

Moderne Reformansätze im islamischen Denken. Das gesetzliche Unrecht und das ungesetzliche Recht aus der Perspektive des Islamischen Rechts und der Moral

Azelarabe Lahkim Bennani*

Abstract

The basic idea informing this essay is that the discrepancy between Islamic law and justice has further diverged for a variety of reasons. The injustice arising from this divide has yet to be adequately addressed by Muslim legal scholars, even though it has in part become anchored in law. Initiating a shift in perspective, from the narrow legal focus to experiences of injustice, the author seeks to direct attention to the lawful unjust, i.e. the Radbruch Formula. He aims to show that injustice is tolerated neither by God nor modern law. The Radbruch Formula represents a means to prove divine justice for the victims of injustices using theological and juristic approaches. In this context the author discusses the Mu‘tazilite, who he sees as having formulated a balanced view of divine justice. In his view, they have laid basis for a reformulation of Islamic law that takes into account the Radbruch Formula.

Keywords

Islamic Law, Radbruch Formula, Mu‘tazilite School, divine justice, Philosophy of Law, Ethics, legal injustice, illegal justice.

Einführung:

Ich gehe von zwei Ideen aus: Zum einen von der grundlegenden Idee aus der Frühzeit des Islams, dass es zu jeder Zeit eine Beziehung zwischen Mensch und Gott gegeben hat. Es wurde niemals die Frage gestellt, ob es einen Gott gebe, sondern ob ein gerechter Gott existiere, der die menschliche und damit limitierte Gerechtigkeit übertreffe. Die Existenz Gottes ist demnach eine Voraussetzung dafür, dass aus der Moral, göttliche Gerechtigkeit anzuerkennen, eine Moral der *Dankbarkeit* erwachsen kann. Die andere Idee ist aus der Überschrift dieses Beitrags zu erkennen und verweist auf das gesetzliche Unrecht, einen von Gustav

* Prof. Dr. Azelarabe Lahkim Bennani hat die Professur für Philosophie an der Universität Sidi Mohamed Ben Abdellah in Fès (Marokko) inne.

Radbruch entwickelten Begriff.¹ Es soll der Versuch unternommen werden, zu zeigen, dass Unrecht die Form eines Rechtsurteils von Juristen annehmen kann, denn wenn ein Rechtsurteil als ungerecht angesehen wird, tragen die Juristen die Verantwortung dafür, nicht die Offenbarungsquellen selbst.

Um die Bedeutung des Unrechts genau zu erfassen, ist zunächst ein Blick auf die Moral, Sittlichkeit und das Naturrecht erforderlich. Hierfür soll ein Perspektivwechsel vorgenommen werden, wo die Sichtweise von Opfern eines Rechtsurteils statt der Sichtweise von Juristen dargestellt wird. Bei ihren Einwänden gegen Rechtsurteile berufen sich die Opfer auf die Moral und das Naturrecht, um den Kontrast zwischen idealer Gerechtigkeit und tatsächlicher Rechtsfindung zu zeigen. Das Anliegen dieses Beitrags besteht darin, diesen Kontrast grob zu illustrieren. Dieser Kontrast lässt sich aus der Vernunft insoweit begründen, als dass er nach Robert Brunschwig an Weisheit (*ḥikma*) und die Zielsetzungen des Islams (*maqāṣid*) sowie das Gemeinwohl (*maṣāliḥ*) der Menschen, welches durch den Islam intendiert ist, anknüpft.² Der Verfasser dieses Beitrags geht hierbei davon aus, dass der Koran selbst keine Rechtsgesetze beinhaltet, sondern nur Gebote und Anweisungen, die der Jurist durch Deutungen und hergeleitete Handlungsnormen (*aḥkām*) kodifiziert.

Unrecht und das Prinzip *Gutes gebieten und Schlechtes verbieten (al-amr bi-l-ma'rūf wa-n-nahī 'an al-munkar)*

Die großen theologischen Fragen sind in der Frühzeit des Islams durch die politischen Fragen des Unrechts entstanden. Das Unrecht entwickelte sich infolge von Machtkämpfen zwischen den Umayyaden, Schiiten und anderen Konfliktparteien beim Streit um die Beurteilung eines Menschen, der verwerfliche Straftaten begangen hat. Darin ging es um die Frage, ob dieser weiterhin als wahrhaftiger Gläubiger anzusehen sei. Die politischen Machtkämpfe bezogen sich jedoch zunächst auf die Unruhen, das Blutvergießen und die politischen Morde, denen viele Menschen nach dem Tod des Propheten zum Opfer gefallen sind.

Al-Ḥasan al-Baṣrī (gest. 110/728) ist davon ausgegangen dass jemand, der diese Straftaten begeht, nicht als Schwerverbrecher, sondern als Sünder (*'āṣin*) zu

1 Siehe Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*, hg. von Ralf Dreier und Stanley L. Paulson, Heidelberg 2003, S. 73f. Der Begriff „das gesetzliche Unrecht“ (auch als „Radbruchsche Formel“ bekannt) gilt aus Sicht der Positivisten als *contradictio in adjecto*. Als Jurist verweist Radbruch mit diesem Begriff auf eine Antinomie der Rechtsidee, die sich innerhalb des Spannungsfeldes zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit bewegt. Das ungesetzliche Recht kann nach Radbruch die Bedeutung des übergesetzlichen Rechts oder nach Dieckmann die des überpositiven Rechts einnehmen, siehe zu letzterem Hubertus-Emmanuel Dieckmann, „Überpositives Recht als Prüfungsmaßstab im Geltungsbereich des Grundgesetzes? Eine kritische Würdigung der Rezeption der Radbruchschen Formel und des Naturrechtsgedankens in der Rechtsprechung“, in: *Schriften zur Rechtstheorie* 229 (2006), passim.

