Mehr Freiheit wagen im Recht der Privatautonomie?

Rechtswahlfreiheit und religiöse Rechte

Ralf Michaels

I. Wahl religiösen Rechts zwischen Freiheit und Zwang 248
1. Problemstellung 248
2. Spannungsverhältnisse der Freiheit 249
a) Freiheit und Zwang 250
b) Freiheit und Gleichheit 250
c) Freiheit und Identität 251
d) Die besondere Spannung in Bezug auf religiöse Rechte 251
II. Die Wahl religiösen Rechts im geltenden Recht 252
1. Rechtswahl 252
a) Westlich-säkulare Rechtssysteme 252
b) Rechtsordnungen mit personaler Rechtsspaltung 254
c) Materiellrechtliche Einbeziehung 256
2. Religiöse Schiedsgerichtsbarkeit 258
a) Religiöses Recht in der allgemeinen Handelsschiedsgerichtsbarkeit 258
b) Spezielle religiöse Schiedsgerichte 259
c) Anerkennung und Vollstreckung 261
3. Statuswahl 262
a) Statuswahl als indirekte Rechtswahl 262
b) Voraussetzungen und Nachweisprobleme 263
III. Die Wahl religiösen Rechts als Problem der Säkularisierung 264
1. Vor der Säkularisierung 265
a) Westliche Welt 265
b) Osmanisches Reich 266
c) Europäische Kolonien 268
2. Der säkulare liberale Staat 268
a) Niedergang der religiösen Rechte 268
b) Der Aufstieg der Rechtswahl 269
c) Zusammenhang 270
3. Der postsäkulare Staat 272
IV. Folgerungen 273
1. Wahl des Rechts der eigenen Religion 273
2. Statuswahlfreiheit 274
3. Wahl religiösen Rechts als säkularen Rechts 275

I. Wahl religiösen Rechts zwischen Freiheit und Zwang

1. Problemstellung

Mehr Freiheit wagen – das heißt aus liberaler Perspektive häufig mehr Wahlfreiheit.[1] Für den liberalen Internationalprivatrechtler heißt es mehr Rechtswahlfreiheit.[2] Und Rechtswahlfreiheit ist im Trend; sie wird immer weiter gewährleistet und ist mittlerweile zu einem Grundprinzip des IPR geworden. Insbesondere die Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts ist ein häufig behandeltes Thema; die (nicht bindenden) Haager Prinzipien wollen sie jetzt unter bestimmten Voraussetzungen erlauben.[3] Meist geht es um die Wählbarkeit von Wirtschaftsrecht, etwa *lex mercatoria* oder, neuerdings, Privatkodifikationen wie die UNIDROIT-Prinzipien. Außen vor bleiben andere nichtstaatliche Rechte, etwa religiöse Rechte. Nachfrage besteht durchaus. Vielen Gläubigen ist von ihrer Religion auferlegt, sich nur religiösem Recht zu unterwerfen. Weshalb also der Unterschied?

In der Tat wird die Wählbarkeit religiöser Rechte oft mit liberalen Argumenten gefordert, wie das folgende Zitat zeigt:

„Wir wollen, dass der Despotismus abgeschafft wird. Es muss mehrere Rechtsordnungen geben. Der Bürger muss im Rahmen allgemeiner Grundsätze selbst die Rechtsordnung wählen können, die ihm passt. Zudem war dies im Laufe unserer Geschichte bereits der Fall. In unserer Geschichte gab es unterschiedliche religiöse Strömungen. Jeder hat nach den Regeln seiner eigenen Organisation gelebt und so lebte jeder in Frieden. Warum soll ich dann verpflichtet sein, nach den Regeln Anderer zu leben? (…) Das Recht zu Wahl der eigenen Rechtsordnung ist unabdingbarer Teil der Religionsfreiheit.“[4]

Das Zitat entstammt einer Rede von Necmettin Erbakan, seinerzeit Vorsitzender der türkischen Wohlfahrtspartei. Es bedient sich in geschickter Weise liberaler Rhetorik, die aus der Diskussion zur Rechtswahlfreiheit bekannt ist. Dort sind solche Argumente für viele überzeugend. Hier waren sie es nicht. Im Rahmen des Parteiverbots der Wohlfahrtspartei lehnte der Europäische

---

[1] Siehe etwa *Jürgen Basedow,* Mehr Freiheit wagen: Über Deregulierung und Wettbewerb (Tübingen 2002); speziell zur Vertragsfreiheit *der*s., Die Europäische Union zwischen Marktfreiheit und Überregulierung – Das Schicksal der Vertragsfreiheit, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2008/I (München 2009) 85–104.

[2] *Mathias Lehmann,* Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws, Vand. J. Transnat'l L. 41 (2008) 381–433, 413 ff.; *Jürgen Basedow,* Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts, RabelsZ 75 (2011) 32–59, 50 ff.; *ders.,* The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Relations in the Conflict of Laws (Leiden 2015) 115 ff.

[3] Dazu *Jürgen Basedow,* The Hague Principles on Choice of Law: Their Addressees and Impact, Unif.L.Rev. 22 (2017) 304–315.

[4] EGMR (Große Kammer) 13.2.2003 – 41340/98 u.a. (*Refah Partisi u.a. ./. Türkei*), Nr. 28. Die Zitate aus der Entscheidung sind der deutschen Übersetzung in EuGRZ 2003, 206–222 entnommen.

Gerichtshof für Menschenrechte das Argument ab, indem er die Religion der Privatsphäre zuschlug und den öffentlichen Bereich, einschließlich des Rechts, dem Staat überließ:

„Der Gerichtshof erinnert daran, dass die Religionsfreiheit einschließlich der Freiheit, sie durch Gottesdienst und die Ausübung religiöser Gebräuche auszuüben, zuförderst das individuelle Bewusstsein, das forum internum, betrifft. Er betont insoweit, dass der Bereich des forum internum völlig verschieden vom Bereich des Privatrechts ist, das die Organisation und das Funktionieren der Gesellschaft als Ganzes betrifft."[5]

In dieser Abgrenzung sind nun sowohl die Definition der Religion als auch die des Privatrechts problematisch. Religion, einerseits, ist nicht nur (und nicht einmal notwendig „zunächst") eine innere Frage. Das mag für das Christentum, insbesondere in seiner protestantischen Ausgestaltung, gelten, das zentral auf das Gewissen, die geistige Verbindung zwischen dem Gläubigen und Gott abstellt. Für andere Religionen, wie Judentum und Islam, die wesentlich auch den öffentlichen Bereich betreffen, gilt es nicht so uneingeschränkt, und für das Recht gilt es auch nicht.[6] Andererseits betrifft das Privatrecht nicht so unproblematisch „die Organisation und das Funktionieren der Gesellschaft insgesamt". Natürlich hat das Privatrecht gesamtgesellschaftliche Relevanz. Aber es betrifft ja auch gerade den Bereich, in dem Bürger in relativer Freiheit von der Gesamtgesellschaft eigene Freiheitsbereiche definieren und abstecken können. Damit ist auch die simple Abgrenzung des Gerichtshofs, die Religionsfreiheit dem privaten und das Recht dem öffentlichen Bereich zuzuschlagen, so nicht haltbar. Einerseits spielt die Religion als normative Ordnung auch in das Recht hinein. Andererseits betrifft das Privatrecht, und ebenso die Rechtswahl, ganz maßgeblich jenen privaten Bereich, den der Gerichtshof der Religion vorbehalten möchte. Kollisionen lassen sich in dieser Form der begrifflichen Abgrenzung also nicht vermeiden.

Überraschend sind die Argumente des Gerichtshofs aber vor allem deshalb, weil sie gegen die Rechtswahl insgesamt vorgebracht werden könnten. Diese ist nun aber anerkannt und wird, wie angedeutet, für andere nichtstaatliche Rechte auch häufig gefordert. Das lädt zu genauerer Analyse ein.

2. *Spannungsverhältnisse der Freiheit*

Warum sind religiöse Rechte nicht wählbar? Im Konflikt, der im Verfahren über die Wohlfahrtspartei verhandelt wurde, drückt sich ein dreifaches Spannungsverhältnis aus, das in der Rechtswahlfreiheit allgemein besteht, aber in der Frage der Wählbarkeit religiöser Rechte ganz besonders zum Vorschein kommt.

---

[5] EGMR 13.2.2003 – 41340/98 u.a. (*Refah Partisi u.a. ./. Türkei*), Nr. 128.

[6] *Silvio Ferrari,* Religion in the European Public Spaces: A Legal Overview, in: Religion in Public Spaces, hrsg. von dems./Sabrina Pastorelli (London 2016) 139–156.

a) Freiheit und Zwang

Ein erstes Spannungsverhältnis besteht zwischen Freiheit und Zwang. Vertragsfreiheit bedeutet die Freiheit zur Selbstbindung. Rechtswahlfreiheit beinhaltet die Freiheit der Wahl eines Rechts, das seinerseits illiberal ist. Islam etwa bedeutet bekanntlich „Unterwerfung";[7] gefordert ist, dass sich der Gläubige ganz dem Willen Allahs unterwirft. Islamexperten sehen das nicht als Unfreiheit: Freiheit im Islam ist die Freiheit, das Richtige zu tun.[8] Aber das spezifische Freiheitsverständnis des westlichen Staates hat sich bekanntlich in der Aufklärung spezifisch in Abgrenzung von der Religion gebildet. Das erklärt die Sorge des Gerichtshofs, dass

„die Individuen verpflichten würde[n], nicht etwa den vom Staat in Wahrnehmung einer oben genannten Funktion gesetzten Regeln zu gehorchen, sondern den statischen rechtlichen Regeln, die eine betroffene Religion festlegt. Den Staat trifft jedoch eine positive Pflicht sicher zu stellen, dass jede Person, die seiner Herrschaftsgewalt untersteht, vollständig und ohne das Recht darauf im vorhinein zu verzichten, die von der Konvention garantierten Rechte und Freiheiten in Anspruch nehmen kann."[9]

b) Freiheit und Gleichheit

Zweitens besteht ein Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Gleichheit. Dieses hat gleich zwei Aspekte. Zunächst besteht die Furcht, dass das gewählte Recht seinerseits diskriminiert (was allerdings keine spezifische Eigenschaft religiösen Rechts ist)[10]:

„Andererseits kann die Türkei, wie jeder andere Vertragsstaat auch, legitimer Weise verhindern, dass privatrechtliche Regelungen religiösen Ursprungs, welche die öffentliche Ordnung und die Werte der Demokratie im Sinne der Konvention beeinträchtigen, in ihrem Herrschaftsbereich Anwendung finden (zum Beispiel Regelungen, die eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts der Parteien zulassen, so wie die Polygamie oder Privilegien des männlichen Geschlechts bei Scheidung und Rechtsnachfolge)."[11]

Daneben geht es darum, dass verschiedene Menschen verschiedenen Rechten unterliegen und dadurch ungleich behandelt werden. Nach dem Gerichtshof

„würde ein solches System unleugbar das Prinzip der Nicht-Diskriminierung zwischen Individuen bei der Ausübung ihrer öffentlichen Freiheiten verletzen, das eines der grundlegenden Prinzipien der Demokratie darstellt. Eine unterschiedliche Behandlung der Einzelnen in allen Bereichen des öffentlichen und privaten Rechts abhängig von ihrer Religion

---

[7] Darauf bezieht sich auch der Titel des Buchs von *Michel Houellebecq,* Soumission (Paris 2015).

