaṭṭa' S. 274 Nr.775; *Šaibanī*, Aṣl S. 66 Nr.197, S. 92 Nr.17, S. 94 Nr.23; *ders.*, Ḥuǧǧa II S. 545.

[2] Koran 2/219; 5/90-91, 4/29; vgl. zu dem Verbot des Glücksspiels aus kulturhistorischer Sicht *Rosenthal*, Gambling in Islam, 1975.

14.1. Spekulation mit der Unbestimmtheit – Die Frage der Bestimmung des Vertragsgegenstandes

Beide Austauschobjekte müssen genau bestimmt sein. Käufer wie Verkäufer sollen abschätzen können, was sie erwerben bzw. weggeben. Das gilt sowohl für den Kauf einer individuell bestimmten Sache, den Spezieskauf, als auch erst recht für den Terminkauf von Gattungswaren (*salam*). Bei letzterem, wo der Vertragsgegenstand nur nach allgmeinen Merkmalen umschrieben ist, sind die Anforderungen noch einmal verschärft.

14.1.1. Spezieskauf

14.1.1.1 Individualisierung der Austauschobjekte

Beim Kauf einer konkreten Ware kann es eigentlich nur dann zu einer beachtlichen Unbestimmtheit des Vertragsgegenstandes kommen, wenn es um eine Sachgesamtheit geht, wenn also etwa ein Schaf aus einer Herde oder ein Stück Stoff aus einem Ballen verkauft werden soll. Da das Vertragsobjekt noch nicht konkret bestimmt ist, ist das eigentlich ein Fall der beschränkten Gattungsschuld oder Vorratsschuld, auf die ich weiter unten im Zusammenhang mit dem Gattungskauf noch einmal zurückkommen werde (14.1.2). Die Juristen sprechen den Fall jedoch auch beim Stückkauf an.

Die späteren Juristen formulieren einen Grundsatz, der sowohl für den Spezies- als auch für den Gattungskauf gelten soll: Es muß jede Unbestimmtheit (*ǧahāla*) beseitigt werden, die einen Streit zwischen Käufer und Verkäufer auslösen kann, der Übergabe und Annahme verhindert und damit den Zweck des Kaufvertrages in Frage stellt[3]. Das klingt auch schon bei Šaibānī an; verkauft nämlich jemand 50 Kleider aus einem Bündel in dem mehr Kleider enthalten sind, so ist der Kaufvertrag nichtig, da nicht bestimmt ist, welche konkreten Stücke nun verkauft sind. Der Käufer wird die besten Kleider verlangen, der Verkäufer aber nur die schlechteren hergeben wollen[4]. Die Juristen unterstellen hier sogleich den wirtschaftlichen Eigennutz der Austauschpartner, den sie ja als Triebfaktor von Austauschgeschäften überhaupt anerkennen. Ein solcher Streit wird die Durchführung des Kaufvertrages verhindern, da der Käufer nicht akzeptieren wird, was ihm der Verkäufer anbietet, der Verkäufer andererseits nicht bereit sein wird zu liefern, was der Käufer verlangt. Im Nachhinein kann niemand mehr feststellen, wer von beiden recht hat, auch der Richter nicht, der ja nicht befugt ist, den Parteien ihren Vertrag vorzuschreiben. Für die rechtlich bindende Wirkung des Vertrages gibt es keinen Ansatzpunkt, da nicht feststeht, worauf sie sich beziehen soll. Diese unlösbare Situation soll durch die genaue Bestimmung des verkauften Gegenstandes im voraus vermieden werden.

---

[3] Vgl. *Sarahsī* XII S. 124 f., XIII S. 92 Z.21, S. 93 Z.4: Nicht die Unbestimmtheit an sich ist verboten, sondern nur eine solche, die zu einem Streit führen kann, dieser verhindert nämlich die genaue Feststellung, an welchem Objekt die Rechtsfolgen des Vertrages eintreten sollen; *Samarqandī* II S. 62; *Marġīnānī* S. 21 ff.

[4] *Šaibānī*, Aṣl S. 85 Nr.1.

Eine „Schuld mit Bestimmungsvorbehalt" im Sinne der §§ 315 ff. BGB kennt das islamische Recht nicht. Das führt Šaibānī an anderer Stelle ausdrücklich aus[5]. Das verkaufte Stück ist nicht konkretisiert; Käufer und Verkäufer sind sich noch nicht einig, an welchem Stück die Rechtsfolgen des Kaufvertrages, vor allem der Eigentumsübergang, eintreten sollen, keinem kann die Entscheidung delegiert werden. Wenn nicht genau festliegt, welches Stück oder welche Stücke tatsächlich verkauft worden sind, so ist der Vertrag von Anfang an nichtig.

Ebenso ist es, wenn man eine Gesamtmenge wie zum Beispiel eine Herde verkauft, sich dabei jedoch einige Tiere vorbehalten möchte, ohne diese konkret zu bestimmen[6]. Es ist dann nicht mehr unmittelbar deutlich, welche Tiere nun tatsächlich verkauft sind und welche nicht. Šaibānī trifft in diesem Zusammenhang die allgemeine Aussage:

> So ist es mit allen unbekannten Dingen im Kaufvertrag, ein Kaufvertrag darüber ist nichtig.

Die Anforderungen ähneln dem sachenrechtlichen Spezialitätsprinzip im deutschen Recht: Dingliche Rechte können nur an bestimmten Stücken bestehen, begründet und übertragen werden. Da im islamischen Recht der Kaufvertrag ohne weiteres das Eigentum übertragen soll, erfüllen die Bestimmtheitsanforderungen eine ähnliche Funktion: Es muß klar sein, an welchen Stücken die Wirkungen des Kaufvertrages eintreten sollen, die Zuordnung von Vermögensbestandteilen darf nie unklar sein. Auch hierin erweist sich der Kaufvertrag als „Funktion des Eigentums"[7]. Das klingt auch in den Begründungen späterer Juristen an: Rechtsfolge des Vertrages soll sein, daß beide Vertragspartner sofort Eigentum an den ausgetauschten Objekten erwerben,

> deshalb ist es unumgänglich, daß man Ware und Preis genau kennt, um die Rechtsfolgen des Kaufvertrages (scil.: den Eigentumsübergang) festzustellen[8].

Da die Bestimmtheitsanforderungen sich auf das gesamte Austauschverhältnis beziehen, muß ebenso wie die Ware auch der Preis bei Vertragsabschluß genau festgelegt sein. Es reicht nicht, eine Sache nach ihrem „Wert" zu verkaufen[9], oder um den „Marktpreis"[10]. Verboten ist es auch, den Vertrag so abzuschließen, daß man je nachdem, ob der Preis sofort oder erst später bezahlt wird, einen unterschiedlichen Preis festsetzt, also gewissermaßen schon einen vertraglich vereinbarten Skonto für Barzahlung festlegt. Dazu wurde ein *ḥadīṯ* vom Propheten überliefert, das „zwei Vereinbarungen in einem Kaufvertrag" (*šarṭain fī baiʿ*) verbot[11]. Es kommt nur ein

---

[5] *Šaibānī*, Aṣl S. 136 Nr.33.

[6] *Šaibānī*, Aṣl S. 100 f. Nr.7. Eine Ausnahme machte jedoch *Mālik*, Muwaṭṭaʾ II S. 676 Nr.86 für sortierten Stoff, aus dem der Verkäufer einige nach Markierungen bestimmte Stücke für sich vorbehält. Dagegen *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 702 ff., insbes. S. 705: der Verkäufer verkaufte etwas Unbestimmtes und nahm etwas Unbestimmtes vom Verkauf aus.

[7] S. o. Kapitel 9.2.

[8] *Kāsānī* V S. 233 Z.13; ähnlich *Sarahsī* XIII S. 93 Z.4: Eine Unbestimmtheit, die zu Streit führen kann, macht es unmöglich, die Rechtsfolge des Vertrags zu bestimmen.

[9] *Šaibānī*, Aṣl S. 89 Nr.10.

[10] *Šaibānī*, a.a.O. S. 90 Nr.13; weitere Fälle S. 89 f. Nr.11, 12; vgl. aber auch S. 30 Nr.98.

[11] *Šaibānī*, Aṣl S. 91 Nr.15; *Abū Yūsuf*, Āṯār S. 182 Nr.828; *Šāfiʿī* VII S. 332 (Rand).

Vertrag mit nur einem Preis in Betracht; der Gegenstand des Vertrages muß konkretisiert, der Kaufpreis genau festgesetzt sein.

Die Bestimmtheitsanforderungen ergreifen das Austauschverhältnis auch in der Rückabwicklung: Werden mehrere Sachen zusammen verkauft, die unterschiedlich viel wert sind, und ist einer der Gegenstände mangelhaft, so könnte der Käufer nur dann zurücktreten, wenn der Preisanteil für diese Sache bekannt ist; ansonsten kann man nicht mehr feststellen, wieviel vom Kaufpreis der Verkäufer nun zurückgeben muß. Kennt man den Preisanteil der verkauften Sache nicht, so kann nur der Vertrag insgesamt rückabgewickelt werden, da der Gegenstand des Vertrages nicht rechnerisch geteilt werden kann. Hier durch Schätzung des Preisanteiles im Nachhinein einzugreifen, hieße das vertraglich festgelegte Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung zu stören und den Parteien einen Vertrag aufzudrängen, den sie so nicht abgeschlossen hatten[12].

Die Hanafiten ließen allerdings eine Ausnahme von dem Erfordernis der Individualisierung des Vertragsgegenstandes zu, nämlich den *ḫiyār at-taʿyīn*, der auf eine Art Wahlschuld hinauslief. Die Parteien konnten einen Vertrag über mehrere Gegenstände schließen mit der Maßgabe, daß der Käufer nur einen davon nehmen, die anderen aber zurückgeben dürfe. Voraussetzung war, daß der Preis jedes einzelnen Gegenstandes festgelegt war, und daß nicht mehr als drei Stücke zur Wahl standen[13]. Šaibānī stellt fest, daß diese Transaktion nach dem *qiyās* eigentlich wegen der Unbestimmtheit des Vertragsgegenstandes verboten sein müßte, läßt sie aber dennoch im Wege des *istiḥsān* zu. Spätere Juristen berufen sich dafür auf „Notwendigkeit", bzw. das praktisch vorhandene „Bedürfnis" (*ḥāǧa*) nach einer solchen Regelung.

Der *ḫiyār* wurde erlassen (*šuriʿa*) wegen der Notwendigkeit, Übervorteilung (*ġabn*) abzuwehren, damit nämlich (der Käufer) auswählen kann, was am passendsten und geeignetsten (für ihn) ist. Nach dieser Art des Kaufvertrages besteht ein Bedürfnis, weil (der Käufer) darauf angewiesen ist, daß jemand auswählt, dem er vertraut oder für den er es kauft[14].

14.1.1.2. Festlegung von Menge und Eigenschaften der Austauschobjekte

Manche der frühen Juristen wollten die Bestimmtheitsanforderungen noch strenger handhaben[15]. Deutlich wird das bei der Behandlung der Frage, ob beim Kauf einer Sachgesamtheit jedes einzelne Stück bestimmt werden muß, oder ob die Abgrenzung der Sachgesamtheit selbst schon ausreicht. Wenn jemand eine ganze Herde von Tieren kaufen wollte, die bei Vertragsabschluß präsent waren, oder ein Bündel von Stoffen und der Preis für jedes einzelne Stück festgesetzt war, ohne daß die gesamte

---

[12] Vgl. *Šaibānī*, Aṣl S. 85 ff. Nr.1-6, 9; hier spielt das Verbot des *tafrīq aṣ-ṣafqa*, der Aufspaltung eines einheitlichen Vertragsgegenstandes, eine Rolle; s.u. Kapitel 16.5.

[13] Vgl. *Šaibānī*, Aṣl S. 135 f. Nr.33, der den *ḫiyār at-taʿyīn* als Sonderfall des noch zu behandelnden vertraglichen Rücktrittsrechts, des *ḫiyār aš-šarṭ* behandelt. Auch die Malikiten hielten den *ḫiyār at-taʿyīn* mit Abweichungen im einzelnen für grundsätzlich zulässig; dagegen lehnte Šāfiʿī diese letztlich nur auf einem *istiḥsān* gründende Transaktion wegen der Unbestimmtheit des Vertragsgegenstandes ab; vgl. *de Bellefonds*, Traité I S. 324 ff.

[14] *Marġīnānī* III S. 31.

[15] Zum folgenden vgl. *Šaibānī*, Aṣl S. 87 f. Nr.7-9.

Stückzahl genau bestimmt worden wäre[16], so hielt Abu Ḥanīfa den Kaufvertrag mangels hinreichender Bestimmung des Vertragsobjektes für nichtig. Dahinter stand offenbar ebenfalls die Sorge um das vertragliche Austauschgleichgewicht, eine Erwägung, die Abū Ḥanīfa allerdings nirgends aussprach: Der Käufer weiß nicht genau, was bzw. wieviel er für seine Leistung erhält, kann also das Verhältnis seiner Leistung zu der des Verkäufers nicht genau abschätzen. Er hatte nur eine ungefähre Vorstellung von der Gesamtheit. Abū Ḥanīfa's Schüler Abū Yūsuf und Šaibānī hingegen hielten die Unbestimmtheit der Gesamtmenge nicht für beachtlich, da der Käufer ja die gesamte Menge abnehmen wolle. Vertragsobjekt ist die Sachgesamtheit, die Herde oder das Bündel. Es reicht aus, wenn deutlich ist, woran die Wirkungen des Kaufvertrages eintreten sollen. Das ist aber gegeben, sobald Käufer und Verkäufer genau wissen, über welche „Herde" oder über welches „Bündel" sie sprechen. Es ist dann also Sache des Käufers, sich vorher genau über die Gesamtmenge zu informieren und abzuschätzen, welcher Preis angemessen ist.

Die gleichen Probleme wirft der Verkauf von Waren „nach Schätzung" (*muǧāzafat*[an]) auf, der zumindest nach Meinung der Hanafiten grundsätzlich erlaubt ist, sofern die Waren beim Vertragsschluß präsent sind. Man kann also einen Haufen Weizen, der bei Vertragsschluß vorhanden ist, pauschal verkaufen, ohne dessen Menge konkret zu bestimmen. Das gilt allerdings nicht, wenn dem Erfordernis unbedingter Mengengleichheit nach den *ribā*-Grundsätzen genügt werden muß: Weizen darf nur bar und nur gegen exakt die gleiche Menge Weizen – bestimmt nach Hohlmaß – ausgetauscht werden. Immer dann jedoch, wenn jedes Austauschverhältnis erlaubt wäre, wenn die Freiheit der Parteien in der quantitativen Gestaltung des Austausches unbeschränkt ist, muß die genaue Menge nicht ermittelt werden: Tauscht man den schon erwähnten Haufen Weizen gegen Geld, so kann man das tun, ohne ihn zu messen[17]. Das erleichterte den Verkauf von Waren, deren Menge ansonsten mit einem Standardmaß oder -gewicht bestimmt werden müßte, das nicht jeder überall und jederzeit mit sich führte.

Die Erleichterung gilt entsprechend für den Preis: Der Käufer konnte auch mit einem Beutel voll Gold bezahlen, ohne daß das genaue Gewicht ermittelt werden müßte, vorausgesetzt natürlich, der Verkäufer akzeptierte es so. Wir sahen schon, daß Geld zwar häufig, jedoch beileibe nicht immer gewogen wurde[18]. Auch hinter dieser Erleichterung stehen handfeste Interessen des täglichen Rechtsverkehrs.

Die Medinenser waren etwas strenger. Bei Artikeln, die nicht gewogen oder gemessen, sondern nach Zahl verkauft wurden, verlangten sie, daß die Parteien die Gesamtmenge durch Abzählen bestimmten. Der Austausch soll nämlich so konkret, so bestimmt wie möglich vorgenommen werden. Anderenfalls müsse man „Glücksspiel" befürchten (*muqāmara wa muḫāṭara*, gemeint ist verbotene Spekulation)[19].

---

[16] Oder einen Haufen Getreide für 1 Dirham pro *qafiz*, ohne daß die Gesamtmenge bestimmt worden wäre, vgl. *Marginānī* III S. 23. Dann hielt Abū Ḥanīfa den Verkauf allerdings nicht insgesamt für nichtig, sondern ließ ihn, da die Ware vertretbar war, jedenfalls über ein *qafiz* zustandekommen.

[17] Vgl. *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 571 f.,640 ff.,729 ff.; *ders.*, Ǧāmiᶜ Kabīr S. 224; *ders.*, Aṣl S. 64 f. Nr.191; *Šāfiᶜī* III S. 23 Z.20, S. 26 Z.16, S. 88 Z.4.

[18] Oben Kapitel 9.4.

[19] *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 635 f. nach Nr.37; dagegen *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 571 f. Vgl. auch die etwas allgemeinere Auseinandersetzung a.a.O. S. 729 ff.

Šaibānī hält ihnen das praktische Bedürfnis nach einem pauschalisierten Warentausch entgegen: Jemand will einem anderen ein Bündel Stoffe verkaufen, weiß aber nicht, wieviel einzelne Stücke darin sind. Müßte er nun das Bündel öffnen, um die Stoffe zu zählen, so würde er das Bündel beschädigen. Daß es dabei zu „Glücksspiel" komme, sei eine durch nichts bewiesene Vermutung, die das Verbot von einwandfreien Kaufverträgen, die Muslime miteinander abschließen, nicht stützen könne. Auch hier beschränkt Šaibānī die rechtliche Wertung auf das äußere, rechtlich nicht anstößige Erscheinungsbild[20].

Alle übrigen Waren, die nicht nach Zahl sondern nach Maß gehandelt wurden, durften auch nach Ansicht der Medinenser „nach Schätzung" (*muǧāzafat^an^*) verkauft werden. Wenn jedoch der Verkäufer die genaue Menge kannte und sie verschwieg, so gewährten sie dem Käufer, wenn dieser davon erfuhr, ein Rücktrittsrecht[21]. Sie zogen also zum Schutze des Käufers die Grenzen enger: Niemand soll aus einem Wissensvorsprung einen Vorteil ziehen können. Ähnlich wie Abū Ḥanīfa kann man auch den Malikiten Erwägungen unterstellen, den Käufer vor Übervorteilung durch den Verkäufer zu schützen, indem sie das Risiko, das jede Pauschalisierung mit sich bringt, möglichst zurückzudrängen versuchen. Der Käufer soll die Frage, ob der vor ihm liegende Haufen Weizen tatsächlich soviele Hohlmaße umfaßt, daß der verlangte Preis angemessen ist, auf einer möglichst soliden, zumindest aber auf der gleichen Tatsachenbasis beantworten können, wie der Verkäufer.

Die Iraker hingegen ziehen sich mit Rücksicht auf den „allgemeinen Brauch", der solche Pauschalisierung billigt, auf eine formale Argumentation zurück. Sie interpretieren das Bestimmtheitsgebot „objektiv" im Sinne eines Konkretisierungserfordernisses. Es reicht aus, wenn bestimmt ist, an welchem Stück die Vertragswirkungen eintreten sollen. Die medinensische Rechtsschule geht weiter und verlangt, daß dem jeweiligen Vertragspartner der Vertragsgegenstand so genau wie möglich bekannt ist; er soll sich auf einer möglichst sicheren Tatsachenbasis seinen Geschäftswillen bilden können.

14.1.1.3. Der *ḫiyār ar-ru'ya*

Ist das Vertragsobjekt zwar individuell bestimmt („konkretisiert"), doch hat der Käufer es noch nicht hinreichend begutachten können, so steht ihm jedenfalls nach der irakischen Rechtsschule, den Hanafiten, ein Rücktrittsrecht zu, das er ausüben kann, wenn er die Ware nach Vertragsschluß tatsächlich sieht (*ḫiyār ar-ru'ya*). Die anderen Schulen lehnen den Verkauf unter solchen Umständen und damit auch ein Rücktrittsrecht demgegenüber weitgehend ab[22]. Šaibānī beruft sich zur Stützung der hanafitischen Lehre auf ein „gesichertes" *ḥadīṯ*:

Der Prophet sagte „wer etwas kauft, ohne es gesehen zu haben, der hat ein Rücktrittsrecht, sobald er es sieht."[23]

---

[20] Vgl. oben Kapitel 7.2.
[21] Vgl. *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 647.
[22] Für eine Gesamtübersicht vgl. *Sanhūrī* IV S. 248-267; *de Bellefonds*, Traité I S. 345-355.
[23] *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 672.

Dieses Rücktrittsrecht ist unverzichtbar; der Käufer kann sich gar nicht unwiderruflich verpflichten, bevor er die Ware nicht selbst in Augenschein genommen hat[24]. Im übrigen wird der Vertrag jedoch behandelt wie jeder Kaufvertrag, der über einen konkreten Gegenstand abgeschlossen wurde: Das „Eigentum" geht schon durch den bloßen Vertragsschluß auf den Käufer über[25]. Praktisch bedeutsam war die Konstruktion immer dann, wenn der Verkäufer aus anderen Gründen die Ware nicht im einzelnen prüfen konnte, wenn sie etwa verpackt war, wenn etwas pauschal, „nach Schätzung", verkauft wurde oder auch dann, wenn die verkaufte Ware bei Vertragsschluß nicht gegenwärtig war, sofern der Verkäufer sie nur schon zu seiner Verfügung hatte. Das für den Käufer in diesen Fällen erhöhte Risiko, fangen die Hanafiten durch das Rücktrittsrecht ab.

Auf dieses Rücktrittsrecht kann sich demgemäß auch nur der Käufer berufen. Einem Verkäufer, der die Ware selbst noch nicht gesehen hatte, steht der *ḫiyār ar-ru'ya* nicht zu[26]. Doch war das in der Frühzeit offenbar nicht unumstritten. Abū Ḥanīfa soll zunächst auch dem Verkäufer ein Rücktrittsrecht zugestanden haben und in einer Überlieferung werden der Kalif ᶜUṯmān als Verkäufer (pro) und Ṭalḥa ibn ᶜUbaid (contra) als Käufer mit ihren Meinungen gegenübergestellt; der Prophetengenosse Ǧubair ibn Maṭᶜam gab nicht dem Kalifen, sondern dem Käufer recht[27].

Kauft also jemand ein Bündel Stoffe, ohne jedes einzelne Stück begutachtet zu haben, oder erwirbt er Butter im Schlauch oder Weizen in Säcken, so kann er ohne zeitliche Begrenzung in dem Moment zurücktreten, in dem er die Ware tatsächlich zu Gesicht bekommt[28]. Bei vertretbaren Sachen reicht es allerdings, wenn er nur einen Teil der Sache begutachten konnte[29], denn da der Rest dem begutachteten Teil gleich ist, kann er von dem Stück auf das Ganze schließen. Das gilt auch, wenn der Käufer von einem zusammengefalteten Stoff nur die Oberfläche zu Gesicht bekam[30]. Auf diese Weise können auch Waren verkauft werden, die bei Vertragsabschluß nicht gegenwärtig sind: Der Verkäufer muß dem Käufer lediglich ein Muster zeigen. Auch wenn der Käufer die Ware schon früher einmal gesehen hatte und er sich dessen noch bewußt ist, ist der Kaufvertrag sofort bindend[31]. Weiß der Käufer jedoch aus irgendeinem Grunde nicht, daß er die Ware schon einmal begutachtet hatte, so bleibt ihm das Rücktrittsrecht erhalten[32]. Kurz: Dem Käufer

steht der *ḫiyār ar-ru'ya* zu, wenn er die Eigenschaften des Kaufobjekts nicht kennt. Das Rücktritts-

---

[24] *Šaibānī*, Ǧāmiᶜ Ṣaġīr S. 107 Nr.1, S. 167.

[25] Ausdrücklich bei *Kāsānī* V S. 292 Z.18; implizit bei *Šaibānī*, Aṣl S. 280 Nr.10; dazu *Sarahsī* XIII S. 167 Z.15.

[26] Als Meinung von Abū Ḥanīfa, Abū Yūsuf, Šaibānī und Zufar überliefert von *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 17 Nr.2.78; Zufar war Schüler von Abū Ḥanīfa, *qāḍī* in Baṣra und lebte von 110 A.H./728 n.C. bis 158 A.H./775 n.C., vgl. *GAS* I S. 419. Nr.2.

[27] Bei *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 17 Nr. 2.79 ff., der auch Nachweise für die gegenteilige Ansicht gibt; vgl. auch *Marġīnānī* III S. 33 Z.5; *Kāsānī* V S. 292 Z.8.

[28] Vgl. *Šaibānī*, Aṣl S. 149 Nr.1.

[29] *Ebd.* Nr.2; weitere Fälle a.a.O. S. 275 Nr.2.

[30] Vgl. *Šaibānī*, a.a.O. S. 149 f. Nr.3.

[31] *Šaibānī*, a.a.O. S. 150 Nr.4.

[32] *Šaibānī*, a.a.O. S. 275 f. Nr.1, 3; dazu *Sarahsī* XIII S. 163 Z.15 ff.

recht entfällt hingegen, wenn der Käufer das Kaufobjekt so begutachten konnte, daß er seine Eigenschaften kennt.[33]

Der Umstand, daß der Käufer die Ware noch nicht zu Gesicht bekommen hat, macht den Vertrag also nicht etwa wegen Unbestimmtheit nichtig. Der Gegenstand des Vertrages ist individualisiert und der Verkäufer kann liefern. Der Käufer kennt lediglich die Eigenschaften der Ware noch nicht. Das aber kann nicht zur Nichtigkeit des Vertrages führen, denn – so die dogmatische Argumentation späterer Juristen – der Umstand, daß sich jemand nicht von den Eigenschaften der Ware überzeugen konnte, kann nicht weiterreichende Folgen haben, als das völlige Fehlen bestimmter, vertragsmäßiger Eigenschaften im Falle eines Mangels, was dem Käufer ebenfalls nur ein Rücktrittsrecht, den *ḫiyār al-ʿaib*) gibt. Unkenntnis führt, in den Begriffen der späteren hanafitischen Juristen gesprochen, nur dann die Nichtigkeit des Vertrages herbei, wenn sie zu einem Streit zwischen Käufer und Verkäufer führen kann. Wenn der Käufer nur die genaue Beschaffenheit der Ware mangels Besichtigung nicht kennt, so besteht Einigkeit über das Stück mit dem der Vertrag zu erfüllen ist, denn der Vertragsgegenstand selbst ist konkretisiert. Daß der Käufer die genaue Beschaffenheit nicht kennt, verhindert allerdings, daß sein „Einverständnis" (*riḍā*) „vollständig wird", denn der Käufer konnte sich noch kein umfassendes Bild vom Vertragsgegenstand und damit vom Nutzen des Vertrages für ihn machen, er konnte das Wertverhältnis des Austausches noch nicht sicher beurteilen. Deshalb kann er zurücktreten, sobald er sich seinen Geschäftswillen „vollständig" bilden konnte[34]. Hier finden sich also die Erwägungen des Käuferschutzes, die die Hanafiten im vorigen Kapitel weitgehend vermissen ließen: Durch das unverzichtbare Rücktrittsrecht wird der Käufer davor geschützt, sich übereilt in einen bindenden Vertrag hineinzubegeben, bevor er abschätzen kann, ob die Ware „ihr Geld wert ist". Die persönliche Besichtigung des verkauften Stücks hat ein so großes Gewicht, daß auch das Wort des Verkäufers sie nicht ersetzen kann[35].

Der *ḫiyār* ist allerdings dann ausgeschlossen, wenn die Ware im Besitz des Käufers, noch bevor dieser sie begutachten kann, untergeht oder sie ein Mangel befällt[36]; wenn der Käufer oder ein Dritter die Ware beschädigt haben[37]; wenn der Käufer unwiderruflich über die Ware weiterverfügt hat[38] und in anderen Fällen, in denen nicht mehr der genaue *status quo ante* hergestellt werden kann, so daß das ursprüngliche Austauschverhältnis durch die Rückabwicklung verändert würde[39]. Das Rücktrittsrecht bürdet dem Verkäufer also kein erhöhtes Risiko auf.

---

[33] *Saraḫsī* XIII S. 163 Z.15.

[34] So die Argumentation bei *Saraḫsī* XIII S. 69 Z.14, 19; ähnlich bei *Kāsānī* V S. 163 Z.10, S. 292 Z.5 und *Marġīnānī* III S. 32.

[35] Anders ist es natürlich beim *salam*, dem Lieferungskauf von Gattungsware, wo das verkaufte Stück nicht konkretisiert, sondern nur nach Gattungsmerkmalen umschrieben ist.

[36] *Šaibānī*, Aṣl S. 278 Nr.6; *Saraḫsī* XIII S. 165 Z.3: Das Rücktrittsrecht des Käufers ist allerdings im Falle des Mangels nicht völlig ausgeschlossen; da es um den Schutz des Verkäufers geht, kann dieser darauf verzichten und einer Rückabwicklung zustimmen; die nachfolgende Bemangelung gibt also nun wiederum dem Verkäufer einen *ḫiyār* hinsichtlich des Rückabwicklungsverhältnisses.

[37] *Šaibānī*, Aṣl S. 279 Nr.7; *Saraḫsī* XIII S. 166 Z.11.

[38] *Šaibānī*, Aṣl S. 277 Nr.4; *Saraḫsī* XIII S. 164 Z.23.

[39] *Šaibānī*, Aṣl S. 279 Nr.7,8.

Da dieses unverzichtbare „gesetzliche" Rücktrittsrecht des Käufers aber vor allem für den Verkäufer nicht gerade bequem war, bestand ein Bedürfnis, bestimmte Transaktionen, die ansonsten bis zur Besichtigung durch den Käufer mit dem Makel der einseitigen Lösbarkeit behaftet waren, von Anfang an bindend zu machen. Dem dienen die Klauseln in Musterverträgen, die Anerkenntnisse von Käufer und Verkäufer enthalten, daß sie die Ware ausführlich besichtigen konnten[40]. Auch die *ḫiyal*-Werke befassen sich mit diesem Problem.

So finden wir den recht simplen Trick, daß der Käufer auf Verlangen oder den Druck des Verkäufers einem kleinen Teil der Ware (z. B. ein Bündel Stoffe), die er noch nicht genügend besichtigt hat, einen kleinen Mangel zufügt, um so den *ḫiyār* auszuschließen; die gleiche Wirkung hatten die Veränderung oder Veräußerung eines unwesentlichen Teiles des Vertragsgegenstandes[41]. Wenn also zum Beispiel ein Landgut verkauft worden war, das der Käufer noch nicht besichtigen konnte, der Verkäufer den Vertrag aber von Beginn an bindend haben möchte, so rät Ḫaṣṣāf ihnen, noch irgendeinen geringwertigen Gegenstand in den Kaufvertrag einzuschließen, ohne den jeweiligen Preisanteil zu bestimmen; da die Ausübung des *ḫiyār* nun nur hinsichtlich des gesamten Vertragsinhaltes möglich ist, schließt schon eine leichte Manipulation des mitverkauften Gegenstandes das Rücktrittsrecht des Käufers insgesamt aus. Der Käufer wird sich auf solche Manipulationen natürlich nur widerwillig eingelassen haben, etwa wenn sich der Verkäufer weigerte, mit ihm anders als unbedingt zu kontrahieren.

Die anderen Schulen stehen dem *ḫiyār ar-ru'ya* kritisch gegenüber. Zwar wird von Šāfiʿī eine frühe Ansicht überliefert, nach der es zulässig war, ein konkretes Stück, das bei Vertragsabschluß nicht gegenwärtig war, zu verkaufen. Unter diesen Umständen gewährte auch Šāfiʿī dem Käufer ein Rücktrittsrecht, sobald dieser die Ware zu Gesicht bekam[42]. Später jedoch wurde er strenger und verlangte, daß die Ware beim Vertragsschluß präsent sein müsse. Der Käufer müsse sie gesehen haben, bevor er den Vertrag schloß. Sei die Ware bei Vertragsschluß nicht gegenwärtig, so sei das Lieferrisiko zu groß, denn es könne sein, daß die Ware in der Zwischenzeit untergehe und der Verkäufer von seiner Lieferpflicht frei werde. Mit anderen Worten: Die Vereinbarung zwischen den Parteien hat sich noch nicht zu einem rechtlich beachtlichen Austauschvertrag gefestigt; sie ähnelt noch zu sehr einer „bloßen Hoffnung", daß in der Zukunft etwas ausgetauscht werde. Den Verkauf einer „nicht gegenwärtigen Sache" hält der späte Šāfiʿī nur in Form einer Gattungsschuld beim *salam* für zulässig, bei der den Verkäufer die weiterreichende Haftung trifft, eine Sache mit umschriebenen Eigenschaften zu beschaffen, so daß ihn der Untergang eines einzelnen Stückes nicht befreit[43].

Ob in Medina in den Fällen, in denen die Hanafiten den *ḫiyār ar-ru'ya* gewährten, ebenfalls ein Rücktrittsrecht anerkannt war, läßt sich der *Muwaṭṭa'* des Mālik nicht

---

[40] Vgl. *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 17 ff. Nr. 2.79-99. Ob die Besichtigung tatsächlich stattgefunden hatte, brauchte der Richter dann nicht zu prüfen. Er konnte und mußte entsprechend dem Anerkenntnis (*iqrār*) entscheiden, das jede Partei zu ihren Lasten abgegeben hatte.

[41] *Ḫaṣṣāf* S. 15 Nr.7,1-5.

[42] *Šāfiʿī* III S. 33 Z.6; S. 65 Z.23; VII S. 204 Z.24.

[43] Vgl. die Anmerkungen seiner Schüler bei *Šāfiʿī* III S. 33 Z.10, S. 65 Z.24.

entnehmen. Wir finden dort allerdings ein *ḥadīṯ*, das die *mulāmasa* und die *munābaḏa* verbietet[44], Arten des Kaufvertrages, die Mālik folgendermaßen erklärt:

mulāmasa heißt, daß jemand (scil.: der Käufer) den Stoff (*ṯaub*) fühlen aber nicht entfalten darf. . .oder daß er ihn bei Nacht kauft und nicht weiß, wie er innen aussieht. *Munābaḏa* bedeutet, daß jemand seinen Stoff (*ṯaub*) einem anderen zuwirft und dieser ihm wiederum seinen, ohne daß einer den Stoff des anderen genau hätte betrachten können, und dann einer zum anderen sagt: „dieses für jenes". Das ist es, was als *mulāmasa* und *munābaḏa* verboten ist.

In diesem Fall hätten die Hanafiten wohl zunächst gefragt, ob der Käufer schon genug von dem Stoff gesehen hatte, um sich einen hinreichend genauen Eindruck von der Ware machen zu können; gegebenenfalls hätten sie dem Käufer den *ḫiyār ar-ru'ya* gewährt.

Wenn die Medinenser in diesem Fall den strengeren Traditionen folgten, die solche Transaktionen verbieten so gestatteten sie doch andererseits den Kauf einer bestimmten Kamelladung nach der Inhaltsliste (*baiᶜ ᶜalā 'l-barnāmağ*)[45]. Entsprach das Stück dann der darin gegebenen Beschreibung, so war der Vertrag auch für den Käufer bindend, ohne daß er sich auf ein Rücktrittsrecht berufen konnte:

Mālik sprach über einen Mann, dem man verschiedene Arten Stoff (*bazz*) schickt und zu dem dann Händler (*sauwām*) kommen. Er liest ihnen die dazugehörige Liste (*barnāmağ*) vor (und sagt): „In jeder Seitentasche[46] sind solche Bahnen (*milḥafa*) aus Baṣra und solche feine leichte Stoffe (*raiṭa sabirīya*), soundsoviel Ellen lang", dann zählt er die einzelnen Stoffarten auf und sagt: „Kauft sie mit diesen Eigenschaften von mir!". Sie kaufen ihm dann aufgrund seiner Beschreibung die Seitentaschen ab, öffnen sie, finden die Ware zu teuer und bereuen den Kauf. Mālik sagte: „Sie sind gebunden (*ḏālika lāzim lahum*), wenn die Waren mit der Liste, nach der er sie verkaufte, übereinstimmen."[47]

Malik beruft sich dafür wie meist darauf, daß das unter den Menschen seiner Gegend so Brauch sei (*hāḏā 'l-amr alladī lam yazal ᶜalaihī 'n-nās ᶜindanā*). Mit diesem Argument grenzte Mālik diesen erlaubten Sonderfall auch von anderen Konstellationen, wie dem Verkauf von Mänteln in einer Hülle o.ä. ab, wo eben kein solcher Brauch bestünde[48]. Aus der Zulässigkeit des *baiᶜ ᶜalā 'l-barnāmağ* entwickelte sich in der malikitischen Rechtsschule dann der allgemeine Grundsatz, daß der Verkauf von Waren, die vom Ort des Vertragsschlusses nicht allzu weit entfernt waren, zulässig und bindend war, wenn der Verkäufer sie dem Käufer so ausführlich beschrieb, daß eine Identifizierung der Ware ohne weiteres möglich war. Dem Käufer stand dann, wenn er die Ware zu Gesicht bekam und sie der Beschreibung entsprach, kein Rücktrittsrecht mehr zu. Diese Transaktion ähnelt dem „Terminkauf", dem *salam*.

---

[44] *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 666 f.; vgl. *Schacht*, Origins S. 144; interessanterweise finden sich beide Traditionen nicht in der Muwaṭṭa'-Redaktion von Šaibānī.

[45] *Schacht*, Origins S. 64: „sale of bales by specification from a list". Es handelte sich wohl um die „Lieferscheine", die den Waren auf den Transport mitgegeben wurden, und die Art und Inhalt der Lieferungen angaben. Hatten die Waren am Bestimmungsort den „Besteller", einen Großhändler, erreicht, so wurden sie an die „Kleinhändler" weiterverkauft, die sie dann *en détail* anboten.

[46] *ᶜidl* – gemeint ist die auf einer Seite des Kamels hängende Ladung.

[47] *Mālik*, Muwaṭṭa' S. 670 Nr. 78; den gleichen Sachverhalt zitiert auch *Šaibānī*, Ḥuğğa II S. 670 f.

[48] *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 667 beruft sich auf die allgemeine Übung der Menschen, nach der diese Praxis in ununterbrochener Tradition seit altersher zu den erlaubten Arten Handel zu treiben gehöre, die die Menschen nicht mißbilligten. Damit sei kein *ġarar* bezweckt und es ähnele nicht den verbotenen Geschäften der *mulāmasa* oder der *munābaḏa*. Gegen die Differenzierung *Šāfiᶜī* III S. 204 Z.32.

Die Iraker hielten demgegenüber an dem Grundsatz fest, daß dem Käufer, der die Ware nicht gesehen hatte, ein Rücktrittsrecht zustehe; dafür beriefen sie sich auf das oben erwähnte *ḥadīṯ*. Zudem könne man eine Sache nicht so genau beschreiben, daß es eine Besichtigung ersetzen könne; denn man könne zwei Kleider genau gleich beschreiben, und doch könnten sie im Wert stark voneinander abweichen[49].

Auch Šāfiʿī folgte den Medinensern nicht, sondern hielt – zumindest nach seiner früheren Meinung – an dem *ḫiyār ar-ru'ya* fest[50]. Er betont besonders, daß es sich hier nicht um eine Gattungsschuld handele, bei der der Verkäufer mit jedem Stück, das der Gattung entspricht, erfüllen kann. Wenn die Ware nämlich im Falle des *baiʿ ʿalā 'l-barnāmağ* vor der Übergabe vernichtet wird, so ist der Verkäufer nicht mehr verpflichtet, ein gleiches Stück zu besorgen.

An diesen Diskussionen zeigt sich, wie sich in der hanafitischen Rechtsschule nach und nach durch Differenzierungen und Einbeziehung bzw. Ausgliederung von Fallgruppen die einzelnen Arten des Kaufvertrages herausbildeten, der *salam* als ein Vorschuß auf später zu liefernde Gattungsware, der Kauf eines „unbekannten" Stückes mit Rücktrittsrecht (*ḫiyār ar-ru'ya*), und wie diese Arten von der verbotenen Unbestimmtheit oder dem Kauf einer nicht (beim Verkäufer) vorhandenen Sache abgegrenzt wurden. Alle Schulen haben offenbar die gleichen Vorbehalte: Ist der Kaufvertrag wirklich schon ernst? Ist der Käufer genug geschützt, konnte er sich auf einer soliden Grundlage für den Vertrag entscheiden, oder haben beide Parteien bloß spekuliert? Die Traditionen, auf die sich die einzelnen Schulen stützen, sind den anderen nicht bekannt oder sie akzeptieren sie nicht. Mālik grenzt Erlaubtes und Verbotenes kasuistisch danach ab, was in Medina „üblich" ist und was nicht. Die Hanafiten bilden Fallgruppen, die sie dem allgemeinen Verbot der Unbestimmtheit und des Verkaufs einer nicht präsenten Sache gegenüberstellen; auch sie berücksichtigen jedoch die allgemeine Handelspraxis. Šāfiʿī wiederum versteht die Verbote absolut und umfassend, deshalb ist er über den *salam* hinaus nicht zu Zugeständnissen bereit.

14.1.2. Gattungskauf (salam)

Ist das Objekt des Vertrages nicht individuell bestimmt, so ist Rechtsfolge des Vertrages nicht der Übergang des Eigentums an der verkauften Sache; vielmehr tritt an dessen Stelle das *dain*, das nur in Form einer Gattungsschuld denkbar ist[51]. An die Stelle der Individualisierung des Vertragsgegenstandes tritt die Beschreibung nach Gattungsmerkmalen, die den Vertragsgegenstand wenn auch nicht bestimmt, so doch wenigstens bestimmbar macht.

Die späteren Hanafiten wenden auch hier ihr Kriterium an: Alles, was einen Streit zwischen Käufer und Verkäufer hervorrufen kann, muß bestimmt werden. Bei Šaibānī finden wir eine ausgeprägte Kasuistik, nahezu ohne Generalisierungen[52]. Man kann daraus ableiten, daß jedenfalls alles, was den Wert beeinflußt, bestimmt sein

---

[49] *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 670 ff.
[50] *Šāfiʿī* VII S. 204 Z.23.
[51] Siehe oben Kapitel 13.1.
[52] *Šaibānī*, Aṣl S. 2 ff. Nr.4 ff.

muß[53]. Dazu kann auch der Erfüllungsort gehören, wenn der Transport der Ware Kosten verursachen würde[54]. Auch die Lieferfrist muß genau festgelegt sein. War es angesichts der Verschiedenartigkeit der unter den Oberbegriff fallenden Einzelstücke nicht möglich, die Gattung hinreichend genau zu umgrenzen, so durfte ein *salam* gar nicht erst abgeschlossen werden. Hier treffen wir auf die Frage nach der Leistungsfähigkeit der Sprache, „objektiv", also für Unbeteiligte nachvollziehbar, und abstrakt, also unabhängig vom konkret vorhandenen Gegenstand, die vertragliche Einigung zu fixieren. Dieses Problem stellte sich zum Beispiel bei Tieren und Vögeln[55], Sklaven[56], bestimmten Früchten wie Granatäpfeln, Quitten, Melonen, Gurken[57], auch bei Schafsköpfen und Hammelfüßen[58], Juwelen und Perlen[59]. All diesen Gegenständen war zum einen gemeinsam, daß sie nicht nach Maß oder Gewicht gehandelt wurden, sondern nach Zahl. Zum anderen war es nach Aufassung der Juristen nicht möglich, den Kreis der zur Gattung gehörenden Einzelstücke sprachlich durch eine abstrakte Beschreibung so abzugrenzen, daß man bei der Lieferung eindeutig bestimmen konnte, ob das gelieferte Stück erfüllungstauglich war oder nicht. Dafür waren die Unterschiede zwischen den in Frage kommenden Gegenständen zu groß, die einzelnen Stücke sind nicht austauschbar: Schafskopf ist nach Auffassung der Juristen eben nicht gleich Schafskopf. Da es darüber hinaus aber keine allgemein akzeptierten Kriterien gab, erfüllungstaugliche Schafsköpfe aus der großen Zahl verschiedenartiger Schafsköpfe herauszuheben, konnte man eben auch nicht abstrakt darüber verfügen: Der Käufer würde „bessere" verlangen, der Verkäufer aber nur liefern wollen, was in seinen Augen am unteren Ende der Gattung „Schafskopf" liegt. Man stritt darüber, ob auch Fleisch zum Kreis dieser nicht hinreichend abstrakt bestimmbaren Sachen zu zählen war, die nicht im Rahmen eines *salam* verkauft werden durften. Nach Ansicht Abū Ḥanīfa's war auch Fleisch zu uneinheitlich als daß es durch abstrakte Beschreibung hinreichend bestimmt werden konnte. Seine Schüler Abū Yūsuf und Šaibānī hingegen erlaubten den *salam* über Fleisch[60]. Ebenso hatte schon Ibn Abī Lailā entschieden und auch Šāfiᶜī schloß sich dem an[61].

---

53 So ausdrücklich *Sarahsī* XII S. 128 Z.24.

54 *Šaibānī*, Aṣl S. 6 Nr.17; *ders.*, Ǧāmiᶜ Ṣaġīr S. 100 Nr.4, S. 134; so jedenfalls nach Abū Ḥanīfa, seine Schüler Abū Yūsuf und Šaibānī waren weniger streng; fehlte die Angabe des Erfüllungsortes, so war nach ihrer Ansicht der Vertrag am Ort des Vertragsschlusses zu erfüllen, so daß es in dieser Hinsicht zu keine relevanten Unbestimmtheit kommen konnte.

55 Vgl. *Šaibānī*, Aṣl S. 5 Nr.14 (Nutztiere allg.), S. 12 Nr.39 (Vögel). Die Frage, ob man einen *salam* über Tiere abschließen darf, wird in der frühen Literatur häufig behandelt: *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 652 f., S. 680 f. erlaubte es; die Hanafiten ware dagegen, vgl. *Abū Yūsuf*, Āṯār S. 186 f. Nr.845; *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 479 ff mit Überlieferungen vom Prophetengenossen Ibn Masᶜūd S. 481, S. 495; in der Begründung stellt Šaibānī darauf ab, daß über Tiere und vor allem auch über Sklaven ja kein „Darlehen" abgeschlossen werden könne, derart, daß der Empfänger eines Sklaven oder einer Sklavin die Wahl hat, zu entscheiden, ob er das empfangene „Stück" oder ein gleichartiges zurückgeben wolle (S.480). *Šāfiᶜī* VII S. 182 Z.13 hält den *salam* über Tiere für erlaubt; die Überlieferung von Ibn Masᶜūd werde abrogiert durch ein *ḥadīṯ*, nach dem der Prophet selbst einen *salam* über Tiere abgeschlossen habe.

56 *Šaibānī*, Aṣl S. 5 Nr.15.

57 *Šaibānī*, Aṣl S. 7 Nr.21.

58 *Šaibanī*, Aṣl S. 10 Nr.34.

59 *Šaibānī*, Aṣl S. 12 Nr.40; *ders.*, Ǧāmiᶜ Ṣaġīr S. 100 Nr.8, S. 136.

60 *Šaibānī*, Aṣl S. 7 Nr.24; *ders.*, Ǧāmiᶜ Ṣaġīr S. 100 Nr.7, S. 136.

61 *Abū Yūsuf*, Iḫtilāf S. 34 = *Šāfiᶜī* VII S. 98 Z.28.

Nur vertretbare Sachen konnten Gegenstand einer Gattungsschuld sein. Es stand den Parteien nicht frei, nicht vertretbare Sachen durch Vereinbarung zum Gegenstand einer Gattungsschuld zu machen. Der Kreis der in Frage kommenden Gegenstände wird objektiv bestimmt. Die „Freiheit" der Parteien ist insoweit beschränkt. Gegenstände, die nach Zahl gehandelt werden, erkannte man nur beschränkt als vertretbar an. Wirklich vertretbar ist eigentlich nur, was nach Hohlmaß oder Gewicht verkauft wird. Das sind die wucherfähigen Güter der Hanafiten[62]. Am „vertretbarsten" und damit am umlauffähigsten ist das Geld, das nie um seiner selbst willen begehrt wird, nach Ansicht der Hanafiten daher auch nie Ware, sondern immer nur Preis ist und nicht konkretisiert werden kann.

14.1.3. Die Statik und Abgeschlossenheit des Austauschverhältnisses

Durch die Bestimmtheitsanforderungen wird das Vermögen der Parteien eingeschränkt, „ihren" Vertrag selbst auszugestalten, wozu auch gehört, gewisse Punkte ungeregelt zu lassen. Andererseits behalten sie den vertraglichen Bereich den Parteien vor und schließen ihn gegenüber „Außenstehenden", wie dem Richter, ab. Die Parteien sind selbst gefordert, ihre Beziehungen bis ins einzelne zu regeln. Ein Spezieskauf, bei dem der Vertragsgegenstand nicht individualisiert ist, ist ebenso nichtig, wie ein Gattungskauf über nichtvertretbare oder nicht ausreichend beschriebene Sachen. Das Recht beschränkt sich nicht darauf, den Parteien zunächst freies Spiel zu lassen und erst im Falle von Störungen – also wenn es tatsächlich zu einem Streit zwischen Käufer und Verkäufer gekommen ist – einzugreifen. Es wendet vielmehr gleich die schwere Waffe der Nichtigkeit an, und schließt damit auch von vornherein gleich all die nur abstrakt streitanfälligen Geschäfte aus, die tatsächlich einverständlich und problemlos abgewickelt worden wären. Geschäfte macht man richtig oder gar nicht, nichts darf für die Zukunft offen bleiben; sie sind statisch, beschränkt auf den unmittelbaren Austausch.

Die Bestimmtheitsanforderungen sind mehr als eine bloße Auslegungshilfe im Sinne von Seriositätsindizien, an Hand derer festgestellt werden kann, ob die Parteien sich vertraglich binden oder nur unverbindlich verhandeln wollten[63]. Diesem Ziel dienen sie sicherlich auch: Parteien, die einen wirksamen Vertrag abschließen wollen, müssen ihn bis auf alle konfliktträchtigen Einzelheiten aushandeln. Daraus spricht ein ausgeprägter Glaube an die Macht der Sprache und das Vermögen der Vertragsschließenden, ihre Vereinbarungen so eindeutig zu formulieren, daß alle Unklarheiten beseitigt sind. Ergänzende Vertragsauslegung oder richterliche Vertragsanpassung sind unbekannt. Der Richter schreibt den Vertragspartnern den Vertrag nicht neu, der Vertrag muß schon so fertig sein, daß der Richter ihn direkt erzwingen kann. Doch sind die Bestimmtheitsanforderungen nicht nur Auslegungshilfen sondern echte rechtliche Wirksamkeitsbeschränkungen. Beim Stückkauf sind sie in ihrer Wirkung etwa vergleichbar mit dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz im deutschen Recht, der der Rechtsklarheit dienen soll. Beim Gattungskauf auf Termin (*salam*) muß der Vertragsinhalt wenigstens objektiv bestimmbar

---

[62] Siehe unten Kapitel 15.2.
[63] Dazu vgl. oben Kapitel 10.2. und 11.4.

sein. Der Austausch muß „fertig" sein, jede Partei soll jetzt schon genau wissen, was sie bekommt. Hoffnungen auf zukünftige Entwicklungen haben im Vertrag nichts zu suchen.

Etwas anders ist die Lage, wenn beim Stückkauf die Ware zwar konkretisiert ist, der Käufer sie aber noch nicht zu Gesicht bekam. Diesen Fall bewerten die Schulen unterschiedlich. Die Malikiten und der späte Šāfiʿī halten einen solchen Vertrag ebenso für nichtig wie einen, bei dem schon das Vertragsobjekt nicht hinreichend individualisiert ist. Für die Hanafiten hingegen ist die wesentliche Ursache der Nichtigkeit beseitigt: Der Gegenstand des Vertrages ist festgelegt. Da jedoch der Käufer, der ihn noch nicht mit eigenen Augen sah, sich noch kein Bild von ihm machen konnte, liegt das Schicksal des Vertrages in seiner Hand. Er kann entscheiden, ob er mit der Ware, die er schließlich erhält, zufrieden ist oder nicht.

Das Erfordernis, daß die Parteien ihren Vertrag so weit wie möglich schon im voraus festzulegen haben, nimmt letztlich auch Funktionen wahr, die in anderen Rechten Formerfordernisse erfüllen. Wir haben ja gesehen, daß das islamische Recht, was Formerfordernisse angeht, sehr freizügig ist. Die Bestimmtheitserfordernisse dienen zur Klarstellung des Vertragsinhalts (Klarstellungsfunktion); sie warnen die Parteien vor überstürzten und möglicherweise nachteiligen Geschäften, indem sie verlangen, daß der Austausch auf einer solide ausgehandelten Basis steht (Warnfunktion); sie grenzen den eigentlichen Vertrag von „unverbindlichen" vorvertraglichen Vereinbarungen ab (Seriositätsindiz); gleichzeitig dienen sie aber auch dazu, Streitigkeiten und Irrtümern der Parteien vorzubeugen. Das islamische Recht ließ, wie auch andere Rechtsordnungen, die Anfechtung eines Vertrages wegen Irrtums eines Vertragsschließenden nicht zu.

Die hohen Bestimmtheitsanforderungen machen den Austausch statisch, verrechtlichen und formalisieren ihn. Aus den Regeln spricht eher die Erfahrungswelt eines räumlich eng zusammengedrängten Marktes, wo Geschäfte persönlich, „von Mann zu Mann" ausgehandelt und abgewickelt wurden, wo man Spekulation als bedrohlich empfand und wo die Einmischung durch Außenstehende nur als unwillkommene Störung empfunden wurde.

14.2. Spekulation mit der Zukunft – Die Frage des Lieferrisikos

14.2.1. Die Statik und Abgeschlossenheit des Austauschverhältnisses II

Der Vertrag muß bei Vertragsabschluß sicher erfüllbar erscheinen. Anders als etwa das deutschen BGB, nach dem ein Kaufvertrag nur dann nichtig ist, wenn schon bei Abschluß des Vertrages feststeht, daß die Erfüllung einer Verpflichtung anfänglich, objektiv und dauernd unmöglich ist (vgl. § 306 BGB), verlangt das islamische Recht, daß bei Vertragsschluß die Erfüllbarkeit des Vertrages gesichert ist. Die Erfüllbarkeit ist im islamischen Recht also eine Wirksamkeitsvoraussetzung des Vertrages. Das ist der eigentliche Kernbestand des *ġarar*-Verbotes bei den frühen Juristen. Recht typisch dafür sind die Ausführungen Māliks[64]: Nachdem er zunächst überliefert hat,

[64] *Mālik*, Muwaṭṭaʿ II S. 664 ff.; ähnlich auch seine Ausführungen auf S. 626 im Zusammenhang mit der *muzābana*.

daß der Prophet den *baiᶜ al-ġarar* verboten habe, den riskanten Kaufvertrag, erläutert er:

Zu Risiko (*ġarar*) und Wagnis (*muḫāṭara*) ist zu rechnen, wenn jemandem ein Tier oder ein Sklave entlaufen ist, dessen Preis (normalerweise) 50 Dinare beträgt und dann ein anderer zu ihm sagt: „Ich kaufe es dir für 20 Dinare ab." Wenn der Käufer es dann findet, so hat der Verkäufer 30 Dinare verloren; findet er es nicht, so hat der Verkäufer vom Käufer 20 Dinare (für nichts) erhalten.
Mālik sagte: Darin steckt noch ein anderer Mangel. Wenn nämlich dieses entlaufene Tier gefunden wird, so weiß man nicht, ob es an Wert (nach dem Vertragsschluß) zu- oder abgenommen hat, oder ob es nicht mittlerweile Mängel befallen haben. Das (alles) ist das gewaltigste Wagnis.
Mālik sagte: Wir halten es so, daß auch der Kauf dessen, was im Bauch eines weiblichen Tieres oder einer Sklavin ist (scil.: der Fötus), zu Wagnis und Risiko zu zählen ist, denn man weiß nicht nicht, ob es herauskommt oder nicht (*a yaḫruǧu am lā yaḫruǧu*); selbst wenn es herauskommt, so weiß man nicht, ob es schön oder häßlich, vollständig oder mangelhaft, männlich oder weiblich ist. All das ist aber von unterschiedlicher Güte und hat einen Einfluß auf den Wert.

Es sind also zwei Punkte, die das *ġarar*-Verbot tragen: Zum einen wird nur eine ungewisse Aussicht verkauft; der Preis dafür mag zwar niedriger sein, doch einer von beiden, Käufer oder Verkäufer, verliert gewiß. Zum anderen ist aber, selbst wenn sich diese Aussicht realisieren sollte, der Wert der verkauften Sache noch gar nicht bestimmbar, die Schätzung ist aus der Luft gegriffen, orientiert sich aber nicht an konkreten Anhaltspunkten.

Die Iraker heben eindeutig den ersten Verbotsgrund hervor, nämlich daß man noch gar nicht sagen könne, ob der Vertragsgegenstand jemals existieren werde oder nicht. Die Formel "*a yaḫruǧu am lā yaḫruǧu*', die sich schon bei Mālik fand, taucht in Variationen immer wieder auf[65]. Den *baiᶜ al-ġarar*, den Risikokaufvertrag, definiert Šaibānī als „Kaufvertrag über etwas, das noch nicht existiert und noch nicht geschaffen wurde" (*baiᶜ al-ġarar baiᶜ mā lam yakun wa mā lam yuḫlaq*)[66].

Der Käufer gibt etwas für eine bloße Chance. Solches Risiko ist rechtlich nicht bewertbar, denn das islamische Recht befaßt sich nur mit greifbaren Vermögenswerten oder solchen, die ihnen zumindest angenähert sind, wie das *dain*. Es war daher rechtlich unvorstellbar, das Risiko als Abzugsposten in das Austauschverhältnis einzustellen, wie es offenbar in dem Beispiel von Mālik gehandhabt wurde, wo der Käufer anstelle der üblichen 50 Dinare für das entlaufene Tier oder den flüchtigen Sklaven nur 20 bietet. Das islamische Recht weigert sich also, die risikobehaftete Leistung als echte Gegenleistung anzuerkennen[67]. Ist eine Seite des Austauschverhältnisses mit einem solchem Risiko belastet, so kommt es rechtlich zu gar keinem Austausch. Der Vertrag ist nichtig[68]. Die statische Betrachtungsweise des islamischen Rechts erkennt nur „fertige" Austauschverhältnisse als rechtswirksam an.

---

[65] Zum Beispiel bei *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 545, 564 (*a yakūnu am lā yakūnu*), S. 588 (*a yatimmu am lā yatimmu*), S. 656 (*a yaḫruǧu am lā yaḫruǧu*).
[66] *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 545 f.; vgl. ähnlich *ders.*, Aṣl S. 94 Nr.23
[67] Das Risiko wird also nur isoliert, bezogen auf den einzelnen Austauschvertrag, betrachtet und nicht über mehrere immer wieder ähnliche Geschäfte hinweg beurteilt. Das hat die Entwicklung eines Versicherungsrechts im islamischen Recht bis in die Moderne weitgehend verhindert.
[68] Das ähnelt der Regel im Common Law, die besagt, daß *a mere chance* nicht als *consideration* anzuerkennen sei („*lack of mutuality*"), vgl. z. B. *Fried*, Contract as Promise, 1981, S. 31.

„Hoffnungen" oder „Erwartungen" haben rechtlich keinen Wert und können nicht in das Austauschverhältnis mit hineingenommen werden[69].

Standardbeispiele für solche verbotenen *ġarar*-Transaktionen, die zum Teil schon in den zitieren Beispielen von Mālik vorkommen, sind: der Verkauf von Milch im Euter, also vor dem Melken[70], der Verkauf von Wolle auf dem Rücken des Schafes, also vor dem Scheren[71], von Fleisch eines Tieres vor der Schlachtung[72], der Verkauf eines ungeborenen Jungtieres[73], der Verkauf eines Fisches im Teich, den man nicht durch bloßes Ergreifen sondern nur durch „Erjagen" (Fischen) in die Hände bekommt[74], der Verkauf eines entlaufenen Sklaven[75]. Insoweit herrscht unter den Schulen Einigkeit. Solchen ungewissen Aussichten wird vom Recht kein Wert zugestanden.

Am Beispiel des *salam*, dem Verkauf einer gattungsmäßigen Ware gegen Vorauszahlung, zeigt sich, daß nicht jedes Lieferrisiko geächtet war; denn beim *salam* ist der Vertragsgegenstand ja nur abstrakt bestimmt und nicht schon konkret vorhanden; die Erfüllung des Vertrages ist also einem gewissen Risiko ausgesetzt. Zum Ausgleich dafür sollen einige einschränkende Regeln die Erfüllbarkeit so weit wie möglich sichern[76]. Besonders die Hanafiten stellen hier strenge Anforderungen. So verlangen sie, daß die Waren nicht erst bei Fälligkeit sondern schon zur Zeit des Vertragsschlusses beschaffbar sind[77]. Bei „Saisonwaren", wie Getreide, Früchten etc. müssen also Vertragsabschluß und Lieferungstermin in die gleiche Saison fallen. Die Iraker verbieten also, einen *salam* außerhalb der Erntezeit abzuschließen, oder gar den Lieferungstermin über das Jahr hinaus zu erstrecken. Sofern der Verkäufer die Ware dann nicht innerhalb des Lieferungszeitraumes beschaffen kann, hat der Käufer die Wahl (*ḫiyār*), ob er vom Vertrag zurücktreten und sein Geld zurückverlangen möchte oder ob er sich mit einer Lieferung im nächsten Jahr zufrieden geben will[78]. Dann liegt es also in der Hand des Käufers, den Vertrag über das Jahr hinaus zu verlängern. Diese zeitliche Begrenzung verringert das Lieferrisko, die Unsicherheit, daß der Verkäufer vor Fälligkeit sterben könnte oder daß zum Zeitpunkt der Fälligkeit die geschuldeten Waren nirgends beschafft werden können[79]. Daneben bewirkt diese Einschränkung aber auch, daß es schon zur Zeit des Vertragsschlusses einen Markt für die Waren gibt, über die der Vertrag abgeschlossen werden soll. Dieser Markt liefert einen Maßstab für den

---

69 „Hoffnungen" oder „Erwartungen" eines Gläubigers werden ja auch nicht berücksichtigt, wenn der Schuldner nicht leistet. Der Gläubiger kann weder Verzugsschaden noch entgangenen Gewinn fordern, s.o.

70 *Šaibani*, Aṣl S. 66 Nr.197, S. 94 Nr.22; zu einer Ausnahme, die die Medinenser von diesem Verbot machen vgl. *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 627 f.; *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 563.

71 *Šaibānī*, Aṣl S. 67 Nr.198, S. 94 Nr.22.

72 *Šaibānī*, Aṣl S. 94 Nr.23: „Das ist der Verkauf von etwas, das es noch nicht gibt, bzw. von dem man noch nicht weiß, wie es sein wird und damit unter das *ġarar*-Verbot zu subsumieren."

73 *Šaibānī*, Aṣl S. 66 Nr.197; vgl. auch *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 610.

74 *Šaibānī*, Aṣl S. 93 f. Nr.21; *ders.*, Ǧāmiᶜ Ṣaġīr S. 102 Nr.2, S. 142; *Abū Yūsuf*, Ḫarāǧ S. 49; *ders.*, Iḫtilāf S. 22 Z.6 = *Šāfiᶜī* S. 94 Z.15.

75 *Šaibānī*, Aṣl S. 92 Nr.17; *ders.*, Ǧāmiᶜ Ṣaġīr S. 102 Nr.2a, S. 144.

76 Vgl. dazu oben Kapitel 13.4.

77 *Šaibānī*, Aṣl S. 6 Nr.20, S. 11 Nr.36, S. 8 Nr.25, S. 9 Nr.29, S. 49 Nr.141, 143; *Ṭaḥāwī* S. 86; *ders.*, Šurūṭ Kabīr S. 197 Nr.19.22, S. 199 Nr.21.1; *Qudūrī* S. 43; *Saraḫsī* XII S. 134 Z.1.

78 *Šaibānī*, Aṣl S. 6 Nr.20.

79 *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 197 f. Nr.19.27 ff.; *Saraḫsī* XII S. 134 f. Z.25.

Kaufpreis, so daß Käufer und Verkäufer auf einer festen Basis kontrahieren können. Schließlich wird natürlich der Spielraum für Spekulation ganz erheblich beschnitten. Es ist nicht möglich, daß sich reiche Finanziers für ein geringes Entgelt schon die Lieferungen oder Ernten der kommenden Jahre sichern. Diese beiden letzten Gesichtspunkte werden von den Juristen allerdings nicht angesprochen. Die Hanafiten heben nur die Vermeidung von Unmöglichkeit hervor und berufen sich auf Überlieferungen, nach denen der Prophet verboten haben soll, die Früchte eines Baumes vor Anzeichen der Reife zu verkaufen[80]. Allerdings steckt, wie wir noch sehen werden, auch hinter diesen Verboten das Bemühen, Spekulation, vor allem mit Lebensmitteln, einzuschränken.

Die anderen Schulen sind hier weniger streng: Nach Šāfiʿī soll es ausreichen, daß die Waren bei Eintritt des vereinbarten Termines lieferbar sind, selbst wenn sie bei Vertragsabschluß noch nicht zu beschaffen waren[81]. Damit ist der Beschränkung des Lieferrisikos hinreichend Rechnung getragen; die Spekulation wird allerdings kaum bekämpft. Nach dieser Ansicht ist es nämlich möglich, *salam*-Verträge über ein oder zwei Jahre hinweg abzuschließen, wie ein *ḥadīṯ* als Brauch in Medina zur Zeit des Propheten erwähnt. Der Prophet hatte nach Auskunft dieser Überlieferung auf diese Praxis nicht so reagiert, daß er die Laufzeit des Vertrages einschränkte. Er stellte vielmehr nur Anforderungen für die Bestimmtheit des Vertragsgegenstandes auf[82]. Das spricht dafür, daß es ihm wirklich nur um das Lieferrisiko ging.

Ohne die zeitliche Begrenzung wird der *salam* natürlich als Mittel der Geldbeschaffung interessanter, da viel längerfristigere Kredite gewährt werden können. Der Verkäufer erhält den als Kaufpreis vereinbarten Betrag sogleich und muß erst ein oder gar mehrere Jahre später seinerseits eine Leistung erbringen. Unter dem Gesichtspunkt des Wucherverbotes wurden solche Transaktionen aber nie analysiert; daß man für zukünftige Lieferungen in der Gegenwart weniger verlangen konnte, wurde von den Juristen nicht in Frage gestellt[83].

Solche langfristigen Kredittransaktionen bergen neben dem Lieferrisiko für den Gläubiger aber auch die Gefahr einer zunehmenden Überschuldung des Schuldners: Wenn die Früchte des nächsten Jahres schon verkauft sind, so müssen bei der nächsten Geldnot die des übernächsten Jahres verkauft werden. Diese Gefahr wird aber begrenzt dadurch, daß die Parteien keine beschränkte Gattungsschuld vereinbaren dürfen. Erklärtermaßen dient auch diese Einschränkung dazu, das Lieferrisiko möglichst gering zu halten. Ein Vertrag über „die Wolle dieses Schafes" beispielsweise, „die Ernte dieses Feldes" oder „dieses Dorfes" oder „die Früchte dieser Palme" ist verboten und nichtig[84].

---

[80] Dazu vgl. unten 14.2.2.

[81] *Šāfiʿī* III S. 75; *Ṭaḥawi*, Šurūṭ Kabīr S. 196 f. Nr. 19.21 ff.; *Saraḫsī* XII S. 134 Z.5; *Marġīnānī* III S. 72 Z.13.

[82] Das *ḥadīṯ* findet sich beispielsweise bei *Šāfiʿī* VII S. 328 (Rand).

[83] Vgl. oben Kapitel 13.1. und unten Kapitel 15.4.1.; vgl. zur Behandlung des Lieferungsvertrages im jüdischen Recht, die stärker vom Zinsverbot her geprägt war, die Studie von *Klingenberg*, Das israelitische Zinsverbot in Torah, Mišnah und Talmud, 1977, S. 65 f.

[84] *Šaibānī*, Aṣl S. 3 Nr.5, ähnlich S. 48 Nr.138 (Datteln, die eine bestimmte Palme erbringen wird) und Nr.140 (Wolle, Milch oder Fett eines bestimmten Schafes, Rosinen, die aus einem bestimmten Feld gewonnen werden können); *Šāfiʿī* III S. 72 Z.11, S. 75 Z.2; *Saraḫsī* XII S. 130 Z.10: „Die Fähigkeit des Vertragsschließenden bei Fälligkeit zu liefern, ist eine Bedingung der Wirksamkeit des Vertrages (*šarṭ li ǧawāz al-ʿaqd*)", S. 174. Vgl. auch oben Kapitel 13.4.

Anders ist es nur, wenn der Vorrat so weitgefaßt ist, daß schlechthin unvorstellbar ist, daß das Getreide dort jemals nicht beschaffbar sein sollte[85]. Ein Vorschuß auf eine bestimmte zukünftige Ernte war damit also ausgeschlossen. Die Ware konnte nur nach allgemeinen Kriterien beschrieben, nicht aber in ihrer Herkunft allzusehr eingeschränkt werden.