2 Vgl. Ali Benmakhlouf, *Pourquoi lire les philosophes arabes*, o.O. 2015, S.154.

beurteilen sei. Die Verharmlosung des politischen Unrechts hat Wāṣil b. ‘Atā’ dazu gebracht, sich von seinem Meister al-Baṣrī zu trennen, denn Ibn ‘Atā’ ging nun davon aus, dass derjenige, der des Unrechts verdächtigt wird, nicht mehr als wahrhaftiger Gläubiger anzusehen sei. Historiker, die sich mit Denkschulen des *kalām* auseinandersetzen, haben die Entstehung der Mu‘taziliten mit dieser von al-Baṣrī abweichenden Meinung, welche die theologische Auseinandersetzung mit göttlicher Gerechtigkeit vor dem Hintergrund des vorherrschenden politischen Unrechts begründet, verbunden. Die Frage des Unrechts wurde durch das Prinzip *Gutes gebieten und Schlechtes verbieten* (*al-amr bi-l-ma‘rūf wa-n-nahī ‘an al-munkar*) illustriert. Demnach ist eine gute Sitte jede Handlung, wo der Handelnde über das Gute darin unterrichtet und darauf verwiesen wurde; deshalb wird in Bezug auf die Handlungen Gottes nicht behauptet, dass sie gut seien, da Gott über das Gute darin weder unterrichtet noch darauf verwiesen wurde; eine verwerfliche Sitte hingegen ist [eine Handlung], wo der Handelnde über das Schlechte darin unterrichtet sowie darauf verwiesen wurde. Handelte Gott schlecht, würden wir nicht sagen, dass [seine Handlung] verwerflich sei, da er über das Schlechte darin weder unterrichtet noch darauf verwiesen wurde.³ Es gilt jedoch als umstritten, ob die Erkenntnis des Guten und Schlechten nur durch Offenbarung oder ebenfalls durch Vernunft begründet werden kann. Abū Hāšim, der zu den Mu‘taziliten gehört, behauptet etwa, dass das Gebieten des Guten und Verbieten des Schlechten durch die Offenbarung erschlossen werden könne, außer wenn jemand Wut und Schmerz empfinde, wenn er mit ansehe, wie einer Person Unrecht widerfahre. In diesem Fall sei man gezwungen, vom Unrecht abzuhalten, um die Schädigung des Opfers zu vermeiden.⁴ Hier wird also das Unrecht durch das Prinzip *Gutes gebieten und Schlechtes verbieten* besser gefasst. Um den Begriff „Unrecht“ besser zu beleuchten, soll dieses Prinzip im Laufe dieses Beitrags näher erläutert werden.

Die Moral ist nicht Inbegriff normativer Prinzipien, sondern veranlasst zu Initiativen für das Gute (*ma‘rūf*) bzw. gegen das Schlechte (*munkar*). Die Prävention von Straftaten geht allerdings der Förderung von guten Handlungen voraus. Falsch zu handeln bedeutet, dass die erbrachten Handlungen *verwerflich*⁵ sind.

3 Vgl. hierzu ‘Abd ar-Rahmān Badawī, *al-Maḏāhib al-islāmīya*, Beirut³ 1983, S. 69f.:

أما المعروف فهو كل فعل عُرِفَ فاعله حسنةً أو دُلَّ عليه. و لهذا لا يقال في أفعال القديم تعالى: معروف، لما لم يُعَرَفَ حسنهما ولا دُلَّ عليه. وأما المنكر فهو كل ما عُرِفَ فاعله قبحاً أو دُلَّ عليه. و لو وقع من الله تعالى القبيح لا يقال إنه منكر، لما لم يُعَرَفَ قبحه ولا دُلَّ عليه.

4 Vgl. ebd., S. 70:

وذهب أبو هشام إلى أنه [أي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر] يُعلم سمعاً، إلا في موضع واحد وهو أن تشاهد واحداً يظلم غيره فيلحق قلبك مضمض وحررد، فيلزمك النهي عنه دفعا لتلك المضرة عن النفس

5 Peter Quint verwendet einen ähnlichen Begriff wie „verwerflich“, indem er auf das vermeintlich „gesunde Volksempfinden“ hinweist, welches im nationalsozialistischen Recht herrschte, siehe weiterführend hierzu Peter E. Quint, „*Civil Disobedience and the German Courts. The Pershing*“

Denn verwerfliche Handlungen richten sich gegen die natürliche Veranlagung eines Menschen und bekräftigen den Tatbestand, dass sie Unrecht darstellen. Zwar ist der Begriff „verwerfliche Handlung“ vage, jedoch ist das Unrecht einerseits eine individuelle Erfahrung, wenn die Person schmerzhaft erfährt, dass sie physisch und psychisch in ihrer Würde verletzt wurde, andererseits wird das Unrecht in der Theologie durch seine Bindung an das Prinzip *Gutes gebieten und Schlechtes verbieten* instrumentalisiert. Deshalb wurde das Unrecht vielerorts politisiert und nicht *per se* behandelt. Schon zur Ende der umayyadischen Dynastie wurde die Macht der Herrscher im Namen dieses Prinzip in Frage gestellt.⁶ „Unrecht“ wurde als Vorwand für Revolten und den Ungehorsam bzw. Dschihad gegenüber dem Herrscher verwendet. Einerseits wurde das Unrecht von politischen Parteien politisiert. Andererseits wurde es theologisiert, indem es mit der Sünde gleichgesetzt wurde. Während Unrecht als Straftat gegenüber einem Menschen anerkannt wurde, ist die Sünde theologisch als Unrecht des Menschen gegen sich selbst sowie gegen Gott angesehen worden. Das theologische Unrecht ist demnach eine Sünde, welche die Undankbarkeit gegenüber Gott als Wohltäter (*mun'im*) darstellt. Die Dankbarkeit gegenüber Gott wurde hingegen als Gerechtigkeit angesehen.

Dankbarkeit und Gerechtigkeit aus Sicht der *Mu'taziliten*⁷

Gott hat mit seinen Geschöpfen einen Vertrag geschlossen, bevor er sie in den Zustand physischer Existenz versetzte. Im Koran heißt es: „Und als dein Herr aus den Kindern Adams – aus ihren Lenden – ihre Nachkommenschaft hervorbrachte und sie zu Zeugen wider sich selbst machte,[indem er sprach]: ‚Bin ich nicht Euer Herr?‘, sagten sie: ‚Doch, wir bezeugen es.‘“⁸ Dieser Vers zeigt die „festeste Handhabe“ (*al-urwa al-wuṭqā*)⁹, auf welcher der ewige Vertrag zwischen Gott und Mensch begründet wurde. Der Muslim bemüht sich somit um die Erfüllung des Vertrags in verschiedenen Formen, indem er bspw. Rituale verrichtet. Denn der rituelle Gottesdienst und die Befolgung der göttlichen Gebote stellen in der islamischen Tradition die Verbindung zu Gott sowie die Dankbar-

Missile Protests in Comparative Perspective“, in: *Studies in Foreign and Transnational Law*. First edition by Routledge-Cavendish 2008, S. 77.