[8] Siehe etwa *Seyyed Hossein Nasr,* The Concept and Reality of Freedom in Islam and Islamic Civilization, in: The Philosophy of Human Rights, hrsg. von Alan S. Rosenbaum (London u.a. 1981) 95–101.

[9] EGMR 13.2.2003 – 41340/98 u.a. (*Refah Partisi u.a. ./. Türkei*), Nr. 119.

[10] *Joan Wallach Scott,* Sex and Secularism (Princeton 2017).

[11] EGMR 13.2.2003 – 41340/98 u.a. (*Refah Partisi u.a. ./. Türkei*), Nr. 128.

oder Weltanschauung findet offensichtlich keinerlei Rechtfertigung in der Konvention und insbesondere nicht in Artikel 14, der Diskriminierungen verbietet. Eine solche unterschiedliche Behandlung kann keinen gerechten Ausgleich herbeiführen zwischen einerseits den Forderungen bestimmter religiöser Gruppen, die wünschen, nach ihren eigenen Regeln regiert zu werden und andererseits den Interessen der Gesellschaft als Ganzer, die auf dem Frieden und der Toleranz zwischen den verschiedenen Religionen und Weltanschauungen beruhen muss [...].“[12]

c) Freiheit und Identität

Drittens schließlich besteht ein Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Identität. Rechtswahlfreiheit verstehen wir heute regelmäßig nicht mehr als „Katastrirung des vom Vater herstammenden Rechtes“, als welche die *professio iuris* im Mittelalter bestand.[13] Im liberalen Kollisionsrecht bleibt das Ich durch die Rechtswahl unberührt: Seine Identität besteht gerade in der Fähigkeit, wählen zu können. Demgegenüber spricht Erbakan davon, dass ein Moslem islamisches Recht wählen können soll, ein Jude jüdisches Recht. Er erwägt nicht, dass ein Moslem jüdisches Recht wählen können soll, oder etwa einem Atheisten die ganze Bandbreite religiöser Rechte zur Verfügung stehen soll. Die Identität selbst ist danach der Wahlfreiheit enthoben.

d) Die besondere Spannung in Bezug auf religiöse Rechte

Nun sind allerdings alle drei Gegensätze – Freiheit und Zwang, Freiheit und Gleichheit, Freiheit und Identität – nicht spezifisch für religiöse Rechte. Sie betreffen die Rechtswahl generell, ohne diese unmöglich zu machen. Dass ein Recht gleichheitswidrig ist, verhindert sonst nicht seine Wählbarkeit, sondern allenfalls seine Anwendbarkeit im Einzelfall. Dass die Rechtswahl dazu führt, dass Menschen unterschiedlichen Rechten unterworfen sind, sieht man sonst als Vorteil, nicht als Problem. Dass diese Sorgen insbesondere gegenüber der Wahl religiösen Rechts angeführt werden, hat also wohl mit der speziellen Rolle religiöser Rechte zu tun, aber auch mit der Position des Staates ihnen gegenüber. Das wird sich in der Tat im Folgenden ergeben. Dabei verstehe ich einerseits den Begriff des religiösen Rechts eng: Ich meine damit im Prinzip nur nichtstaatliche Rechte, also etwa islamisches Recht, nicht aber staatliche Rechte mit religiöser Prägung, also etwa saudi-arabisches Recht.[14] Andererseits verstehe ich den Begriff der Rechtswahl weit: Ich behandle sowohl die kollisionsrechtliche Wahl vor staatlichen Gerichten als auch die Anwendung religiöser Rechte in der Schiedsgerichtsbarkeit und die Wahl religiöser Schiedsgerichte.

---

[12] EGMR 13.2.2003 – 41340/98 u.a. (*Refah Partisi u.a. ./. Türkei*), Nr. 119.

[13] *Friedrich Carl v. Savigny,* Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter[2], Bd. VII (1851) 2 (Zusatz von Merkel).

[14] *Frank E. Vogel,* Islamic Law and Legal System: Studies of Saudi Arabia (Leiden u.a. 2000).

II. Die Wahl religiösen Rechts im geltenden Recht

1. Rechtswahl

a) Westlich-säkulare Rechtssysteme

Die nächstliegende Frage ist diejenige, ob religiöses Recht als geltendes Recht im Sinne des IPR gewählt werden kann. Nach dem herkömmlichen Verständnis des IPR in der westlichen Welt ist das nicht der Fall. Warum, zeigt sich in der bekannten *Shamil Bank*-Entscheidung des englischen Court of Appeal.[15] Ein Darlehensnehmer erklärte, der Darlehensvertrag verstoße gegen das islamische Zinsverbot; da die Parteien islamisches Recht gewählt hätten, sei er nichtig. Die Rechtswahlklausel lautete: „Subject to the principles of the Glorious Sharia'a, this agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of England". Das englische Gericht, das den Fall unter dem römischen Schuldvertragsübereinkommen zu entscheiden hatte, lehnte die kollisionsrechtliche Anwendbarkeit islamischen Rechts mit zwei Argumenten ab. Erstens könne ein Vertrag nicht zwei Rechten zugleich unterliegen.[16] (Man kann also mit Luthers Zwei-Reiche-Lehre sagen, ein Sachverhalt kann nur entweder dem weltlichen oder dem himmlischen Recht unterliegen, aber nicht beiden.) Zweitens könne islamisches Recht überhaupt nicht gewählt werden, denn wählbar sei nach dem Europäischen Schuldvertragsübereinkommen nur staatliches Recht.[17]

Die rechtswahlfeindliche Entscheidung lässt sich zum Teil mit einem generellen Misstrauen englischer Richter gegenüber dem islamischen Recht begründen. 1951 hatte Lord Asquith sogar die Existenz eines islamischen Wirtschaftsrechts insgesamt bezweifelt;[18] andere Entscheidungen zeigen ähnliches Misstrauen.[19] Indes betrifft *Shamil Bank* nicht nur islamisches Recht;[20]

---

[15] *Shamil Bank of Bahrain v Beximco Pharmaceuticals Ltd* [2004] 1 WLR 1784 (CA); vgl. *Kilian Bälz,* Das islamische Recht als Vertragsstatut?, IPRax 2005, 44–47; *Peter Mankowski,* Entwicklungen im Internationalen Privat- und Prozessrecht 2004/2005 (Teil 1), RIW 2005, 481–499, 491.

[16] Ebenso etwa *Jan v. Hein,* in: Rauscher, EuZPR/EuIPR[4] (München 2015) Art. 3 Rom I-VO Rn. 82 f.

[17] Ebenso etwa *Mathias Rohe,* Europäisches Kollisionsrecht und religiöses Recht, in: Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts, hrsg. von Stefan Arnold (Tübingen 2015) 67–86, 82; *Peter Mankowski,* in: Magnus/Mankowski, European Commentaries on Private International Law, Bd. II: Rome I Regulation (Köln 2017) Art. 3 Rn. 287 ff., beide m.w.N.

[18] „[No law of Abu Dhabi] can reasonably be said to exist. The Sheikh administers a purely discretionary justice with the assistance of the Koran; and it would be fanciful to suggest that in this very primitive region there is any settled body of legal principles applicable to the construction of modern commercial instruments." – *Petroleum Development Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi,* ICLQ 1 (1952) 247–261, 250 f.

[19] Siehe etwa *Ruler of Qatar v. International Marine Oil Co. Ltd.,* Int'l Law Rep. 20 (1953) 534: „I am satisfied that Qatari law does not contain any principles which would be

Nichtwählbarkeit gilt auch etwa für jüdisches Recht.[21] Dass nichtstaatliches religiöses Recht kollisionsrechtlich nicht wählbar sei, entspricht der ganz überwiegenden Meinung auch im Rest von Europa.[22] Grundlage ist die Ansicht, dass das europäische Kollisionsrecht überhaupt nur staatliches Recht berufe. Zum römischen Schuldvertragsübereinkommen war das ganz herrschende Ansicht; für die Rom I-Verordnung ergibt es sich recht eindeutig aus der Gesetzgebungsgeschichte, nachdem ein Vorschlag zur Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts abgelehnt wurde und die Erwägungsgründe lediglich die materiellrechtliche Einbeziehung in den Vertrag erwähnen.[23]

Freilich wurde die Wählbarkeit religiösen Rechts, soweit ersichtlich, im Rechtsetzungsverfahren nicht ausdrücklich diskutiert. Das Gleiche gilt für die Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts von 2015,[24] die vom Gesetzgeber Paraguays im Wesentlichen umgesetzt wurden.[25] Die Verfasser der Principles wollten ganz allgemein die Wahl von „rules of law" zulassen, womit nichtstaatliches Recht gemeint war.[26] Nach Protesten gegen eine derart liberale Position erlaubt die Endfassung der Principles nur die Wahl solcher „rules of law", die „generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of

---

sufficient to interpret this particular contract"; ferner *Saudi Arabia v. Arab American Oil Co. (ARAMCO),* Int'l Law Rep. 27 (1963) 117.

[20] Ebenso *Musawi v RE International (UK) Ltd* [2007] EWHC 2981 (Ch), No. 19; *Dubai Islamic Bank PJSC v PSI Energy Holding Co BSC* [2013] EWHC 3186 (Comm), No. 11.

[21] *Halpern v Halpern* [2007] EWCA Civ 291; dazu auch *Maren Heidemann,* Halpern v. Halpern: Zur Anwendbarkeit nicht-staatlichen Rechts und „Rom I" in England, ZEuP 16 (2008) 618–632.

[22] Etwa *Gilles Pillet/Olivera Boskovic,* Rome I, Choix de la loi et compabilité avec la chari'a, in: Le règlement communautaire „Rome I" et le choix de loi dans les contrats internationaux, hrsg. von Sabine Corneloup/Natalie Joubert (Paris 2011) 173–204, 196–197; *Andreas Junius,* Islamic Finance: Issues Surrounding Islamic Law as a Choice of Law under German Conflict of Laws Principles, Chicago Journal of International Law 7 (2010) 537–550; *Bälz,* IPRax 2005, 44; *Dieter Martiny,* in: Münchener Kommentar zum BGB[7] (München 2018) Art. 3 Rom I-VO Rn. 28; Rauscher/*v. Hein,* EuZPR/EuIPR (Fn. 16) Art. 3 Rom I-VO Rn. 60.

[23] Nachweise bei *Ralf Michaels,* in: Vogenauer, Commentary on the UNIDROIT Principles of International Contracts[2] (Oxford 2015) Preamble I Rn. 64.

[24] Principles on Choice of Law in International Commercial Contract, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>.

[25] Ley No 5393 de fecha 15 de enero de 2015 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, Art. 5; dazu *José Antonio Moreno Rodríguez,* The New Paraguayan Law on International Contracts: Back to the Past?, in: Essays in Honour of Michael Joachim Bonell, Bd. II (Rom 2016) 1146–1178, 1162–1166.