14.2.2. Eine Fallgruppe: der Verkauf von Früchten am Baum, von Getreide auf dem Feld

In die gleiche Richtung zielt eine noch häufiger behandelte Fallgruppe, die ebenfalls unter das *ġarar*-Verbot subsumiert wurde[86]: der Verkauf von ungeernteten Früchten am Baum und von Getreide auf dem Feld. Die Eigenständigkeit dieser Fallgruppe wird dadurch hervorgehoben, daß eigens zu ihr ein *ḥadīṯ* erging, warscheinlich wurde sie erst nachträglich mit dem *ġarar*-Verbot in Verbindung gebracht. Der Prophet verbot den Verkauf von Früchten bevor deutlich ist, daß sie unversehrt sind (*qabla an yabduwa ṣalāḥuhā*)[87], bzw. bevor sie vor dem Untergang sicher sind (*ḥatta tanǧuwa min al-ᶜāha*)[88]. In einem anderen *ḥadīṯ* verbietet der Prophet den Verkauf von Früchten bevor sie „*tuzhiya*". Auf Nachfragen erklärt er das offenbar auch für seine Zuhörer rätselhafte Verb: bevor sie sich rot zu färben beginnen[89]. In einer anderen Überlieferung stellt der Kalif ᶜUmar ibn al-Ḫaṭṭāb fest, daß es erlaubt sei, Nahrungsmittel zu einem bestimmten Preis und auf eine bestimmte Frist zu verkaufen, unabhängig davon, ob der Verkäufer die Ware schon habe oder nicht (gemeint ist der *salam*); verboten sei es aber, Getreide oder Früchte vor Anzeichen der Reife zu verkaufen[90]. Damit ist der *salam*, bei dem es um die Lieferung einer lediglich allgemein bestimmten Ware geht, von dem kritischen Fall, dem Verkauf ungeernteter Lebensmittel, abgegrenzt. Beim *salam* handelt es sich um eine nur nach abstrakten Merkmalen abgegrenzte Gattungsschuld: Der Verkäufer verspricht, zu einem bestimmten Zeitpunkt eine bestimmte Menge von Früchten zu beschaffen. Wie er das tut, ist seine Sache, er darf seine Schuld nicht auf die Ernte eines bestimmten Baumes beschränken. Demgegenüber wird beim Verkauf von Früchten „auf dem Feld" lediglich eine Stückschuld, bzw. eine beschränkte Gattungsschuld in Aussicht genommen, die mit dem Risiko des Untergangs und der Verschlechterung belastet ist.

In der Praxis werden sich diese Fälle wohl so dargestellt haben, daß ein Landbesitzer, der sofort Geld brauchte, seine Ernte schon im voraus an jemand anderes verkaufte, der dafür natürlich weniger zahlte[91]. Dadurch konnte ein Geldgeber die Ernte, schon lange bevor sie den Markt erreichte, unter seine Kontrolle bringen und dann zu einem höheren Preis verkaufen. Je mehr er aufkaufte, desto größer war sein Einfluß auf den Preis. Wahrscheinlich steht hinter dem Verbot wieder das Bestreben, die Spekulation mit Lebensmitteln zu beschränken und zu verhindern, daß reiche Personen

---

85 *Šaibānī*, Aṣl S. 48 Nr.137: „Getreide aus dem Irak" oder „aus Syrien".
86 Vgl. *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 619.
87 *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 618 Nr.10 = *Šaibānī*, Muwaṭṭa' S. 268 Nr.759; *Šāfiᶜī* VII S. 181 Z.21.
88 *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 618 Nr.12 = *Šaibānī*, Muwaṭṭa' S. 268 Nr.760.
89 *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 618 Nr.11.
90 *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 644 Nr.49 = *Šaibānī*, Muwaṭṭa' S. 273 Nr.773.
91 Zu der vielfach prekären Situation kleiner Landbesitzer vgl. oben Kapitel 2.5.2.-2.5.4.

mit großen Geldvorräten große Teile der Ernte gar nicht erst auf die Märkte gelangen ließen.

Das Verbot beschränkte zwar auch die Gefahr der Überschuldung kleiner Landbesitzer. Damit war diesen jedoch gleichzeitig ihre einzige Kreditgrundlage genommen. Als Alternative blieb nur der einzige Vertrag, der erlaubtermaßen in die Zukunft wirkt, der *salam*. Bei diesem ist jedoch die Lieferung unabhängig von einer bestimmten Quelle garantiert. In der Praxis war daher kein kleiner Landbesitzer, kein Bauer in der Lage, einen *salam* abzuschließen. Er hatte nur die Hoffnung auf seine Ernte und hätte sich lediglich dazu verpflichten können, sie dem Käufer zu übertragen. Der Verkauf von gattungsmäßig bestimmten Nahrungsmitteln im Wege des *salam* mit einer unbegrenzten Haftung des Verkäufers stand dagegen eher Großhändlern offen, die genug Kapital hatten, Waren aus verschiedenen Quellen zu beziehen.

Ob bei dem Verbot, die zukünftige Ernte zu verkaufen, eher der Schutz kleiner Landbesitzer vor Ausbeutung oder die Sorge um die Versorgung der Städte mit Lebensmitteln im Vordergrund stand, läßt sich nicht klären. Der Fall muß jedenfalls zumindest in der Anfangszeit ungemein wichtig und praktisch relevant gewesen sein, denn man findet dazu von allen Juristen Stellungnahmen und mit fortschreitender Entwicklung des Rechts, eine immer ausgefeiltere Kasuistik[92].

Im einzelnen ist aber bei der Frage des Verkaufs ungetrennter Früchte vieles streitig; die Kasuistik ist zermürbend und fast undurchschaubar. Um einen kleinen Einblick zu geben, möchte ich dennoch einen Überblick versuchen.

Der Verkauf ungeernteter Früchte ist erst dann zulässig, wenn die Früchte sich der Reife schon so weit genähert haben, daß man abschätzen kann, wie die Ernte ausfallen wird. Soweit sind sich die Schulen noch einig. Vorher sind die Früchte nicht nutzbar, es existiert also überhaupt noch kein vermögenswerter Gegenstand, der Objekt eines *baiᶜ*-Vertrages sein könnte[93]. Die früheren Juristen heben stärker hervor, daß man jetzt noch gar nicht sagen könne, ob die Früchte überhaupt jemals existieren würden, und daß daher ein klarer Fall des verbotenen *ġarar* vorliege[94]. Hier zeigt sich wieder einmal der Widerwille des islamischen Rechtes, zukünftige Entwicklungen im Rahmen des Austauschverhältnisses zu berücksichtigen.

Sind die Früchte wenigstens schon angelegt, aber noch grün und unreif, zeichnet sich also ab, wie die Ernte ausfallen wird, ohne daß die Früchte zu voller Größe herangewachsen wären, so erlauben zumindest die Iraker den Verkauf; man konnte sie ja nun wenigstens als Viehfutter nutzen, sie hatten also schon einen Wert. Der Käufer wird durch den Kaufvertrag Eigentümer der unreifen Früchte, „belegt" aber mit seinem Eigentum das Eigentum des Käufers. Die Iraker verlangen nun, daß der Käufer „seine"

---

[92] *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 618 f. Nr.10-13; *Abū Yūsuf*, Iḫtilāf S. 20 Z.8 (=*Šāfiᶜī* VII S. 93); *Šaibānī*, Muwaṭṭa' S. 268 Nr.759-761; *ders.*, Ḥuǧǧa II S. 543 ff.; *ders.*, Aṣl S. 65 ff. Nr.192-195, S. 95 Nr.25; *ders.*, Ǧāmiᶜ Kabīr S. 336 f.; *Šāfiᶜī* III S. 25 Z.8, VII S. 181 Z.21, S. 205 Z.1; *Ṭaḥāwī* S. 78 Z.9; *ders.*, Šurūṭ Kabīr S. 96 f. Nr.25.1 ff., S. 197 f. Nr.19.27 ff.; *Saraḫsī* S. 134 f., S. 194-197; *Samarqandī* III S. 78 ff.; *Marġīnānī* III S. 25 f.

[93] Vgl. z. B. die Argumentation von *Saraḫsī* XII S. 194: die Früchte müssen wenigsten soweit gediehen sein, daß man aus ihnen irgendeinen Nutzen ziehen kann, und sei es nur als Viehfutter; vorher seien die Früchte nämlich noch keine vermögenswerten Gegenstände (*māl mutaqawwim*) und damit auch keine Waren.

[94] Vgl. z. B. *Šaibānī*, Aṣl S. 94 Nr.23; *ders.*, Ḥuǧǧa II S. 543 ff.

Früchte sofort erntet[95]; eine wenig praktische Anforderung, da der Käufer wohl kaum daran interessiert sein kann, die grünen, unreifen Früchte zu erhalten. Der Käufer darf sich nicht im Kaufvertrag ausbedingen, die Früchte bis zur Reife am Baum belassen zu dürfen, ansonsten macht diese verbotene Bedingung den ganzen Kaufvertrag nichtig. Dem Käufer steht nur zu, was sich am Tage des Vertragsschlusses schon entwickelt hatte; bleiben „seine" Früchte aber am Baum, so kann man sie nicht mehr von den nachwachsenden unterscheiden[96].

Gestattet aber der Verkäufer dem Käufer, ohne daß das im Vertrag ausdrücklich vereinbart worden wäre, die Früchte am Baum oder auf dem Feld zu belassen, so ist nach Ansicht der Hanafiten nichts dagegen zu sagen[97]. Dem Käufer steht dann der Zuwachs zu. Die Gestattung ist aber als unentgeltlicher (Leih-)Vertrag jederzeit widerruflich. Die Parteien können sie nicht dadurch unwiderruflich machen, daß sie einen entgeltlichen Mietvertrag vereinbaren. Das fällt unter das später noch anzusprechende Verbot entgeltlicher Vertragsverbindungen[98] (hier: Kauf und Miete). Der Vertrag ist nichtig und vor allem auch nicht bindend. Es bleibt aber das Einverständnis des Verkäufers, so daß auch in diesem Fall der Zuwachs dem Käufer gebührt[99]. Läßt der Käufer „seine" Früchte hingegen ohne (ausdrückliche) Erlaubnis des Verkäufers bis zur Reife am Baum, so stehen ihm zwar die Früchte zu, die er gekauft hat, denn durch den Vertrag ist er ja ihr Eigentümer geworden; der Zuwachs hingegen beruht auf einem unrechten Erwerbsgrund, er steht dem Käufer nicht zu, dieser ist vielmehr (moralisch) verpflichtet, ihn zu spenden[100].

Andere Juristen erlauben den Verkauf von Früchten erst, wenn diese bis zur vollen Größe herangewachsen sind, und sich zu färben beginnen. Die meisten allerdings gestehen dem Käufer dann auch zu, daß er die Früchte bis zur Vollreife am Baum beläßt[101]. Auch Šaibānī gestattete das, „wegen des allgemeinen Brauchs", und wich

---

[95] Ob die Vertragspartner das vereinbart haben oder nicht; *Šaibānī*, Aṣl S. 65 Nr.194, S. 67 Nr.199, S. 95 Nr.25; *ders.*, Muwaṭṭa' S. 268; *ders.*, Ḥuǧǧa II S. 543.

[96] *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 543; so auch *Šāfiʿī* III S. 25 Z.8; ähnlich auch *Samarqandī* III S. 80: Die nachwachsenden Früchte stehen weiterhin dem Verkäufer zu, da sie nicht Gegenstand des Kaufvertrages geworden sein können; wenn der Käufer „seine" Früchte am Baum belassen hat und diese nicht mehr von den nachgewachsenen Früchten des Verkäufers unterschieden werden können, so ist der Vertrag wegen „Unmöglichkeit" nichtig; es kann nicht mehr festgestellt werden, was der Verkäufer herauszugeben hat. Andere spätere Hanafiten heben heror, daß der Käufer mit seinem Eigentum, den unreifen Früchten, das Eigentum des Verkäufers, den Baum bzw. das Feld, „belegt" (*mašġūl*) und daraus, durch die fortschreitende Reife der Früchte, für sich Nutzen zieht, vgl. *Sarahsī* XII S. 194-197 und *Marġīnānī* III S. 25 f.; ein anderer Begründungsstrang lehnt sich mehr an die Systematisierung der erlaubten und verbotenen Nebenabreden und Bedingungen (*šurūṭ*, s.u. 17.4.1.) an und betont, daß die Vereinbarung des Belassens eine Bedingung sei, die der Vertrag nicht ohnehin mit sich bringe und die dem Käufer gegenüber dem Verkäufer einen Vorteil gebe, vgl. *Samarqandī* III S. 79.

[97] *Abū Yūsuf*, Iḫtilāf S. 20 Z.3 = *Šāfiʿī* VII S. 93; *Šaibānī*, Ǧāmiʿ Kabīr S. 336; *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 96 Nr.25.1 empfiehlt daher den Parteien in ein Vertragsformular ausdrücklich aufzunehmen, daß der Verkäufer dem Käufer das Belassen am Baum erlaubt habe.

[98] Vgl. unten Kapitel 17.4.1. und 17.4.2.

[99] *Šaibānī*, Ǧāmiʿ Kabīr S. 336; *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 97 Nr.26.2.

[100] *Šaibānī*, Ǧāmiʿ Kabīr S. 336; *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 96 Nr.26.1; zu solchen religiös-moralischen Kompromißformeln vgl. oben Kapitel 7.3.2.

[101] Vgl. *Abū Yūsuf*, Iḫtilāf S. 21 = *Šāfiʿī* VII S. 93; *Šāfiʿī* VII S. 181 Z.21; die Medinenser nach *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 96 Nr.24.1, vgl. auch das bei *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 618 Nr.11 überlieferte *ḥadīṯ*, in dem der Prophet den Verkauf von Früchten vor der Färbung verbietet; Šaibānī, der ja einen anderen Ansatz verfolgt, zitiert es in seiner Muwaṭṭa'-Redaktion bezeichnenderweise nicht.

damit von seinem Lehrer Abū Ḥanīfa und von Abū Yūsuf ab[102]. Diese hielten daran fest, daß der Käufer die Früchte nur mit (widerruflicher) Erlaubnis des Verkäufers am Baum belassen durfte.

Bei bestimmten Früchten, die typischerweise nicht alle auf einmal reifen, wie Melonen, Gurken, Kürbissen, Möhren, ließen die Medinenser den Verkauf der gesamten Ernte zu, wenn zumindest einige Stücke schon Anzeichen der Reife trugen. Dem Käufer stand alles zu, was bis zur endgültigen Ernte noch nachwuchs, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses aber noch nicht einmal vorhanden war. Wohl um dem Risikoverbot zu genügen, modifizierten sie für diesen Sonderfall auch die Gefahrtragungsregeln: Von einem vorzeitigen Untergang der Früchte, der über ein Drittel der Ernte hinausging, war der Käufer zu entlasten, das heißt er trug nur ein Drittel der Gefahr[103]. Mālik berief sich dafür auf den „allgemeinen Brauch bei uns (in Medina)" (*al-amr ʿindanā*)[104].

Die Iraker hielten demgegenüber an dem Grundsatz fest, daß die Früchte sofort abzuernten seien und daß alles Nachwachsende im Eigentum des Verkäufers verbleiben solle. Abū Ḥanīfa zeigte den Parteien aber gleichzeitig einen legalen Weg auf, den gleichen Effekt zu erreichen: Der Käufer solle zunächst kaufen, was schon reif sei, was nachreife solle ihm sein Vertragspartner dann „schenken". Doch dürfe dies nicht im Wege einer Vereinbarung (*šarṭ*) geschehen, weil sonst der Kaufvertrag sofort nichtig sei[105]. Abū Ḥanīfa folgt also dem für die Hanafiten üblichen Weg, bestimmte Praktiken auf rechtlich erlaubtem Wege durchzusetzen: Was nicht ausdrücklich vereinbart ist, wird vom Recht nicht beurteilt[106]. Demgegenüber ist das Vorgehen der Medinenser, die die Praxis einfach deshalb gestatten, weil sie allgemein üblich ist, offener. Šaibānī[107] hält ihnen jedoch die strengen und allgemeinen Grundsätze des Kaufvertragsrechts entgegen: Niemand könne etwas gegen einen bestimmten Anteil vom Preis verkaufen, was noch gar nicht vorhanden, noch gar nicht gewachsen sei, denn der Prophet habe den *baiʿ al-ġarar* verboten. Der *baiʿ al-ġarar* sei aber gerade ein Kaufvertrag über etwas, was noch gar nicht existiert. Was bliebe vom *ġarar*-Verbot noch übrig, wenn man hier eine Ausnahme zulasse? Zudem lasse sich die Menge des Nachwachsenden noch gar nicht zweifelsfrei bestimmen[108]; das spreche auch gegen die Risikoteilung: Wenn man schon die Menge des „Nachwachsenden" nicht bestimmen könne, wie solle man dann feststellen, ob ein Drittel vernichtet wurde?[109] Mit ähnlicher Argumentation lehnte auch Šāfiʿī[110] die Konstruktion der Medinenser ab.

---

102 *Šaibānī*, Muwaṭṭaʾ S. 268; *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 96 Nr.25.1.

103 Vgl. zu einer ähnlichen Aufteilung des Risikos beim Verkauf eines Grundstückes mit heranwachsenden Früchten durch die Medinenser (der Käufer trägt im Falle des Untergangs der Ernte nur ein Drittel des Verlustes, selbst wenn er das Grundstück schon übernommen hat) und die Argumente Šaibānī's dagegen (Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Gefahrtragung: der Besitzer trägt das Risiko des Untergangs) *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 556 ff.

104 *Mālik*, Muwaṭṭaʾ II S. 619.

105 *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 543.

106 Vgl. oben Kapitel 7.2. und 8.

107 *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 544 ff.

108 Der Käufer kann also zum einen den Wert des von ihm Erworbenen noch gar nicht überblicken; zum anderen aber kann man auch den Vertragsgegenstand zur Zeit des Vertragsschlusses noch nicht eindeutig bestimmen.

109 Vgl. zur späteren Behandlung dieses Streitfalles in der hanafitischen Literatur beispielhaft *Sarahsī* XII S. 194; *Kāsānī* V S. 139, die beide zunächst Argumente für die medinensische Ansicht anführen (es

Letztlich kommen die Hanafiten aber zu einem ähnlichen Ergebnis, da sie es erlauben, daß der Käufer sich mit dem Einverständnis des Verkäufers „den Zuwachs" aneignet. Der Unterschied zur Meinung der Medinenser besteht jedoch darin, daß dieses Einverständnis widerruflich ist. Statt eines bindenden Austauschvertrages lassen sie nur eine einseitige unverbindliche Gestattung gelten; ein mühsamer Kompromiß zwischen der systematischen Ableitung von Rechtsnormen aus offenbarten Quellen und einer offenbar weitverbreiteten Praxis: Das Recht beschränkt sich darauf, die Praxis zu dulden; es widerstrebt der gerichtlichen Durchsetzung, erkennt aber die durch die Praxis neugeschaffene Rechtslage weitgehend an. Damit können die systemgerecht kompromißlosen Rechtsnormen unangetastet bleiben.

Die zuletzt behandelten Fälle ähneln einem Pachtvertrag: Gegen ein Entgelt erwirbt jemand das Recht, die Ernte von Bäumen oder Feldern anstelle des Eigentümers für sich einzubringen und zu verwerten. Die Verpachtung von Boden zur Bearbeitung war grundsätzlich (gegen Geld) erlaubt[111]; darüberhinaus standen mehrere landwirtschaftliche Kooperationsformen zur Verfügung[112]. In den hier behandelten Fällen aber sichert sich jemand durch eine Vorauszahlung die Ernte eines anderen, ohne daß er in irgendeiner Weise etwas dazu beigetragen hätte.

Wie häufig solche dem Pachtvertrag ähnlichen Geschäfte gewesen sein müssen, belegt der Umstand, daß sich auch viele andere Vorschriften mit Fällen befassen, in denen auf später zu liefernde Erntefrüchte ein Vorschuß gezahlt werden sollte. So ließen es die Medinenser zu, daß jemand gegen sofortige Zahlung drei *ṣāʿ*[113] frische Datteln von einer bestimmten Palme oder von Palmen eines bestimmten Haines kaufte, deren Früchte gerade zu reifen begonnen hatten, unter der Abrede, daß er sich jeden Tag ein *ṣāʿ* nehmen dürfe, wenn er sogleich zu ernten beginne. Wenn am Ende nicht genügend Datteln am Baum waren, weil sie etwa durch ein Unglück vernichtet worden waren, oder weil die Ernte zu knapp ausgefallen war, so hatte der Verkäufer dem Käufer den dem Ausfall entsprechenden Preisanteil zurückzugeben oder ihm anzurechnen, wenn der Käufer sich daraufhin eine andere Ware bei ihm aussuchte; damit war dem Risiko-Verbot weitgehend Rechnung getragen. Ebenso hielten sie es für zulässig, daß jemand eine bestimmte Menge Milch von einem Schaf kaufe, die er sukzessive für sich abmelken konnte[114]. Auch diesen Fall des sukzessiven „Aberntens" lehnten die Iraker ab[115]. Der Verkauf von Milch im Euter eines Schafes, oder gar von Milch, die sich erst später dort befinden wird, galt ja, ebenso wie der Verkauf des

---

sei erlaubt wegen „Notwendigkeit", *ḍarūra*, da eben nicht alle Früchte auf einmal reifen und daher auch nicht insgesamt verkauft werden können), diese dann aber mit Gegenargumenten zu widerlegen suchen (es bestehe keine Notwendigkeit gerade zu dieser Transaktion, der Käufer könne, wenn er die gesamte Ernte erwerben wolle, ja das Feld insgesamt kaufen; oder der Käufer könne zunächst das Vorhandene erwerben, das Nachwachsende könne der Verkäufer ihm dann schenken).

110 *Šāfiʿī* VII S. 205 Z.1.

111 Vgl. z. B. *Šaibānī*, Muwaṭṭaʾ S. 294 Nr.830.

112 S. o. Kapitel 2.5.2.

113 Ein Hohlmaß.

114 *Malik*, Muwaṭṭaʾ II S. 627 f.

115 Vgl. schon die Überlieferung von der frühen irakischen Autorität Ibrāhīm an-Naḫāʿī bei *Abū Yūsuf*, Āṯār S. 188 Nr.853; vgl. *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 563 ff.

ungeborenen Jungtieres als Standardfall des verbotenen *ġarar*. Daß der Käufer einen dem Ausfall entsprechenden Anteil des gezahlten Preises zurückverlangen kann, daß damit an sich das Element des „Glücksspiels" ausgeschlossen ist, bei dem nur einer von beiden gewinnen kann, berücksichtigen die Iraker nicht. Sie legten das *ġarar*-Verbot wesentlich allgemeiner und formaler aus, als die Medinenser.

Ähnlich argumentiert Šaibānī auch gegen den Verkauf der Datteln einer bestimmten Palme: Die verkauften Früchte sind noch gar nicht individualisiert, so daß kein Eigentum übergehen könne. Durch ein *ḥadīṯ* sei es aber verboten worden, einen *salam* über die Früchte eines bestimmten Gartens oder das Getreide eines bestimmten Feldes abzuschließen, da die Erfüllung unmöglich werde, sobald der gesamte Vorrat untergehe (s.o.). Šaibanī subsumiert den Fall unter dieses Verbot. Auch hier verliert er kein Wort über die Einschränkung Mālik's, daß der Verkäufer ja im Falle des Unterganges einen Teil seines Geldes zurückverlangen könne. Solcher individuellen Rechtsfortbildung steht er deutlich kritisch gegenüber; er bleibt lieber bei den formal-systematisch aus den *ḥadīṯen* abgeleiteten Verboten.

Während also die Malikiten sich noch um Kompromisse bemühen und offenbar verbreitete Praktiken durch Rechtsfortbildung in eigener Verantwortung ins Recht eingliedern, halten die Hanafiten weitgehend an den überlieferten Verboten fest, bilden Fallgruppen und reduzieren letztlich die Möglichkeiten, in diesem Bereich Handel zu treiben, auf den *salam*: Eine bestimmte Ernte kann nicht im voraus verkauft werden, es bleibt nur die Vereinbarung einer Beschaffungsschuld mit umfassender Haftung.

14.2.3. Verkauf von Erwartungen: Waren, die man noch nicht hat[116]

Ein anderer, noch häufiger behandelter Unterfall des *ġarar*-Verbotes, der ebensoviel Anlaß zu Spekulationen gibt, ist das Verbot, Waren weiterzuverkaufen, bevor man sie besitzt. Auch dieses Verbot wird in einer eigenen Prophetentradition ausgesprochen, allerdings noch ohne ausdrücklichen Bezug auf das *ġarar*-Verbot. Vor allem die späteren Juristen subsumieren es jedoch darunter.

Für die Hanafiten gilt das Verbot allgemein, unabhängig von den gehandelten Waren. Der Verkäufer einer Sache muß nicht nur ihr Eigentümer sein, er muß sie auch in Besitz haben; die Verfügungsbefugnis ist an den Besitz geknüpft. Eine Ausnahme bilden nur die Immobilien, die, jedenfalls nach Meinung Abū Ḥanīfa's, auch schon weiterverkauft werden dürfen, bevor man sie in Besitz genommen hat. Seine Schüler waren hier allerdings strenger und forderten auch bei Grundstücken, daß der Verkäufer Besitz am Vertragsgegenstand habe.

Die Malikiten hingegen beschränken das Verbot auf Geschäfte mit Nahrungsmitteln. Alles andere kann man nach ihrer Ansicht auch dann verkaufen, wenn man es noch gar nicht hat.

---

[116] Vgl. dazu *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 631, 640 f., 676, 768; *Šaibanī*, Muwaṭṭa' S. 269 f., 292; *ders.*, Aṣl S. 31 Nr.101, S. 33 Nr.103, S. 91 Nr.16; *ders.*, Ḥuǧǧa S. 481 ff., 647 ff., 706 ff.; *Abū Yūsuf*, Āṯār S. 182 Nr.828; *Šāfiʿī* VII S. 205 Z.14, S. 226 Z.20, S. 327 ff.(Rand); *ders.*, Risāla S. 47; *Samarqandī* II S. 55 f.,67; *Sarahsī* XIII S. 155 Z.20, XIV S. 36 Z.13; *Marġīnānī* III S. 59, 82; *Kāsānī* V S. 180 Z.31, S. 234 Z.12; zur abweichenden Ansicht des hanbalitischen Reformjuristen Ibn Taimīya (st.1328 n.C.) vgl. *Laoust*, Essai S. 466.

Die Verbote und die unterschiedlichen Auslegungen stützen sich auf eine Reihe von Überlieferungen, die ich hier etwas ausführlicher darstellen möchte, weil sie auch Aufschlüsse über die Hintergründe des Verbotes geben.

Schon der Prophet soll verboten haben, Nahrungsmittel (*ṭaᶜām*)[117] weiter zu verkaufen, bevor man daran Besitz erlangt hat[118]. Andere Überlieferungen beziehen das Verbot auf den zweiten Kalifen ᶜUmar ibn al-Ḫaṭṭāb (13-23 A.H./634-644 n.C.)[119] zurück, wieder andere stellen den den Kalifen ᶜUmar II (99-101 A.H./717-720 n.C.) in den Mittelpunkt[120].

Besonders interessant ist eine Gruppe von Überlieferungen, die immer von einer ähnlichen Situation ausgeht:

Ḥakīm ibn Ḥizām kaufte Nahrungsmittel (*ṭaᶜām*), die ᶜUmar ibn al-Ḫaṭṭāb für die Menschen bestimmt hatte. Darauf verkaufte Ḥakīm die Nahrungsmittel weiter, bevor er sie erhalten hatte. Als ᶜUmar davon erfuhr, verwehrte er ihm dies und sprach: „Verkaufe nicht Nahrungsmittel, die du gekauft hast, bevor du sie erhalten hast!"[121]

Als nun die Schiffe nach al-Ǧār[122] kamen und auf ihnen Proviant, stellte ᶜUmar den Leuten *ṣukūk* (Bezugsscheine) aus. Da handelten die Kaufleute diese Bezugsscheine untereinander, bevor sie sie einlösten (wörtl: „bevor sie sie in Besitz genommen hatten"). . .(Es folgt eine Überliefererkette, die eine ältere Überlieferung einleitet): ᶜUmar ibn al-Ḫaṭṭāb traf ᶜAlāʾ ibn al-Aswad und fragte ihn: „Wieviel Profit hat Ḥakīm ibn Ḥizām gemacht?" „Er hat Bezugsscheine für hunderttausend Dirham gekauft und darauf (beim Verkauf) hunderttausend Dirham Profit gemacht." Als ᶜUmar ihn (scil.: Ḥakīm) dann traf, fragte er ihn: „Ḥakīm, wieviel Profit hast du gemacht?" worauf dieser ihm ᶜAlāʾs Information bestätigte. ᶜUmar fuhr fort: „Hast du sie weiterverkauft, bevor du (die Nahrungsmittel) in Besitz genommen hattest?" Er sagte „Ja". Da sagte ᶜUmar: „Das ist ein Kaufvertrag, der sich nicht gehört (*lā yaṣluḥ*), mach ihn rückgängig!" Ḥakīm entgegnete: „Ich wußte nicht, daß sich das nicht gehört und kann es nun nicht mehr rückgängig machen." Nun fragte ᶜUmar: „Was steht dem entgegen?" Ḥakīm antwortete: „Bei Gott, ich kann es nicht, denn sie (die Käufer) haben sich zerstreut und sind davongegangen. Aber mein Kapital und mein Gewinn sollen nun Almosen (*ṣadaqa*) sein!"[123]

Vorausgegangen ist der Schilderung bei Ibn ᶜAbd al-Ḥakam ein längerer Bericht über Hungersnöte, die zur Zeit des Kalifen ᶜUmar ibn al-Ḫaṭṭāb Mekka und Medina heimsuchten. Der Gouverneur Ägyptens ᶜAmr ibn al-ᶜĀṣ habe, von ᶜUmar dazu aufgefordert, zunächst auf dem Landweg in langen Karavanen Lebensmittel geschickt, die ᶜUmar verteilen ließ. ᶜUmar habe dann den Gedanken gehabt, wie in früherer Zeit einen Kanal zu bauen, der vom roten Meer weit nach Ägypten hinein-

---

117 Unter *ṭaᶜām* scheint man allgemein Nahrungsmittel, jedoch vor allem Getreide verstanden zu haben, vgl. *Šāfiᶜī* III S. 22 Z.15: „So wie man (allgemein) *ṭaᶜām*, (spezieller aber) Weizen, Hirse, Gerste und Reis sagt."; *Mālik*, Muwaṭṭaʿ II S. 642: „Wer *ṭaᶜām* kauft, also Weizen oder Gerste oder Hirse, oder Hülsenfrüchte. . .oder irgendeines der verschiedenen Zubrote wie Öl, Fett, Honig. . ." Auch an anderen Stellen stellt Mālik *ṭaᶜām* und Zubrot (*udm*) gegeneinander, z. B. a.a.O. S. 646.

118 *Mālik*, Muwaṭṭaʿ II S. 640 Nr.40-42; *Šaibānī*, Muwaṭṭaʿ S. 269 f. Nr.767,768; ohne Beschränkung auf Nahrungsmittel bei *Abū Yūsuf*, Āṯār S. 182 Nr.828.

119 *Mālik*, a.a.O. Nr.640; *Šaibānī*, a.a.O. Nr.766.

120 *Mālik*, a.a.O. S. 641 f. Nr.42,45; *Šaibanī*, a.a.O. S. 270 Nr.767 f.

121 *Mālik*, Muwaṭṭaʿ II S. 641 Nr.43; *Šaibanī*, Muwaṭṭa S. 269 Nr.766; *Ibn ᶜAbd al-Ḥakam*, Futūḥ miṣr S. 166 Z.10; Übersetzung davon bei *Jakob*, Die ältesten Spuren des Wechsels, MSOS 28 (1925), S. 281, es geht in dieser Gruppe von Überlieferungen allerdings nicht um Wechsel, wie Jakob vermutet, sondern um Bezugsscheine.

122 Hafenstadt, ca. 1 1/2 Tagesreisen von Medina entfernt.

123 *Ibn ᶜAbd al-Ḥakam*, Futūḥ miṣr S. 166 Z.10. Hier nimmt es jemand freiwillig auf sich, das religiös-moralische Defizit der rechtlichen Lage durch Almosen zu beseitigen, vgl. oben Kapitel 7.3.2.

reichte und von Lage und Funktion dem heutigen Suezkanal vergleichbar war. Obwohl die Ägypter sich zunächst dagegen sperrten, weil sie fürchteten, daß die Reichtümer Ägyptens nach Arabien abwandern würden, setzte sich ᶜUmar schließlich durch. Der Kanal wurde gebaut, bzw. wiederhergestellt und Nahrungsmittel von Ägypten in den Hafen al-Ǧār in Arabien transportiert. Von dort kamen sie auf dem Landweg in die heiligen Städte. Hintergrund des Verbotes sind also Probleme mit der Lebensmittelversorgung von Mekka und Medina[124] und Spekulationsgeschäfte, die den Preis der importierten Nahrungsmittel hochzujagen drohen.

Eine andere Überlieferung berichtet von ähnlichen Situationen zur Zeit der Umaiyadenkalifen, unter dem Kalifat von Marwān I (64-65 A.H./683-685 n.C.):

Mālik überliefert, er habe gehört, daß zur Zeit des Marwān ibn al-Ḥakam an die Menschen Bezugsscheine auf Nahrungsmittel in al-Ǧār ausgegeben wurden. Die Leute handelten untereinander damit, bevor sie sie einlösten. Da kamen Zaid ibn Ṯābit[125] und ein Prophetengenosse zu Marwān ibn al-Ḥakam und sagten: „Erlaubst du wucherische Kaufverträge (*baiᶜ al-ribā*)[126], Marwān?" Dieser entgegnete: „Gott behüte! Worum geht es?" Sie antworteten: „Die Leute handeln mit diesen Bezugsscheinen und verkaufen sie, bevor sie sie einlösen." Da schickte Marwān die Wache aus, ihnen (scil.: den Bezugsscheinen) nachzugehen, sie den Leuten abzunehmen und den (ursprünglichen) Berechtigten wieder zurückzugeben[127].

Auch eine etwas andere Situation im Getreidehandel wird beschrieben. Hier begegnen wir dem Makler, dem Zwischenhändler oder Kommissionär, der für Kunden im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Getreide einkauft, und dem das islamische Recht ohnehin äußerst mißtrauisch gegenübersteht[128]:

Mālik überlieferte, daß er gehört habe, daß ein Mann von einem anderen Getreide (*ṭaᶜām*) auf Termin kaufen wollte. Darauf ging derjenige, der das Getreide verkaufen wollte, mit ihm auf den Markt und begann, dem anderen Getreidehaufen zu zeigen, wobei er ihm sagte: „Von welchem hättest du gern, daß ich für dich einkaufe?" Der Käufer entgegnete: „Verkaufst du mir etwa, was du noch nicht hast?" Da kamen sie zu ᶜAbd Allāh ibn ᶜUmar[129] und legten es (scil.: den Sachverhalt) ihm dar. ᶜAbd Allāh ibn ᶜUmar sprach zu dem Käufer: „Kaufe von ihm nicht, was er noch nicht hat!" Zum Verkäufer sagte er: „Verkaufe nicht, was du nicht hast!"[130]

Die Malikiten wandten das Verbot nur auf den Handel mit Nahrungsmitteln an[131].

---

[124] Vgl. zu Mekkas Nahrungsmittelversorgung vor dem Islam und zur Zeit Muḥammads *Donner*, Mecca's Food Supplies and Muḥammad's Boycott, JESHO 20 (1977), 249-266.

[125] Zu ihm *GAS I* S. 401 Nr.1; historisch scheint diese Begegnung unwahrscheinlich, da Zaid schon um 45 A.H./666 n.C. starb. Wahrscheinlich ist es richtiger, mit Jakob a.a.O. die Überlieferung nicht in die Zeit von Marwāns Kalifat, sondern in die seiner Statthalterschaft in Ägypten unter dem Kalifat ᶜUṯmāns (23-35 A.H./644-656 n.C.) zu legen.

[126] Die untechnische Verwendung des Begriffes *ribā* ist auffällig; juristisch hat er im Laufe der Zeit eine genau umrissene Bedeutung erhalten, die die hier vorliegende Fallgruppe eindeutig nicht umfaßt. Das ist ein Indiz für die Unsicherheit, die im frühen Islam noch über die Reichweite des *ribā*-Verbotes bestand und die sich auch noch bis in die Werke der Juristen hinein fortsetzt (s.u. 15.1.).

[127] *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 641 Nr.44; *Ibn ᶜAbd al-Ḥakam*, Futūḥ miṣr S. 166 f. Z.21. Vgl. zu dieser Überlieferung auch *Schacht*, Origins S. 200f., der sie als Beispiel für umaiyadische Verwaltungspraxis anführt, die Bestandteil des islamischen Rechtes geworden sei.

[128] Vgl. oben Kapitel 2.3.1. und unten 19.1.

[129] Prophetengenosse, st. ca. 73-74 A.H./693-694; Autorität der Medinenser.

[130] *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 642 Nr.45.

[131] *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 642 mit Beispielen: Getreide wie Weizen, Gerste, Hirse u.a.; Zubrot wie Öle und Fette, Honig, Essig, Käse, Joghurt u.a.; ebd. S. 631 auch frische und getrocknete Früchte.

Die Hanafiten und Šāfiʿī[132] hingegen verstanden das Verbot allgemein und bezogen es auf jeden Kaufvertrag unabhängig von der gehandelten Ware. So setzt nach einer der Überlieferungen des Verbotes Šaibanī in der *Muwaṭṭa'* hinzu, daß das Verbot natürlich auch über Nahrungsmittel (*ṭaʿām*) hinaus gelte und daß so schon der Prophetengenosse ʿAbd Allāh ibn ʿAbbās[133] entschieden habe[134]. In dem *Kitāb al-ḥuǧǧa* geht er näher und polemischer auf die Mālikiten, die „Medinenser", ein. Ich zitiere daraus einen längeren Ausschnitt, weil dieser die rechtliche Argumentation veranschaulicht und auch Rückschlüsse auf das Rechtsdenken zuläßt, vor allem was die Behandlung von Traditionen und die Verwendung des *qiyās* angeht:

Muḥammad (aš-Šaibānī) sagte, es überlieferte uns Sufyan ibn ʿUyaina von ʿAmr ibn Dīnār von Ṭāwūs von Ibn ʿAbbās daß letzterer sagte: „Was der Prophet verbot, war, Nahrungsmittel (*ṭaʿām*) vor der Besitzergreifung weiterzuverkaufen." Ṭāwūs ergänzte: Ibn ʿAbbās gab aber auch seine Meinung kund: „Ich sehe alles genauso wie jenes (scil.: Nahrungsmittel) an." Nach Ansicht von Ibn ʿAbbās (*qad raʾā*) steht also alles den Nahrungsmitteln (in dieser Beziehung) gleich. Habt ihr (Medinenser) nun eine Autorität, die Ibn ʿAbbās an Vorzügen und (Rechts-)Kenntnis gleichkäme und die jenes (scil.: den Verkauf von Nichtnahrungsmitteln vor Besitzergreifung) erlauben würde? Wo es doch den Menschen obliegt, in Fällen, wo keine Überlieferung erging, Analogieschlüsse zu ziehen zu Fällen, die durch eine Überlieferung erfaßt werden! Von dem Propheten ist uns ein Verbot, wie man es auf Honig und Öl anwendet, also Dinge, die nicht zu den Nahrungsmitteln (*ṭaʿām*) (im strengen Sinn) gehören, nur mit Bezug auf Nahrungsmittel (*ṭaʿām*) überliefert. Sie (scil.: die Medinenser) entgegnen: „Das ist alles wie Nahrungsmittel." Man antwortet ihnen: „Wir sehen, daß ihr nun doch einen Analogieschluß von *ṭaʿām* auf andere Dinge gezogen habt." Sie sagen: „Das eine wird alles gegessen, das andere nicht." Man entgegnet ihnen: „Wie kommt ihr zu der Unterscheidung zwischen dem was gegessen und dem was nicht gegessen wird? Gold- und Silbergefäße dürfen nach eurer Ansicht doch auch erst weiterverkauft werden, wenn man sie in Besitz hat und die werden ja nicht gegessen!" Sie sagen: „Zu diesem Sonderfall erging eine eigene Überlieferung." Man entgegnet ihnen: „So zieht doch von da aus einen Analogieschluß zu den Dingen, die nicht gegessen werden, ebenso wie ihr vom *ṭaʿām* einen Analogieschluß zu allem gezogen habt, was gegessen wird! Und schließt euch der Meinung von Ibn ʿAbbās an, wenn er sagt „Ich sehe alles genauso wie jenes an"![135]

Spätere hanafitische Juristen erklären das Verbot, etwas weiterzuverkaufen, das man noch nicht hat, mit einer Argumentation, die uns schon von den anderen Ausprägungen des Risikoverbotes her geläufig ist: Es bestehe das Risiko (*ġarar*), daß der Vertrag vor der Erfüllung durch Untergang des Vertragsgegenstandes nichtig werde[136]. Das erkläre auch, warum Abū Ḥanīfa Immobilien von dem Verbot ausnehmen wollte: Das Risiko des Unterganges ist bei diesen viel geringer[137]. Das Verbot, Waren vor Besitzergreifung weiterzuverkaufen, wird als Unterfall des *ġarar*-Verbotes behandelt; wird dagegen verstoßen, so ist der Vertrag nichtig. Der Gedanke, erst nachträglich die tatsächlich eingetretene Unmöglichkeit durch die Gewährung von Sekundäransprüche oder durch die Rückabwicklung des fehlgeschlagenen Austauschvertrages zu bewältigen, wird nirgends diskutiert. Das Recht greift auch hier schon präventiv ein.

---

132 *Šāfiʿī* VII S. 226 Z.20.
133 Mekkanische Autorität st. 68 A.H./688 n.C.
134 *Šaibanī*, Muwaṭṭa' S. 270 nach Nr.767.
135 *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 662-665; vgl. *Šāfiʿī* VII S. 226 Z.20.
136 Z.B. *Marġīnānī* III S. 59; *Kāsānī* V S. 180 Z.31.
137 *Ebd.*; vgl. *Ṭaḥāwī*, ŠurūṭKabīr S. 8 Nr. 218.

Zwar geht das Eigentum an einer Sache schon durch den bloßen Vertragsschluß über. Die Rechtsposition des Käufers und neuen Eigentümers ist nach Meinung der Juristen aber noch zu unsicher, als daß er darüber weiterverfügen könnte. Die Befähigung, eine Sache weiterzuverkaufen, erhält der Eigentümer erst, wenn er auch den Besitz der Sache erlangt hat; erst dann hat er – in Sarabsī's Terminologie – das „Verfügungseigentum" (*milk at-taṣarruf*)[138]. Bei den Hanafiten ist damit die Verfügungsbefugnis an den Besitz der Sache gebunden. Ein besitzender Nichteigentümer braucht allerdings grundsätzlich die Zustimmung des Eigentümers, wenn er über die Sache verfügen will[139].

Wie kommt es dann, wird sich der aufmerksame Leser gefragt haben, daß das islamische Recht trotz dieses eindeutigen Verbotes den *salam* erlaubt, den Verkauf von Gattungsware auf Termin gegen Vorauszahlung? Die einfachste Antwort darauf ist: Weil der Prophet es erlaubt hat, wie durch *ḥadīṯe* belegt ist. Šāfiʿī[140] hat sich darüber hinaus bemüht, den scheinbaren Widerspruch zwischen dem prophetischen Verbot, Ware zu verkaufen, die man noch nicht hat, und der vom Propheten ausgesprochenen Erlaubnis des *salam* rational aufzulösen: Jemand (B) verkauft etwas an einen Dritten (C) weiter. Er hat diesen Gegenstand von einem anderen (A) erworben aber noch nicht erhalten. Dieser andere (A), der die Sache noch in Besitz hat, trägt seinem Abnehmer (B) gegenüber die Gefahr: Geht der Gegenstand bei ihm unter, so verliert er den Kaufpreisanspruch. Er (A), der erste Verkäufer der Sache, steht aber zu dem Dritten (C) in keiner Beziehung, haftet ihm gegenüber also nicht. B, der die Sache an C weiterverkauft hat, hat die Sache aber noch nicht Besitz, trägt also auch noch nicht die Gefahr. B würde also von dem Dritten (C) den Kaufpreis kassieren können, ohne selbst wirtschaftlich der Gefahr des Untergangs der Sache ausgesetzt gewesen zu sein. Es wird nirgends ganz klar, ob der Weiterverkäufer dann nach Ansicht Šāfiʿī's den Kaufpreis behalten kann, oder ob es dem Dritten freisteht, Gegenansprüche, etwa auf Rückzahlung des Kaufpreises, anzumelden. Es sieht jedoch so aus, als müsse der Dritte leer ausgehen, weil das Rechtsdenken so „dinglich" orientiert ist, daß sich die Juristen die Situation nicht anders vorstellen können, als in Kategorien der Gefahrtragung: Der Weiterverkäufer ist Eigentümer geworden. Er erhält den Kaufpreis zurück, weil sein Verkäufer ihm für den zufälligen Untergang der Sache haftete; er erhält ihn nicht zurück, weil der Vertrag rückabgewickelt wird, sondern weil das der Betrag ist, mit dem der Verkäufer den Käufer, der jetzt Eigentümer ist, für den Untergang der Sache entschädigt. Zwischen dem Weiterverkäufer und einem Dritten sind keine entsprechenden Beziehungen denkbar. Der Weiterverkäufer ist zwar Eigentümer, er

---

138 *Sarabsī* XIII S. 172 Z.14; s.o. Kapitel 12.2.

139 Vgl. dazu *Sarabsī* XIII S. 155 Z.20. Nach *Chehata*, L'acte translatif de propriété en droit musulman hanéfite, QI 21 (1951), S. 458 ff. ist die Ausweitung des Verbots von den Juristen betrieben worden, um den strengen Konsensualismus bei der Eigentumsübertragung in Richtung auf einen verstärkten Verkehrsschutz abzumildern. S. 460: „La règle: ‚pas de revente avant livraison' est destinée, en droit musulman hanéfite, à jouer le rôle que la maxime: ‚en fait de meubles possession vaut titre' joue dans les systèmes occidentaux." Diese Vermutung ist bestechend und wirkt plausibel. Solche Erwägungen werden von den hanafitischen Juristen selbst jedoch an keiner Stelle angestellt. Es ist also Vorsicht geboten. Es ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß ähnliche Motive tatsächlich treibend gewesen sein mögen.

140 *Šāfiʿī* VII S. 327 ff.(Rand).

trägt aber nicht die Gefahr der Sache, kann dem Dritten also nicht haften. Geht die Sache unter, so wird er frei, darf aber auch den Kaufpreis behalten, weil er dem Dritten gegenüber für den Untergang ja nicht einstehen muß. Das aber widerspricht, so Šāfiʿī, einem Prophetenwort, nach dem niemand einen Gewinn ohne Haftung (bzw. Gefahrtragung; *ribḥmā lam yuḍman*) erzielen dürfe[141]. Haben die Parteien hingegen eine Gattungsschuld vereinbart, so haftet der Verkäufer nicht für irgend ein bestimmtes Stück, das er im Besitz haben muß, sondern allgemein „für bestimmte Eigenschaften" (*baiʿ ṣifa maḍmūna ʿalā 'l-bā'iʿ*). Er wird erst dann frei, wenn er solche Ware liefert.

14.2.4. Verkauf von dain, Bezahlung mit dain – Bargeldloser Zahlungsverkehr

Das Verbot, etwas zu verkaufen, das man noch nicht hat, bedeutet, daß – so weit es reicht – die Abtretung einer Forderung ausgeschlossen ist. Wer aus einem Vertrag mit einem anderen ein Recht erlangt hat, sei es Eigentum ohne Besitz beim Spezieskauf, sei es eine Gattungsforderung (*dain*) aus einem *salam*[142], kann diese Rechtsposition grundsätzlich nicht weiterübertragen. Mehrere Überlieferungen, die an die oben geschilderten Situationen anknüpfen, behandeln die Frage der Forderungsabtretung eingehender:

Yaḥyā ibn Saʿīd hörte, daß Ǧamīl ibn ʿAbd ar-Raḥman al-Mu'addin zu Saʿīd ibn al-Musaiyab sagte: „Ich bin jemand, der soviel von den Alimentationen (*arzāq*) kauft, die den Leuten in al-Ǧār gegeben werden, wie Gott will. Ich möchte nun die mir geschuldeten Nahrungsmittel (*ṭaʿām*) (die ich noch nicht habe) auf Termin weiterverkaufen." Saʿīd fragte ihn: „Möchtest du ihnen (deinen Käufern) (den Vertrag) aus eben den Alimentationen erfüllen, die du gekauft hast (und die du zur Zeit des Weiterverkaufes noch nicht erhalten hast)?" Als er das bejahte, verbot Saʿīd ihm das[143].

Ähnliche Überlieferungen finden sich auch an anderen Stellen[144]. Ein noch nicht erfülltes *dain* an einen Dritten „zu verkaufen", also eine Forderung abzutreten, das verstößt gegen das *ġarar*- Verbot, denn man weiß zum Zeitpunkt des Verkaufs noch nicht, ob sie erfüllt werden kann oder nicht. Die Position des Abtretenden, des Verkäufers, ist noch zu ungewiß, sie ist nicht handelbar. Auch für Mālik ist der „Verkauf einer Forderung" (*baiʿ ad-dain*) grundsätzlich ein Verstoß gegen das *ġarar*-Verbot[145]: Der Käufer erwirbt mit der Forderung etwas, für dessen Erfüllung ihm der Verkäufer der Forderung nicht vertraglich haftet[146]. Wird die Forderung nicht erfüllt, so hat er den Preis umsonst bezahlt. Anders ist es, wenn der Schuldner ein Schuldanerkenntnis (*iqrār*) abgegeben hat; ein solches macht die Forderung seiner Ansicht nach „handelbar"[147]. Dagegen polemisiert Šaibānī im *Kitāb al-ḥuǧǧa*[148]: Das Risiko werde

---

141 Vgl. auch *Šāfiʿī* VII S. 226 Z.21.
142 Vgl. z. B. *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 655 ff.
143 *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 642 Nr.46.
144 *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 674 Nr.75; *Šaibānī*, Muwaṭṭa' S. 292 f. Nr.824 f.
145 Es ist nicht ganz klar, ob das Verbot der Forderungsabtretung bei Mālik nur für Lebensmittel gilt. Das liegt nahe, da er ja den Verkauf anderer Gegenstände grundsätzlich auch vor der Besitzergreifung für zulässig hält; vgl. dazu noch die Kontroversen bei *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 647 ff., 655 f.
146 S. o. Kapitel 14.2.3.
147 *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 675. Vgl. auch den Hinweis bei *Goitein*, MS I S. 251, daß Forderungen durch Schuldanerkenntnisse handelbar wurden und oft als Zahlungsmittel eingesetzt wurden.
148 *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 699 ff.

durch ein Anerkenntnis nicht geringer, die Abtretung falle auch mit Anerkenntnis unter das *ġarar*-Verbot.

Wenn jemand (B) mit den Dinaren (B), für die er einem anderen (A) Weizen verkauft hat, bei einem Dritten (C) Datteln kauft, bevor er überhaupt den Besitz an den Dinaren erlangt hat und den, von dem er die Datteln kaufte (C), auf seinen Schuldner (A) verweist (*aḥāla*), dem er den Weizen für die Dinare verkaufte, die er noch von ihm fordern kann, so ist das verboten. . .Das ist ein Risikokauf (*min baiᶜ al-ġarar*), denn man weiß nicht, ob die Schuld herauskommt, oder nicht (*a yaḫruǧu am lā yaḫruǧu*, gemeint ist: „man weiß nicht, ob A zahlen wird oder nicht"). Und solches Risiko (*ġarar*) darf nicht auf dem Vermögen eines Muslims lasten[149].

Zulässig ist es nach Ansicht Abū Ḥanīfa's und Šaibānī's aber, daß der Inhaber des *dain*, der Forderungsinhaber, dieses *dain* an den Schuldner „zurückverkauft". Wenn also im obigen Beispiel der Verkäufer des Weizens (B) die Datteln nicht bei einem Dritten, sondern bei seinem Schuldner (A) kauft und die daraus entstehende Kaufpreisforderung mit seiner eigenen verrechnet, so ist dagegen nichts einzuwenden. Hier gibt es kein verbotenes Risiko (*ġarar*),

denn das Kapital lastet auf ihm als Schuld (*dain ᶜalaihī*) und diese wird erfüllt in dem Moment, in dem der zweite Kaufvertrag abgeschlossen wird[150].

Das ist eine Art Aufrechnung. Hier wird der Verkäufer, der Erwerber des *dain*, der ja selbst zugleich auch Schuldner dieses *dain* ist, nicht von dem Erfüllungsrisiko betroffen.

Die Medinenser entscheiden diese Fälle genau entgegengesetzt: Der Gläubiger darf bei einem Dritten kaufen und ihn hinsichtlich des Kaufpreises auf seinen Schuldner „verweisen"[151]. Er darf jedoch nicht bei seinem Schuldner einkaufen und dessen Forderung mit der gegen ihn gerichteten des Schuldners verrechnen[152]. Das Problem mit der Aufrechnung liegt auch weniger im Bereich des Risikoverbotes als darin, daß zwei noch nicht vollständig erfüllte Verträge miteinander verknüpft werden. Wir werden im Zusammenhang mit dem *ribā*-Verbot noch sehen, daß das islamische Recht solchen Verknüpfungen mit Mißtrauen begegnete.

Spätere Hanafiten führen diese noch von einigen Unsicherheiten belastete Argumentation auf einer abstrakteren Ebene fort:

Ein Kaufvertrag über ein *dain* zwischen dem, dem es zusteht und einem Dritten kann nicht abgeschlossen werden, denn das *dain* ist entweder Ausdruck eines fiktiven Vermögens in der *ḏimma* oder Ausdruck der Tätigkeit des Übereignens und Lieferns eines Vermögensgegenstandes; all das

---

149 Abū Ḥanīfa, zitiert in *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 588.

150 *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 589.

151 *Malik*, Muwaṭṭa' II S. 643, wo Mālik gegen zwei anderslautende Überlieferungen von frühen Autoritäten entscheidet und sich pauschal auf die Meinung „anderer Wissenschaftler" (*ahl al-ᶜilm*) beruft. Vgl. die Kritik bei *Šaibanī*, Ḥuǧǧa II S. 598; vgl. auch *ders.*, Muwaṭṭa' S. 292 f. Nr.824 f.; *ders.*, Ḥuǧǧa II S. 656.

152 Die „Aufrechnung", also den Rückkauf einer Forderung betrachteten die Medinenser deshalb argwöhnischer, weil sie befürchteten, daß auf diesem Wege das *ribā*-Verbot umgangen werden könnte, vgl. *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 659 f. und die Kontroversen bei *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 647 ff.,655 f.; diese Transaktion ähnelt ja auch den im Rahmen des *ribā*-Verbotes untersagten Rückkaufsgeschäften (dazu s.u. 15.6.); vgl. zur Aufrechnung weiter *Abū Yūsuf*, Iḫtilāf S. 63 = *Šāfiᶜī* VII S. 111 Z.5 (zur Frage, ob es eines Vertrages bedarf oder ob gleichartige, gegenseitige Forderungen automatisch erlöschen, sobald sie einander gegenüberstehen; Abū Ḥanīfa, Abū Yūsuf und Šāfiᶜī entscheiden im letzteren Sinne); *Sarahsī* XII S. 168.

kann aber der Verkäufer unmöglich liefern. Auch wenn sie in den Vertrag eine Klausel aufnehmen würden, die den Schuldner zur Lieferung verpflichtet, wäre das unzulässig, denn diese Klausel würde nicht den Verkäufer des *dain* verpflichten, sondern einen an dem Vertrag unbeteiligten Dritten (also den Schuldner des Verkäufers des *dain*); solche Klauseln sind aber unwirksam und machen den ganzen Vertrag unwirksam. Erlaubt ist es jedoch, es (das *dain*) an denjenigen zu verkaufen, dem es obliegt, denn Hinderungsgrund war im vorigen Fall nur die Unmöglichkeit, es zu liefern; hier besteht jedoch zur Lieferung gar keine Notwendigkeit[153].

Anders ist das nach Meinung zumindest der späteren Hanafiten aber beim Geld: Grundsätzlich darf jemand, der gegen einen anderen eine Geldforderung hat, über diese schon weiterverfügen, bevor er sie eingezogen hat. Er kann also mit einer Forderung „bezahlen". Grund der Unterscheidung ist, daß hier, beim Geld, nicht zu befürchten ist, daß es plötzlich nicht mehr „lieferbar" ist. Es kann ohnehin nicht konkretisiert werden, so daß es auf einzelne Stücke nicht ankommt. Als Gattung ist es jedoch immer vorhanden, das liegt in seiner Natur. Da aber der Gläubiger schon durch den Vertrag Eigentümer des *dain* geworden ist, steht der Ausübung seines Rechtes nun nichts mehr entgegen. Ausnahmen bilden der Geldwechselvertrag (*ṣarf*), wo beide Leistungen bar vorgenommen werden müssen und der *salam*, den der Verkäufer ja nur abschließt, um an Bargeld zu kommen[154].

Weitere Beispiele für Instrumente bargeldlosen Zahlungsverkehrs finden sich in Ṭaḥāwī's Formularhandbuch[155]. Dabei stellt Ṭaḥāwī die Aufrechnung und eine Form der Schuldübernahme gegenüber. Zum einen beschreibt er den Fall, daß jemand etwas von einem anderen kauft, gegen den er eine Forderung hat. Als Entgelt befreit er den Verkäufer von der Verbindlichkeit (dem *dain*)[156]. Im anderen Fall befreit der Käufer als Entgelt für die gekaufte Ware nicht den Verkäufer von einer Forderung, die ihm gegen diesen zusteht, sondern einen Dritten, der nicht am Kaufvertrag beteiligt ist. Der Verkäufer wird sich wohl nur darauf einlassen, wenn ihm an der Befreiung des Dritten aus irgendeinem Grund gelegen ist, wenn er diesem etwa selbst etwas schuldet. Strittig ist dann aber, wer dem Käufer der Sache für Rechtsmängel haftet. Nach den frühen Hanafiten ist das der Dritte, den der Käufer aus der Verbindlichkeit entlassen hat. Andere lassen, wie üblich, den Verkäufer haften[157]. Auch in diesem Fall ist das *ġarar*-Verbot nicht berührt, denn die Forderung gegen den Dritten erlischt in dem Moment, in dem der Käufer selbst die Ware erlangt, nichts ist zukünftig und ungewiß.

Vor allem bei den frühen Juristen ist allerdings nicht immer ganz klar, ob sie von einer Abtretung in unserem Sinne sprechen, oder ob es um Fälle geht, die nach unserem Verständnis eher als Erfüllungsübernahme, als Schuldübernahme, als Schuldnerwechsel oder als Zahlungsanweisung zu werten sind. Die obigen Fälle eines *baiʿ ad-dain*, des Verkaufes einer Forderung, werden wohl als echte Abtretung zu verstehen sein. Wenn Mālik allerdings das Anerkenntnis des Schuldners verlangt, oder wenn eine Forderung (*dain*) nicht ausdrücklich als „verkauft" beschrieben wird, sondern nach Aussage der Juristen zur Bezahlung einer Schuld eingesetzt

---

153 *Kāsānī* V S. 148 Z.17.
154 *Samarqandī* II S. 56; *Kāsānī* V S. 234 Z.12,25; *Marġīnānī* III S. 60.
155 *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 170 ff. „*širāʿ bi 'd-dain*" „Einkauf mit einer Forderung".
156 *Ṭaḥāwī*, a.a.O. S. 170 Nr.3.0.f.
157 *Ders.*, a.a.O. S. 170-172 Nr.4.0. ff.

wird, so liegt es nahe, darin eher Formen der Schuldübernahme, des Schuldnerwechsels oder der Zahlungsanweisung zu sehen. Ähnlich schillernd ist die *ḥawāla*, grundsätzlich ebenfalls eine Form der Schuldübernahme, die jedoch auch Züge einer Anweisung trägt, und als Vorform des Wechsels, bzw. des Schecks gesehen wird[158]. Zugrunde liegt meist ein Dreiecksverhältnis, bei dem A sich einer Forderung des B ausgesetzt sieht, jedoch eine Forderung gegen C hat. Wenn nun B die Forderung des A gegen C „an Erfüllungs statt" annimmt, so wird A frei und haftet gegenüber B nur noch in Ausnahmefällen. Die Natur der *ḥawāla* hängt nun davon ab, wer der Transaktion zustimmt, ja in welchem Verhältnis überhaupt Forderungen bestehen. Ich möchte das hier nicht weiter vertiefen, da die Materie sehr komplex ist und eine eigene Abhandlung verdient.

Es lohnt sich trotz aller Unschärfen als Ertrag dieser kleinen Übersicht festzuhalten, daß Forderungen oder Schulden, *duyūn*, durchaus etwas waren, womit man rechnete und womit man wirtschaftete. Das *dain* hatte Vermögenswert. Die Malikiten hielten es für grundsätzlich handelbar. Nur wenn es um die Lieferung von Nahrungsmitteln ging, verboten sie dem Gläubiger, seine Forderung weiterzuveräußern. Für die Hanafiten hingegen hatte das *dain*, das der Gläubiger aus einem Gattungskauf erlangt, zwar genügend Vermögenswert, um im Rahmen dieses Vertrages als Platzhalter im Austauschverhältnis zu dienen; Vertragsobjekt war eigentlich aber die letztlich gelieferte Ware. Das *dain* hatte für sie grundsätzlich nicht genug gefestigten Vermögenswert, um auch über diesen Vertrag hinaus im Wege der Forderungsabtretung weiter übertragbar zu sein. Es ist eine „bloße Hoffnung" und wird nicht als austauschbarer Vermögenswert anerkannt. Das *dain* bleibt mit der Vorstellung bestimmter erfüllungstauglicher Stücke verknüpft; es ist davon noch nicht zum Vermögenswert aus eigenem Recht abstrahiert. Bevor die konkreten Stücke nicht geliefert sind, kann der Erwerber (B) das *dain* nicht weiterveräußern. Der Grund ist, daß er die Erfüllung des Vertrages mit den Stücken, für die das *dain* steht, nicht garantieren kann. Das *dain* lastet weiterhin auf „seinem" Schuldner (A); dieser haftet nur ihm, B, gegenüber für die Lieferung der vereinbarten Gattungsware. Der Vertrag, den sein Gläubiger B mit einem Dritten (C) abschließt, ändert daran nichts; A haftet dadurch dem Erwerber des *dain* (C) nicht. Könnte unter diesen Umständen B das *dain* weiterübertragen, so käme es zu einer Kumulation der Risiken beim Käufer des *dain*, bei C, der die Leistungsgefahr aus zwei Verträgen tragen müßte, aus seinem eigenen mit B und aus dem Vertrag, den sein Vertragspartner B mit A abschloß.

Anders ist es nur, wenn das *dain* in einer Geldforderung besteht. Als Geldforderung ist das *dain* so weit von der Vorstellung konkreter, „eigentlich verkaufter" Stücke entfernt und so weit einer bloßen Wertschuld angenähert, daß es ohne

---

[158] Zur *ḥawāla* vgl. *Grasshoff*, Das Wechselrecht der Araber 1899; *Chéron/Fahmy Bey*, Le transport de dette dans les législations Européennes et en droit musulman, l'Egypte contemporaine, 1931, S. 37-190; *Tyan*, Cession de dette et cession de créance dans la théorie et la pratique du droit musulman, Annales de l'école Française de droit de Beyrouth, 1946, S. 23-37; *Schacht*, Introduction S. 148 f.; *Dietrich*, Art."ḤAWĀLA", in EI², Vol.III, S. 283; *Remde*, Lettera di cambio und suftadja, eine rechtsvergleichende Studie als Beitrag zur Entstehungsgeschichte des Wechsels, 1969; *Ashtor*, Banking Instruments Between the Muslim East and the Christian West, J. of European Economic History, 1 (1972), S. 553-573.

weiteres übertragen werden kann. Geld kann also „verkauft" werden, noch bevor man es im Besitz hat. Mit anderen Worten: Geldforderungen können abgetreten werden.

Die Übertragung eines *dain* scheitert also nicht daran, daß das Schuldverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger als „höchstpersönlich" angesehen wird; es scheitert daran, daß das Risiko, mit dem ein weiterer Austausch belastet würde, für zu groß befunden wird. Dennoch führt das nicht dazu, daß wenigstens bei Geldforderungen auch über den konkreten Vertrag hinausgehende Gewinnerwartungen des Gläubigers rechtlich geschützt würden. Auch der Gläubiger einer Geldforderung kann weder einen Verzugsschaden noch Ersatz für einen entgangenen Gewinn fordern, wenn sein Schuldner nicht oder nicht rechtzeitig leistet. Die rechtliche Betrachtung beschränkt sich auch hier nur auf das jeweilige Austauschverhältnis und läßt weitergehende Interessen unberücksichtigt.

Die Vielzahl der Formen bargeldlosen Zahlungsverkehrs, die das islamische Recht anerkennt, paßt zu dem Bild einer „paper economy"[159], das wir schon zu Beginn von der Wirtschaft der islamischen Welt im frühen und hohen Mittelalter gewonnen haben, einer Wirtschaft, in der bargeldloser Zahlungsverkehr und damit verbunden Zahlung und Lieferung auf Kredit sehr weit verbreitet, zum Teil sogar die Norm war[160]. Obwohl die Versorgung mit „gutem Geld" zumindest bis zum 11. Jahrhundert n.C. eigentlich kein Problem war[161], muß der Bedarf nach Kredit und Zahlungsmitteln sehr groß gewesen sein[162].

Dennoch ist auffällig, wie mißtrauisch das Recht trotzdem Formen von Kredit und bargeldlosem Zahlungsverkehr betrachtete. Auch die statische Betrachtungsweise des islamischen Vertragsrechts, die Hoffnungen und Erwartungen, die ein Vertragspartner an den Austausch knüpft, gänzlich aus der rechtlichen Bewertung ausschließt, paßt nach heutigem Verständnis nicht ohne weiteres in das Bild einer expandierenden Wirtschaft. Grund dafür sind neben dem Risikoverbot, das wir gerade untersucht haben, auch die Beschränkungen, die das *ribā*-Verbot dem Handelsverkehr auferlegte. Darauf möchte ich nun im folgenden Kapitel zu sprechen kommen.

---

[159] *Goitein*, MS I S. 240.
[160] Vgl. oben Kapitel 2.3.2.
[161] *Ashtor*, History S. 83 f.
[162] Nach *Goitein*, MS I war es ein Grundsatz des damaligen Wirtschaftens, sein Kapital niemals ungenutzt liegen zu lassen, sondern sogleich zu investieren. Daher hatten selbst reiche Leute häufig nicht genügend Bargeld parat, vgl. z. B. a.a.O. S. 252, 263: vgl. aber auch a.a.O. S. 258: „it seems that in the period and countries considered, loans and deferred payments functioned not so much as levers of a growing economy, but were rather indicative of the perennial lack of capital as well as of bad business practices."

15. Das *ribā*-Verbot: kein Überschuß ohne Gegenleistung

Das *ribā*-Verbot hat die Entwicklung des islamischen Vertragsrechts ganz entscheidend geprägt[1]. Abgesehen davon, daß es selbst schon wichtig für das islamischrechtliche Vertragsverständnis ist, bietet es auch interessante Einblicke in „das Laboratorium" des islamischen Rechtes, in die Art und Weise, wie die Juristen mit dem autoritativen Rechtsmaterial, mit koranischen Bestimmungen und mit überlieferten Aussprüchen und Handlungen des Propheten und früher Frommer gearbeitet haben und wie sie daraus nach und nach ein mehr oder weniger zusammenhängendes Rechtssystem formten. Solches Rechtsmaterial ist zum *ribā*-Verbot im Unterschied zu anderen Bereichen des Vertragsrechtes recht zahlreich.

Das *ribā*-Verbot ist sehr komplex und strapaziert die Ausdauer auch des bereitwilligsten Betrachters. Den Leser möchte ich daher schon im voraus um Geduld bitten. Manches erschließt sich erst, wenn im Laufe des Textes (hoffentlich) nach und nach der größere Zusammenhang deutlich wird; manches wird sich nie erschließen. Der Leser mag sich damit trösten, daß auch die zeitgenössischen Juristen, immerhin Fachleute, ihre Schwierigkeiten mit den Vorschriften hatten. Der *ribā* ist, da er im Koran ausdrücklich unter Androhung jenseitiger Strafen verboten wurde, von einer erdrückenden religiösen Relevanz, die in keinem Verhältnis zur Vagheit mancher der Überlieferungen steht. Es war (und ist) für einen gläubigen Muslim zugleich ungemein wichtig und ungemein schwierig, erlaubten Gewinn von verbotenem *ribā* abzugrenzen. Das erklärt die großen Anstrengungen, die im Laufe der Jahrhunderte darauf verwendet wurden, das *ribā*-Verbot handhabbar zu machen und als *ribā* verbotene Transaktionen von erlaubten Kaufverträgen, Darlehen u.s.w. abzugrenzen. Was als Haarspalterei erscheinen mag, ist also in Wirklichkeit von großer – auch praktischer – Relevanz.