6 Siehe hierzu Michael Cook, *Commanding Right and forbidding Wrong in Islamic Thought*, Cambridge 2000, S. 3.

7 Siehe hierzu 'Abd al-Ġabbār b. Aḥmad, *Kitab al-Uṣūl al-Ḥamsa*, Kairo 1988.

8 Koran 7/172.

9 Hierbei handelt es sich um einen festen Bund zwischen Menschen und Gott, der vor der Erschaffung der Welt geschlossen wurde. Durch diesen Bund wurde Gott als solcher von den Menschen anerkannt. Die moralische Verpflichtung, Gott zu ehren, rührt aus diesem Bund hervor. Dieser stellt die Grundlage der islamische Mystik dar und lässt sich somit in den meisten Kundgebungen und Predigten von Mystikern finden, siehe Ṭāha 'Abd ar-Raḥmān, *al-'Amal ad-dīnī wa-taḡdīd al-'aql*, Casablanca 1989.

keit ihm gegenüber dar.¹⁰ Demnach ist Dankbarkeit nichts anderes, als eine rituelle Form der Pietät, d.h. sich den religiösen Verordnungen und moralischen Sitten aus Dankbarkeit zu fügen. Die Menschen hätten dabei eine spezifische moralische Verpflichtung, sich dem Recht zu fügen und Gott zu danken. Aus Sicht der Traditionalisten kommt durch die Verrichtung der Gebote die *angewandte* Ethik des Islam zum Vorschein.¹¹

Andere Formen von Dankbarkeit für den Vertrag zwischen Gott und Mensch gibt es bei den Mystikern und Theologen. In diesem Kontext richten die Mu'taziliten ihren Dank an Gott für seine großzügige Gnade, da sie davon ausgehen, dass er die Welt für altruistische Zwecke (*tafaḍḍulan*) erschaffen habe. Nach dieser Idee sei von Gott zu erwarten, dass er „absolute Gerechtigkeit“¹² gegenüber Menschen leiste. Die Mu'taziliten behaupten, „dass das Korandogma von der Gerechtigkeit Gottes nur so verstanden werden müsse, dass er notwendigerweise allein das tue, was unsere Vernunft für gut und gerecht halte, und daher unmöglich von den Menschen etwas verlange, wozu sie nicht die Kraft besäßen, oder etwas über sie festsetze, nachher aber sie deswegen zur Rechenschaft zöge.“¹³

Recht und Gerechtigkeit

Viele traditionalistische Philosophen erheben ernsthafte Bedenken gegen die Interpretation der „festesten Handhabe“ als moralisch zwingendes Gebot, dem Gott selbst sowie seine Geschöpfe untergeordnet sind. Demnach sei die Dankbarkeit der Muslime gegenüber Gott nicht aufgrund seiner Gerechtigkeit gerechtfertigt, denn Gottes Gerechtigkeit gegenüber den Menschen stütze sich nicht auf den ursprünglichen Vertrag, da Gott nicht gezwungen sei, gerecht zu sein. Die traditionellen Sunniten, die Aš'ariten, zwingen Gott zu keinerlei Gerechtigkeit, andernfalls würde man sein allwissendes und -potentes Wesen durch die Gerechtigkeit begrenzen. Ganz im Gegenteil, die Menschen werden nach dieser Ansicht dazu aufgefordert, ihre Urabhängigkeit von Gott (*at-taba'īya al-ašlīya*) zu be-

10 In diesem Zusammenhang wird fatalerweise von Rigoristen, welche die Rituale als wesentliche Komponente der Religion ansehen, behauptet, dass die Dankbarkeit gegenüber Gott ausschließlich darin besteht, die religiösen Gebote unhinterfragt zu befolgen.

11 Derartige Formen, religiöse Rituale bzw. Pietät zu verstehen, sind in allen Religionen verbreitet und stellen eine symbolische Form von Dankbarkeit dar, die in verschiedenen Kulturen unterschiedliche Erscheinungen annimmt. Die Loyalität gegenüber Gott und dem Gesetz trägt den Sinn von Pietät, welche Sokrates dazu bewogen hat, das eigene Todesurteil zu akzeptieren, siehe hierzu Ernst Heitsch/Carl Werner Müller/Kurt Sier (Hg.), *Kriton*, übers. und komm. von Wolfgang Bernard, Platon Werke. Übersetzung und Kommentar, Bd. I 3, Göttingen 2016.

12 Die Verwendung dieses Begriffs erfolgt hier in Anlehnung an Nasr Abu Zaid, siehe ders., „Der Begriff «Gerechtigkeit» nach dem Koran“, in: *Polylog* 6 (2000), S. 43.

13 Julian Obermann, *Der philosophische und religiöse Subjektivismus Ghazalis. Ein Beitrag zum Problem der Religion*, Wien/Leipzig 1921, S. 12.