[26] Zur Entstehungsgeschichte der Vorschrift *Ralf Michaels,* Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, in: Liber Amicorum Hans Micklitz (Cham 2014) 43–69, 53–55.

rules“ sind. Der Wortlaut ist ersichtlich auf die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts und ähnliche Privatkodifikationen ausgerichtet, die auch das Hauptinteresse der Kommission bildeten. Ob religiöse Rechte damit umfasst sein können oder nicht, lässt sich der Vorschrift und den Materialien nicht klar entnehmen. Richtig ist es wohl, nach den Hague Principles die Wahl religiösen Rechts nicht zulassen.[27] Religiöse Rechte lassen sich meist nicht als „set of rules“ darstellen. Zudem lässt sich das Erfordernis der Neutralität als Ablehnung religiöser Rechte ansehen:[28] Neutral ist aus Sicht des liberalen Staates nur säkulares Recht, nicht aber religiöses Recht, das eine partikulare Position ausdrückt.

b) Rechtsordnungen mit personaler Rechtsspaltung

Dass nur staatliches Recht Objekt einer kollisionsrechtlichen Verweisung sein kann, ist allerdings ein Axiom weder des internationalen Privatrechts schlechthin noch eines allgemeinen Begriffs des Rechts. Das heutige Kollisionsrecht mit seiner Fokussierung auf staatliches Recht ist, wie Eugen Ehrlich vor mehr als hundert Jahren feststellte, ein Ergebnis der konkreten Entwicklung westlicher, insbesondere europäischer, Rechtsordnungen.[29] Andere Kollisionsrechtsordnungen können anders entscheiden.

Tatsächlich gilt in vielen Rechtsordnungen eine personale Rechtsspaltung: Das anwendbare Recht ergibt sich hier insbesondere für Fragen des Familien- und Erbrechts nach dem Personalstatut, und dieses ist häufig religiös.[30] In einigen Rechtsordnungen, so etwa in Indien, werden alle diese religiösen Rechte von staatlichen Gerichten verhandelt; betroffen ist also lediglich die Frage nach dem anwendbaren Recht. In anderen Rechtsordnungen ist das

---

[27] So auch *Yuko Nishitani,* Party Autonomy in Contemporary Private International Law – The Hague Principles on Choice of Law and East Asia, Japanese Yearbook of International Law 59 (2016) 300; *Peter Mankowski,* Article 3 of the Hague Principles: the Final Breakthrough for the Choice of Non-State Law?, Unif. L. Rev. 22 (2017) 369–394, 382 f.

[28] *Michaels,* Non-State Law (Fn. 26) 56 f.

[29] *Eugen Ehrlich,* Internationales Privatrecht, Deutsche Rundschau 126 (1906) 419–433, 425; vgl. *Manfred Rehbinder,* Internationales Privatrecht als Weltrecht – Das Plädoyer des Rechtssoziologen Eugen Ehrlich für die Lehre von Ernst Zitelmann, in: FS Gülören Tekinalp (Istanbul 2003) 619–621, dort 622–641 auch Wiederabdruck des Aufsatzes.

[30] Allgemein *Imen Gallala-Arndt,* Interreligious Law, in: Encyclopedia of Private International Law, hrsg. von Jürgen Basedow/Giesela Rühl/Franco Ferrari/Pedro de Miguel Asensio (Cheltenham, UK, 2017) Bd. I, S. 1020–1026; vergleichend auch *Yüksel Sezgin,* Human Rights under State-Enforced Religious Family Laws in Israel, Egypt and India (Cambridge 2013); zu Ägypten etwa *Maurits S. Berger,* Secularizing Interreligious Law in Egypt, Islamic Law and Society 12 (2005) 394–418; zu Israel etwa *Angelika Günzel,* Religionsgemeinschaften in Israel (Tübingen 2006) insb. 83 ff.; *Talia Einhorn,* Private International Law in Israel (Alphen aan den Rijn 2009) 165 ff., Nr. 418 ff.; zu Indien *Gopika Solanki,* Adjudication in Religious Family Laws (Cambridge 2011).

anwendbare Recht dagegen mit einer spezifischen Gerichtsbarkeit verbunden. So sind etwa in Israel für das jüdische Familien- und Erbrecht jüdische Gerichte verantwortlich, für das islamische Recht islamische Gerichte, und so weiter. Teilweise sind diese Mehrrechtsordnungen auf das osmanische Recht zurückzuführen, teilweise auf das englische Kolonialrecht mit seiner Tendenz, den Eingeborenen ihr lokales Recht zu überlassen und nur auf Engländer englisches Recht anzuwenden. In Israel kommen beide Einflüsse zusammen. Teilweise entspricht die Trennung auch schlicht lokalen vorstaatlichen Traditionen.

Anknüpfungsmoment ist hier freilich im Prinzip nicht die Rechtswahl, sondern die Religionszugehörigkeit des Einzelnen. Der Moslem wird also deshalb islamischem Recht unterworfen, weil er Moslem ist, nicht, weil er islamisches Recht gewählt hätte. Das bedeutet gleichzeitig auch, dass er im Grundsatz kein anderes Recht wählen kann als das seiner eigenen Religionszugehörigkeit. Das schließt Rechtswahl allerdings nicht völlig aus.

Zwei Situationen sind relevant. Die erste betrifft das Problem, dass Parteien mit verschiedenen Personalstatuten zusammenkommen, insbesondere etwa bei gemischtreligiöser Heirat. Manchmal werden auch solche Probleme durch objektive Anknüpfung gelöst. Der Indian Christian Marriage Act von 1872 etwa gilt ausweislich Section 4 schon dann, wenn nur eine Partei christlich ist. Wenn etwa ein Hindu und ein Christ in Indien heiraten, können sie nicht das Hindurecht wählen.[31] Anderswo dagegen können in Fällen gemischter Ehe die Parteien wählen, welcher religiösen Institution sie sich unterstellen, so zum Beispiel im Libanon.[32]

Ein zweiter Bereich der Rechtswahl besteht dort, wo Parteien das religiöse Recht abwählen können zugunsten eines umfassenden, für alle geltenden Rechts. In Indien stellte die britische Kolonialmacht schon 1872 gemischtreligiösen Paaren und solchen Ehepartnern, die sich von ihrer Religion lossagten, ein alternatives Ehegesetz zur Verfügung.[33] Das Nachfolgegesetz, der Special Marriage Act von 1954, steht allen Ehepaaren alternativ zu ihrem

---

[31] *In Re Kolakdaivelu,* 17 April 1916, (1917) ILR 40 Mad 1030; *J.Duncan M. Derrett,* If a Christian Woman Marries a Hindu Solely in a Hindu Ceremony of Marriage is She Entitled to an Order of Maintenance under Section 488 of the Criminal Procedure Code?, in: ders., Essays in Classical and Modern Hindu Law (Leiden 1978) 68–76; *V.C. Govindaraj,* The Conflict of Laws in India (New Delhi 2011) 87. Section 4 Indian Christian Marriage Act lautet: „any marriage between persons, *one or both of whom is or are a Christian or Christians,* …“ (Herv. d. Verf.).

[32] *Pierre Gannagé,* La 255enetration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille, Rev.crit. DIP 81 (1992) 425–454, 437–448; vgl. *Basedow,* The Law of Open Societies (Fn. 2) 250 f.

[33] Zum Hintergrund *Perveez Mody,* The Intimate State: Love-Marriage and the Law in Delhi (New Delhi 2008).

religiösen Recht als säkulare Alternative zur Verfügung.[34] Weitergehend wird (wie schon in Art. 44 der Verfassung von 1949 angelegt) ein Uniform Civil Code gefordert, der die religiösen Rechte nicht bloß ergänzen, sondern sie ersetzen soll.[35] In Westthrazien, der letzten Bastion islamischen Rechts in Europa, hatten islamische Parteien schon früher die Möglichkeit, statt der Muftigerichte die staatlichen Gerichte anzurufen.[36] Ein neues Gesetz kehrt jetzt Regel und Ausnahme um: Nunmehr ist der Mufti nur dann zuständig, wenn die Parteien das vereinbaren.[37] Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte verhandelt zurzeit, ob die Anwendung islamischen Rechts *per se* diskriminierend ist.[38]

Bemerkenswerterweise ermöglicht es die personale Rechtsspaltung sogar Parteien in westlich-säkularen Staaten, indirekt religiöse Rechte zu wählen. Nach der Rom III-Verordnung ist zwar nur staatliches Scheidungsrecht wählbar,[39] wählbar ist aber wohl auch ein staatliches Recht mit personaler Rechtsspaltung. Das bedeutet, dass zwei Moslems, die wirksam indisches Recht wählen, damit den Teil des indischen Rechts wählen, der für Moslems gilt, und das heißt: islamisches Recht.[40]

c) Materiellrechtliche Einbeziehung

Das Verbot kollisionsrechtlicher Wahl wäre dann nicht besonders einschneidend, wenn man im Rahmen materieller Vertragsfreiheit ein religiöses Recht in den Vertrag einbeziehen könnte. Das ist im Prinzip unstreitig der Fall; die

---

[34] *T.S. Rama Rao,* Conflict of Laws in India, RabelsZ 23 (1958) 259–279, 266.

[35] *Archana Parashar,* Women and Family Law Reform in India – Uniform Civil Code and Gender Equality (New Delhi 1992); *Tanja Herklotz,* Dead Letters?, The Uniform Civil Code through the Eyes of the Indian Women's Movement and the Indian Supreme Court, VRÜ 49 (2016) 148–174.

[36] *Konstantinos Tsitselikis,* Old and New Islam in Greece: From Historical Minorities to Immigrant Newcomers (Leiden 2012) 367 ff. Zur (eingeschränkten) Kontrolle der Scharia-Gerichte durch die Ziviljustiz *Yüksel Sezgin,* Anwendung und Regulierung muslimischen Familienrechts in nichtmuslimischen Demokratien: Die Rolle der Ziviljustiz bei Scharia-Reformen, in: Normenkonflikte in pluralistischen Gesellschaften, hrsg. von Susanne Schröter (Frankfurt am Main 2017) 221 ff.

[37] Gesetz 4511/2018; vgl. *Apostolos Anthimos,* Sharia Law in Greece: Blending European Values with Islamic Tradition (2018), <http://conflictoflaws.net/2018/sharia-law-in-greece-blending-european-values-with-islamic-tradition>.

[38] EGMR – 20452/14 (*Molla Sali ./. Griechenland*).

[39] *Hannes Rösler,* Rechtswahlfreiheit im Internationalen Scheidungsrecht der Rom III-Verordnung, RabelsZ 78 (2014) 155–192, 168; zu Problemen bei Mehrstaatern ebd. 183–185.

[40] Vgl. *Jan v. Hein,* in: Münchener Kommentar zum BGB[7] (München 2018) Art. 4 EGBGB Rn. 248; *Rösler,* RabelsZ 78 (2014) 155, 168.

Rom I-Verordnung erwähnt die Möglichkeit sogar ausdrücklich in den Erwägungsgründen.[41] Indes stellen sich selbst hier zwei Probleme.

Das erste ist in der oben genannten *Shamil Bank*-Entscheidung angesprochen. Der Richter lehnte die materiellrechtliche Einbeziehung islamischen Rechts mit dem Hinweis ab, der Inhalt des islamischen Rechts sei in vielen Fragen ungeklärt. Insoweit, als religiöses Recht keine Letztinstanz hat, bleiben tatsächlich zu vielen Fragen mehrere Meinungen nebeneinander bestehen – „jeder Rechtsgelehrte hat Recht", wie es im islamischen Recht heißt. Hinzu kommt, dass im islamischen Recht die Ambiguität nicht nur toleriert, sondern sogar vorausgesetzt wird; „sicheres Wissen", so heißt es, „liegt allein bei Gott".[42] Der nichtislamische Richter ist indes kein Gelehrter des islamischen Rechts, er mag sich also weder kompetent noch berufen fühlen, einen Meinungsstreit zu entscheiden.