Natürlich ist es problematisch, als Außenstehender die Beziehung des *ribā*-Verbotes zu anderen Verboten zu bestimmen. Das liegt nicht zuletzt daran, daß die Juristen vor allem in der Frühzeit eher „horizontal", nach Ähnlichkeiten, als „vertikal", nach Oberbegriffen arbeiteten. Manche Fallgruppen tauchen hier wieder auf, die auch schon im Zusammenhang mit dem Risikoverbot zu würdigen waren. Ich werde nicht alle Beispiele solcher Überlappungen behandeln. Das Risikoverbot und

---

[1] Vgl. zum *ribā*-Verbot *Arin*, Recherches historiques sur les opérations usuraires et aléatoires en droit musulman,1909 (recht veraltet); *de Bellefonds*, Traité I S. 217 ff.; *Cohn*, Der Wucher (Ribâ) in Qor'ân, Chadîth und Fiqh, 1904 (sehr veraltet); *Rodinson*, Islam und Kapitalismus,1985, S. 76 ff. (sehr eigenwillige Deutung); *Saleh*, Unlawful Gain and Legitimate Profit in Islamic Law, 1986 (ausführlichste Darstellung des „klassischen" islamischen Rechts in den verschiedenen Schulen); *Schacht*, Introduction S. 145 ff.; *ders.*, Bergsträsser's Grundzüge S. 62 f.; *ders.*, Art. „RIBA", in EI[1], Bd.3, S. 1239-1242; *Sanhūrī* III S. 196 ff. (mit einer entschärfenden Interpretation, die zur Grundlage der modernen Gesetzgebung in verschiedenen arabischen Staaten geworden ist); vgl. zum Zinsverbot im jüdischen Recht, das einige Parallelen zu der islamisch-rechtlichen Behandlung aufweist, *Klingenberg*, Das israelitische Zinsverbot in Torah, Mišnah und Talmud, 1977.

das *ribā*-Verbot haben bei allen Überschneidungen jedoch unterschiedliche Schwerpunkte: Das *ribā*-Verbot betrachtet das Verhältnis der im Austauschverhältnis stehenden Leistungen mit dem Ziel, einen „ungedeckten Überschuß" zugunsten eines Vertragspartners zu verhindern. Das *ġarar*-Verbot ist bemüht, eine Auflösung des Austauschverhältnisses überhaupt zu verhindern, indem es für konkrete Vereinbarungen sorgt und den Vertrag gegenüber der Zukunft abschirmt.

Sprachlich bedeutet das Substantiv *ribā* etwa „Zuwachs", „Anhebung", „Wachsen", „Anschwellen"[2]. Es wird für gewöhnlich mit „Wucher" übersetzt. Es geht bei dem *ribā*-Verbot jedoch um mehr als um zinsbringende Kredite, die in unserer Vorstellung primär mit dem Wucherverbot verknüpft sind. So wie es schon im Koran angelegt ist und erst recht in der Ausprägung, die ihm die Juristen im Laufe der Zeit gegeben haben, ist es ein Grundprinzip des Rechts der Austauschverträge. Im Kern geht es um einige wenige Grundregeln, die ich zur ersten Orientierung hier zusammenfassen möchte.

(1) Dem *ribā*-Verbot unterworfen sind grundsätzlich nur Transaktionen in bestimmten Stoffen, zu denen auf jeden Fall Gold und Silber einerseits, Weizen, Datteln und Salz andererseits gehören. Diese Stoffe werden in den einschlägigen Überlieferungen erwähnt. Nach welchen Kriterien per Analogie auch weitere Stoffe dem Verbot unterworfen werden müssen, ist zwischen den Schulen streitig.

(2) Sollen gleichartige *ribā*-Güter gegeneinander ausgetauscht werden, wird also etwa Gold gegen Gold gehandelt, so muß sich der Austausch sofort auf der Stelle vollziehen; jeder Aufschub ist unzulässig. Außerdem dürfen nur exakt gleiche Mengen ausgetauscht werden; Verarbeitung oder Qualität bleibt grundsätzlich außer Betracht. Das ist das Verbot des *ribā al-faḍl*, des „Überschußwuchers".

(3) Ein Austausch verschiedenartiger wucherfähiger Stoffe, also Gold gegen Silber oder Weizen gegen Datteln, ist in jedem beliebigen Verhältnis zulässig, muß aber ebenfalls bar vorgenommen werden. Damit ist der „Fristwucher" (*ribā an-nasī'a*) verboten. Allerdings teilen alle Schulen mit unterschiedlichen Begründungen die *ribā*-Güter in zwei Gruppen ein. Die eine umfaßt Gold und Silber, die andere die übrigen Güter. Dadurch wird es möglich, Güter, die verschiedenen Gruppen angehören (wie etwa Gold gegen Weizen), auch unter Vereinbarung einer Frist, also im Wege des *salam* oder eines Kreditkaufes zu handeln.

(4) Steht auf einer Seite des Austauschverhältnisses ein Stoff, der nicht zum Kreis der wucherfähigen Sachen gehört, Textilien etwa oder Vieh, so sind die Parteien bei der Gestaltung des Austauschverhältnisses grundsätzlich frei. Die Hanafiten (zum Teil auch die Malikiten) schränken den Austausch allerdings selbst dann noch ein: Gehören die auszutauschenden Gegenstände nämlich der gleichen Gattung an, so dürfen sie nur bar, nicht jedoch unter Vereinbarung einer Lieferfrist ausgetauscht werden.

---

[2] Hier gibt es terminologische Überschneidungen mit dem jüdischen Zinsverbot; ein Begriff für verbotenen Zins im jüdischen Recht ist *tarbīt*, Verbalsubstantiv von *rābāh* (sich vermehren), vgl. *Klingenberg*, a.a.O. S. 43; dieser ist etymologisch offensichtlich mit *ribā* verwandt.

15.1. Unklarheiten

So klar wie diese Regeln noch erscheinen mögen, ist das *ribā*-Verbot jedoch bei weitem nicht. Das liegt auch daran, daß die Koranstellen und die Überlieferungen, aus denen sie gewonnen wurden, nicht eindeutig sind. Diese Ungewißheit hat die Entwicklung des Rechts sehr belastet.

Ein Problem ist, daß schon der Koran ganz selbstverständlich vom *ribā* spricht, als ob jeder ihn kennen würde. Zunächst mag das auch der Fall gewesen sein, doch verlor sich offenbar nach und nach der Bezug und bald herrschte Ratlosigkeit. Nach einem Ausspruch des Kalifen ᶜUmar ibn al-Ḫaṭṭāb wurde dem Propheten der Vers, der den *ribā* verbot, als letzter offenbart und er starb, bevor er ihn erklären konnte[3]. Tatsächlich wird der *ribā* im Koran jedoch in mehr als einem Vers angesprochen:

Sure 30/Vers 39: Und was ihr an Zinsleihe[4] gebt (zu dem Zweck), daß es im Vermögen der Leute (anwachse und euch) Zins einbringe, das bringt bei Gott keinen Zins ein. Wenn ihr aber in frommer Gesinnung Almosen gebt – (die so handeln) das sind die, die (ihr Guthaben tatsächlich) verdoppeln (oder vervielfachen).

Sure 4/Vers 160 f[5]: Weil von Seiten derer, die dem Judentum angehörten, gefrevelt wurde, haben wir ihnen gute Dinge verboten, die ihnen (an sich) erlaubt waren,. . .und (weil sie) Zins nahmen, wo es ihnen doch verboten war, und die Leute in betrügerischer Absicht um ihr Vermögen brachten.

Sure 3/Vers 130: Ihr Gläubigen! Nehmt nicht Zins, (indem ihr) in mehrfachen Beträgen (wiedernehmt, was ihr ausgeliehen habt)! Und fürchtet Gott! Vielleicht wird es euch (dann) wohl ergehen.

Sure 2/Vers 275 f.: Diejenigen, die Zins nehmen, werden (dereinst) nicht anders dastehen als wie einer, der vom Satan erfaßt und geschlagen worden ist. Dies (wird ihre Strafe) dafür (sein), daß sie sagen: „Kaufgeschäft (*baiᶜ*) und *ribā*[6] sind ein und dasselbe." Aber Gott hat (nun einmal) das Kaufgeschäft erlaubt und den *ribā* verboten. Und wenn zu einem eine Ermahnung von seinem Herrn kommt und er dann aufhört (zu tun, was ihm verboten wurde), so steht ihm zu, was er vorgestreckt hat[7]. Und die (letzte) Entscheidung über ihn steht bei Gott. Diejenigen aber, die es wieder tun, werden Insassen des Höllenfeuers sein und (ewig) darin weilen. (276) Gott läßt den Zins (des Wucherers) dahinschwinden, aber er verzinst die Almosen (mit himmlischem Lohn).

Sure 2/Vers 278-280: Ihr Gläubigen! Fürchtet Gott! und laßt künftig das Zinsnehmen bleiben, wenn (anders) ihr gläubig seid! (279) Wenn ihr (es) nicht tut, dann sei euch Krieg angesagt von Gott und seinem Gesandten! Wenn ihr euch jedoch bekehrt, dann steht euch euer (ausgeliehenes) Kapital (als Eigentum) zu, so daß weder ihr Unrecht tut (indem ihr Zins nehmt) noch euch Unrecht getan wird (indem man euch um euer Kapital bringt). (280) Und wenn (unter den Schuldnern, die Kapital zurückzahlen müssen) einer ist, der sich in Bedrängnis befindet, dann sei (ihm) Aufschub (gewährt), bis er Erleichterung gefunden hat. Es ist aber besser für euch, ihr gebt (dem, der in Bedrängnis ist) Almosen (indem ihr auf die Rückzahlung überhaupt verzichtet).

---

[3] *Sarahsī* XII S. 114; ähnlich die Überlieferung bei *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 484 ff.
[4] Parets Übersetzung für *ribā*.
[5] Vgl. auch 4/29, 2/188, 9/34.
[6] Paret übersetzt hier und im folgenden weiter „Zinsleihe". Da an dieser Stelle aber der *ribā* dem Kaufvertrag gegenübergestellt wird, erscheint mir diese Übersetzung als zu eng. Es geht um ein Prinzip, das auch Kauf und Tausch erfaßt nicht nur Darlehensverträge.
[7] "*Fa lahū mā salafa*"; Paret übersetzt hier etwas unscharf „was bereits geschehen ist". *Salaf* ist aber der „Vorschuß" oder ein Darlehen.

Hintergrund und Zielrichtung des koranischen *ribā*-Verbotes liegen im Dunkeln und waren Gegenstand ausgiebiger Spekulationen[8]. Mitfühlend stellt Cohn[9] fest, „daß es ihm (scil.: dem Propheten) nicht leicht geworden sein muß, gegen diesen der bekannten Habgier des Arabers nur zu sehr entsprechenden Handel anzukämpfen."

Die Spitze gegen die Ungläubigen, insbesondere gegen die Juden, in Sure 4/Vers 161 hängt damit zusammen, daß Muḥammad sich in der Tradition der jüdischen und der christlichen Religion sah, daß er glaubte, die wirkliche, gereinigte Botschaft Gottes zu bringen, daß er von der Ablehnung, mit der Juden, denen er in Medina begegnete, auf seine Lehre reagierten, aber enttäuscht war. Im Wucherverbot kristallisiert sich dieser Konflikt: Muḥammad wußte, daß den Juden das Zinsnehmen unter Glaubensbrüdern verboten war; da er Juden wie auch Christen (zunächst) als Glaubensbrüder ansah, erwartete er natürlich, daß die Juden den Muslimen (wohl für die Feldzüge) unentgeltlich Geld leihen würden, wozu diese offenbar nicht bereit waren[10].

Daß der *ribā* immer wieder im Zusammenhang mit dem Almosengeben erwähnt wird, legt nahe, daß das Verbot auch eine soziale Komponente hat. Möglicherweise steckt dahinter ein Versuch, die unentgeltliche, uneigennützige Hilfe „unter Brüdern" zu institutionalisieren (Vadet). Möglicherweise war wirklich nur der „konsumtive" Kredit anvisiert, sollte nur die Leihe für den persönlichen Bedarf zinsfrei bleiben, nicht unbedingt auch der „investive" (Watt, Saleh, Nienhaus). Möglicherweise ist das *ribā*-Verbot auch eine Maßnahme, die – ähnlich wie das Verbot, Nahrungsmittel zu verkaufen, die man noch nicht hat[11] – eine gleichmäßige und erschwingliche Versorgung mit Zahlungs- und Nahrungsmitteln sicherstellen sollte. Der spätere hanafitische Jurist Sarakhsī meint, der Prophet habe deshalb Gold, Silber, Weizen, Gerste, Datteln und Salz herausgegriffen, weil diese zu seiner Zeit besonders häufig umgesetzt worden seien und weil nach ihnen ein besonderes Bedürfnis bestanden habe[12]. Die Stoffe, die zum Idealtypus der wucherfähigen Gegenstände wurden, waren zum großen Teil auf der arabischen Halbinsel auch als Zahlungsmittel verwendet worden, und zwar auch die genannten Nahrungsmittel[13]. Möglicherweise sollte spekulativen Transaktionen mit diesen Essentialia des täglichen Lebens und des Geschäftsverkehrs ein Riegel vorgeschoben werden. Aber legen wir bei all dem nicht schon wieder zu viel Unausgesprochenes in den Koran hinein?

Völlige Klarheit werden niemals haben. Auch wissen wir nicht genau, wie die angegriffenen *ribā*-Transaktionen tatsächlich aussahen. Daß im Koran Kaufvertrag

---

[8] Vgl. z. B. *Vadet*, Régulation Commerciale et liberté dans la tradition islamique ancienne, in: La notion de liberté au Moyen Age, Islam, Byzance, Orient, 1985, S. 61 ff.; *Watt*, Muhammad at Medina, 1956, S. 296-298; *Saleh*, Unlawful Gain and Legitimate Profit in Islamic Law, 1986, S. 11; *Chapra*, Toward a Just Monetary System, 1985, S. 55 ff.; *Nienhaus*, Islam und moderne Wirtschaft, 1982, S. 206 f., 210 f.; *Rodinson*, Islam und Kapitalismus, 1986, S. 76 ff.

[9] *Cohn*, Der Wucher (Ribâ) in Qor'ân, Chadîth und Fiqh, 1904, S. 5.

[10] *Watt*, a.a.O. S. 297; vgl. zur Beschränkung des jüdischen Zinsverbotes auf Glaubensbrüder Klingenberg, a.a.O. S. 34 ff., 74 ff.

[11] S. o. Kapitel 14.2.3.

[12] *Sarakhsī* XII S. 112.

[13] *Šāfiʿī* III S. 86 Z.20: Weizen im Ḥiǧāz als Zahlungsmittel; Hirse im Jemen; *Sarakhsī* XXI S. 21: Mekkaner benutzten Nahrungsmittel als Zahlungsmittel, ebenso wie Leute in Buḫārā Weizen verwenden; vgl. auch *Nienhaus*, a.a.O. S. 210 f.; *Chapra*, a.a.O. S. 59.

(*baiᶜ*) und *ribā* gegenübergestellt werden, läßt vermuten, daß nicht nur der zinsbringende Kredit gemeint war, sondern daß der *ribā* etwas ist, das bei allen Austauschverträgen, und eben auch beim Kauf, vorkommen kann. So versteht es schließlich auch die Rechtslehre, für die der zinsbringende Kredit nur ein Unterfall des *ribā*-Verbotes war. Vielleicht ist diese Unschärfe auch nur eine Folge davon, daß zur Zeit, als der Koran entstand, noch nicht fein und juristisch zwischen Kaufvertrag oder Tausch einerseits, bei denen auch eine Leistung kreditiert werden konnte, und Darlehen andererseits unterschieden wurde; in beiden Fällen wurde etwas hingegeben und man bekam, möglicherweise erst einige Zeit später, etwas dafür. Wenn tatsächlich alle angesprochenen Güter auch Zahlungsmittel waren, so hatte jeder Austausch dieser Güter auch den Charakter eines Darlehens, sobald nur eine Leistung aufgeschoben wurde. Ob mit dem gleichen oder einem anderen Zahlungsmittel zurückgezahlt wird, machte dann keinen großen Unterschied mehr.

Die Juristen überliefern[14], die im Koran verbotene Transaktion sei der *ribā al-ǧāhilīya*[15] gewesen, der darin bestanden habe, daß der Gläubiger bei Fälligkeit seiner Forderung zum Schuldner gekommen sei und ihn gefragt habe, „zahlst du oder legst du drauf?" (*ataqḍī am turbī*). Beglich der Schuldner seine Schuld dann nicht, so mußte er den Betrag seiner Schuld erhöhen und der Gläubiger schob dafür den Fälligkeitstermin weiter hinaus[16]. Dazu paßt, daß der Koran im Zusammenhang mit dem *ribā* immer wieder von „verdoppeln" oder „vervielfachen" spricht.

Dennoch war in der islamischen Frühzeit nicht klar, welche Geschäfte denn nun alle als *ribā* verboten seien. Es existieren einige tastende und widersprüchliche Überlieferungen. So werden Praktiken als *ribā* bezeichnet, die die späteren Juristen nicht mehr dazu zählen, sondern anderen Vorschriften subsumieren würden:

> ᶜUmar ibn al-Ḫaṭṭāb sagte: „Ihr behauptet, daß wir die Arten des *ribā* kennen. Sie zu kennen wäre mir lieber als etwa Ägypten und all seine Distrikte (zu besitzen). Aber es gibt Arten, die niemandem unklar sind: Daß jemand Früchte kauft, wenn sie noch klein und unreif sind, oder daß jemand über Jahre hinweg einen *salam* abschließt, oder daß einer Gold gegen Silber oder Silber gegen Gold auf Frist kauft."[17]

Nur die letzte Transaktion, der Tausch von Gold und Silber auf Frist, fällt nach dem späteren Verständnis unter das Wucherverbot. Den beiden anderen Praktiken sind wir schon im Zusammenhang mit dem Risikoverbot begegnet[18].

In anderen Überlieferungen wird das *ribā*-Verbot wesentlich enger gezogen, als es schließlich nach Meinung aller Rechtsschulen ist. So soll etwa der Prophetengenosse Ibn ᶜAbbās gelehrt haben, daß nur Transaktionen mit Vereinbarung einer Frist unter das *ribā*-Verbot fielen, nicht jedoch solche, die sofort vollzogen werden[19]. Damit wäre der Austausch gleichartiger *ribā*-Güter auch zu ungleichen Teilen erlaubt, was aber nach Meinung aller Juristen als *ribā al-faḍl*, als „Überschußwucher", verboten ist.

---

[14] *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 672 Nr.83; *Šāfiᶜī*, Risāla S. 234; vgl. auch *Schacht*, Origins S. 261.

[15] *Ǧāhilīya* ist die „Unwissenheit", die Zeit vor dem Islam.

[16] *Klingenberg*, a.a.O. S. 47 weist im Zusammenhang mit dem jüdischen Zinsverbot auf Vorbilder in assyrischen Zinsverträgen hin, die neben einem genauen Fälligkeitstermin die Klausel enthielten „wenn er (das Kapital) nicht gibt, wächst das Silber um ein Viertel davon an." Das ähnelt der im *ribā al-ǧāhilīya* mißbilligten Praxis.

[17] *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 485 ff.; vgl. auch die oben unter 14.2.3. zitierte Überlieferung bei *Mālik*,

15.2. Der Kreis der wucherfähigen Gegenstände

Die Entwicklung der Lehre in den verschiedenen Schulen stützt sich auf einen im wesentlichen gemeinsamen Kanon von Überlieferungen, die jedoch nicht einheitlich interpretiert werden. Vor allem streiten sich die Schulen darüber, welche Stoffe wucherfähig sind und wie der Kreis der ausdrücklich erwähnten Stoffe durch Analogie (*qiyās*) zu erweitern ist. Dieser Streit gibt ein paar Hinweise darauf, wie die Juristen Sinn und Zielrichtung des Wucherverbotes interpretieren. Auf einer allgemeineren Ebene lassen sich anhand dieser Kontroversen auch Einblicke in die formal-juristische Handhabung des *qiyās* gewinnen.

Die Hanafiten stützen ihre Lehre vor allem auf ein *ḥadīṯ*, das Mālik auffälligerweise gar nicht überliefert. Für Šaibānī ist es dagegen so zentral, daß er es gleich an den Anfang seines Buches über den Kaufvertrag stellt:

(1) Der Prophet sagte: „Gold gegen Gold, in gleichen Mengen (wörtlich: gleich gegen gleich), von Hand zu Hand, der Überschuß (*faḍl*) ist *ribā*. Silber gegen Silber, in gleichen Mengen, von Hand zu Hand, und der Überschuß ist *ribā*. Weizen gegen Weizen, zu gleichen Mengen, von Hand zu Hand und der Überschuß ist *ribā*. Datteln gegen Datteln, zu gleichen Mengen, von Hand zu Hand und der Überschuß ist *ribā*. Salz gegen Salz, zu gleichen Mengen, von Hand zu Hand und der Überschuß ist *ribā*."[20]

Gold und Silber, bzw. die daraus geprägten Münzen Dinar und Dirham, finden wir ebenso wie Weizen, Gerste und Datteln auch in den Traditionen, die Mālik überliefert. In dem folgenden *ḥadīṯ* finden sich die meisten Stoffe zusammengestellt[21]:

(2) Yaḥyā überliefert von Mālik von Ibn Šihāb von Malik ibn Aus ibn al-Ḥadaṯānī an-Naṣrī, daß er versuchte, 100 Dinare zu wechseln. Er sagte: Da rief mich Talḥa ibn ᶜUbaid Allāh. Darauf verhandelten wir, bis er mit mir das Wechselgeschäft abschloß und von mir das Gold entgegennahm, um es prüfend in seiner Hand hin und her zu wenden. Dann sagte er: „(Warte) bis mein Schatzmeister von al-Ġāba (Ort nahe bei Medina) kommt (dann gebe ich dir, was dir zusteht)!" ᶜUmar ibn al-Ḫaṭṭāb hörte das und sagte: „Bei Gott! Trenne dich nicht von ihm, bevor du nicht (seine Gegenleistung) von ihm in Empfang genommen hast; denn der Prophet sagte: „(Der Tausch von) Gold gegen Silber ist *ribā*, wenn er nicht Schlag auf Schlag (*hā' wa hā'*) (vollzogen wird). Und (der Tausch von) Weizen gegen Weizen ist *ribā*, es sei denn (es wurde) Schlag auf Schlag (getauscht). Und (der Tausch von) Datteln gegen Datteln ist *ribā*, wenn er nicht Schlag auf Schlag (vorgenommen wird). Und (der Tausch von) Gerste gegen Gerste ist *ribā*, es sei denn (man tauschte) Schlag auf Schlag!"

Besonders viele Überlieferungen bei Mālik betreffen spezielle Fälle des Geldwechsels[22]. Das Wechselgeschäft Gold gegen Silber (*ṣarf*) erscheint als eine eigene Gat-

---

Muwaṭṭa' II S. 640 Nr.44, in der Zaid ibn Ṯābit dem Umaiyadenkalifen Marwān gegenüber den Handel mit Lebensmittelbezugsscheinen als *ribā* bezeichnet.

[18] S. o. Kapitel 14.2.1. und 14.2.2.

[19] *Šāfiᶜī* III S. 12 Z.13; VII S. 162 Z.33, S. 241 f. (Rand); *ders.*, Risāla S. 279 f.; *Sarahsī* XII S. 111 f.; *Zaid ibn ᶜAlī*, Maǧmūᶜ al-fiqh, S. 150 f. Nr.549 f.; vgl. *Schacht*, Origins S. 251.

[20] *Šaibānī*, Aṣl S. 1 Nr.1; ein ähnliches *ḥadīṯ*, mit gleicher (kūfischer) Überliefererkette (*isnād*) findet sich auch bei *Abū Yūsuf*, Āṯār S. 183 Nr.833. Dort heißt es allerdings nicht „gleich um gleich" sondern spezieller jeweils „Gewicht gegen Gewicht" bzw. „Maß gegen Maß". Außerdem wird dort als weiteres *ribā*-Gut auch noch die Gerste erwähnt.

[21] *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 636 f. Nr.38 = *Šaibānī*, Muwaṭṭa' S. 287 f. Nr.817 = *Šāfiᶜī* III S. 12, 25.

[22] Z.B. *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 632 ff. Nr.28 ff., die meisten Traditionen finden sich auch in der Muwaṭṭa'-Redaktion des *Šaibānī* S. 289 ff. Nr.813 ff.

tung. Daneben finden sich aber auch Traditionen, die sich nur mit Datteln[23] oder anderen Nahrungsmitteln befassen, oder die zum Beispiel hinsichtlich von Vieh die Geltung des Wucherverbotes ausdrücklich ausschließen[24]. Es lag also offenbar nicht von Anfang an eine Tradition vor, die den Kreis der möglichen *ribā*-Güter abschließend bestimmte und alle systematisch möglichen Fälle des Wucherverbotes zusammenstellte. Am nächsten kommen dem noch die oben zitierten Traditionen und eine weitere, die sich bei Šaibānī und Šāfiʿī findet[25]:

(3) Der Prophet sagte: „Verkauft nicht Gold gegen Gold, Silber gegen Silber, Datteln gegen Datteln, Weizen gegen Weizen, Gerste gegen Gerste und nicht Salz gegen Salz, außer gleich für gleich, Stück (*ʿain*) für Stück, von Hand zu Hand. Wer mehr gibt oder mehr verlangt, der begeht *ribā*. Doch verkauft Gold gegen Silber und Weizen gegen Gerste und Gerste gegen Weizen und Datteln gegen Salz, von Hand zu Hand, wie ihr wollt."

Es gibt auch Überlieferungen von frühen Autoritäten, die darauf hinweisen, daß die Aufzählung der Waren schon von früh an nicht als abschließend verstanden wurde, sondern nur als beispielhafter, durch Analogie auszudehnender Hinweis[26], wie die von Saʿīd ibn al-Musaiyab (st.94 A.H./713 n.C.), einem der „Sieben Juristen von Medina", der Gold, Silber und alle meß- oder wägbaren Nahrungsmittel dem *ribā*-Verbot unterwirft[27]. Diese Ansicht konnte sich jedoch letztlich in Medina nicht durchsetzen. Aus der *Muwaṭṭa'* des Mālik läßt sich ablesen, daß dieser neben den Zahlungsmitteln alle Nahrungsmittel dem *ribā*-Verbot unterwarf, also nicht nur die meß- oder wägbaren, daß er jedoch solche Früchte und Gemüse ausnahm, die nicht lagerbar sind und frisch verzehrt werden, wie Melonen, Kürbisse etc.[28]. Die in den Überlieferungen aufgezählten Stoffe fielen nach Māliks Ansicht also unter das *ribā*-Verbot, weil sie entweder Zahlungsmittel waren, wie Gold und Silber, oder lagerbare Lebensmittel, wie Weizen, Gerste, Datteln, Salz.

Eine Meinung, die von der frühen kufischen Autorität Ibrāhīm an-Naḫaʿī[29] überliefert wird, wirkte in der hanafitischen Rechtsschule fort:

(4) Schließe *salam*-Verträge ab über Meßbares gegen Wägbares und über Wägbares gegen Meßbares; schließe keine *salam*-Verträge ab über Wägbares gegen Wägbares oder Meßbares gegen Meßbares. Wenn die beiden Güter weder meß- noch wägbar sind und unterschiedlichen Gattungen (*nauʿ*) angehören, so können sie ruhig im Verhältnis zwei zu eins und auf Frist ausgetauscht werden; gehören sie jedoch einer Gattung an, so ist ebenfalls ein Austausch im Verhältnis zwei zu eins erlaubt, nichts Gutes ist jedoch an einem Austausch auf Frist.[30]

---

[23] Z.B. die *ḥadīṯe* bei *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 623 Nr.20,21 = *Šaibānī*, Muwaṭṭa' S. 140 Nr.821, 822.

[24] Wird als Meinung von Saʿīd ibn al-Musaiyab überliefert; vgl. *Malik*, Muwaṭṭa' II S. 654 Nr.63 = *Šaibanī*, Muwaṭṭa' S. 275 Nr.776.

[25] *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 601 ff., dort auch andere Überlieferungen; etwas bei abweichend *Šafiʿī* III S. 12.

[26] Die streng traditionalistische Schule der Ẓāhiriten allerdings, die den Analogieschluß völlig ablehnte, hielt die Aufzählung für abschließend, vgl. *Goldziher*, Die Ẓāhiriten, 1884, S. 41 f.

[27] *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 635 Nr.37; *Šaibānī*, Muwaṭṭa' S. 291 Nr.820.

[28] So *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 631; allgemeiner (Gold, Silber, Nahrungsmittel) S. 639, S. 649 (alles *ṭaʿām* und alles Zubrot, *udm*).

[29] 50/670 – 96/715, vgl. *GAS I* S. 403 f. Nr.4.

[30] *Šaibānī*, Aṣl S. 2 Nr.2; *ders.*, Ḥuǧǧa II S. 660; die Überlieferung findet sich mit gleichem *isnād*, inhaltlich jedoch leicht abweichend auch bei *Abū Yūsuf*, Āṯār S. 187 Nr.846.

Ibrāhīm an-Naḫaʿī abstrahiert von den einzelnen in den *ḥadīṯen* aufgezählten Stoffen und sieht deren maßgebliche Gemeinsamkeit darin, daß sie entweder nach Hohlmaß- oder nach Gewicht gehandelt wurden. Ebenso definieren später die Hanafiten den Kreis der *ribā*-Güter. Meßbarkeit oder Wägbarkeit sind nach ihrer Ansicht die das Verbot tragenden Gründe[31], auf die sich die Analogie stützen muß. Ob etwas Nahrungsmittel ist oder Zahlungsmittel, ist nach ihrer Ansicht im Rahmen des Wucherverbotes nicht von Bedeutung. Nahrungsmittel, die weder gemessen noch gewogen sondern stückweise verkauft wurden, wie Äpfel, Eier etc., fallen nicht unter das Wucherverbot. Dafür werden aber auch Gegenstände erfaßt, die, ohne als Nahrungsmittel dienen zu können, nach Hohlmaß oder Gewicht verkauft wurden, wie Eisen, Klee, Baumwolle und Messing[32]. In der Auseinandersetzung mit den Medinensern wirft Šaibānī diesen vor, einen fehlerhaften Analogieschluß (*qiyās*) gezogen zu haben. Gold und Silber würden nach Gewicht verkauft ebenso wie Messing und Kupfer, letztere könnten daher nicht anders behandelt werden als diese, die die Medinenser nicht dem *ribā*-Verbot unterwerfen. Den Einwand der Medinenser, daß Gold und Silber als Zahlungsmittel eine Sonderstellung hätten, wischt Šaibānī mit dem Hinweis beiseite, daß in manchen Städten auch Kupfer und Messing als Zahlungsmittel behandelt würden und meint damit wohl, daß es letztlich relativ ist, womit die Menschen bezahlen und daß es willkürlich sei, daran das Verbot zu knüpfen:

> Mit dieser Rechtsansicht (*ḥukm*) urteilen sie willkürlich über die Menschen (*yataḥakkamūna ʿalā 'n-nās*), indem sie Zusammengehörendes trennen und Ungleiches zusammenfassen.[33]

Šāfiʿī fand den bestimmenden Grund der Aufzählung (*ʿilla*) darin, daß mit Gold und Silber die Zahlungsmittel, mit den übrigen Stoffen die Nahrungsmittel angesprochen seien[34]. *Ribā*-Güter sind demnach nach den Šāfiʿiten alle Zahlungs- und Nahrungsmittel.

Šāfiʿī[35] geht von zwei Prophetentraditionen aus, die oben schon zitiert wurden; die eine, in der ʿUmar sich auf ein Prophetenwort beruft (2)[36], die andere, die auch Šaibanī im *Kitāb al-ḥuǧǧa* überliefert (3)[37]. Schritt für Schritt leitet Šāfiʿī daraus im Wege der Analogie ab, welche Stoffe wucherfähig sind:

Gold und Silber haben eine Sonderstellung, weil sie die „Preise" (*al-aṯmān*) für alle Dinge, also Zahlungsmittel, sind. Nichts anderes kann ihnen im Wege des *qiyās* gleichgestellt werden. Die übrigen Stoffe, die in den Überlieferungen aufgezählt werden, sind alles Nahrungsmittel, die der Prophet deshalb angeführt hat, weil die Menschen sie „aus Gier" nach Hohlmaß handeln. Diesen Nahrungsmitteln sind jedoch die gleichzustellen, die nach Gewicht verkauft werden, weil durch Wiegen

---

31 In der späteren Rechtstheorie: *ʿilla*, pl. *ʿilal*:
32 *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 658 ff.
33 *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 662.
34 *Šāfiʿī*, Risāla S. 524 ff. in Auseinandersetzung mit der irakischen Lehre; *ders.*, III S. 12 ff.,86 insbes. Z.35.
35 Vgl. v.a. *Šāfiʿī* III S. 12 ff.,25; vgl. auch *ders.*, Risāla S. 523 ff.
36 Überliefert auch bei *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 636 f. Nr.38 = *Šaibānī*, Muwaṭṭa' S. 290 Nr.817, s.o.
37 *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 601 ff.

die Menge noch genauer festgestellt werden kann[38]. Doch ist die Meß- oder Wägbarkeit der Stoffe letztlich nicht von Bedeutung. In einem weiteren Schritt erfaßt Šāfiʿī auch Nahrungsmittel und Getränke, die nach Zahl oder „nach Schätzung" (*ǧuzāf*[an] – also ohne daß vorher genau die Menge festgestellt worden wäre) gehandelt werden, denn vieles werde an einem Ort gewogen, an einem anderen Ort nicht. In Mekka werden zum Beispiel frische Datteln in Körben oder Fleisch nach Schätzung verkauft. Und unter den Beduinen ist es üblich Fleisch, Milch, Fett, Honig, Butter und anderes nach Schätzung zu verkaufen, auch wenn andere diese Stoffe beim Verkauf wiegen. Nichts kann es rechtfertigen, das *ribā*-Verbot nur auf lagerbare Lebensmittel zu beschränken (wie es die Mālikiten tun). Manches kann länger gelagert werden, wie getrocknete Früchte, anderes ist nur begrenzt lagerbar, wie Getreide, wieder anderes kann nur kurz aufbewahrt werden, wie Fleisch oder Milch. Nicht nur Grundnahrungsmittel (*qūt*) sind erfaßt, sondern alles, was gegessen oder getrunken wird und dadurch seinen Nutzen entfaltet. Dazu gehört auch Medizin oder Dinge, die man nur um des Genusses willen zu sich nimmt. Wenn letztere gegessen oder getrunken werden, muß man sie eher wie die Grundnahrungsmittel behandeln, als wie Dinge, die man genießt, ohne sie zu essen oder zu trinken.

Auch Šāfiʿī weist Gold und Silber gegenüber den Nahrungsmitteln eine Sonderstellung zu, obwohl das sich nicht unmittelbar aus den Überlieferungen entnehmen läßt. Als Grundregel eines jeden *qiyās* führt er an, daß es unzulässig sei, etwas analog zu etwas anderem zu setzen, das mit ihm nicht vergleichbar sei. Dinare und Dirhams seien aber immer gleich, während es bei Nahrungsmitteln das Problem gäbe, daß jede Art in verschiedenen Zuständen vorkommt, als „Feuchtes" (frisches) und „Getrocknetes", als Rohes und Gekochtes etc., und daß eine Art in verschiedenen Zuständen unterschiedliche Mengen habe[39]. Ein weiteres Argument gewinnt Šāfiʿī aus einem weiteren, rechtssystematischen Zusammenhang: Wenn man nicht zwischen Zahlungs- und Nahrungsmittel unterscheidet, so müßte konsequenterweise der Verkauf von wägbaren Nahrungsmitteln gegen Geld im Wege des *salam* unzulässig sein, da beides zum Kreis der *ribā*-Güter gehört, die nicht auf Frist getauscht werden dürfen. Das würde aber der allgemeinen Praxis der Muslime eklatant widersprechen[40]. Die Hanafiten, die alles, was nach Gewicht gehandelt wird, gleich behandeln wollen, müssen hier – nach Šāfiʿī's Ansicht inkonsequent[41] – unter Rücksicht auf den allgemeinen Brauch der Muslime eine Ausnahme bilden[42].

---

[38] *Šāfiʿī*, Risāla S. 524 f.: Diese begehren die Menschen besonders heftig. Šāfiʿī's Gegner, der die Meinung der Hanafiten vertritt, hält diese nicht wegen ihrer Eigenschaft als Nahrungsmittel, sondern weil sie, wie Gold und Silber, nach Gewicht gehandelt würden, für erfaßt. Das lehnt Šāfiʿī als unsauberen *qiyās* ab, da dieser nicht in allen Fällen zum gleichen Ergebnis führt und – im Falle des *salam* von Geld gegen Nahrungsmitteln zur Bildung von Ausnahmen nötigt (s.u.)

[39] *Šāfiʿī* III S. 15 ff.

[40] *Ders.*, a.a.O. S. 25; *ders.*, Risāla S. 525 ff.

[41] *Ders.*, Risāla S. 525 ff.

[42] Es ist interessant und typisch, daß dieses Problem in den früheren Werken Šaibānī's nicht angesprochen wird. Möglicherweise war es für die früheren irakischen Juristen deshalb nicht erkennbar, weil sie noch nicht in einem so weitgespannten System dachten. Vgl. zu späteren Rechtfertigungen Sarahsī XII S. 121: Gold und Silber werden mit anderem Gewicht gemessen als wägbare Nahrungsmittel, wie zum Beispiel Safran, daher sei der Austausch auch im Wege des *salam* möglich; ebenso *Marġīnānī* III S. 62.

Die Diskussion um die vom *ribā*-Verbot erfaßten Gegenstände spielt sich also vorwiegend in formal-juristischen Bahnen ab. Es geht um Systematik, vor allem um den richtigen Gebrauch des *qiyās*. Über die Hintergründe, den „Sinn" des *ribā*-Verbotes wird nicht weiter spekuliert. Das zu erwarten ist wohl auch eine zu westlich-neuzeitliche Einstellung. Bevor wir uns aber weiter in den Einzelheiten der immer ausgefeilter werdenden Rechtsdogmatik verfangen, wenden wir uns lieber den Grundregeln zu.

15.3. Austausch gleichartiger *riba*-Güter, das Verbot des „Überschußwuchers" (*riba al-faḍl*)

Sind die ausgetauschten Güter von einer Art und gehören sie beide zu den *riba*-Gütern, so darf man sie nur bar in gleichen Mengen austauschen. Diese Regel ergibt sich aus den oben angeführten Überlieferungen. Gold darf gegen Gold also nur in exakt gleichem Gewichtsverhältnis und ohne Aufschub ausgetauscht werden.

Diese auf den ersten Blick absurde Regel – wer sollte daran interessiert sein, auf der Stelle einen Betrag Goldes gegen exakt die gleiche Menge zu tauschen? – wird von den späteren Juristen rationalisiert und in den Dienst ihrer Systematik gestellt. Wenden wir uns für einen Moment dem Hanafiten Sarakhsī zu. Er geht davon aus, daß ein Tausch gattungsgleicher *ribā*-Güter (also meß- oder wägbarer Gegenstände) grundsätzlich verboten und nur dann erlaubt ist, wenn auf beiden Seiten exakt gleiche Mengen stehen[43]. Allerdings ist es nur dann möglich, Mengengleichheit exakt zu bestimmen, wenn die ausgetauschten Sachen wirklich vertretbar sind; deshalb kommen als *ribā*-Güter nur solche Gegenstände in Betracht, die im Verkehr nach Hohlmaß oder Gewicht bestimmt werden. Sie werden nur deshalb nach Maß oder Gewicht bestimmt, weil alle Einzelstücke als völlig austauschbar angesehen werden. Bei solchen Waren ist der einzelne Gegenstand nicht von Interesse[44]. Alle einzelnen Stücke gelten als gleichwertig und grundsätzlich gegeneinander austauschbar[45]. So ergibt sich ihr Wert allein aus der Menge und deshalb dürfen sie nur zu gleichen Mengen gegeneinander ausgetauscht werden. Nur bei solchen Waren macht das Gebot völliger Mengengleichheit beim Austausch einen Sinn, denn nur bei solchen Waren kann Gleichheit positiv festgestellt und ein Überschuß abgelesen werden. Wo jeder einzelne Gegenstand einer Gattung von dem anderen im Wert abweicht, wie – zumindest nach damaligem Verständnis – bei Äpfeln oder Vieh, kann das Verbot nicht greifen, weil man diese Waren dann überhaupt nie austauschen könnte. Das Gebot, *ribā*- Güter nur dann auszutauschen, wenn exakte Gleichheit festgestellt wurde, würde bedeuten, daß der Austausch an sich verboten wäre[46].

---

[43] Vgl. *Sarakhsī* XII S. 113.

[44] *Sarakhsi* XII S. 116, vgl. S.183: Darin sind sie dem Geld ähnlich, das nicht konkretisiert werden kann (s.o. 9.4.) und bei dem die einzelnen Stücke alle als wertgleich angesehen werden.

[45] Vgl. *Sarakhsī* XII S. 154: Bei *ribā*-Gütern wird der Wert nicht durch die Qualität bestimmt, sondern allein durch die Menge.

[46] Vgl. *Sarakhsi* XII S. 116 ff.

Aus dem Verbot des *ribā al-faḍl* leiten die späteren Hanafiten ein allgemeines Prinzip ab, das sich in ihrer Definition des *ribā* niederschlägt: *ribā* ist „Überschuß ohne Gegenleistung" (*faḍl ḫālin ʿan al-ʿiwaḍ*); er ist das Gegenstück zum erlaubten Kaufvertrag, dem Austausch eines vermögenswerten Gutes gegen ein anderes. Steht auf einer Seite ein Vermögenswert, der nicht durch eine Gegenleistung gerechtfertigt ist, so widerspricht das der Natur des Kaufvertrages[47]. Wir werden noch sehen, daß zumindest die Hanafiten das Wertverhältnis im Austausch nicht kontrollieren; grundsätzlich kann jeder Preis vereinbart werden. Wichtig ist nur, daß überhaupt ein Austausch stattfindet. Tauscht aber jemand vertretbare Sachen, also Waren, deren Wert im Verkehr nur durch Hohlmaß oder Gewicht bestimmt wird, gegen eine größere Menge der gleichen Waren, so wird das Mißverhältnis unmittelbar deutlich: Verrechnet man beide Leistungen gegeneinander, so zeigt sich, daß unter der Maske eines Austauschvertrages tatsächlich nur einer der Vertragspartner eine Leistung erbringt. Ein Austausch von 10 Dinaren gegen einen ist eben gar kein Austauschvertrag, kein *baiʿ*, der vom Recht anerkannt ist.

Wenn man einen Vergleich ziehen möchte, so liegt hier (wieder einmal) der zur *consideration* im Common Law nahe: Beide Seiten müssen eine Leistung erbringen; das Verhältnis dieser Leistungen wird jedoch vom Gericht nicht beurteilt. Eine Ausnahme bilden genau die Fälle, die im islamischen Recht unter dem Verbot des *ribā al-faḍl* laufen:

'Any consideration. . .is sufficient. . .except. . .c) The transfer of money or fungible goods as consideration for a promise to transfer at the same time and place a larger amount of money or goods of the same kind and quality."[48]

Where „it appears on the face of the agreement that the consideration must as a matter of arithmetic be worth less than the performance of the counterpromise, there would seem to be no contract; for example, where A promised to pay B £100 in return for £1 to be paid by B."[49]

'It is true that as a general proposition, inadequacy of consideration will not vitiate an agreement. . .But this doctrine will not apply to a mere exchange of sums of money or coin, whose value is exactly fixed, but to the exchange of something of, in itself, indeterminate value for money, or perhaps for some other thing of indeterminate value. . .As it is, the promise to pay six hundred dollars for one cent. . .is an unconscionable contract, void, at first blush, upon its face if it be regarded as an earnest one."[50]

Solche eindeutigen Fälle sind zwar systematisch interessant und lehrreich, praktisch werden sie auch im Bereich des islamischen Rechts wenig bedeutsam gewesen sein. Es zeigt sich, daß es im Rahmen des *ribā*-Verbotes nicht nur um Gegenstände geht, die so vertretbar sind, daß sich ihr Wert unmittelbar aus der Menge ergibt, so daß das Gebot der Mengengleichheit auch ein Gebot der Wertgleichheit ist. Das führt dort zu Problemen, wo Mengengleichheit nicht exakt festgestellt werden kann, oder in Fällen, in denen der Wert auch noch an anderen Faktoren als der Menge festgemacht wird, der Qualität etwa, der Herkunft oder dem Verarbeitungszustand. Dann stellt sich die Frage, ob das Verbot des *ribā al-faḍl* ein allgemeines Gebot der Wertgleich-

---

[47] Vgl. *Sarahsi* XII S. 109 Z.12: "*ḍidd ma yaqtaḍihī 'l-baiʿ*".
[48] Restatement (Contracts) 1st § 76.
[49] *Treitel*, The Law of Contract, 7th ed. 1987, S. 59.
[50] Schnell v. Nell, Supreme Court of Indiana, 1861; 17 Ind.29 Am.Dec. 453; abgedruckt in *Fuller/Eisenberg*, Basic Contract Law, 5th ed. 1990, S. 13.

heit beim Austausch von *ribā*-Gütern enthält, oder ob es nur rein formal die Mengengleichheit festschreibt.

Die Überlieferungen und die Diskussion der frühen Juristen werfen komplizierte Fragen auf: Wann kann man sagen, daß zwei Sachen der gleichen Gattung angehören? Sind Rindfleisch und Schaffleisch gattungsgleich? Wie ist es mit Weizen und Gerste? Darf man Datteln verschiedener Qualität in unterschiedlichem Verhältnis austauschen? Muß man einen goldenen Ring oder einen verzierten goldenen Becher gegen exakt die gleiche Menge Goldes austauschen, oder ist hier ein Aufschlag zulässig? Wie soll man frische und getrocknete Datteln austauschen, wie Weizen und Mehl? Die früheren Juristen argumentieren an solchen Einzelfällen entlang, ohne sich auf das Abstraktionsniveau zu schwingen, auf dem das allgemeine Prinzip der späteren Juristen angesiedelt ist.

15.3.1. Abgrenzung der Gattungen

Weizen und Gerste gehören für die Malikiten zur gleichen Gattung. Weizen und Gerste sind folglich immer in gleichem Verhältnis auszutauschen. Dafür kann sich Mālik auf Überlieferungen von frühen Autoritäten berufen[51]. Daraus, daß Weizen und Gerste gattungsgleich sind, folgern die Mālikiten, daß jemand, der aus einem *salam* verpflichtet ist, Weizen zu liefern, auch mit Gerste erfüllen kann. Mit dieser Aufassung stehen sie jedoch allein[52].

Wie ist es mit Fleisch verschiedener Vieharten, wie Schaf, Rind, Ziege etc.? Manche wollen alle Fleischsorten als eine Gattung behandeln[53]; die „herrschende Meinung" differenziert jedoch nach dem „Ursprung": Hammelfleisch ist nicht gleich Rindfleisch, beide können in jedem beliebigen Verhältnis ausgetauscht werden. Ebenso wird allgemein bei Milch differenziert[54] und auch die verschiedenen Öle unterscheidet man nach ihren Ausgangsstoffen: Oliven, Sesam . . .[55]

15.3.2. Qualität, Verarbeitung und verschiedene Erscheinungsformen von ribā-Gütern

Ein weiteres Problem ist, daß die meisten Stoffe verschiedene Erscheinungsformen haben; sie treten in unterschiedlicher Qualität auf oder in verschiedenen Verarbeitungsstufen. Weizen zum Beispiel kann gut sein oder schlecht, trocken oder feucht, verarbeitet tritt er als Mehl, als Brei oder als Brot auf. Wie ist das Gebot der Mengengleichheit auf diese Fälle anzuwenden?

---

[51] *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 645 Nr.50-52; z.T. auch bei *Šaibānī*, Muwaṭṭa' S. 271 Nr.770. Vgl. *Ashtor*, Prix S. 45: Das Wertverhältnis von Gerste und Weizen war etwa 2:1.

[52] Gegen sie zum Beispiel *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 597 ff.

[53] Diese Meinung ist überliefert bei *Šāfiʿī* III S. 21 f., der darauf hinweist, daß die Vertreter dieser Meinung beim Oberbegriff (*ǧamāʿ*) „Fleisch" stehenbleiben und konsequenterweise auch alle Früchte als eine Gattung behandeln müßten.

[54] *Šaibānī*, Aṣl S. 53 Nr.154; *Šāfiʿī* III S. 22 f.

[55] *Šaibānī*, Aṣl S. 53 Nr.157 ff.; *ders.*, Ḥuǧǧa II S. 667; *Šāfiʿī* III S. 19; ausführlich zur Bestimmung der Gattung und zur Frage der Gleichartigkeit *Sarahsī* XII S. 122 ff,176 ff.; *Kāsānī* V S. 187; *Marġīnānī* III S. 64 f.

Als Grundsatz gilt, daß die Qualität von *ribā*-Gütern beim Austausch nicht berücksichtigt werden darf[56]. Sarahsī formuliert: „die Güte hat bei *ribā*-Gütern keinen Wert"[57]. Nun ist es jedoch nicht so, daß dem *ribā*-Verbot nur solche Stoffe unterworfen werden, bei denen es tatsächlich nicht auf die Qualität ankommt. Der Gattungsbegriff wird nicht so eng gezogen, daß tatsächlich alle Einzelstücke gleichwertig sind (s.o. beim *salam*):

Der Prophet sagte: „Datteln gegen Datteln, gleich um gleich." Da erzählte man ihm: „Dein Verwalter in Ḫaibar[58] nimmt das *ṣāᶜ* (Hohlmaß) für zwei *ṣāᶜ*." Da sagte der Prophet: „Ruft ihn zu mir!" Und man rief ihn zu ihm. Da sprach der Prophet zu ihm: „Nimmst du das *ṣāᶜ* für zwei *ṣaᶜ*?" Dieser antwortete: „Gesandter Gottes, man verkauft mir doch nicht ein *ṣāᶜ* der guten *ǧanīb*-Datteln gegen ein *sāᶜ* der aussortierten schlechten (*ǧamᶜ*)!" Da sprach der Prophet zu ihm: „Verkaufe die schlechten gegen Dirhams, mit diesen Dirhams kaufe dann die *ǧanīb*-Datteln!"[59]

Alle Datteln sind gleichartig[60], selbst wenn sie nicht gleichwertig sind; in einer Region, die Datteln produziert, von ihnen lebt und -zig verschiedene Sorten kennt, eigentlich eine unglaubliche Regel! Doch in der Überlieferung zeigt der Prophet auch gleich den Ausweg aus dem Dilemma auf: Niemand ist daran gehindert, den unterschiedlichen Wert der verschiedenen Dattelarten über das Geld auszudrücken. Die Tradition erkennt also durchaus an, daß der Qualität auch bei *ribā*-Gütern erhebliche Bedeutung zukommen kann, doch verbietet sie, den Wertunterschied durch verschiedene Mengenverhältnisse innnerhalb der Gattung auszudrücken. Handelt es sich dabei nur um eine formale Ableitung von der allgemeinen Regel, alle Dattelarten nur in gleicher Quantität auszutauschen, zusammen mit einem Tip, wie man die Absurdität des Ergebnisses vermeiden kann? Oder wollte der Prophet die Geldwirtschaft fördern? Wollte er gewährleisten, daß immer der Markt, auf dem als Wertmesser das Geld verwendet wird, Einfluß auf die Austauschgeschäfte hat? Wenn das Geld eingeschaltet wird, so wird nämlich das Austauschverhältnis in einem marktweit akzeptierten Maßstab, dem Geld ablesbar. Beim Tausch der verschiedenen Dattelarten können Mißverhältnisse eher kaschiert werden. Wieder müssen wir uns aber davor hüten, zu viele unserer Assoziationen auf das völlig andere historische und kulturelle Umfeld allzu pauschal zu übertragen.

Wie die Qualität darf auch die Verarbeitung bei *ribā*-Gütern nicht gesondert bewertet werden. Das Problem wird vor allem beim Austausch von Edelmetallen behandelt:

Mālik überliefert von Ḥumaid ibn Qais al-Makkī, daß Muǧāhid erzählt habe: Ich war mit ᶜAbd Allāh ibn ᶜUmar zusammen, als zu ihm ein Goldschmied kam und ihn fragte: „Abū ᶜAbd ar-Raḥmān, ich bearbeite Gold und verkaufe bearbeitete Stücke um mehr als ihren Wert; ich decke damit meine Handarbeit ab." ᶜAbd Allāh verbot ihm das. Da wiederholte der Goldschmied immer wieder seine Frage und ᶜAbd Allāh schlug es ihm immer wieder ab, bis er schließlich zur Tür der Moschee kam oder zu dem Reittier, das er besteigen wollte. Da sprach Ibn ᶜUmar: „Dinar um Dinar

---

56 *Šaibānī*, Aṣl S. 63 Nr.188, als Beispiele: Weizen, Gerste.
57 *Sarahsī* XII S. 154, 183; vgl. auch *Marġīnānī* III S. 64; *Šāfiᶜī* III S. 17 Z.8.
58 Eine Oase unweit von Medina, Siedlungsplatz jüdischer Stämme.
59 *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 623 Nr.20, ähnlich auch Nr.21; beide Überlieferungen finden sich auch bei *Šaibānī*, Muwaṭṭa' S. 291 Nr.821 f.
60 So auch ausdrücklich *Šāfiᶜī* III S. 18, 21.

und Dirham um Dirham, ohne Überschuß. Das ist der Auftrag (*ᶜahd*) unseres Propheten an uns und unser Auftrag an euch!"[61]

Die Arbeit hat also bei *ribā*-Gütern keinen eigens ansetzbaren Wert. Oder scheint das nur so? Dem Goldschmied bleibt es unbenommen, seine Schmuckstücke gegen jeden Betrag in Silber oder anderen Waren zu verkaufen, den er auf dem Markt zu erzielen vermag. Beim Austausch gleicher Materialen greift jedoch unbarmherzig das *ribā*-Verbot ein, ohne Rücksicht auf deren unterschiedlichen Wert, der sich aus anderen Faktoren als der bloßen Menge ergibt.

Andere Stoffe, wie zum Beispiel Textilien, haben jedoch durch die Verarbeitung ihren Charakter verändert, sie gehören nicht mehr zur gleichen Gattung wie der Stoff, aus dem sie sind, dürfen also beliebig gegen diesen ausgetauscht werden[62]. Auch Brot ist durch die Verabeitung so verändert worden, daß es nicht mehr als „Weizen" behandelt wird. Äußerlich zeigt sich das auch daran, daß es nicht mehr nach Hohlmaß gehandelt wird. Brot kann gegen Brot nach Meinung der Hanafiten daher in jedem Mengenverhältnis getauscht werden[63].

Das Problem, daß viele Stoffe in verschiedenen Erscheinungsformen auftreten, wird in einem *ḥadīt* behandelt, das in der *Muwaṭṭa'*[64] überliefert wird:

Ich hörte, wie man den Propheten nach dem Tausch von getrockneten Datteln (*tamr*) gegen frische Datteln (*ruṭab*) fragte, worauf der Prophet entgegnete: „Schrumpfen die frischen Datteln, wenn sie trocknen?" Man bejahte das. Da verbot der Prophet dieses (Geschäft).

Ernten und Trocknen machen Datteln nicht zu etwas anderem, das Gebot der Mengengleichheit greift ein, problematisch ist nur, auf welchem Niveau, denn frische Datteln werden durch Trocknen „weniger". Der Prophet entschied sich in der Überlieferung angesichts dieser Ungewißheit dafür, den direkten Tausch gänzlich zu verbieten. Dagegen soll Abū Ḥanīfa entweder in Unkenntnis oder Mißachtung dieses Verbotes erlaubt haben, frische gegen getrocknete Datteln bei Mengengleichheit zu tauschen. Abū Yūsuf und Šaibanī folgen jedoch dem *ḥadīṯ*[65]. Šāfiᶜī gibt eine auf das *ribā*-Verbot bezogene Erklärung: Das Gebot der Mengengleichheit kann nicht gewahrt bleiben, da man wie der Prophet das zukünftige Schrumpfen der

---

[61] *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 633 Nr.31 = *Šāfiᶜī*, Risāla S. 277; vgl. auch die Überlieferung, die sich gegen eine abweichende Praxis des ᶜUmaiyādenkalifen Muᶜāwīya richtet bei *Mālik*, Muwaṭṭa' S. 634 Nr.33 = *Šaibanī*, Muwaṭṭa' S. 290 Nr.818. Vgl. auch allgemeiner *Sarahsī* XII S. 182 Z.25, S. 183 Z.3.

[62] *Šaibānī*, Aṣl S. 57 f. Nr.171 – 173.

[63] *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 619 ff.; dagegen *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 647 f.: Mengengleichheit erforderlich.

[64] *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 624 Nr.22 = *Šaibānī*, Muwaṭṭa' S. 269 Nr.765; *Šāfiᶜī* III S. 15 Z.4, VII S. 181 f., S. 318, 323 (Rand); *ders.*, Risāla S. 332.

[65] *Šaibānī*, Aṣl S. 58 Nr.175: Ebenso ist nach Meinung Šaibānī's auch der Tausch von feuchtem gegen trockenen Weizen verboten (*qiyās*), während Abū Yūsuf das ebenso wie Abū Ḥanīfa erlaubt; vgl. auch a.a.O. S. 64 Nr.190; ähnliche Probleme beim „Naturaldarlehen" im jüdischen Recht behandelt *Klingenberg*, a.a.O. S. 50, 67: Getreide wird in der Regel nicht unmittelbar nach der Ernte verliehen, wenn ohnehin jeder selbst eigene Vorräte hat, sondern erst einige Monate später. Zurückerstattet wird es aber meist sofort nach der Ernte. Dann aber droht dem Darleiher doppelter Verlust: Zum einen ist das Getreide unmittelbar nach der Ernte weniger wert als außerhalb der Erntezeit, zum anderen ist gelagertes Getreide trockener als frisch geerntetes, gibt also bei gleichem Volumen mehr Mehl als das sofort nach der Ernte zurückerstattete „feuchte" Getreide. Die Mišnah verbietet daher bei Naturaldarlehen den Austausch „Maß für Maß".

frischen Datteln in die Bewertung einbeziehen müsse. Das Ausmaß des Schrumpfens sei jedoch nicht zu bestimmen, so daß man nicht wissen könne, ob am Ende gleiche Mengen getrockneter Datteln stehen[66].

Ähnliche Probleme ergeben sich beim Tausch von Weizen und Weizenmehl. Beides gehört für die Juristen noch zur gleichen Gattung, die Verarbeitung hat daran nichts verändert[67], so daß das Gebot der Mengengleichheit eingreift. Mālik verlangt daher, daß Mehl nur gegen die gleiche Menge Weizens getauscht werden dürfe[68]. Für die Iraker ist das unbefriedigend: Die Regel, die exakte Mengengleichheit vorschreibt, ist anwendbar. Da aber zwischen Weizenmehl und Weizen Mengengleichheit auf dem Niveau des Grundstoffes Weizen nicht festgestellt werden könne, müsse der Austausch generell verboten werden[69]. Andererseits hielten sie es für zulässig, Oliven gegen Olivenöl auszutauschen, wenn man sicher sein konnte, daß die Menge des Öls in den Oliven geringer war. Dem Überschuß an Öl stünde dann der Preßrückstand bei den Oliven gegenüber[70]. Dadurch, daß der Preßrückstand als vermögenswerter Gegenstand auf einer Seite des Austauschverhältnisses steht, handelt es sich nicht mehr um einen rein gattungsinternen Austausch, der dem Gebot der strikten Mengengleichheit unterworfen ist. Wir werden auf solche „Mischkäufe" noch zurückkommen.

15.3.3. Mischkäufe;

Die Ungewißheit über das Mengenverhältnis führt also dazu, daß der direkte Austausch zweier *ribā*-Güter gänzlich verboten wird[71]. Die Hanafiten machen dann eine Ausnahme, wenn auf einer Seite des Austauschverhältnisses noch ein vermögenswerter Gegenstand steht, dem ein eventueller Überschuß auf einer Seite gegenübergestellt werden kann. Ansonsten bleibt natürlich der Umweg über das Geld, den schon der Prophet seinem Verwalter empfahl. Vor allem die Hanafiten neigen insgesamt zu einer rein mengenmäßigen Betrachtung: Bei gleichartigen Gütern geht es nur darum, einen unmittelbar ablesbaren Überschuß zu vermeiden. Das Wertverhältnis bleibt völlig außer Betracht. Es geht also nicht darum, einen wie auch immer wertmäßig zu bestimmenden „gerechten Preis" sicherzustellen, es darf nur auf keiner Seite ein unmittelbar ablesbarer „Überschuß ohne Gegenleistung" verbleiben.

---

66 Vgl. *Šāfiʿī* III S. 15 f.

67 Vgl. *Ashtor*, Prix S. 48: Der Preisunterschied zwischen Getreide und Mehl war minimal.

68 *Mālik*, Muwaṭṭaʿ II S. 648.

69 *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 624 ff.; *ders.*, Aṣl S. 53 Nr.156; vgl. auch S. 59 Nr.176.

70 *Šaibānī*, Aṣl S. 53 Nr.154; *ders.*, Ḥuǧǧa II S. 667 f.; zu ähnlichen Fällen vgl. die Kasuistik bei *ders.*, Aṣl S. 54 f. Nr.158-162. Den Austausch von Oliven gegen Öl verboten nun wiederum die Medinenser, weil die Mengengleichheit auf dem Niveau des Öls nicht eindeutig festgestellt werden könne vgl. *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 667 f., der ihnen ihre Inkonsequenz vorhält: Dann dürften sie den Verkauf von Weizen gegen Mehl nicht zu gleichen Teilen erlauben. Vgl. auch *Sarahsī* XII S. 176-185 und *Kāsānī* V S. 187.

71 Ähnlich ist es nach *Šāfiʿī*, wenn ein *ribā*-Gut in Reinform gegen ein gattungsgleiches jedoch mit anderen Stoffen vermischtes getauscht werden soll, *Šāfiʿī* III S. 20 Z.15, S. 20 f.Z.29., S. 26 Z.19.

Mālik hingegen neigt einer wertenden Betrachtung zu: Er mißbilligt[72], daß die Vertragspartner gute alte Goldmünzen zusammen mit einem Teilchen ungemünzten, schlechten Goldes gegen die gleiche Menge zerstückelten kūfischen Goldes abwiegen, das nicht sehr begehrt ist. Hier geht es, so Mālik, eigentlich nur um den Austausch einer kleineren Menge guten Goldes gegen eine größere Menge kūfischens, was den „tatsächlichen Wertverhältnissen" entspricht. Nur weil sein altes Gold besser ist, kann sich der eine erlauben, auch das schlechte ungemünzte Gold dem kūfischen des anderen gegenüberzustellen. Es ist aber nicht erlaubt, auf diese Weise die an sich gewollte, aber durch das *ribā*-Verbot gehinderte Transaktion erlaubt zu machen. Ebenso ist es, wenn jemand drei *ṣāᶜ* guter *ᶜağwa*-Datteln gegen zwei *ṣāᶜ* und ein *mudd*[73] der noch besseren *kabīs*-Datteln eintauschen will und dann, wenn er erfährt, daß das verboten ist, zwei *ṣāᶜ kabīs* und ein *ṣāᶜ* schlechte *ḫašaf*-Datteln (also formal ebenfalls 3 *ṣāᶜ* Datteln) anbietet, um den Tausch zu ermöglichen. Das ist ebenfalls verwerflich, weil der Eigentümer der *ᶜağwa*-Datteln nie ein *ṣāᶜ* davon gegen ein *ṣāᶜ* der schlechten *ḫašaf* eintauschen wollte. Er gibt es ihm vielmehr in diesem Fall nur, weil die *kabīs* mehr wert sind[74]. Wenn der Eigentümer einer schlechteren Ware diese verkaufen will, so empfiehlt ihm Mālik diese allein gegen eine Sache zu verkaufen, die nicht der gleichen Gattung angehört. Dann kann er den bestehenden Wertunterschied auch ausdrücken und muß ihn nicht kaschieren[75]. Das ähnelt dem Vorschlag des Propheten, einen etwaigen Qualitätsunterschied über Geld, nicht jedoch unterschiedliche Mengen desgleichen Stoffes zu bewerten.

Šaibānī[76] hält dieser Argumentation entgegen, daß die Medinenser mit ihrer Vermutung wohl Recht hätten; im Rahmen des *ribā*-Verbotes gehe es jedoch nur um Mengengleichheit, nicht um die Qualität der ausgetauschten gleichartigen Gegenstände. Wenn die Parteien dadurch den Austausch praktikabel machen wollen, daß sie das Wertverhältnis durch eine äußerliche Mengengleichheit kaschieren, so ist ihre Absicht nicht auf etwas Verbotenes gerichtet:

> Diese beiden Männer wollten dem Verbot des Propheten entgehen, mehr Gold zu erwerben, als seinem Gewicht entspricht (also weniger hinzugeben und mehr zu bekommen). Deshalb handhaben sie es auf diese Weise, damit ihnen dieses Geschäft erlaubt sei. Es ist doch wirklich verdienstlich, daß sie das Erlaubte anstreben und sich bemühen, dem Verbot des Propheten, Gold gegen Gold mit Gewichtsüberschuß einer Seite zu verkaufen, zu entgehen.[77]

Für die Hanafiten spielt der Wert der Gegenstände keine Rolle. Sobald innerhalb einer Gattung formal Mengengleichheit hergestellt wurde, ist dem *ribā*-Verbot Rechnung getragen.

---

[72] *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 638 ff.; auch *Šāfiᶜī* III S. 18 Z.4 verbot diese Art des „Qualitätsmischkaufes".

[73] Ein kleineres Hohlmaß; zwei *ṣāᶜ* und ein *mudd* sind also weniger als drei *ṣāᶜ*.

[74] Vgl. *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 647 f. und den Hinweis bei *Saraḫsī* XIII S. 81 Z.16, daß es unter Kaufleuten üblich sei, dem Guten etwas Schlechtes hinzuzufügen und beides zu einem Gesamtpreis zu verkaufen; ein Käufer erwerbe das Schlechte nur, weil er eigentlich das Gute wolle; der Verkäufer gebe das Gute nur her, um das Schlechte loszuwerden.

[75] *Mālik*, a.a.O. S. 640.

[76] *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 586 f.

[77] *Ebd.*; diese Art der Argumentation ist uns schon bekannt, sie trägt die grundsätzlich formale Betrachtungsweise der Iraker und ihre Duldsamkeit gegenüber den *ḥiyal*, s.o. Kapitel 7.2. und 8.

Daß die Hanafiten das *ribā*-Verbot als Gebot rein formaler Mengengleichheit beim Austausch gleichartiger *ribā*-Güter interpretieren, zeigt sich auch bei der Diskussion anderer Fälle. Dieses Gebot formaler Mengengleichheit findet nämlich ihrer Ansicht nach keine Anwendung mehr, sobald zumindest auf einer Seite des Austauschverhältnisses noch ein weiterer Stoff steht. Dann geht es nicht mehr nur um den Austausch gleichartiger Güter. Nach Šaibānī[78] ist es zum Beispiel erlaubt, wenn jemand ein *kurr* (ein Hohlmaß) Weizen und ein *kurr* Gerste zusammen gegen je ein halbes *kurr* von Weizen und Gerste tauscht, sofern das nur bar geschieht. Das wirkt auf den ersten Blick unverständlich, denn hier werden ja offensichtlich unterschiedliche Mengen von *ribā*-Gütern gegeneinander ausgetauscht. Šaibānī erklärt, daß hier nicht der Weizen gegen weniger Weizen ausgetauscht werde; es werde vielmehr das *kurr* Weizen auf der einen Seite gegen das halbe *kurr* Gerste auf der anderen Seite getauscht, und umgekehrt. Er bezieht die Waren also kreuzweise aufeinander. Durch diese rein formale Betrachtung wird das Gebot formaler Mengengleichheit ausgeschaltet. Die späteren Hanafiten Sarabsī und Kāsānī[79] erklären dieses Vorgehen damit, daß man immer nach Wegen suchen müsse, den Willen der Parteien auf erlaubte Art zur Geltung kommen zu lassen. Durch den Kreuzbezug wird das hier möglich.

Ähnliche Beispiele finden sich immer wieder. Es kam zu Kontroversen mit den Medinensern, die wieder der Illustration des schon früher gewonnen Gegensatzes dienen können: Während die Medinenser eher einer wertenden Betrachtungsweise zuneigen, auch einmal hinter die Kulissen schauen und (vermutete) Motive und Absichten der Vertragsschließenden einer rechtlichen Bewertung unterziehen, verfechten die Iraker eine rein formale, am Äußeren orientierte Betrachtungsweise. Wird zum Beispiel Gold (resp. Dinare) gegen Gold nach Gewicht ausgetauscht und bleibt auf der einen Seite ein Überschuß, so ist fraglich, ob die Differenz durch Zahlung eines Betrages in Silber (resp. Dirhams) ausgeglichen werden kann. Nach Abū Ḥanīfa war das zulässig[80]. Es stünden sich zwei gleich große Mengen Goldes gegenüber; der Überschuß an Gold auf einer Seite werde durch das auf der anderen Seite beigegebene Silber kompensiert. Mālik[81] hingegen verbot diese Art des „Mischkaufes": Man dürfe den Überschuß an Gold sich nicht dadurch aneignen, daß man der eigenen Leistung noch Silber dazugibt; das sei ein Weg (*darīʿa*), *ribā* zu praktizieren. Es sei nämlich zu vermuten, daß er den Überschuß Goldes für ein Mehrfaches seines Wertes in Silber erwerbe. Würden sie aber tatsächlich einen Kaufvertrag nur über den Überschuß an Gold abschließen, so hätten sie sich niemals auf einen entsprechenden Bruchteil dessen geeinigt, wofür der Käufer hier die Gesamtmenge erwarb. Der Käufer tat das nur, um die ganze Transaktion zu legalisieren. Das bedeutet aber, Verbotenes erlaubt

---

[78] *Šaibānī*, Aṣl S. 63 Nr.187.

[79] *Sarabsī* XII S. 189; *Kāsānī* V S. 191 f.; vgl. *Marġīnānī* III S. 82 ff.