zeugen.¹⁴ Da Gott als einzig unfehlbar gelte, könne die Gerechtigkeit Gottes gravierende Folgen für den Menschen haben. Deshalb hoffen die sunnitischen Aš‘ariten, nur durch die Barmherzigkeit Gottes das Heil zu erlangen. Nach ihrer Vorstellung bedeutet die Gerechtigkeit Gottes, dass die Menschen keine Forderungen an Gott erheben dürfen, sondern ihre rituellen Pflichten erfüllen sollen. Schließlich sei die offenbarte Religion durch den Glauben an den gesetzgebenden Gott und seine Verehrung durch die Verrichtung gottesdienstlicher Handlungen definiert. Auf diese Weise bezweifeln traditionalistische Philosophen, dass eine Religion ernst genommen werden könne, wenn sie ihren Anhängern keine Rituale auferlege. Wenn jedoch der Fokus lediglich auf die Pflichten gelegt wird, werden die alltäglichen Fragen der Gerechtigkeit, des Rechts und Unrechts als nebensächliche Fragen der Religion gestellt. Hingegen gilt die Gerechtigkeit als Prämisse, wenn der Fokus auf die Weisheit Gottes, die Zielsetzungen des Islams und das Gemeinwohl der Menschen gelegt wird. Da das Islamische Recht ein menschliches Werk ist, das für Zwecke der Rechtsfindung entstanden ist, darf man es nicht als *religiöses* oder gar *göttliches* Recht charakterisieren, denn „eine solche Charakterisierung ist irreführend, weil sie diesen einen, religiösen Aspekt des Islamischen Rechts verabsolutiert.“¹⁵ Wenn der Fokus lediglich auf den rituellen Aspekt der Religion gelegt wird, welcher nicht durch die Vernunft begründet ist, wird die Vernunft im Islamischen Recht ausgesetzt, da man das Unrecht damit begründet, dass es im Islam für gute Zwecke getan wird. Das *gesetzliche* Unrecht wird damit gerechtfertigt, dass man von der falschen Überzeugung ausgeht, die Koranstellen und Hadith seien die letzte juristische Instanz, welche als alleinige Rechtsquelle gelte.¹⁶ Nasr Abu Zaid behauptet: „Es gibt gewisse Themen, die zumindest aus moderner Sicht im Widerspruch zum Begriff der Gerechtigkeit zu stehen scheinen. Themen wie die Mehrehe, die Stellung sowohl von Frauen als von Nichtmuslimen oder auch die Religionsfreiheit werden regelmäßig in jeder Diskussion über den Koran und den Islam aufgeworfen.“¹⁷ Als einer der jüngsten reformatorischen Stimmen unter Muslimen lehnt Abu Zaid viele apologetische Antworten von muslimischer Seite ab, die bei der Auseinandersetzung mit den oben genannten Themen angeführt werden. Ein Beispiel: Für die Koranexegeten werden Monogamie oder auch Mehrehe im Koran unter bestimmten Umständen für erlaubt erklärt. Diese Bestimmung fördert einerseits die Gleichstellung und andererseits die soziale Ausgrenzung der Frau. Abu Zaid versucht, diese Formen der Ungerechtigkeit durch eine histori-

14 Siehe hierzu Ṭāha ‘Abd ar-Raḥmān, *al-‘Amal ad-dīnī wa-taḡdīd al-‘aql*, S. 159.

15 Thomas Bauer, *Die Kultur der Ambiguität. Eine andere Geschichte des Islams*, Berlin 2011, S. 157.

16 Thomas Bauer erinnert uns daran, dass „die Koranstellen noch lange nicht der *hukm* sind, sondern nur ein *dalil*, ein Hinweis auf eine mögliche göttliche Beurteilung“, ebd., S. 162.

17 Abu Zaid, „*Der Begriff «Gerechtigkeit»*“, S. 44.

sche Rekontextualisierung des Islam zu erklären. So sei die Mehrehe vor dem Islam ein verbreiteter Brauch gewesen. Abu Zaid erwähnt dabei ausdrücklich, dass das Thema der Mehrehe zwar im Koran angesprochen worden sei. In Wahrheit sei die Mehrehe jedoch als sozialer Dienst angesehen worden, welcher zugunsten einer Witwe bzw. einem Waisenmädchen geleistet worden sei.¹⁸ Die Mehrehe war dazu da, die Rechte der benachteiligten Frauen zu schützen. Mittels seines reformatorischen Ansatzes stützt sich Abu Zaid dabei auf eindeutige Inhalte aus dem Koran, um die ungerechten Rechtsbeurteilungen der Juristen abzulehnen. Ein weiteres Beispiel: Die Religions- und Gewissensfreiheit sind durch den Koran garantiert. Schließlich gibt es im Koran keine Angaben darüber, dass es eine diesseitige oder jenseitige Strafe für Abtrünnigkeit gibt. „Eine Strafe wie Verfolgung oder Hinrichtung wurde später von Juristen eingeführt und als Teil des Glaubens institutionalisiert“¹⁹, meint Abū Zaid. Er erwähnt einen Fall, in dem das Unrecht gegenüber religiösen Minderheiten offenkundig im Koran erwähnt, jedoch von den Juristen aufgehoben worden sei. Die Erwähnung der *ġizya* im Vers 9/29 habe als Zeichen der Erniedrigung gedient, um absolute Unterwerfung zu forcieren. „Glücklicherweise betrachteten muslimische Juristen die Lehre von der *Jizia* im allgemeinen (...) als eine Art von Extrasteuer, die zu bezahlen war als Entschädigung dafür, zu keinem Militärdienst herangezogen zu werden.“²⁰ Die Methode der Rekontextualisierung zielt nun darauf ab, zu belegen, dass die oben genannten Beispiele des Unrechts im Kontext der wechselnden historischen Umstände zu verstehen seien. Wenn Unrecht anscheinend wörtlich im Koran erwähnt sei, werde es von Juristen anders interpretiert und somit aufgehoben. Dabei könne man auch nicht ausschließen, dass mehrere Unrechtsphänomene von Juristen eingeführt worden seien, welche im Koran keine Erwähnung gefunden hätten. Der reformatorische Ansatz von Abu Zaid hat nun den Vorteil, Aspekte des Islams unter Berücksichtigung historischer Umstände zu interpretieren. Der Nachteil seines Ansatzes liegt jedoch darin, dass die Beseitigung des Unrechts durch eine zweckmäßige historische Interpretation der Quellen eine genaue Kenntnis der Geschichte Arabiens voraussetzt. Dieser Aufgabe können hauptsächlich nur Historiker, welche mit der Geschichte islamischer Gesellschaften und des Islamischen Rechts vertraut sind, gerecht werden. Diesen Weg sind in der Tat die meisten gewieften Fachwissenschaftler der Historie gegangen. Das ist aber nicht der einzige Weg zu Reformen, denn historische Forschungen sind zwar unabdingbar, aber die Philosophen versuchen im Bereich der Theologie auch einen eigenen Weg zu gehen, um dem Unrecht im etablierten System des Islamischen Rechts auf die Spur zu kommen.

18 Ebd., S. 44.

19 Ebd., S. 45.

20 Ebd., S. 46.

Gerechtigkeit zwischen Theologie und Recht

Stellen wir uns vor, dass ein Pfarrer einen Asylbewerber heimlich in seiner Kapelle beherbergt, um ihn vor der Abschiebung zu schützen, statt ihn der Polizei auszuliefern; in diesem Fall bieten sich zwei Möglichkeiten an, diese Situation zu beurteilen: Man könnte sagen, dass diese Handlung des Pfarrers berechtigt sei, weil die Regierung die grundlegenden Rechte nicht beachte. Man könnte aber auch der Meinung sein, dass er falsch handle, weil die Abschiebung durch ein Gerichtsurteil erfolgt sei und der zuständige Richter die Abschiebung angeordnet habe. Im Falle der zweiten Beurteilung lässt sich der Ungehorsam mit der Pflicht, das Gesetz zu befolgen, nicht vereinbaren. Im Gegensatz dazu würde die Radbruchsche Formel den Pfarrer dazu veranlassen, moralisch zu handeln, sofern der Asylant der Gefahr eines Todesurteils in seinem Heimatland ausgesetzt ist.