Das zweite Problem folgt aus der Trennung von Staat und Kirche. In den Vereinigten Staaten ist es nach dem First Amendment zur Verfassung staatlichen Stellen, also auch den Gerichten, verboten, zu spezifisch religiösen Fragen Stellung zu nehmen.[43] Erlaubt ist lediglich Rechtsprechung zu sogenannten „neutral principles of law", also aufgrund von „objective, well-established concepts of […] law familiar to lawyers and judges".[44] Ähnliches wird auch für das deutsche Recht vertreten.[45] Solche neutralen Prinzipien hat das religiöse Recht indes häufig nicht zu bieten. Als Konsequenz weigern sich Gerichte häufig, etwa jüdische Eheverträge auszulegen oder die Bezugnahme auf islamische Rechtsinstitute zur Kenntnis zu nehmen. Zwingend ist das nicht: Dass der Ehevertrag einer religiösen Rechtstradition entstammt, macht ihn noch nicht selbst zur Frage der Religion.[46] Spezifisch juridisches Recht ist nicht schon dadurch religiös, dass es religiösem Recht zugehört.[47]

---

[41] S. oben Fn. 26.

[42] Dazu *Thomas Bauer,* Die Kultur der Ambiguität – Eine andere Geschichte des Islams (Berlin 2011).

[43] *Michael A. Helfand,* When Judges Are Theologians: Adjudicating Religious Questions, in: Research Handbook on Law and Religion, hrsg. von Rex Ahdar (im Erscheinen).

[44] *Jones v. Wolf,* 443 U.S. 595, 603 (1979).

[45] *Christoph A. Stumpf,* Religiöse Normen im internationalen Privat- und Zivilprozeßrecht, ZRP 1999, 205–209, 208.

[46] *Michael A. Helfand/Barak Richman,* The Challenge of Co-Religionist Commerce, Duke L.J. 64 (2015) 769–822.

[47] Dazu *Ralf Michaels,* Religiöse Rechte und postsäkulare Rechtsvergleichung, in: Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung, hrsg. von Reinhard Zimmermann (Tübingen 2016) 39–102, 69 f.

2. *Religiöse Schiedsgerichtsbarkeit*[48]

Solche Probleme machen staatliche Gerichte unattraktiv und Schiedsgerichte attraktiv. Freilich ist auch hier nicht alles unproblematisch.

a) *Religiöses Recht in der allgemeinen Handelsschiedsgerichtsbarkeit*

Zunächst zur Wählbarkeit in der allgemeinen Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Hier ist weitgehend anerkannt, dass Parteien religiöses Recht als anwendbares Recht wählen können.[49] Die dogmatische Grundlage ist nicht ganz klar. Nach Section 46(1)(a) des englischen Arbitration Act von 1996 etwa können die Parteien das anwendbare „law" wählen. Die Rechtsprechung versteht den Begriff „law" als das Recht eines Staates und schließt folglich religiöses Recht insofern von der Wählbarkeit aus.[50] Wählbar wird religiöses Recht lediglich nach Section 46(1)(b) als „other considerations", worunter auch nichtstaatliches Recht wie die UNIDROIT Principles oder eben auch religiöses Recht gefasst werden kann.[51] Das haben englische Gerichte sowohl für jüdisches als auch für schiitisches Recht bestätigt.[52] Als „other considerations" wird aber dem religiösen Recht sein Rechtscharakter genommen; zudem gilt es zusätzlich zum nach Section 46(1)(a) anwendbaren Recht, nicht an dessen Statt.

Anders ist es wohl nach dem UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, das die Wahl von „rules of law" zulässt. Man versteht den Begriff als Referenz auf nichtstaatliches Recht, was das religiöse Recht umfassen würde. Eindeutig ist das nicht. Traditionell bezog sich „rules of law" darauf, dass die Parteien nicht eine gesamte Vertragsordnung wählen mussten, sondern ihre Wahl auf einzelne Regeln des staatlichen Rechts beschränken können sollten. Bei den Verhandlungen zum Modellgesetz setzte sich die Ansicht durch, den Begriff darüber hinaus auf nichtstaatliches Recht zu erweitern, aber offenbar immer in der Annahme, dass dieses in Regelform existieren würde. So gesehen jedenfalls betrifft „rules of law" nicht jedes nichtstaatliche Recht und ist insbesondere hinsichtlich religiöser

---

[48] Dazu jetzt *Michael J. Broyde,* Sharia Tribunals, Rabbinical Courts, and Christian Panels: Religious Arbitration in America and the West (New York 2017).

[49] *Franziska Hötte,* Religiöse Schiedsgerichtsbarkeit (Tübingen 2013) 208 (zum deutschen IPR); *Alfred Strauss,* Das rabbinische Schiedsgericht im Lichte des schweizerischen Rechts (Basel 2004) 95: Wählbarkeit jüdischen Rechts nach Art. 31 Abs. 3 des Konkordats.

[50] *Musawi v RE International* (UK) Ltd [2007] EWHC 2981 (Ch), No. 19, 22.

[51] *Musawi v RE International (UK) Ltd* [2007] EWHC 2981 (Ch), No. 22–24; vgl. *Hötte,* Religiöse Schiedsgerichtsbarkeit (Fn. 49) 176.

[52] *Soleimany v Soleimany* [1999] QB 785; *Musawi v RE International* [2008] 1 All ER (Comm) 607.

Rechte problematisch.[53] In diesem Sinne ist eine Rechtswahlklausel, die auf „Islamic rules of law" verweist, unklar, ähnlich wie die Wahl eines „common law" unklar wäre[54] – nicht weil es kein Islamisches Recht gäbe, sondern weil nicht klar ist, was genau seine Regeln sein sollen. Das Problem ist hier wie auch bei den Hague Principles, dass der Begriff „rules of law" einen ausreichenden Grad an Präzision voraussetzt sowie dass die relevanten Regeln durch die Parteien und das Schiedsgericht ermittelt werden können.[55] Sieht man das so, bleibt nur eine Schiedsgerichtsbarkeit „ex aequo et bono" nach Art. 28(3) UNCITRAL Modellgesetz, die freilich auch ausdrücklich vereinbart werden muss.

Nicht nur wegen dieser Unschärfe des religiösen Rechts spricht für Parteien vieles dafür, für einen religiösem Recht unterliegenden Vertrag auch einen Schiedsrichter der betreffenden Religionsgemeinschaft zu benennen. Die Frage ist, ob eine solche Auswahl des Schiedsrichters nach seiner Religionszugehörigkeit dem Diskriminierungsverbot widerspricht. Der englische Court of Appeal meinte, das sei der Fall.[56] Der Supreme Court sah es anders: Erstens sei der Schiedsrichter kein Angestellter und unterliege daher nicht der Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG; zweitens könne es den Parteien gerade auf die speziellen Kenntnisse im religiösen Recht ankommen.[57] Das scheint im Ergebnis richtig, aber der Konflikt zeigt das Spannungsverhältnis zwischen dem Neutralitätserfordernis der Schiedsgerichtsbarkeit und dem religiösen Recht.[58]

b) Spezielle religiöse Schiedsgerichte

Neben der Handelsschiedsgerichtsbarkeit gibt es spezielle religiöse Schiedsgerichte – oder religiöse Gerichte, die sich als Schiedsgerichte qualifizieren, damit ihre Entscheidungen anerkannt werden. Im Familienrecht sind solche Schiedsgerichte unter Beschuss gekommen; der Vergleich zwischen Ontario und England ist instruktiv. In der kanadischen Provinz Ontario erlaubten der Family Law Act von 1990 und der Arbitration Act von 1991 Schiedsverfah-

---

[53] *Jens Adolphsen/Franziska Schmalenberg,* Islamisches Recht als materielles Recht in der Schiedsgerichtsbarkeit?, SchiedsVZ 2007, 57–64, 63.

[54] Siehe *Jabri v. Qaddura,* 108 S.W.3d 404, 408 (Tex. App. 2003) und die Diskussion bei *Mona Raffeq,* Rethinking Islamic Arbitration Tribunals: Are they Compatible with Traditional American Notions of Justice? Wis. Int'l L.J. 28 (2010) 108–139, 130–132.

[55] So ausdrücklich etwa *David M Caron/Lee M Caplan,* The UNCITRAL Arbitration Rules (Oxford 2013) 114: „[t]he term 'rules of law' arguably implies that a sufficient degree of precision exists and that such rules are ascertainable by the parties and tribunal."

[56] *Jivraj v Hashwani* [2010] EWCA Civ 712.

[57] *Jivraj v Hashwani* [2011] UKSC 4.

[58] *Sandrine Brachotte,* Intermingled Rationalities: Using Private International Law to Deal with an 'Unsolvable' Case?, in: Adjudication without Frontiers: The Global Turn in Private Internation al Law, hrsg. von Horatia Muir Watt u.a. (im Erscheinen).

ren auch im Familienrecht.[59] Als 2003 eine islamische Organisation sich als Schiedsinstitut für islamisches Familienrecht anbot, kam es zu Widerstand. Ein von der Regierung in Auftrag gegebenes Gutachten (der Boyd Report) empfahl 2004, islamischen Schiedsgerichten unter bestimmten Bedingungen die Zuständigkeit über Familiensachen zuzugestehen und ihnen zu erlauben, islamisches Recht anzuwenden.[60] Die Reaktion war so ablehnend, dass sich die Regierung genötigt sah, religiöse Schiedsgerichte in Familiensachen insgesamt zu verbieten.[61] Die Konsequenz war, dass auch jüdische Familienschiedsgerichte, die bis dahin unbehelligt gewirkt hatten, sich plötzlich mit einem Verbot konfrontiert sahen. Ontario reiht sich damit ein in die Reihe anderer Länder (wie auch Deutschland), die eine „Paralleljustiz" ablehnen.[62]

Etwas anders sind die Entwicklungen in England.[63] Nachdem der Erzbischof von Canterbury sich für die Idee einer Wahl religiösen Rechts in England offen gezeigt hatte,[64] wurde er heftig kritisiert.[65] Sogenannte Sharia Councils behandeln Fragen des Scheidungsrechts, immer innerhalb des Rahmens des englischen Rechts; kritisiert werden sie trotzdem.[66] Auch in England wurde ein Gutachten in Auftrag gegeben, das Anfang 2018 veröffentlicht wurde.[67] Es stellte fest, dass die Sharia Councils hauptsächlich von islamischen Frauen mit Scheidungsbegehren angerufen werden; diese Scheidungsverfahren können, falls die Eheschließung nicht nach staatlichem Recht erfolgt ist, nicht vor staatlichen Gerichten erfolgen.[68] Eine echte Wahl besteht also nicht. Dementsprechend empfiehlt das Gutachten, dass die islamische

---

[59] Dazu und zum Folgenden auch *Hötte,* Religiöse Schiedsgerichtsbarkeit (Fn. 49) 129 ff.

[60] *Marion Boyd,* Dispute Resolution in Family Law: Protecting Choice, Promoting Inclusion (Toronto 2004).

[61] Zur Diskussion etwa: Debating Sharia – Islam, Gender Politics, and Family Law Arbitration, hrsg. von Anna C. Korteweg/Jennifer A. Selby (Toronto 2012).

[62] *Mathias Rohe/Mahmoud Jaraba,* Paralleljustiz (Studie im Auftrag des Landes Berlin, 2015); *Fabian Wittreck,* Religiöse Paralleljustiz im Rechtsstaat?, in: Ordnungen religiöser Pluralität: Wirklichkeit – Wahrnehmung – Gestaltung, hrsg. von Ulrich Willems/Astrid Reuter/Daniel Gerster (Frankfurt am Main 2016) 439 ff.