[80] *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 584 f.; Šaibānī beruft sich noch auf eine Überlieferung von der mekkanischen Autorität Muǧāhid. Dieser habe nichts dabei gefunden, wenn jemand, der zwei Dinare auf Frist schuldete, seinem Gläubiger bei Fälligkeit zwei bessere „syrische" gab und sich den Überschuß in Dirhams zurückzahlen ließ.

[81] *Malik*, Muwaṭṭa' II S. 638 f.; auch *Šāfiʿī* III S. 17 Z.10, S. 27 Z.22 verbot solche Mischkäufe.

[82] Ähnlich *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 647 f.

[83] *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 585.

zu machen[82]. Šaibānī[83] argumentiert dagegen, daß der Prophet nur verboten habe, Gold gegen Gold zu ungleichen Teilen auszutauschen. Was sei schon schlimm daran, wenn der eine gegen den Überschuß Goldes irgendetwas anderes hingibt? Dadurch wollten die Vertragspartner nur vermeiden, gegen das Verbot zu verstoßen. Es sei ein Zeichen dafür, daß sie bemüht sind, im Bereich des Erlaubten zu bleiben. Der Argwohn, den die Medinenser gegen die Vertragsschließenden hegten, könne alleine nicht ausreichen, alles für nichtig zu erklären. Wie sollte auch das Gewisse, das Sichere (*al-yaqīn*) durch bloßen Argwohn nichtig werden, wo doch Gott selbst im Koran sagt: „Und Vermutungen (*aṣ-ẓann*) helfen hinsichtlich der Wahrheit (*ḥaqq*) nichts."[84]

Eine ähnliche Meinungsverschiedenheit zwischen den Irakern und den Medinensern entspinnt sich um den Fall, daß jemand Weizen für 2/3 Dinar kauft, dann mit einem ganzen Dinar bezahlt und sich 1/3 Dinar herausgeben läßt. Die Medinenser mißbilligen wieder, daß jemand Gold gegen Gold und Weizen austauscht. Auch hier wirft Šaibānī ihnen vor, gänzlich unbedenkliche Geschäfte durch ihren Argwohn (*ẓunūn*) zu vernichten[85].

Es gibt nun auch Fälle, wo sich ein „Mischkauf" nicht vermeiden läßt: Wie ist es, wenn man zum Beispiel ein Buch mit Silberbeschlägen oder ein Schwert mit Silberverzierung gegen Silbermünzen verkaufen oder erwerben will? Die Hanafiten[86] bleiben bei ihrer Lösung und erlauben den Verkauf dann, wenn man sicher sein kann, daß das Gewicht des Silbergeldes größer ist, als das der Beschläge oder Verzierungen. Dann könne man nämlich das Gewicht der Silberverzierungen mit einer gleich großen Menge Silbergeldes aufwiegen; der Überschuß an Silbergeld stehe für das Buch oder den Rest des Schwertes, so daß jedem Bestandteil des Austausches eine Gegenleistung gegenüberstehe. Mālik hingegen beruft sich auf eine allgemeine Übung in Medina, wonach man einen silberbeschlagenen Gegenstand dann gegen eine beliebige Menge Silbergeldes kaufen kann, wenn der Wert der Beschläge nur höchstens ein Drittel des gesamten Wertes beträgt[87]. Es wird in einem solchen Fall dann eben nicht Silber verkauft, sondern ein Buch; die silbernen Beschläge sind für Mālik nur ein unselbständiges Anhängsel. Die Grenze von 1/3 soll den Punkt bestimmen, wo das Silber dem Buch gegenüber eigenständige Bedeutung gewinnt. Das erscheint Šaibānī als willkürliche Ausnahme vom *ribā*-Verbot, das er allgemeiner als Mālik interpretiert[88]. Šāfiʿī schließlich war der Ansicht, daß man einen silberverzierten Gegenstand überhaupt nicht gegen Silber verkaufen dürfe, da man die Menge des Silbers in der Verzierung nicht genau bestimmen könne; gegen Gold allerdings und bar sei der Verkauf zulässig[89].

---

[84] Koran 52/58.

[85] *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 607 f.

[86] *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 573 ff. unter Berufung auf die irakischen Autoritäten Ibrāhīm an-Naḫaʿī und Ḥammād.

[87] *Mālik*, Muwaṭṭaʿ II S. 636.

[88] *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 574 f.

[89] *Šāfiʿī* III S. 29 Z.1, vgl. auch Z.4 wo eine noch strengere Ansicht von Šāfiʿī überliefert wird: Auch gegen Gold ist der Verkauf nicht zulässig, da hier ein Wechselgeschäft (*ṣarf*) – der Tausch des Silbers in den Beschlägen gegen Gold – und ein Kaufvertrag (*baiʿ*) – der Tausch des Gegenstandes gegen Gold – verknüpft werde, und man die jeweiligen Anteile nicht unterscheiden könne.

Ähnliche Probleme entstehen, wenn ein Sklave verkauft werden soll, der eigenes Vermögen hat[90]. Grundsätzlich ist durch Überlieferungen abgesichert, daß das Vermögen eines Sklaven ebenso wie die Früchte an einer Palme nur dann mitverkauft sind, wenn die Parteien das ausdrücklich so bestimmen[91]. Treffen die Parteien jedoch diese besondere Vereinbarung, so sieht Abū Ḥanīfa das *ribā*-Verbot berührt[92]: Ist der Preis in Silber zu zahlen, so gebietet das *ribā*-Verbot, daß der Sklave in seinem Vermögen weniger Silber hat, so daß zumindest formal dem „Rest", dem Sklaven selbst und den übrigen Bestandteilen seines Vermögens, noch eine Gegenleistung gegenübersteht. Mālik hält auch hier das Verhältnis für unwichtig: Sofern vereinbart wurde, daß der Käufer auch das Vermögen des Sklaven erwerben soll, steht es ihm ohne weiteres zu[93]. Šaibānī hält dem ein Beispiel entgegen: Wenn jemand einen Sklaven für 500 Dirham kauft, der ein Vermögen von 1000 Dirham hat, so könne er ja einfach den Sklaven in Besitz nehmen und aus dessen eigenem Vermögen 500 Dirham bezahlen; den Sklaven und die restlichen 500 Dirham hat er dann erworben, ohne etwas dafür hinzugeben. Das sei nur ein Trick (*ḥīla*), *ribā* zu treiben; wenn zwei Leute *ribā* vereinbaren wollen, so müssen sie nur auf einer Seite, der mit dem Vermögensüberschuß, den Sklaven dazu tun.

Wo „Mischkäufe" häufig vorkamen und wo sie nicht lediglich dazu dienten, ein eigentlich dem *ribā*-Verbot widersprechendes Austauschverhältnis zu glätten, waren die Medinenser duldsamer. Mālik zog diese Fälle gar nicht unter das in Koran und *sunna* ausgesprochene *ribā*-Verbot, sondern behandelte sie gemäß der hergebrachten Übung als zulässig. Hier führt das formale, systemgebundene Denken die Iraker weiter: Sie wenden auch auf diese Fälle das Wucherverbot an.

Nach diesen Grundsätzen behandelten die Hanafiten auch den Fall minderwertiger Geldmünzen. Wir haben oben schon gesehen, daß nach Šaibānī Münzen, die zumindest ein Drittel Edelmetall enthielten, wie reines Edelmetall behandelt wurden und folglich gegen die gleiche Menge reinen Rohmetalls getauscht werden durften und mußten. Das gilt im Grundsatz auch für Münzen, in denen der Edelmetallgehalt den Gehalt an Beimischungen überwiegt[94]. Das ist ein offener Dispens vom *ribā*-Verbot zugunsten der Umlauffähigkeit des Geldes, ein Dispens, den der systematisch konsequentere Šāfiʿī ablehnt[95]. Ansonsten wendet Šaibānī die Grundsätze an, die schon zum „Mischkauf" entwickelt wurden. Münzen mit Beimischungen dürfen gegen reines Metall verkauft werden, wenn man sicher weiß, daß die Menge reinen Metalls die Menge des in den Münzen enthaltenen Edelmetalls über-

---

[90] An sich widerspricht das dem Grundsatz, daß Sklaven nicht rechtsfähig sind; vgl. dazu *Schacht*, Introduction S. 128: „The *peculium* of the slave is not recognized, but its existence in fact is often taken into consideration."

[91] *Mālik*, Muwaṭṭaʿ II S. 611 Nr.2, S. 617 Nr.9; *Šaibānī*, Muwaṭṭaʿ S. 280 Nr. 792, 793; *Abū Yūsuf*, Āṯār S. 182 Nr.829; *ders.*, Iḫtilāf S. 13 f., S. 21 (Ibn Abī Lailā vertrat noch die Ansicht, daß die Früchte mitverkauft seien); *Šāfiʿī* VII S. 89 Z.25, S. 93 Z.33.

[92] *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 503 ff. Das *ġarar*-Verbot sei dann berührt, wenn das Vermögen des Sklaven in einer Forderung (*dain*) bestehe, die nicht verkauft werden dürfe, da man nicht sicher sein könne, ob sie einzutreiben ist oder nicht.

[93] *Malik*, Muwaṭṭaʿ II S. 611

[94] Oben Kapitel 9.4.; vgl. *Šaibānī*, Ǧāmiʿ Kabīr S. 340; *Marġīnānī* III S. 85.

[95] *Šāfiʿī* III S. 27 Z.5.

wiegt. Der Überschuß an Reinmetall wird als „Gegengewicht" im Austauschverhältnis den Beimischungen zugeordnet. Ebenso dürfen solche schlechten Münzen gegeneinander in jedem Verhältnis ausgetauscht werden, da im Wege des „Kreuzbezuges" wieder der Edelmetallgehalt der einen gegen den Gehalt an Beimischungen in der anderen Münze gehalten werden kann. Marġīnānī, der im 12. nachchristlichen Jahrhundert im Ostiran lebte (st. 593 A.H./1197 n.C.), berichtet, daß die Juristen seiner Zeit und Region dieser Ansicht nicht folgten. Es herrsche dort nämlich inzwischen derart minderwertiges Geld vor, daß dem *ribā* Tür und Tor geöffnet würde, wenn man den Austausch solcher Münzen in jedem beliebigen Verhältnis zuließe[96].

15.4. Austausch verschiedenartiger *ribā*-Güter – Der „Kreditwucher" (*ribā an-nasī'a*)

15.4.1. Der Wert der Frist

Aus den oben zitierten Überlieferungen läßt sich auch das Verbot des Kredit-*ribā* entnehmen. Es wird dort bestimmt, daß gleichartige *ribā*-Güter nur von Hand zu Hand getauscht werden können. In *ḥadiṯ* (2) wird außerdem festgelegt, daß der Tausch von Gold gegen Silber sich nur bar vollziehen dürfe. *Ḥadīṯ* (3) bestimmt dann eindeutig, daß verschiedenartige *ribā*-Güter zwar in jedem beliebigen Mengenverhältnis, jedoch nur von Hand zu Hand getauscht werden dürfen. Die Vereinbarung eines Kreditelementes ist bei bestimmten Gütern also verboten. Das betrifft den Tausch gleichartiger und verschiedenartiger *ribā*-Güter.

Das koranischen Verbot des *ribā* scheint vor allem Fälle mit solchen Kreditelementen gemeint zu haben. Die Meinung, die *ribā* nur dann verwirklicht sah, wenn ein solcher Aufschub vereinbart worden war, konnte sich allerdings nicht durchsetzen[97]; auch der „Überschuß-*ribā*" beim Bartausch gleichartiger Güter gilt als verboten. Möglicherweise hingen beide Untergruppen des Verbots zusammen: Die oben zitierten Traditionen verbieten nicht isoliert den Überschuß beim Austausch gleichartiger wucherfähiger Güter sondern bestimmen gleichzeitig, daß keine Leistung kreditiert werden dürfe[98]. Gold gegen die gleiche Menge Goldes bar zu tauschen, macht wenig Sinn; Gold hingeben und dafür später eine größere Menge Goldes bekommen, ist als Zinsnehmen wesentlich interessanter. Die Bestimmung, allenfalls bar und zu gleichen Teilen zu tauschen, richtet sich dagegen und schließt beide Elemente aus: den Überschuß und den Aufschub. Verboten war also, für ein Darlehen in bestimmten Gütern Zinsen zu verlangen. Zinsen wären unmittelbar sichtbar, wenn mehr des gleichen Stoffes zurückgegeben werden müßte. Aber auch wenn mit

---

[96] *Marġīnānī* II S. 85; vgl. auch *Çağatay*, Ribā and Interest Concept and Banking in the Ottoman Empire, SI 32 (1972), S. 61-64 zur rechtlichen Behandlung schlechten Geldes unter den Osmanen.

[97] S. o. 15.1.

[98] So auch die Darstellung bei *Sarahsī* XII S. 111: Beim Austausch gleichartiger Güter gilt zum einen das Verbot des Aufschubs, zum anderen das Verbot des Mengenunterschiedes.

einem anderen der damals besonders verbreiteten Grundstoffe, die auch als Zahlungsmittel dienten (s.o. 15.2.), zurückgezahlt wurde, war zu vermuten, daß sich der Gläubiger einen Gewinn ausbedingen würde, der dann allerdings nicht unmittelbar aus den Mengenverhältnissen ablesbar war. Der Austausch dieser Güter auf Kredit wurde demnach ebenfalls verboten. Möglicherweise wurden die Regeln in der Form, wie sie sich entwickelten, erst später getrennt und jeweils eigenen Fallgruppen zugewiesen.

Nicht jeder Tausch von *ribā*-Gütern unter Vereinbarung eines Fälligkeitstermins für eine Leistung fällt jedoch unter das Verbot des Kredit-*ribā*. Alle Schulen differenzieren innerhalb der *ribā*-Güter weiter.

Aus der Überlieferung von Ibrāhīm an-Naḫaʿī (4), auf die sich die Hanafiten beziehen, ergibt sich: Was nach Hohlmaß gehandelt wird, wie zum Beispiel Weizen, darf auch auf Kredit gegen solche Dinge getauscht werden, die wegen ihrer Eigenschaft, im Verkehr nach Gewicht verkauft zu werden (Gold, Silber), *ribā*-Güter sind.

Auch die anderen Schulen bilden zwei Gruppen innerhalb der *ribā*-Güter, die Zahlungsmittel einerseits, die Nahrungsmittel andererseits. Das Verbot des Kredit-*ribā* gilt nur innerhalb der gleichen Gruppe. Zahlungsmittel dürfen gegen Nahrungsmittel auch unter Vereinbarung eines späteren Fälligkeitstermins für eine Leistung getauscht werden. Damit ist es möglich, Nahrungsmittel im Wege des Kreditkaufes und des *salam* zu erwerben. Wir haben schon gesehen, daß die Hanafiten mit ihrer Auffassung Probleme haben, da systematisch eigentlich verboten sein müßte, einen *salam* oder Kreditkauf über Geld, das wägbar ist, gegen andere üblicherweise nach Gewicht gehandelte Gegenstände zu tauschen, wie Safran (s.o. 15.2.). Möglicherweise wurde dieses Problem zunächst gar nicht gesehen, da weder Šaibānī noch Abū Yūsuf meines Wissens darauf eingehen und auch von den früheren Irakern wie Ibrāhīm oder Ḥammād nichts dazu überliefert wird. Es trat möglicherweise nicht gleich in Erscheinung, denn nach Gewicht werden vor allem die Zahlungsmittel, nach Hohlmaß vor allem Getreide gehandelt. Oder die Systematik wurde von Anfang an nicht ganz konsequent durchgehalten und stillschweigend gebilligt, was alle taten. Erst der hanafitische Gegner Šāfiʿī's beruft sich darauf, daß solche Transaktionen ausnahmsweise erlaubt seien, weil alle so handelten[99]. Spätere Rationalisierungsversuche argumentieren damit, daß das Gewicht, nach dem Gold und Silber gehandelt würden, anders, nämlich feiner, sei, als das der anderen Stoffe und es daher eigentlich innerhalb der wägbaren Gegenstände noch einmal zwei Gruppen gebe[100].

Daß ein vertraglich gewährter Leistungsaufschub seinen Preis hatte, bemängeln die Juristen grundsätzlich nicht. Auch hier zeigt sich, daß das *ribā*-Verbot, zumindest in der Ausprägung die ihm die Hanafiten gaben, rein formal war und keine materielle Wertkontrolle sein sollte. Es galt als völlig normal und üblich, daß jemand, der einem anderen Kredit gewährte, mehr dafür verlangte, sofern der Kredittausch einmal zulässig war: Erhielt er, wie beim *salam*, für das Geld, das er hingab, die Ware erst später, so zahlte er weniger, als wenn er die Ware sofort bekommen

---

[99] In der Diskussion in *Šāfiʿī*, Risāla S. 525 ff.
[100] *Sarahsī* XII S. 121; *Marġīnānī* III S. 62.

hätte[101]; gab jemand seine Ware, wie beim Kreditkauf, weg, und begnügte sich damit, daß der Käufer sie erst später bezahlte, so verlangte er dafür mehr. Dagegen haben zumindest die Hanafiten nichts einzuwenden:

Ein Mann hat mit einem anderen viele Kaufverträge abgeschlossen, pflegt mit ihm eine enge Geschäftsbeziehung und hat daraus eine Forderung gegen den anderen (*wağaba lahū ʿalaihī dain*). Dann verkauft er ihm eine Ware, die bar 100 Dinare wert ist, für 150 Dinare auf Kredit. Pflegen die Menschen nicht auf diese Weise Kaufverträge abzuschließen? Denn wenn sie Stundung gewähren, erhöhen sie den Preis (*iḏā aḫḫarū izdādū*), was ist daran auszusetzen? Wenn das den Menschen verboten sein sollte, dann müßten die meisten Kaufverträge verboten sein![102]

Aufschub einer Leistung darf grundsätzlich gewährt werden und hat anerkanntermaßen einen Einfluß auf den Preis. Nur bei *ribā*-Gütern ist das verboten. Was ist es nun, das die Vereinbarung eines Kreditelementes bei bestimmten Gütern so verwerflich macht?

Die späteren Hanafiten begründen das Verbot von ihrem Grundsatz her, daß *ribā* ein Überschuß ohne Gegenleistung sei (s.o. 15.3.). Beim Austausch von *ribā*-Gütern hat der Aufschub einer Leistung einen Einfluß auf das Austauschverhältnis. Die aufgeschobene Leistung ist aber weniger wert als die bare, doch darf die Gewährung einer Lieferungs- oder Zahlungsfrist nicht gesondert in Anschlag gebracht werden, etwa dadurch daß man ihr einen mengenmäßigen Überschuß gegenüberstellt. Bei dem, der nicht sofort leisten muß, verbleibt also ein „Mehrwert":

Das Verbot erging im Hinblick auf einen Wertüberschuß in tatsächlicher Hinsicht (*ḥaqīqat^an^*) oder in „rechtlicher" Hinsicht (*ḥukm^an^*), wenn ein Fälligkeitstermin vereinbart wurde[103].

Ähnlich klingt auch die Definition Šāfiʿī's[104]:

Ribā bei Bargeschäften (*naqd*) liegt im Überschuß (*ziyāda*) an Hohlmaß oder Gewicht und bei Kreditgeschäften (*dain*) im Überschuß an Frist.

15.4.2. Das Darlehen: unentgeltliche Hilfe „unter Brüdern"

Eine Beziehung des *ribā* zum Darlehen, die die Juristen nicht aussprechen, die aber dennoch zumindest bei den Hanafiten auf der Hand liegt, ergibt sich daraus, daß ein Darlehen grundsätzlich nur in vertretbaren und verbrauchbaren Sachen[105] abgeschlossen wird. Das sind die *ribā*-Güter der Hanafiten. Wenn nun aber ausgeschlos-

---

101 *Sarahsī* XII S. 126, 130; s.o. 13.1.

102 *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 695; vgl. auch *Sarahsī* XIII S. 125 Z.19: „Grundsätzlich ermöglicht die Frist einen Abzug im Wert, so daß die aufgeschobene Leistung weniger wert ist als die sofort vorgenommene." *Goitein*, MS I S. 197 berichtet, daß vor allem im Großhandel Zahlungsaufschub gang und gäbe war; die jüdischen Rechtsgelehrten argumentierten ähnlich wie Šaibānī: „When Maimonides was asked whether this procedure was not objectionable since it involved some sort of veiled interest, he replied that without it most livelihoods would come to a standstill." Vgl. auch a.a.O. S. 256.

103 *Sarahsī* XII S. 189 Z.15.

104 *Šāfiʿī* III S. 12 Z.14.

105 *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 726 ff.: was nach Hohlmaß, Gewicht oder nach Zahl bestimmt wird, wenn alle Einzelstücke der Gattung in etwa gleich sind, wie z. B. Eier, Nüsse, Kupfermünzen, nicht aber Textilien, Vieh etc. Nach Ansicht der „Medinenser" konnte Vieh so exakt beschrieben werden, daß es auch vertretbar war. Aus anderen Gründen verboten sie allerdings ein Darlehen über eine Sklavin abzuschließen; vgl. Kāsānī V S. 234 Z.34.

sen ist, daß man *ribā*-Güter sofort liefert und als „Gegenleistung" später an einem bestimmten Termin gleichartige erhält, so ist doch damit eigentlich auch das Darlehen verboten. Das Darlehen, das die Iraker *qarḍ*, die Medinenser wie den Lieferungskauf *salaf* nennen[106], hat aber einen anderen Charakter als die unter das *ribā*-Verbot fallenden Geschäfte. Es gilt als unentgeltliches Geschäft, ist als solches außerhalb des Bereichs der Austauschverträge angesiedelt und untersteht eigenen Regeln. Kāsānī stellt das Darlehen an die Seite der (ebenfalls unentgeltlichen) Sachleihe (*iᶜāra*)[107] und stellt beide den entgeltlichen Austauschverträge (*mubādala*) gegenüber, bei denen eine Leistung für die andere gegeben wird. Wie alle unentgeltlichen Verträge ist auch das Darlehen jederzeit widerruflich, das heißt, daß eine vereinbarte Frist den Gläubiger nicht rechtlich bindet; er kann sein Kapital jederzeit zurückfordern, das Recht mischt sich hier nicht ein[108]. Das Darlehen ist ein Akt der Freigiebigkeit, für die sich die leistende Partei keinerlei Vorteil versprechen lassen darf. Das Vorteil bringende Darlehen (*qarḍ ǧārr manfaᶜa*), also eines, das nach dem Prinzip der Austauschverträge funktionieren würde, ist verboten[109]. Niemand darf sich etwas anderes ausbedingen als die Rückgabe des Geleisteten. Die kann er allerdings jederzeit verlangen.

Das Verbot des *ribā an-nasī'a* ist ein Instrument, um das Darlehen als Akt der Brüderlichkeit von den entgeltorientierten Austauschverträgen abzugrenzen. Der Empfänger von *ribā*-Gütern darf sich nicht auf eine bestimmte Zeitdauer verlassen, während der er das Kapital behalten darf; der Kreditgeber darf sich nicht einen über die Rückzahlung hinausgehenden Vorteil versprechen lassen. Das Darlehen ist also als zinslose „brüderliche Hilfe" konzipiert. Eine Überlieferung von dem Prophetengenossen ᶜAbd Allāh ibn ᶜUmar drückt das so aus:

Ein Mann kam zu ᶜAbd Allāh ibn ᶜUmar und sagte: „Abū ᶜAbd ar-Raḥmān, ich habe einem Manne einen Kredit (*salaf*) gegeben und mir ausbedungen, daß er mir Besseres zurückgeben solle, als ich ihm gab." ᶜAbd Allāh ibn ᶜUmar entgegnete: „Das ist *ribā*!" Der andere fragte: „Was befiehlst du mir dann, Abū ᶜAbd ar-Raḥmān?" ᶜAbd Allah ibn ᶜUmar antwortete: „Es gibt dreierlei Arten von Kreditgeschäften: den Kredit, den du gewährst und dabei Gottes Wohlwollen erstrebst; Gottes Wohlwollen wird dir zuteil werden[110]. Den Kredit, den du gewährst und dabei das Wohlwollen deines Gefährten erstrebst; das Wohlwollen deines Gefährten wird dir zuteil werden[111]. Den Kredit, den du gewährst, um etwas Schlechtes für etwas Gutes zu erhalten (sic!); das ist der *ribā*." Der andere fragte: „Was befiehlst du mir dann, Abū ᶜAbd ar-Raḥmān?" Dieser entgegnete: „Ich meine, daß du

---

[106] Deutlich wird das vor allem in der Gegenüberstellung der Ansichten von Abū Ḥanīfa und den Medinensern; während Abū Ḥanīfa von *qarḍ* spricht, bezeichnen die Medinenser das gleiche Geschäft als *salaf*, vgl. *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 726 f.

[107] Während bei dem Darlehen nur die Rückgabe eines „gleichen", nicht der hingegebenen Sache selbst, geschuldet wird, ist der Schuldner bei der Sachleihe verpflichtet, dasselbe Stück zurückzugeben, vgl. *Kāsānī* VII S. 234 Z.36.

[108] So jedenfalls nach den Hanafiten und Šāfiᶜī; die malikitische Rechtsschule hielt die Vereinbarung einer Frist für die Rückzahlung für bindend; vgl. die Darstellung bei *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Ṣaġīr (darin Šurūṭ Kabīr) S. 471 f.; vgl. *Ḫaṣṣāf* S. 105 Nr.40-1; *Šāfiᶜī* VII S. 92 Z.13; *Ṭaḥāwī* S. 84; *Kāsānī* V S. 234 Z.31, 36.

[109] Vgl. schon *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 680 ff. v.a. S. 681 f. Nr.92, S. 677 Nr.86; *Ḫaṣṣāf* S. 4 Nr.2-4.

[110] Gemeint ist das Almosen, die *ṣadaqa*.

[111] Gemeint ist der zinslose Kredit.

den Zettel[112] zerreißen solltest. Wenn er (scil.: dein Schuldner) dir dann etwas gibt, das dem entspricht, was du ihm gabst, so nimm es an. Gibt er dir etwas Schlechteres und du nimmst es an, so wirst du (dafür) belohnt. Gibt er dir freiwillig etwas Besseres, so ist dies ein Dank, den er dir erweist, und du hast den Lohn für das, was du an Kredit gewährt hast."[113]

Wenn es also verboten ist, sich mehr auszubedingen, als man hingegeben hat, so gilt es doch als verdienstlich, wenn der Schuldner seinem Gläubiger freiwillig mehr oder etwas Besseres als das Empfangene zurückzahlt[114]. Vom Propheten wird der Ausspruch überliefert: „Die besten Menschen erfüllen besser."[115] Solange keine entsprechende Vereinbarung getroffen wurde, durfte der Gläubiger den Überschuß annehmen, selbst wenn das dem allgemeinen Brauch entsprach und der Gläubiger sich also von Anfang an ausrechnen konnte, daß er mehr oder etwas Besseres zurückbekommen würde[116]. Solange der Schuldner nicht ausdrücklich versucht, sich rechtlich zu binden, steht dem nichts im Wege. Etwas strenger war hier wieder Mālik, der es nur dann für zulässig hielt, eine Schuld besser zu erfüllen, wenn das weder auf Vereinbarung noch auf Verständigung noch auf Brauch (*ᶜalā šarṭ^in au wa'y^in au ᶜādat^in*) beruhte, sondern ausschließlich aus „reinem Herzen" (*ᶜalā ṭīb an-nafs*) geschah[117].

Die von den Hanafiten und Šāfiᶜī vertretene Meinung, die sich der Spekulation über Motive und Absichten der Vertragsschließenden verschließt, öffnet dem Mißbrauch allerdings wieder ein Schlupfloch. Goitein berichtet, daß Bankiers verdeckten Zins nahmen, indem sie Münzen ausgaben, die nicht mehr das volle Gewicht hatten; die Rückzahlung erfolgte dann mit vollwertigen Münzen[118]. Solche Transaktionen sind auch Gegenstand einer Diskussion zwischen Irakern und Medinensern in Šaibānī's *Kitāb al-ḥuǧǧa*[119]. Schon Abū Ḥanīfa verbot, daß jemand mangelhafte Münzen ausgab und sich vollgewichtige zurückzahlen ließ, da er „mehr einforderte, als ihm rechtmäßig zustand" (*iqtaḍā akṯara min ḥaqqihī*). Die Medinenser hingegen hielten das nicht für anstößig. Ihrer Ansicht nach fiel das noch unter kaufmännische Gewandtheit (*al-mukāyasa wa 't-tiǧāra*) und war eine allgemein anerkannte (*maᶜrūf*) Praxis. Nach Ansicht Šaibānī's widersprach das jedoch eindeutig dem *ribā*-Verbot. Bessererfüllung wurde nur dann gebilligt, wenn der Schuldner freiwillig, ohne daß eine entsprechende Vereinbarung getroffen worden war, dem Gläubiger bei der Erfüllung noch etwas draufgab.

---

112 *Aṣ-ṣaḥīfa*, gemeint ist der Schuldschein; ein Beleg dafür, daß Geschäfte mit Kreditelementen, wie im Koran empfohlen, üblicherweise schriftlich niederlegt wurden, s.o. Kapitel 11.3.

113 *Mālik*, Muwaṭṭa' S. 681 f. Nr.92. Auch im jüdischen Recht hat das Darlehen dem „Gebot der Großzügigkeit" folgend den Charakter einer sittlichen Pflicht gegenüber dem in Not geratenen Mitbürger und ist als solches zwingend zinslos, vgl. *Klingenberg*, a.a.O. S. 51.

114 *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 645, 680 f.; *Šaibānī*, Muwaṭṭa' S. 293 Nr.826 ff.; *ders.*, Aṣl S. 19 f. Nr.65-68, S. 69 Nr.207; *ders.*, Ḥuǧǧa II S. 611 f.; *Abū Yūsuf*, Āṯār S. 184 Nr.835 überliefert allerdings von weitergehenden Skrupeln des Prophetengenossen Ibn Masᶜūd, der sich weigerte, eine bessere Rückzahlung anzunehmen; *Šāfiᶜī* III S. 28 Z.13; VII S. 182 Z.16; *Sarahsī* XIV S. 35 ff.; *Kāsānī* VII S. 396 Z.29. Das jüdische Zinsverbot erfaßte auch solche freiwilligen Gaben des Darlehensnehmers an den Gläubiger, vgl. *Klingenberg*, a.a.O. S. 79.

115 *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 680 Nr.89; *Šāfiᶜī* VII S. 182 Z.16.

116 So ausdrücklich *Šāfiᶜī* III S. 28 Z.16.

117 *Mālik*, Muwaṭṭa' S. 681 Nr.90.

118 *Goitein*, MS I S. 247.

119 *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 611 f.

15.4.3. Erlaß und Teilerlaß

Daß der Leistungsaufschub einen wirtschaftlichen Wert hatte, war den Handeltreibenden wohl bewußt: Wer davon profitierte, mußte sich mit weniger als Gegenleistung zufriedengeben, als einer, der sofort lieferte. Das war auch von den Juristen anerkannt. Wenn jedoch der Gläubiger früher an das kommen wollte, was ihm zustand, so hätte das konsequenterweise bedeutet, daß er dem Schuldner für die Abkürzung der Frist etwas geben oder ihm einen Teil der Schuld erlassen müßte. Das verbieten die meisten Juristen jedoch. Nach ihrer Ansicht war es unzulässig, eine noch nicht fällige Schuld als Gegenleistung dafür teilweise zu erlassen, daß der Schuldner sie sofort beglich. Der Gläubiger mußte dem Schuldner das eventuell daraufhin geleistete Geld zurückgeben und dieser schuldete das gesamte Geld erst beim Fälligkeitstermin[120]. Die Erlaß-Transaktion wird also rückgängig gemacht. Wie es zu solchen Geschäften kam, illustriert eine Überlieferung von dem Prophetengenossen Zaid ibn Ṯābit: Jemand verkaufte in einem Ort Stoffe auf Kredit; dann wollte er jedoch vor dem Fälligkeitstermin nach Kūfa aufbrechen. Die Schuldner schlugen ihm vor, er solle ihnen einen Teil der Schuld erlassen, dann würden sie sofort zahlen. Als der Gläubiger in dieser Sache bei Zaid ibn Ṯābit Rat suchte, verbot dieser ihm, sich darauf einzulassen. Šaibānī erläutert das Verbot: Das sei so, als ob jemand eine kleinere Menge bar, gegen eine erst später zu zahlende, größere Menge desgleichen Stoffes austausche[121]. Es werden gleichartige Gegenstände in unterschiedlicher Menge ausgetauscht, wobei eine Leistung auch noch kreditiert ist. Mālik[122] stellt explizit eine Verbindung zum *ribā*-Verbot her: Es handele sich hier gewissermaßen um das Gegenstück des *ribā al-ǧāhilīya*, der „Urform" des *ribā* (s.o. 15.1.). Während bei diesem der Gläubiger seinem Schuldner bei Fälligkeit die Frist gegen einen Aufschlag auf die Schuld verlängerte, wurde im Falle des Erlasses die Frist gegen einen Abzug vom Betrag der Schuld verkürzt.

Im Irak scheint das allerdings zunächst nicht anerkannt gewesen zu sein. Abū Yūsuf überliefert[123], daß Ibrāhīm an-Naḫaʿī nichts dabei gefunden habe, daß der Gläubiger seinem Schuldner einen Teil der Schuld erläßt, wenn dieser früher als ausbedungen zahlte. Die Forderung gehöre zum Vermögen des Gläubigers, deshalb könne er darüber verfügen und dem Schuldner davon etwas erlassen. Es setzte sich jedoch die entgegengesetzte Auffassung durch, die offenbar von Medīna ausging: Abū Yūsuf überliefert auch zwei Traditionen von der medinensischen Autorität Ibn ʿUmar[124]. Die zweite richtet sich ausdrücklich gegen die irakische Meinung: Ein Mekkaner habe seinem Schuldner gegen Sofortzahlung etwas von seiner Schuld erlassen wollen; der Schuldner fragte Ibn ʿUmar um Rat, doch der verbot es ihm. Der Schuldner sagte: „Aber es ist doch sein Vermögen, wovon er mir etwas schenkt!" Als Ibn ʿUmar es ihm weiterhin verbot und der Schuldner nicht von ihm abließ, nahm Ibn ʿUmar seine Hand und sagte: „Dieser will, daß ich ihm *ribā* zu essen gebe!" Das

---

120 *Šaibānī*, Aṣl S. 206 Nr.46; dazu *Sarahsī* XIII S. 126 Z.5.
121 *Šaibānī*, Muwaṭṭaʿ S. 271 Nr.769.
122 *Mālik*, Muwaṭṭaʿ II S. 672 f. Nr.81 f.
123 *Abū Yūsuf*, Āṯār S. 185 Nr.839.
124 *Abū Yūsuf*, Āṯār S. 185 f. Nr.840, 841.

Verbot, etwas als Gegenleistung für eine Verkürzung der Leistungsfrist zu erlassen, wurde dann auch in der hanafitischen Rechtsschule zur „herrschenden Meinung".

15.5. Transaktionen in anderen Gütern

Das *ribā*-Verbot kann nach Ansicht der Hanafiten auch Verträge erfassen, deren Gegenstand andere als *ribā*-Güter sind, Waren also, die weder nach Hohlmaß noch nach Gewicht verkauft werden. Bestandteil des *ribā*-Verbots ist bei ihnen auch die allgemeine Regel, daß bei einem Austausch von Gütern gleicher Art keine Leistung aufgeschoben werden darf[125]. Das ergibt sich schon aus der Überlieferung von Ibrāhīm an-Naḫaʿī (4) und so entscheiden in seinem Gefolge auch Abū Ḥanīfa und seine Schüler[126]. Auch Mālik geht über den Kreis der *ribā*-Güter hinaus, sein Abgrenzungskriterium ist allerdings unschärfer: Für ihn kommt es darauf an, ob sich die auszutauschenden Gegenstände „deutlich unterscheiden" (*bāna iḫtilāfuhū*). Wenn das so ist, dann dürfen sie in jedem Verhältnis und auch unter Vereinbarung eines Fälligkeitstermins für eine Leistung ausgetauscht werden. Unterscheiden sie sich nicht deutlich, so ist nicht nur der Leistungsaufschub verboten, sondern auch der Austausch zu ungleichen Mengenverhältnissen[127]. Auch das ist Ausdruck seiner wertenden Betrachtungsweise: Nur wenn von den auszutauschenden Kamelen eines deutlich besser ist, ist es gerechtfertigt, es gegen zwei schlechtere auszutauschen.

15.6. Rückkaufsgeschäfte am Rande des *ribā*-Verbotes

Ein verbreiteter Weg, das *ribā*-Verbot zu umgehen, war, anstelle eines zinsbringenden Kredites eine Folge von Austauschgeschäften abzuschließen. Sie fanden Eingang in das europäische Recht als *ricorsa* bzw. *contractus almohatrae*[128]. Die Grundform besteht darin, „daß der Darleiher dem Entleiher einen Gegenstand verkauft, dessen Preis er an einem bestimmten Termin zu zahlen hat; darauf kauft der Händler denselben Gegenstand für eine geringere Summe zurück; dann ist der zweite Preis das geliehene Kapital, die Differenz zwischen beiden Preisen die Zinsen und der beim ersten Kauf festgesetzte Termin der Zeitpunkt der Rückzahlung"[129].

Daß diese Folge von Geschäften eine Umgehung des *ribā*-Verbotes darstellte, war schon den frühesten Juristen klar; sie verboten solche Transaktionen daher jedenfalls

---

125 Vgl. *Sarahsī* XII S. 111 ff.

126 *Šaibanī*, Ḥuǧǧa II S. 644 ff.; *ders.*, Aṣl S. 59 f. Nr.177.

127 *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 610 (Sklaven), 652 f. (Tiere); bei *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 480 (Sklaven, Tiere), 645 (Baumwollstoffe).

128 Abgeleitet vom arabischen *al-muḫāṭara* („Wagnis").

129 *Schacht*, Kommentar zu *Ḫaṣṣāf* S. 65; vgl. *Goitein*, MS I S. 255: Solche Transaktionen kommen auch in den Responsa des jüdischen Rechtsgelehrten Maimonides (zwischen 1170 und 1237 n.C.) vor; *Klingenberg*, a.a.O. S. 70 berichtet, daß solche Rückkaufsgeschäfte gegen Ende des 2. Jahrhunderts n.C. als Umgehung des Zinsverbotes gebrandmarkt und verboten wurden.

dann, wenn der Händler die Ware um einen geringeren Preis zurückkaufte[130]. Der Händler, der eigentlich Kreditgeber ist, erhält dann nämlich einen Vorteil, einen Überschuß, dem keine Gegenleistung entspricht:

> Dann kommt die Ware zu ihm zurück und er behält außerdem einen Überschuß zulasten des Erstkäufers.[131]

Auch die Hanafiten neigen hier also dazu, entgegen dem äußeren Anschein beide Geschäfte als Einheit zu sehen. In gewisser Weise widerspricht das ihrem Ausgangspunkt, daß Verträge rechtlich nur nach dem äußeren Erscheinungsbild beurteilt werden dürften. Die Rückkaufsgeschäfte waren aber wohl schon zur Zeit Šaibānī's als Umgehungsgeschäfte so berüchtigt, daß selbst er eine entsprechende Absicht der Parteien unterstellte. Vor allem aber gibt es eine Reihe von Überlieferungen[132], die die Rückkaufstransaktionen verbieten, so daß Šaibānī das Verbot auf eine gesicherte Basis und nicht nur auf „Vermutungen" stützen konnte, wie er es so oft den Medinensern vorwarf.

Die Verbindung der beiden Geschäfte wird vor allem dadurch deutlich, daß der Verkäufer dieselbe Ware um einen geringeren Preis zurückkauft, noch bevor er den ersten Kaufpreis erhalten hat, und die daraus entstehende Forderung des ursprünglichen Käufers mit seiner Forderung aus dem ersten Kaufvertrag verrechnet. Das entspricht einer Aufrechnung. In der rechtlichen Bewertung werden nun alle Posten in eine Gesamtrechnung eingestellt; verbleibt dabei für den Verkäufer ein Überschuß, so ist dieser nicht mehr durch eine Gegenleistung gerechtfertigt.

Der Grundsatz der rechtlichen Trennung gilt jedoch wieder, sobald diese Verbindung wegfällt. Hat also der Käufer den Preis schon vollständig beglichen, so darf der ursprüngliche Verkäufer die Ware zurückkaufen, wie immer er will. Auch wenn der Kaufpreis im zweiten Vertrag höher oder zumindest ebenso hoch ist wie im ersten, gilt der Rückkauf als eigenständiger Vertrag, selbst wenn der Käufer den Kaufpreis, den er aus dem ersten Kaufvertrag schuldet, noch gar nicht entrichtet hat. In diesen Fällen wird der ursprüngliche Kreditkauf durch Vertrag gewissermaßen wieder rückgängig gemacht, ohne daß bei dem Verkäufer, der seine Ware ja zurückbekommt, ein Überschuß verbliebe. Das ist der eigentlich kritische Punkt; wenn er für die Vertragsauflösung draufzahlen muß, so hindert das die Wirksamkeit nicht, nur wenn der Schuldner des *dain* die Ware hergeben muß und dafür nicht einmal vollständig von seiner Schuld befreit wird, greift das Recht ein. Dann wurde offensichtlich ein Wert, der verbleibende Rest der Schuld, aus dem Nichts geschaffen und nur einer hat eine rechtlich greifbare Leistung erbracht.

Gleichfalls verboten ist, daß der Verkäufer die Ware zwar zum gleichen Preis zurückkauft, sich jedoch eine längere Zahlungsfrist ausbedingt, als die beim ersten Kauf vereinbarte. Hier liegt sein nicht abgedeckter Vorteil darin, daß er seine Sache zurück und einen längerfristigen Kredit hat als der, den er dem Käufer gewährte.

---

130 *Šaibānī*, Aṣl S. 203 Nr.42; dazu *Sarahsī* XIII S. 22 Z.7; *Šaibānī*, Ǧāmiᶜ Ṣaġīr S. 104 Nr.11 f.; *ders.*, Ḥuǧǧa II S. 746 ff.; *Abū Yūsuf*, Āṯār S. 186 Nr.843; *Ṭaḥāwī* S. 82 Z.1; *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 610 f.; anderer Ansicht war *Šāfiᶜī* III S. 33 Z.12, dazu weiter unten.

131 *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 747.

132 *Ebd.*; zum Teil auch in *ders.*, Aṣl S. 206 Nr.54; und *Abū Yūsuf*, Āṯār S. 186 Nr.43.

Würde allerdings der Preis beim Rückkauf nur um ein Geringes erhöht, so wäre der Vorteil der längeren Zahlungsfrist zumindest formal durch eine Gegenleistung abgedeckt, so daß zumindest die Hanafiten nichts gegen ein solches Vorgehen einzuwenden haben[133]. Hier waren die Medinenser strenger. Sie verboten das Geschäft auch dann, wenn der Erstkäufer den Preis erhöhte, weil sie auch darin noch ein Umgehungsgeschäft des *ribā*-Verbotes vermuten[134]. Wahrscheinlich argwöhnten sie, daß die Erhöhung des Preises so minimal ausfallen würde, daß sie den Wert der längeren Frist nicht abdecken könnte.

In allen Fällen kann der Verkäufer das Verbot nicht dadurch umgehen, daß er „Strohmänner" vorschiebt, die wirtschaftlich im gleichen Lager stehen wie er: Verboten ist nämlich auch der Rückkauf durch Personen, die dem Verkäufer nahestehen, wie z. B. seinen Sohn, seinen Vater, seine Sklaven, seinen Bevollmächtigten[135].

Auch wenn man die verkaufte Sache vor Zahlung des Kaufpreises zusammen mit einer anderen an den ursprünglichen Verkäufer zurückverkaufte, griffen die Regeln ein: Abū Ḥanīfa, Abū Yūsuf und Šaibānī verlangten, daß sich aus dem zweiten Kaufvertrag ablesen lassen müsse, daß der Anteil des Preises, der für das zurückverkaufte Objekt bezahlt wird, ebenso hoch oder höher ist, als der im ersten Kaufvertrag vereinbarte. Ṭaḥāwī empfiehlt daher, im Kaufvertragsformular ausdrücklich den Preis einer jeden Ware gesondert anzugeben und hervorzuheben, daß der Preis für die zurückverkaufte Sache nun mindestens ebenso hoch sei, wie bei der ersten Transaktion[136].

Wenn allerdings das Wertverhältnis zwischen Preis und Ware beim Rückkauf ein anderes ist, als beim Verkauf, so werden beide Verträge wieder gesondert bewertet. Der Verkäufer darf dann die Ware zurückkaufen, und zwar sogar noch bevor er selbst den Kaufpreis erhalten hat. Das ist der Fall, wenn die Ware zwischenzeitlich ein Mangel befallen hat[137], oder wenn der Preis beim Rückkauf in anderen Gegenständen besteht, selbst wenn deren Wert geringer ist, als der erste Kaufpreis[138]. Hier können die Wertverhältnisse nicht mehr direkt verglichen werden; der Überschuß, der beim Erstkäufer verbleibt, läßt sich nicht unmittelbar aus der Differenz zwischen den Preisen bei Hin- und Rückkauf ablesen, sondern müßte erst durch Schätzung bestimmt werden[139]. Ebenso ist es, wenn der Verkäufer beim Käufer nicht

---

133 *Šaibānī*, Aṣl S. 205 Nr.44; *ders.*, Ḥuǧǧa II S. 747.

134 Bei *Šaibānī*, Ḥugga II S. 746; vgl. Šaibānī's Gegenargumente a.a.O. S. 753.

135 *Šaibānī*, Aṣl S. 204 Nr.43, Abū Yūsuf und Šaibānī erlaubten allerdings den Rückkauf durch Vater oder Sohn; vgl. *Sarahsī* XIII S. 123 Z.22; *Kāsānī* V S. 5: In den Fällen, wo die Wirkung des Geschäfts den „Hintermann" trifft, muß sich dieser so behandeln lassen, als habe er selbst kontrahiert.

136 *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 169 Nr.2.0.

137 *Šaibānī*, Aṣl S. 203 Nr.42; ausdrücklich stellt Šaibānī klar, daß ein plötzlicher Preisverfall dem Mangel nicht gleichgestellt wird.

138 *Šaibānī*, Aṣl S. 205 Nr.44; *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 168 1.0ter berichtet, daß Abū Ḥanīfa, Abū Yūsuf und Šaibānī im Wege des *istiḥsān* Dinare und Dirhams hier gleichgestellt hätten. Es war also nach ihrer Ansicht nicht zulässig, etwas, das man um Dinare verkauft hatte, für einen geringeren Betrag in Dirhams zurückzukaufen. Es ist auffällig, wie sehr die Hanafiten hier von ihrer sonst strikt formalen Betrachtungsweise abweichen.

139 So die Erklärung *Sarahsī's* XIII S. 123 Z.12.

dieselbe Ware zurückkauft, sondern etwas anderes nimmt, auch, wenn dessen Wert geringer ist, als der der zunächst verkauften Ware[140].

Während die Hanafiten zusammen mit den Mālikiten bei den Rückkaufsfällen eher einer wertenden Betrachtungsweise zuneigen, bleibt Šāfiʿī dem Prinzip treu, daß die rechtliche Bewertung sich nur nach dem äußeren Erscheinungsbild richten dürfe. Äußerlich handelt es sich aber um zwei Kaufverträge, die nicht ausdrücklich etwa derart verbunden sind, daß schon im ersten Vertrag gleich die Verpflichtung zum Rückkauf vereinbart wird. Deshalb gestattet er dem Käufer einer Ware diese, sofern er sie schon in Besitz genommen hat, zu verkaufen wie und an wen er will. Er darf sie also auch an seinen Verkäufer zu einem geringeren Preis zurückverkaufen[141]. Wie die Iraker selbst anerkennen müßten, spreche, so Šāfiʿī, die Systematik (er verwendet das Wort *qiyās*) dafür, den Kaufvertrag zu erlauben: Verträge können immer nur aus einem Grund nichtig sein, der in ihnen selbst liegt, nicht aus einem Grund, der vor oder nach ihnen liegt. In diesem Fall sei gegen den zweiten Kaufvertrag nichts einzuwenden, denn verboten sei nur, über etwas zu verfügen, das man noch nicht besitzt. Der Käufer hat hier aber die Ware in Besitz und damit in seinen Risikobereich (*ḍamān*) übernommen; der erste Kaufvertrag ist damit abgeschlossen (auch wenn der Käufer den Preis noch nicht bezahlt hat). Nun steht es ihm frei, darüber zu verfügen, wie er will. Schließt er nun mit seinem Verkäufer wieder einen Kaufvertrag, so hat der keine Beziehung mehr zu dem ersten. Šāfiʿī argumentiert von einer wesentlich abstrakteren Warte aus und wendet das formale Prinzip noch konsequenter an, als die Iraker. Das verschließt ihm die Möglichkeit, selbst offensichtliche und wohl auch berüchtigte Umgehungsgeschäfte zu erfassen.

Daß allerdings auch die Iraker, bzw. die Schule der Hanafiten, mit dem Verbot zu leben verstand, den Rückkauf zu einem geringeren Preis grundsätzlich nicht vor der Bezahlung des Kaufpreises zu vollziehen, zeigt ein Blick in die rechtspraktische Literatur. Ṭaḥāwī gibt in seinem Formularhandbuch Anleitungen, wie man Kaufverträge abschließen kann, ohne – möglicherweise ungewollt – gegen eine dieser Regeln zu verstoßen. Einen Rückkauf zu einem höheren Preis könne man bedenkenlos abschließen und dafür ein normales Formular aufsetzen[142]. Wolle man um einen geringeren Preis die gleiche Sache zurückkaufen, so solle man kein Formular aufsetzen, da viele Juristen eine solche Transaktion verböten. Nur wenn die Sache in den Händen des Käufers mittlerweile etwa durch einen Mangel an Wert verloren habe, oder wenn der erste Käufer der Sache, der jetzige Verkäufer, den Kaufpreis schon entrichtet habe, könne man ein Formular aufsetzen, in dem man allerdings ausdrücklich den Mangel oder die Zahlung erwähnen solle[143].

Während sich Ṭaḥāwī's Formularhandbuch eher als Hinweis an gutwillige Vertragsparteien liest, die sich nicht in den schwierigen Einzelheiten dieser Rückkaufs-

---

140 *Šaibānī*, Aṣl S. 206 Nr.45; dazu *Sarahsī* XII S. 125 Z.23; *Šaibānī*, Muwaṭṭa' S. 272 Nr.771; hier entschieden die Medinenser anders, nach ihrer Ansicht war diese Transaktion verboten, vgl. *Malik*, Muwaṭṭa' II S. 643 Nr.47 f., doch hielten sie es für zulässig, daß der Verkäufer seine Forderung dazu benutzte, bei einem Dritten einzukaufen, indem er sie „abtrat"; gegen beides *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 587 ff.; vgl. auch oben 14.2.4.

141 *Šāfiʿī* III S. 33 f. Z.12.

142 *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 167 Nr.1.0.

143 *Ṭaḥāwī*, a.a.O. S. 168 Nr.1.0.bis, ter.

verbote verfangen möchten, geben die Rechtskniffbücher (*Kutub al-ḥiyal*) weitgehend ungehemmt Hinweise auch für solche Parteien, deren eigentliches Ziel es ist, zinsbringende Darlehen abzuschließen. Ḫaṣṣāf[144] beispielsweise rät dem Erstkäufer (resp. dem Darlehensnehmer) die Ware um ein Geringes im Wert zu mindern; handelt es sich um ein einzelnes Stück, so fügt er ihm einen kleinen Mangel bei, handelt es sich um eine Sachgesamtheit, so nimmt er ein Stück heraus. In diesen Fällen darf er die Ware, wie wir sahen, zu einem geringeren Barpreis zurückverkaufen. Die Transaktion ist nicht verboten und die Parteien erreichen mit reinem Gewissen, was sie wollten. Der Betrag, um den die Forderung des Erstverkäufers (resp. des Darlehensgebers) höher ist als der bar bezahlte Preis, bildet den Zins.

Ist ein solches Vorgehen allerdings unmöglich, so soll der Verkäufer, also der Darlehensgeber, zu der Sache noch eine Kleinigkeit hinzufügen, die der Käufer (resp. der Darlehensnehmer) beim Rückverkauf behält. Als weitere Möglichkeit schlägt Ḫaṣṣāf vor, eine dritte Person als „Strohmann" einzuschalten: Der Erstkäufer (resp. der Darlehensnehmer) schenkt und übergibt diesem dann zunächst die Ware und der ursprüngliche Verkäufer (resp. der Darlehensgeber) erwirbt sie danach von diesem für einen geringeren Preis. Vorausgesetzt ist natürlich, daß der Strohmann den bar empfangenen Preis (resp. das Darlehenskapital) an den Erstkäufer (resp. den Darlehensnehmer) weitergibt.

Hatte der Händler keine Ware zur Verfügung, so konnte auch eine Ware des Käufers als fiktiver Kaufgegenstand dienen. So herum machte das Geschäft weniger Probleme: Der Darlehensgeber konnte dem Entleiher die Ware abkaufen, und als Preis soviel in bar bezahlen, wie der Entleiher brauchte. Da der „Preis" damit schon entrichtet worden war, war es nun ohne weiteres möglich, daß der Darlehensgeber dieselbe Ware dem Entleiher zurückverkaufte, dabei soviel auf den Preis aufschlug, wie als Zins vereinbart worden war und den Kaufpreis auf einen bestimmten Termin hin stundete[145]. Jeder Kaufvertrag konnte juristisch als getrennt betrachtet werden, die Verknüpfung hin zum Darlehensgeschäft erhielten sie erst durch die Verständigung der Parteien. Die Verpflichtung des Darlehensnehmers, die Ware zurückzukaufen, durfte nicht schon in den ersten Kaufvertrag aufgenommen werden, da dieser dadurch nichtig würde. Um zu verhindern, daß der Schuldner nach Empfang des Barpreises sich weigern würde, die Ware zurückzukaufen, mußte diese mindestens dem ausbezahlten „Kaufpreis" gleichwertig oder besser noch mehr wert sein.

Hatte der Darlehensnehmer jedoch nur geringwertige Ware, so empfahl Ḫaṣṣāf, mehrere Kaufverträge hintereinanderzuschalten:

'wenn A zum Händler sagt: ich brauche Ware für 100 Dinare und will dich dabei 50 Dinare verdienen lassen (*urbiḥuka fī ḏālika*), wobei der Händler keine Ware zur Verfügung hat, jedoch dem A, der um das Geschäft bittet, ein Sklave gehört, der 20 Dinare wert ist, der Händler aber die Besorgnis hegt, der Sklave könnte, nachdem er ihn von A für 100 Dinare gekauft und A die Dinare ausgehändigt hätte, in seiner (B) Hand bleiben? Er (Ḫaṣṣāf) sagte: B kaufe ihn von A für 20 Dinare oder weniger und nehme ihn in Besitz, darauf verkaufe B ihn dem A für 30 Dinare und übergebe ihn

---

144 *Ḫaṣṣāf* S. 7 Nr.3-1 ff. er nennt diese Transaktion *muʿāmala*, was nach *Schacht*, Kommentar zu *Ḫaṣṣāf* S. 70 die „andeutend-umschreibende, aber wohl wohl schon terminologische Bezeichnung eines *qarḍ ribawī*" ist, also eines wucherischen Darlehens.

145 *Ḫaṣṣāf*, S. 6 Nr.2-1 f.

dem A; darauf kaufe B ihn ein zweites Mal für 20 Dinare und nehme ihn in Besitz; darauf verkaufe B ihn dem A für 30 Dinare, und so verfahre B fünfmal, bis A dem B 150 Dinare schuldig wird, während A selbst 100 Dinare erhalten hat. . .dies ist zulässig, soweit es nicht auf Grund einer Vereinbarung zwischen ihnen geschieht, so daß B etwa sagte: ich will von dir diesen Sklaven kaufen mit der Maßgabe, daß ich ihn dir zurückverkaufe."[146]

Šāfiʿī[147] kann solche Geschäfte ganz ungezwungen behandeln:

Wenn ein Mann einem anderen eine Ware zeigt und sagt: „Kaufe diese und ich lasse dich daran soundsoviel verdienen", und der andere sie dann kauft, so ist der Kauf wirksam; derjenige der sagte „Ich lasse dich verdienen" hat dann die Wahl, ob er die Ware kauft oder nicht. . . Schließen sie einen zweiten Kaufvertrag ab, so ist auch dieser wirksam; wenn sie sich jedoch (schon im ersten Vertrag zum Abschluß des zweiten Vertrages) verpflichten, so ist (der erste Kaufvertrag) nichtig aus zwei Gründen: zum einen, weil sie einen Kaufvertrag abschließen, bevor der Verkäufer die Ware zu eigen hat, zum anderen, weil es ein „Wagnis"[148] ist, das zu vereinbaren.

Ohne eine solche ausdrückliche Verbindung bleiben die Parteien frei zu entscheiden, ob sie den zweiten Kaufvertrag schließen oder nicht. Dabei sei unerheblich, ob es allgemeinem „Brauch" (*ʿāda*) entspreche, den Rückkauf vorzunehmen oder nicht. „Brauch" mache nichts erlaubt und nichts verboten; Šafiʿī bleibt auch hier seinem Prinzip treu: Jeder Vertrag ist rechtlich nur aus sich selbst heraus zu beurteilen.

Wenn auch die Hanafiten hier etwas von der rein formalen Betrachtungsweise abrücken, so unterziehen sie deshalb immer noch nicht das Wertverhältnis der ausgetauschten Leistungen einer Kontrolle. Sie prüfen lediglich, ob bei einer Gesamtbetrachtung der Verträge rein formal ein Überschuß verbleibt, der nicht durch eine auch noch so geringe Gegenleistung abgegolten ist. Die formale Betrachtungsweise führt dazu, daß Verträge, die nach unserem Verständnis eigentlich als Umgehungsgeschäfte angesehen werden müßten, nicht mehr als solche gewertet werden. Die *ḥiyal*-Werke bemühen sich, offenbar doch verbreitete Praktiken des zinsbringenden Kredits, nach denen ein gewisses wirtschaftliches Bedürfnis bestanden haben muß, in das System des Rechts einzupassen. Das geschieht aber wie häufig, nicht im Wege der offenen Anerkennung, sondern dadurch, daß man Mittel und Wege sucht, die Intentionen der Parteien so zu verwirklichen, daß sie aus dem formal verstandenen Bereich des *ribā*-Verbotes herausbugsiert werden können. Das Recht gibt der Praxis zwar rechtliche Formen, doch geschieht das nicht offen, sondern schamhaft verborgen, indem die rechtliche Grauzone bis zur Neige ausgeschöpft wird. Das Ganze hat dann weniger den Charakter eines „Handelsrechts", geschweige denn eines *law merchant*, sondern eher den eines Kompromisses zwischen wirtschaftlichen Bedürfnissen und religiösen und rechtssystematischen Anforderungen.

---

146 *Ḫaṣṣāf* S. 6 Nr.2-6 f. in der Übersetzung von *Schacht*, ebd. S. 46. Weitere Kniffe: S. 6 Nr.2, 3-5 und 2,8.

147 *Šāfiʿī* III S. 33 Z.27.

148 *Šāfiʿī* verwendet hier den Begriff *muḫāṭara*, den Terminus, unter dem die Rückkaufsfälle Eingang in das eurpäische Recht fanden (s.o.), und der möglicherweise hier schon diese terminologische Bedeutung hat.

15.7. Das Schuldanerkenntnis (*iqrār*) und der Einwand des *ribā*

Wollten Parteien tatsächlich das Wucherverbot umgehen, so kam es vor, daß der Schuldner dem Gläubiger ein schriftliches Schuldanerkenntnis (*iqrār*) über eine größere als die geliehene Summe gab, in die dann der Zins schon einberechnet war[149]. Auch solche Fälle wurden schon uner den frühen Juristen kontrovers diskutiert. Bewies jemand, daß ein anderer ihm für eine Schuld aus einem zulässigen Rechtsgrund einen Schuldschein (*ḏikr ḥaqq*) ausgestellt hat und erbrachte daraufhin der Schuldner Beweis dafür, daß die Schuld tatsächlich aus einem Geschäft stammte, das gegen das *ribā*-Verbot verstieß, so hielten Abū Ḥanīfa und Abū Yūsuf den Schuldner dennoch daran fest, daß er anerkannt habe, den Preis für „etwas Erlaubtes" zu schulden. Das Anerkenntnis ist nach ihrer Ansicht also so abstrakt, daß es nicht einmal durch den Nachweis eines Rechtsverstoßes angegriffen werden kann. Ibn Abī Lailā hingegen akzeptierte den Beweis des Schuldners und befreite ihn von der Schuld[150].

15.8. Der personelle Anwendungsbereich des *ribā*-Verbotes

Das *ribā*-Verbot gilt im Verhältnis zu jedem, dessen Vermögen vor Übergriffen geschützt ist, auch gegenüber Frauen und Angehörigen der „geschützten Minderheiten" wie Christen oder Juden[151]. Im islamischen Herrschaftsbereich (*dār al-islām*) ist das Vermögen eines jeden geschützt, außer das der Sklaven und Apostaten. Ob ein Muslim, der sich nicht in kriegerischer Mission außerhalb muslimischen Gebietes aufhielt, sich an das *ribā*-Verbot halten mußte, war in der frühen Zeit streitig.

Abū Ḥanīfa ging davon aus, daß ein Muslim, der sich mit einem Schutzbrief (*amān*) im nichtislamischen Gebiet befindet, in Geschäften mit Nichtmuslimen nicht durch das *ribā*-Verbot eingeschränkt ist, da das Recht der Muslime (*aḥkām al-muslimīn*) für diese Nichtmuslime nicht gelte und man ihr Vermögen beim Austausch immerhin mit ihrem Einverständnis erlangt habe. Der syrische Jurist Auzāʿī (st.774 n.C.) war demgegenüber der Auffassung, daß einem Muslim *ribā* immer verboten sei, auch in nichtmuslimischem Gebiet. Das Leben und Vermögen der Nichtmuslime seien für ihn unantastbar. Außerdem habe der Prophet auch das

---

[149] *Labib*, Geld und Kredit, JESHO 2 (1959), 236 ff. und *ders.*, Capitalism in medieval Islam, JEH 29 (1969), S. 88; *Goitein*, MS I S. 255. Solcher Vorwegabzug der Zinsen von der Darlehensvaluta findet sich schon in neubabylonischen Urkunden, vgl. *Klingenberg*, a.a.O. S. 44.

[150] *Abū Yūsuf*, Iḫtilāf S. 64 Z.10 = *Šāfiʿī* VII S. 111 Z.25.

[151] Dem widerspricht allerdings die Aussage von *Goitein*, MS I S. 256: „Taking loans on interest from Muslims and vice versa was regarded as legal." Möglicherweise klaffte Theorie und Praxis hier auseinander; allerdings konstatiert auch *Goitein*, a.a.O. S. 258 die geringe Bedeutung der wucherischen Geldleihe zwischen den Religionen vor allem im Vergleich zum europäischen Mittelalter. Vgl. auch *Klingenberg*, a.a.O. S. 34 ff., 74 ff.: Das jüdische Zinsverbot galt in biblischer Zeit offenbar zumindest zeitweise auch gegenüber nichtjüdischen Landesbewohnern; auch in nachbiblischer Zeit gab es Stimmen, die das Zinsnehmen auch von Nichtjuden verboten, doch überwogen letzlich diejenigen, die die Geltung des Zinsverbotes auf die Glaubensbrüder beschränkten.

Handeln vor dem Islam als *ribā* bezeichnet. So entscheiden auch Abū Yūsuf und Šāfiʿī[152]. Sie verstehen das *ribā*-Verbot also nicht als muslimisches Partikularrecht, auch nicht als das Recht des islamischen Staates sondern als Bestandteil der göttlichen Weltordnung.

15.9. Das *ribā*-Verbot als Bestandteil der Eigentumsordnung und seine Rolle im Recht der Austauschverträge

Das *ribā*-Verbot gilt also umfassend. Es ist Bestandteil der Eigentumsordnung, denn jeder, dessen Eigentum unter dem Schutz des Rechts steht, ist davor geschützt, es in Wuchergeschäften zu verlieren. Geht man von der Definition der Hanafiten aus, daß *ribā* jeder Überschuß ohne Gegenwert sei, so bedeutet das, daß ein Eigentümer sein Eigentum grundsätzlich nur gegen einen Gegenwert aufzugeben braucht, es sei denn, er gibt es freiwillig einseitig weg, im Wege eines unentgeltlichen Geschäftes. Das *ribā*-Verbot ist ein grundlegendes Prinzip für alle Austauschgeschäfte, also für Geschäfte, die auf Entgeltlichkeit beruhen. Unentgeltliche Geschäfte, bei denen die Erwartung einer Gegenleistung nicht verfestigt ist, werden von anderen Grundsätzen bestimmt, sind viel informaler und viel weniger rechtlich reguliert. Sie gehören einer anderen Sphäre an, dem Bereich der gegenseitigen Hilfe „unter Brüdern", was nicht bedeutet, daß der Gebende sich davon nicht auch irgendeinen „Vorteil" versprechen würde, sei es Gottes Lohn, sei es die Dankbarkeit des Empfangenden, die diesen motiviert, seinem momentanen Wohltäter sein Geschenk zu entgelten oder ihm bei Bedarf ebenso auszuhelfen.

Austauschgeschäfte gehören zu einer anderen Sphäre; hier ist die Eigennützigkeit schon in das Geschäft mit hineingenommen: Jeder leistet nur, weil er eine bestimmte Gegenleistung dafür erstrebt. Dieses Prinzip soll nicht den Bereich des Darlehens infizieren. Die Juristen bemühen sich, den verbotenen *ribā* vom erlaubten Austauschgeschäft möglichst scharf abzugrenzen. Gewinn durch Kauf und Verkauf zu erzielen ist erlaubt:

> Der Kaufvertrag wurde geschaffen, um Gewinn und Überschuß zu erstreben. Der Überschuß, dem eine Gegenleistung gegenübersteht, darf erlaubtermaßen im Wege des Kaufvertrages erworben werden[153].

Vor allem die Hanafiten verstehen das *ribā*-Verbot rein formal, verweigern sich fast jeder materiellen Wertkontrolle und erreichen dadurch eine ziemlich scharfe Abgrenzung. Das bringt Sicherheit für den Handelsverkehr, der auf die Erzielung von Gewinnen aus ist.

> Würde das Wertverhältnis zum Ausgangspunkt (*ʿilla*) genommen, so würde das dazu führen, daß der *ribā* auf alle Kaufverträge ausgeweitet würde[154].

Ribā ist der Überschuß ohne Gegenleistung (*faḍl ḫālin ʿan al-ʿiwaḍ*); er ist das

---

[152] *Šāfiʿī* VII S. 326 Z.16; vgl. dazu *Schacht*, Origins S. 287.
[153] *Sarahsī* XII S. 119.
[154] *Sarahsī* XII S. 123.

Gegenstück zum erlaubten Kaufvertrag, dem Austausch eines vermögenswerten Gutes gegen ein anderes. Beim Kaufvertrag steht der einen Leistung eine andere gegenüber. Ein Überschuß, der nicht durch eine Gegenleistung gerechtfertigt ist, widerspricht der „Natur" des Kaufvertrages als Austauschvertrag[155]. Jemand der etwas erhält, ohne etwas dafür zu geben, ist nicht besser als ein Dieb. Ein solcher Vertrag kann die grundsätzliche Unantastbarkeit des Vermögens nicht aufheben; er ist nichtig.

Den Grundsatz, daß *ribā* jeder Vorteil sei, dem kein Gegenwert entspricht, weiteten die Hanafiten im Laufe der Zeit zu einem allgemeinen Maßstab der Austauschverträge aus. Im Bereich der Nebenabreden beispielsweise[156] waren solche Vereinbarungen nichtig, die zum Nutzen einer Partei etwas vorsahen, was der Vertrag nicht ohnehin mit sich brachte (wie den Eigentumsübergang oder die Pflicht zur Übergabe oder Kaufpreiszahlung). Der Nutzen, den eine Partei aus der Abrede zog und der über den bloßen vertragsmäßigen Austausch hinausging, war ein ungerechtferigter Vorteil, dem man keine Gegenleistung gegenüberstellen konnte[157].

Jedenfalls nach Ansicht der Hanafiten sollte das *ribā*-Verbot jedoch keine Kontrolle des Austauschverhältnisses im Sinne eines gerechten Preises garantieren. Und auch Mālik und Šāfiʿī, die den Wert durchaus in die rechtliche Betrachtung einbeziehen, beschränken das *ribā*-Verbot auf die eine oder andere Art von Geschäften. Es werden überhaupt nur bestimmte Arten von Transaktionen in bestimmten Gegenständen kontrolliert. Vieles, was allgemein üblich war, bleibt frei.

Von verschiedenen Forschern wurde das *ribā*-Verbot als Ausdruck einer Art *causa*-Prinzip interpretiert[158]: „la proscription du ‚ribā' procède surtout de cette idée qu'une convention synallagmatique exige deux obligations correlatives dont chacune fait équilibre avec l'autre."[159] „L'engagement de chacune des parties ayant pour cause réciproquement celui de son partenaire, aussitôt qu'il y a différence entre les deux, l'engagement devient sans cause et conséquentement illicite."[160] Aus diesem Verständnis heraus sprachen einige auch zumindest mißverständlich von einem „Äquivalenzprinzip"[161], einem Prinzip des „gerechten Austausches"[162], oder von einem Verbot der „ungerechtfertigten Bereicherung"[163]. Wie weit der Vergleich mit der *causa* führt, möchte ich hier nicht weiter ergründen, immerhin können auch nicht synallagmatische Verträge eine *causa* haben. Im islamischen Recht steht jedoch

---

155 *Sarahsi* XII S. 109 Z.12: *ḍidd ma yaqtaḍīhī 'l-baiʿ*; s.o. 15.3.