Die Gerechtigkeit, von der hinsichtlich des Pfarrers die Rede ist, ist eine göttliche Gerechtigkeit. Sie bezieht sich auf den Schutz des Einzelnebens auf Grundlage des individuellen moralischen Gewissens. Der Pfarrer handelt gewissermaßen aus der Idee der Nächstenliebe heraus. In allen Religionen liegt der Maßstab des gütigen moralischen Verhaltens zugunsten von Unrechtsopfern in der Beachtung der Gerechtigkeit, denn die zwischenmenschlichen Interaktionen (*mu'āmalāt*) im Islam zielen auf Gerechtigkeit hinaus.

Der Gerechtigkeitsdiskurs wurde indes von den Kontroversen innerhalb des *kalām* sehr stark beeinflusst, da Theologen die Gerechtigkeit im Rahmen der Thematik um göttliche Gerechtigkeit aufgriffen. Hierbei handelt es sich um eine vergeltungsrechtliche Auffassung der Gerechtigkeit, die jeweils eine jenseitige Belohnung für die guten bzw. eine Strafe für die schlechten Handlungen vorsieht. Die moralische Seite der Gerechtigkeit ist in allgemeinen Geboten eingebettet, die durch einen Analogieschluss deduziert werden und an das Gewissen eines Gläubigen appellieren, in seinen zwischenmenschlichen Interaktionen stets gerecht zu sein. Das moderne Strafrecht sichert die Gerechtigkeit, indem es den Analogieschluss zwischen vergleichbaren Fällen vermeidet und eine Auflistung an möglichen strafbaren Handlungen erstellt. Die moderne Gerechtigkeit ist somit nicht anders zu verstehen als das Strafrecht, das die tatsächlich begangenen Straftaten sanktioniert. Der Unterschied zwischen göttlicher Gerechtigkeit und menschlicher strafrechtlicher Gerechtigkeit schließt die Komplementarität zwischen den beiden Gerechtigkeitsformen nicht grundsätzlich aus, denn wenn man davon ausgeht, dass das Islamische Recht in seiner klassischen Form weitgehend verschwunden ist, schließt das nicht aus, dass ein auf den Islam bezugnehmendes

Recht, d. h. ein positives Recht, von der moralischen Grundlage der Scharia beeinflusst wird.²¹

Ich begründe die Unterscheidung und Komplementarität von göttlicher und strafrechtlicher Gerechtigkeit mit Argumenten philosophischer und juristischer Natur. Zunächst sei darauf hingewiesen, dass das Islamische Recht dem *case law*²² näher steht als dem kodifizierten (etwa französischen) Recht. Davon ausgehend ist die Forderung nach göttlicher Gerechtigkeit ein moralisches Ideal. Die Strafe Gottes wird auf den ersten Blick als wegweisendes Muster angesehen, um die Gerechtigkeit auf Erde wieder zu erlangen. Die göttliche Gerechtigkeit wurde von den Theologen als moralische Vorlage für die Kodifizierung des Rechts angesehen. Diese Form der Gerechtigkeit ist sowohl für die Theologie als auch das Recht ein allgemeiner, moralischer Rahmen. Bei den Mu‘taziliten tritt die Frage nach der Gerechtigkeit an erster Stelle. Aus ihrer Sicht gilt Gerechtigkeit als gute Handlung, die zugunsten Dritter oder zu ihrem Nachteil ausfällt, während Gott selbst als gerecht angesehen wird, d. h. dass all seine Handlungen gut seien, da Gott *per se* nicht schlecht handle und sein Versprechen halte. Die Theologen versuchen dadurch eine unmittelbare Beziehung zwischen Recht und Gerechtigkeit herzustellen, weil sie Gott dazu bewegen möchten, sein Versprechen durch die performativen Sprechakte (*al-wa‘d wa-l-wa‘id*) zu halten. Gott und Mensch treten moralisch für die Gerechtigkeit ein, weil sie beide ihr Versprechen und ihre Drohungen (*al-wa‘d wa-l-wa‘id*) einhalten. Nur so darf „Gerechtigkeit“ eine terminologische Nachhaltigkeit erlangen, weil sie vom Menschen und Gott im selben Sinne intendiert ist.²³ Das ist der Standpunkt der Theologen.

Im Gegensatz dazu wird die Gerechtigkeit aus Sicht der Juristen anders verstanden. „Anders als ein Theologe, dessen Glaubenssätze unabweisbaren Wahrheitsanspruch erheben, behaupten Juristen nur von sich, dass ihre Beurteilungen mit größerer Wahrscheinlichkeit mit der göttlichen Beurteilung übereinstimmen.“²⁴, heißt es bei Thomas Bauer. Hierbei sieht er den Unterschied zwischen der Gerechtigkeit eines Theologen und der eines Juristen wie folgt: „Als islamischer

21 Siehe hierzu Baudoin Dupret (Hg.), *La Charia aujourd’hui. Usages de la référence au droit islamique*, Paris 2012, S. 94; Benmakhlouf, *Pourquoi lire les philosophes arabes*, S. 171.

22 Zur Definition dieses Begriffs siehe Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Vom Ethos der Juristen* Duncker & Humblot, Berlin 2010, S. 27.

23 Nach Hallaq gab es in islamischen Gesellschaften eine enge Verbundenheit zwischen moralischen Werten und der Scharia: “Unlike modern society, which has become estranged from the legal profession in multiple ways, premodern Muslim society was as much engaged in the Shar‘ī system of values as the court itself was embedded in the moral universe of society. It is a salient feature of that society that it *lived* legal ethics and legal morality, for these constituted the religious foundations and codes of social praxis.”, Wael B. Hallaq, *The Impossible State. Islam, Politics, and Modernity’s Moral Predicament*, New York 2013, S. 105.