[63] *Hötte,* Religiöse Schiedsgerichtsbarkeit (Fn. 49) 165 ff.

[64] *Rowan Williams,* Civil and Religious Law in England: A Religious Perspective, Ecclesiastical Law Journal 10 (2008) 262–282.

[65] Zur Diskussion: Islam and English Law, hrsg. von Robin Griffith-Jones (Cambridge 2013).

[66] Siehe *John R. Bowen,* On British Islam – Religion, Law, and Everyday Practice in Shariʿa Councils (Princeton 2016); problematisch *Machteld Zee,* Choosing Sharia? – Multiculturalism, Islamic Fundamentalism and Sharia Councils (Den Haag 2016); Rezension beider Bücher: *Silke Elrifai,* International Journal of Constitutional Law 14 (2016) 1034–1038.

[67] The Independent Review into the Application of Sharia Law in England and Wales (Februar 2018), abrufbar unter <https://www.gov.uk/government/publications/applying-sharia-law-in-england-and-wales-independent-review>.

[68] Für Zulässigkeit einer Nichtigkeitsklage aber *Akhter v. Khan,* [2018] EWFC 54.

Heirat auch zivil registriert werden muss, dass islamische Frauen über ihre Rechte aufgeklärt werden sollen und – so jedenfalls die Mehrheit des Komitees – dass Sharia Councils besser reguliert werden sollen. Das englische Innenministerium hat bereits erklärt, der dritten Empfehlung nicht zu folgen, um nicht die Councils durch Regulierung aufzuwerten.

Auch wenn die Ergebnisse in Ontario und in England unterschiedlich sind, ist doch die Tendenz die gleiche: Islamische Schiedsgerichte werden auch deshalb abgelehnt, weil man davon ausgeht, dass sie die Wahlfreiheit einschränken und nicht erweitern. Befürchtet wird, dass Musliminnen faktisch zur Teilnahme gezwungen werden, ihnen also die Wahl staatlicher Stellen faktisch entzogen wird. In England würde die zwingende Registrierung der islamischen Ehe diese Wahlfreiheit für die Scheidung jedenfalls formal herstellen.

c) Anerkennung und Vollstreckung

Wenn man nicht soweit gehen will, Schiedsinstitutionen ganz zu verbieten, muss man, um ihre Bedeutung einzuschränken, ihnen die Anerkennung versagen. Das geschieht in der Tat. In einer Entscheidung des indischen höchsten Gerichtshofs ging es um eine *fatwa* und die Behauptung, das All Muslim Personal Law Board wolle ein paralleles muslimisches Rechtssystem in Indien errichten.[69] Das Gericht sah kein Problem, weil es kein Recht sah: *Fatwas* und Entscheidungen von Sharia-Gerichten haben keine Rechtskraft, weil ihnen im indischen Recht keine Rolle zukomme: Sie könnten im staatlichen Recht nicht durchgesetzt werden und seien daher zu ignorieren: „The reason not to enforce Islamic law and the decisions of sharia courts is not that they are not part of *Indian* law, but that they are not part of *any state's* law."

In den Vereinigten Staaten bereitet das First Amendment in diesem Bereich weniger Schwierigkeiten. Wenn der Staat den Schiedsspruch eines religiösen Schiedsgerichts anerkennt und vollstreckt, zwingt er damit unter Umständen die unterlegene Partei dazu, religiösen Regeln zu folgen; das wird aber in der Regel nicht als Problem angesehen.[70]

---

[69] *Vishwa Lochan Madan v. Union of India,* (2014) 7 SCC 707. Zum Hintergrund siehe *Jeffrey A. Redding,* Secularism, the Rule of Law, and ‚Shari'a Courts': An Ethnographic Examination of a Constitutional Controversy, St. Louis Univ.L.J. 57 (2012) 339–376.

[70] *Michael Helfand,* The Future of Religious Arbitration in the United States: Looking Through a Pluralist Lens, in: Oxford Handbook of Global Legal Pluralism, hrsg. von Paul Schiff Berman (Oxford, im Erscheinen).

3. Statuswahl

a) Statuswahl als indirekte Rechtswahl

Die direkte Wahl religiösen Rechts ist also nur mit großen Einschränkungen möglich. Selbst dort, wo es auf religiöses Recht ankommt, ist das typischerweise Folge nicht subjektiver Rechtswahl, sondern objektiver Anknüpfung an die Religionszugehörigkeit.

Damit ist freilich ein Weg zur indirekten Rechtswahl aufgezeigt.[71] Die Konversion von einer Religion zur anderen impliziert die Abwahl des Rechts der alten und die Wahl des Rechts der neuen Religion. Insbesondere im Familienrecht kommt es nicht selten vor, dass eine Religion auch oder sogar bevorzugt nicht etwa aus Gründen des Glaubens gewählt wird, sondern deshalb, weil der Wählende eine bestimmte Rechtsfolge erlangen oder vermeiden will. In der jüngeren europäischen Geschichte ist das dort bekannt, wo die Religions- oder Konfessionsverschiedenheit ein Religionshindernis darstellt;[72] hier trat (und tritt) einer der Ehepartner der Konfession des anderen bei, um heiraten zu können.

In Rechtsordnungen, in denen große Teile des Familienrechts einem religiösen Recht unterliegen, sind die Anreize, die Religion aus Rechtsgründen zu wechseln, noch wesentlich größer. Zwei Beispiele aus Malaysia zeigen das, wie auch die damit verbundenen Probleme. In der Rechtssache *Lina Joy* konnte eine Muslimin wegen des Eheverbots der Religionsverschiedenheit einen Christen nicht heiraten. Ihren Übertritt zum Christentum durch Taufe wollten die staatlichen Gerichte freilich auch nicht anerkennen, solange die maßgeblichen islamischen Stellen nicht zustimmten.[73] Faktisch war ihr damit auch die indirekte Rechtswahl unmöglich, trotz der in der Verfassung garantierten Religionsfreiheit. Im *Indira Gandhi*-Fall trat ein Vater zum Islam über, um so nach islamischem Recht das Sorgerecht über seine Kinder zu erlangen. Nach einer Fülle widerstreitender Entscheidungen verschiedener Institutionen entschied das höchste malaysische Gericht Anfang 2018, die Entscheidung nur eines Elternteils, seine Kinder zum Islam zu konvertieren, sei unwirksam.[74]

---

[71] Vgl. allgemein zu indirekter Rechtswahl *Basedow,* The Law of Open Societies (Fn. 2) 305 ff.; *Marc-Philippe Weller/Nina Benz/Chris Thomale,* Rechtsgeschäftsähnliche Parteiautonomie, ZEuP 25 (2017) 250–282.

[72] *Markus Lang,* Das Eheverbot wegen Glaubensverschiedenheit, Die Entwicklung von den jüdisch-alttestamentlichen Rechtsgrundlagen bis in das Zweite Deutsche Kaiserreich (Münster 2004); *Susanne Ganster,* Religionsverschiedenheit als Ehehindernis, Eine rechtshistorische und kirchenrechtliche Untersuchung (Paderborn 2013).

[73] *Lina Joy v Majlis Agama Islam Wilayah Persekutuan* [2007] 3 Current Law Journal 557.

[74] *Indira Gandhi v. Pengarah Jabatan Agama Islam Perak u.a.,* Verb. Rs. Nr. 01(f)-17-06/2016 (A), 01(f)-18-06/2016 (A), 01(f)-19-06/2016 (A), <http://www.loyarburok.com/

b) Voraussetzungen und Nachweisprobleme

Verschiedene Religionen lassen es zu, dass der Einzelne sich zu ihnen bekennt. Die Voraussetzungen sind dabei allerdings unterschiedlich. Moslem etwa wird man sehr leicht, indem man sich (vor zwei Zeugen) zu Allah bekennt.[75] Jude zu werden, ist dagegen relativ schwierig; es erfordert neben der Beschneidung (für Männer) und einem rituellen Bad die Entscheidung eines Rabbis, dass der Gläubige ernsthaft und aus freien Stücken übertritt, Kenntnisse der jüdischen Religion hat und verspricht, den jüdischen Regeln entsprechend zu leben.[76]

Insoweit, als das Recht an die Religionszugehörigkeit anknüpft, ist eine solche Statuswahl also relevant. Allerdings ist ihre Anerkennung nicht unproblematisch. Ein Problem ist beweisrechtlich: Wie weist der Gläubige nach, dass er tatsächlich die Religion gewechselt hat? Zwei Methoden bieten sich an; der Übergang ist oft fließend. Nach der einen Methode ist die Wahl einer Religion notwendig auch die Wahl eines bestimmten Lebensstils. Danach muss der Richter überprüfen, ob die Partei tatsächlich entsprechend der jeweiligen Religion lebt. In Indien etwa versuchten britische Kolonialrichter teilweise, die Ernsthaftigkeit der Konversion vom Islam dadurch zu überprüfen, dass sie der betroffenen Person Schweinefleisch zum Verzehr vorlegten – lehnte er ab, konnte man ihm die Konversion nicht glauben.[77] Heute stellt man eher allgemein auf den Lebensstil ab. Eine andere Methode geht davon aus, dass „no court can gauge the sincerity of religious belief".[78] Hier muss also die ernsthafte Erklärung, man gehöre einer bestimmten Religion an, ausreichen. Auch das ist indes der Natur nach mehr als bloße Rechtswahl staatlichen Rechts, bei der ja ein Glaube an das gewählte Recht nicht verlangt wird.

Hinzu kommt, dass der Staat unter Umständen eigene Anforderungen an den Religionsübertritt stellt, die über diejenigen der Religion hinausgehen. In Israel erfolgt der Religionswechsel durch Benachrichtigung des Ministeriums

---

wp-content/uploads/2018/01/Grounds-of-Judgment-by-Zainun-Ali.pdf>; Zusammenfassung unter <http://www.loyarburok.com/2018/01/30/indira-gandhi-federal-court-decision-summary/>. Zum Hintergrund *Dian A.H. Shah,* Religion, Conversions, and Custody: Battles in the Malaysian Appellate Courts, in: Law and Society in Malaysia: Pluralism, Religion and Ethnicity, hrsg. von Andrew Harding/dies. (Abingdon 2018) 145.

[75] Zum soziologischen Hintergrund etwa *Monika Wohlrab-Sahr,* Konversion zum Islam in Deutschland und den USA (Frankfurt am Main 1999).

[76] *Menachem Finkelstein,* Conversion – Halakha and Practice (Ramat Gan 2006).

[77] *Mussammat Resham Bibi v. Khuda Baksh,* Indian Law Reports Lahore 19 (1938) 277, 279 (24 November 1937); *Rohit De,* The Two Husbands of Vera Tiscenko: Apostasy, Conversion, and Divorce in Late Colonial India, Law and History Review 28 (2010) 1011–1041, 1022 f.

[78] *Abdool Razack v. Aga Mahomed,* Indian Appeals 21 (1894) 56, 64.

für religiöse Angelegenheiten und darauffolgende Registrierung;[79] ob die alte Religion den Austritt anerkennt, ist dafür irrelevant. Über die Frage, ob das Kind einer jüdischen Mutter und eines islamischen Vaters jüdisch oder islamisch aufgezogen werden, sollen nicht die jeweiligen religiösen Gerichte entscheiden, sondern stattdessen das staatliche Gericht.[80] Allerdings bleiben die Gerichte der alten Religion zuständig für bereits entstandene Fragen von Heirat, Scheidung und Unterhalt, um zu verhindern, dass sich jemand durch Religionswechsel seinen Verpflichtungen entzieht. Im oben genannten *Indira Gandhi*-Fall stützte das höchste Gericht seine Entscheidung darauf, dass nach der malaysischen Verfassung beide Eltern der Konversion Minderjähriger zustimmen müssen, selbst wenn das nach islamischem Recht nicht erforderlich ist.