156 Dazu s.u. Kapitel 17.4.1. und 17.4.3.

157 *Marġīnānī* III S. 48.

158 Vgl. *Chehata*, Théorie S. 69 f.

159 *Arin*, Recherches historiques sur les opérations usuraires et aléatoires en droit musulman, 1909, S. 23.

160 *Ebd.* S. 24.

161 *Chehata*, Théorie S. 67-69, 180; *ders.*, Le contrat en droit musulman, ZVR 70 (1968) S. 93: „notion d'équivalence"; vgl. auch *Johansen*, Eigentum, Familie und Obrigkeit im hanafitischen Strafrecht, WI 19 (1979), S. 2: „Das hanafitische Recht ist in allen seinen Bereichen von der Idee bestimmt, daß jede Leistung, die eine Person einer anderen gegenüber erbringe, eine gleichwertige Gegenleistung nach sich ziehen müsse."

162 *Johansen*, Sacred and Religious Elements S. 290: „Just exchange, that is, an exchange where everything is paid off by its equivalent."

163 *Schacht*, Bergsträsser's Grundzüge S. 62 f.

das Element des Austausches im Vordergrund. Das „Gleichgewicht", die „Äquivalenz", die das islamische Recht in Austauschverhältnissen fordert, ist, zumindest was die hanafitische Rechtsschule betrifft, rein formal zu verstehen. Das *ribā*-Verbot fordert gerade keinen „gerechten Preis"; die Hanafiten weigern sich, das Wertverhältnis ungleichartiger Leistungen zu kontrollieren.

Wenn man nach Parallelen, Ähnlichkeiten, vergleichbaren Erscheinungen in uns näher liegenden Rechten sucht, so bietet sich dafür eher der Vergleich mit der *consideration* im Common Law an. Bloße Versprechen sind als solche unerzwingbar, sie müssen von einer *consideration* getragen sein. „The consideration that in law promotes a mere promise into a contractual obligation is something. . .given in exchange for the promise."[164] Der Leistung einer Partei muß eine *consideration* von Seiten der anderen Partei gegenüberstehen. Auf die Einzelheiten brauche ich nicht näher einzugehen, doch ist die Struktur sehr ähnlich. Wie das islamische Recht hält auch das Common Law einseitige Versprechen für grundsätzlich nicht bindend, es muß ihnen „etwas" gegenüberstehen. Schenkungen gehören einem anderen Bereich an; deshalb sind Schenkungsversprechen grundsätzlich nicht rechtlich durchsetzbar[165]. Das setzt sich im *ribā*-Verbot fort: Jede Leistung braucht irgendeine Gegenleistung. Wie das islamische Recht zumindest der hanafitischen Rechtsschule weigert sich aber auch das Common Law grundsätzlich, die Angemessenheit der *consideration* zu beurteilen: „The law is not at all interested in the adequacy of the consideration. The goodness of the exchange is for the parties alone to judge – the law is concerned only that there *be* an exchange."[166] Eine Ausnahme von diesem Prinzip haben wir oben schon dem Verbot des *ribā al-faḍl*, des „Überschußwuchers", gegenübergestellt: Es muß eine echte Gegenleistung sein, nicht eine, die ganz offensichtlich fingiert ist, wie der Tausch von einem Dollar gegen 600; „das Recht" läßt sich nicht für dumm verkaufen. Darüber hinaus haben wir schon im Zusammenhang mit dem Risikoverbot gesehen, daß auch das Common Law eine unsichere oder risikobehaftete Gegenleistung, „a mere chance" nicht als *consideration* akzeptiert; das islamische Recht setzt dem das *ġarar*-Verbot entgegen.

Die Parallele trägt aber noch weiter: Wie das islamische Recht hat auch das Common Law Probleme, wenn zwei Vertragsparteien miteinander noch einmal kontrahieren, bevor der erste Vertrag schon vollständig erfüllt ist („Vertragsverbindungen"). Beispiele aus dem islamischen Recht sind uns schon begegnet: etwa der Teilerlaß einer Schuld, die Stundung einer fälligen Schuld, die Rückkaufsgeschäfte. Streitig war unter den frühen Juristen, ob den Gläubiger, der seinem Schuldner bei Fälligkeit einen Aufschub gewährte, dieser Aufschub rechtlich band, oder ob er die fällige Schuld jederzeit einfordern konnte. Šāfiʿī lehnte es ab, den Gläubiger daraus rechtlich zu verpflichten,

denn der Gläubiger hat dem Schuldner nichts aus seinem Eigentum übertragen und nichts als Entgelt erhalten[167].

---

[164] *Fried*, Contract as Promise, 1981, S. 29.

[165] Inwieweit die vollzogene Schenkung dann unter dem Schutz des Rechts steht ist dann wieder eine andere Frage, s.o. Kapitel 10.2.

[166] *Fried*, a.a.O. S. 29 (Hervorhebung im Original).

[167] *Šāfiʿī* VII S. 92 Z.13 ff.; vgl. die ähnliche Darstellung bei *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Ṣaġīr (aus Šurūṭ Kabīr)

Im Common Law sind Änderungen nicht vollständig erfüllter Verträge deshalb schwer rechtlich zu fassen, weil diesen Geschäften oft die *consideration* fehlt. Wenn der Schuldner der einen Leistung mehr oder etwas anderes auf sich nimmt, ohne daß er etwas dafür erhielte, was ihm nicht schon aus dem ersten Vertrag zustand, so ist die Modifikation mangels *consideration* nichtig. Ebenso ist es, wenn umgekehrt der Gläubiger einer Schuld sich mit weniger zufrieden gibt, ohne daß er dafür etwas Neues oder anderes erhält[168]. „The promisor cannot. . .sell the same thing twice."[169]

Das „Verdächtige" an diesen Modifikationen noch nicht ausgeführter Verträge liegt in dem Umstand, daß der noch nicht erfüllte erste Vertrag Einfluß auf die Verhandlungspositionen für den zweiten hat: Kann der Schuldner im ersten Vertrag nicht zahlen, so sitzt der Gläubiger am längeren Hebel. Will der Gläubiger sich entweder ganz vom Vertrag lösen oder vor der Zeit an das kommen, was ihm zusteht, so hat der Schuldner die stärkere Verhandlungsposition.

Natürlich kommen das Common Law und das islamische Recht nicht in allen Fällen zu gleichen Ergebnissen: So ist zum Beispiel der Teilerlaß einer Schuld gegen Zahlung vor Fälligkeit oder die weitere Stundung einer Schuld gegen einen Aufschlag, die beide im islamischen Recht als *ribā* verboten sind, im Common Law erlaubt, da hier dem Erlaß oder dem Aufschlag eine eigene *consideration* in Form der Verkürzung oder Verlängerung der Frist gegenübersteht.

Es liegt mir fern, direkte Einflüsse zu behaupten oder auch nur zu vermuten. Die Entwicklung im Recht des Austauschvertrages lief eben „zufällig", oder „aus der Natur der Sache" notwendig, je nach Standpunkt, ähnlich ab. Der Vergleich mit einem uns näherliegenden, am Austausch orientierten Vertragskonzeptes kann hier das Verstehen des auf den ersten Blick so fremdländischen islamisch-rechtlichen Vertragskonzeptes erleichtern.

15.10. Die wirtschaftliche Bedeutung des zinsbringenden Kredites

Verträge mit Kreditelementen waren in der damaligen Gesellschaft ungemein wichtig[170]. Ihre Duldsamkeit ließen sich die Gläubiger der aufgeschobenen Leistung vom islamischen Recht weitgehend unbeanstandet bezahlen: Wer erst später leisten konnte oder wollte, erhielt für seine Leistung weniger. Echte Darlehen für kommerzielle Zwecke waren aber zumindest in der Wirtschaft des Mittelmeerraumes im 10.-11. Jahrhundert n.C. eher von untergeordneter Bedeutung[171]. Für Investitionen und zur Beschaffung von Kapital bediente man sich weithin der verschiedenen

---

S. 471 f. und den „Kniff", um dennoch eine rechtliche Bindung zu erreichen, bei *Ḫaṣṣāf* S. 105 Nr.40-1 f.

[168] Pinnel's Case (1602), 5 Co Rep 117; dazu vgl. *James*, Introduction to English Law, 12th ed. 1990, S. 287: „payment of a lesser sum than the amount due, cannot normally be treated as a satisfaction for an existing debt. . .But this rule will not apply if there is a material alteration in the mode of payment."

[169] *Fried*, Contract as Promise, 1981, S. 34.

[170] *Goitein*, MS I S. 151, 197; vgl. schon oben Kapitel 2.3.2.

[171] *Goitein*, MS I S. 253.

Gesellschaftsformen, die das islamische Recht bereithielt. Geldverleih war zum einen aus religösen Gründen suspekt, zum anderen drückte es eine wirtschaftliche Abhängigkeit des Leihenden aus, die dem damaligen Naturell unangenehm war[172]. Darlehen waren demgemäß weitgehend auf den privaten Rahmen von Verwandtschaft und Freundschaft beschränkt und sie waren vor allem zinslos. Auch Geschäftskollegen halfen sich oft gegenseitig mit größeren oder kleineren Beträgen aus[173] und selbst der Fernhandel wurde vor allem auf der Basis „informeller Verbindungen" wie gegenseitigem Vertrauen und Freundschaft betrieben[174].

Die Trennung zwischen brüderlichem Notkredit und Investition, die im islamischen Recht angelegt ist, wurde demnach wohl auch in der Praxis nachvollzogen, zumindest läßt sich das aus den Geniza-Papyri für ihren zugegebenermaßen eher beschränkten räumlichen, zeitlichen und personellen Bereich ablesen[175]. Aus diesen Dokumenten ergibt sich jedoch auch, daß mit dem 12. Jahrhundert nach und nach der kommerzielle Kredit an die Stelle von Gesellschaften tritt[176] und daß sich der vorgegebene Rahmen des islamischen Rechtes offenbar auflöst. Die osmanischen Sultane akzeptierten den zinsbringenden Kredit dann grundsätzlich und erließen sogar Verordnungen, die den Zinssatz regulierten[177].

15.11. Exkurs: einvernehmliche Regelungen im Falle des Unvermögens des Schuldners bei Fälligkeit

Mit der Behandlung des Darlehens, des *ribā*-Verbotes und einiger komplizierter Vertragsverbindungen haben wir eine Grundlage geschaffen, um weitere häufig behandelte Fälle zu verstehen, in denen es um die vergleichsweise Regelung im Falle der Uneinbringlichkeit der Schuld (*dain*) geht. Hier zeigt sich eine Schwäche des islamischen Rechts, seine statische Betrachtungsweise, die immer nur das Wertverhältnis des Austausches selbst im Auge hat, darüber hinausgehende Erwartungen aber unberücksichtigt läßt. Daher kann der Gläubiger weder einen Verzugsschaden geltend machen, noch entgangenen Gewinn. Auch auf vertraglichem Wege darf er nicht versuchen, seine über den konkreten Austausch hinausgehenden Interessen zu befriedigen. Das Wucherverbot zog hier enge Grenzen. Der *ribā al-ǧāhilīya* war ja gerade eine Art, auf das Unvermögen eines Schuldners bei Fälligkeit zu reagieren: Für eine weitere Stundung der Schuld verlangte der Gläubiger einen Aufschlag (s.o.

---

172 *Goitein*, MS I S. 170, 174.
173 *Goitein*, MS I S. 71, 203 f., 252.
174 *Goitein*, MS I 47 f., 164 ff.
175 *Ashtor*, Le taux d'intérêt dans L'Orient médiéval, FS Borlandi, 1977, S. 207 berichtet allerdings, daß zinsbringende Kredite schon unter den Abbasiden recht üblich waren, daß jedoch der Zinssatz nie über 10% lag. Erst im Laufe des Mittelalters stieg der Zinssatz, bis er seit dem Ende der Mamlukenzeit (Anfang des 16. Jahrhunderts n.C.) selbst die in Europa geforderten Zinssätze überstieg.
176 *Goitein*, MS I S. 253.
177 *Çağatay*, Ribā and Interest Concept and Banking in the Ottoman Empire, SI 32 (1972), S. 65; *Heyd*, Studiies in Old Ottoman Criminal Law, 1973, S. 122; *Gerber*, Sharia, Kanun and Custom in the Ottomain Law, International Journal of Turkish Studies 2 (1981), S. 141.

15.1.). Vor solcher Ausbeutung seiner Notlage sollte der Schuldner geschützt werden.

Andererseits war es für Gläubiger oftmals schwierig, ihre Forderungen zu realisieren[178]. Ein zahlungsfähiger Schuldner beging eine Sünde, wenn er seine Verpflichtungen nicht erfüllte[179]. Der Gläubiger konnte in solchen Fällen versuchen, seine Forderung gerichtlich durchzusetzen. Dafür mußte er aber wissen, wo sich der Schuldner befand. Es kam offenbar häufiger vor, daß sich Schuldner ihren Verpflichtungen durch Flucht zu entziehen suchten:

Jemand hat gegen einen anderen eine Forderung, doch sein Schuldner verschwindet. Der Gläubiger erläßt seinem Schuldner darauf einen Teil seiner Schuld, wenn er den Rest bezahle. Dann taucht der Schuldner wieder auf. Abū Ḥanīfa war der Ansicht, daß der Erlaß gültig sei. Ibn Abī Lailā hingegen meinte, daß der Gläubiger auch den erlassenen Teil einklagen konnte, weil der Schuldner verschwunden war (um sich seiner Schuld zu entziehen), dem schloß er (scil.: Abū Yūsuf) sich an[180].

Šāfiʿī hielt den Teilerlaß für bindend, denn der Gläubiger sei vom Schuldner nicht durch Zwangseinwirkung (*ikrāh*) zum Erlaß veranlaßt worden[181]. Sich durch „Flucht" seinen Gläubigern zu entziehen, war zwar eine Art, Druck auf diese auszuüben, doch lag dieser Druck unterhalb dessen, was als „Zwang" den Vertragswillen des anderen in rechtlich erheblichem Maße beeinträchtigte.

Wie die Vielzahl der von den Juristen behandelten Fallgruppen zeigt, kam es vor allem beim *salam* häufig vor, daß Schuldner die vereinbarte Ware zum Fälligkeitstermin nicht liefern konnte. In solchen Fällen bestanden, abstrakt gesehen, vier Möglichkeiten, die Lage vergleichsweise zu regeln: (1) Die Parteien konnten den Vertrag auflösen (*iqāla*), dann erhielt der Käufer sein Geld zurück; (2) konnte der Schuldner wenigstens zum Teil liefern, so konnten sie eine Teilaufhebung vereinbaren; (3) darüber hinaus ist denkbar, daß der Verkäufer dem Käufer irgendetwas anderes zur Erfüllung seiner Verpflichtung gab; (4) schließlich kommt auch eine weitere Stundung der Schuld in Frage. Alle Fälle werden von den Juristen unterschiedlich behandelt, manches wird von ihnen verboten. Im Hintergrund steht in vielen Fällen, oft unausgesprochen, das *ribā*-Verbot: Keiner Partei durfte nach der Abwicklung einer Transaktion irgendein Vorteil verbleiben, der nicht durch durch eine Gegenleistung abgedeckt war.

Die einverständliche Vertragsaufhebung (*iqāla*) war zulässig[182]; sich darauf einzulassen, war nach einem Ausspruch, der vom Propheten überliefert wurde, auch besonders verdienstlich:

---

178 Beispiele bei *Goitein*, MS I S. 42, 198, 258.

179 Vgl. das *ḥadīṯ* bei *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 674 Nr.84.

180 *Abū Yūsuf*, Iḫtilāf S. 19; *Šāfiʿī* VII S. 92 Z.20.

181 *Ebd.* Dieser Teilerlaß wäre nach dem Common Law ohne *consideration* erfolgt und daher nichtig, vgl. Foakes v. Beer, In the House of Lords, 1884. 9 App.Cas. 605; abgedruckt bei *Fuller/Eisenberg*, Basic Contract Law, 5th ed.1990, S. 107-109. Der Teilerlaß wäre im islamischen Recht als Verstoß gegen das *ribā*-Verbot unwirksam, wenn der Schuldner dafür hätte vor Fälligkeit leisten müssen; nach Common Law könnte sich der Erlaß nun aber auf eine *consideration* stützen und wäre zulässig (s.o.).

182 *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 499 ff.; *Šāfiʿī* III S. 83 (unten).

Wer mit einem, der seinen Kaufvertrag bereut, einen Aufhebungsvertrag abschließt, dem wird Gott am jüngsten Tag seine Fehltritte (*ᶜaṯarātahū*) aufheben.[183]

Die Juristen betonen aber, daß der Käufer beim *salam* nur die Wahl habe, auf Erfüllung zu bestehen oder, nach einverständlicher Vertragsaufhebung, seinen Vorschuß zurückzunehmen. Er durfte sich nicht mit etwas anderem auszahlen lassen[184]. Ein Aufhebungsvertrag war ganz allgemein nur zulässig, wenn sich keine der Vertragsparteien ihre Zustimmung mit irgendeinem Vorteil abkaufen ließ[185].

Mit dieser Regel ist grundsätzlich schon die Lösung des dritten Falles vorgegeben: Der Gläubiger, beim *salam* also der Käufer, darf für seinen Anspruch nicht etwas anderes verlangen oder sich gewähren lassen. Er darf sich das *dain*, das ihm zusteht, nicht von seinem Schuldner mit etwas anderem abkaufen lassen. Für die islamischen Juristen wäre das eine Verbindung von Kaufvertrag und *salam*, und diese Art der Vertragsverbindung ist verboten. Hinter dem Verbot steht wahrscheinlich unausgesprochen wieder die Befürchtung, daß der Gläubiger die schwächere Position des Schuldners ausnutzen und nun anstelle der eigentlich geschuldeten eine noch höherwertige als Ersatz verlangen könnte. Zumindest wertmäßig entspräche das dem *ribā al-ǧāhilīya*.

Lieferte der Verkäufer mehr oder eine gleichartige Ware besserer Qualität, so gestanden ihm zumindest die Hanafiten zu, daß er dafür einen Aufschlag verlangte[186]. Ging es allerdings um meß- oder wägbare Gegenstände, also solche, die nach den Hanafiten dem Wucherverbot unterfallen, so war es dem Verkäufer verboten, für die bessere Qualität mehr als den ursprünglich vereinbarten Kaufpreis zu verlangen, denn bei *ribā*-Gütern darf die Qualität nicht als wertbildendes Element berücksichtigt werden. Šaibānī argumentiert, daß das dem Austausch von einer Menge Weizen (der geschuldet ist) gegen die gleiche Menge Weizen (der statt dessen geliefert wird) entspräche und das sei ja als *ribā* verboten[187]. Ebenfalls verboten war es, schlechtere Qualität gegen einen Preisnachlaß zu liefern,

> denn man weiß nicht, wieviel von seinem Vorschuß dem entspricht, das er erhält und wieviel dem, das er (an Qualität) erläßt[188].

Gegen dieses Geschäft sprechen also vor allem die Bestimmtheitsanforderungen. Die Medinenser sollen solche Transaktionen allerdings erlaubt haben, vorausgesetzt, die Stücke wurden sofort, noch vor dem Auseinandergehen der Parteien, übergeben[189].

Umstritten war der Fall der Teilaufhebung. Wenn der Schuldner eines Terminkaufes (*salam*) bei Fälligkeit nur einen Teil der geschuldeten Ware liefern konnte, so

---

[183] Zitiert z. B. bei *Sarahsī* XII S. 130 Z.24.

[184] *Šaibānī*, Aṣl S. 16 Nr.53, S. 45 Nr.127; *ders.*, Ǧāmiᶜ Ṣaġīr Nr.13 S. 101, 139; *ders.*, Ḥuǧǧa II S. 657 ff.; *Malik*, Muwaṭṭa' S. 644.

[185] *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 644 f.; *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 499 ff. Das spricht auch dagegen, daß der Schuldner für seine Bereitschaft vor Fälligkeit zu zahlen, einen Abzug vom geschuldeten Betrag verlangen darf (s.o. 15.4.3.).

[186] *Šaibānī*, Aṣl S. 19 f. Nr.65, 67.

[187] *Ebd.* Nr.66.

[188] *Ebd.* Nr.68; ebenso *Šāfiᶜī* III S. 32 Z.25.

[189] *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 660; dagegen *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 657 f.

waren die Hanafiten und Šāfiʿī der Ansicht, daß der Gläubiger diesen Teil akzeptieren und hinsichtlich des Restes den Vertrag im Einverständnis mit dem Schuldner aufheben durfte. Er erhielt dann einen Teil der Ware und einen der Nichtleistung entsprechenden Teil seines Vorschusses zurück[190]. Dafür beriefen sich die Hanafiten auf eine Überlieferung von dem Prophetengenossen Ibn ʿAbbās.

Nach Meinung Mālik's war diese Transaktion unzulässig[191], weil sie der Verknüpfung von Kauf und *salam* nicht nur ähnele, sondern ein Mittel (*ḏarīʿa*) sein könne, den Effekt dieser verbotenen Transaktion zu erreichen. Das wäre wohl dann der Fall, wenn der Gläubiger mehr des schon gezahlten Kaufpreises zurückfordern würde, als durch die Minderlieferung gerechtfertigt. Diese Begründung erkennt Šaibānī nicht an: Die Teilaufhebung sei zu nichts ein „Mittel". Die Medinenser würden nur wieder einmal die Kauf- und Vergleichsverträge, die die Menschen untereinander abschließen, um bloßer Vermutungen (*ẓunūn*) willen für nichtig erklären[192]. Dabei werde von ʿUmar überliefert, daß er gesagt habe:

> Vergleichsverträge unter den Menschen sind erlaubt, nur nicht die, die etwas Verbotenes erlauben, oder die, die etwas Erlaubtes verbieten.

Der Vergleich, der hier in Frage stehe, falle nicht unter die verbotene Kategorie.

Auch die Behandlung unseres vierten hypothetischen Falles, der Stundung einer fälligen Schuld, war strittig. Die weitere Stundung des Kaufpreises beim Kreditkauf nach Fälligkeit war nach Ansicht von Abū Ḥanīfa und Abū Yūsuf verbindlich. Für Šāfiʿī hingegen war sie als „bloßes Versprechen" jederzeit widerruflich[193]. Sobald der Gläubiger sich jedoch seine Duldsamkeit mit irgendeinem Vorteil bezahlen ließ, geriet er in Konflikt mit dem *ribā*-Verbot[194].

In Šaibānī's *Kitāb al-ḥuǧǧa*[195] wird schließlich auch der folgende Fall diskutiert, in dem es um einen „Stundungsvertrag" geht: Der Schuldner eines Terminkaufes (der Verkäufer) kann bei Fälligkeit nicht liefern und bittet den Käufer, ihm, dem Verkäufer, die Nahrungsmittel (in der späteren Terminologie: das ihm zustehende *dain*), die er als Verkäufer ihm als Käufer schuldet, auf Frist „zu verkaufen". Das bedeutet, daß der Verkäufer die Ware nicht mehr liefern müßte, der *salam* wäre aufgehoben,

---

190 *Abū Yūsuf*, Āṯār S. 186 Nr.842; *Šaibānī*, Aṣl S. 3 Nr.6; *ders.*, Ḥuǧǧa II S. 590 ff.; *Abū Yūsuf*, Iḫtilāf S. 33 = *Šāfiʿī* VII S. 98 Z.22; *Šāfiʿī* III S. 33 Z.4, S. 75 Z.15.

191 *Mālik*, Muwaṭṭaʾ II S. 644; Wiedergabe der medinensischen Meinung und Argumentation bei *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 594 ff. Auch Ibn Abī Lailā erlaubte nur die Aufhebung des gesamten Kaufvertrages, vgl. Abū Yūsuf, Iḫtilāf S. 33 = Šāfiʿī VII S. 98 Z.22.

192 *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 595 ff.; zu dieser Art der Argumentation, die „Spekulationen" über verborgene Absichten ablehnt und eine strenge Orientierung nur am äußeren Erscheinungsbild vertritt s.o. Kapitel 7.2.

193 *Šāfiʿī* VII S. 92 Z.13 (denn weder stellt die Fristverlängerung eine Eigentumsübertragung an den Schuldner dar, noch hat er etwas von ihm dafür als Entgelt erhalten); *ders.* III S. 28 Z.23: „denn das ist nur ein (einseitiges) Versprechen (*mauʿid*)."; vgl. auch *Ṭaḥāwī* S. 84.

194 Vgl. *Mālik*, Muwaṭṭaʾ II S. 659 f. Die Stundung einer Schuld gegen einen Aufschlag wird als „vorislamischer Wucher" (*ribā al-ǧāhilīya*) bezeichnet; s.o. 15.1.

195 *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 608. Dieser und der folgende Fall sollen zur Illustration einiger oben (Kapitel 7.2. und 8.) abstrakt dargestellter typischer Merkmale des hanafitischen Rechtsdenkens dienen: der Orientierung am Äußeren, der Duldung verbreiteter Praktiken ohne systematische Eingliederung in die Rechtsdogmatik und der Offenheit gegenüber „Umgehungsgeschäften".

die Rückzahlung des vorgeleisteten Kaufpreises aber auf einen späteren Zeitpunkt gestundet. Damit wäre durch die Verknüpfung der beiden Verträge die Sachschuld in ein Darlehen umgewandelt. Wie zu vermuten ist, würde der Käufer sich seinen Anspruch auf die Ware und die weitere Stundung wohl nur zu einem deutlich höheren Preis abkaufen lassen. Selbst wenn beide Parteien formal unabhängig einen *salam* abschließen, der den ersten Kreditkauf gewissermaßen umkehrt, reicht für Malik die Vermutung, daß beide Verträge miteinander verknüpft seien, aus, den Vertrag zu verbieten: Die Nahrungsmittel, die der Verkäufer bei Fälligkeit vom Käufer erwerbe, seien doch nur ein Vorwand (*muḥallil*) um einen Darlehensvertrag über das Geld abzuschließen[196]. Abū Ḥanīfa differenziert: Sicherlich sei eine ausgesprochene Vertragsverbindung verboten. Nicht verboten sei es aber, wenn der unvermögende Verkäufer dem Käufer „irgendwelche Nahrungsmittel" auf Frist abkaufe. Solange die Parteien nicht ausdrücklich im Kaufvertrag vereinbaren, daß diese Nahrungsmittel zur Erfüllung der ursprünglichen Verpflichtung aus dem ersten *salam* verwendet werden sollen und daß der Verkaufspreis dem vorher ausgehandelten entspricht oder darunter liegt, ist der Vertrag rechtlich einwandfrei. Wenn der Verkäufer die gekauften Nahrungsmittel dann tatsächlich zur Erfüllung seiner Schuld einsetzt, und der Käufer die Ware daraufhin wie vorgeschrieben noch einmal wiegt, so ist nichts dagegen zu sagen. Hier begegnen wir also einem typischen Muster, dessen sich die Hanafiten auch in einigen *ḥiyal* bedienen: dem systematischen Verschweigen von Absichten, die, da Verträge nur nach dem ausdrücklich Vereinbarten beurteilt werden, nicht der rechtlichen Wertung unterfallen. Gegen die „Unterstellung" der Medinenser, beide Verträge seien wenn schon nicht ausgesprochen, so doch faktisch verknüpft, wendet sich Šaibānī mit dem Argument: Wenn der Verkäufer die Ware beim Käufer ohne die Bedingung kaufe, so sei er nicht gezwungen, sie ihm zurückzuverkaufen, sondern könne nach freiem Belieben darüber verfügen. Verboten sei nur die ausdrückliche Verknüpfung der Verträge. Ohne Bedingung also sei das Handeln nicht anstößig; und so hielten es auch die Menschen (*wa ʿalā hāḏā ʿāmmat amr an-nās*).

Ähnlich ist auch der folgende Fall[197]: Jemand (S) schuldet einem anderen (G) 100 Dirham. Bei Fälligkeit der Schuld bittet er G, er solle ihm irgendetwas unter Vereinbarung einer Zahlungsfrist für 150 Dirham verkaufen, dessen Barpreis 100 Dirham beträgt. Nach Abū Ḥanīfa ist auch das erlaubt, da die Parteien nichts ausbedungen oder erwähnt haben, was den Kauf nichtig machen könnte. Demgegenüber hält Mālik das für verboten: Die Transaktion ähnele dem *ribā al-ǧāhilīya*, wo der Gläubiger für die Stundung einer fälligen Forderung dem Schuldner etwas aufschlage. Dagegen zieht sich Šaibānī wieder auf seine formale Position zurück und fragt polemisch, ob denn dann jemand, der (zufällig) eine Forderung gegen einen anderen hat, seinem Schuldner niemals etwas mit Gewinn verkaufen dürfe? Er läßt die Medinenser antworten, sie fürchteten, die Transaktion könne als Mittel (*ḏarīʿa*) für *ribā* dienen. Darauf hält Šaibānī ihnen vor, daß sie die Käufe und Verkäufe der Menschen aus übertriebener Furcht und wegen der Zwecke, die sie hinter ihnen, ohne daß sie ausbedungen seien, vermuten, für nichtig erklärten. Die Nichtigkeit

---

196 *Mālik*, Muwaṭṭaʿ II S. 648 f.

197 *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 694; *Mālik*, Muwaṭṭaʿ II S. 673.

von Kaufverträgen, eine den Handel schwer belastende Folge, leiteten sie schon aus bloßen Vermutungen und Meinungen ab. In diesem Falle hätten die Parteien aber gerade keine ausdrückliche Verbindung zwischen dem zweiten Kaufvertrag und der Stundung der ersten Schuld hergestellt. An einem Beispiel führt Šaibanī schließlich vor, wie „praxisfern" diese Ansicht der Medinenser ist: Jemand steht mit einem anderen in ständiger Geschäftsbeziehung, in der beide wechselseitig voneinander kaufen und einander verkaufen. Der eine schuldet dem anderen etwas. Wenn er ihm nun eine Ware, deren Barpreis bei 100 Dirham liegt, für 150 Dirham auf Kredit verkaufen möchte, so sei das doch ganz normal (*wa hal hākaḏā yatabāyaʿu an-nās*), denn wenn man etwas auf Kredit verkauft, so schlägt man etwas auf (*idā aḫḫarū izdādū*). Wenn man das den Menschen verbieten wollte, so müßten alle Verkäufe verboten sein. Die Medinenser läßt er entgegnen: „Wir meinen aber, daß er es nur anstelle seiner Forderung verkaufte" und antwortet, daß die Parteien das aber nirgends erwähnt hätten. Es bleibt den Medinensern nur noch, sich auf die Befürchtung zurückzuziehen, daß der Verkauf einzig und allein aus diesem Grunde abgeschlossen worden sei. Dann aber, so Šaibanī, müßten sie ja allgemein verbieten, daß jemand seinem Schuldner etwas mit Gewinn verkaufe, das aber sei unhaltbar. Sein Resumée:

> Ihr dürft die Kaufverträge nicht durch bloße Vermutungen vernichten, die Vermutungen machen Fehler und richten Schaden an.

Der Gläubiger konnte also allenfalls auf Umwegen sein Interesse an rechtzeitiger Lieferung wertmäßig geltend machen. Die formale Betrachtungsweise der Hanafiten bietet dafür ein Schlupfloch. Dennoch wird dieses Interesse im Rechtssystem nicht offen anerkannt. Das verhinderten die koranischen und prophetischen Regeln zum *ribā*-Verbot. Der Umstand, daß verschiedene Arten der „einvernehmlichen Regelung" im Falle des Unvermögens des Schuldners so breiten Raum einnehmen, zeigt, daß offenbar im Rechts- und Wirtschaftsleben ein Bedürfnis bestand, die über den Vertrag hinausreichenden Interessen des Gläubigers auf irgendeine Art zur Geltung zu bringen[198]. Mit ihrer formalen Betrachtungsweise ermöglichen die Hanafiten hier einen „Kompromiß" zwischen diesen Bedürfnissen und den religiösen Anforderungen.

---

[198] Vgl. *Saleh*, Remedies for Breach of Contract under Islamic and Arab Laws, Arab Law Quarterly 4 (1989), S. 280: „Loss of profit, moral prejudice and delay in performance are not properties within that meaning, cannot be valued in precise terms. . ., and therefore do not constitute valid elements for compensation." S. 281: „the reason for what appears to be a deficiency in the Islamic legal system is not a lack of sophistication but the consequence of the dual requisites, rooted in religious tenets, which urge the believer to attain exact knowledge and appraisal of the loss and damages, for avoidance of *gharar* (uncertainty, risk, speculation), and to refrain from reaping any unlawful advantage (*riba*), translated here in the increase of the quantum of the damages when no tangible counterpart exists." „Property substitutes for property but property cannot replace anything else for that would be akin to an unlawful advantage."

16. Wille und Vertrag[1]

Der Vertrag beruht typischerweise auf dem Willen der Vertragsschließenden. So ist es auch im islamischen Recht:

Ihr Gläubigen! Bringt euch nicht untereinander in betrügerischer Absicht um euer Vermögen! – Anders ist es, wenn es sich um ein Geschäft handelt, das ihr nach gegenseitigem Übereinkommen abschließt[2].

Das „gegenseitige Übereinkommen" (*tarāḍin*) ist Merkmal des Vertrages, wenn es auch allein nicht ausreicht, um einen Vertrag rechtlich bindend zu machen, denn das islamische Recht hält am Konzept des Vertrages als Austausch fest, der zumindest von einer Seite schon ausgeführt sein muß. Den reinen Konsensualvertrag erkennt das islamische Recht nicht an, das hindert die Entwicklung eines allgemeinen Vertragsbegriffes, der die willensgetragene Vertragsfreiheit zum Ausgangspunkt nehmen müßte. Erst wenn einer der Vertragsschließenden etwas aus seinem Vermögen hingegeben hat, greift das Recht schützend ein und erzwingt gegebenenfalls die Leistung der anderen Seite. Vertragliche Bindung und Vermögensschutz sind eng miteinander verbunden, das zeigt sich auch an dem oben zitierten Koranvers. Der Kaufvertrag ist das Mittel, durch Austausch an das Eigentum eines anderen zu kommen. Aber der Austausch muß vom Willen beider Partner getragen sein. Deshalb gehört zum Vertrag die willensgetragene Zustimmung eines jeden Vertragspartners (*riḍā*), sein Eigentum an den anderen im Rahmen des avisierten Austausches aufzugeben:

Ein Gegenstand (*ʿain*) verläßt sein (scil.: des Eigentümers) Eigentum im Wege des Handels (*bi ṭarīq at-tiǧāra*) erst, nachdem seine (scil.: des Eigentümers) Zustimmung (*riḍā*) vollständig ist[3].

Der Wille begründet und rechtfertigt den Verlust des Eigentums im Rahmen des ebenfalls willensgetragenen Austausches. Späteren Juristen dient der Wille als Element der Systematik. Sie grenzen die willensgetragenen „Rechtsgeschäfte" (*aqwāl*, wörtl.: „Gesprochenes") von „Handlungen" (*afʿāl*) ab. Bei den *aqwāl* ist der Wille eine Bedingung der Wirksamkeit, dazu zählt auch der Kaufvertrag. Die *aqwāl* setzen daher die Geschäftsfähigkeit des Handelnden voraus. Die *afʿāl*, zu denen zum Beispiel schädigende Handlungen gehören, sind allein wegen ihrer Wirkung auf die Außenwelt, ohne Rücksicht auf einen dahinterstehenden Willen beachtlich[4]. Schädigungen verpflichten auch ohne einen entsprechenden Willen zum Schadensersatz.

---

[1] Mit der Rolle des Willens im islamischen Vertragsrecht hat sich vor allem *Chehata* beschäftigt vgl. Etudes S. 163 f.,182,251 ff. und *ders.*, Le contrat en droit musulman, ZVR (1968), S. 81 ff.,89.
[2] Koran Sure 4/Vers 29.
[3] *Sarahsi* XIII S. 65 Z.6.
[4] *Qudūrī* S. 56; *Marġinānī* III S. 280; vgl. dazu auch *Chehata*, Etudes S. 166 ff.

16.1. Grundvoraussetzung: Geschäftsfähigkeit

Die Bedeutung des Willens für den Vertrag zeigt sich zunächst einmal darin, daß eine bestimmte „Reife" vorausgesetzt wird, bevor ein Rechtsinhaber über seine Rechte verfügen kann. Mit anderen Worten: Verfügungen über Vermögensgegenstände setzen Geschäftsfähigkeit voraus. Es ist typisch für das islamische Recht, daß es nicht die Verpflichtung in den Vordergrund stellt, sondern beim Vermögen ansetzt: Geschäftsfähigkeit bedeutet in erster Linie, daß ein Rechtsinhaber die Verfügungsmacht über sein Vermögen hat. Der Vertragsbegriff ist eng mit dem des Austausches von Vermögensgegenständen verknüpft.

Auf die Einzelheiten des Rechts der Geschäftsfähigkeit[5] möchte ich nicht eingehen. Es sollen nur einige charakteristische Punkte hervorgehoben werden. Erforderlich ist jedenfalls Volljährigkeit (*bulūġ*) und Einsicht (*rušd*) in Vermögensangelegenheiten[6]. Die Volljährigkeit tritt grundsätzlich bei Mann und Frau mit der Geschlechtsreife ein, spätestens jedoch nach Vollendung des 15. Lebensjahres[7]. Die erforderliche Einsicht ist zumindest nach Ansicht Šāfiʿī's individuell zu bemessen, je nachdem wie sich eine Person im öffentlichen Leben bewährt[8]. Ausdrücklich hebt Šāfiʿī gegenüber anderen Ansichten hervor, daß Frauen, egal ob sie verheiratet oder unverheiratet sind, selbständig und aus eigenem Recht über ihr Vermögen verfügen können[9]. Der Mann hat keine Rechte am Vermögen seiner Frau:

> Gott hat (im Koran) in Vermögensangelegenheiten nicht zwischen Mann und Frau unterschieden. Wenn daher ein Mann oder eine Frau nicht mehr unter Vermögenssorge stehen, so kann eine Frau mit ihrem Vermögen machen, was auch ein Mann mit seinem tun könnte, egal ob sie verheiratet ist oder nicht. Ihre Verfügungsmacht (*sulṭānuhā*) hinsichtlich ihres Vermögens entspricht genau der des Mannes über seines, sie unterscheiden sich darin nicht[10].

Interessant ist in diesem Zusammenhang der Streit, ob ein freier verständiger Volljähriger (*al-ḥurr al-bāliġ al-ʿāqil*) als „unvernünftig" (*safīh*) in der Geschäftsfähigkeit beschränkt werden kann. Abū Ḥanīfa wies das zurück:

> Nimmt man ihm die Geschäftsfähigkeit, so zerstört man damit seine Menschlichkeit (*ādamīyatuhū*) und behandelt ihn wie Vieh. Das aber ist ein viel größeres Übel als die Unvernünftigkeit. Das größere Übel darf aber nicht zur Bekämpfung des kleineren herangezogen werden[11].

Hier scheint ein geradezu „klassisch liberales" Freiheitsverständnis auf: Ein Eigentümer ist frei über sein Vermögen nach eigenem Belieben zu verfügen. Diese Freiheit

---

[5] Vgl. zur Geschäftsfähigkeit z. B. *Brunschwig*, Théorie générale de la capacité chez les Hanéfites médiévaux, RIDA 2 (1949), S. 157-172; *de Bellefonds*, Traité III S. 139 ff.

[6] Vgl. z. B. *Šāfiʿī* III S. 191 ff.; *Samarqandī* II S. 44.; *Kāsānī* V S. 135 Z.8; zu Klauseln, die in schriftlichen Vertragsformularen ausdrücklich die Geschäftsfähigkeit und die unbeschränkte Verfügungsbefugnis der Parteien bestätigen sollen vgl. *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 28 Nr.2.178 ff., S. 39 Nr.9.13 ff. (Frauen) und *Wakin*, The Function of Documents S. 66 f.,93, 97 f.

[7] *Šāfiʿī* III S. 191 Z.34; die Lehre war allerdings uneinheitlich vgl. *Brunschwig*, a.a.O. S. 157-172; *ders.*, Considérations sociologiques sur le droit musulam ancien, SI 3 (1955) S. 64; *de Bellefonds*, Traité I S. 243 ff.

[8] *Šāfiʿī* III S. 194.

[9] *Šāfiʿī* III S. 192 ff. Z.15.

[10] *Šāfiʿī* III S. 194 Z.31, vgl. S. 195 Z.10.

[11] *Marġīnānī* III S. 281.

ist untrennbar mit dem Begriff des Menschen und seiner Fähigkeit, Eigentümer zu sein, verknüpft. Abū Yūsuf, Šaibānī und auch Šāfiʿī waren allerdings anderer Ansicht:

Weil er sein Vermögen nicht so ausgibt, wie es dem Verstand entspricht, beschränkt man ihn in der Geschäftsfähigkeit zu seinem eigenen Wohl[12].

Ihre Ansicht setzte sich auf Dauer durch. Da nach den meisten autoritativen Texten zur Geschäftsfähigkeit nicht nur Volljährigkeit, sondern auch „Einsichtsvermögen" (*rušd*) gehörte, konnte sich diese Ansicht auf ein breiteres Fundament stützen. Doch auch sie lassen den Ausgangspunkt, daß jeder grundsätzlich frei über sein Vermögen verfügen kann, unangetastet.

16.2. Nur der äußerlich faßbare Wille ist rechtlich bedeutsam

Die Rolle des Willens zeigt sich aber auch in der rechtlichen Behandlung des Vertragsschlusses. Die späteren Juristen, die erstmals den Vertragsschluß systematisch abhandeln, stellen eindeutig den geäußerten Willen in Form der Erklärungen in den Vordergrund. Der dahinterstehende „innere Wille" wird allenfalls dann subsidiär herangezogen, wenn die Erklärung mehrdeutig ist. Erklärungen, die objektiv eindeutig nicht im Sinne eines sofortigen Bindungswillens zu verstehen sind, wie Erklärungen in Frageform oder im Futur, werden selbst dann nicht rechtlich anerkannt, wenn der Erklärende angibt, daß er sich rechtlich habe binden wollen[13]. Die Orientierung an den äußerlich wahrnehmbaren Willensäußerungen ist Ausdruck des „objektiven Charakters"[14] vor allem des hanafitischen und Šāfiʿitischen Vertragsrechts, das das „Innenleben" der Parteien weitgehend aus der rechtlichen Bewertung ausschließt. Im Vertragsrecht ist nur das rechtlich von Bedeutung, was objektiv deutlich geworden ist[15]. Das *ḥadīṯ*: „die Handlungen sind nach den Absichten zu beurteilen und jedem Manne wird angerechnet, was er beabsichtigte"[16] bleibt auf den religiösen Bereich, die Beziehung des einzelnen zu Gott, beschränkt.

Diese Haltung durchzieht das ganze Vertragsrecht. Wenn den Parteien der Geschäftswille fehlte, wenn sie also beispielsweise ein Scheingeschäft (*talǧi'a*) abgeschlossen hatten, so war ursprünglich strittig, ob das beim Kaufvertrag überhaupt zu berücksichtigen sei. Einig war man sich, daß bei „Statusgeschäften", wie der Scheidung oder Freilassung eines Sklaven, sich nachträglich niemand mehr darauf berufen konnte, er habe es nicht so gemeint. Das Geschäft wurde unmittelbar schon durch die Erklärung wirksam. So entschied Šāfiʿī auch beim Kaufvertrag:

Wenn jemand einen Kaufvertrag abschließt und dann sagt „Ich habe nur gespielt" (*laʿibtu*) oder wenn er zugunsten eines anderen ein Recht anerkennt und dann sagt „Ich habe nur gespielt", so

---

[12] *Marġīnānī* III S. 281; vgl. auch *Šāfiʿī* III S. 194 ff.
[13] Vgl. oben Kapitel 11.2.
[14] Vgl. *Chehata*, Etudes S. 44 f.: „objectivisme foncier".
[15] Vgl. dazu oben Kapitel 7.2.
[16] *Šaibānī*, Kasb S. 44.

bindet ihn der Kaufvertrag oder das Anerkenntnis dennoch. Man sagt zu ihm: „Dein Spielen wird dir zu deinen Gunsten und zu deinen Lasten angerechnet."[17]

Das war offenbar auch die Meinung von Abū Ḥanīfa, der lediglich dann eine Ausnahme machte, wenn der Kaufvertrag schon im Vertrag selbst als Scheingeschäft bezeichnet worden war. Sein Schüler Šaibānī ließ demgegenüber den Gegenbeweis zu[18]. Beiden Ansichten ist das Bemühen gemein, dem Vertrag gegenüber dem wechselhaften Willen des einzelnen Bestandskraft zu geben. Keine Partei soll sich unter Berufung auf angeblich fehlenden Geschäftswillen einseitig wieder vom Vertrag lösen können. Den praktischen Hintergrund solcher Scheingeschäfte habe ich schon bei der Behandlung des wirtschaftlichen Umfeldes angesprochen: Sie dienten kleineren Landbesitzern dazu, sich vor der drückenden Staatsmacht, die sie mit Steuern und Konfiskationen bedrohte, in den Schutz eines Höheren mit guten Beziehungen zum Staat zu stellen. Sie übertrugen ihren Grund und Boden auf den Notablen und dieser fungierte im Gegenzug dafür als Mittler zwischen dem Schützling und der Steuerbehörde. Er zahlte die Steuern und zog sie von seinen Schützlingen erst einige Zeit später ein. Die rechtliche Fundierung unterstützte in diesem Punkt die Verbreitung des Großgrundbesitzes[19].

Auch die Auslegung der vertraglichen Erklärungen ist objektiviert. Für die frühen Juristen ist die Auslegung vertraglicher Erklärungen allerdings noch kein Thema. Sie betrachten den Vertrag aus der Rückschau und als Ganzes. Wo es darum geht, die vertragsgemäße Gattung abzugrenzen, geben sie eine kasuistische Fülle von Beispielen. Für die Frage, ob eine gelieferte Ware der vereinbarten Qualität entspricht, werden gegebenenfalls „Sachverständige" herangezogen, die sich in dem betreffenden Verkehrskreis besonders gut auskennen, also Händler oder Handwerker der gleichen Sparte[20]. Im übrigen behandeln sie Probleme bei der vertraglichen Einigung der Parteien erst aus der Sicht des Richters, der nach den Regeln der prozessualen Wahrheitsfindung zu beurteilen hat, welcher der Streithähne „recht" hat[21]. Dazu wird auch ein *ḥadīṯ* überliefert:

Der Prophet sagte: „Immer wenn zwei Parteien eines Kaufvertrages sich (über den Inhalt) streiten, so wird das Wort des Verkäufers akzeptiert oder der Vertrag aufgelöst."[22]

Es geht bei all dem vor allem um die prozessuale Rollenverteilung. Bei einem Streit über den Kaufpreis hat der Verkäufer das erste Wort. Weigert er sich jedoch, seine Behauptung zu beeiden, so gilt die Behauptung des Käufers als richtig. Ansonsten muß auch der Käufer den Eid leisten. Kann allerdings einer der beiden sogar Beweis erbringen, so gewinnt er den Prozeß. Im Falle eines *non liquet* bleibt dem Richter nichts übrig, als den Vertrag insgesamt als hinfällig anzusehen[23].

---

17 *Šāfiʿī* III S. 195 Z.21.
18 *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 26 f. Nr.2.163 ff.
19 *Cahen*, Islam I S. 109, 155; *ders.*, Art. „ḤIMĀYA", in EI², Vol.III, S. 394; vgl. oben Kapitel 2.5.
20 Vgl. *Šaibānī*, Aṣl S. 19 Nr.64, S. 189 Nr.20; vgl. *Šāfiʿī* III S. 118.
21 Vgl. z. B. *Šaibānī*, Aṣl S. 105-122 „Kapitel über die erlaubten Kaufverträge, bei denen über den Preis gestritten wird oder darüber, ob etwas schon ergriffen sei oder nicht."; *Mālik*, Muwaṭṭaʿ II S. 671 f.
22 *Mālik*, Muwaṭṭaʿ II S. 671 Nr.80; *Šaibānī*, Muwaṭṭaʿ S. 272 Nr.786; *Abū Yūsuf*, Āṯār S. 182 Nr.830; vgl. auch *Saraḫsī* XIII S. 29 Z.19.
23 Vgl. zum Prozeß oben Kapitel 6.

Die späteren Hanafiten, die auch dem Vertragsschluß und den ihn konstituierenden Erklärungen Aufmerksamkeit widmeten, gingen auch auf Auslegungsfragen ein. Begriffe, die die Parteien verwenden, sollen grundsätzlich nach dem allgemeinen Verständnis ausgelegt werden, es sei denn die Parteien haben ausdrücklich eine abweichende Absicht kundgetan:

Allgemeine Erklärungen (*muṭlaq al-kalām*) werden so ausgelegt, wie die Menschen sie allgemein verstehen.[24]

und

Das allgemein Übliche gilt wie das ausdrücklich Vereinbarte (*al-maʿrūf ka 'l-mašrūṭ*).[25]

Was schon bei Šaibānī immer wieder anklingt, wird von den späteren Hanafiten zum Prinzip erhoben: Der Wille der Parteien soll rechtlich wirksam durchgesetzt werden, wenn das auf rechtlich zulässigem Wege möglich ist:

Die Rechtswirksamkeit (*siḥḥa*) ist immer Ziel (*maqṣūd*) der Vertragsschließenden. Wenn es möglich ist, ihre Zwecke auf einem speziellen, rechtlich zulässigen Weg zu verwirklichen, so behandelt man ihre allgemeine Aussagen so, als wenn sie es tatsächlich so gesagt hätten[26].

Sarabsī stützt sich dafür auf Koran 39/18: „Ihnen die auf das Wort hören und dem besten davon folgen" und auf ein *ḥadīṯ*, das besagt:

Halte das Wort, das aus dem Munde deines Bruders kommt nicht für etwas Schlechtes, sondern suche einen Weg, es als Gutes auszulegen.

Unklare oder nicht genügend bestimmte Erklärungen dürfen also gegebenenfalls ergänzt werden. Das hat jedoch Grenzen. Vereinbaren die Parteien einen Dirham gegen zwei zu tauschen, so ist das ein klarer Fall des *ribā*. Man kann ihr Geschäft nun nicht dadurch retten, daß man diese eindeutige Transaktion „wohlwollend" so behandelt, als hätte die überzählige Münze nur verschenkt werden sollen[27]. Auch sonst darf die Grenze des Auslegungsfähigen nicht überschritten werden. Gegen ihren erklärten Willen auszulegen hieße, die Parteien an etwas zu binden, dem sie nicht zugestimmt haben[28].

16.3. Schutz gegen Zwang (*ikrāh*)

Der „innere" Wille der Vertragsschließenden muß nicht ermittelt werden; schon im Vorfeld stellt sich für das islamische Recht die Aufgabe sicherzustellen, daß der vertragliche Wille, an den das Recht die Parteien bindet, sich „richtig" bilden konnte. Wegen der engen Verknüpfung von Vertrag und Eigentum geht es vor allem um den Willen desjenigen, der etwas hergegeben hat. Es soll gewährleistet sein, daß er

---

[24] *Sarabsī* XII S. 123.
[25] *Marġīnānī* III S. 58; vgl. auch a.a.O. S. 25, 198.
[26] *Sarabsī* XII S. 187 Z.19, vgl. auch S. 121 Z.5, S. 154 Z.15, S. 187 Z.19, XIII S. 86 Z.2; *Kāsānī* V S. 149 Z.8; *Marġīnānī* III S. 22, 197.
[27] *Sarabsī* XII S. 121 Z.5.
[28] *Kāsānī* V S. 186 Z.10.

die Entscheidung, sein Eigentum aufzugeben, auf einer einwandfreien Grundlage traf. Viele der Normen, die schon im Zusammenhang mit dem Risikoverbot behandelt wurden, verfolgen den Zweck, Irrtum und Täuschung vorzubeugen. Darüber hinaus ist der Wille eines jeden, der im Wege des Vertrages etwas aus seinem Vermögen hergibt, rechtlich gegen Zwang (*ikrāh*) geschützt[29]. Derjenige, der sich darauf beruft, sich dem Austausch nur unter Zwang gebeugt zu haben, muß das beweisen. Der Zwang muß von einer Person ausgegangen sein, gegen die sich der Beeinträchtigte nicht einfach wehren konnte; das kann ein Herrscher (*sulṭān*) gewesen sein oder ein Räuber. Zwang, *ikrāh*, umfaßt nicht nur Gewalt, sondern auch die Drohung damit. Entscheidend ist nicht der ausgeübte Zwang selbst, sondern die subjektive Zwangswirkung (*ḫauf*). Die ausgeübte oder angedrohte Gewalt muß einen gewissen Grad erreichen (schmerzhafte Schläge, Tötung, Verstümmelung, Gefängnis, Fesseln). Folge der Zwangsanwendung ist, daß der Vertrag als *fāsid*, als unwirksam behandelt wird. Bei einem Stückkauf bedeutet das, daß kein Eigentumsübergang stattfand. Wer unter Druck etwas hingegeben hat, kann sich das zurückholen, gegebenenfalls auch von einem Drittem, an den der andere es schon weiterveräußert haben sollte. Der Beeinträchtigte hat es jedoch in der Hand, den Vertrag durch nachträgliche Genehmigung (*iǧāza*) rechtswirksam zu machen.

16.4. Der Schutz des Willens und die *ḫiyārāt*

Schutz des Eigentums vor unwillentlichem Verlust und Schutz des Vertragswillens hängen zusammen: Wer etwas hergeben soll oder hergegeben hat, hat sich auf den Kaufvertrag nur eingelassen, weil er sich von dem Gegenstand, den er erhalten sollte, eine bestimmte Vorstellung machte. Diese Vorstellung soll, so bestimmt es das islamische Recht, möglichst genau ausgeformt sein, das Vertragsobjekt so genau wie möglich bestimmt sein, sie soll auf einer möglichst genauen Grundlage beruhen, der Käufer soll Gelegenheit gehabt haben, die Ware zu besichtigen, der Austausch, auf den man sich geeinigt hat, soll mit dem tatsächlich ausgeführten oder ausführbaren übereinstimmen. Ist objektiv zwar dem Risikoverbot genügt, ist also die Ware konkretisiert, so ist der Kaufvertrag nicht nichtig. Schleicht sich beim Stückkauf jedoch auf einer Ebene ein Umstand ein, der eine abschließende Willensbildung verhindert, so steht dem Beeinträchtigten ein Rücktrittsrecht (*ḫiyār*) zu:

Bei einem Mangel in der Zustimmung zum Kaufvertrag (*iḫtilāl ar-riḍā fi 'l-baiᶜ*) muß ein Rücktrittsrecht (*ḫiyār*) gewährt werden[30].

Wie wir sahen kann der Käufer zurücktreten, wenn er beim Stückkauf die verkaufte

---

[29] Vgl. zum *ikrāh Abū Yūsuf*, Iḫtilāf S. 45 = *Šāfiᶜī* VII S. 103 Z.32; *Šaibānī*, Ǧāmiᶜ Ṣaġīr S. 104 Nr.10, S. 152 Nr.11; *Šāfiᶜī* III S. 209 Z.30 (zum *iqrār*); *Kāsānī* VII S. 175; *Marġīnānī* III S. 275-279; *Schacht*, Introduction S. 117 f. Gegen die Wirksamkeit von Statusgeschäften wie Scheidung, Freilassung oder Heirat war der Einwand des unrechtmäßigen Zwanges unzulässig.

[30] *Kāsānī* V S. 292 Z.5, vgl. S. 140 Z.13; ebenso *Sarahsī* XIII S. 169 Z.20; implizit auch bei *Šaibānī*, Aṣl S. 290 Nr.6.

Ware noch nicht untersuchen konnte (*ḫiyār ar-ru'ya*)[31]. Auch die Lieferung mangelhafter Ware wird nach diesen Grundsätzen behandelt[32]: Der Kaufvertrag enthält implizit eine Bedingung der Fehlerfreiheit; deshalb kann der Käufer zurücktreten (*ḫiyār al-ᶜaib*), wenn der Verkäufer etwas anderes liefert als vereinbart. Der Käufer wird nicht an ein Austauschverhältnis gebunden, dem er so nicht zugestimmt hat[33]. Kannte der Käufer hingegen den Mangel schon bei Vertragsschluß, so hat er den Austausch so akzeptiert und kann nicht zurücktreten[34]. Mangel als Fehlen einer „stillschweigend vorausgesetzten" und Fehlen einer vereinbarten oder gar „zugesicherten" Eigenschaft werden gleich behandelt[35]. Ebenso wie der Käufer ein Rücktrittsrecht hat, wenn er sich mangels Besichtigung noch nicht von den Eigenschaften der Ware überzeugen konnte[36], so kann er auch dann zurücktreten, wenn der Ware eine Eigenschaft fehlt, die sie nach dem Kaufvertrag haben sollte. Es ist also die Differenz zwischen dem „vorgestellten" und akzeptierten Austauschverhältnis einerseits und dem tatsächlich durchgeführten andererseits, das das Rücktrittsrecht des Käufers auslöst. Bezeichnenderweise zeitigt eine mangelhafte Leistung im Rahmen eines unentgeltlichen Vertrages keinerlei Rechtsfolgen[37]; es werden nur die Entgelterwartungen geschützt, die man an die eigene Leistung knüpft. Bekommt man für die eigene Leistung „weniger" als „vereinbart", so ist es nicht mehr der gleiche Austausch, man kann überlegen, ob man den nun angebotenen Austausch durchführen möchte oder nicht; entscheidet man sich dagegen, so hält einen das Recht nicht.

Die „Wahl" (so die Wortbedeutung von *ḫiyār*), ob er zurücktreten oder den Kaufvertrag akzeptieren will, hat der Käufer aber offenbar nur, wenn die Ware der vereinbarten Gattung angehört und ihr „lediglich" eine „Eigenschaft" fehlt. Stellt sich heraus, daß der Verkäufer etwas völlig anderes (ein *aliud*) lieferte, so ist der Kaufvertrag unheilbar nichtig. So ist es zum Beispiel, wenn ein „Edelstein" verkauft wurde, der sich nachträglich als Glas oder als normaler Stein entpuppt, oder wenn der verkaufte Sklave tatsächlich eine Sklavin ist: Über diese Objekte wurde der Kaufvertrag nie geschlossen, es gibt also keinen Kaufvertrag[38].

In den Fällen, in denen der Vertrag rein äußerlich rechtmäßig ist, weil er von geschäftsfähigen Parteien über „erlaubte" Gegenstände und ohne Verstoß gegen das

---

[31] S. o. Kapitel 14.1.1.3.; vgl. auch *Sarahsī* XIII S. 69 Z.14, 19: Die Unkenntnis von Eigenschaften der Ware macht die „Zustimmung" des Käufers lückenhaft; umfassende Zustimmung ist aber keine Wirksamkeitsvoraussetzung sondern nur Voraussetzung der Durchführung (*šarṭ inbirām al-ᶜaqd lā šarṭ ǧawāzihī*), deshalb ist der Vertrag nicht nichtig, sondern nur mit dem Rücktrittsrecht des Käufers belastet.

[32] Auf Einzelheiten des „Gewährleistungsrechts" möchte ich hier nicht eingehen; vgl. die Studie von *Wiedensohler*, Mängel beim Kauf nach islamischem Recht, 1960, der das einschlägige Kapitel aus Šaibānī's Kitāb al-aṣl ins Deutsche übersetzt hat; außerdem *de Bellefonds*, Traité I S. 331-344.

[33] So *Marġīnānī* III S. 35.

[34] *Šaibānī*, Aṣl S. 108 f. Nr.7,8, S. 150 f. Nr.5,6, S. 159 Nr.10, S. 169 f. Nr.32, S. 191 Nr.21, S. 200 f. Nr.38, 39, S. 290 Nr.6; *Šafiᶜī* VII S. 89 Z.12; *Marġīnānī* III S. 36.

[35] Vgl. *Šaibānī*, Aṣl S. 195 Nr.28: Kauf einer Sklavin als „Jungfrau"; vgl. auch *Wiedensohler*, a.a.O. S. 74 f.

[36] So bei dem *ḫiyār ar-ru'ya*, s.o. 14.1.1.3.

[37] *Marġīnānī* III S. 305 f.

[38] So ausdrücklich *Šaibānī*, Aṣl S. 96. Nr.29: *li'anna 'l-baiᶜ lam yaqaᶜ qaṭṭu ᶜalā hāḏā*; vgl. *Kāsānī* V S. 139 f. Z.34.

ribā oder das *ġarar*-Verbot abgeschlossen wurde, in denen aber eine Partei aus äußerlich greifbaren Umständen daran gehindert war, sich ein Bild von dem tatsächlich zustandekommenden Austauschverhältnis zu machen, in diesen Fällen wird die beeinträchtigte Partei in die Situation versetzt, noch einmal und nun unter Kenntnis aller Umstände darüber zu entscheiden, ob sie zu diesen Bedingungen ihr Eigentum an einen anderen verlieren will. Das ist der *ḫiyār*.

Flankiert vor allem von den strengen Bestimmtheitsanforderungen und dem Risikoverbot nimmt der *ḫiyār* die Aufgabe wahr, vor Täuschung zu schützen und Irrtümern vorzubeugen. Ein lediglich „einseitiger" Irrtum eines Vertragspartners berührt die Bindungskraft des Vertrages nicht. Niemand kann mit der schwer widerlegbaren Behauptung zurücktreten, er habe etwas anderes gemeint. Der *ḫiyār* wird nur aufgrund „objektiv greifbarer" Faktoren gewährt: weil der Käufer die Ware noch nicht gesehen hat, oder weil die gelieferte Ware nicht so ist, wie sie nach der Vereinbarung beider sein sollte.

16.5. Wille und Austausch

Jede Partei gibt nur deshalb etwas von ihrem Eigentum an die andere auf, weil sie von der anderen das gleiche erwartet. Der Wille bezieht eine Leistung auf die andere: *do ut des*. Dieses Gegenseitigkeitsverhältnis, das *Synallagma*, ist Ausdruck des Willens der Parteien und es wird als solcher vom Recht geachtet und geschützt. Auch hier treffen Eigentumsschutz und rechtliche Untermauerung des Vertrags zusammen.

Hier möchte ich zwei Ausprägungen dieses Synallagmas hervorheben: Zum einen soll keiner Partei gegen ihren Willen die nur teilweise Geltung des als Ganzes gewollten Geschäfts aufgezwungen werden; zum anderen soll grundsätzlich nicht von außen in das von den Parteien vereinbarte Austauschverhältnis eingegriffen werden.

So ist es bezeichnend, daß dem Käufer im Falle der mangelhaften Lieferung nicht das Recht zusteht, die mangelhafte Ware gegen einen einseitig geminderten Kaufpreis zu behalten. Der „fehlenden Eigenschaft" steht kein selbständiger Teil des Kaufpreises gegenüber, so daß der Betrag der Minderung nur durch Schätzung „von außen" bestimmt werden könnte. Außerdem hat der Verkäufer nicht sein Einverständnis dazu gegeben, die Ware, die er lieferte, gegen einen geringeres Entgelt aus seinem Eigentum zu geben[39]. Problematisch ist das dann, wenn der Käufer die Ware nicht mehr so zurückgeben kann, wie er sie erhielt. Dann kann nämlich der Verkäufer entscheiden (*ḫiyār*), ob er den Vertrag trotzdem rückabwickeln möchte oder nicht. Ihm darf nicht gegen seinen Willen etwas Geringwertigeres aufgedrängt werden[40]. Weigert er sich, so kann der Käufer um den Betrag mindern, um den der Mangel die Ware im Wert herabgesetzt hatte[41]. Denn der Käufer soll nicht den

---

[39] So die Begründung von *Marġīnānī* III S. 32, 35; vgl. den Fall bei *Šaibānī*, Aṣl S. 184 Nr.11, aus dem sich diese Regel abstrahieren läßt; vgl. dazu *Sarahsī* XIII S. 102 Z.12.

[40] *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 145 Nr.12.4.

[41] Vgl. *Abū Yūsuf*, Iḫtilāf S. 13 Z.3 = *Šāfiʿī* VII S. 88 Z.32; *Šaibānī*, Aṣl S. 179 ff. Nr.4,5,8-10,14, S. 201 f. Nr.40 und *Ṭaḥāwī*, a.a.O.

Schaden daraus tragen, daß das Austauschverhältnis wegen des Mangels schon von Anfang an nicht den Vereinbarungen entsprach.

Einfacher ist es, wenn die Leistung des Verkäufers aus mehreren selbständigen Einheiten bestand, die jeweils mit einem eigenen Kaufpreis angesetzt sind. Dann steht es dem Käufer zu, nur die mangelhaften Teile zurückzugeben und dafür einen entsprechenden Teil seines Kaufpreises vom Verkäufer zurück zu verlangen[42]. Hier kann die Abweichung anhand des ursprünglich festgelegten Wertverhältnisses der beiden Leistungen unmittelbar rechnerisch festgestellt werden. Auch wenn der Verkäufer weniger liefert, als vereinbart, hat der Käufer die Wahl (*ḫiyār*), den Kaufpreis entsprechend zu mindern, oder ganz vom Vertrag zurückzutreten[43].

Das islamische Recht weigert sich grundsätzlich, in das von den Parteien festgelegte Austauschverhältnis einzugreifen. Die „Aufspaltung des Zuschlags" (*tafrīq aṣ-ṣafqa*) ist hier wie auch in anderen Zusammenhängen[44] verboten. Auch der Richter soll nicht nach Schätzung oder nach eigenem Gutdünken ein „angemessenes" Austauschverhältnis herstellen. Keiner Partei soll aufgezwungen werden, ihr Eigentum um weniger zu verlieren, als sie sich ausbedungen hatte. Grundsätzlich soll auch keiner Partei gegen ihren Willen die nur teilweise Geltung des als Ganzes gewollten Geschäfts aufgezwungen werden; eine Ausnahme bilden insoweit nur die teilbaren Verträge. Das Austauschverhältnis, das die Parteien bei möglichst optimalem Informationsstand nach ihrem Willen festgelegt haben, ist weitgehend vor Eingriffen „von außen" geschützt, insoweit ist der Wille der Parteien souverän. Diese Souveränität ist jedoch eher Ausdruck der grundsätzlichen Unantastbarkeit des Eigentums, als Zeichen der Anerkennung der Vertragsfreiheit, denn sie findet ihre Grundlage in der Befugnis des Eigentümers, die Bedingungen festzulegen, unter denen er sein Eigentum abzugeben bereit ist. Ein anderer Grund liegt möglicherweise in der vor allem von den Hanafiten und Šāfiʿī betonten Unmöglichkeit, den unausgesprochen gebliebenen Willen der Parteien zu erkennen und rechtlich fruchtbar zu machen.

---

[42] *Sarahsī* XIII S. 102 Z.18; vgl. aber *Šaibānī*, Aṣl S. 151-153 Nr.7-9 mit weiteren Differenzierungen: Bemerkt der Käufer den Mangel, noch bevor er die Ware in Besitz nimmt, so hat er nur die Wahl, alles zu nehmen oder alles zurückzuweisen; nur wenn er den Mangel erst bemerkt, wenn sich die Ware schon in seinem Besitz befindet, steht es ihm frei, nur teilweise zu wandeln; ebenso *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 523.

[43] *Šaibānī*, Aṣl S. 153 f. Nr.10,11; *Marġīnānī* III S. 23; *Kāsānī* V S. 239.

[44] Auch wenn der Käufer von zwei zusammen verkauften Gegenständen nur einen nicht gesehen hat, kann der *ḫiyār ar-ru'ya* nur insgesamt ausgeübt werden, vgl. *Šaibānī*, Aṣl S. 276 Nr.3; *Marġīnānī* III S. 35. Ebenso verhält es sich bei dem *ḫiyār aš-šarṭ*, vgl. *Šaibānī*, Aṣl S. 134 f. Nr.31 f., S. 154 Nr.12. Dem Käufer steht es natürlich nicht zu, ein Angebot mehrerer Dinge nur hinsichtlich eines Teiles anzunehmen, vgl. *Kāsānī* V S. 136 Z.22.

17. Vertragsfreiheit?[1]

Die Vertagsparteien machen durch ihren Willen zwei Leistungen voneinander abhängig. Der Austausch ist Basis der Bindung und „Legitimation" des Eigentumserwerbs. Der Wille steht als weiteres legitimierendes Element im Hintergrund: Keiner verliert sein Eigentum ohne oder gegen seinen Willen. Das Synallagma, das aus der willensgetragenen Abängigkeit der beiden Leistungen ensteht, wird vom Recht akzeptiert und geschützt.

Wie weit ist nun das Gebiet, das der Wille der Vertragsschließenden abmessen kann? Neuzeitlich westlichen Betrachtern drängt sich hier die Frage nach der Vertragsfreiheit oder der Privatautonomie auf. Reicht es, um einer Erklärung oder einer Übereinkunft rechtliche Relevanz zu verleihen, daß der oder die Urheber es so wollten? Einem Menschen, der in der Gesellschaft der ersten islamischen Jahrhunderte lebte, wäre dieser Gedanke wahrscheinlich als Hybris erschienen. Der Verlust des Eigentums kann durch den Willen des Verlierenden gerechtfertigt werden. Der Wille vermag jedoch nicht, jedem willensgetragenen Verhalten rechtliche Relevanz zuzuerkennen, wenn das denn so von dem Urheber gewünscht ist. Auch das Vertragsrecht ist weithin Sache Gottes, eine objektive Ordnung, die nicht zur Disposition steht.