24 Bauer, *Die Kultur der Ambiguität*, S. 175f.

Rechtsgelehrter versucht der Jurist, dem *hukm*, d.h. der göttlichen Beurteilung einer Handlung, auf die Spur zu kommen. Als weltlicher Richter ist er gezwungen, einen *hukm*, d. h. ein verbindliches Gerichtsurteil, zu sprechen.²⁵

Der islamische Rechtsgelehrte vereinigte in seiner Person das Amt des Theologen und des Richters. Wenn nun der Richter die vorliegenden Rechtsfälle untersucht, berücksichtigt er sowohl die gesetzlichen Vorlagen als auch seinen Gerechtigkeitssinn, welcher ebenfalls Einfluss auf sein Urteil hat. Die religiösen Texte stellen dabei die Quellen der Rechtsfindung dar. Hierbei ist der Richter angehalten, alle Bürger ebenbürtig vor dem Gesetz zu behandeln, sonst würde er die Rechtssicherheit verletzen. Hier ist deshalb zu fragen, „wie die Juristen mit ihrer Deutungspluralität dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit entgegenkommen.“²⁶ Rechtssicherheit bei Juristen bedeute demnach, dass man die entsprechenden Textstellen aus dem Koran und der *Sunna*, die einen bestimmten Rechtsfall betreffen, durch Analogiebildung auf weitere entsprechende Rechtsfälle überträgt. Ein Perspektivwechsel an dieser Stelle würde bedeuten, dass Rechtssubjekte von der Rechtssicherheit profitieren, indem ihre Rechte besser geschützt werden. Die Tatsache, dass der Analogieschluss in vielen Fällen des Strafrechts die Rechtssicherheit verletzte, hat Walter Sax 1953 dazu bewogen, das Analogieverbot zu einem Menschenrecht zu erheben.²⁷

Gerechtigkeit und Analogieschluss

In der Frühzeit des Islam, als die muslimische Gesellschaft noch vergleichsweise „einfach“ strukturiert war, wurden Rechtsfragen und Streitigkeiten ohne großen Aufwand innerhalb kurzer Zeit geklärt. Nach der Gründung des modernen Staates im 19. Jahrhunderts wurde eine neue Methodik der Rechtsfindung herangezogen. Damit versuchten Theologen nun einerseits, immerfort und unablässig die Allgemeingültigkeit der göttlichen Gerechtigkeit für jede Zeit und jeden Ort durch die Idee des Gemeinwohls und des Analogieschlusses u.a. zu rechtfertigen. Andererseits versuchen sie, die Gültigkeit des Analogieschlusses in Grenzen zu halten, wie z.B. in den Fällen, wo es um die Gleichstellung von Mann und Frau geht. Wenn ein Fall noch keine Straftat ist, jedoch im Licht einer analogen Straftat gerichtet wird, ist die Rechtssicherheit angesichts des Prinzips *nulla poena sine lege stricta* verletzt. Denn jemand, der etwa eine virtuelle Person im Internet tötet, darf nicht genauso verurteilt werden wie ein Täter, der in der Wirklichkeit

25 Ebd., S. 176.

26 Ebd.

27 Das Analogieverbot sei s.E. „in allen europäischen und außereuropäischen Ländern mit kodifiziertem Strafrecht im Prinzip anerkannt und sogar von den Vereinten Nationen als allgemeines Menschenrecht deklariert worden.“, siehe Walter Sax, *Das Strafrechtliche ‚Analogieverbot‘. Eine methodologische Untersuchung über die Grenze der Auslegung im geltenden deutschen Strafrecht*, Göttingen 1953, S. 12.

einen Menschen getötet hat. Andernfalls ist in diesem speziellen verfahrensrechtlichen Sinne davon auszugehen, dass das von Gott gesetzte *Recht* durch das menschliche *Gesetz* durch Berücksichtigung hypothetischer Straftaten ersetzt wurde.

Das Islamische Recht hatte den Grundsatz *nulla poena sine lege stricta* zuerst eingeführt. Dieser Grundsatz ist auf zwei in der juristischen Hermeneutik (*uṣūl al-fiqh*) etablierte Grundprinzipien zurückzuführen: Das erste Grundprinzip lautet: Man darf die Handlungen der vernünftigen Menschen nicht beurteilen, bevor ein Offenbarungstext vorliegt.²⁸ Das zweite Grundprinzip besagt, dass das Erlaubte den Grundsatz in allen Dingen und Handlungen darstellt, während das Verbotene lediglich in bestimmten Fällen geregelt ist.²⁹

Der Analogieschluss wird nach den Šāfi'iten und Mālekiten als Rechtsquelle bei zivilen Angelegenheiten und einigen strafrechtlichen Fällen verwendet. Wenn der Theologe diese juristische Ebene jedoch überschreitet und den Analogieschluss auf umstrittene Überzeugungen innerhalb des *kalām* ausweitet, kann daraus gesetzliches Unrecht entstehen. Dazu gebe ich folgendes Beispiel an: Der *vorsätzliche Mord* wird durch eine von den Theologen festgelegte Sühneleistung (*diya*) nichtig gemacht. Auf der einen Seite sieht das Gottesrecht vor, dass der Mörder hingerichtet werden soll; hingegen sieht das Menschenrecht vor, dass er zu einer Sühneleistung zugunsten der Familie des Opfers verpflichtet wird. Hierbei stellt sich die Frage, warum er dazu verpflichtet wird? An dieser Stelle wird die Begründung angeführt, dass es zwischen dem unvorsätzlichen und vorsätzlichen Mord eine Gemeinsamkeit gebe. In beiden Fällen wird die Zahlung der *diya* aufgefördert, weil ein Mensch getötet wurde. Die Menschen haben in beiden Fällen, in dem des vorsätzlichen sowie unvorsätzlichen Mordes, das Recht auf finanzielle Entschädigung. Das *Gottesrecht* auf Vergeltung wird jedoch nur in Hinblick auf die vorsätzliche Tötung verhängt.