Umgekehrt kann der Staat den Religionswechsel aber auch dann anerkennen, wenn die Religion selbst ihn verweigert; das gilt insbesondere für den Austritt aus einer Religion. Wenn sich ein Moslem vom Islam lossagt, spricht der Grundsatz der Religionsfreiheit dafür, auf ihn nicht mehr islamisches Recht anzuwenden; das ist ein Grund für die Kritik an der oben genannten *Lina Joy*-Entscheidung.[81]

III. Die Wahl religiösen Rechts als Problem der Säkularisierung

Es hat sich gezeigt, dass die Wählbarkeit religiöser Rechte im geltenden Recht starken Beschränkungen unterliegt. Kollisionsrechtlich wählbar sind sie eigentlich nicht; selbst ihre sachrechtliche Einbeziehung in den Vertrag und ihre Wahl im Schiedsrecht sind problematisch. Soweit eine Wahlmöglichkeit besteht, ist sie beschränkt auf das Recht der eigenen Religion; relativ unproblematisch ist sonst nur die indirekte Wahl durch Konversion.

Dieses Ergebnis – dass nämlich Rechtswahlfreiheit und religiöses Recht einander entgegenstehen – lässt sich geschichtlich und theoretisch begründen. Geschichtlich gehen, jedenfalls in Europa, der Niedergang religiöser Rechte und der Aufstieg der Rechtswahlfreiheit parallel einher. Das ist kein Zufall, wie die historisch-theoretische Analyse zeigt.

---

[79] *Einhorn,* Private International Law in Israel (Fn. 30) 175, Nr. 449, mit Hinweis auf die Religious Community (Change) Ordinance.

[80] HCJ 238/57 Shoshana Mizrahi v. The Shari'a Court, Nazareth, 36(1) PD 377, zit. nach *Einhorn,* Private International Law in Israel (Fn. 30) 175, Nr. 446.

[81] *Michael J. Kirby,* Fundamental Human Rights and Religious Apostasy – The Malaysian Case of Lina Joy, Griffith L.Rev. 17 (2008) 151–182.

1. Vor der Säkularisierung

a) Westliche Welt

Ursprünglich ist alles Recht religiös[82] – jedenfalls soweit man solch problematische Begriffe wie Recht und Religion überhaupt in die Vormoderne hineintragen kann. Recht bildet sich innerhalb der Gemeinschaft, die gleichzeitig Kultgemeinschaft ist. Recht als normative Ordnung wird auf überirdische Quellen zurückgeführt und/oder durch Rituale bewirkt, die ihrerseits häufig kultischen Charakter haben. Die jüdische Religion bildet sich in durch und durch rechtlicher Form; hier ist eine strikte Trennung zwischen Recht und Religion fast unmöglich.[83] Auch der Islam bewirkt die geforderte Unterwerfung unter Gottes Willen durch spezifische rechtliche Gebote und gründet umgekehrt das Recht in dieser Unterwerfung. Unter den drei monotheistischen Religionen ist es im Grunde nur das Christentum, das eine Trennung zwischen (weltlichem) Recht und (geistlicher) Religion in das Zentrum rückt und die Überwindung des Rechts durch die Nächstenliebe fordert Andererseits sind auch die klassischen antiken Rechte mit der Religion verwoben, jedenfalls das griechische, vielleicht auch das römische Recht.[84]

Damit ergibt sich schon in der Antike die Notwendigkeit einer Form von Kollisionsrecht, das nicht nur interterritorial,[85] sondern auch interpersonal und damit auch interreligiös wirkt, wie es in einer Situation des Rechtspluralismus unabwendbar ist.[86] Aber es beruht weitgehend auf Fragen der Religionszugehörigkeit, also auf Status, nicht auf Rechtswahl.

Das ändert sich im Mittelalter nicht grundsätzlich. Zwar meint man bisweilen, die *professio iuris,* also die erklärte Zugehörigkeit zu einer (Rechts-)Gemeinschaft, ermögliche die Rechtswahl. Ihre Funktion ist aber wohl, jedenfalls im Ursprung, deklaratorisch.[87] Zur Rechtswahl wird die *professio* erst dann genutzt, als die Stammeszugehörigkeit als Anknüpfungsmoment ins-

---

[82] *Heinz Barta,* Graeca non leguntur?, Zu den Ursprüngen des europäischen Rechts im antiken Griechenland. Bd. I (Wiesbaden 2010) 180 ff.

[83] Dazu jetzt *Chaim Saiman,* Halakha: The Rabbinic Idea of Law (Princeton 2018).

[84] Umstritten insb. zum römischen Recht; siehe etwa *Dominique Gaurier,* Le droit romain modèle d'un droit sécularisé dès ses origins et qui resta, malgré une penetration de la pensée grecque, in: La religiosité du droit – Cahiers de l'Institut d'Anthropologie juridique 35 (2013) 29–51.

[85] *Barta,* Graeca non leguntur? (Fn. 82) 345 ff.

[86] Siehe etwa zu Kollisionen in der römischen Provinz *Jacobine G. Oudshoorn,* The Relationship Between Roman and Local Law in the Babatha and Salome Komaise Archives: General Analysis and Three Case Studies on Law of Succession, Guardianship and Marriage (Leiden 2007); vgl. auch *Kimberley Czajkowski,* Localized Law: The Babatha and Salome Komaise Archives (Oxford 2017) 17 ff.

[87] Oben bei Fn. 13.

gesamt zweifelhaft geworden ist.[88] Betroffen ist hier eher der Übergang von der Personalität zur Territorialität als die Einführung der Rechtswahl als eigenständige Grundlage. Dumoulins späteres Gutachten im Fall *de Ganey,* das einige als Geburtsstunde der Rechtswahlfreiheit ansehen,[89] betrifft die Kollision von Ortsrechten. Kollisionen persönlicher Rechte werden nach objektiven Kriterien und häufig unter Zusammenschau von gerichtlicher Zuständigkeit und anwendbarem Recht gelöst. Das ist auch in der frühen Neuzeit so. Peter Oestmanns imposante Studie zu Zuständigkeitsstreitigkeiten und Instanzenzügen zwischen geistlichen und weltlichen Gerichten macht deutlich, dass solche Streitigkeiten häufig waren.[90] Die geistlichen Gerichte beanspruchten weitergehende Zuständigkeiten als heute, nicht nur im Ehe- und Erbrecht, sondern bis hinein in die Bereiche des Vertragsrechts. Mittelbar konnte man mit dem zuständigen Gericht also teilweise auch das anwendbare Recht wählen.

b) Osmanisches Reich

Anders verhielt es sich in spezifisch religiös angelegten Rechtsordnungen. Wichtig ist hier insbesondere die Position des islamischen Rechts vor allem in der Ausprägung, die es im osmanischen Recht erfuhr.[91] Nach traditionellem islamischem Verständnis ist zwar allein das islamische Recht das wahre Recht. Dessen ungeachtet wurde aber Andersgläubigen, die die notwendigen Steuern bezahlten, im Gegenzug die Freiheit zugestanden, ihre inneren Angelegenheiten selbst, und das hieß: nach ihrem eigenen Recht zu regeln.[92] In diesem Rahmen existierte offenbar durchaus eine begrenzte faktische Freiheit, das anwendbare Recht jedenfalls indirekt zu wählen. So nutzten etwa Christen und Juden in Palästina das islamische Rechtsinstitut des *waqf* als Stiftung, vielleicht weil dieses in einem islamischen Staat leichter durchzusetzen war als die äquivalenten Institute ihrer eigenen Rechtsordnung.[93] Problematischer war die Nutzung islamischer Gerichte durch Nichtmuslime.

---

[88] *Karl Neumeyer,* Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus (München 1901).

[89] Das ist zweifelhaft; Darstellung der Diskussion bei *Yuko Nishitani,* Mancini und die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht (Heidelberg 2000) 176–180. Siehe auch *Bertrand Ancel/Horatia Muir Watt,* Annotations sur la Consultation 53 de Du Moulin traduite en français, in: Mélanges Jacques Foyer (2008) 1.

[90] *Peter Oestmann,* Geistliche und weltliche Gerichte im Alten Reich – Zuständigkeitsstreitigkeiten und Instanzenzüge (Köln 2012).

[91] EGMR 13.2.2003 – 41340/98 u.a. (*Refah Patisi ./. Türkei*), Nr. 125.

[92] *Anver M. Emon,* Religious Pluralism and Islamic Law – Dhimmīs and Others in the Empire of Law (Oxford 2012).

[93] *Ron Shaham,* Christian and Jewish Waqf in Palestine During the Late Ottoman Period, Bulletin of the School of Oriental and African Studies 54 (1991) 460–472.

Das Problem ergab sich weniger aus Sicht des islamischen Rechts, das seine Gerichte durchaus auch Andersgläubigen offenhielt, sondern aus Sicht des jüdischen Rechts, das grundsätzlich die Nutzung nichtjüdischer Gerichte verbietet.[94] Häufig konnten die Rabbis aber nicht verhindern, dass Juden sich einvernehmlich einem islamischen Gericht unterstellten.[95] In solchen Fällen kam es zeitweise vor, dass das islamische Gericht vom jüdischen Gericht Rat einholte, gewissermaßen in einem Vorlageverfahren,[96] oder die Juden einen etwa nötigen Eid in ihrem eigenen Gericht schwören ließen.[97]

Dass so indirekt Nichtmoslems das islamische Recht wählten, ist nicht überraschend. Islamisches Recht fungierte quasi als Überrecht: es war das offizielle Recht des Staates, und das islamische Recht (anders als etwa das jüdische) hatte grundsätzlich einen umfassenden Geltungsanspruch. Überraschender ist, dass offenbar auch umgekehrt Moslems gelegentlich jüdische Gerichte nutzten. Teilweise erfolgte das für Rechtsstreitigkeiten mit Juden, insbesondere in Rücksichtnahme auf das eben genannte jüdische Verbot der Anrufung nichtjüdischer Gerichte.[98] Klug war das vielleicht nicht immer; von einem Rabbi in Aleppo wird berichtet, er habe zwischen jüdischem und islamischem Recht nach Möglichkeit immer dasjenige angewandt, das dem Juden günstig war.[99]

Alles in allem gab es zwar wohl keine echte kollisionsrechtliche Wahl fremden religiösen Rechts (weil Gerichte typischerweise entweder ihr eigenes Recht anwandten oder eben begrenzt das Recht der jeweiligen Religion), wohl aber eine begrenzte Wahl religiösen Rechts durch Gerichtsstandswahl.[100]

---

[94] *Rabbi Simcha Krauss,* Litigation in Secular Courts, Journal of Halacha and Contemporary Society 2 (1982) 35–53.

[95] Siehe etwa *Gideon Libson,* Jewish and Islamic Law: A Comparative Study of Custom During the Geonic Period (Cambridge, Mass., 2003) Kap. 4; *Uriel I. Simonsohn,* A Common Justice: The Legal Allegiances of Christians and Jews Under Early Islam (Philadelphia 2011) 174 ff.