17.1. Freiheitsbegriff und Vertrag

Wir müssen uns in Erinnerung rufen, daß ein Versprechen allein rechtlich nicht bindet; auch der Austausch von Versprechen reicht nicht aus; statt dessen ist der Kaufvertrag (und nach seinem Vorbild andere Verträge) konzipiert als Austausch, der mindestens einseitig schon ausgeführt ist[2]. Erst wenn eine Seite greifbar vorgeleistet hat, kommt es zur vertraglichen Bindung. Die rechtliche Bindungskraft des Vertrages beruht also nicht primär auf dem Willen, der Willensübereinstimmung der Parteien, wenn er auch die Verschiebung der Vermögenswerte, soweit objektiv faßbar, legitimiert.

Das steckt der rechtlichen Gestaltungsfreiheit des Willens enge Grenzen. Das Recht läßt sich nicht vor jeden Karren spannen, es muß ein gegenwärtiger Austausch sein, bei dem eine Person droht, etwas aus ihrem Vermögen an eine andere zu verlieren. Hinzu kommt, daß die Gesellschaft der ersten islamischen Jahrhunderte

---

[1] Zur Vertragsfreiheit im islamischen Recht vgl. *de Bellefonds*, L'autonomie de la volonté en droit musulman, Rev. Algérienne, Tunisienne et Maroccain de Législation et Jurisprudence 74 (1958), S. 87-111; *ders.*, Traité I S. 224-242; *Chehata*, Théorie S. 80-86; *Dourmoussis*, Le principe de la liberté des contrats dans le Droit Occidental et dans le Droit Musulman, 1917; *Schacht*, Bergsträsser's Grundzüge S. 60; *ders.*, Introduction S. 144 f. Alle gehen aber von späteren Quellen und damit von einem anderen Entwicklungsstand des islamischen Rechts aus.

[2] S. o. Kapitel 10.

wie auch andere antike oder mittelalterliche Gesellschaften keinen allgemeinen Freiheitsbegriff kannte, der im Umfang dem uns in unserem Umfeld selbstverständlichen entsprechen würde. Damit fehlt schon der Grundstein, auf dem eine Konzeption von Privatautonomie oder Vertragsfreiheit aufbauen könnte. Wahrscheinlich fehlte auch der Anreiz in „äußeren", in gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen. Die Frage, ob das islamische Recht „Vertragsfreiheit" kennt, oder inwieweit es der „Privatautonomie" gerecht wird, ist also von vornherein falsch gestellt[3].

Die arabischen Worte für „frei" (*ḥurr*) oder „Freiheit" (*ḥurrīya*) drücken primär die Eigenschaft des freien, das heißt des unversklavten Menschen aus. Ein allgemeiner Freiheitsbegriff hat sich daraus bis in die Neuzeit hinein nicht entwickelt[4]. Handlungsfreiheit wurde eher durch den Begriff *iḫtiyār* (wörtl.: „Wahl") ausgedrückt. Bei aller hier gebotenen Kürze und Vereinfachung läßt sich generalisierend sagen, daß die Handlungsfreiheit nicht als Eigenschaft, als Teil einer umfassenden menschlichen Freiheit gesehen wurde, sondern, ausgeformt in der Theologie, als Vermögen des Menschen in jeder Situation die eine oder andere Handlung zu „wählen"[5]. Rosenthal zieht daraus den folgenden Schluß: „The Muslim debate of the problem, of free will was never more than a half-hearted attempt to secure a very small niche in the scheme of things for freedom that was always felt to constitute an infringement upon the omnipotence of a God."[6]

Die Eigenschaft des Menschen „frei" zu sein, betraf also nur seinen Status. War er frei, so war er auch rechtsfähig, möglicher Träger von Rechten und, in beschränkterem Umfang, Adressat von Pflichten. Wer „frei" war, konnte Eigentümer sein. Die rechtliche Handlungsfähigkeit ist an die durch Alter und Verstand bezeugte geistige Reife geknüpft. Erst wer „geschäftsfähig" ist, ist in vollem Umfang in die Pflicht genommen und in der Lage, über seine Rechte, sein Vermögen, „frei", das heißt ohne Bindung an andere, zu verfügen[7].

Es ist angesichts des religiösen und gesellschaftlichen Hintergrundes nicht verwunderlich, daß sich zumindest von den hier herangezogenen Juristen kein einziger allgemein mit Fragen der Vertragsfreiheit oder Privatautonomie befaßte. Diese Fragen setzen letztlich ein „vertragliches" Weltbild voraus, in dem der Vertrag prinzipiell allumfassend ist, ein Vehikel der Emanzipation des Individuums, das selbst der Ordnung der Gesellschaft letztlich zugrunde liegt. Im islamischen Recht ist die Ordnung selbst vorgegeben und der Vertrag nur ein Mittel zu dem Zweck, Vermö-

---

[3] Anders ist es, wenn es rechtspolitisch darum geht festzustellen, inwieweit das islamische Vertragsrecht für eine Gesellschaft brauchbar sein kann, die auf dem Grundsatz der Freiheit und Selbstbestimmung des Individuums basiert; wenn es also um die Frage geht, wieweit sich dieses Vertragsrecht den Ideen der individuellen Freiheit, Selbstbestimmung und Verantwortung „öffnen" kann. Das war ein Anliegen vieler Forscher während der ersten fünfzig Jahre dieses Jahrhunderts.

[4] *Rosenthal*, The Muslim Concept of Freedom, 1960, S. 11, 23 ff.; *ders.*, Art. „ḤURRIYYA", in EI², Vol.III, S. 589.

[5] *Rosenthal*, The Muslim Concept of Freedom, 1960, S. 12; *Gardet*, Art. „IKHTIYĀR", in EI², Vol.III, S. 1062 f.; vgl. zu Einzelheiten der Diskussion über das Verhältnis der Handlungsfreiheit des Menschen und der Allmacht Gottes z. B. *Watt*, Der Islam II S. 80-116, 235-243, 315 ff.; *ders.*, Free Will and Predestination in Early Islam, 1948; *van Ess* I S. 23 ff., 72 ff.

[6] *Rosenthal*, a.a.O. S. 17.

[7] S. o. Kapitel 16.1.

gensbestandteile von einem auf den anderen zu übertragen. So ist auch der Kaufvertrag letztlich nur eine „Funktion des Eigentums"[8], eine Institution, der sich jeder Eigentümer bedienen kann. Ausdruck der „Freiheit der Person" war der Vertrag nur insoweit, als Sklaven nicht kontrahieren konnten; doch lag das daran, daß diese nicht Inhaber von Rechten waren und daher auch nichts zum Austausch zu bieten hatten. Wahrscheinlich reichte es bei den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Gegebenheiten aus, Verträge allgemein nach dem Muster des Kaufvertrages als Austauschverträge zu fassen. Daneben gab es ja auch noch die unentgeltlichen Verträge, die weit bedeutsamer waren als heute, und, nicht zu vergessen, die verschiedenen Formen der Kooperation in Handels- oder Agrargesellschaften, die vom Muster des Kaufvertrages unabhängig waren[9].

17.2. Gibt es einen allgemeinen Vertragsbegriff?

Es wird nach all dem auch kaum überraschen, daß die islamischen Juristen wenig Sorgfalt auf die Entwicklung eines allgemeinen Vertragsbegriffs verwendeten[10].

Der Koran verwendet den Begriff *ʿahd* um eine Verpflichtung zu bezeichnen. Er hält zur Erfüllung eingegangener Verpflichtungen an[11]. „La notion de *ʿahd* suggère l'idée de confiance, de fides."[12] Der Terminus *ʿaqd*, den das „klassische" islamische Recht für den Vertrag verwendet, kommt nicht in der technischen Bedeutung als „Vertrag" bzw. vertragliches Band vor. Einmal wird die Pluralform *ʿuqūd* in der Bedeutung „Verpflichtungen" verwendet (5/1):

'Ihr Gläubigen! Erfüllt die Verpflichtungen (die Gott euch auferlegt hat)!"[13]

Ein allgemeiner Vertragsbegriff ist im Koran also nicht angelegt.

Šaibānī hat für den Vertrag keine feste Begrifflichkeit entwickelt, der Terminus *ʿaqd* kommt nicht vor; statt dessen wird die abgeleitete Form *ʿuqda* verwendet, die eher den Vertragsabschluß selbst bezeichnet[14]. In dieser Bedeutung trifft der Begriff sich mit *ṣafqa* (wörtl. „Handschlag"), einem Terminus, der neben dem Vertragsabschluß selbst auch dessen Inhalt bezeichnet und bei Šaibānī wesentlich häufiger vorkommt[15] als *ʿuqda*. Šaibānī verwendet, wenn er vom Vertrag selbst spricht, immer

---

[8] S. o. Kapitel 9.2.
[9] S. o. Kapitel 2.3.1. und 2.5.2.
[10] Vgl. *Chehata*, Études S. 158 ff; *ders.*, Le contrat en droit musulman, ZVR 70 (1968), S. 81 ff.
[11] 2/177, 17/34, 23/8.
[12] *Chehata*, Etudes S. 159.
[13] In der Ableitung *ʿuqda* („C'est bien plutot le contractum que le contractus", *Chehata*, a.a.O. S. 159) wird es in 2/235, 2/237 für das Band der Ehe verwendet.
[14] *Šaibānī*, Aṣl S. 81 Nr.32 (*ʿuqdat as-salam)*, S. 99 Nr.5, S. 177 Nr.1, S. 178 Nr.3, S. 227 f. Nr.30 f., S. 237 Nr.1 (*ʿuqdat al-baiʿ*). In der Verbform bei *ders.*, Ḥuǧǧa II S. 680: *fa qad waǧaba 'l-baiʿ ḥīna ʿaqadāhū* (der Kaufvertrag bindet sie, sobald sie ihn abgeschlossen haben).
[15] *Šaibānī*, Aṣl S. 73 Nr.9, S. 81 Nr.3, S. 86 Nr.4, S. 132 Nr.26, S. 134 f. Nr.31 f., S. 151 ff. Nr.7-9, S. 154 Nr.12, S. 158 f. Nr.8, 10, S. 166 Nr.21, S. 175 Nr.42, S. 201 Nr.39, S. 276 Nr.3; *ders.*, Ḥuǧǧa II S. 692: „*inna aṣ-ṣafqa an yūǧiba 'l-baiʿ al-bā'iʿ wa 'l-muštarī*" („*ṣafqa* bedeutet, daß der Kaufvertrag nun Käufer und Verkäufer bindet".) *Chehata*, a.a.O. S. 161 übersetzt *ṣafqa* mit *negotium*, ergänzt aber „De toute manière, il vise la conclusion du contrat et non le contrat en tant que tel."

den Begriff, der den konkreten Vertragstyp bezeichnet, also *baiᶜ* für den Kaufvertrag oder *salam* für den Terminkauf. Es gibt noch keinen Begriff, der allgemein das Phänomen Vertrag umfaßt, jedes Geschäft wird konkret als Einzelfall betrachtet. Die Idee des Vertrages ist zwar bekannt und wird vorausgesetzt, „mais cette notion n'a pas encore trouvé de dénomination. La transaction est envisagé concrètement."[16].

Das gleiche Bild bietet uns Mālik. Šāfiᶜī allerdings verwendet schon den Begriff *ᶜaqd* als Abstraktum, um den Vertrag allgemein zu bezeichnen[17]. Daneben steht aber auch immer wieder die konkrete Bezeichnung als *baiᶜ*[18]. Aus der Art, wie er den Begriff verwendet, wird deutlich, daß für Šāfiᶜī *ᶜaqd* der allgemeinere Begriff ist, der nicht nur den Kaufvertrag (*baiᶜ*), sondern z. B. auch den Ehevertrag (*nikāḥ*) umfaßt.

Ṭaḥāwī, der hanafitische Jurist des 3./4. islamischen Jahrhunderts, bezeichnet den Kaufvertrag zumeist konkret als *baiᶜ*[19]. Doch finden wir bei ihm daneben oftmals das von derselben Wurzel wie *ᶜaqd* (*ᶜ-q-d*) abgeleitete Verb[20], das das Schließen des Kaufvertrages bezeichnet. An anderer Stelle erscheint auch das Substantiv *ᶜaqd*, an einer Stelle in der Bedeutung von „Angebot"[21], an anderen Stellen als Verbalsubstantiv[22] und sogar schon als allgemeiner Begriff[23].

Die Entwicklung erscheint abgeschlossen bei Qudūrī. Als erster der hier herangezogenen hanafitischen Juristen verwendet er den Begriff *ᶜaqd* im Sinne eines abstrakten Vertragsbegriffes und macht ihn auch systematisch nutzbar, indem er den Vertrag in einen größeren Zusammenhang rechtlich relevanter Handlungen einordnet[24]. Die *ᶜuqūd* fallen zusammen mit einseitigen Akten wie dem Anerkenntnis (*iqrār*), der Scheidung und der Freilassung eines Sklaven etc. unter den Oberbegriff der *aqwāl*, was in etwa mit „Rechtsgeschäfte" übersetzt werden kann. Die *aqwāl* bilden das Gegenstück zu den *afᶜāl*, den Realakten und unerlaubten Handlungen. Nur für die *aqwāl* ist Geschäftsfähigkeit des Handelnden Wirksamkeitsvoraussetzung, nicht hingegen für die *afᶜāl*, die vom Willen unabhängig sind[25].

Insgesamt gesehen bleibt der allgemeine Vertragsbegriff jedoch ziemlich blaß und selbst im „klassischen" Recht ohne weitere praktische oder systembildende Bedeutung[26]. In der Frühzeit des islamischen Rechts jedenfalls, der Zeit auf der der Schwerpunkt unserer Untersuchung liegt, finden wir keinen allgemeinen Begriff des

---

[16] *Chehata*, a.a.O. S. 160 f.
[17] Vgl. z. B. *Šāfiᶜī* III S. 65 Z.13; VII S. 270 Z.19, Z.29.
[18] Vgl. z. B. *Šāfiᶜī* VII S. 270 Z.20.
[19] Vgl. z. B. *Ṭaḥāwī* S. 74 f.
[20] Vgl. z. B. *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 1 Nr.1.4, S. 17 Nr.2.79, S. 194 Nr.19.2 und 19.4.
[21] *Ṭaḥāwī*, a.a.O. S. 20 f. Nr.2.106 ff.
[22] *Ṭaḥāwī*, a.a.O. S. 195 Nr.19.8 (*ᶜaqd as-salam*), S. 196 Nr.19.5 (*ᶜaqd as-salam*).
[23] *Ṭaḥāwī*, a.a.O. S. 173 Nr.6.2.
[24] *Qudūrī* S. 43, S. 49 und v.a. S. 47. Vgl. dazu auch *Chehata*, Etudes S. 167. ff.
[25] S. o. Kapitel 16.
[26] *Chehata*, Etudes S. 158: „si le contrat est un fait patent, dans le système juridique musulman. . .la notion générale de contrat n'a jamais fait l'objet, dans les ouvrages de doctrine, d'une théorie générale."

Vertrages. Eine Leitfunktion nimmt allerdings der Kaufvertrag ein, der als ein „Modell", als „le contrat type"[27], für die meisten anderen Vertragstypen dient.

Wenn es nach all dem auch verfehlt ist, ein „islamisches Konzept der Privatautonomie" nachzeichnen zu wollen, so werde ich mich trotzdem nicht scheuen, die möglicherweise den damaligen Juristen fremde Frage an ihre Werke heranzutragen, inwieweit willentlichen Akten rechtsgestaltende Bedeutung zugemessen wurde und wie das Verhältnis von individueller Rechtssetzung und objektiver Ordnung ausgestaltet war. Ich werde dabei in groben Zügen einer mir eher geläufigen Einteilung folgen, die zwischen „Typenfreiheit" und „Inhaltsfreiheit" unterscheidet. Die Typenfreiheit bestimmt, ob die Parteien an bestimmte Vertragstypen gebunden sind oder nicht. Die Inhaltsfreiheit gibt den Raum an, der der Freiheit der Parteien bei der weiteren Ausgestaltung eines solchen Vertragstyps zugemessen ist. In diesem Zusammenhang soll untersucht werden, ob und wieweit die Parteien den Vertragsinhalt durch Nebenabreden (Bedingungen) und Befristungen modifizieren können; das berührt die Frage, ob das islamische Recht dispositive Regelungen kennt, wie stark also der Griff ist, den es um die Vertragsregelungen legt.

Ich bin mir darüber im klaren, daß beide Gesichtspunkte nicht sauber getrennt werden können. Je genauer ein bestimmter Vertragstypus vom Recht zwingend umschrieben wird, desto eher kommt man dazu, einen neuen Typus anzunehmen. Je weniger das Recht, das die Vertragstypen umreißt, dispositiv ist, desto schneller ist man bei einem neuem Typus. Die in diesem Zusammenhang ebenfalls bedeutsame Frage, inwieweit die Parteien bei der wertmäßigen Ausgestaltung des Austauschverhältnisses frei sind, möchte ich auf das nächsten Kapitel verschieben.

Die Freiheit des Individuums in der Gestaltung seiner rechtlichen Verhältnisse hat auch eine gesellschaftliche Dimension. Die hier behandelten Fragen versprechen auf einer weniger individuellen Ebene Erkenntnisse über das Verhältnis von allgemeiner wirtschaftlicher Praxis, von „Brauch", zu Recht und Religion. Es stellt sich die Frage, wie allgemein übliche Transaktionen rechtlich behandelt wurden, kritisch ist das vor allem dort, wo eine bestimmte Praxis sich nicht auf eine Legitimation in autoritativen Rechtsquellen, wie vor allem Koran oder *sunna* stützen kann. In einem solchen Fall stößt der Anspruch einer objektiv vorgegebenen und religiös legitimierten Ordnung auf wirtschaftliche Gegebenheiten.

17.3. Typenfreiheit?

In der Frühzeit wird weder gesagt, daß man grundsätzlich frei kontrahieren könne, wie man wolle und nur durch ausdrückliche Verbote eingeschränkt sei, noch wird der Grundsatz aufgestellt, daß man nur bestimmte, inhaltlich festgelegte Verträge abschließen dürfe. Es werden Einzelfälle behandelt mit Lösungen, die sich durchweg auf den Propheten berufen. Von dort aus finden sich Ansätze, zu rationalisieren, doch werden kaum allgemeine Kriterien ausgesprochen. Dieses „atomisierende",

---

[27] *Chehata*, Theorie S. 113; *ders.*, Études S. 160; *Schacht*, Introduction S. 151 f.; *Johansen*, Sacred and Religious Elements S. 291.

allenfalls „horizontal" systematisierende Vorgehen entspricht der Methode der ersten Rechtswerke.

Anders ist erst der Ausgangspunkt des hanbalitschen Reformers Ibn Taimīya (st.1328 n.C.). Er lehrte, daß nur das verboten sei, was ausdrücklich durch Koran, *sunna* oder unanfechtbare Ableitung für verboten erklärt wurde[28]. Würde man es mit den Verboten übertreiben, so würden die Leute sie zu umgehen trachten, oder man müßte vieles erlauben, was eigentlich eine Übertretung ist, ein solches Vorgehen müßte auf die Dauer die allgemeine Moral untergraben. Das richtet sich nicht zuletzt gegen die *ḥiyal*, mit denen vor allem die Hanafiten rechtliche Forderungen und praktische Bedürfnisse auszusöhnen suchten. Für Ibn Taimīya gilt der Grundsatz, daß niemand die Autorität habe, einen Muslim Verboten zu unterwerfen, die sich nicht auf autoritative Texte stützen. Ähnlich haben wir mehrfach Šaibānī gegen „die Medinenser" argumentieren sehen[29]. Bei ihm, und meines Wissens auch bei den späteren Hanafiten, wird diese Aussage jedoch nicht zum Prinzip erhoben und auch auf das Vertragsrecht angewandt. Ibn Taimīya leitet hingegen von seinem Ausgangspunkt ab, daß die Zahl der zulässigen Vertragstypen und ihr Inhalt grundsätzlich nicht begrenzt sei. Im Vertragsrecht gebe es nur zwei große Kategorien von Verboten: das *ribā*-Verbot und das Verbot des *maisir*, womit er das Risikoverbot meint[30]. Verträge, die weder gegen das eine noch das andere verstießen und auch sonst nicht ausdrücklich in Koran oder *sunna* untersagt werden, sind hingegen zulässig[31]. Damit hat Ibn Taimīya so etwas wie Vertragsfreiheit begründet.

Den Autoren, die ich herangezogen habe, ist solche Argumentation fremd. Dabei finden sich schon im frühen Material Ansatzpunkte für eine breitere Anerkennung der rechtlichen Bindungskraft eingegangener Verpflichtungen. So verlangt der Koran mehrfach, daß die Gläubigen die eingegangenen Verpflichtungen (*ᶜahd*) halten sollen (2/177, 17/34). In die gleiche Richtung scheint ein Prophetenwort zu gehen, in dem die Muslime pauschal aufgefordert werden sich an ihre Vereinbarungen zu halten (*al-muslimūna ᶜalā šurūṭihim*). Die frühen Hanafiten gehen nirgends auf diese Überlieferung ein. Der Grundsatz erscheint zunächst als Überlieferung von al-Qāsim ibn Muḥammad[32], den Schacht zeitlich zwei Generationen vor Mālik ansetzt[33]. Šāfiᶜī kennt den Grundsatz auch als Prophetentradition, doch bezweifelt er selbst seine Echtheit[34]. Schacht vermutet, daß „the maxim was obviously intended as a general rule; the introductory words of the statement of Qāsim confirm this." Dort sagt Qāsim sinngemäß, er kenne die Menschen nur als solche, die den ihren „Bedingungen" (*šurūṭ*, also den eingegangenen Verpflichtungen) unterworfen sind in

---

28 *Laoust*, Essai S. 445 ff.
29 Vgl. allgemein oben Kapitel 5.
30 *Laoust*, a.a.O. S. 449.
31 *Laoust*, a.a.O. S. 465.
32 *Mālik*, Muwaṭṭa' S. 756 Nr.44; *Šāfiᶜī* VII S. 201 Z.11 im Zusammenhang mit der Diskussion um die Schenkung auf Lebenszeit (*ᶜumrā*).
33 *Schacht*, Origins S. 181, 174; vgl. zu dieser Tradition auch *Chehata*, Le contrat en droit musulman, ZVR 70 (1968), S. 92: „le caractère moral de cette injonction ne saurait faire l'objet d'un doute quelconque."
34 *Šāfiᶜī* VII S. 32 (Rand).

ihrem Vermögen und in dem was sie verschenken. Wenn das tatsächlich als allgemeine Regel gedacht war, so wäre es ein Versuch, nahezu jede Vereinbarung mit rechtlicher Bindungswirkung auszustatten. Allerdings kommt die Regel nur im Spezialfall einer auflösend durch den Tod des Beschenkten bedingten Schenkung (*ᶜumra*) vor, einem Sonderfall, in dem offenbar ein vorher geübter medinensischer Brauch von einer Prophetentradition angegriffen wurde, nach der der Prophet die Schenkung für wirksam, die auflösende Bedingung aber für nichtig erklärt hatte. Die Aussage des Qāsim wird auch ausdrücklich nur als Antwort auf eine Frage nach der Wirksamkeit einer solcherart bedingten Schenkung überliefert. Es scheint sich bei all dem lediglich um einen medinensischen Versuch zu handeln, die allgemein geübte, lokale Praxis der *ᶜumrā* zu retten. Auch Šāfiᶜī versteht den Grundsatz nicht uneingeschränkt. Er führt einen Nachsatz an, der die allgemeine Aussage sogleich wieder einschränkt: Ausgenommen seien solche Bedingungen, die etwas Verbotenes erlaubten und etwas Erlaubtes verböten. Die Vereinbarungen sind also den Beschränkungen des Rechts unterworfen. Eine ähnliche Aussage finden wir in einer Überlieferung vom Kalifen ᶜUmar wieder:

> Jeder Vergleich (*ṣulḥ*), den die Menschen untereinander abschließen, ist erlaubt, außer dem, der etwas Verbotenes erlaubt und etwas Erlaubtes verbietet[35].

Das heißt also, daß nicht zuerst der Wille und dann das Gesetz kommt, sondern zunächst das Recht dem Willen den Bereich absteckt, in dem er wirken kann.

17.3.1. Vertrag ohne Rechtfertigung: die Einordnung des Werklieferungsvertrages (istiṣnāᶜ)

Die Frage, wie das Recht auf Transaktionen zu reagieren hatte, die keinem der in Koran oder *sunna* legitimierten Vertragstypen bruchlos untergeordnet werden konnten, die aber dennoch überall und seit jeher praktiziert wurden, stellte sich für die Juristen konkret beim Werklieferungsvertrag (*istiṣnāᶜ*)[36]. Es war ein Vertrag, bei dem sich der Hersteller verpflichtete, ein bestimmtes Werk aus eigenem Material für einen Auftraggeber herzustellen. Der Vertrag trug also Züge sowohl eines Dienst-[37] als auch eines Kaufvertrages. Überall gaben die Menschen Gefäße oder Schuhe in Auftrag und überall gab es Handwerker, die auf diese Weise Gefäße oder Schuhe aus eigenem Material nach Maß und Anforderung herstellten[38]. Ein normaler Kaufvertrag konnte und durfte es nicht sein, weil die Sache, die zu verkaufen gewesen wäre,

---

[35] *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 595.

[36] Vgl. Pritsch/Spies, Der islamische Werklieferungsvertrag nach al-Kāsānī, ZVR 56 (1953), S. 47-75, die sich nahezu ausschließlich auf Kāsānī stützen. Ob der *istiṣnāᶜ* als eigener Vertragstyp behandelt werden sollte, war unter den islamischen Juristen streitig; vgl. z. B. die Diskussion bei *Sarahsī* XII S. 138 Z.18 – S. 140 oder bei *Kāsānī* V S. 2 Z.5. Übrigens war auch im römischen Recht die Einordnung des Werklieferungsvertrages (Kauf-, Werk- oder gemischter Vertrag?) umstritten, vgl. *Kaser* I S. 548 mit Anm. 33.

[37] Den Werkvertrag kannte das islamische Recht nicht als eigenen Vertragstyp. Er wurde als „Dienstmiete" (*iǧāra*) erfaßt, s.u. 17.3.2.

[38] Als Beispiele führt *Šaibānī*, Aṣl S. 8 Nr.28 an: Schuhe (*ḫuffain*), Kopfbedeckungen (*qalansūwa*), verschiedene Arten von metallenen (v.a. Messing-) Gefäßen und Flaschen. Bei Textilien scheint der *istiṣnāᶜ* nicht üblich gewesen zu sein – vgl. *Kāsānī* V S. 209 f. Z.34. Überhaupt war es üblicher, daß der Handwerker das Material nicht selbst stellte, vgl. *Goitein*, MS I S. 90.

noch gar nicht existierte[39]. Und da es nicht um die Vereinbarung einer nach Ablauf einer bestimmten Frist zu erfüllenden Gattungsschuld ging, sondern um die Herstellung eines genau bestimmten Gegenstandes (Speziesschuld), war der Vertrag auch nicht ohne weiteres als *salam* zu behandeln. Beim *salam* ist unerheblich, woher der Verkäufer die Gattungsware nimmt; beim *istiṣnaᶜ* war die Herstellung durch den Lieferanten selbst zum Vertragsinhalt geworden.

Dennoch behandelt Šaibānī den *istiṣnāᶜ* nicht als eigene Kategorie sondern im Buche des Kaufes, im Kapitel über den *salam*[40]. Man erkennt, daß er sich bemüht, diesen Vertragstyp, den er offenbar nicht für unwirksam erklären möchte, in die ihm zur Verfügung stehenden Schemata einzuordnen. Dabei unterscheidet er zwei Fälle. Im ersten vereinbart jemand mit einem anderen, daß dieser ihm etwas nach einer bestimmten (oder anerkannten) Art (*ṣināᶜa maᶜrufa*) herstellen solle, jedoch für die Herstellung keine Frist setzt. In diesem Fall hat der Besteller ein Rücktrittsrecht, wenn der Hersteller fertig ist, weil er etwas kaufte, was er noch nicht gesehen hatte; das ist der uns schon bekannte *ḫiyār ar-ru'ya*[41]. Šaibānī behandelt diese Transaktion also als einfachen Kaufvertrag, obwohl die Sache, die verkauft werden soll, noch gar nicht existent ist. Statt jedoch aus diesem Grund den Vertrag für nichtig zu erklären, gewährt er dem Käufer lediglich ein Rücktrittsrecht. Im anderen Fall hat der Besteller sich eine bestimmte Herstellungsfrist ausbedungen; und nun wird deutlich, warum Šaibānī diesen Fall im Kapitel des *salam* behandelt. Abū Ḥanīfa nämlich stellte diesen Fall einem *salam* gleich; das heißt, der Besteller mußte sofort den Preis zahlen und beide Vertragspartner waren von Anfang an an den Vertrag gebunden. Der Besteller durfte die Ware also nicht zurückweisen, wenn sie den Vereinbarungen entsprach. Abū Yūsuf und Šaibānī selbst hingegen behandelten diesen Fall wie den ersten, also als einen besonderen Fall des Kaufvertrages mit *ḫiyār ar-ru'ya*, so daß der Besteller solange nicht an den Vertrag gebunden war, bis er das fertige Werk vom Hersteller präsentiert bekam. Der Hersteller war demgegenüber von Anfang an vertraglich gebunden. Es ist offensichtlich, daß diese Ausgestaltung für den Hersteller sehr nachteilig war, denn dieser produzierte gewissermaßen auf eigenes Risiko. Verweigerte der Auftraggeber die Annahme des Werkes, so mußte der Hersteller sehen, wie er die Ware anderweitig absetzen konnte. Aus diesem Grund versuchte eine Meinung, die von den späteren Juristen Abū Yūsuf zugeschrieben wurde, diese dem Hersteller nachteilige Lücke in der Bindungswirkung des *istiṣnāᶜ* zu schließen, indem sie dem Besteller dann das Rücktrittsrecht verweigerte, wenn das hergestellte Werk den Vereinbarungen entsprach[42]. Der *istiṣnāᶜ* hätte dann wie der *salam* von

---

[39] *Šaibānī*, Aṣl S. 31 Nr.101, S. 92 Nr.16, 17, 18, S. 94 Nr.23; *ders.*, Ḥuǧǧa II S. 545 f.; *Sarahsī* XIII S. 155; *Chehata*, Théorie S. 64; s.o. 14.2.3.

[40] *Šaibānī*, Aṣl S. 9 Nr.28; ansonsten kommt der *istiṣnāᶜ* weder in seinen Ǧāmiᶜ Kabīr, noch in dem Ǧāmiᶜ Ṣaġīr vor. Auch in seinem *ḫiyal*-Werk behandelt er den *istiṣnāᶜ* nicht, ebensowenig wie Ḫaṣṣāf. Der Umstand, daß auch Ṭaḥāwī in seinen Formularhandbüchern dem *istiṣnāᶜ* keinerlei Aufmerksamkeit widmet, deutet darauf hin, daß er nicht für wirtschaftlich bedeutend genug angesehen wurde, um schriftlich fixiert zu werden. Handwerker gehörten offenbar nicht zu den wichtigsten Klienten der Juristen.

[41] Vgl. dazu oben Kapitel 14.1.1.3.

[42] *Sarahsī* XII S. 139 Z.16; *Kāsānī* V S. 3 Z.27, S. 210 Z.10; bei Šaibānī finden sich jedoch keine Spuren dieser Meinung.

Anfang an bindende Wirkung; damit wäre er auch als eigener Vertragstyp anerkannt.

Man merkt, wie die Juristen sich bemühten, einen Vertrag, den sie in der Realität vorfanden, in die ihnen zur Verfügung stehenden Schemata einzuordnen. Aus der Behandlung des *istiṣnāʿ* bei Šaibānī geht jedoch nicht hervor, daß sie bereit gewesen wären, ihn als eigenen Vertragstyp anzuerkennen. Sie ordneten ihn lediglich mit gewissen Abstrichen in das System der vorgegebenen Vertragstypen ein. So Šaibānī, wenn er den Vertrag zunächst als Kauf gelten ließ, obwohl die Sache noch nicht existent war, oder Abū Ḥanīfa, wenn er den Vertrag als *salam* klassifizierte, obwohl der „Verkäufer" nicht die Beschaffung gattungsmäßig umschriebener Ware sondern die Herstellung eines bestimmten Stücks versprach. Damit stellte sich ihnen die brisante Frage nicht, ob allgemein gebräuchliche Verträge auch ohne ausdrückliche Fundierung in Koran oder *sunna* rechtlich anzuerkennen waren.

Von dieser Ausgangslage gehen die späteren Hanafiten in ihren Diskussionen aus[43]. Sie geben sich jedoch nicht damit zufrieden, den *istiṣnāʿ* wie Šaibānī als atypischen Kaufvertrag zu behandeln, sondern bemühen sich ausführlich, die Zulässigkeit des *istiṣnāʿ* herzuleiten. Als Kaufvertrag wäre der *istiṣnāʿ* nichtig, da die zu verkaufende Ware noch gar nicht vorhanden ist[44]. Aus zwei Gründen sei der *istiṣnāʿ* jedoch zulässig. Zum einen hätten die Menschen schon seit der Zeit des Propheten solche Verträge unwidersprochen abgeschlossen; ein derartiger Konsens könne nicht fehlgehen[45]. Als Stütze führen Sarabsī und Kāsānī zwei *ḥadīṯe* an, die üblicherweise als Begründung der autoritativen Kraft des *iǧmāʿ*, des allgemeinen Konsenses der muslimischen Gemeinde, herangezogen werden:

Was die Muslime (insgesamt) gut finden, das findet auch Gott gut

und

Meine Gemeinde wird sich niemals auf eine Abweichung einigen.

Zum anderen spreche das Bedürfnis der Menschen dafür, den Vertrag entgegen dem *qiyās* zuzulassen, obwohl die Ware noch nicht vorhanden ist. Das ist eine Argumentation, die für den *istiḥsān*[46] typisch ist.

Aus dieser Argumentation der späteren Hanafiten wird in der Sekundärliteratur zumeist abgeleitet, daß im islamischen Recht Vertragstypen nicht nur durch Koran und *sunna* begründet werden können, sondern auch durch allgemeine Übung[47]. Doch ist das bei genauerem Hinsehen ein Trugschluß. Der ganze Aufwand, den diese späteren Hanafiten treiben, erscheint nämlich etwas müßig, weil es diesem Vertrag ohnehin an seinem wesentlichsten Element, der Bindung, fehlt. Sarabsī setzt sich mit einem anderen Hanafiten, mit al-Ḥākim aš-Šahīd[48] auseinander, der offen

---

[43] Z.B. *Sarabsī* XII S. 138 Z.18; *Kāsānī* V S. 2 Z.5, erst er widmet dem *istiṣnāʿ* ein eigenes Buch.
[44] S. o. Kapitel 14.2.3.
[45] *Sarabsī* XII S. 138 Z.18; *Kāsānī* V S. 2 ff., S. 209 Z.26.
[46] S. o. Kapitel 5.
[47] *Johansen*, Sacred and Religious Elements S. 290; *Chehata*, Théorie S. 105.
[48] St. 334 A.H./945 u.C.; vgl. zu ihm *GAS I* S. 443 Nr. 21.

sagt, es handele sich hier um ein bloßes, unverbindliches Versprechen (*muwāᶜada*)[49], der Vertrag (*ᶜaqd*) komme erst zustande, wenn der Handwerker dem Besteller das fertige Werk übergibt (*bi 't-taᶜāṭī*). Sarabsī wendet dagegen zwar ein, daß es sich sehr wohl um einen Vertrag (*muᶜāqada*) handele, doch gibt er zu, daß dieser wegen des Rücktrittsrechtes des Bestellers noch nicht bindend ist. Das entspräche etwa dem Standpunkt Šaibānī's. Wir hätten es dann mit einem nur einseitig bindenden Vertrag zu tun, nur der Hersteller wäre gebunden. Doch nicht einmal das waren die späteren Juristen bereit einzugestehen[50]. Der *istiṣnāᶜ* war nach ihrer Ansicht für beide Teile frei widerruflich (*ġair lāzim*), bis der Hersteller die Ware dem Besteller anbot, bis also, mit anderen Worten, die Situation eines „normalen Kaufvertrages" eingetreten war. Die Zulässigkeit des *istiṣnāᶜ* ließ sich nämlich nur ausnahmsweise über einen *istiḥsān* wegen des Bedürfnisses der Menschen und ihrer allgemeinen Übung rechtfertigen. Fälle des *istiḥsān* mußten aber immer so eng wie möglich ausgelegt werden. Das gesellschaftliche Bedürfnis erforderte aber nach Meinung der Juristen nicht, daß der Vertrag schon unmittelbar nach Vertragsschluß auch bindend (und damit gerichtlich erzwingbar) war. Es reichte dafür vielmehr, wenn das Recht diesen Vertragstyp überhaupt erlaubte. Das „allgemeine Bedürfnis" schloß mithin die Interessen des Handwerkers, sein Material und seine Arbeit nicht umsonst möglichen Extravaganzen eines Kunden geopfert zu haben, nicht ein. Die Argumentation geht einseitig vom Interesse des Kunden, des Auftraggebers aus. Dennoch erkennen wir darin den Kompromiß wieder, mit dem die Hanafiten immer wieder Religion und Praxis miteinander versöhnten: Praktiken, die sich nicht in das religiös fundierte Rechtssystem einordnen lassen, werden „maskiert" und geduldet.

Von dem Zeitpunkt, an dem der Hersteller das Werk für den Besteller bereitstellte, konnten die Juristen dann unter drei Meinungen wählen, die jeweils unter dem Namen einer der großen Schulautoritäten lief: Nach Šaibānī verlor der Hersteller sein Rücktrittsrecht, während der Besteller es als *ḫiyār ar-ru'ya* behielt; nach Abū Yūsuf waren beide Vertragsparteien gebunden und nach Abū Hanīfa behielten beide ihr Rücktrittsrecht (sofern der Vertrag nicht wegen der Vereinbarung einer Frist von Anfang an als bindender *salam* zu werten war). Ob diese Interpretation der Meinungen authentisch ist, läßt sich nach dem doch etwas kargen Material, was wir aus der Stelle bei Šaibānī schöpfen können, nicht entscheiden; es entspricht jedenfalls in etwa deren Ausgangspunkten. Bis zu dem Zeitpunkt, zu dem die Parteien einen Kaufvertrag schließen könnten, fehlt dem Vertrag die Bindungskraft; er ist nicht erzwingbar. Erst von dem Zeitpunkt an, zu dem er in das Schema der Vertragstypen hineinpaßt, sind die Juristen bereit, dem *istiṣnāᶜ* die vollen Vertragswirkungen mehr oder weniger zuzugestehen. Dann allerdings hebt er sich nicht mehr vom Kaufvertrag ab. Man kann also (wenigstens für das hanafitische Recht) nicht behaupten, erzwingbare Vertragstypen ließen sich auch aus Brauch oder Bedürfnis begründen. Das Recht ist allenfalls bereit, sie ausnahmsweise zu tolerieren.

Deutlich wird der Ausgangspunkt der hanafitischen Juristen: Verträge, die nicht ausdrücklich in Koran oder *sunna* vorgesehen sind, werden rechtlich nicht erzwun-

---

[49] *Sarabsī* XII S. 134 Z.4; diese Meinung referiert auch *Kāsānī* V S. 2 Z.6, S. 209 Z.30 jedoch ohne eine Quelle anzugeben.

[50] Vgl. zum folgenden *Sarabsī* XII a.a.O.; *Kāsānī* V S. 209 f.

gen, daran kann auch die allgemeine Übung oder ein gesellschaftliches Bedürfnis, das über den *istiḥsān* zur Geltung gebracht wird, grundsätzlich nichts ändern. Verträge kamen erst dann unter den Schutz des Rechts, wenn sie sich in eines der bekannten und vorgegebenen Vertragsschemata einordnen ließen. Das zeigt sich auch daran, daß sich die späteren Juristen immer seitenlang bemühen, die Erlaubtheit des jeweils zu besprechenden Vertragstyps aus dem Koran und der *sunna* zu begründen[51].

17.3.2. Probleme mit anderen Verträgen

Das Bestreben, bindende Verträge möglichst als Kauf oder nach seinem Muster als Austausch zu fassen, wird auch in einer frühen Auseinandersetzung darüber deutlich, ob die „Gesellschaft" (*širk*, wörtl.: „Beteiligung"[52]), der Weiterverkauf zum gleichen Preis (*tauliya*; eine Art Vertragsübernahme[53]) und die Aufhebung eines Kaufvertrages (*iqāla*) ebenfalls Kaufverträge und als solche zu behandeln seien, oder ob sie Verträge eigener Art mit eigenen Regeln sind. Aus Koran oder *sunna* läßt sich ihr eigenständiger Charakter nicht begründen. Abū Ḥanīfa und Šaibānī[54] ordneten sie als Kaufverträge ein, im Unterschied zu Mālik[55], der sie als Verträge eigener Art behandelte. Mālik konnte daher weitgehend von den strengen Bestimmtheitsanforderungen dispensieren und sogar bei Nahrungsmitteln (*ṭaʿām*) die Beteiligung (*širk*) oder Vertragsübernahme (*tauliya*) zulassen, noch bevor der erste Käufer die Sache überhaupt in seinen Besitz genommen hatte[56]. Sinn vor allem der Beteiligung war es wohl, mit Hilfe anderer den Preis für die Sache aufzubringen. Mālik führt den Fall an, daß jemand etwas gekauft hat, dann einen anderen daran beteiligt und dieser andere den ganzen Kaufpreis an den Verkäufer bezahlt, wobei er sich vermutlich den Rückgriff auf den ursprünglichen Käufer vorbehielt. Andererseits konnte, wie ein anderes Beispiel bei Mālik zeigt, sich jemand dazu erbieten, sein *know how* dafür zu benutzen, die Waren weiterzuverkaufen, wenn der Erstkäufer ihn dafür an dem Kauf beteilige[57]. Diese recht flexiblen Instrumente, Kapital für den Handel zu sammeln, behandelten die Hanafiten und Šāfiʿī als Kaufverträge, bei denen der Beteiligte Miteigentümer wurde, was zur Folge hatte, daß sie im Hinblick auf das *ġarar*-Verbot nur über bestimmte Stücke und erst nach Besitzergreifung des Erstkäufers abgeschlossen werden durften[58]. Diese Ein-

---

[51] Z.B. *Sarahsī* XII S. 124 ff. zum *salam*.

[52] Auch *šarika* oder *širka* genannt; vgl. *Goitein*, MS I S. 170; *Udovitch*, Partnership and Profit S. 17-39.

[53] Vgl. *Schacht*, Introduction S. 153 f.; *ders.*, Bergsträsser's Grundzüge S. 71 f.; *Udovitch*, Partnership and Profit S. 219 ff.

[54] *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 702 ff.; *ders.*, Aṣl S. 31 Nr.101, S. 91 Nr.16; so auch *Šāfiʿī* III S. 83 (unten).

[55] *Malik*, Muwaṭṭaʿ II S. 676 Nr.86.

[56] Das wäre bei einem Kaufvertrag als Verstoß gegen das *ġarar*-Verbot undenkbar, s.o. 14.2.3.

[57] Vgl. die illustrative Geschichte bei *Šaibānī*, Muwaṭṭaʿ S. 283 Nr.8; vgl. *Mālik*, Muwaṭṭaʿ II S. 677; dagegen *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 712 ff.

[58] *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 708 ff. zitiert mehrere Überlieferungen von frühen irakischen Autoritäten (ʿUbaida as-Salmānī, aš-Šaʿbī, al-Ḥasan al-Baṣrī), die alle explizit die *tauliya* als Kauf behandelten. Nur die Aufhebung eines Kaufvertrags (*iqāla*) war auch schon vorher möglich, da sie nur zwischen den Parteien des ersten Kaufvertrages abgeschlossen wurde; *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 706.

schränkungen berührten natürlich die praktische Brauchbarkeit der Vereinbarungen. Hanafiten und Šāfiʿī sind also trotz des möglicherweise bestehenden Bedürfnisses oder des allgemeinen Brauchs nicht bereit, diese Vereinbarungen als eigene Verträge mit eigenen Voraussetzungen anzuerkennen, sondern unterwerfen sie den strengeren Regeln des Kaufvertrages.

Anders als die bisher angesprochenen Verträge war die *iǧāra*, die sowohl die Sach- als auch die Dienstmiete umfaßte, durch ausdrückliche Erwähnungen in Koran und *sunna* als eigener Vertragstyp belegbar[59]. Dennoch wurde auch sie nach dem Muster des Kaufvertrages als Austausch von Vermögensgegenständen behandelt. Manche Juristen definierten sie gar als „Übereignung" oder „Kauf" von Nutzungen gegen eine Gegenleistung[60]. Die typische Schwäche der *iǧāra* liegt nun darin, daß die zu überlassenden Nutzungen bei Vertragsschluß noch nicht vorhanden sind, sondern erst sukzessive während der Laufzeit des Vertrags „übertragen" werden können. Es gab daher offenbar Versuche, auch die *iǧāra* zu einem zwar erlaubten, die Parteien jedoch nicht bindenden Vertrag herabzustufen[61]. Da sich die *iǧāra* aber aus Koran und *sunna* rechtfertigen läßt, setzte sich die Meinung durch, die in ihr einen bindenden Vertrag sieht. Sarabsī[62] leitet das aus dem Charakter der *iǧāra* als Austauschvertrag (*muʿāwaḍa*) ab. Allen Austauschverträgen sei die Bindung der Parteien eigen. Bei Austauschverträgen müsse man nämlich stets beide Seiten im Auge behalten. Das ist in ausgewogener Weise nur dann möglich, wenn keine der Parteien sich mehr einseitig vom Vertrag lösen kann. Es soll keine Partei der Gefahr ausgesetzt sein, ihre Leistung erbracht zu haben und nun dafür nichts als Entgelt zu erhalten.

Sarabsī stellt in seiner Einleitung zum *Kitāb al-iǧāra* das Bedürfnis der Menschen nach diesem Vertragstyp in den Mittelpunkt:

> Der Arme braucht das Geld des Reichen, der Reiche braucht die Arbeit des Armen. Das Bedürfnis der Menschen liegt allen Vertragstypen im Recht zugrunde; sie wurden so geschaffen, daß sie diesem Bedürfnis abhelfen können.[63]

Zweierlei bleibt daraus festzuhalten. Zumindest im „klassischen" islamischen Recht wurde auch die menschliche Arbeitskraft bewußt als tauschbarer Vermögenswert, als „Ware" betrachtet, die „der Arme" zu Markte trägt, weil er sonst nichts zu verkaufen hat. Darin zeigt sich die Geringschätzung abhängiger Arbeit; sie ist etwas für „Arme". An anderer Stelle hält Sarabsī es gar für erforderlich, noch ausdrücklich hervorzuheben, daß man auch einen freien, unversklavten Menschen zur Arbeit „mieten" dürfe[64].

Die andere Aussage führt weiter: Zwar folgen die Vertragstypen den Bedürfnissen der Menschen; das bedeutet jedoch nicht, daß die Menschen sich ihre Verträge selbst nach ihren Bedürfnissen maßschneidern dürfen. Es ist ein „patriarchalisches" Wohlwollen, das im Recht waltet; die Vertragstypen sind auf die Bedürfnisse der Men-

---

59 Vgl. *Sarabsī* XV S. 74 ff. und *Marġīnānī* III S. 231.
60 Vgl. z. B. *Qudūrī* S. 52; *Sarabsī* XV S. 74 und *Marġīnānī* III S. 231 Z.11.
61 *Sarabsī* XV S. 79 Z.12 überliefert das als Meinung Šuraiḥ's, eines legendären Richters aus dem ersten islamischen Jahrhundert. Vgl. zu ihm *Schacht*, Origins S. 229 f.; *Tyan*, Histoire S. 101 ff.
62 *Sarabsī* XV S. 79 Z.14.
63 *Sarabsī* XV S. 75 Z.3.
64 A.a.O. S. 76 Z.20.

schen bezogen, ihrer Verfügungsbefugnis jedoch entzogen: Es gibt keine Vertragsfreiheit. Von diesem Gesichtspunkt aus kommen andere Vertragstypen als die vom Recht vorgegebenen nicht ins Blickfeld der Juristen. Es gibt nur Verträge, die als Kaufverträge oder nach diesem Muster Vermögensbestandteile von einem auf den anderen übertragen. Die Frage nach Typenfreiheit kann sich den Juristen gar nicht stellen.

Die späteren Hanafiten stellen für die Einordnung von Verträgen in dieses Typenschema einige Regeln auf. Die Vereinbarungen, die die Menschen untereinander treffen, werden danach in die vorhandenen Vertragsschemata eingeordnet, was Sinn und Zweck dieser Vereinbarungen ist. Ob die Menschen ihre Vereinbarungen bezeichnen oder wie sie sie bezeichnen, ist dafür unerheblich:

> Das Entscheidende ist der (Vertrags-) Zweck; er ist das Unterscheidungskriterium, nicht die Bezeichnung (*lafẓ*). Meinst du nicht auch, daß es ein Kaufvertrag ist, wenn jemand nur sagt, „Ich übereigne dir diesen bestimmten Gegenstand für 10 Dirham"; sagt er hingegen „für das Recht einen Monat in diesem Haus zu wohnen", so ist es ein Mietvertrag (*iǧāra*).[65]

Hier sei noch einmal daran erinnert, daß Austauschverträge zwar für „Marktverträge", also den Erwerb und Absatz einzelner Waren, sehr bedeutsam waren, daß aber auch die verschiedenen Gesellschaftsformen sehr gebräuchlich waren, und daß selbst abhängige Arbeit oft als Gesellschaft kaschiert wurde. Für die Kombination von Geld, Waren und Arbeit boten die Gesellschaftsverträge die unterschiedlichsten Möglichkeiten (*širka*, *muḍāraba*)[66]. Die Bedeutung der Austauschverträge wird weiter eingeschränkt dadurch, daß unentgeltliche Verträge im Rahmen informeller Kooperation im Handel, aber auch als Form gegenseitiger „kollegialer", freundschaftlicher oder familiärer Hilfe weitaus wichtiger waren als heute[67]. Auch diese unentgeltlichen Verträge waren nicht völlig uneigennützig[68]; das Typische der Schenkung im islamischen Recht vor allem hanafitscher Schule ist nicht die Unentgeltlichkeit, sondern die Einseitigkeit. Es wurde zwar ein Entgelt erwartet, doch gehört dieses Entgelt nicht zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen der Schenkung. Die Entgelterwartung war nicht konkretisiert, die „Austauschbeziehung" zeitlich länger gestreckt und durch persönliche Bindungen abgesichert. Bei der den Hanafiten eigentümlichen „Schenkung gegen Gegenleistung" (*hiba bi šarṭ al-ʿiwaḍ*) konnte allerdings der „Zweck" der Schenkung, die erwartete Gegenleistung, sogleich spezifiziert werden. Der Schenkende konnte dann zwar nicht die Gegenleistung erzwingen, wohl aber sein Geschenk zurückfordern, wenn er die verlangte Gegenleistung nicht erhielt[69]. Diese unentgeltlichen Verträge waren nicht den strengen Anforderungen unterworfen, mit denen das Recht die Wirksamkeit der Austauschverträge maß, sie boten daher eine flexible Ergänzung zum strikten Typenzwang des Vertragsrechts.

Die Welt war weniger als in unserer Gesellschaft nach dem Muster des formalen *do ut des* geordnet, informelle Kooperation oder Zusammenarbeit in Gesellschaften

---

[65] *Sarahsī* XII S. 140 Z.7; ähnlich *Kāsānī* V S. 3 Z.21.
[66] *Goitein*, MS I 87.
[67] *Goitein*, MS I S. 47 f.,164 ff.,169,184.
[68] Vgl. oben Kapitel 10.2.
[69] Das ähnelt der *datio ob rem* im römischen Recht.

nahmen breiteren Raum ein. Möglicherweise wurde ein Bedürfnis nach breiterer Anerkennung der „Typenfreiheit" im Recht der Austauschverträge deshalb lange Zeit gar nicht spürbar.

17.4. Inhaltsfreiheit?

Doch zurück zum Recht der Austauschverträge. Die Frage ist nun, wie aufnahmefähig die vorgegebenen Typen für individuelle Ausgestaltungen sind, inwieweit sie durch dispositives oder durch zwingendes Recht ausgestaltet sind. Gerade bei einem Recht, das sich wie das islamische auf die Religion beruft, ist diese Frage von einiger Brisanz: Kann das Recht überhaupt zur Disposition der Menschen stehen?

Vor allem in der Frühzeit waren die Juristen rigoros. Nach Šaibānī macht jede Bedingung (*šarṭ*)[70], die nicht ohnehin schon kraft objektiven Rechts zu den Bedingungen des Kaufvertrages gehört und die einem der Vertragspartner einen Vorteil bringt, den ganzen Vertrag nichtig[71]. Später stellt Sarabsi[72] das Verhältnis von freier Vereinbarung und zwingendem Recht im Vertrag am Beispiel zweier Prophetentraditionen dar, die er ohne Überliefererkette (*isnād*) anführt: Einerseits habe der Prophet die Muslime angewiesen sich an das, was sie ausbedingen und einräumen, zu halten (*al-muslimūna ʿalā šurūṭihim*, s.o. 17.3.); andererseits habe er aber auch gesagt:

Jede Bedingung, die nicht im Buche Gottes (scil.: dem Koran) steht, ist nichtig.

Die späteren Hanafiten gingen von der gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolge (*mūǧib*) des Kaufvertrages aus; der Kaufvertrag soll möglichst an beiden Leistungen sofort und gleichzeitig das Eigentum übertragen. Darauf aufbauend systematisieren und differenzieren sie die rechtliche Behandlungen der Bedingungen, wobei sie schon vorher erarbeitete Lösungen zu Einzelfällen bündeln und ordnen[73].

17.4.1. Die Systematisierung von erlaubten und verbotenen „Nebenabreden" bei den späteren Hanafiten

Solche Bedingungen, die schon nach objektivem Recht Bestandteil des Kaufvertrages sind (*yaqtaḍīhī 'l-ʿaqd*), wie die Übereignungs- und Lieferpflicht des Verkäufers, sind auf jeden Fall zulässig. Bedingungen, die das objektive Recht ausdrücklich bereitstellt (*warada 'š-šarʿ bi ǧawāzihī*), wie die Möglichkeit, ein vertragliches Rück-

---

[70] Der Begriff ist weniger im Sinne einer Bedingung nach dem BGB als im Sinne der *conditions* im Common Law zu verstehen als Bestandteil des Synallagma, mit dessen Erfüllung der Vertrag stehen oder fallen soll.

[71] *Šaibānī*, Muwaṭṭa' S. 280 nach Nr.790; *ders.*, Ḥuǧǧa II S. 713 f.

[72] *Sarabsi* XIII S. 42 Z.2

[73] Im folgenden werde ich vor allem auf die Darstellung bei *Samarqandī* II S. 69 ff. zurückgreifen; vgl. weiter z. B. *Sarabsī* XIII S. 14 ab Z.21; *Marġīnānī* III S. 48 ab Z.5. Darstellung der späteren Lehren auch bei *Chehata*, Théorie S. 107 f.; *de Bellefonds*, Traité I S. 224-242; *ders.*, L'autonomie de la volonté en droit musulman, Révue Algérienne, Tunisienne et Marocain de législation et de jurisprudence 74 (1958), S. 87-111.

trittsrecht (*ḫiyār aš-šarṭ* dazu s.u. 17.4.3.) oder eine Zahlungsfrist zu vereinbaren, sind wirksam, selbst wenn sie eigentlich der gesetzlich vorgesehenen Wirkung des Vertrages widersprechen, indem sie zumindest den Eigentumsübergang an einer Leistung verhindern bzw. herauszögern. Bedingungen, die weder Bestandteil des Vertrages noch rechtlich vorgesehen sind, die jedoch dem Vertragstypus angemessen sind (*yulā'imu 'l-ᶜaqd wa yuwāfiquhū*), sind zwar nach der strengen Analogie (*qiyās*) verboten, im Wege des *istiḥsān* jedoch erlaubt. In diese Fallgruppe fällt die Bestellung hinreichend genau bestimmter Sicherheiten (Pfand, Bürgschaft). Da sie zur Sicherung der Zahlung ausbedungen werden, verstärken sie eine Pflicht, die sich schon aus der objektiv-rechtlichen Normierung des Kaufvertrages ergibt. Bedingungen, die unter keine der vorigen Fallgruppen passen, weil sie weder objektiver Bestandteil des Vertrages, noch „ihm angemessen" sind und die darüber hinaus auch noch einem Vertragspartner nutzen, sind nur dann zulässig, wenn sie allgemein anerkannt und üblich sind (*mutaᶜāraf*). Beispiel ist der Kauf von Sandalen unter der Bedingung, daß der Verkäufer sie anfertigt[74]. Zwar ist das nach dem *qiyās* verboten, im Hinblick auf die allgemeine Übung kann es jedoch mit Hilfe des *istiḥsān* anerkannt werden. Entsprechen solche Bedingungen schließlich nicht einer allgemeinen Übung, wie die Bedingung beim Kauf von Weizen, daß der Verkäufer ihn erst mahlen lasse oder noch für eine bestimmte Frist weiter lagere, oder daß der Verkäufer von Stoff daraus etwas schneidere, so ist der ganze Vertrag nichtig, denn die eine Partei sichere sich so einen über den Austausch hinausgehenden Vorteil. Das aber sei entweder *ribā*, oder sei ihm zumindest ähnlich. Für die späteren Hanafiten ist das *ribā*-Verbot also schon so selbstverständlich zum allgemeinen Prinzip im Recht der Austauschverträge geworden, daß sie es auch in Bereichen heranziehen, in denen es vorher noch nicht denkbar war: Dem Vorteil, den eine Partei über den bloßen Austausch von Vermögenswerten hinaus erlangt, steht innerhalb des Austauschverhältnisses keine eigene Gegenleistung gegenüber.

17.4.2. „Nebenabreden" bei Šaibānī

Wie die früheren Juristen rechtlich mit Bedingungen umgingen, kann man aus ihrer rechtlichen Behandlung von Einzelfällen ablesen. Nehmen wir zum Beispiel das entsprechende Kapitel aus Šaibānī's *Kitāb al-aṣl*.

Den Anfang machen die verbotenen Bedingungen beim Sklavenkauf[75]. Insbesondere der Verkauf unter der Bedingung, daß der Käufer den Sklaven oder die Sklavin freilasse oder nicht weiterverkaufe, hat die Juristen beschäftigt. Ebenso verboten war, daß der Verkäufer sich für den Fall des Weiterverkaufs ein Vorkaufsrecht

---

[74] Das entspricht eigentlich dem *istiṣnāᶜ*, s.o. 17.3.1.; hier zeigt sich, daß Typen- und Inhaltsfreiheit ineinander übergehen.

[75] *Šaibānī*, Aṣl S. 97 Nr.1.; vgl. weiter *Abū Yūsuf*, Āṯār S. 137 Nr.624; *ders.*, Iḫtilāf S. 18 Z.3 = *Šāfiᶜī* VII S. 92 Z.3 (übersetzt bei *Schacht*, Origins S. 326 f.); *Šaibānī*, Muwaṭṭa' S. 279 f. Nr.790 f.; *ders.*, Ḥuǧǧa II S. 525 f.; *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 616 Nr.5, 6; *Šāfiᶜī* VII S. 33 (Rand); *Samarqandī* II S. 77 f.; *Marġīnānī* III S. 48; *ḥiyal* dazu bei *Ḫaṣṣāf* S. 10 f. Nr.4,15-20, 4,25 f.; *Šaibānī*, Ḥiyal S. 39 Nr.9,17 f.; vgl. oben Kapitel 8.

einräumen ließ[76]. Der Grund dieser Verbote scheint vor allem bei Mālik und Šāfiʿī auf: Der Käufer erlangt so kein volles Eigentum; das aber ist die vorgesehene Rechtsfolge eines Kaufvertrages. Wird diese Bedingung in einen Kaufvertrag eingefügt, so ist er nichtig. Die Juristen gehen also von einer Konzeption des Kaufvertrages als Austausch aus, der beiderseits vollständig sein muß. Hintergrund der Praxis, einen Sklaven zur Freilassung zu verkaufen, war, daß der Freilassende das *walāʾ* beanspruchen konnte, das Patronat über den freigelassenen Sklaven, das nicht nur dem Sklaven, sondern auch dem Herrn Vorteile brachte[77]. Offenbar richtete sich das Verbot ursprünglich vor allem gegen diese Praxis. Die Erklärung, die sich auf die Natur des Kaufvertrages bezieht, wäre dann eine nachträgliche, aber konsequente Rationalisierung.

Verboten sind weiter Bedingungen, die gewissermaßen den Kaufvertrag vom Abschluß eines anderen abhängig machen; so wenn man eine Sache kauft unter der Bedingung, daß der Verkäufer einem ein Darlehen gewähre, etwas schenke oder zu einem bestimmten Preis verkaufe[78]. Verboten ist es auch, den Kaufvertrag davon abhängig zu machen, daß der Verkäufer einem die Ware nach Haus bringe, daß er das gekaufte Korn male oder den erworbenen Stoff gleich verarbeite, oder wenn der Verkäufer eines Hauses sich von dem Käufer ein Wohnrecht einräumen lassen möchte[79]. Alles das geht über den Rahmen des Kaufvertrages als Austauschvertrag, als Übereignung einer Ware gegen eine andere, hinaus; es sind eigentlich zwei Geschäfte, die zu einem verknüpft sind (*ṣafqatān fī ṣafqa*). Das islamische Recht weigert sich, den weitergehenden Vorteil, den eine Partei zieht, in den Rahmen des Austauschvertrages aufzunehmen. Die späteren Hanafiten argumentieren hier wieder mit dem *ribā*-Verbot: Nur der gekauften Sache steht ein Gegenwert gegenüber; der über den Kaufvertrag hinausreichende Teil hingegen ist nicht durch eine Gegenleistung gerechtfertigt.

Solche Vertragsverbindungen sind uns schon mehrfach begegnet, vor allem im Zusammenhang mit dem *ribā*-[80]und dem *ġarar*-Verbot. In diesen Zusammenhang gehört auch der Fall, der beim *salam* behandelt wird, daß jemand noch unreife Feld- oder Baumfrüchte kauft und sich ausbedingt, daß er sie auf dem (fremden) Feld oder Baum belassen dürfe bis sie reif sind[81]. Auch diese Bedingung macht den ganzen Vertrag nichtig, denn es handelt sich dabei um einen über den Kauf hinausgehenden Nutzungsüberlassungsvertrag, der je nach der Vereinbarung als Miete oder Leihe zu

---

[76] *Šaibānī*, Muwaṭṭaʾ S. 279 f. Nr.790; *Mālik*, Muwaṭṭaʾ II S. 616 Nr.5. Im römischen Recht gehörte diese Klausel (*ius protimiseos*) zu den typischen und erlaubten Nebenabreden beim Kauf, vgl. *Kaser* I S. 561 Anm. 68.

[77] Vgl. *Šāfiʿī* VII S. 33 (Rand); *Crone*, Roman, Provincial and Islamic Law, 1987, S. 89 ff.; *Juda*, Die sozialen und wirtschaftlichen Aspekte der Mawālī in frühislamischer Zeit, 1983, S. 156 ff.; *Schacht*, Origins S. 173 f.; *Cahen*, Islam I S. 44.

[78] *Šaibānī*, Aṣl S. 97 Nr.2; vgl. *ders.*, Ḥuǧǧa II S. 714.

[79] *Šaibānī*, Aṣl S. 98 Nr.4; *Samarqandī* II S. 74.

[80] V.a. im Zusammenhang mit Regelungen, falls der Schuldner nicht leisten kann (*salaf wa baiʿ*), s.o. 15.11.; auch die Rückkaufsfälle (oben 15.6.) gehören in diesen Zusammenhang.

[81] *Šaibānī*, Aṣl S. 66 Nr.194; *ders.*, Ǧāmiʿ Kabīr S. 336; *Abū Yūsuf*, Iḫtilāf S. 20 f. Z.10 = *Šāfiʿī* VII S. 93 Z.20; *Šāfiʿī* VII S. 181 Z.21, S. 205 Z.1; *Sarahsī* XII S. 193 Z.25; *Samarqandī* II S. 79 ff.; s.o. Kapitel 14.2.2.

qualifizieren ist. Wird gar nichts vereinbart, sondern beläßt der Käufer die Früchte einfach bis zur Reife auf dem Feld oder den Bäumen des Käufers, so bleibt der Kaufvertrag allerdings wirksam, denn was nicht als Vertragsinhalt in den Gesichtskreis des Rechts kommt, kann dem zugrundeliegenden Vertrag nichts anhaben. Mißbilligt ist die Verbindung mehrerer Verträge unter dem Deckmantel des Kaufvertrages. Dieser bietet nach der Definition des islamischen Rechts nur Platz für den Austausch zweier Vermögenswerte. Werden die Verträge jedoch nicht ausdrücklich durch vertragliche Vereinbarung miteinander verknüpft, so betrachten Hanafiten und Šāfiʿī sie getrennt, getreu ihrem Grundsatz, daß nur das äußerlich Sichtbare auch rechtlich bewertbar sei.

An sich wäre es nach diesen Regeln auch verboten, den Abschluß eines *salam* von der Stellung eines Pfandes oder eines Bürgen abhängig zu machen. Zudem ist es ungewiß, ob der in Aussicht genommene Bürge überhaupt dazu bereit ist und diese Unsicherheit infiziert die Wirksamkeit des gesamten Kaufvertrages. Šaibānī[82] macht jedoch eine Ausnahme (*istiḥsān*), wenn bei Vertragsschluß das Pfand schon benannt, bzw. der Bürge anwesend und zum Bürgen bereit ist. Den späteren Juristen gilt diese Konstellation als Beispiel einer Bedingung, die der objektivrechtlichen Ausgestaltung des Kaufvertrages „angemessen" ist[83]; die Sicherheit dient gerade dazu, die sich aus dem Vertrag schon nach objektivem Recht ergebenden Pflichten zu verstärken.

Die Ausgestaltung der Vertragstypen ist also grundsätzlich weithin ebenso zwingend und unverrückbar wie die Vertragstypen selbst. Nur wenn die Parteien ihre Absichten nicht offenkundig machten, störte sich das Recht, zumindest nach dem Verständnis von Šāfiʿī und den Hanafiten, nicht daran. Was ohne ausdrückliche Vereinbarung geschah, war nicht Gegenstand rechtlicher Beurteilung. Deshalb ist nichts dagegen zu sagen, wenn der Käufer unreifer Früchte diese, ohne daß ewas ausgemacht worden wäre, einfach am Baum beläßt. Mit dieser Haltung gelingt es vor allem den Hanafiten, geläufige Praktiken, die sich nicht bruchlos in ihr Rechtssystem eingliedern ließen, zumindest duldend anzuerkennen. Diese Haltung, die eher Züge eines Kompromisses, denn einer bewußten Anerkennung von Handelspraktiken trägt, bestimmt auch die Behandlung der *suftağa*, einer für den Handel immens bedeutsamen Form, größere Geldsummen gefahrlos von einem Ort zum anderen zu transportieren, die sich teilweise mit der *ḥawāla* überschnitt[84]: Der Schulder verpflichtete sich, die geschuldete Summe an einem anderen Ort an den Gläubiger oder einen Dritten zu zahlen; oder er wies schriftlich einen an einem anderen Ort ansässigen Dritten an, seinem Gläubiger dort die geschuldete Summe auszuzahlen. Die Juristen erkannten die *suftağa* nicht als eigenen Vertragstyp an, sondern behandelten sie nach den Grundsätzen des Darlehens[85]. Beim Darlehen war es allerdings bedenklich, wenn sich der Schuldner verpflichtete, irgend etwas über

---

82 *Šaibānī*, Aṣl S. 99 Nr.5.

83 *Samarqandī* II S. 70; *Sarahsī* XII S. 18 f. ab Z.11.

84 Vgl. dazu schon oben 14.2.4. sowie *Goitein* MS I S. 242 ff.; *Schacht*, Introduction S. 78, 149; *Remde*, Lettera di cambio und suftadja, eine rechtsvergleichende Studie als Beitrag zur Entstehungsgeschichte des Wechsels, 1969; *Ashtor*, Banking Instruments between the Muslim East and the Christian West, JEEH 1 (1972), S. 553-573; *Grasshoff*, Das Wechselrecht der Araber, 1899.

85 *Abū Yūsuf*, Āṯār S. 184 Nr.836; *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 681 Nr.91.

die bloße Rückzahlung Hinausgehendes zu unternehmen, denn beim Darlehen konnte nur die Rückzahlung des empfangenen Betrags stipuliert werden, nicht mehr[86]. Doch solange die Bedingung, daß die Schuld an einem anderen Ort zurückgezahlt werden müsse, nicht ausdrücklich vereinbart worden war, hatten die Hanafiten gegen die *suftağa* nichts einzuwenden[87].

17.4.3. Vertragliche Rücktrittsrechte – Der ḫiyār aš-šarṭ

Zu den wichtigsten Nebenabreden, die das islamische Recht erlaubt, gehören die Rücktrittsvorbehalte von Käufer und Verkäufer, zusammengefaßt unter dem einheitlichen Begriff des *ḫiyār aš-šarṭ* (vereinbartes Rücktrittsrecht). Der Käufer, der Verkäufer oder auch beide dürfen sich bei Vertragsschluß ausbedingen, daß sie oder ein von ihnen bestimmter Dritter das Recht haben, innerhalb einer festgelegten Frist einseitig zu entscheiden, ob der Kaufvertrag verbindlich werden soll oder nicht. Berücksichtigt man, wie eng das islamische Recht sonst die Befugnisse der Parteien faßt, den vom Recht vorgeformten Vertragsinhalt zu modifizieren, so ist diese Befugnis eigentlich systemfremd, denn hier geht es eindeutig nicht um die Verstärkung oder Absicherung ohnehin kraft Rechts eintretender Folgen. Die späteren Juristen ordnen diese „Bedingung" jedoch unter die gesetzlich erlaubten ein. Ich werde exemplarisch etwas ausführlicher die Entwicklung und rechtliche Ausformung des *ḫiyār aš-šarṭ* darstellen.