Nach einigen Hanbaliten sowie den Hārīgiten werden diejenigen Personen, welche das Gebet vernachlässigen, zu Ungläubigen erklärt. Die Gemeinsamkeit eines abtrünnigen Muslims mit einem Ungläubigen liegt demnach im Unterlassen des rituellen Gebets.³⁰ Um gesetzliches Unrecht wie in diesen Fällen zu vermeiden, haben die Mu'taziliten eine gemäßigte Haltung eingenommen. Die Idee der Einstufung eines Sünders auf einer Ebene zwischen einem Ungläubigen und einem Gläubigen verhindert seine Gleichstellung mit einem Ungläubigen. Dieses Prinzip der mittleren Ebene zwischen zwei anderen Ebenen (*al-manzila bayna l-manzilatayn*) hat eine politisch-soziale Dimension, denn setzte der Theologe den

28 Siehe hierzu Ibn Ḥazm, *al-Iḥkām fī uṣūl al-ahkām*, Beirut 1980, S. 44.

29 Ibn Ḥazm, ein Gegner des Analogieschlusses, geht davon aus, dass bei einem fehlenden Offenbarungstext kein *ḥukm* möglich sei, vgl. Ibn Ḥazm, *al-Iḥkām fī uṣūl al-ahkām*, S. 52.

30 Hierbei stützt man sich u.a. auf den Hadith: "العهد الذي بيننا وبينهم الصلاة، فمن تركها فقد كفر" (Der Vertrag zwischen uns und ihnen liegt im Gebet; wer es unterlässt, wird zu einem *kāfir*).

Sünder mit dem Ungläubigen gleich, gehörte der Sünder nicht mehr zur islamischen Gemeinschaft. Einerseits ist man nun mit der Exkommunikation des Sünders aus Sicht der Ḥārīgiten und andererseits mit einer generellen Toleranz gegenüber einem schweren Sünder aus Sicht der Umayyaden konfrontiert. Diese unterschiedliche Bewertung eines Sünders hat zu einer sozialen Klassifizierung geführt, welche einerseits blutige Bürgerkriege sowie Beziehungsrisse zwischen Freunden, Verwandten und Verbündeten zur Folge hatte. Andererseits führte sie unter den Umayyaden zur Instrumentalisierung des Fatalismus, um den schweren Sünder politisch zu schützen und dessen Verurteilung in das Jenseits zu verlagern. Diese zwei Extrempositionen haben die Entstehung einer dritten Partei veranlasst, die sich zum Ziel gesetzt hat, *die Gerechtigkeit* rational-theologisch, und nicht gewaltsam, zu verteidigen. Sie war sich dessen bewusst, dass ein sündiger Muslim, sofern er als ungläubig gilt, aus der muslimischen Gemeinschaft ausgeschlossen wird und somit keine Rechte genießen kann, indem er etwa keine Muslimin heiraten, keinen Beruf ausüben oder in muslimischen Friedhöfen begraben werden kann. Diese dritte Partei sind die Mu‘taziliten, welche von der grundsätzlichen Auffassung ausgehen, dass alle Menschen gleich sind, und niemand das Recht hat, einen Muslim zu verdammen oder die Absichten Dritter zu beurteilen bzw. deren Schicksal zu bestimmen. Diese Haltung der Mu‘taziliten und Schiiten war an die ungerechten Umayyaden gerichtet. Denn Wāsil b. ‘Aṭā’ hatte die Frage aufgeworfen, wie die Protagonisten des Bürgerkrieges, d.h. die Verantwortlichen für das Blutvergießen, theologisch einzustufen seien? Den ersten Schritt, den Wāsil b. ‘Aṭā’ erwog, bestand darin, eine moderate Einstellung gegenüber einem Sünder einzunehmen. Der schwere Sünder weise demnach den Mangel an bestimmten Eigenschaften auf, welche die Gläubigen kennzeichneten, denn er sei nicht tief von seiner Konfession überzeugt, da er aufgrund seines Zweifel an seiner Religion die religiösen Rituale nicht ordnungsgemäß verrichte; zugleich sei er jedoch nicht ungläubig, da er sich zum Islam bekenne.³¹ Alle theologischen Schulen sind sich einig, dass derjenige, welcher verwerflich handelt, eine Sünde begangen hat. Diskutiert wird jedoch, ob er weiterhin als Gläubiger anzusehen sei oder nicht? So gehen die Murǧi‘iten davon aus, dass der schwere Sünder ein Gläubiger bleibe. Die Schiiten bezeichnen ihn als undankbaren Sünder, während al-Ḥasan al-Baṣrī ihn wiederum als heuchlerischen Sünder betrachtet. Durch die Bezeichnung des *Straftäters* als *Sünder* sowie der *Straftat* als *Sünde* wird die Straftat eines Muslims weder verharmlost noch überschätzt. Wāsil b. ‘Aṭā’ behauptet ausgehend von dieser moderaten Einstellung, dass Gott allein die Befugnis besitzt, die schweren Sünden zu verurteilen, denn der Koran kritisiere diejenigen Personen der islamischen Gemeinschaft, welche die Würde unschuldiger Menschen diffamierten, um Unruhe zu stiften und das friedliche