[96] Vgl. zu einem modernen solchen Verfahren *Nils Jansen/Ralf Michaels,* Die Auslegung und Fortbildung ausländischen Rechts, ZZP 116 (2003) 3–55, 49–52 m.w.N.

[97] *Aryeh Shmuelevitz,* The Jews of the Ottoman Empire in the Late Fifteenth and the Sixteenth Centuries: Administrative, Economic, Legal, and Social Relations as Reflected in the Responsa (Leiden 1984) 47 ff.

[98] *Abraham Marcus,* The Middle East on the Eve of Modernity: Aleppo in the Eighteenth Century (New York 1989) 108 f. unter Hinweis auf Ephraim Laniado, einen jüdischen Richter des späten 18. Jahrhunderts.

[99] *Shmuelevitz,* Jews of the Ottoman Empire (Fn. 97) 46 f.

[100] *Edoardo Vitta,* The Conflict of Personal Laws, Part II, Israel Law Review 5 (1970) 337–351, 342.

c) Europäische Kolonien

Anders als im osmanischen Recht, wo es im Grunde kein nichtreligiöses Recht gab, verhielt es sich in den europäischen Kolonien, in denen westliches „säkulares“ Recht in Kollision geriet mit lokalem „religiösem“ Recht. Man muss hier unterscheiden zwischen zwei Grundtypen der Kolonialisierung. Nach dem insbesondere französischen Modell der Assimilierung war lokales Recht soweit wie möglich abzuschaffen zugunsten des französischen Rechts.[101] Insoweit lokale Rechte und Gerichtsbarkeiten aufrechterhalten wurden, wurde den Subjekten oft die Möglichkeit gegeben, die französischen Gerichte anzurufen und sich damit auch dem französischen Recht zu unterwerfen. Damit war die Abwahl des religiösen Rechts möglich und erwünscht. Der umgekehrte Weg, die Wahl religiösen Rechts, war dagegen nicht befürwortet.

Anders lag es typischerweise in den englischen Kolonien. Die Engländer folgten oft einem Modell der „indirect rule“, wonach englisches Recht in seiner Anwendung auf Engländer beschränkt blieb und die Einheimischen sich selbst verwalten und ihrem eigenen Recht unterliegen sollten, freilich begrenzt – prozessual durch die Möglichkeit des „overruling“ durch Kolonialgerichte, materiell durch die sogenannte „repugnancy clause.“ Hier war insofern die Rechtswahl relativ eingeschränkt. Stattdessen bildeten sich verschiedene Rechte heraus, so etwa in Indien ein Moslemrecht, ein Hindurecht, ein Christenrecht und so weiter, viele davon mehr koloniale Konstrukte als tatsächlich dem echten religiösen Recht entsprechend. Indirekt ließ sich hier das Recht durch Religionswechsel wählen.

2. Der säkulare liberale Staat

Mit dem Aufstieg des souveränen und später des liberalen Staates wandelt sich dieses Bild in zweierlei Hinsicht: Recht wird säkular, und echte Rechtswahl wird möglich. Es gilt zu zeigen, dass beide Entwicklungen miteinander verbunden sind.

a) Niedergang der religiösen Rechte

Die Geschichte des Niedergangs religiöser Rechte ist bekannt. Der moderne Staat geht nicht einfach nur als Sieger aus einem jahrhundertelangen Streit mit der Kirche hervor. Vielmehr zieht er seine Legitimation gerade auch daraus, dass er unter seinem Dach unterschiedliche Konfessionen zusammenbringen kann, interkonfessionelle Streitigkeiten schlichten kann (nicht zufällig entwirft Bodin die Idee des souveränen Staats unter der Erfahrung der französischen Religionskriege). Um das wirksam zu tun, muss der Staat reli-

[101] *Allan Christelow,* Muslim Law Courts and the French Colonial State in Algeria (Princeton, 1985).

giös neutral sein, was sich in unterschiedlichen Formen der Säkularisierung ausdrückt. Und er muss den Partikulargruppen im Staat, allen voran den Religionen, die Rechtsetzungsbefugnis entziehen und durch sein eigenes Rechtsetzungsmonopol ersetzen. Im Gegenzug gewährt er – als liberaler Staat – den Religionen die Religionsfreiheit, die aber in ihrer Rechtsetzungskompetenz beschränkt ist auf die inneren Angelegenheiten. Das ist leichter in Bezug auf das Christentum, das – zumal in seiner protestantischen Ausprägung – ganz weitgehend auf den privaten Bereich beschränkt ist. Es ist schwieriger gegenüber anderen Religionen, auf welche die christliche Tradition der Religionsfreiheit nicht passt.[102]

Der *säkulare Staat* akzeptiert daher kein religiöses Recht. Recht ist, in Folge der Säkularisierung, allein staatliches Recht, und staatliches Recht muss neutral sein gegenüber den verschiedenen Religionen (selbst wenn natürlich die Ausformung dieser Neutralität von Staat zu Staat unterschiedlich sein kann). Insofern ist das Rechtsetzungsmonopol des Staates eine direkte Konsequenz der Säkularisierung.[103]

Der *liberale Staat* verweist das religiöse Recht in die Privatsphäre und damit aus dem Recht hinaus. Der liberale Staat gewährt Religionsfreiheit, aber grundsätzlich nur insoweit, als die Religion in die Privatsphäre, das heißt insbesondere aus der Rechtsetzungskompetenz hinaus bewegt wird. Religiöses Recht ist hiernach allenfalls im Rahmen der allgemeinen liberalen Freiheiten wählbar, insbesondere der Vertragsfreiheit (im Gegensatz zur Rechtswahlfreiheit) und der Schiedsfreiheit. Die Trennung Staat/Kirche geht also über in die Trennung zwischen öffentlichem und privatem Bereich.

b) Der Aufstieg der Rechtswahl

Ist also der säkulare und liberale Staat eine Errungenschaft der Neuzeit, so gilt das in noch stärkerem Maße für die Rechtswahl. Zwar können Parteien, wie oben gesehen, in gewissen Konstellationen das anwendbare Recht schon vorher bestimmen. Aber von echter freier Rechtswahl kann man vor dem 19., vielleicht sogar dem 20. Jahrhundert nicht sprechen. Was es gibt, sind lediglich die Stichwahl zwischen wenigen in Frage kommenden Rechten – so etwa

---

[102] *Alessandro Ferrari,* Religious Freedom and the Public-Private Divide: A Broken Promise in Europe?, in: Religion in Public Spaces (Fn. 6) 71–91. Siehe etwa *Kai Zähle,* Religionsfreiheit und fremdschädigende Praktiken: Zu den Grenzen des forum externum, AöR 134 (2009) 434–454. Der Begriff des *forum externum* ist ein spezifisch christlicher; seine Verwendung für die Interpretation der Religionsfreiheit ist daher gleichzeitig bezeichnend und problematisch.

[103] Grundlegend *Ernst-Wolfgang Böckenförde,* Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: *ders.,* Der säkularisierte Staat – Sein Charakter, seine Rechtfertigung und seine Probleme im 21. Jahrhundert (München 2007) 43–72; siehe auch etwa *Karsten Fischer,* Die Zukunft einer Provokation: Religion im liberalen Staat (Berlin 2009) 25; *Hans Michael Heinig,* Prekäre Ordnungen (Tübingen 2018).

bei der gemischtrechtlichen Ehe – und die Statuswahl, mit der sich der Wählende einer bestimmten Rechtsordnung als ganzer unterwirft. Die moderne Rechtswahl ist dezidiert anders. Sie ist, jedenfalls im Vertragsrecht, nicht bloße Stichwahl; gewählt werden können auch dritte Rechte. Und sie ist gerade nicht Statuswahl sondern echte Rechtswahl: Rechtswahl erfolgt für bestimmte Akte und Verträge, nicht für die gesamte Identität; gewählt wird ein Recht, nicht ein Status. Der Wählende unterwirft sich nicht einer Rechtsordnung, sondern genau andersherum unterwirft er die unterschiedlichen Rechte seiner eigenen Wahl.

Diese Rechtswahlfreiheit ist also jung. Sie entspringt zunächst der Vertragsfreiheit und damit einer dezidiert liberalen Idee: Wenn Parteien das zwischen ihnen Geltende frei vereinbaren können,[104] dann muss es ihnen insoweit auch freistehen, bestehende fremde Normen – staatliche oder religiöse – in ihren Vertrag einzubeziehen. Zu diesen Normen gehört im Prinzip auch das religiöse Recht. Erst später, seit Mancini, wird die Rechtswahl zum echten Anknüpfungsmoment, gleichgestellt mit anderen Momenten, insbesondere der Staatsangehörigkeit und der (territorialen) Souveränität.[105] Und noch später wird die Gleichstellung dadurch perfekt, dass die Rechtswahl sich auch gegenüber einfach zwingenden Normen durchsetzt (ohne dass diese völlig bedeutungslos geworden wären).[106]

c) Zusammenhang

Der Niedergang der religiösen Rechte geht also historisch einher mit dem Aufstieg der Rechtswahl. Vor der Säkularisierung ist das Recht religiös, aber nicht frei wählbar. Nach der Säkularisierung ist das Recht frei wählbar, aber nur insoweit es nicht religiös ist. Das ist kein Zufall. Die Rechtswahl ist vielmehr mit der Säkularisierung eng verbunden. Ihre Akzeptanz, so kann man sagen, setzte die Säkularisierung des Rechts geradezu erst voraus. Der Gegensatz zwischen Liberalismus und Religion ist nicht der zwischen Freiheit und Unfreiheit, aber es ist ein Gegensatz zwischen unterschiedlichen Freiheitsbegriffen.[107] Die Freiheit der Religion, sich einem bestimmten Glauben zu verschreiben, ist kategorial anders als die Freiheit des Liberalismus, zu tun, was man will und was einem nutzt. Denn die moderne Rechtswahl hat sich, wie oben angedeutet, von Fragen der Identität ganz weitgehend verab-

---

[104] Dazu *Sibylle Hofer,* Freiheit ohne Grenzen?, Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert (Tübingen 2001).

[105] *Yuko Nishitani,* Mancini, Pasquale Stanislao, in: Encyclopedia of Private International Law, hrsg. von Jürgen Basedow/Giesela Rühl/Franco Ferrari/Pedro de Miguel Asensio (Cheltenham 2017) 1194–1200, 1196–1198.

[106] Siehe *Ralf Michaels,* Die Struktur der kollisionsrechtlichen Durchsetzung einfach zwingender Normen, in: Liber Amicorum Klaus Schurig (München 2012) 191–210.

[107] Dazu hilfreich *Cécile Laborde,* Liberalism's Religion (Cambridge, Mass., 2017).

schiedet. Man kann es auch andersherum ausdrücken: Solange der Mensch durch seine religiöse Identität geprägt ist, gibt ihm diese Identität auch grundsätzlich das anwendbare Recht vor. Fällt nun diese Identität weg, so fehlt es auch an unmittelbarer normativer Bindung, und die Rechtswahl ist eine plausible Konsequenz. Der vielbeschriebene Übergang „from status to contract" wirkt sich hier auf die Rechtswahl aus. Rechtswahl ist eben nicht Identitätswahl.[108]

Somit sind auch Vorgaben für die Rechtswahlfreiheit impliziert. Damit Recht wählbar sein kann, muss es austauschbar sein. Das ist die wichtigste Begründung dafür, dass das moderne Kollisionsrecht grundsätzlich auf die Berufung des Rechts anderer Staaten beschränkt ist.[109] Diese Beschränkung auf gleichartige Rechte erklärt, warum auch die Rechtswahl traditionell nicht über staatliches Recht hinausgeht. Wo religiöses Recht staatlich ist, also etwa als das Recht von Saudi-Arabien, ist es demnach wählbar. Ist es nichtstaatlich, ist es dagegen andersartig und daher nicht wählbar.