Bei Mālik finden wir nichts Genaues zum *ḫiyār aš-šarṭ*. An einer Stelle bildet er den Fall, daß der Verkäufer bei Vertragsabschluß die endgültige Entscheidung über den Kaufvertrag einem Dritten überlassen will; stimmt dieser dem Verkauf zu, so soll er wirksam, mißbilligt er ihn, so soll er hinfällig sein. Dabei hebt Mālik nur hervor, daß der Käufer, der sich kein solches Recht ausbedungen hat, sich nun nicht mehr einseitig vom Vertrag lösen könne[88]. Daß die Parteien eine Frist für die Ausübung des Rücktrittsrechts setzten, hielt Mālik, im Gegensatz etwa zu Abū Ḥanīfa[89], nicht für erforderlich[90]. Der Vertrag konnte also nach seiner Ansicht für eine unbestimmte, aber wegen des begrenzten Zweckes überschaubare Zeit „hinkend unwirksam" sein, also für die eine Partei bindend, die andere nicht.

Die Frage, ob und wie lange ein Vertrag mit einem *ḫiyār aš-šarṭ* belastet werden dürfe, war unter den frühen Juristen streitig. Nach dem Iraker Ibn Abī Lailā konnten die Parteien jede beliebige Frist für die Ausübung des Rücktrittsrechts vereinbaren[91]. Abū Ḥanīfa beschränkte die Ausübungsfrist auf drei Tage. Wurde eine längere Frist vereinbart, so machte das den Vertrag nichtig (*fāsid*). Abū Ḥanīfa berief sich dafür auf ein *ḥadīt*, nach dem der Prophet dem Käufer eines Schafes ein auf drei Tage

---

86 S. o. Kapitel 15.4.2.
87 *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 609 f.
88 *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 671 nach Nr.80.
89 *Šaibānī*, Ḥugga II S. 677 ff.
90 Wenn man, wie *Schacht*, Origins S. 299 und *Šaibānī* a.a.O. seine nicht ganz eindeutigen Ausführungen so verstehen kann; das ist jedenfalls die Meinung der späteren malikitischen Rechtsschule, vgl. *de Bellefonds*, Traité I S. 317.
91 *Abū Yūsuf*, Iḫtilāf S. 16 Z.8 = *Šāfiʿī* VII S. 90 Z.34.

begrenztes Rücktrittsrecht gegeben habe, wenn dieser entdeckte, daß das Euter des Tieres nur deswegen so groß war, weil der Verkäufer es absichtlich einige Zeit lang nicht gemolken hatte (*muṣarrāh*)[92]. Sinn des Argumentes war wohl zu zeigen, daß der Rücktrittsvorbehalt eigentlich systemwidrig sei und daß der Prophet ein Rücktrittsrecht zwar hinnehme, es aber auf drei Tage beschränkt sehen wolle[93]. Offenbar ging es ihm darum, diesen Fremdkörper im Vertragsrecht möglichst zu begrenzen. Außerdem deutet sich hier schon die praktische Relevanz des Rücktrittsrechts an: der Schutz einer Vertragspartei vor Übervorteilung durch die andere. Die Argumentation wirkt jedoch etwas hilflos, weil Abū Ḥanīfa demselben *ḥadīṯ* in einem anderen Zusammenhang nicht folgen wollte[94]. Spätere Juristen führen als weiteren Exponenten dieser Ansicht, die die Ausübung des Rücktrittsrechtes auf drei Tage begrenzte, noch den Iraker Zufar an[95]. Abū Yūsuf jedoch folgte in diesem Fall seinem Lehrer nicht, sondern schloß sich dessen Kontrahenten Ibn Abī Lailā an[96]. Wie Abū Yūsuf wich auch Šaibānī von der Meinung seines Lehrers ab; er ließ jede bestimmte Frist zur Ausübung des Rücktrittsrechts zu[97]. Er zitiert im *Kitāb al-aṣl* das *ḥadīṯ*, auf das sich Abū Ḥanīfa beruft und spielt auf ein weiteres an, nach dem der Prophet einem seiner Gefährten[98] für jeden Kaufvertrag, den er abschloß, ein Rücktrittsrecht eingeräumt hatte[99]. Dieses zweite *ḥadīṯ* überliefert Šaibānī ausführlicher in seiner *Muwaṭṭa'*-Redaktion[100]: Jemand habe sich beim Propheten beklagt, daß er im Kaufvertrag betrogen worden sei, woraufhin dieser ihm empfohlen habe, bei jedem Vertragsabschluß zu sagen „*la ḫilābata*", „kein Betrug". Von einer Beschränkung auf drei Tage erwähnt Šaibānī hier nichts und legt das *ḥadīṯ* in seiner Anmerkung so aus, daß es nicht allgemein zu verstehen sei, sondern nur für diesen einzelnen Mann Gültigkeit gehabt habe. Hierbei spielt aber noch ein weiteres Moment eine Rolle: Auf eine erweiternde Auslegung dieses *ḥadīṯes* stützte sich auch eine Auffassung, die im Falle einer schweren Übervorteilung (*ġabn fāḥiš*, s.u. Kapitel 18.3.) dem Betrogenen ein Rücktrittsrecht einräumen wollte. Die frühen Hanafiten lehnten das ab und legten die Überlieferung daher restriktiv aus. Wieder zeigt sich, daß der *ḫiyār aš-šarṭ* im Zusammenhang mit Bemühungen geformt wurde, eine Partei vor Übervorteilung durch die andere zu schützen. Der *ḫiyār aš-šarṭ* ist jedoch nicht an irgendwelche „materiellen" Voraussetzungen geknüpft, die den Nachweis einer solchen Übervorteilung erfordern würden, sondern ist ein neutrales Rücktrittsrecht, auf das sich jede Partei berufen kann, die es gegenüber der anderen im Vertrag durchsetzen konnte.

Die Diskussion, ob das Rücktrittsrecht zeitlich zu begrenzen sei, wird von Šāfiʿī mit sorgfältiger rechtsdogmatischer Argumentation fortgeführt[101]. Auch er ist wie

---

92 *Abū Yūsuf*, Iḫtilāf S. 16 Z.8 = *Šāfiʿī* VII S. 90 Z.34.
93 So die Erklärung der späteren Juristen, vgl. z. B. *Saraḫsī* XIII S. 41 Z.9.
94 *Šāfiʿī* VII S. 163 Z.3; dazu *Schacht*, Origins S. 299.
95 *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 88 Nr.13.3; *Saraḫsī* XIII S. 41 Z.9.
96 *Abū Yūsuf*, Iḫtilāf S. 16 Z.8 = *Šāfiʿī* VII S. 90 Z.34.
97 *Šaibānī*, Aṣl S. 124 Nr.2; vgl. *ders.*, Ǧāmiʿ Ṣaġīr S. 107 ff.
98 In manchen Überlieferungen wird er als ein gewisser Ḥibbān ibn Munqiḏ identifiziert.
99 *Šaibāni*, Aṣl S. 123 Nr.1.
100 *Šaibāni*, Muwaṭṭa' S. 279 Nr.788.
101 *Šāfiʿī* VII S. 91 Z.3; diese Stelle ist übersetzt bei *Schacht*, Origins S. 326.

Abū Ḥanīfa der Meinung, daß das Rücktrittsrecht nur für eine Dauer von maximal drei Tagen vereinbart werden dürfe. Die Überlieferungen vom Propheten erlaubten eine solche Vereinbarung zwar gegen die Systematik, steckten aber zugleich den äußersten Rahmen ab. Ohne diese Überlieferungen wäre schon unmittelbar nach dem Auseinandergehen der Parteien keine mehr zum Rücktritt berechtigt, denn der Prophet hatte den Parteien nur bis zum Ende des *maǧlis* erlaubt, sich noch einseitig vom Vertrag zu lösen (*ḫiyār al-maǧlis*, s.o. 11.2.). Šāfiʿī führt die Argumentation dann zurück auf die Grundlagen des Kaufvertragsrechts: Es könne grundsätzlich nicht angehen, daß der Käufer einer Sklavin zwar dem Verkäufer das Geld übergibt und dafür vom Verkäufer die Sklavin erhält, daß aber weder der eine noch der andere aus dem Erhaltenen Nutzen ziehen dürfe. Beim Kaufvertrag müsse jede Partei ihre Leistung, für die sie einen Gegenwert erhält, vollständig erbringen, also auch vollständig übereignen. Daher gehöre es zum gesicherten Grundbestand der Lehre, daß man nicht eine Sklavin unter der Bedingung verkaufen dürfe, daß der Erwerber nicht berechtigt sei, sie weiterzuveräußern, weil in diesem Fall der Verkäufer dem Käufer einen Teil des Eigentums vorenthalte[102]. Ebenso aber enthalte jemand, der etwas nur unter Rücktrittsvorbehalt verkaufe, dem Käufer das volle Eigentum vor. Gäbe es also nicht die Prophetentraditionen, so wäre der Verkauf mit Vereinbarung eines *ḫiyār* grundsätzlich nichtig (*fāsid*). Weil aber der Prophet im Falle des *muṣarrāh* dem getäuschten Käufer eine dreitägige Rücktrittsfrist einräumte und auch Ḥibbān ibn Munqiḏ für alles was er kaufte das Recht gab, innerhalb dreier Tage zurückzutreten, erkennt Šāfiʿī den *ḫiyār* an, jedoch nur in dem von dem Propheten abgesteckten dreitägigen Rahmen. Die Dreitagesfrist sei als Begrenzung zu verstehen. Hätte der Prophet das Rücktrittsrecht nicht begrenzen wollen, so hätte er im Falle des *muṣarrāh* das prinzipiell unbegrenzte Rücktrittsrecht wegen eines Mangels gewähren können; und Ḥabban ibn Munqiḏ hätte der Prophet sonst ins freie Belieben stellen können, innerhalb welcher Frist er Dritte für seinen Kauf zu Rate ziehen wollte. Da also das vertragliche Rücktrittsrecht der Systematik des Kaufvertragsrechts widerspricht und nur als Ausnahme verstanden werden kann, muß es eng ausgelegt werden. Behält sich eine Partei eine längere Ausübungsfrist für ihr Rücktrittsrecht vor, so ist der gesamte Kaufvertrag nichtig (*fāsid*).

Šāfiʿi argumentiert hier aus dem Synallagma des Austauschvertrages. Auf beiden Seiten müssen vergleichbare Leistungen stehen. Der Kaufvertrag ist ein Vertrag, bei dem die Parteien sich gegenseitig das Eigentum an den Austauschobjekten verschaffen. Dann kann es nicht angehen, daß der eine weniger bekommt als der andere, nämlich nur ein beschränktes Eigentum oder womöglich gar keines. Das vertragliche Rücktrittsrecht muß also als Ausnahmevorschrift so eng wie möglich ausgelegt werden.

Auch bei dem Hanafiten der „klassischen Zeit" Sarakhsī finden wir eine eingehende Auseinandersetzung mit diesem Problem, die ich hier exemplarisch für das Vorgehen der späteren Juristen etwas ausführlicher wiedergeben möchte. Ausgangspunkt ist auch für ihn, daß Austauschverträge Bedingungen oder Nebenabreden grundsätzlich nicht zugänglich seien[103]. „Charakteristikum" des Vertrages (*muqtaḍā*

---

[102] Vgl. dazu schon oben 9.2., 17.4.

[103] *Sarakhsī* XIII S. 40 Z.25: *ʿuqūd al-muʿāwaḍāt lā taḥtamilu at-taʿlīq.*

'l-ᶜaqd) sei die Bindung (*al-luzūm*), „logische Folge" davon (*mūǧabuhū*) der Eigentumsübergang. Nach dem *qiyās*, dem Analogieschluß, müßte das Einfügen von Bedingungen in den Vertrag also immer verboten sein. Ausnahmsweise sei aber durch Prophetenworte erlaubt worden, dem Vertrag ein vereinbartes Rücktrittsrecht (*ḫiyār aš-šarṭ*) hinzuzufügen. Das sei im Hinblick auf das Bedürfnis der Menschen nach einer solchen Regelung geschehen. Der Kaufvertrag sei ein Vertrag, der die gründliche Untersuchung (*muᶜāyana*) der Ware voraussetze und dessen Zweck (*maqṣūd*) die Erzielung von Gewinn (*istirbāḥ*) sei. Dieser Zweck könne aber nur dann verwirklicht werden, wenn man die Ware selbst genau inspizieren oder sie Freunden zur Begutachtung geben könne. Dafür brauche man den *ḫiyār aš-šarṭ*[104]. Wenn im übrigen sogar manche Vertragstypen, wie zum Beispiel die Miete (*al-iǧāra*)[105], wegen des Bedürfnisses der Menschen zugelassen würden, so müsse erst recht diese Nebenabrede zulässig sein. Ausführlich geht Sarabsī auch auf die Meinungsverschiedenheit hinsichtlich der maximal möglichen Frist für den Rücktrittsvorbehalt ein. Für die Meinung Abū Yūsuf's, Šaibānī's und Ibn Abī Lailā's, es könne jede bestimmte Frist vereinbart werden, spreche das uns schon bekannte *ḥadīṯ*, „die Muslime sollen sich an ihre Abreden halten" (*al-muslimūna ᶜalā šurūṭihim*)[106]. Außerdem werde von dem Kalifen ᶜUmar ibn al-Ḫaṭṭāb überliefert, daß er eine Frist von zwei Monaten zur Ausübung des Rücktrittsrechts (*ḫiyār*) zugelassen habe. Schließlich gelte auch für die Rücktrittsrechte wegen Mangels (*ḫiyār al-ᶜaib*) und wegen fehlender Besichtigung der Ware (*ḫiyār ar-ru'ya*) keine Frist. Gegen ihre Ansicht und für die Abū Hanīfa's und Zufar's, daß maximal drei Tage vereinbart werden dürften, spreche der Wortlaut der *ḥadīṯe*, die mit der Dreitagesfrist eine Obergrenze setzen wollten. Außerdem werde die Unsicherheit (*ġarar*) über den Bestand des Vertrages, die durch den Rücktrittsvorbehalt hervorgerufen werde, mit zunehmender Zeitdauer immer größer. Durch die Befristung, die in den *ḥadīṯen* überliefert wird, habe der Prophet gezeigt, daß er nur ein geringes Maß an Unsicherheit hinnehmen wolle. Darin liege auch der Unterschied zu den anderen Rücktrittsrechten: Bei diesen gebe es keine solche Unsicherheit und nur auf diese Rücktrittsrechte werde sich der der Kalif ᶜUmar wohl bezogen haben. Das *ḥadīṯ* „die Muslime sollen sich an ihre Vereinbarungen halten", sei ein schwaches Argument, denn vom Propheten wird auch überliefert, daß er jede Abrede (*šarṭ*), die nicht im Buche Gottes erwähnt ist, verboten habe. Schließlich sei mit einer Dreitagesfrist auch dem Bedürfnis nach hinreichender Begutachtung der Ware genügt. Sarabsī schließt sich deshalb Abū Ḥanīfa an.

Ṭaḥāwī empfielt Vertragsschließenden in seinem Formularhandbuch im Hinblick auf die Streitigkeit zwischen Abū Ḥanīfa und Zufar einerseits und Ibn Abī Lailā, Abū Yūsuf und Šaibānī andererseits vorsichtshalber nicht mehr als drei Tage als Frist

---

[104] Ähnlich wie *Sarabsī* rechtfertigt auch *Marġīnānī* III S. 27 Z.25 den *ḫiyār aš-šarṭ* mit dem dringenden Bedürfnis der Menschen, hebt aber weniger die Gewinnerzielung (das ist ein für Sarabsī typisches Argument) hervor, als den Schutz vor Täuschung durch gründliche Begutachtung.

[105] Vgl. *Marġīnānī* III S. 231 Z.13; s.o. 17.3.2.

[106] Dieses *ḥadīṯ* scheint immer dann herangezogen zu werden, wenn eine Meinung sich anschickt, den Bereich der möglichen Vereinbarungen zu erweitern, vgl. schon oben 17.3.

zur Ausübung des vertraglichen Rücktrittsrechtes zu vereinbaren, da der Vertrag dann nach allen Meinungen wirksam sei[107].

Es hat sich gezeigt, daß sich in dem Institut des *ḫiyār aš-šarṭ* mehrere Entwicklungsstränge vereinigt haben. Ausgangspunkt war zum einen, wie die *ḥadīṯe* zeigen, der Schutz vor allem des Käufers vor Täuschung. Dieser Strang kann weiterverfolgt werden zu dem Rücktrittsrecht wegen „schwerer Übervorteilung" (*ġabn fāḥiš*), das die früheren Hanafiten nicht anerkannten. Daß aber auch Gedanken der Mängelgewährleistung hereingespielt haben, läßt sich aus einer Anmerkung Šaibānī's in seiner *Muwaṭṭa'*-Redaktion ablesen[108]. Šaibānī überliefert zunächst, daß der Kalif ᶜUṯmān ibn ᶜAffān und ein gewisser Hišām ibn Ismaᶜīl über die *ᶜuhdat aṯ-ṯalāṯ* („Gewährleistung für drei" Tage) und die *ᶜuhdat as-sana* („Gewährleistung für ein Jahr") predigten. Nach der Erklärung dieses *ḥadīṯes* bei Mālik[109] ist Inhalt dieser Rechtsinstitute, daß der Verkäufer eines Sklaven für alle Mängel drei Tage lang, vom Vertragsschluß an gerechnet, haftet. Ein Jahr lang haftet er für bestimmte Krankheiten wie Lepra, auch wenn diese erst beim Käufer auftreten. Diese Haftung können die Parteien abbedingen, was allerdings nur dann wirksam ist, wenn der Verkäufer den Mangel nicht kannte. Ausdrücklich stellt Mālik am Ende noch heraus, daß diese Art der Haftung nur beim Sklavenkauf gilt. Diese schematische Lösung des Problems versteckter Mängel in dem besonders brisanten Sonderfall des Sklavenkaufs kann mit dem Grundprinzip kollidieren, daß der Käufer die Gefahr des Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung der Sache vom Zeitpunkt der Übergabe an zu tragen habe, nämlich dann, wenn die Mängel tatsächlich erst beim Käufer entstehen. Deshalb greift Šaibānī, der auch hier in einem weiteren System denkt, diese Art der Risikoverteilung an anderer Stelle hart an[110]. In seiner *Muwaṭṭa'*-Redaktion merkt er nur an, daß es für sie, also für den Personenkreis im Irak, aus dem sich die hanafitische Rechtsschule entwickelte, weder die *ᶜuhdat aṯ-ṯalāṯ* noch die *ᶜuhdat as-sana* gebe. Es gebe nur die Möglichkeit, daß der Verkäufer dem Käufer ein Rücktrittsrecht für drei Tage oder ein Jahr einräume, wobei Abū Ḥanīfa allerdings nur eine dreitägige Frist anerkenne. Das Problem der vom Verkäufer verschwiegenen Mängel, ein Problem der Täuschung ebenso wie der Mängelgewährleistung, ordnet Šaibānī also ebenfalls dem *ḫiyār aš-šarṭ* zu. Er erreicht damit, daß im Prozeß nicht die Frage zu diskutieren ist, ob der Verkäufer den betreffenden Mangel kannte, sondern nur, ob die Parteien einen Rücktrittsvorbehalt vereinbart haben oder nicht. Wie wir sahen versuchen die Hanafiten solche „inneren" Fragen aus der rechtlichen Beurteilung herauszuhalten[111].

---

107 *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 88 Nr.13.3, wo allerdings die Meinung von Šaibāni und Abū Yūsuf fälschlich so überliefert worden ist, daß sie nur eine Frist von genau drei Tagen, nicht weniger und nicht mehr, anerkennen wollten. Eine solche Meinung findet sich sonst nirgendwo überliefert und Ṭaḥāwī überliefert in einem ähnlichen Zusammenhang S. 152 Nr.17.5 sowie im Kitāb aš-šurūṭ aṣ-ṣaġīr die Meinung der beiden Schüler richtig, so daß es sich nur um einen Fehler im Manuskript handeln kann. So auch der Herausgeber des Kitāb aš-šurūṭ aṣ-ṣaġīr S. 201 Anm.2 und 3.

108 *Šaibānī*, Muwaṭṭa' S. 281 Nr.796.

109 *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 612 Nr.3.

110 *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 509 ff.

111 S. o. Kapitel 7.2.

In dem Umfeld, aus dem sich der *ḫiyār aš-šarṭ* entwickelte, liegen auch Vereinbarungen, die nicht ausdrücklich in autoritativen Quellen gestattet sind. Die Parteien dürfen nach Šaibānī vereinbaren, daß der Vertrag hinfällig sein soll, wenn der Schuldner nicht innerhalb einer bestimmten Frist gezahlt hat[112]. Diese Bedingung stellten Abū Ḥanīfa, Abū Yūsuf und Šaibānī dem *ḫiyār aš-šarṭ* gleich[113], obwohl ihr Ursprung offenbar ein anderer ist. Da Zufar jedoch eine solche Bedingung für unzulässig und den Kaufvertrag deshalb für nichtig hielt, empfiehlt Ṭaḥāwī, sicher zu gehen und gleich einen *ḫiyār aš-šarṭ* zugunsten des Käufers zu vereinbaren. Damit könnten die Parteien das gleiche Resultat erzielen, ohne sich der Gefahr auszusetzen, daß ihr Kaufvertrag von einem Richter, der der Meinung Zufar's folgt, für nichtig erklärt wird.

Ebenso verhielt es sich mit dem Fall, daß die Parteien in den Vertrag die Bedingung aufnehmen, der Vertrag solle nichtig sein, wenn der Verkäufer innerhalb dreier Tage dem Käufer den Kaufpreis zurückgebe. Da Zufar auch diese Bedingung mißbilligte, rät Ṭaḥāwī[114] den Vertragsparteien, ihr Ziel durch Vereinbarung eines dreitägigen *ḫiyār aš-šarṭ* zugunsten des Verkäufers zu verwirklichen.

Das Beispiel mag zeigen, wie ein Rechtsinstitut, der *ḫiyār aš-šarṭ*, allmählich verschiedene Regelungen aufsog, vor allem solche, die keine Stütze in autoritativen Texten fanden. Nach den Prophetentraditionen sieht es so aus, als sei der *ḫiyār aš-šarṭ* von einem Sonderfall abgeleitet und nach und nach verallgemeinert worden. Möglich ist aber auch, daß die *ḥādīṯe* auf eine besonders wichtige und schon vorhandene Institution bezogen wurden, um sie zu rechtfertigen und gegenüber alternativen Regelungsmechanismen durchzusetzen. Wichtigster Beweggrund war offenbar, den Käufer vor Täuschungen, vor allem über Mängel der Sache, zu schützen. Instrument dieses Schutzes sollten nicht unmittelbar vom Recht gewährte und vom Richter zuzusprechende Rechtsbehelfe sein, sondern das Rücktrittsrecht, das allerdings Käufer und Verkäufer erst aushandeln mußten. Das war der Nachteil des *ḫiyār aš-šarṭ*, denn dadurch war der Schutz der Rechte des einen von dem Wohlwollen des anderen abhängig.

Wie schon öfter können wir auch hier beobachten, wie sich vor allem die Hanafiten dagegen sperren, „von außen" in die von den Parteien getroffenen Regelungen einzugreifen. Käufer und Verkäufer sollten selbst die Möglichkeit haben, die Ware gründlich zu untersuchen, oder sie verständigen Dritten zur Begutachtung vorzulegen, um ihre Verhältnisse nach bestem Wissen optimal zu regeln. Anstelle nachträglicher Regelungen bemüht sich das islamischen Recht hier um vorbeugende Regelungen, indem es die Verhandlungs- und Entscheidungsphase für einen oder beide verlängert. Auch der *ḫiyār aš-šarṭ* fügt sich ein in das Netz der Bestimmungen, die ein Anfechtungsrecht bei Täuschung oder Irrtum entbehrlich erscheinen lassen.

---

[112] *Šaibānī*, Aṣl S. 98 Nr.3, S. 131 Nr.25; vgl. *Sarahsī* XIII S. 17 Z.3. *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 152 Nr. 17.1-5 gibt für einen solcherart bedingten Kaufvertrag ein Muster. Die Vereinbarung entspricht übrigens der *lex commissoria* des römischen Rechts, vgl. *Kaser* I S. 561.

[113] *Ṭaḥāwī*, a.a.O. Nr.17.1.

[114] A.a.O. S. 153 Nr.17.6-8.

17.5. Unantastbare Rechtsordnung und private Rechtsgestaltung

Das Recht ist nicht dispositiv, alle Regelungen gehen von der objektiv-rechtlichen Normierung des Kaufvertrages aus. Dieser ist ein Instrument, das „unantastbare" Eigentum von einem auf den anderen zu übertragen. Mittel dafür ist die eigene Gegenleistung. Am Ende muß jede der beiden Seiten die volle Verfügungsmacht über die Leistung des anderen erhalten haben. Den Parteien steht es nur frei, den Austausch durch solche Nebenabreden auszugestalten, die das Recht vorgibt, oder die die objektiv-rechtlich vorgesehenen Rechtsfolgen verstärken. Alles andere macht den gesamten Vertrag nichtig, sobald es in den Vertrag hineingenommen wird. Die Rolle der Parteien beschränkt sich weithin darauf, durch ihre übereinstimmenden Erklärungen bestimmte Vertragstypen, und innerhalb dieser, bestimmte erlaubte und vom Recht vorgesehene Rechtsfolgen zu wählen.

Nur in einigen wenigen Fällen bestimmen die Juristen ausdrücklich, daß die Parteien von der rechtlichen Regelung abweichen dürfen. So steht es ihnen frei, durch Vertrag die Haftung des Verkäufers für Mängel der Sache auszuschließen[115]. Beim Verkauf von Palmen verbleiben die Früchte beim Verkäufer, es sei denn, die Parteien beziehen sie ausdrücklich in den Vertrag mit ein[116]; ebenso verhält es sich mit dem Vermögen eines verkauften Sklaven[117]. In keinem anderen Fall findet man solche ausdrücklichen Hinweise auf die Subsidiarität der rechtlichen Regelungen gegenüber dem Parteiwillen. Überall sonst regiert das Recht unumschränkt. „Es zeigt sich das Bestreben, die Verträge auch inhaltlich möglichst genau zu umschreiben; es gibt also keine bonae fidei obligatio, deren Inhalt durch Treu und Glauben bestimmt ist."[118]

Der Vertrag ist nicht Ausdruck der Emanzipation des Individuums, sondern lediglich Instrument des Güteraustausches. Das Vertragsrecht bleibt damit eng an die statische Vermögensordnung gebunden. Hinter der Konzeption des Vertrages steht kein vertraglich-dynamisches Weltbild, sondern ein statisches, vorgegebenes, unantastbares. Die unantastbare, objektiv-rechtlich geschützte Güterordnung kann nur zu den objektiv durch das Recht festgelegten Bedingungen verändert werden. Übereignungen können sich nur nach den vom Recht bereitgestellten Mustern vollziehen. Es gibt ein bestimmtes Set festgelegter Austauschschemata, deren sich die Parteien bedienen dürfen. Sie finden sich in den autoritativen Quellen und

---

[115] *Abū Yūsuf*, Iḫtilāf S. 15 Z.10 = *Šāfiʿī* VII S. 90 Z.18; Ibn Abī Lailā verlangte, daß die Mängel, für die die Haftung ausgeschlossen werden sollte, einzeln aufgezählt wurden, die anderen Juristen ließen einen pauschalen Haftungsausschluß zu; *Šaibānī*, Aṣl S. 177 Nr.1, S. 178 Nr.3; *ders.*, Muwaṭṭaʿ S. 273 f.; *ders.*, Ḥuǧǧa II S. 509 ff.; vgl. *Mālik*, Muwaṭṭaʿ II S. 612 Nr.3 mit einer eigentümlichen Regelung der Mängelhaftung.

[116] Nach Ibn Abī Lailā allerdings waren die Früchte der Palmen im Zweifel mitverkauft, konnten aber ausdrücklich ausgenommen werden, vgl. *Abū Yūsuf*, Iḫtilāf S. 13 Z.5 = *Šāfiʿī* VII S. 89 Z.15. Vorbeugend berücksichtigte *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 79 Nr.2.0 f. diese Meinung und behielt die Früchte ausdrücklich dem Verkäufer vor.

[117] *Abū Yūsuf*, Āṯār S. 182 Nr.892; *ders.*, Iḫtilāf S. 13 Z.15 = *Šāfiʿī* VII S. 89 Z.15; *Šaibānī*, Muwaṭṭaʿ S. 280 Nr.792,793; *Mālik*, Muwaṭṭaʿ II S. 611 Nr.2, S. 617 Nr,9.

[118] *Schacht*, Bergsträsser's Grundzüge S. 61 mit einem anderen Beispiel für dispositive Regelungen: die Bestimmung des Fristbeginns bei der Miete liegt in der Hand der Parteien.

beziehen daraus die Legitimation, in die Vermögensordnung einzugreifen. Die Rolle des Willens besteht darin, einen solchen Austausch in Gang zu setzen. „Vertragsfreiheit" ist nur die Freiheit, innerhalb eines Kosmos objektiv-rechtlich vorgegebener Regelungen die gewünschte auszuwählen[119].

Am Rande dieses streng abgegrenzten Feldes lassen die Hanafiten jedoch Raum. Solange sich „Abreden" im Vorfeld des Vertrages bewegen, solange sie nicht erzwingbarer Bestandteil des Vertrages sind, stören sie den Anspruch der objektiven Rechtsordnung nicht und werden geduldet. Verträge, die sich im vorgegebenen Rahmen halten, tragen die Vermutung der Wirksamkeit in sich, es sei denn, ein ausdrückliches Verbot stehe dem entgegen. Damit verwandt ist die wohlwollende Auslegung von Verträgen, die die späteren Hanafiten zum Prinzip erheben: Solange ein Vertrag in das vorgegebene Schema eingeordnet werden kann, ist er als wirksam zu behandeln. Und wenn die Parteien ihre Transaktion ganz außerhalb des Bereichs der Austauschverträge lassen, wenn sie etwa unentgeltliche Verträge abschließen oder ihre Beziehungen über Anerkenntnisse regeln, so eröffnet sich ein sehr viel weniger streng regulierter Bereich. Die *ḥiyal* greifen auf diese Instrumente zurück. Sie dienen offensichtlich dazu, den Spielraum des individuellen Willens zu erweitern. Äußerlich bleibt dabei der vorgegebene Bereich der „objektiven Rechtsordnung" unangetastet; dennoch geht die Entwicklung neuer Vehikel des Parteiwillens letztlich zu seinen Lasten. Auch hier trägt das hanafitische Recht wieder Züge eines „Kompromisses", der den religiösen Anspruch und prakische Bedürfnisse nicht miteinander verbindet, sondern letztlich aneinander vorbeiführt, um Kollisionen zu vermeiden.

---

119 Den Typenzwang, die Bindung an genau umschriebene Vertragstypen, läßt sich als Formvorschrift verstehen, als Festschreibung einer „inneren Form"; vgl. *Flume*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Band II, § 15 I 1, S. 244 f. und oben Kapitel 11.3.

18. Austauschfreiheit und Preiskontrolle

Der Kaufvertrag, der Vertrag allgemein ist durch das objektive Recht in seiner Struktur als Austausch von Vermögenswerten festgelegt. Den Parteien steht es nur zu, zwischen verschiedenen Typen zu wählen, die alle dem Muster des Kaufvertrages nachgebildet sind. Das grundsätzlich unantastbare Eigentum einer Person kann nur durch eine klare Gegenleistung ausgelöst werden. Damit ist jedoch noch nichts darüber gesagt, ob noch weitergehend auch das Wertverhältnis der ausgetauschten Leistungen vom Recht kontrolliert wird, ob mit anderen Worten, das Eigentum einer Person nur mit einer gleichwertigen Gegenleistung entgolten werden kann. Die Frage, ob das islamische Recht einen „gerechten Preis" fordert, soll Gegenstand dieses Kapitels sein.

Angesprochen ist dabei ein ganzes Bündel interessanter Fragen. Zum einen verspricht eine Untersuchung des Rahmens der Preisgestaltung weitere Aufschlüsse über die Reichweite der Freiheit der Parteien bei der Gestaltung der Austauschmodalitäten. Insoweit knüpft dieses Kapitel an das vorhergehende an. Zum anderen verspricht die Untersuchung aber auch im Hinblick auf das Verhältnis des Rechts zum „Staat", zur „Herrschaft" ergiebig zu werden. Wenn das Recht nämlich nicht unmittelbar das Austauschverhältnis regelt, so gibt es jedoch möglicherweise der Herrschaft das Recht, die Preise zu kontrollieren. Schließlich ist in dieser Frage der Bezug des Rechts zur Wirtschaft unmittelbar spürbar; rechtliche Regeln zur Preisgestaltung spiegeln immer auch eine bestimmte Vorstellung vom Wirtschaftsleben, den Gesetzen von Handel und Erwerb wider.

18.1. Die Obrigkeit und die Preise – Preisfestsetzung?

Beginnen wir mit der Frage der „staatlichen" Preiskontrolle. Die großen städtischen Ballungen vor allem im Irak ausreichend mit erschwinglichen Lebensmitteln zu versorgen, mußte eine Hauptaufgabe der Regierung sein. Verteuerten sich die Lebensmittelpreise, vor allem die Preise für Weizen und Brot, so kam es regelmäßig zu Aufständen[1]. Wegen der Zunahme der städtischen Bevölkerung bei gleichzeitigem Rückgang der landwirtschaftlich genutzten Fläche stieg während des 9. und 10. Jahrhunderts n.C. (3. und 4. Jahrhundert A.H.) der Getreidepreis stetig an[2]. So ist es überraschend, daß keine Dekrete erhalten sind, die Maximalpreise festsetzen, und daß sich auch in den Geschichtswerken nur selten ein Hinweis auf ein unmittelbares Eingreifen der Regierung in die Preisbildung findet[3]. Das gleiche Bild ergibt sich aus den Papyri der Kairiner Geniza: Die Maßnahmen der Obrigkeit beschränkten sich

---

[1] *Ashtor*, Prix S. 46 mit Beispielen aus der Historiographie.
[2] S. o. Kapitel 2.4.1.
[3] *Ashtor*, Prix S. 9,42,43,47,48.

darauf, neu eintreffende Ware im Zollhaus zurückzuhalten, bis weitere Lieferungen eingetroffen waren und sich der Marktpreis auf einem „erträglichen" Niveau stabilisiert hatte; oder es wurden die Marktpreise bekanntgegeben, die jedoch nicht bindend waren, sondern nur den Informationsfluß verbessern sollten[4]. Die Festsetzung von Höchstpreisen war offenbar nur das allerletzte Mittel. Ein Grund mag die Reaktion der Händler gewesen sein, die als Antwort auf solche „obrigkeitliche" Preisfestsetzung ihre Läden schlossen und ihre Vorräte verbargen[5]. Wichtiger ist aber, daß das Recht eine Einstellung widerspiegelte und mit Autorität versah, die staatlichen Preisinterventionen den Ruch des Verstoßes gegen den göttlichen Willen gab. Besonders aufschlußreich sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen von Abū Yūsuf in dem „Buch der Grundsteuer" (*Kitāb al-ḫarāǧ*), das er für den Kalifen Hārūn ar-Rašīd verfaßt hatte:

> Preisverfall und Teuerung liegen in Gottes Hand und haben nicht (nur) einen einzigen Grund. . .Preisverfall und Teuerung haben keine bekannte Grenze. . .Sie sind eine Angelegenheit des Himmels und man kann nicht wissen wie es sich mit ihnen verhält. Der Preisverfall rührt nicht von einem Überangebot an Nahrungsmitteln her (*kaṯrat aṭ-ṭaʿām*) ebensowenig wie die Teuerung durch einen Mangel daran verursacht wird. Sie sind ausschließlich die Sache Gottes. Es kann vorkommen, daß es viele Nahrungsmittel gibt, die dennoch teuer sind, ebenso wie es nicht ausgeschlossen ist, daß Nahrungsmittel billig sind, obwohl es nur wenig davon gibt[6].

Die Preisbildung entzieht sich der menschlichen Einsichtsfähigkeit. Knappheit und Überfluß des Angebotes reichen als Erklärung für den Preis einer Ware nicht aus. Das Auf und Ab der Preise zu bestimmen ist eine Prärogative Gottes, keine Angelegenheit einzelner Menschen. Es vollzieht sich überindividuell und ist das Produkt einer ungreifbaren Vielzahl von Faktoren. Für Abū Yūsuf ist die Tradition vor allem ein Argument gegen stattliche Preiskontrolle. Er führt dann drei *ḥadīṯe* an, die alle erzählen, wie der Prophet Muḥammad sich geweigert habe, in einer Phase der Lebensmittelteuerung die Preise festzusetzen, obwohl die Menschen das von ihm verlangten. In allen Überlieferungen verweist der Prophet darauf, daß die Preise allein Sache Gottes sind, in die sich der Mensch nicht einzumischen habe[7].

Ähnlich äußert sich auch Šaibānī in seiner *Muwaṭṭa'*- Redaktion:

> Es ist nicht zulässig, daß den Muslimen bestimmte Preise vorgeschrieben werden, indem etwa zu ihnen gesagt wird: „Verkauft dieses für soundsoviel" und sie dazu gezwungen werden. Das ist die Lehre Abū Ḥanīfa's und aller unserer Gelehrter[8].

Allerdings passen diese Ausführungen nicht ganz zu der Überlieferung, als deren Kommentar sie gedacht sind; dort befiehlt nämlich der Kalif ʿUmar ibn al-Ḫaṭṭāb einem Manne, der auf dem Markte Rosinen verkauft, seinen Preis zu erhöhen oder vom Markt zu verschwinden. Es scheint also so, als sei das Verbot „staatlicher"

---

[4] *Goitein*, MS I S. 217 ff.
[5] *Ashtor*, Prix S. 47.
[6] *Abū Yūsuf*, Kitāb al-ḫarāǧ S. 48 f.
[7] Auch in *Abū Yūsuf*, Āṯār S. 184 Nr. 834 findet sich eine ähnliche Überlieferung mit einem anderen, ebenfalls irakischen *isnād*.
[8] *Šaibānī*, Muwaṭṭa' S. 279 Nr.789; vgl. *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 651 Nr. 57.

Preiskontrolle nicht allgemeine Meinung gewesen. Zumindest im Irak, dem Sitz des Abbasidenkalifats, hat diese Meinung jedoch vorgeherrscht[9].

Die islamischen Juristen zogen sich jedoch nicht auf die Unerklärbarkeit der Preisbildung in Gottes Hand zurück. Die zitierten Überlieferungen sollen primär „staatliche" Eingriffe abwehren, nicht die Preisbildung erklären. An anderen Stellen zeigen die Juristen, daß sie sehr wohl den Einfluß der Nachfrage auf die Preisbildung kannten. Der Preisverfall an einer Ware wurde nicht mit einem Mangel in ihrer Beschaffenheit gleichgesetzt[10]. Sarahsī erläutert diese Regel folgendermaßen:

> Das Fallen des Preises ist in allen Verträgen unbeachtlich, weil es ein Nachlassen der Begierde der Menschen (nach der Ware) bedeutet, nicht aber einen Mangel in der Substanz der Sache selbst.[11]

Der Preis einer Sache ist das Resultat menschlicher Nachfrage, nicht eine Eigenschaft der Sache selbst. Auffällig ist allenfalls, daß die Rolle des Angebotes nicht angesprochen wird. Der Preis, so der Tenor der oben zitierten Überlieferungen, soll dem Spiel der vielfältig ineinanderwirkenden Kräfte überlassen bleiben, die dem Zugriff eines einzelnen entzogen sind. Die Regierung sollte sich am besten ganz vom Handel fernhalten:

> Es sagt ein Weiser: „Wenn der Regent teilnimmt an dem Handel der Untertanen, so sind sie verloren, und wenn sie teilnehmen an dem Waffentragen des Regenten, so ist er verloren."[12]

In der Frage der Preiskontrolle schließt sich das Recht gegenüber der Obrigkeit ab; es zeigt sich ausschließlich der Religion verpflichtet und offen für den Marktpreis.

18.2. Das Recht und die Preise – „Gerechter Preis"?

Das Recht legt aber nicht nur der Regierung sondern auch sich selbst, das heißt dem Richter, Zurückhaltung auf, wenn es um die Beurteilung der Preise geht. Da die Waren keinen Wert in sich tragen, ist es zunächst einmal Sache der Vertragsschließenden, ein angemessenes Wertverhältnis festzulegen. Objektive Maßstäbe für eine Kontrolle des Wertverhältnisses könnte höchstens der Markt liefern. Doch das Recht greift selbst dann nicht ein, wenn die Parteien 10 Dinare gegen 10 Dirhams tau-

---

[9] In šiᶜitischen Kreisen war man derselben Auffassung, vgl. *Serjeant*, A Zaidi Manual of Ḥisba of the 3rd Century Hijra, RSO 28 (1953), S. 14. Auch der hanbalitische Reformer Ibn Taimīya (st.1328 n.C.) sprach sich für Zurückhaltung der Regierung bei der Preiskontrolle aus. Unter normalen Umständen sollte sie sich gar nicht einmischen; vgl. *Laoust*, Essai S. 459 f.: „Vouloir imposer de force un cours entraîne la débâcle des prix, la dissimulation des denrées et la ruine de la prospérité générale". Nur in Extremfällen durfte die Obrigkeit die Preise festlegen, um Ausbeutung zu vermeiden; vgl. a.a.O.: „La taxation est par contre obligatoire, lorsqu'il y a volonté consciente de tirer abusivement profit de la détresse ou du besoin d'autrui." Dabei sollte die Obrigkeit möglichst vorsichtig und in Absprache mit angesehenen und einflußreichen Kaufleuten vorgehen.

[10] *Šaibānī*, Aṣl S. 204 Nr.42.

[11] *Sarahsī* XIII S. 123; vgl. auch die Erläuterungen zur Preisbildung im Buch der Handelswissenschaft von Dimišqī, *Ritter*, Ein arabisches Handbuch der Handelswissenschaft, Der Islam 7 (1917), S. 14 f., 54 ff.

[12] Dimišqī in der Übersetzung von *Ritter*, a.a.O. S. 59.

schen[13], ein Verhältnis, das sicher auf keinem Markt je vorkam. Im Kaufvertrag darf also jeder Preis verlangt und auch vereinbart werden[14]. Solange jeder Leistung rein formal eine Gegenleistung gegenübersteht, hält sich das Recht zurück. Immer wieder weist Sarabsī darauf hin, daß Gewinn zu erzielen, der eigentliche Zweck eines jeden Kaufvertrages sei:

Der Kaufvertrag wurde geschaffen, weil (die Menschen) nach Gewinn streben. Und jeder Überschuß (*faḍl*), dem eine Gegenleistung gegenübersteht, ist ein erlaubter Erwerb im Wege des Kaufvertrages.[15]

Auch Šāfiʿī legt dem Rechtsgelehrten mehrfach nahe, bei seinen Leisten zu bleiben und sich nicht in etwas einzumischen, wovon er keine Ahnung habe:

So ist es einem kompetenten Rechtsgelehrten (*faqīh ʿāqil*) verwehrt, sich zu dem Preis von Dirhams zu äußern, wenn er hinsichtlich ihres Marktwertes keine Expertise (*ḫibra*) hat.[16]

Nicht der Richter legt also den Preis fest, sondern die Parteien selbst. Die subjektive Wertschätzung ist die Basis des Austauschverhältnisses. Objektiv sind sie dabei nur durch den Markt beschränkt; was aber der Markt hergibt, kann auch rechtlich verlangt werden. Da der Wert der ausgetauschten Leistungen nur durch die subjektive Begehr der Vertragspartner, bzw. der Marktteilnehmer bestimmt wird, kann nicht objektiv festgestellt werden, ob das Austauschverhältnis „gerecht" ist. Das Recht nimmt jedes Austauschverhältnis als gegeben hin.

Allerdings gab es auch Stimmen, die sich für eine begrenzte Preiskontrolle aussprachen und als Maßstab den Marktpreis nahmen. Vor allem die Hanbaliten, aber offenbar auch manche Malikiten gewährten dem Käufer ein Rücktrittsrecht (*ḫiyār*), wenn der Preis um ein Drittel über dem Marktpreis lag. Dadurch daß der Verkäufer einen derart überhöhten Preis verlangte, beging er einen „schwere Übervorteilung" (*ġabn fāḥiš*). Anknüpfungspunkt war offenbar die schon erwähnte Überlieferung, daß der Prophet einem Ḥibbān ibn Munqiḏ erlaubt habe zurückzutreten, nachdem er übervorteilt worden war[17]. Die Hanafiten lehnten zunächst ein solches Rücktrittsrecht rundweg ab. Erst die späteren hanafitischen Juristen erkannten nach und nach das Rücktrittsrecht im Falle des *ġabn fāḥiš* an, zumindest dann, wenn der Käufer vom Verkäufer über den Kaufpreis getäuscht worden war. Hatte der Verkäufer einen höheren Wert angegeben, als die Ware tatsächlich hatte und kannte der Käufer den tatsächlichen Wert nicht,

so kaufte er sie (scil.: die Ware) auf der Grundlage der Angaben des Verkäufers; daher steht ihm ein

---

[13] *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 571 f.; das Wechselverhältnis schwankte, doch kann man davon ausgehen, daß ein Dinar mindestens 10 Dirhams wert war; vgl. *Goitein*, MS I S. 368-392; *Ashtor*, Prix S. 40 f.; *Brunschwig*, Conceptions monétaires chez les juristes musulmans (VIIIᵉ-XIIIᵉ siècles), Arabica 14 (1967), S. 129.

[14] Vgl. *Marġīnānī* III S. 58.

[15] *Sarabsī* XII S. 119 Z.2.

[16] *Šāfiʿī*, Risāla S. 511, vgl. S. 506 f.

[17] *Šaibānī*, Muwaṭṭaʾ S. 279 Nr.788 und die Anmerkung des Herausgebers ebd.; vgl. oben Kapitel 17.4.3. und das Zitat aus Ġazzālī bei *Ritter*, Ein arabisches Handbuch der Handelswissenschaft, Der Islam 7 (1917), S. 38: „Da der Zweck des Handels der Gelderwerb ist, ist auch der Gewinn, und zwar in jeder Höhe, erlaubt. Die Hanbaliten lehren zwar, daß ein Gewinn von mehr als einem Drittel die Option des Käufers herbeiführe, doch stehen sie mit dieser Ansicht allein."

Rücktrittsrecht zu, denn er wurde getäuscht. . .Und unsere Schulkollegen (*aṣḥābunā*) vertreten zum Übervorteilten (*al-maġbūn*) die Ansicht, daß er nicht zurücktreten dürfe. Aber das bezieht sich (richtigerweise) nur auf den Übervorteilten, der nicht auch (über den Marktpreis) getäuscht wurde. Der getäuschte Übervorteilte hingegen kann zurücktreten. Dafür kann man auf den Fall der *murābaḥa* verweisen (in dem dem getäuschten Käufer ebenfalls ein Rücktrittsrecht zusteht).[18]

Die Hanafiten nach Samarqandī schlossen sich dieser Ansicht überwiegend an[19] und nach dem Zeugnis von Gerichtsakten aus dem 17. Jahrhundert wurde sie auch von den Gerichten im osmanischen Reich angewandt[20]. Hier hat sich also die hanafitische Schultradition im Laufe der Jahrhunderte gewandelt.

18.3. Ein Sonderfall: die „Vertrauenskaufverträge"

Ursprünglich weigerten sich die Hanafiten jedoch, selbst eine relative Wertkontrolle an Hand des veränderlichen Marktpreises vorzunehmen. Der Wille der Parteien, die zwei Leistungen in Abhängigkeit voneinander gesetzt hatten, war souverän und rechtlicher Kontrolle nicht zugänglich. Statt einer „materiellen" Wertkontrolle beschränkten sich die Juristen darauf, den Rahmen zu ordnen, innerhalb dessen sich die Willensbildung der Parteien vollzog. Wir haben schon einige ihrer Bemühungen besprochen: die verschiedenen Rücktrittsrechte, die Rechte des „Gezwungenen", die Bestimmtheitsanforderungen etc[21]. In die gleiche Richtung gehen die Regeln, die für einige besonderen Konstellationen entwickelt wurden: die „Vertrauenskaufverträge", wie die späteren Juristen sie nennen. Gemeint sind die *murābaḥa*, die *tauliya* und die *muwāḍaʿa* bzw. *waḍīʿa*[22]. Alle diese Fälle gehen von einer Situation des Wiederverkaufes aus: Jemand hat eine Ware zu einem bestimmten Preis gekauft, möglicherweise auch Kosten für Transport, Verarbeitung oder ähnliches aufgewendet und möchte sie nun mit Gewinn (so bei der *murābaḥa*), zum Selbstkostenpreis (so bei der *tauliya*) oder mit Nachlaß (so die *muwāḍaʿa* oder *waḍīʿa*) weiterverkaufen. Die wichtigste Frage dabei ist nun, wie der Verkäufer seinen Einkaufspreis berechnen und angeben darf, den er zur Grundlage des Weiterverkaufs macht.

Als Besonderheit dieser drei Varianten des Kaufvertrags gegenüber einem „normalen", ausgehandelten Kaufvertrag (*baiʿ al-musāwama*) nennt Saraḫsī[23], daß

der zweite Kaufpreis auf dem ersten aufbaut, denn die *tauliya* ist eine Übereignung gegen das, wofür man (die Ware) selbst übereignet erhielt, die *waḍīʿa* eine mit einem bestimmten Abzug vom Erwerbsaufwand und die *murābaḥa* eine mit einem bezifferten Aufschlag.

Beide Verträge, Einkauf und Verkauf sind also eng miteinander verbunden; der Einkauf ist die Basis des Verkaufs und zwar nicht nur in der internen Kalkulation des

---

[18] *Samarqandī* II S. 159; zur *murābaḥa* vgl. 18.3.
[19] Vgl. die Beispiele bei *Sanhūrī* II S. 143 f.
[20] *Gerber*, Sharia, Kanun and Custom in the Ottoman Law, International Journal of Turkish Studies 2 (1981), S. 136.
[21] Vgl. oben Kapitel 16.3. und 16.4.
[22] Einige Hinweise zu diesen Vertragstypen finden sich bei *de Bellefonds*, Traité I S. 360 ff.; *Udovitch*, Partnership and Profit S. 218 ff.
[23] *Saraḫsī* XIII S. 83 Z.9.

Verkäufers sondern auch für die Entscheidung des Käufers. Auf der Basis des Einkaufspreises kann dieser beurteilen, ob der Verkaufspreis angemessen ist. Die Sonderregeln für diese besonderen Arten von Kaufverträgen greifen nur dann ein, wenn der Verkäufer als Einkaufspreis vertretbare Sachen bezahlt hatte[24] und dieser Preis genau bestimmt ist[25]; ebenso muß der Aufschlag (*murābaḥa*) bzw. Nachlaß (*muwāḍaᶜa*) in vertretbaren Sachen oder Geld angegeben werden, sonst wäre die Abhängigkeit der beiden Verträge nicht deutlich: Der Preis des zweiten Vertrages kann nur unter diesen Umständen auf der Grundlage des ersten berechnet werden.

Betrachten wir zunächst die *murābaḥa*. Der Verkäufer behauptet seinem Käufer gegenüber, die Sache zu einem bestimmten Preis eingekauft zu haben und verlangt auf seinen Einkaufspreis noch einen Aufschlag, einen Gewinn. Wie hoch er diesen Gewinn ansetzt, ist seine Sache, das Recht läßt ihm dabei völlig freie Hand. Alle Regelungen bezwecken lediglich, die Basis, von der aus der Gewinn berechnet wird und die dem Käufer als Basis seiner Entscheidung dient, richtig festzulegen. Charakterisch dafür sind die Ausführungen Mālik's[26]:

Wenn jemand Stoff (*bazz*) kauft und in ein anderes Land schafft, um ihn dort mit Gewinn (*murābaḥat*ᵃⁿ, im Wege der *murābaḥa*) zu verkaufen, so darf er nicht einberechnen: den Lohn des Maklers (*simsār*) oder des Plätters, seinen Lebensunterhalt (scil.: seine persönlichen Reisekosten) oder die Miete für die Unterkunft. Zum Einkaufspreis hinzugerechnet werden aber die Transportkosten für den Stoff. Ein darüber hinausgehender Gewinn darf nur dann aufgeschlagen werden, wenn der Verkäufer seinen Verhandlungspartner darüber aufklärt.

Die Höhe des Preises selbst wird nicht kontrolliert. In keinem Fall fragt das islamische Recht, ob der Verkäufer berechtigt sei, seine Preisvorstellung durchzusetzen, oder ob er sich aufgrund bestimmter Kriterien Abzüge gefallen lassen muß. Anliegen der rechtlichen Regelung der Vertrauenskaufverträge ist vielmehr die Transparenz der Preisbildung.

In die Basis, auf die der Gewinn aufgeschlagen wird, darf der Verkäufer auch bestimmte Kosten einrechnen, die er im Zusammenhang mit dem Erwerb zu tragen hatte. Sarakhsī resümiert, daß alles angerechnet werden darf, was die Kaufleute üblicherweise anrechnen und was in einem weiteren Sinne den Wert der Ware erhöht; Leitlinie ist also primär der Handelsbrauch[27]. Die früheren Juristen begnügen sich zumeist mit einer charakterisierenden Aufzählung[28]; angerechnet werden dürfen die Aufwendungen für Färben, Bleichen, Schneidern von Textilien oder den Transport der Ware, nicht aber die persönlichen Aufwendungen für den Unterhalt des Verkäufers selbst oder seine eigenen Reisekosten. Geht es um den Verkauf eines Sklaven, so darf der Verkäufer alle Kosten für dessen Unterhalt und Bekleidung in die Kalkulation einbeziehen, jedoch nicht das was der Verkäufer für Unterricht oder Ausbildung des Sklaven aufgewendet hat[29]. Allgemein ergibt sich aus der Kasuistik, daß der Verkäufer alles anrechnen darf, was er auf die Sache selbst aufgewendet hat

---

[24] *Šaibānī*, Aṣl S. 160 Nr.11, S. 169 Nr.30; *Sarakhsī* XIII S. 89 Z.7.
[25] *Šaibānī*, Aṣl S. 158 ff. Nr.7-11, S. 165 ff. Nr.19-22, S. 169 Nr.31.
[26] *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 668 Nr.77.
[27] *Sarakhsī* XIII S. 80 Z.17, vgl. S. 83 Z.15.
[28] *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 668 Nr.77; *Šaibānī*, Aṣl S. 157 Nr.6, S. 162 Nr.14.
[29] Vgl. *Šaibānī*, a.a.O. mit weiteren Beispielen.

oder was zum Verkauf der Sache unumgänglich war. Das darf der Verkäufer dem Einkaufspreis zuschlagen, ohne daß er es als Gewinn ausweisen müßte. Bezieht der Verkäufer allerdings solche Posten in die Berechnung seiner Basis ein, so muß er das sprachlich deutlich machen. Er darf dann nicht sagen „ich habe die Ware für soundsoviel gekauft", das wäre eine Lüge, er darf nur sagen „diese Ware hat mich soundsoviel gekostet"[30].

Außerdem muß der Verkäufer dem Käufer bestimmte preisrelevante Informationen geben; er muß z. B. offenlegen, wenn er die Ware auf Kredit gekauft hat, weil dann der Einkaufspreis und damit die Berechnungsgrundlage regelmäßig höher ist als beim Barkauf[31]. Damit im Zusammenhang steht eine gewisse Modifikation der Gewährleistungsregeln. Der Verkäufer muß angeben, wenn er oder ein ihm schadensersatzpflichtiger Dritter die Ware beschädigt hat, nicht aber, wenn die Ware sich in seinem Besitz lediglich zufällig verschlechterte[32]. Er muß angeben, wenn er der Ware Früchte im tatsächlichen oder rechtlichen Sinne entnommen hat (Datteln der Palme, Jungtier, Milch oder Wolle eines Schafes)[33], nicht aber, wenn er die Ware lediglich gebrauchte (Gebrauchsvorteile). Immer dann, wenn der Verkäufer „etwas von der Ware behalten hat"[34], muß er es angeben.

Damit ist nun die Verteilung des Schadensrisikos angesprochen, der die Aufteilung von Vorteilen gegenübersteht: Der Verkäufer braucht den Käufer nicht darüber zu informieren, daß die Ware in seinem Besitz ohne sein Zutun, „durch Zufall", verschlechtert wurde oder daß er die Ware schon von vornherein mit einem Mangel erworben hatte. Er muß auch nicht offenlegen, daß er die Ware selber im Wege der *murābaḥa* erworben und sein Verkäufer ihn bei der Festsetzung des Preises betrogen hatte[35]. All das kann er folgenlos verschweigen und den Kaufpreis, den er tatsächlich, wenn auch unberechtigterweise, gezahlt hatte, sowie etwaige Aufwendungen als Berechnungsgrundlage ansetzen. Das normale Käuferrisiko darf er also auf den Käufer abschieben. Im Gegenzug dazu muß es aber in die Berechnung eingehen, wenn der Verkäufer selbst der Ware etwas entnommen hatte, deshalb ist der Verkäufer insoweit auskunftspflichtig. Kurz: der Käufer soll alle Informationen haben, die der Verkäufer selbst beim Einkauf der Ware hatte und die für die Höhe des Einkaufspreises von Bedeutung waren. Dazu kommt für den Verkäufer der Aufwendungsersatz und ein Aufschlag, der eher den Charakter eines Lohns für die erfolgreiche

---

[30] *Ebd.* Einige Probleme gibt es auch bei der Frage, von welchem Einkaufspreis der Verkäufer ausgehen darf; hat er die Ware nämlich von einem nahen Verwandten, seinem Sklaven oder einer anderen ihm nahestehenden Person gekauft, so muß man von dessen Einkaufspreis ausgehen. Die Aufwendungen des Verkäufers selbst bleiben außer Betracht, denn es ist alles zu vermeiden, was den Anschein eines arglistigen Zusammenwirkens (*tuhma*) hervorrufen könnte, *ebd.* S. 168 f. Nr.28, 29, S. 173 Nr.39.

[31] *Šaibānī*, Aṣl S. 155 Nr.1; *Sarahsī* XIII S. 78 Z.5 ff., nicht so bei einer nicht vereinbarten, aber geduldeten Zahlungsverzögerung, weil diese auf den Kaufpreis keinen Einfluß hat, vgl. *Šaibānī*, Aṣl S. 167 Nr.25; *Sarahsī* XIII S. 87 Z.24; vgl. ein anderes Beispiel in *Šaibānī*, Aṣl S. 159 Nr.9, S. 163 Nr.15 (Weiterverkauf nur eines Teils der eingekauften Waren).

[32] *Šaibānī*, Aṣl S. 155 f. Nr.2, 3.

[33] *Ebd.* Nr.4 – nicht aber, wenn der Verkäufer in dieser Höhe selbst anrechenbare Aufwendungen auf die Sache hatte, S. 157 Nr.5.

[34] *Sarahsī* XIII S. 79 Z.10.

[35] *Šaibānī*, Aṣl S. 155 ff. Nr.2,3,5, S. 169 Nr.32; *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Ṣaġīr S. 246 f.

Verschaffung der Ware hat, als den eines buchmäßigen Reingewinnes. Die Höhe des Gewinns wird nicht kontrolliert, er muß dem Käufer nur offengelegt werden, der aufgrund dieser Information entscheiden soll, ob er die Ware zu dem verlangten Preis erwerben will.

Gibt der Verkäufer die Höhe des Einkaufpreises falsch an, verschweigt er irgendwelche Angaben, die für die Preisbildung beim Einkauf von Bedeutung waren, oder verletzt er sonst irgendwie seine Informationspflichten, so waren die Rechtsfolgen unter den frühen Juristen streitig. Abū Yūsuf und vor ihm Ibn Abī Lailā gewährten dem Käufer in allen Fällen (*murābaḥa, tauliya und muwāḍaʿa*) das Recht, vom Verkäufer den Betrag zurückzuverlangen, um den sich der Kaufpreis wegen der Fehlinformation erhöht hatte. Ein Rücktrittsrecht (*ḫiyār*) gestanden sie ihm nicht zu[36]. Hatte der Verkäufer also zum Beispiel eine Ware um 100 Dirham eingekauft, den Einkaufspreis aber um 10 Dirhams zu hoch angegeben, so wurde dieser Betrag dem Käufer erlassen, er konnte in dieser Höhe den Kaufpreis mindern. Für diese Ansicht spreche, so Saraḫsī, daß der Einkaufspreis zur Basis des Weiterverkaufspreises gemacht worden sei,

> denn der zweite Vertrag baut, was den Kaufpreisanspruch angeht, auf dem ersten auf. Der Betrag der Täuschung (scil.: der Betrag, um den der Verkäufer seine Beschaffungskosten zu hoch angegeben hatte), gehörte im ersten Vertrag nicht zum Kaufpreis, deshalb kann er auch im zweiten Vertrag nicht wirksam festgesetzt werden; das gleiche gilt ja auch beim Vorkaufsrecht (*šufʿa*).[37]

Der Vertrag ist zum Einkaufspreis plus Aufschlag abgeschlossen worden; diesen Betrag sollte der ziffernmäßig bestimmte Weiterverkaufspreis nur konkretisieren. Die Kalkulation steht gegenüber der zahlenmäßigen Preisangabe im Vordergrund. Die Minderung ist dann erforderlich, um das vereinbarte Austauschverhältnis herzustellen.

Šaibānī[38] billigte dem getäuschten Käufer demgegenüber bei der *murābaḥa*, der *tauliya* und der *muwāḍaʿa* einen *ḫiyār* zu: Der Käufer kann wählen, ob er auch im Lichte der nunmehr vollständigen Informationen noch an dem Vertrag festhalten will oder ob er zurücktreten möchte. So harmonisiert er das Recht der „Vertrauenskaufverträge" mit dem allgemeinen Rücktrittsrecht. Ein *ḫiyār* steht dem Käufer immer dann zu, wenn er den Vertrag auf einer falschen Entscheidungsgrundlage abgeschlossen hatte[39]. Argument für diese Ansicht ist nach Saraḫsī, daß die Verknüpfung zwischen den beiden Kaufverträge (Einkauf und Verkauf) gerade nicht so eng ist, wie beim Vorkaufsrecht. Käufer und Verkäufer haben hier aus freiem Willen (*bi iḫtiyārihimā*) einen neuen Vertrag geschlossen und sich wie bei dem „normalen" Kaufvertrag (*musāwama*) auf einen Preis geeinigt; der Verkäufer hat gerade nicht zum ersten Preis verkaufen wollen. Beim Vorkaufsrecht gibt es hingegen keine solche „neue" Übereinkunft; der Eintretende trifft vielmehr auf einen „fertigen" Vertrag, den er so übernehmen darf, wie er vorher vereinbart war. Dagegen hatte der

---

[36] *Šaibānī*, Aṣl S. 155 Nr.1, S. 164 f. Nr.17,18; *Abū Yūsuf*, Iḫtilāf S. 26 Z.9 (=*Šāfiʿī* VII S. 96 Z.3); *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 145 Nr.12.2. (zählt auch Zufar zu den Vertretern dieser Ansicht); *Saraḫsī* XIII S. 86 Z.3.

[37] *Saraḫsī* XIII S. 86 Z.9.

[38] Vgl. *Šaibānī*, Aṣl S. 155 Nr.1, S. 164 Nr.17,18; *Saraḫsī*, a.a.O.

[39] S. o. Kapitel 16.4.

Käufer bei der *murābaḥa* und den verwandten Verträgen keinen unentziehbaren Anspruch auf die Übernahme eines fertigen Vertrages. Es bleibt aber die Täuschung des Verkäufers, die dem Käufer, wie in den Fällen, wo er über einen Mangel der Sache getäuscht wurde, einen *ḫiyār* gibt.

Von Abū Ḥanīfa, dem Lehrer Abū Yūsuf's und Šaibānī's, wird eine etwas scholastisch anmutende Differenzierung überliefert[40]. Bei der *tauliya* sollte der Kaufpreis gemindert werden, bei der *murābaḥa* und der *muwāḍaʿa* gab er dem geprellten Käufer einen *ḫiyār*. Die *tauliya*[41] beruhe in jeder Hinsicht auf dem ersten Vertrag, nichts solle vereinbart werden, was nicht schon in ihm enthalten war. Wenn die Parteien also eine *tauliya* vereinbaren, so vereinbaren sie damit implizit auch immer als Preis den Einkaufspreis; geht der Verkäufer darüber hinaus, so handelt es sich nicht mehr um eine *tauliya*. Die *murābaḥa* hingegen weiche im Kaufpreis von dem ersten Vertrag ab, und das in freier Übereinkunft zwischen Käufer und Verkäufer. Sie ändere ihren Charakter nicht dadurch, daß der Verkäufer den Einkaufspreis zu hoch angibt.

Die einen ziehen die Verträge stärker zusammen und behandeln den ersten Kauf als Grundlage des zweiten; die Minderung dient dann nur dazu, um das eigentlich vereinbarte Austauschverhältnis durchzusetzen. Die anderen betonen, daß der Preis im zweiten Vertrag unabhängig ausgehandelt wurde, berücksichtigen aber die Abweichung des angegebenen vom tatsächlichen Erwerbsaufwand wie das Fehlen vereinbarter Eigenschaften der Ware.

In allen Fällen werden zwei Kaufverträge verknüpft; der Käufer möchte am wirtschaftlichen Erfolg des ersten Vertrages teilhaben. Die wirtschaftliche Bedeutung dieser Geschäfte, ihr „Sitz im Leben" ist unklar. Es ist durchaus möglich, daß die besonderen Regeln vor allem dazu dienen, unerfahrene Käufer, die den Markt nicht kennen, vor Übervorteilung zu schützen[42].

> Die *murābaḥa* ist erlaubt, weil sie alle Bedingungen eines wirksames Kaufes erfüllt, und weil ein dringendes Bedürfnis (*al-ḥāǧa al-māssa*) nach dieser Unterart des Kaufvertrages besteht. Denn der Unerfahrene, der sich im Handel nicht auskennt, muß sich auf die Tätigkeit des Erfahrenen verlassen können und er bezahlt gerne den Einkaufspreis und den Gewinnaufschlag. . .und deshalb ist die Grundlage (des Vertrages) für beide das Vertrauen und Vermeidung von Betrug oder etwas ähnlichem.[43]

Das fügt sich ein in das Bild, das wir schon oben von dem lokalen Handel gezeichnet haben, daß nämlich ein Großteil über „Makler", Zwischenhändler oder Kommissionäre abgewickelt wurde, die das nötige lokale *know how* hatten und die richtigen Leute kannten[44]. Kannte sich jemand im Markt, oder auch nur in einem Bereich des Marktes nicht aus, so konnte er sich der Dienste eines Maklers bedienen. Die

---

[40] Vgl. *Šaibānī*, Aṣl S. 155 Nr.1, S. 164 Nr.17,18; *Abū Yūsuf*, Iḫtilāf S. 26 Z.9 (=*Šafiʿī* VII S. 96 Z.3); *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 145 Nr.12.2.

[41] Im folgenden die Argumentation, wie sie sich bei *Sarahsī* XIII S. 86 Z.25 findet.

[42] So die Vermutung von *Udovitch*, Islamic Law and the Social Context of Exchange in the Medieval Middle East, History and Anthropology 1 (1985), S. 452 f.; *ders.*, Les échanges de marché dans l'islam médiéval, SI 65 (1987), S. 15 f.

[43] *Marġīnānī* III S. 56.

[44] Oben Kapitel 2.3.1.

Vertrauenskaufverträge können sich so einem Kommissionsgeschäft annähern[45], wie ein Beispiel aus Šāfiʿī's *Kitāb al-umm*[46] zeigt:

Es ist nichts dagegen einzuwenden, wenn jemand einen Terminkauf (in der Terminologie Šāfiʿī's *salaf*) über eine Sache abschließt, die er nicht hat: Wenn also jemand einem anderen eine Ware zeigt und zu ihm sagt: „Kaufe diese und ich lasse dich daran soundsoviel verdienen (scil. ich kaufe sie dir dann mit soundsoviel Aufschlag ab)", so ist der Kaufvertrag wirksam (*ǧāʾiz*); derjenige der den Gewinn anbot, hat jedoch einen *ḫiyār* und kann wählen, ob er nun (seinerseits mit dem Einkäufer über die bezeichnete Ware) einen neuen Kaufvertrag schließt, oder es läßt. Ebenso ist der Fall zu behandeln, daß einer zu einem anderen sagt „kaufe mir eine Ware" und sie ihm beschreibt oder sagt „kaufe mir, was du willst und ich lasse dich daran verdienen"; der erste Kaufvertrag ist wirksam und der andere hat einen *ḫiyār*.

Wenn der Hintermann den Makler losschickt, eine Ware für ihn einzukaufen und ihm als Anreiz einen Gewinn auf den Einkaufspreis in Aussicht stellt, geht es letztlich um eine *murābaḥa*, bei der der Einkaufspreis als Basis des Verkaufspreises dient. Da allerdings der Auftraggeber einen *ḫiyār* hatte und nicht gezwungen war, die Ware zu nehmen, mußte sich der Makler irgendwie davor schützen, bei einem Sinneswandel des Auftraggebers auf der eingekauften Ware sitzen zu bleiben. Dafür bieten die *ḥiyal*-Werke Wege an: Wenn der Makler beim Einkauf einen *ḫiyār aš-šarṭ* vereinbart, so kann er notfalls die Ware problemlos zurückgeben. Nimmt sein Auftraggeber sie jedoch ab, so wird auch der erste Kaufvertrag bindend[47].