31 Vgl. Abū l-Faḥ aš-Šihristānī, *al-Milal wa-n-niḥal*, ed. von Muḥammad Sa‘īyid Kīlānī, Bd. 1, Beirut 1986, S. 48.

Zusammenleben zu stören. So seien diejenigen, die einer Muslimin des Ehebruchs bezichtigen, als Sünder anzusehen.³² Die Voraussetzung des Glaubens liege in der tatsächlichen Übereinstimmung mit den göttlichen Geboten. Ausgehend vom Koran, der Vernunft und dem Konsens liege der Sünder in einer *mittleren Ebene* zwischen einem Gläubigen und Ungläubigen. Dieser Standpunkt der Mu'taziliten hat diese mittlere Ebene als gemeinsamen Nenner aller Muslime verstanden. Mit dieser Haltung ist es den Mu'taziliten gelungen, den Analogieschluss in Grenzen zu halten, die zu keinen gefährlichen Folgen auf dem Gebiet des Strafrechts führen. Der Sünder ist damit weder als Krimineller noch als einwandfreier Gläubiger anzusehen. Ferner ist Gott der Barmherzige in der Lage, die Sünden des Missetäters zu vergeben, sofern der Sünder seine Taten vor seinem Tod bereut. Sollte der Sünder seine Taten nicht rechtzeitig bereuen, wird er im Jenseits verurteilt und bestraft. Die göttliche Gerechtigkeit wird in dieser Weise aufgeschoben, jedoch nicht aufgehoben. Der mit dem Menschenrecht einhergehende Gerechtigkeitssinn versucht, den Analogieschluss in gerechter Weise in die Tat umzusetzen und die Sünde als Kompromiss zwischen extremen Positionen zu treffen.³³ Wenn der Analogieschluss nicht mit gebotener Vorsicht durchgeführt wird, kann jede Angelegenheit beliebig analog zu einer anderen gesetzt werden. Die ungerechte juristische Beurteilung von Handlungen wird damit auf weitere Taten und Gegenstände ausgeweitet. Deshalb ist es notwendig, die Lücken des gesetzlichen Unrechts mit moralischen Normen des übergesetzlichen Rechts auszufüllen. Die gesetzlichen Mängel werden dann durch die Moral von Richtern und Juristen kompensiert. Der Rechtspositivismus bestreitet, dass es ein überpositives Recht gibt, welches als Regulator für die Rechtsfindung dient. In Rechtssystemen, in welchen die *gesicherte* Rechtssicherheit das gesetzliche Unrecht als *contradictio in adjecto* abtut, ist das übergesetzliche Recht unnötig.³⁴ Im islamischen Kontext wird der Terminus „übergesetzliches Recht“ unabhängig von der Kontroverse zwischen Positivismus und Moraltheorien in Reaktion auf das gesetzliche Unrecht sowie den arbiträren Analogieschluss entsprechend konnotiert. Die Bedeutung des ungesetzlichen Rechts hat damit keine festen Konturen, wie der Positivismus zu Recht einwendet. Indes kann sich die Idee des ungesetzlichen Rechts durch die sozialen Werte und den öffentlichen demokratischen Dialog entwickeln. So könnten muslimische Entscheidungsträ-

32 Siehe Koran 24/23.

33 "A policy of compromise is also suggested by the fundamental Mu'tazilite doctrine of the 'intermediate position'; while in the conflict between Sunnites and Shi'ites – or 'constitutionalist' and 'autocratic' blocs – they had views top lease both sides", W. Montgomery Watt, *Islamic Philosophy and Theology*, Edinburgh 1962, S. 63.

34 Während Juristen sich in Bezug auf das Unrecht streiten, leidet das Opfer eines Unrechts massiv darunter. Das unterträgliche Unrechtentspricht in diesem Fall dem koranischen Ausdruck, „was für uns nicht mehr aushaltbar ist“ (*mā lā ṭāqata lanā bih*), wo beschrieben wird, dass Schmerz und Entwürdigung eine unübertroffene Stufe erreichen können.

ger prüfen, ob man bei Rechtsentscheidungen auf bestimmte Ansätze verschiedener Rechtsschulen zurückgreifen könne, um die Kluft zwischen *Recht* und *Gerechtigkeit* im Falle eines unerträglichen Unrechts zu reduzieren. Weiterhin wäre es im Falle eines offenkundigen Unrechts sinnvoll, dass eine als schwach eingestufte Prophetenüberlieferung (*ḥadīṭ ḍaʿīf*) aus moral-ethischen Gründen eher als Beleg für Rechtsurteile dient, als eine als gesund eingestufte Prophetenüberlieferung (*ḥadīṭ ṣaḥīḥ*), welche jedoch problematisch ist. Der Rückgriff auf das übergesetzliche Recht durch Indizien, die in den Rechtsquellen zerstreut sind, kompensiert damit das offenkundige, unerträgliche bzw. unzumutbare Unrecht.

Schluss: Ist die absolute Rolle der Gerechtigkeit eine Illusion?

Das gesetzliche Unrecht besagt nicht, dass das Unrecht sich im Koran befinde, sondern bezieht sich auf ein Unrecht, welches von Menschen ausgeht. Durch ihre Differenzierung zwischen Recht und Rechtsquelle tragen die Theologen und Juristen allein die Verantwortung für die Rechtsfindung, welche als menschlicher Prozess nicht fehlerfrei ist. Deshalb ist das ungesetzliche Recht ein normativer Hintergrund, der die Fortentwicklung des Islamischen Rechts begleiten kann. Meistens ist das Unrecht nicht unbedingt durch Juristen in den Vordergrund gestellt worden, als vielmehr durch die Opfer der Justiz selbst. Folter, Ungleichstellung und Sklaverei ist von vielen Rechtssystemen geduldet, aber erst durch menschliche Unrechtserfahrung als „gesetzliches Unrecht“ titulierte worden. In einem Rechtsstaat ist übergesetzliches Recht eine Art Naturrecht, welches als „legitimierender Grund“ für jede Form des positiven Rechts sowie als „normierendes Richtmaß“ gilt.³⁵ Unter solchen Bedingungen haben die Ansätze muslimischer Reformen an das ungesetzliche Recht appelliert, um eklatantes Unrecht, welches in den Rechtsurteilen muslimischer Juristen zu finden ist, zu bekämpfen. Der reformatorische Ansatz von Nasr Abu Zaid versucht nicht, den Koran selbst für dieses Unrecht verantwortlich zu machen, denn die meisten überlieferten Rechtsurteile von Juristen waren Abbilder der jeweils herrschenden Umstände ihrer Zeit. Die europäische Reformation hat indes ihre eigene Geschichte. Die Reformansätze in der Islamischen Welt sind bisher deswegen gescheitert, weil die muslimischen Reformen das Europa des 19. Jahrhunderts als beispielhaftes Modell für die eigenen Reformen nachgeahmt haben. Durch die Blütezeit der Wissenschaft im positiven Zeitalter wollten sie Religion und Aberglaube überwinden. Die vielversprechenden reformatorischen Versuche setzen auf eine Versöhnung zwischen den moralischen Zielsetzungen des Islams und den Errungenschaften der Wissenschaft und Philosophie. Der Weg zu dieser Versöhnung

35 Vgl. Dieckmann, „Überpositives Recht als Prüfungsmaßstab im Geltungsbereich des Grundgesetzes?“, S. 21.

erfolgte hierbei durch die Erneuerung der Theologie und Jurisprudenz. Dabei bezog sich die rationale Rekonstruktion auf die Methoden der Rechtsfindung, um das Unrecht, welches etwa durch den Analogieschluss erzeugt wird, zu beseitigen. Zugleich ging es darum, bestimmte Zweige des Islamischen Rechts durch die Verfahren des modernen Strafrechts zu ersetzen, sofern die Rechte der Angeklagten damit besser wahrgenommen werden. Dabei war und ist die Gerechtigkeit stets die Leitidee, welche die Rechtsfindung leitet.