Da zumindest unklar war, ob und wie der Makler sich seine Dienste vergüten lassen durfte[48], schlug Šaibānī in seinem *ḥiyal*-Werk einen Umweg vor, der auf eine *murābaḥa* hinausläuft:

Ich fragte: „Mißbilligst du, was der Makler (*simsār*) (als Lohn) nimmt? Er sagte: „Ja". Ich fragte: „Was gibt es für eine Möglichkeit (*ḥīla*), wenn er ein gutes Einkommen (*kasb*) erzielen will?" Er antwortete: „Der eine soll die Ware für sich erwerben und sie in Besitz nehmen. Dann soll er sie dem verkaufen, der die Ware (von Anfang an) suchte und dabei einen Gewinn (*ribḥ*) aufschlagen, der dem entspricht, was er als Makler nehmen würde."[49]

Daß es allerdings nicht nur um Kommissionsgeschäfte ging, sondern auch um Handelskooperation im weiteren Sinne, zeigt sich daran, daß die Juristen die drei Arten des „Vertrauenskaufvertrages" oft im Zusammenhang mit der *šarika* oder *širk* behandeln, einer Art Erwerbsgesellschaft. Ṭaḥāwī[50] formuliert die Musterverträge für die *tauliya*, die *murābaḥa* und die *muwāḍaʿa* alle als Variation des Vertrages über die Vereinbarung einer *šarika* und betont, daß die *šarika* nur eine Abart der *tauliya* (*ḍarb min at-tauliya*) sei und grundsätzlich den gleichen Regeln folge[51]. Wir haben schon gesehen, daß es unter den frühen Juristen umstritten war, ob *šarika* und

---

[45] So die Vermutung von *Udovitch*, Partnership and Profit S. 221 f., der trotz aller Unsicherheit über die tatsächliche Rolle der *murābaḥa* im Wirtschaftsleben, es für möglich hielt, daß es sich bei ihr um „a form of commission sale" handelte.

[46] *Šāfiʿī* III S. 33 Z.27.

[47] *Šaibānī*, Ḥiyal S. 37 Nr.9.4; *Ḫaṣṣāf* S. 9 Nr.4.10, S. 192 Nr.79.4; *Saraḫsī* XXX S. 237.

[48] Vgl. dazu *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 732 ff.

[49] *Šaibānī*, Ḥiyal S. 40 Nr.9.40.

[50] *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 141 Nr.9.0, S. 143 Nr.11.0.

[51] A.a.O. S. 140 Nr.8.2.; bei den frühen Juristen werden die *šarika* und die *tauliya* immer zusammen behandelt; vgl. *Mālik*, Muwaṭṭaʾ II S. 676; *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 702; *Šāfiʿī* III S. 67 Z.8.

tauliya als Unterarten des Kaufvertrages zu behandeln und seinen Regeln zu unterwerfen seien[52]. Insbesondere war zwischen Irakern und Medinensern umstritten, ob man diese Verträge schon vor Besitzergreifung an der eingekauften Ware abschließen könne. Die Medinenser hielten das grundsätzlich für zulässig. Das ergibt bei der *šarika* folgende Konstellationen:

Jemand kauft Waren, die ihm daraufhin allein zustehen. Dann bittet ihn ein anderer, ihn zur Hälfte an der Ware zu beteiligen, wofür er für den Verkauf der ganzen Ware sorgen wolle. Das ist erlaubt.[53]

Nach Mālik ist es auch möglich, daß der Käufer einer Sache noch vor Abschluß der Verhandlungen (also vor Ende der *maǧlis* in der Terminologie des islamischen Rechts) und vor Besitzergreifung an der Ware mit seinem Verkäufer vereinbart, ein Dritter, den er zu seinem Teilhaber gemacht hatte, solle seine Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag übernehmen und nunmehr selbst Vertragspartner werden[54]. Alle diese Verträge bezwecken, einen Dritten am wirtschaftlichen Erfolg eines Kaufvertrages zu beteiligen.

Die „Vertrauenskäufe" waren aber auch im überregionalen oder internationalen Fernhandel einsetzbar. Im oben zitierten Beispiel von Mālik importiert jemand Waren aus einem anderen Land und verkauft sie auf der Basis seiner Beschaffungskosten. Auch ansonsten passen sie gut zu der weit verbreiteten informellen Kooperation[55], die einen großen Teil des Fernhandels prägte: Händler setzten nicht nur Waren ab, die ihnen von Geschäftsfreunden anvertraut waren, sondern kauften auch füreinander ein.

Vieles spricht also dafür, daß mit den Regeln ein schon bestehendes Vertrauensverhältnis geschützt werden sollte, das sich zwischen Käufer und Verkäufer entwickelt hatte. Das mußte nicht einmal besonders eng sein, schon die Nennung des Einaufspreises mit einem moderaten Aufschlag konnte ein gutes Werbemittel sein[56].

Deutlich wird jedenfalls, und damit kehren wir zum Ausgangspunkt zurück, daß es in allen diesen Fällen nicht um Preiskontrolle geht, denn in der Festlegung des Preises sind die Parteien ja völlig frei. Es geht vielmehr nur darum, die Elemente, die in die Preisbildung eingegangen sind, transparent zu machen. Der *ḫiyār*, der dem getäuschten Käufer gewährt wird, soll die vorangegangene Störung seines Geschäftswillens ausgleichen: Der Käufer soll sich überlegen dürfen, ob er den Kauf auch unter diesen anderen, jetzt offenbar gewordenen Umständen abschließen möchte; will er das nicht, so kann er den Kaufvertrag grundsätzlich nur insgesamt rückgängig machen. Natürlich bleibt Käufer und Verkäufer die Möglichkeit, die

---

52 Oben Kapitel 17.3.2.

53 *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 677; *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 712, der diese Konstellation für verboten hält, weil sie die Beteiligung an eine Bedingung knüpft, deren Eintritt nicht sicher ist und daher gegen das *ġarar*-Verbot verstößt. Außerdem sei es nicht zulässig, in einem Vertrag zusätzliche Pflichten zu vereinbaren, ebenso wie es unzulässig sei, einen Vertrag von einem anderen abhängig zu machen.

54 *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 676; dagegen *Šaibānī*, Ḥuǧǧa II S. 711.

55 *Goitein*, MS I S. 164 ff.

56 So *Marġīnānī* III S. 57: die Nennung des Einkaufspreises dient dazu, Käufer anzulocken (*tarwīǧ wa targīb*).

Modalitäten des Vertrages neu auszuhandeln; einseitig kann der Käufer sie aber nicht verändern. Statt einer direkten Preiskontrolle bieten die Verträge also lediglich eine Redlichkeitskontrolle, die ausgewogene Verhandlungen sichern soll und die primär den Handelsverkehr im Auge hat.

19. Elemente eines Marktrechts

Hanafiten und Šafiʿiten geben die Preise frei. Dem Recht steht es ihrer Ansicht nach nicht zu, an ein Austauschverhältnis, das die Parteien für sich akzeptiert haben, irgendwelche Gerechtigkeitsmaßstäbe anzulegen. Die Preise setzen die Parteien selbst, auch dem Markt wird diese Aufgabe nicht delegiert. Der Marktpreis bildet zumindest in der früheren Zeit nur für einige Hanbaliten und Malikiten die Grenze, jenseits derer die „schwere Übervorteilung" (*ġabn fāḥiš*) beginnt. Die anderen setzen eher auf den Schutz der Willensbildung im Markt. Der Markt wird nicht direkt in die rechtliche Bewertung von Verträgen eingebunden, dennoch setzen alle Schulen ihn voraus. Viele Regeln dienen ausdrücklich oder unausgesprochen dazu, einer funktionierenden Marktwirtschaft Geleitschutz zu geben. Mit dieser rechtlichen Flankierung des Marktes möchte ich mich nun beschäftigen.

Der Kaufvertrag und alle Verträge, die nach seinem Muster geformt sind, ordnen die Beziehungen zwischen den Vertragsschließenden als Austausch, bei dem die Leistung des einen bezweckt, die des anderen zu erhalten (*do ut des*). Das ist der Typus des unpersönlichen und meist sofort vollzogenen Markttausches. Daneben gab es auch andere Modelle, nach denen solche Beziehungen geordnet werden konnten, die unentgeltlichen Geschäfte etwa, die nicht eigentlich unentgeltlich sind, bei denen die Entgeltserwartung aber noch nicht konkretisiert ist. Solche Geschäfte setzen längerdauernde Beziehungen und persönliche Bekanntschaft der Beteiligten voraus. Wirklich unentgeltlich war nur das Almosen, allerdings nur im Diesseits, denn Almosen werden im Jenseits von Gott entgolten. Außerdem gab es verschiedene Formen der Kooperation in Gesellschaften.

19.1. Die rechtliche Flankierung des Marktes

Den Markt prägen jedoch vor allem die synallagmatischen Austauschbeziehungen. Dadurch daß zwei Güter direkt oder auf dem Umweg über das Geld in ein Verhältnis gesetzt werden, beeinflussen sie die Preisbildung. Eine Vielzahl solcher Verträge zwischen einer Vielzahl von Beteiligten bildet den Markt. Das islamische Recht trägt, vor allem dort, wo es den Kaufvertrag regelt, deutlich Züge eines Marktrechtes. Das beginnt schon bei dem absoluten Schutz des Eigentums, das religiös abgesichert wird. Die vorgefundene Aufteilung von Reichtümern wird nicht in Frage gestellt, die Zuordnung von Gütern zu bestimmten Personen ist für Dritte grundsätzlich unantastbar. Ein Instrument, die Zuordnung zu verändern, ist der Kaufvertrag. Grundsätzlich kann jeder Gegenstand, der einer Person als Vermögen zugeordnet ist, veräußert werden; das islamische Recht kennt dabei nur wenig Tabus. Auch Boden, Nahrungsmittel und Arbeit können kommerzialisiert werden. Jeder nach Reife und Verstand geschäftsfähige Eigentümer und jede Eigentümerin, ohne Unterschied von Religion, Stand oder Geschlecht, kann an solchen Tauschbeziehungen

teilnehmen. Der Zugang zum Markt ist nicht beschränkt. Als Ware ist jeder Vermögensgegenstand in Geld meßbar und als Ware hat kein Gegenstand einen Wert an sich, der Wert wird in Geld ausgedrückt und unterliegt den Schwankungen des Marktpreises. Geld ist der Maßstab aller Dinge. Gott hat die Werte nicht unabänderlich festgesetzt, er kontrolliert sie über die Preise. Der Markt ist der Ort, wo die Preise bestimmt werden; deshalb ist der Wert einer Sache wie ihr Preis relativ, schwankend und veränderlich. Der Kaufvertrag dient dem Austausch von Werten, die er in gegenseitige Abhängigkeit voneinander setzt. Außer dem Marktpreis gibt es keine objektiven Kriterien, ein Austauschverhältnis als „gerecht" zu billigen oder als „ungerecht" zu verwerfen. Und auch hinsichtlich des Marktpreises maßen sich die Juristen der Frühzeit keine Kompetenzen an (s.o. 18.2.); gewisse formale Grenzen werden der Preisbildung allenfalls durch das *ribā*-Verbot gezogen.
Dennoch setzen die Juristen den Markt als Korrektiv voraus. So zum Beispiel Mālik in seinem Kommentar zu einem *ḥadīṯ*, nach dem der Prophet verboten hatte, daß jemand seinen Glaubensbruder beim Handeln überbiete:

> Es ist nichts dagegen zu sagen, wenn mehr als eine Person für eine Ware bietet, die zum Verkauf steht. . . Wenn die Menschen nicht weiter böten, sobald einer ein Gebot abgegeben hat, könnte sie um einen ganz geringen Preis erworben werden und Mißbilligenswertes (*al-makrūh*) würde die Händler hinsichtlich ihrer Waren betreffen[1].

Gegen den Mißbrauch der preisbildenden Faktoren richteten sich Überlieferungen, die den *naǧaš* verboten, das Scheinbieten auf Auktionen zum Zwecke der Preistreiberei[2]. Schon Šāfiʿī war allerdings der Meinung, daß dieses Verbot keine rechtliche Konsequenz habe. Der Scheinbietende sei zwar religiös gesehen ein Sünder; rechtlich sei der letztlich zu einem überhöhten Kaufpreis abgeschlossene Vertrag jedoch unanfechtbar.

Offener Wettbewerb auf dem Markt sichert einen angemessenen Preis. Manche Regeln haben die Wirkung, bestimmte Transaktionen für den Markt zu öffnen. Das mag auch die Motivation des Propheten gewesen sein, als er den direkten Tausch von Datteln verschiedener Qualität verbot und statt dessen den „Umweg" über das Geld empfahl[3]. Erst in Geld lassen sich Werte „objektiv" und allgemeingültig ausdrücken; in den Marktpreis gingen die Entscheidungen einer unbestimmten Vielzahl von Personen ein, dem Austausch zweier Dattelsorten liegt jedoch nur die subjektive Bewertung zweier Vertragsparteien zugrunde. Auch die hochgeschraubten Bestimmtheitanforderungen[4] haben den Effekt, den Austausch möglichst bewertbar zu machen. Der Umstand, daß der Kaufvertrag fast ausschließlich auf den Austausch zweier Güter beschränkt wird, erleichtert es den Vertragsparteien, das Werteverhältnis am Markt zu vergleichen. Nebenabreden, die dieses Werteverhältnis verschleiern oder verschieben können sind ebenso verboten, wie die Verbindung zweier oder mehrerer Verträge[5].

---

[1] *Mālik*, Muwaṭṭaʿ II S. 694.
[2] *Mālik*, Muwaṭṭaʿ II S. 684 nach Nr.97; *Šaibānī*, Muwaṭṭaʿ S. 273; *Šāfiʿī* VII S. 185 (Rand).
[3] S. o. Kapitel 15.3.2.
[4] Dazu oben Kapitel 14.1.
[5] Vgl. oben Kapitel 17.4.1. und 17.4.2.

Der Kaufvertrag wird durch das Festhalten am Modell des typischerweise sofort vollzogenen Markttausches in seiner wirtschaftlichen Nutzbarkeit auch beschränkt. Mindestens eine Leistung muß erbracht sein. Das Versprechen spielt als Basis der vertraglichen Bindung keine Rolle; erst wenn die Parteien in eine Situation des Austausches eingetreten sind, wird ein Vertrag rechtlich erzwingbar. Transaktionen, die nur die Zukunft betreffen, haben rechtlich keine Bedeutung. Doch auch so besteht schon Raum für Spekulation, indem der Kreditkauf und der *salam*, also der Terminkauf, zugelassen werden. Die Entwicklung von „Börsen", in denen zukünftige Kauf- oder Verkaufsmöglichkeiten gehandelt werden, wird jedoch beschränkt durch das Verbot, Waren vor der Besitzergreifung weiterzuverkaufen, das von den Mālikiten auf Nahrungsmittel beschränkt wird. Der Umstand, daß solche Transaktionen immer wieder verboten werden, zeigt, daß sie wirtschaftlich durchaus brauchbar gewesen wären. Hier stellt sich das Recht der wirtschaftlichen Entwicklung in den Weg.

Die Orientierung am Leitbild des Austausches bringt es auch mit sich, daß der Kaufvertrag vor allem als Instrument gesehen wird, Eigentum an einem bestimmten Gegenstand zu übertragen, und nicht als Mittel, einen erwarteten Gewinn zu sichern. Zwar wurde das Gewinnstreben als legitimer Motor der Austauschverträge anerkannt; die völlige Verflüssigung des Eigentums- und Vertragsbegriffes zur Garantie wirtschaftlicher Werte wurde jedoch durch das Mißtrauen gegenüber „unproduktiver" Spekulation gehemmt. Hier spiegelt das Recht eher die Einstellung des lokalen Bazarhandels als den des Groß- und Fernhandels wider.

Das Mißtrauen gegenüber Spekulationsgeschäften prägt das islamische Recht weitaus mehr als die Sorge um „angemessene" Preise. Vor allem der Zwischenhandel wird mit Argwohn betrachtet. Die Überlieferungen, die das Verbot, Waren oder zumindest Nahrungsmittel vor der Besitzergreifung weiterzuverkaufen[6], stützen, richten sich gegen Zwischenhändler, die günstig einkaufen und ohne je ein Risiko getragen zu haben, teurer wieder verkaufen. Das Verbot, Früchte am Baum oder Getreide auf dem Halm weiterzuverkaufen[7], hat die gleiche Stoßrichtung: Der Aufkäufer kann die Nahrungsmittel billig erwerben, jedenfalls weit unter dem Marktpreis für die ausgereifte und geerntete Ware; meist wird er auch noch eine Notlage des Verkäufers ausnutzen können, der sonst wohl bis zur Ernte warten würde, um einen höheren Preis zu erzielen. Der Aufkäufer kann sich nun für einen relativ geringen Preis schon einen guten Teil der Ernte im voraus sichern. Später kann er die Nahrungsmittel dann teurer verkaufen. Hat er einen größeren Teil der Ernte unter seine Gewalt gebracht, so kann er diese künstlich verknappen, indem er sie zunächst einmal einlagert. Sind die Preise dann genug gestiegen, so kann er die Ware unter Knappheitsbedingungen verkaufen. Ähnlich wirkt auch das Verbot der Hanafiten, einen *salam* über mehrere Jahre hinweg abzuschließen[8]. Auch hier bringt der Käufer Ware schon im voraus für einen geringen Preis unter seine Kontrolle; das *ḥadīṯ*, auf das sich die Hanafiten berufen, betrifft wieder den Handel mit Nahrungsmitteln.

---

[6] Oben Kapitel 14.2.3.
[7] Oben 14.2.2.
[8] Vgl. *Ṭaḥāwī*, Šurūṭ Kabīr S. 196 ff. Nr.19.21 ff.; *Sarahsī* XII S. 134 f.; vgl. oben Kapitel 14.2.1.

Direkt gegen die Nahrungsmittelspekulation gerichtet, ist das Verbot der Hortung von Nahrungsmitteln (*iḥtikār*), das allerdings in den von mir untersuchten Texten nur spärlich behandelt wird. Mālik erwähnt es, ohne es rechtlich zu qualifizieren:

ᶜUmar sagte: „Es soll auf unserem Markt kein Horten geben. Leute, die über zu viel Geld verfügen, sollten keinen Zugang zu irgendwelchen Nahrungsmitteln haben, die von Gott als (unser) tägliches Brot auf unseren Platz herabgekommen sind, damit sie sie nicht zu unserem Schaden (wörtl.: gegen uns) horten können. Aber wer unter Mühen in Winter und Sommer Waren heranschafft, der soll ᶜUmars Gast sein. Er soll verkaufen, wie Gott will und zurückhalten, wie Gott will."[9]

Die letzten Sätze zeigen, daß man nicht nur die negativen sondern auch die gesellschaftlich nützlichen Wirkungen des Zwischenhandels sah. Wer die Versorgung der Bevölkerung durch Import fremder Güter sichert, erfüllt eine wichtige Funktion. In dem Rechtswerk, das Zaid ibn ᶜAlī zugeschrieben wird, wird von ᶜAlī überliefert, daß er Händler, die horten, zu „ verfluchten Sündern" erklärt habe[10]. In der Tat ist das Horten als solches im Rahmen der Kaufverträge auch schwer anzugreifen. Weder Kauf noch Verkauf als solcher sind mißbilligt. Deshalb ordnet Ġazzālī solche Transaktionen auch unter die formell unanfechtbaren und rechtsgültigen, jedoch gemeinschädlichen Verträge ein, die nur im Jenseits sanktioniert werden[11].

Andere Überlieferungen verbieten es, ankommende Karawanen vor dem Markt abzufangen, um ihnen ihre Ware abzukaufen (*talaqqī aṣ-ṣilaᶜ* oder *talaqqī ar-rukbān*)[12]. Auch das ist direkt gegen Zwischenhändler gerichtet, die billig die Ware in ihre Hand bringen und sie dann auf dem Markt zu Knappheitspreisen wieder verkaufen. Allerdings schränken schon die frühen Juristen die rechtliche Bedeutung dieses Verbotes stark ein[13]. Die späteren Hanafiten halten einen Verstoß gegen dieses Verbot zwar für religiös verwerflich, rechtlich jedoch für folgenlos[14].

Gleiches gilt für das Verbot, daß ein Ansässiger für einen unerfahrenen Beduinen Ware verkauft[15]. Hier drängt sich ein gewiefter Händler zwischen den Beduinen und seine potentiellen Abnehmer, um sich auf deren Kosten zu „bereichern". Allerdings wird auch dieses Verbot von den Juristen als rechtlich unverbindliche religiöse Anweisung interpretiert.

Im Rahmen des Kaufrechts, das nur den individuellen, zwischen zwei Parteien abgeschlossenen Kaufvertrag betrachtete, waren solche Beschränkungen rechtlich nicht faßbar. Den Schritt, sie als Mandat für die Obrigkeit zu verstehen, den Markt in diesem Sinne zu ordnen, sind die Juristen offenbar nicht gegangen. Dennoch spiegeln auch diese Regeln das Mißtrauen gegenüber den Zwischenhändlern wider, deren Geschäfte vor allem als unnütze Preistreiberei gegeißelt wurden. Diese Hal-

---

9 *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 651 Nr.56, vgl. Nr.58.
10 *Zaid ibn ᶜAlī*, Maǧmūᶜ al-fiqh S. 169 Nr.612, vgl. Nr.613.
11 *Ritter*, Ein arabisches Handbuch der Handelswissenschaft, Der Islam 7 (1917), S. 33.
12 *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 683 Nr.96; *Šaibānī*, Muwaṭṭa' S. 273 Nr.772 ff.; *Šāfiᶜī* VII S. 191 (Rand).
13 S. o. Kapitel 7.3.1.
14 Vgl. *Qudūrī* S. 41; *Marġīnānī* III S. 53 Z.24.
15 *Mālik*, Muwaṭṭa' II S. 683 Nr.96 – ohne Kommentar; *Šāfiᶜī* VII S. 189 (Rand).

tung war auch im europäischen Mittelalter verbreitet. Im englischen Common Law gab es schon seit 1266 bestimmte *middlemen offenses*, die unter Strafe verboten waren. Dazu gehörte das Aufkaufen von Nahrungsmitteln, bevor sie den Markt erreichten (*forestalling*), das dem *talaqqī aṣ-ṣilaᶜ* ähnelt, oder das *engrossing*, das Aufkaufen von Feldfrüchten vor der Ernte[16].

Den Zwischenhändlern begegnete man mit Mißtrauen, weil man vor allem die schädlichen Auswüchse vor Augen hatte. Solange sie die Versorgung der Bevölkerung mit fremden Gütern, vor allem mit Nahrungsmitteln, sicherten, waren sie willkommen. Ansonsten treiben sie lediglich ohne irgendeinen gesellschaftlichen Nutzen die Preise hoch. Rechtlich durchsetzbar war allerdings nur das Verbot, Nahrungsmittel vor der Besitzergreifung weiterzuverkaufen oder Früchte noch auf dem Felde einzukaufen. Im übrigen verließ man sich auf die religiöse Sanktion im Jenseits.

19.2. Das Recht und der Einzelne[17]

Das Recht spricht den Einzelnen an, den Eigentümer, dem es innerhalb des göttlich vorgegebenen Rahmens frei steht, über sein Recht zu verfügen. Von Bindungen in Familie, Sippe, Zunft oder die Religionsgemeinschaft ist kaum einmal die Rede, obwohl solche Bindungen, wenn auch kaum institutionalisiert, die islamische Gesellschaft sicherlich maßgeblich bestimmt haben. Allenfalls als „Brauch" gewinnen gesellschaftliche Normierungen ausnahmsweise auch einmal rechtliche Relevanz. Dennoch ist „Individualismus" eigentlich nicht das richtige Wort, um diese Haltung des islamischen Rechts zu kennzeichnen. Das Vertragsrecht ist nicht Ausdruck der Souveränität des Individuums oder Instrument seiner Emanzipation; es bleibt eingespannt in den großen, objektiv vorgegebenen Rahmen, den das Recht unter Berufung auf die Religion vorgibt. Die Ordnung ist nicht vertraglich, dynamisch und verfügbar, sondern grundsätzlich statisch und unantastbar.

In jedem Recht stellt sich die Frage, was zwingend vorgeschrieben und was den einzelnen zur Regelung überlassen bleiben soll. Das islamische Recht beschränkt die Parteien auf klare Austauschverhältnisse; wie sie diese dann ausgestalten, ist ihre Sache. Statt von außen zu kontrollieren, ob der von den Parteien verabredete Austausch materiell „gerecht" ist, sichert das Recht vor allem durch vorbeugende Regeln, daß die Vertragsschließenden über die Einzelheiten des Vertrages informiert sind und daß sie aufgrund dieser Informationen fehlerfrei ihre Entscheidung für oder gegen den Vertrag treffen konnten. Die Entscheidung der Parteien für einen bestimmten Austausch ist souverän und für das Recht grundsätzlich unantastbar, sofern er sich innerhalb des objektiv vorgegebenen Rahmens bewegt. Die Anforde-

---

[16] Das zugrundeliegende Gesetz wurde 1772, die Common-Law Strafen wurden 1844 abgeschafft, vgl. *Areeda/Kaplow*, Antitrust Analysis, 4. Aufl. 1988, S. 46.

[17] Die individualistischen Züge des islamischen Rechts hat vor allem *Chehata* betont, vgl. *ders.*, La théorie de l'abus des droits chez les jurisconsultes musulmanes, Révue Marocaine de droit 1953, S. 106; *ders.*, Théorie S. 58; in Etudes S. 45 spricht er dann allerdings von einem „personnalisme qui s'oppose autant à l'individualisme et au socialisme."

rungen, die das Recht an einen rechtswirksamen Vertrag stellt, sind hoch; ist er jedoch einmal anerkannt, so bleibt es den Parteien überlassen, ihn auszugestalten. Das Recht wirkt grundsätzlich nur im Vorfeld und greift später nicht mehr ein; es schreckt davor zurück, über den der Öffentlichkeit zugewandten Bereich der Persönlichkeit hinauszugehen. Der „innere" Wille der Vertragsschließenden bleibt grundsätzlich außer Betracht. Wenn sich das Recht am typischerweise unpersönlichen und anonymen Markttausch orientiert, so ist das auch konsequent: Die Parteien kennen sich nicht, sie können nur auf der Basis des allgemeinen Verständnisses miteinander in Beziehung treten.

Der *maǧlis* verkörpert den vertraglichen Konsens in der Außenwelt. Der Vertrag muß bis in alle Einzelheiten ausgehandelt sein. Ware und Preis müssen konkretisiert bzw. exakt bestimmt sein. Das gibt den Parteien die Möglichkeit, Chancen und Risiken des Geschäfts selbst abzuwägen. Ging eine Partei von einer unvollständigen oder fehlerhaften Vorstellung aus, so kann sie zurücktreten, sobald sie die Wahrheit erfährt. Dieser *ḫiyār* ist ein Gestaltungsrecht, das den Richter ausgrenzt: Die Partei selbst soll über den Fortbestand entscheiden. Das islamische Recht übt Zurückhaltung, wenn es darum geht, nachträglich in einen objektiv-rechtlich einwandfreien Vertrag einzugreifen. Unmittelbare Anpassung wird grundsätzlich nicht gewährt; der Richter schreibt den Parteien nicht ihren Vertrag und niemand soll an einen Vertrag gebunden sein, dem er nicht seine Zustimmung gegeben hat.

Auch wenn eine Regel nicht gerichtlich durchsetzbar ist, wird immer der einzelne angesprochen. Er hat sich gegenüber Gott für seine Sünden zu rechtfertigen. Mit der Berufung auf die rechtliche Wirksamkeit des Geschäftes ist es nicht getan. Das Recht wird ergänzt durch die religiöse Beziehung eines jeden Gläubigen zu seinem Gott. Das Recht betont die religiöse Gebundenheit des einzelnen und mißt ihm „seinen" Bereich innerhalb der objektiven Ordnung zu. Innerhalb dieses Bereiches können die Individuen ihre wirtschaftlichen Verhältnisse „frei" regeln.

19.3. Partielle Autonomie des Rechts[18]

Eine marktorientierte Wirtschaft ist auf Einheitlichkeit und Vorhersehbarkeit der rechtlichen Entscheidungen angewiesen. Vor allem Hanafiten und Šāfiʿiten sind auf diesem Weg sehr weit gegangen. Das Recht hat bei ihnen gegenüber der Religion einen eigenen Charakter gewonnen. Es erfaßt grundsätzlich jeden und kennt im Bereich des Vermögensrechts keine Statusunterschiede außer dem zwischen Freien und Sklaven; es ist um klare Regeln und Abgrenzungen bemüht, formalisiert, allgemein; es ist am äußeren Erscheinungsbild orientiert und „Spezialisten" anvertraut; vor allem aber ist es durchsetzbar. Bei all dem basiert es auf der Religion. Gegenüber den schwankenden Bedürfnissen von Wirtschaft und Herrschaft können sich die Juristen auf die religiöse Untermauerung ihrer Wissenschaft berufen; von Theologen und Mystikern heben sie sich durch die besondere Methode und Zielrichtung ihrer Wissenschaft ab.

---

[18] Vgl. zu diesem Thema Kapitel 7.

20. Schluß

Das islamische Recht des Kaufvertrages ist ein echtes „Privatrecht". Es ist unabhängig von der Obrigkeit. Die Individuen begegnen sich auf der Basis der Gleichheit, ohne daß Privilegien gewährt oder Standesunterschiede festgeschrieben werden. Es ist nicht für eine festgefügte Schichtengesellschaft geschaffen, sondern für eine flexible Gesellschaft von Eigentümern. Damit ist es aber auch und vor allem ein Recht der städtischen, handelsorientierten Gesellschaft. Als solches zielt es auf einen funktionierenden Markt ab, hält Eigentum und Vermögen unantastbar und verbannt Spekulation so weit wie möglich aus dem Marktgeschehen. Die Perspektive des städtischen Bazarhändlers hat das Recht deutlich geprägt. Für das Land interessiert es sich allenfalls von der Warte der Stadt aus als Lieferant von Lebensmitteln; die speziellen Bedürfnisse und Probleme des Landes berühren es nicht.

Das Recht handelt von Gott und dem einzelnen und von den Rechtsgelehrten, die zwischen beiden vermitteln. Die Dimension weltlicher Macht und politischer Herrschaft blendet es völlig aus. Es steht nicht im Dienste irgendeines Staates, es ist das Recht aller Muslime, Abglanz der göttlichen Ordnung, interpretiert und formuliert von den Rechtsgelehrten. Dabei spricht es unmittelbar das Individuum an, das es von den ihn umgebenden gesellschaftlichen Bindungen abstrahiert und auf seine Gehorsamspflichten gegenüber der göttlichen Einrichtung der Welt hinweist. Rechte einzelner sind Reflexe solcher Gehorsamspflichten: Was Gott dem einen zugeteilt hat, soll jeder andere achten. Als Teil der Religion erfaßt das Recht das Individuum ganz, als diesseitige „Rechtsordnung" macht es an seiner äußeren Grenze halt.

Wir sind nun am Ende unserer Reise durch die Ebenen und Berge, Strömungen und Untiefen des islamischen Vertragsrechts angelangt. Ich gebe zu, daß sie anstrengend war, kein Urlaub, kein reines Vergnügen. Auch für diese Reise gilt, daß, wenn man genau hinschaut, manches auf den ersten Blick Abstruse sich als vernünftige Reaktion auf ideelle Ansprüche und handfeste Bedürfnisse entpuppt, daß vieles auf den ersten Blick Exotische bei genauerem Hinschauen verwandt erscheint, als ähnliche Antwort auf gleiche Problemlagen. Auch im islamischen Recht ist der Kaufvertrag ein Vertrag mit Angebot und Annahme, ein Tausch einer Ware gegen eine andere oder gegen Geld. Unterschiede ergeben sich daraus, daß die Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung eine andere war und daß das gesamte Recht der religiöse Anspruch überwölbt, eine allgemein gültige, objektive Ordnung zu schaffen und zu schützen. Es ging eben nicht nur darum, Handel und Wandel geeignete rechtliche Instrumente in die Hand zu geben; es ging auch darum, einen Ausgleich zwischen Profit und Religion zu finden und dem einzelnen Anleitungen für ein gottgefälliges Leben auch auf dem Marktplatz zu geben. Der Traum der Juristen von einer geordneten Welt bezog die Religion mit ein.

Literaturverzeichnis

1. Quellen

Abū Ḥanīfa an-Nuᶜmān ibn Ṯābit ibn Zūtā: Risāla ilā ᶜUṯmān al-Battī, in: Abū Muqātil Ḥafs ibn Sālim, al-ᶜĀlim wa 'l-mutaᶜallim, hrsg. v. M. Zāhid al-Kauṯarī, Kairo 1368 A.H.

Abū Yūsuf Yaᶜqūb ibn Ibrāhīm ibn Ḥabīb al-Kūfī: Kitāb al-ḫarāǧ, 3. Auflage, Kairo 1382 A.H./1962 n.C.

ders.: Kitāb al-āṯār, Kairo 1355 A.H./1936 n.C. (zitiert: =Āṯār=)

ders.: Iḫtilāf Abī Ḥanīfa wa Ibn Abī Laila, hrsg. v. Abū 'l-Wafā' al-Afġānī, Kairo 1357 A.H./1938 n.C. (zitiert: =Iḫtilāf=)

al-Ḫaṣṣāf, Abū Bakr Aḥmad ibn ᶜUmar aš-Šaibānī: Kitāb al-ḥiyal wa 'l-maḫāriǧ, hrsg. v. Joseph Schacht, Hannover 1923. (zitiert: =Ḫaṣṣāf=)

al-Ḫaṭīb al-Baġdādī, Aḥmad ibn ᶜAlī ibn Ṯābit: Ta'rīḫ Baġdād, 14 Bände, Kairo 1349/1931.

Ibn ᶜAbd al-Ḥakam: Futūḥ miṣr, ed. C.C. Torrey, Yale Oriental Series Researches 3, 1922.

Ibn al-Muqaffaᶜ, ᶜAbd Allāh: Risāla fī 'ṣ-ṣahāba, hrsg. u. übersetzt v. Charles Pellat: Ibn al-Muqaffaᶜ, mort vers 140/757. „Conseilleur" du Calife, Paris 1976.

al-Kāsānī, ᶜAlā' ad-Dīn Abū Bakr ibn Masᶜūd: Badā'iᶜ aṣ-ṣanā'iᶜ fī tartīb aš-šara'iᶜ, 7 Bände, Kairo 1327-1328 A.H./1909-1910 n.C. (zitiert: =Kāsānī I-VII=)

Mālik ibn Anas ibn Mālik ibn al-ᶜĀmir al-Aṣbaḥī, Abū ᶜAlī: al-Muwaṭṭa', hrsg. v. M. Fu'ād ᶜAbd al-Bāqī, 2 Bände, Kairo 1370 A.H./1951 n.C. (zitiert: =Muwatta' I, II=)

al-Marġīnānī, Burhān ad-Dīn Abū 'l-Ḥasan ᶜAlī ibn Abī Bakr ibn ᶜAbd al-Ǧalīl: al-Hidāya šarh bidāyat al-mubtadi', 4 Bücher in 2 Bänden, Kairo 1965. (zitiert: =Marġīnānī I-IV=)

al-Muzanī, Abū Ibrāhīm Ismaᶜīl ibn Yaḥya ibn Ismāᶜīl: al-Muḫtaṣar, am Rande v. Šāfiᶜī, Kitāb al-umm, Bd. I-V, Kairo 1321-1322 A.H./1903-1904 n.C.

al-Qudūrī, Abū 'l-Ḥusain Aḥmad ibn Muḥammad ibn Aḥmad ibn Ǧaᶜfar: al-Muḫtaṣar, Istanbul 1309 A.H./1892 n.C. (zitiert: =Qudūrī=)

aš-Šāfiᶜī, Abū ᶜAlī Muḥammad ibn Idrīs ibn al-ᶜAbbās: ar-Risāla, hrsg. v. Aḥmad Muḥammad Šākir, Kairo 1358 A.H./1940 n.C.

ders.: Kitāb al-umm, 7 Bde., Būlāq 1321-1325 A.H./1903-1907 n.C. (zitiert: =Šāfiᶜī I–VII=)

aš-Šaibānī, Abū ᶜAlī Muḥammad ibn al-Ḥasan ibn Farqad: Kitāb al-aṣl fī 'l-furūᶜ, daraus das Kitāb al-buyūᶜ, hrsg. von Chafik Chehata, Kairo 1954. (zitiert: =Aṣl=)

ders.: Kitāb al-ḥuǧǧa ᶜalā ahl al-Madīna, hrsg. v. Mahdī Ḥasan al-Kīlānī, 4 Bände, Haidārabād 1385-1390 A.H./1965-1971 n.C. (zitiert: =Ḥuǧǧa=)

ders.: Kitāb al-maḫāriǧ fī 'l-ḥiyal, in 2 Rezensionen hrsg. v. Joseph Schacht, Leipzig 1930. (zitiert: =Ḥiyal=)

ders.: al-Ǧāmiᶜ al-kabīr, hrsg. v. Abū al-Wafā' al-Afġānī, Kairo 1356 A.H./1937 n.C. (zitiert: =Ǧāmiᶜ Kabīr=)

ders.: al-Ǧāmiᶜ aṣ-ṣaġīr, übersetzt und kommentiert von J.Dimitroff: Asch-Schaibānī und sein Corpus Juris al-ǧāmiᶜ as-saġīr, MSOS 9 (1908), S. 60-208. (zitiert: =Ǧāmiᶜ Ṣaġīr=)

ders.: Muwaṭṭa' al-Imām Mālik. Riwāyat Muḥammad ibn al-Ḥasan aš-Šaibānī, hrsg. v. ᶜAbd al-Wahhāb ᶜAbd al-Laṭīf, 2. Aufl. Kairo 1387 A.H./1967 n.C.

ders.: al-Iktisāb fī 'r-rizq al-mustaṭāb, in der Redaktion von Muḥammad ibn Samāᶜa, hrsg. v. Maḥmūd ᶜArnūs, revid. v. ᶜIzzat al-ᶜAṭṭār, Kairo 1357 A.H./1938 n.C. (zitiert: =Kasb=)

as-Samarqandī, ᶜAlā' ad-Dīn al-Manṣūr Muḥammad ibn Aḥmad: Tuḥfat al-fuqaha', 3 Bde., hrsg. v. Muḥammad Zakī ᶜAbd al-Barr, Damaskus 1377 A.H./1958 n.C. (zitiert: =Samarqandī I-III=)

as-Saraḫsī, Šams ad-Dīn Muḥammad ibn Abī Sahl Aḥmad: Kitāb al-mabsūṭ, 30 Bücher in 10 Bänden, Kairo 1324-1331 A.H./1906-1913 n.C. (zitiert: =Saraḫsī I-XXX=)

aṭ-Ṭaḥāwī, Abū Ǧaᶜfar Aḥmad ibn Muḥammad ibn Salāma al-Azdī: al-Muḫtaṣar, hrsg. v. Abū al-Wafā' al-Afġānī, Kairo 1370 A.H./1950 n.C. (zitiert: =Ṭahāwī=)

ders.: Kitāb aš-šurūṭ aṣ-ṣaġīr, mudaiyal[an] bimā uṯira ᶜalaihī min aš-šurūṭ al-kabīr, hrsg. v. Rūḥī Uzǧān, revid. v. ᶜAbd Allāh Muḥammad al-Ǧubūrī, 2 Bde., Baġdād 1974. (zitiert: =Šurūṭ Ṣaġīr=)

ders.: Kitāb aš-šurūṭ al-kabīr, al-ǧuz' al-auwal, hrsg. v. Jeannette A. Wakin, The Funktion of Documents in Islamic Law. The Chapters on Sales from Ṭahāwī's *Kitāb al-Shurūṭ al-Kabīr*, Albany 1972. (arabischer Text zitiert: =Šurūṭ Kabīr=)

Zaid ibn ᶜAlī: Maǧmūᶜ al-fiqh. Corpus iuris di Zaid ibn ᶜAlī, hrsg. v. Eugenio Griffini, Mailand 1919.

2. *Sekundärliteratur*

Adams, Robert, M.: Land behind Bagdad: A History of Settlement on the Diyala Plains, Chicago 1965.

Ahsan, Muhammad Manazir: Social Life Under the Abbasids, London/New York 1979.

Ansari, Zafar Ishaq: Islamic Juristic Terminology before Šāfiᶜī. A Semantic Analysis with Special Reference to Kufa, in: Arabica 19 (1972), S. 255-300.

Areeda, Phillip, *Kaplow*, Louis: Antitrust Analysis. Problems, Text, Cases, 4.Aufl., Boston/Toronto 1988.

Arin, Félix: Recherches historiques sur les opérations usuraires et aléatoires en droit musulman, Paris 1909.

Ashtor, Eliyahu: Histoire des prix et des salaires dans l'orient médiéval, Paris 1969. (zitiert: =Prix=)

ders.: The Diet of the Salaried Classes in the Medieval Near East, Journal of Asian History 4 (1970), S. 1.24.

ders.: Banking Instruments between the Muslim East and the Christian West, in: Journal of European Economic History (1972), S. 553-573.

ders.: A Social and Economic History of the Near East in the Middle Ages, Berkeley/Los Angeles/London 1976. (zitiert: =History=)

ders.: Le taux d'intérêt dans l'orient médiéval, in: Fatti e idee di storia economica nei secoli XII – XX. Studi dedicati a Franco Borlandi, Bologna 1977, S. 197-213.

de Bellefonds, Yves Linant: Des donations en droit musulman, Diss. Phil., Paris 1935.

ders.: Volonté interne et volonté déclarée en droit musulman, in: Revue internationale de droit comparé (RIDC) 10 (1958), S. 510-521.

ders.: L'autonomie de la volonté en droit musulman, in: Revue Algérienne, Tunesienne et Marocaine de Legislation et de Jurisprudence 74 (1958), S. 87-111.

ders.: Traité de droit musulman comparé, Vol. 1-3, Paris/La Haye 1965-1973. (zitiert: =Traité I, II, III=)

Ben Sheneb, Aharon: Taxation in Islam, Vol. 1-3, Leiden 1965-69.

Blomeyer, Arwed: Studien zur Bedingungslehre, Berlin 1939.

Bravmann, M. M.: The Spiritual Background of Early Islam. Studies in Ancient Arab Concepts, Leiden 1972.

Brockelmann, Carl: Geschichte der arabischen Literatur, 2 Bde. und 3 Supplementbde., 2.Aufl., Leiden 1943-1949. (zitiert: =*GAL* I,II=)

ders.: Arabische Grammatik, 21. Auflage, Leipzig 1982.

Brunschwig, Robert: Théorie générale de la capacité chez les hanafites médiévaux, in: Révue internationale des droits de l'antiquité (RIDA) 2 (1949), S. 157-172.

ders.: Considérations sociologiques sur le droit musulman ancien, in: Studia Islamica (SI) 3 (1955), S. 61-73.

ders.: Conceptions monétaires chez les juristes musulmanes (VIIIᵉ-XIIIᵉ siècles), in: Arabica XIV (1967), S. 113-143.

ders.: Corps certain et chose de genre dans l'obligation en droit musulman, in: Studia Islamica (SI) 29 (1969), S. 83-102).

Çağatay, Neşet: Ribā and Interest Concept and Banking in the Ottoman Empire, in: Studia Islamica (SI) 32 (1972), S. 53-68.

Cahen, Claude: Fiscalité, propriété, antagonismes sociaux en Haute-Mésopotamie en temps de premiers ᶜAbbāsīdes, in: Arabica 1 (1954), S. 136-152. (zitiert: =Fiscalité=)

ders., A propos et autour d'„Ein arabisches Handbuch der Handelswissenschaft", in: Oriens 15 (1962) S. 160-171.

ders.: Quelques problèmes concernant l'expansion économique musulmane en Haut Moyen Age, in: L'Occidente e l'Islam nell'alto Medioevo, settimane di studio del Centro Italiano di Studi sull'alto Medioevo, 12, Spoleto 1965, Bd. I, S. 406-407.

ders.: Der Islam I. Vom Ursprung bis zu den Anfängen des Osmanenreichs, deutsch von Gerhard Endreß, Frankfurt/Main 1968, (Fischer Weltgeschichte Bd. 14). (zitiert: =Islam I=)

Chapra, Umer: Towards a Just Monetary System. A Discussion of Money, Banking and Monetary Policy in the Light of Islamic Teachings, Leicester 1985.

Chehata, Chafīk: Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman, Cairo 1936, (Repr. Paris 1969). (zitiert: =Théorie=)

ders.: L'acte translatif de propriété en droit musulman hanafite, in: Maǧallat al-Qānūn wa'l-iqtiṣād 21 (1951), S. 455-464.

ders.: La théorie de l'abus de droit chez les jurisconsultes musulmans, in: Revue Marocaine de droit (1953), S. 105-113.

ders.: La représentation dans les actes juridiques en droit musulman hanafite, d'après les textes de Šaybānī, in: Proceedings of the Congress of Comparative Law, Paris 1954.

ders.: Etudes de philosophie musulmane du droit I: Logique juridique et droit musulman, in: Studia Islamica (SI) 23 (1965), S. 5-25.

ders.: Etudes de philosophie musulmane du droit II: L'équité en tant que source du droit hanéfite, in: Studia Islamica (SI) 25 (1966), S. 123-138.

ders.: Le concept de représentation en droit romain et en droit musulman comparés, in: Revue Historique de Droit Français et Etranger 44 (1966), S. 431 ff.

ders.: L'iḫtilāf et la conception musulmane du droit, in: Berque, J., Charnay, J.-P.: L'ambivalence dans la culture arabe, Paris 1968, S. 258-266.

ders.: Le contrat en droit musulman, in: Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (ZVR) 70 (1968), S. 81-96.

ders.: Etudes de droit musulman, Paris 1971. (zitiert: =Etudes=)

ders.: Les concepts de qabḍ ḍamān et de qabḍ amāna en droit musulman ḥanéfite, in: Studia Islamica (SI) 32 (1972), S. 89-99.

ders.: Etudes de droit musulman, Vol.2: La notion de responsabilité contractuelle. Le concept de propriété, Paris 1973.

Chéron, Albert, *Fahmy Bey,* Mohamed Sadek: Le transport de dette dans les législations européennes et en droit musulman, in: L'Égypte Contemporaine (1931), S. 37-190.

Cipolla, C.: Money, Prices and Civilization in the Mediterranean World, Princeton 1956.

Cohen, Hayyim, J.: The Economic Background and the Secular Occupations of Muslim Jurisprudents and Traditionalists in the Classical Period of Islam (Until the Middle of the Eleventh Century), in: Journal of the Economic and Social History of the Orient (JESHO) 13 (1970), S. 16-61.

Cohn, E.: Der Wucher (Ribâ) in Qor'ân, Chadîth und Fiqh, Diss. Phil., Heidelberg 1903.

Crone, Patricia, *Hinds,* Martin: God's Caliph. Religious Authority in the First Centuries of Islam, Cambridge, u.a. 1986.

Crone, Patricia: Roman, Provincial and Islamic Law. The Origins of the Islamic Patronate, Cambridge, u.a. 1987.

dies.: Mekkan Trade and the Rise of Islam, Princeton (N.J.) 1987.

van den Daele, Wolfgang: Probleme des gegenseitigen Vertrages. Untersuchungen zur Äquivalenz gegenseitiger Leistungspflichten, Diss. jur., Hamburg 1968.

Dannhauer, Paul Gerhard: Untersuchungen zur frühen Geschichte des Qāḍī-Amtes, Diss. Phil., Bonn 1975.

Dennet, Daniel: Conversion and the Poll Tax in Early Islam, Cambridge (MA) 1950.

Donner, F. M.: Mecca's Food Supplies and Muhammad's Boycott, in: Journal of the Economic and Social History of the Orient (JESHO) 20 (1977), S. 249-266.

Dourmoussis, Evdokimos: Le principe de la liberté des contrats dans le droit occidental et dans le droit musulman, Genève 1917.

Duri, Abdalaziz: Arabische Wirtschaftsgeschichte (Muqaddima fī 't-tarīḫ al-iqtiṣādī al-ᶜarabī, 1969), deutsch von Jürgen Jacobi, Zürich/München 1979.

Ehrenkreutz, Andrew: Studies in the Monetary History of the Near East in the Middle Ages, in: Journal of the Economic and Social History of the Orient (JESHO) 2 (1959), S. 128-161, und JESHO 6 (1963), S. 243-277.

Endreß, Gerhard: Einführung in die islamische Geschichte, München 1982. (zitiert: =Einführung=)

The Encyclopedia of Islam, new edition, Vol.1-, Leiden 1954 ff. (zitiert: =EI²=)

Enzyklopädie des Islām, Bd. 1-4, Leiden/Leipzig 1913-1934. (zitiert: =EI¹=)

van Ess, Joseph: Disputationspraxis in der islamischen Theologie. Eine vorläufige Skizze, in: Revue des études islamiques (REI) 44 (1976), S. 23-59.

ders.: Theologie und Gesellschaft im 2. und 3. Jahrhundert Hidschra. Eine Geschichte des religiösen Denkens im frühen Islam, Band I, Berlin/New York 1991. (zitiert: =van Ess I=)

Fathy, M.: La notion de l'abus des droits dans la jurisprudence musulmane, Saint Etienne 1912.

Fattal, Antoine: Le statut légal des non-musulmans en pays d'islam, Bayrut 1958.

Flume, Werner: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Band II: Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin, u.a. 1979.

Forand, Paul G.: The Status of the Land and Inhabitants of the Ṣawād during the First Two Centuries of Islam, in: Journal of the Economic and Social History of the Orient (JESHO) 14 (1971), S. 25-37.

Foster, B. R.: Agoranomos and Muḥtasib, in: Journal of the Economic and Social History of the Orient (JESHO) 13 (1970), S. 128-144.

Fried, Charles: Contract as Promise. A Theory of Contractual Obligation, Cambridge (MA)/London 1981.

Fuller, Lon L., *Eisenberg*, Melvin Aaron: Basic Contract Law, 5th ed., St. Paul (MN) 1990.

Geertz, Clifford: Dichte Beschreibung. Beiträge zum Verstehen kultureller Systeme, deutsch von Brigitte Luchesi und Rolf Bindemann, Frankfurt/Main 1987.

Gerber, Haim: Sharia, Kanun and Custom in the Ottoman Law. The Court Records of 17th Century Bursa, in: International Journal of Turkish Studies 2 (1981), S. 131-147.

Gentz, J.: Die Bürgschaft im islamischen Recht nach al-Kāsānī, in: Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (ZVR) 62 (1960), S. 85-180.

Goitein, Shlomo Dov: The Cairo Geniza as a Source for the History of Muslim Civilization, Studia Islamica (SI) 3 (1952), S. 75-91.

ders.: From the Mediterranean to India. Documents on the Trade to India, South Arabia and East Africa from the Eleventh and Twelfth Centuries, in: Speculum 29 (1954), S. 181-197.

ders.: The Rise of the Near Eastern Bourgeoisie in Early Islamic Times, in: Cahiers d'Histoire Mondiale 3 (1957), S. 583-604. (zitiert: =Bourgeoisie=)

ders.: Commercial and Family Partnerships in the Countries of Medieval Islam, in: Islamic Studies 3 (1964), S. 315-337.

ders.: A Mediterranean Society. The Jewish Communities of the Arab World as Portrayed in the Documents of the Cairo Geniza, Economic Foundations Vol.1, Berkeley/Los Angeles 1967. (zitiert: =MS I=)

Goldziher, Ignaz: Die Ẓâhirîten. Ihr Lehrsystem und ihre Geschichte. Ein Beitrag zur Geschichte der muhammedanischen Theologie, Leipzig 1884, Nachdruck Hildesheim 1967.

ders.: Muhammedanisches Recht in Theorie und Wirklichkeit, in: Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (ZVR) 8 (1889), S. 406-423.

ders.: Vorlesungen über den Islam, 2. Aufl., Heidelberg 1925, Nachdruck Heidelberg 1963.

Gouldner, Alwin W.: Reziprozität und Autonomie. Ausgewählte Aufsätze (For Sociology, 1973), deutsch von Elmar Weingarten und Horst Ebbinghaus, Frankfurt/Main 1984.

Gräf, Erwin: Gerichtsverfahren und Gerichtsbarkeit im islamischen Recht, in: Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (ZVR) 58 (1955), S. 48-78.

Grasshoff, Richard: Das Wechselrecht der Araber, Berlin 1899.

Grohmann, Adolf: Einführung und Chrestomatie zur arabischen Papyruskunde, Prag 1955, S. 190-214.

Handbuch der Orientalistik: Wirtschaftsgeschichte des vorderen Orients in islamischer Zeit, Leiden/Köln 1977, 1. Abt, Bd. 6, Abschn. 6, Teil 1.

Heyd, Uriel: Studies in Old Ottoman Criminal Law, Oxford 1973.

Hurgronje, Christian Snouk: Verspreide Geschriften. Deel 2: Geschriften betreffend het mohammedaansche Recht, Bonn/Leipzig 1923.

ders.: Selected Works, hrsg. von G.-H. Bousquet und J. Schacht, Leiden 1957.

Jacobi, Leonhard: Versprechen und Vertrag. Ein Beitrag zur Begriffslehre des Deutschen Bürgerlichen Rechts, in: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 35 (1896), S. 1-77.

Jakob, Gustav: Die ältesten Spuren des Wechsels, in: Mitteilungen des Seminars für Orientalische Sprachen (MSOS) 28 (1925), S. 280 f.

James, Philip S. : Introduction to English Law, 12th ed., London 1990.

Johansen, Baber: Zum Prozeßrecht der ᶜUqūbāt, in: Zeitschrift der Deutschen Morgenländischen Gesellschaft (ZDMG) (1977), Suppl. III,1, S. 477-486.

ders.: Eigentum, Familie und Obrigkeit im hanafitischen Strafrecht. Das Verhältnis der privaten Rechte zu den Forderungen der Allgemeinheit in hanafitischen Rechtskommentaren, in: Welt des Islams (WI) 19 (1979), S. 1-73.

ders.: Sacred and Religious Elements in Hanafite Law. Functions and Limits of the Absolute Character of Government Authority, in: Centre de recherches et d'études sur les sociétés méditerranéens, ed. par E. Gellner und J. C. Vatin, Islam et Politique en Maghreb, Paris 1987, S. 281-303. (zitiert: =Sacred and Religious Elements=)

ders.: Die sündige, gesunde Amme. Moral und gesetzliche Bestimmung (*ḥukm*) im islamischen Recht, in: Gegenwart als Geschichte. Fritz Steppat zum 65. Geburtstag, hrsg. von A. Havemann und B. Johansen, Leiden 1988, S. 264-282.

ders.: The Islamic Law on Land Tax and Rent, London 1988. (zitiert: =Land Tax=)

ders.: Preuve juridique et vérité religieuse dans le droit islamique hanéfite, in: Studia Islamica (SI) 72 (1990), S. 5-17.

Juda, Jamal: Die sozialen und wirtschaftlichen Aspekte der Mawālī in frühislamischer Zeit, Diss. Phil., Tübingen 1983.

Kaser, Max: Das römische Privatrecht. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, Bd. 1, 2. Aufl., München 1971. (zitiert: =Kaser I=)

ders.: Das römische Privatrecht. Die nachklassischen Entwicklungen, Bd. 2, 2. Aufl., München 1975. (zitiert: =Kaser II=)

Khadduri, Majid: The Islamic Conception of Justice, Baltimore/London 1984.

Kinberg, Leah: What Is Meant by zuhd?, in: Studia Islamica (SI) 61 (1985), S. 27-44.

dies.: Compromise of Commerce. A Study of Early Traditions concerning Poverty and Wealth, in: Der Islam 66 (1989), S. 193.

Kister, M. J.: On ‚Concessions' and Conduct. A Study in Early Ḥadīth, in: Studies on the First Century of Islamic Society, ed. G. H. A. Juynboll, Carbondale/Edwardsville 1982, S. 89-107 und S. 214-230, Nachdruck in: M. J. Kister: Society and Religion from Jāhiliyya to Islam, London 1990.

Klingenberg, Eberhard: Das israelitische Zinsverbot in Torah, Mišnah und Talmud, Wiesbaden 1977. (Akademie der Wissenschaften und der Literatur, Mainz. Abhandlungen der Geistes- und Sozialwissenschaftlichen Klasse, Jahrgang 1977, Nr.7)

Klingmüller, E.: Agoranomos und Muḥtasib. Zum Funktionswandel eines Amtes in islamischer Zeit, Festschrift für E. Seidl, hrsg. v. Heinz Hübner, Köln 1975, S. 88 ff.

Labib, Sobhi: Capitalism in Medieval Islam, in: Journal of Economic History 29 (1969).

ders.: Geld und Kredit. Studien zur Wirtschaftsgeschichte Ägyptens im Mittelalter, in: Journal of the Economic and Social History of the Orient (JESHO) 2 (1959), S. 225-246.

Lambton, Ann Katherine Swynford: The Merchant in Medieval Islam, in: A Locust's Leg, Studies in Honour of S. H. Taqizadeh, London 1962, S. 121-130.

Lammens, Henri: La Mecque à la veille de L'Hégire, Beirut 1924.

Laoust, Henri: Essai sur les doctrines sociales et politiques de Tākī-d-Dīn Aḥmad bin Taimīya, Kairo 1939. (zitiert: =Essai=)

ders.: Šāfiᶜī et le kalām d'après Rāzī, in: Recherches d'islamologie. Recueil d'articles, offert à Georges C. Anawati et Louis Gardet par leurs collègues et amis, Louvain/Louvain-La Neuve 1978.

Larenz, Karl: Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., München 1975.

Lecomte, Gérard: Un example d'évolution de la controverse en Islam. De l'*Iḫtilāf al-ḥadīt* d'al-Šāfiᶜī au *Muḫtalīf al-ḥadīt* d'Ibn Qutayba, in: Studia Islamica (SI) 27 (1967).

Lewis, Bernard: Der Islam von den Anfängen bis zur Eroberung von Konstantinopel (Islam from the Prophet Muhammad to the Capture of Constantinople, 1974), Bd. I: Die politischen Ereignisse und die Kriegführung, Band II: Religion und Gesellschft, deutsch von H. Fähndrich, Zürich/München 1982.

Lieber, Alfred E.: Eastern Bussines Practices and Medieval European Commerce, in: Economic History Review 21 (1968), S. 230-243.

Løkkegaard, Frede: Islamic Taxation in the Classical Period. With Special Reference to the Circumstances in Iraq, Copenhagen 1950.

Lombard, Maurice: Les bases monétaires d'une suprématie économique. L'or musulman du VIIe au XIe siècle, in: Annales 2 (1947), S. 143-160.

Madelung, Wilferd: Der Imam al-Qāsim ibn Ibrāhīm und die Glaubenslehre der Zaiditen, Berlin 1965.

Makdisi, George: Ethics in Islamic Traditionalist Doctrin, in: Ethics in Islam, Ninth Giorgio Levi Della Vida Biennial Conference, May 6-8, 1983, ed. by Richard G. Hovannisian, Malibu (Cal.) 1983, S. 47-53.

ders.: The Juridical Theology of Shâfiᶜî. Origins and Significance of *uṣūl al-fiqh*, in: Studia Islamica (SI) 59 (1984), S. 5-47.

Makdisi, John: Legal Logic and Equity in Islamic Law, in: The American Journal of Comparative Law (AJCL) 32 (1985), S. 63-92.

ders.: An Objective Approach to Contractual Mistake in Islamic Law, in: Boston University International Law Journal 3 (1985), S. 325-344.

Mandich, C.: Le pacte de ricorsa et le marché italien des changes au XVIIe siècle, Paris 1953.

Meron, Yaᶜakov: The Development of Legal Thought in Ḥanafi Texts, in: Studia Islamica (SI) 30 (1969), S. 73.

Meyer-Maly, Theodor: Privatautonomie und Selbstverantwortung, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 14 (1989), S. 268-283.

Mez, Adam: Die Renaissance des Islams, Heidelberg 1922.

Morony, Michael C.: Landholding in Seventh-Century Iraq. Late Sasanian and Early Islamic Patterns, in: The Islamic Middle East 700-1900. Studies in Economic and Social History, ed. by Abraham L. Udovitch, Princeton (N.J.) 1981, S. 135-175.

Motzki, Harald: Die Anfänge der islamischen Jurisprudenz. Ihre Entwicklung in Mekka bis zur Mitte des 2./8. Jahrhunderts, in: Abhandlungen für die Kunde des Morgenlandes 50,2, Stuttgart 1991.

Nienhaus, Volker: Islam und moderne Wirtschaftspositionen. Probleme und Perspektiven, Graz/Wien/Köln 1982.

Noonan, John T.: The Scholastic Analysis of Usury, Cambridge (MA) 1957.

Paret, Rudi: Der Koran. Übersetzung, 3. Aufl., Stuttgart u.a. 1983.

ders.: Der Koran. Komentar und Konkordanz, 2. Aufl., Stuttgart u.a. 1981.

Pedersen, Johannes: Der Eid bei den Semiten in seinem Verhältnis zu verwandten Erscheinungen sowie die Stellung des Eides im Islam, Straßburg 1914.

Pellat, Charles: Le milieu basrien et la formation de Ǧāḥiẓ, Paris 1953.

de Planhol, Xavier: Kulturgeographische Grundlagen der islamischen Geschichte (Les fondements géographiques de l'histoire de l'Islam, 1968), deutsch von Heinz Halm, Zürich/München 1975.

Pritsch, Ernst, *Spies*, Otto: Der islamische Werklieferungsvertrag nach al-Kāsānī, in: Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (ZVR) 56 (1953), S. 47-75.

Rahbar, Daud: God of Justice. A Study in the Ethical Doctrine of the Qur'ān, Leiden 1960.
Reinert, W.: Das Recht in der altarabischen Poesie, Diss. Phil., Köln 1963.
Remde, Armin: Lettera di cambio und suftadja. Eine rechtsvergleichende Studie als Beitrag zur Entstehungsgeschichte des Wechsels, Diss. Jur., Köln 1969.
Ritter, Hellmut: Ein arabisches Handbuch der Handelswissenschaft, in: Der Islam 7 (1917), S. 1-91.
Rodinson, Maxime: Islam und Kapitalismus (Islam et capitalisme, 1966), deutsch von R. Schubert, Frankfurt/Main 1986.
Rosen, Lawrence: The Anthropology of Justice. Law as a Culture in Islamic Society, Cambridge 1989.
Rosenthal, Franz: The Muslim Concept of Freedom Prior to the Nineteenth Century, Leiden 1960.
ders.: Gambling in Islam, Leiden 1975.

Saleh, Nabil A.: Unlawful Gain and Legitimate Profit in Islamic Law. Riba, Gharar and Islamic Banking, Cambridge 1986.
ders.: Remedies for Breach of Contract under Islamic and Arab Laws, in: Arab Law Quarterly 4 (1989), S. 269-290.
Sanhūrī, ᶜAbd ar-Razzāq: Maṣādir al-ḥaqq fī'l-fiqh al-islāmī, 4 Bde., Kairo 1954-1975. (zitiert: =Sanhūrī I, II, III, IV=)
Santillana, David: Istituzioni di diritto musulmano malichita con riduardo anche al sistema sciafiita, Bd. 2, Rom 1938.
Schacht, Joseph: Die arabische ḥiyal-Literatur, in: Der Islam 15 (1926), S. 211-232.
ders.: G. Bergsträsser's Grundzüge des islamischen Rechts, bearbeitet und herausgegeben von J. Schacht, Berlin/Leipzig 1935. (zitiert: =Bergsträsser's Grundzüge=)
ders.: Zur soziologischen Betrachtung des islamischen Rechts, in: Der Islam 22/23 (1935-36), S. 207-238.
ders.: The Origins of Muḥammadan Jurisprudence, Oxford 1950. (zitiert: =Origins=)
ders.: Pre-Islamic Background and Early Development of Jurisprudence, in: Law in the Middle East, Bd. 1, hrsg. von M. Khaddūrī und H. J. Liebesny, Washington 1955.
ders.: An Introduction to Islamic Law, Oxford 1964. (zitiert: =Introduction=)
ders.: Theology and Law in Islam, in: Theology and Law in Islam, hrsg. von Gustav Edmund von Grunebaum, Wiesbaden 1971, S. 3 ff.
Serjeant, R. B.: A Zaidi Manual of Ḥisba of the 3rd Century Hijra, in: Rivista degli Studi Orientali (RSO) 28 (1953), S. 1-34.
Sezgin, Fu'at: Geschichte des arabischen Schrifttums, Bd.1: Qur'ānwissenschaften, Ḥadīt, Geschichte, Fiqh, Dogmatik, Mystik, bis ca. 430 H., Leiden 1967. (zitiert: =*GAS* I=)
Siegel, Heinrich: Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht, Berlin 1873.
Spies, Otto: Die Lehre von der Haftung für Gefahr im islamischen Recht, in: Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (ZVR) 58 (1955), S. 79-95.
Spuler, Bertold: L'islam et les minorités, in: Die islamische Welt zwischen Mittelalter und Neuzeit, Festschrift für Hans Robert Roemer zum 65. Geburtstag, Beirut/Wiesbaden 1979, S. 609-619.
Strothmann, Rudolf: Das Problem der literarischen Persönlichkeit Zaīd b. ᶜAlī, in: Der Islam 13 (1924), S. 1-52.

Talbi, Muhammad: Les courtiers en vêtements en Ifrīqiya au IXᵉ-Xᵉ siècle d'après les *Masā'il al-samāsira* d'al-Ibyānī, in: Journal of the Economic and Social History of the Orient (JESHO) 5 (1962), S. 160-194.
Torrey, C. C.: The Commercial-Theological Terms in the Koran, Leiden 1892.
Treitel, G. H.: The Law of Contract, 7. Aufl., London 1987.
Tyan, Émile: Cession de dette et cession de créance dans la théorie et la pratique du droit musulman d'après le madhab Ḥanafite, in: Annales de l'école Française de droit de Beyrouth (1946), S. 23-37.

ders.: Juridical Organization, in: Law in the Middle East, ed. M. Khadduri und J. Liebesny, Washington 1955, S. 28-56.

ders.: Le notariat et le régime de la preuve par écrit dans la pratique du droit musulman, 2. Aufl., Beyrouth 1959.

ders.: Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam, 2ème éd., Leiden 1960. (zitiert: =Histoire=)

ders.: *Iflās* et procédure d'exécution sur les biens en droit musulman. Madhab hanafite, in: Studia Islamica (SI) 21 (1964), S. 145-166.

Udovitch, Abraham L.: At the Origins of the Western Commenda. Islam, Israel, Byzantine, in: Speculum 37 (1962), S. 198-207.

ders.: Credit as a Means of Investment in Medieval Islamic Trade, in: Journal of the American Oriental Society (JAOS) 87 (1967), S. 260 ff.

ders.: Partnership and Profit in Medieval Islam, Princeton (N.J.) 1970. (zitiert: =Partnership and Profit=)

ders.: Islamic Law and the Social Context of Exchange in the Medieval Middle East, in: History and Anthropology 1 (1985), S. 445-465.

ders.: Les échanges de marché dans l'Islam médiéval. Théorie du droit et savoir local, in: Studia Islamica (SI) 65 (1987), S. 5-30.

Vadet, Jean-Claude: Régulation commerciale et liberté dans la tradition islamique ancienne, in: La notion de liberté au Moyen Age, Islam, Byzance, Orient, Penn-Paris-Dumbarton Oates Colloquia IV 12.-15. Oct. 1982, Paris 1985, S. 61-78.

Waines, David: The Third Century Internal Crisis of the Abbasids, in: Journal of the Economic and Social History of the Orient (JESHO) 20 (1977), S. 282-306.

Wakin, Jeannette A.: The Function of Documents in Islamic Law. The Chapters on Sales from Ṭahāwī's *Kitāb al-shurūṭ al-kabīr*, Albany 1972. (zitiert: englischer Text: =Wakin, The Function of Documents=, arabische Quelle: =Ṭahāwī, Šurūṭ Kabīr=)

Watt, William Montgomery: Free Will and Predestination in Early Islam, London 1948.

ders.: Muhammad at Medina, Oxford 1956.

ders., Marmura, Michael: Der Islam, Bd.2: Politische Entwicklungen und theologische Konzepte, Stuttgart 1985. (zitiert: =Islam II=)

Weber, Max: Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie. Studienausgabe, hrsg. von Johannes Winkelmann, 2 Bde., Köln/Berlin 1964.

Wellhausen, Julius: Reste arabischen Heidentums, 2. Aufl., Berlin 1927.

Wiedensohler, Günter: Mängel beim Kauf nach islamischem Recht, Walldorf/Hessen 1960.

Wright, William: A Grammar of the Arabic Language, 3rd ed., revised by W. Robertson Smith and M. J. de Goeje, 2 vols., Cambridge, u.a. 1977, repr. Beirut 1981.

Ziadeh, Farhat J.: Equality (kafā'ah) in the Muslim Law of Marriage, in: The American Journal of Comparative Law (AJCL) 6 (1957), S. 503-517.

ders.: Al-Muwaṭṭa as a Source for the Social and Economic History of the Ḥijāz, in: Islamic Studies 18 (1979), S. 299-309.

Zweigert, Konrad, *Kötz,* Hein: Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Bd. 1: Grundlagen, 2. Aufl., Tübingen 1984, Bd. 2: Institutionen, 2. Aufl., Tübingen 1984. (zitiert: =Zweigert/Kötz I, II,=)

Sachregister