Das momentane Interesse an der Wählbarkeit nichtstaatlicher Rechte ist allerdings mit dieser Austauschbarkeit nicht erklärbar. Es erklärt sich vielmehr daraus, dass die typischen nichtstaatlichen Rechte, also insbesondere *lex mercatoria* und UNIDROIT-Prinzipien, aus Sicht des liberalen Staates deshalb harmlos sind, weil sie ihrerseits liberale Prinzipien verkörpern. Für nichtstaatliches religiöses Recht gilt beides nicht. Formal ist es nichtstaatlich; inhaltlich ist es nicht liberal, insoweit als Liberalität mit Säkularität zusammenhängt. Das religiöse Recht muss schon deshalb andersartig sein, weil sich ja der liberale und säkulare Staat gerade gegenüber dem religiösen Recht definiert hat und weil sein Rechtsetzungsmonopol speziell gegen das religiöse Recht formuliert ist.

Das erklärt die Nichtwählbarkeit aus Sicht des liberalen Staates. Sie lässt sich aber auch aus Sicht des religiösen Rechts erklären. Insoweit, als das religiöse Recht Ausdruck der Religion ist, ist es selbstverständlich nicht austauschbar: es begründet sich in einer speziellen Bindung (*re-ligio*), die dem Recht (und der Identität) vorgeht. Das religiöse Recht kann akzeptieren, dass auf Andersgläubige das Recht einer anderen Religion Anwendung findet. Es kann sich aber schwerlich selbst zur freien Wahl stellen, ohne seinen spezifischen Charakter als religiöses Recht aufzugeben.

Folglich ist im säkularen Staat religiöses Recht nur im Rahmen der Religionsfreiheit anerkannt, und das bedeutet: als Religion, nicht als Recht. Damit scheidet das *nichtstaatliche* religiöse Recht einerseits als Objekt des Kolli-

---

[108] A.A. etwa *Jan Smits,* Nationaliteit en partijautonomie: een pleidooi voor gefragmenteerd burgerschap, in: Grootboek Gerard-René de Groot (Deventer 2016) 363–374.

[109] Siehe *Ralf Michaels,* The Re-State-Ment of Non-State Law – The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism, Wayne L. Rev. 51 (2005) 1209–1259.

sionsrechts aus; berufen werden kann nur staatliches Recht.[110] Andererseits steht es der Anwendung ausländischen *staatlichen* Rechts nicht entgegen, wenn dieses religiös geprägt ist. Der säkulare Staat kann sogar – in einem bestimmten Rahmen – das im fremden Recht vorgesehene religiöse Entscheidungsverfahren durch sein eigenes Verfahren ersetzen, wie es der BGH im Fall einer Scheidung nach iranischem Recht für zulässig erachtet hat.[111] Impliziert ist damit, dass das iranische Recht gerade nicht als (zwingend) religiös verstanden wird. Soweit das möglich ist, steht der Anwendung ausländischen religiös geprägten Rechts nicht der Grundsatz der religiösen Neutralität entgegen. Es geht also hier weniger darum, wie viel Eigenregelungsmacht der Religion im Rahmen der Religionsfreiheit zusteht,[112] als eher darum, inwieweit das religiös geprägte staatliche Recht als staatliches Recht angesehen werden kann.

3. Der postsäkulare Staat

Nun leben wir aber in einem postsäkularen Zeitalter, in dem die Trennung der Gesellschaft in einen öffentlichen (staatlichen) und einen privaten (auch religiösen) Bereich nicht mehr gilt und in dem die Religion in den öffentlichen Raum eindringt. Zwei Begriffe der Postsäkulare lassen sich ausmachen. Den ersten hat insbesondere Habermas entwickelt.[113] Er versteht unter einer postsäkularen Gesellschaft eine solche, die die Religion nicht nur duldet, sondern ihr sogar eine wichtige Rolle in der Gesellschaft zugesteht, freilich von der Religion umgekehrt fordert, das Recht und die Menschenrechte zu achten. Dialog zwischen Staat und Religion, so Habermas, ist möglich und nötig, freilich nicht ohne Übersetzung zwischen der partikular-religiösen Sprache einerseits und der allgemein-rationalen Sprache andererseits, die Politik und Philosophie beherrscht. Während in einer rein säkularen Gesellschaft solche Positionen lediglich wie beliebige Meinungsäußerungen behandelt würden, muss die postsäkulare Gesellschaft davon ausgehen, dass die Positionen von Religionen ihrerseits als solche ernstgenommen werden müssen. Das heißt zum ersten, dass ihr spezifisch religiöser Charakter einerseits nicht aufgelöst werden kann, andererseits aber ihr Anspruch auf Beitrag zum Diskurs nicht

---

[110] BGH 12.12.1979 – IV ZB 65/79, NJW 1980, 1221.

[111] BGH 6.10.2004 – XII ZR 225/01, NJW-RR 2005, 81.

[112] So aber etwa *Stumpf,* ZRP 1999, 205, 207 f.

[113] *Jürgen Habermas,* Glauben und Wissen (Frankfurt am Main 2001); vgl. auch *ders.,* Politik und Religion, in: Politik und Religion – Zur Diagnose der Gegenwart, hrsg. von Friedrich Wilhelm Graf/Heinrich Meier (München 2013); „Ein Bewußtsein von dem, was fehlt“: Eine Diskussion mit Jürgen Habermas, hrsg. von Michael Reder/Josef Schmidt (Frankfurt am Main 2008). Aus der Diskussion siehe etwa: Postsäkularismus: Zur Diskussion eines umstrittenen Begriffs, hrsg. von Matthias Lutz-Bachmann (Frankfurt am Main 2015); *Martin Breul,* Religion in der politischen Öffentlichkeit (Paderborn 2015).

bloß als partikulare Stellungnahme marginalisiert werden kann. Es heißt zweitens, dass die Religionen zur politischen Diskussion etwas Eigenständiges beizutragen haben, das der säkularen Politik und Philosophie fehlt.

Während also einerseits Habermas die Religion aus der privaten in die öffentliche Sphäre überführt, stellt ein zweites Verständnis der Postsäkulare, dasjenige von Talal Asad, die Differenz von Religion und liberalem Staat insgesamt in Frage. Säkularisierung ist demnach nicht Überführung von Bereichen der Religion in diejenigen der Politik, sondern vielmehr eine Durchdringung beider Kategorien: die Religion wird auch staatlich, der Staat wird auch religiös. Das Verhältnis zwischen Staat und Religion ist also nicht, wie bei Habermas, dasjenige zwischen einem neutralen Universaldiskurs auf der einen Seite und einem Partikulardiskurs auf der anderen, sondern eines zwischen zwei Partikulardiskursen. Man kann das etwa am Streit zum muslimischen Gesichtsschleier gut beobachten: Sowohl das Schleiergebot des islamischen Rechts als auch das Schleierverbot des liberalen Staats sind Kleidungsvorschriften, die die Freiheit der Frau einschränken.

Was folgt für die Rechtswahl? Übersetzt man Habermas in das Recht, so muss man, anders als aus liberal-säkularer Sicht, grundsätzlich bereit sein, auch religiöses Recht als Recht anzuerkennen.[114] Übersetzt man Asad in das Recht, so wird die grundsätzliche Inkommensurabilität zwischen Staat und Religion fraglich, die der Wählbarkeit religiösen Rechts im liberal-säkularen Recht entgegensteht. Beides zusammen spricht dafür, die Wählbarkeit religiösen Rechts wenigstens zu erwägen.

IV. Folgerungen

Was soll der Rechtsetzer mit dieser Analyse anfangen? Er erkennt, dass die klassische liberale Rechtswahl mit dem religiösen Recht inkompatibel ist. Recht kann religiös sein, oder es kann Objekt der freien Rechtswahl sein, aber nicht beides zugleich. Wenn das stimmt, ist die freie Wahl religiösen Rechts ausgeschlossen. Rechtswahl ist nur auf andere Art und Weise möglich. Drei Möglichkeiten sollen hier skizziert werden.

1. Wahl des Rechts der eigenen Religion

Eine erste mögliche Form der Rechtswahl betrifft die von der Wohlfahrtspartei geforderte Wahl des Rechts der eigenen Religion, während die Wahl des Rechts einer fremden Religion ausgeschlossen bleibt.[115]

---

[114] Siehe *Michaels,* Religiöse Rechte und postsäkulare Rechtsvergleichung (Fn. 47) 60 f.

[115] Siehe zum ägyptischen Kassationshof *Maurits Berger,* Public Policy and Islamic Law: The Modern Dhimmī in Contemporary Egyptian Family Law, Islamic Law and Society 8 (2001) 88–136, 112.

Während der säkulare Staat, der die Religion auf den Privatbereich reduziert, eine solche Wahl nicht zulassen kann, sollte der postsäkulare Staat diese Möglichkeit nicht von vornherein ausschließen. Die Erlaubnis, religiöses Recht, unter Umständen auch religiöse Streitentscheidungsinstitutionen, zu wählen, bedeutet nicht bloß eine Reduktion des staatlichen Rechts. Sie ermöglicht es umgekehrt, das gewählte religiöse Recht unter die Kontrolle säkularrechtlicher Grundprinzipien zu stellen, also insbesondere Grundrechte wie die Gleichberechtigung und rechtsstaatliche Verfahrensgrundsätze. Religiöses Recht und religiöse Schiedssprüche unterliegen, auch wenn man sie anerkennt, der Kontrolle durch den *ordre public,* eingeschlossen die Menschenrechte. Insoweit lassen sich die Erfahrungen mit der Anwendung des islamisch geprägten Rechts mehrheitlich muslimischer Staaten[116] auf die Anwendung nichtstaatlichen religiösen Rechts übertragen. Ein Vorteil der Anerkennung liegt darin, dass der Staat im Gegenzug auf den Inhalt der religiösen Schiedsgerichtsbarkeit Einfluss nehmen kann. Insofern bildet der Boyd Report in Ontario im Prinzip ein vielversprechendes Modell von Seiten des Staates. Umgekehrt gibt es innerhalb der wichtigsten Religionen Strömungen, die das religiöse Recht mit den Grundrechten vereinbar machen wollen. Es bedeutet keinen unbotmäßigen Eingriff in die Selbstorganisation einer Religion, wenn man die Wählbarkeit ihres Rechts und die Anerkennung der Entscheidungen ihrer Institutionen von Voraussetzungen abhängig macht.

2. *Statuswahlfreiheit*

Soweit die Religionszugehörigkeit als Anknüpfungsmoment anerkannt wird, besteht eine zweite Möglichkeit der Rechtswahl in indirekter Form in der Statuswahl: Indem man sich zu einer Religion bekennt, wählt man indirekt auch deren Recht. In anderen Bereichen erlaubt das geltende IPR an mehreren Stellen die indirekte Rechtswahl durch Statuswahl. Das wichtigste Beispiel ist die Wahl des anwendbaren Gesellschaftsrechts durch Satzung und Registrierung. Solch eine Statuswahl ist auch mit der Wahl religiösen Rechts möglich. Freilich setzt sie eben voraus, dass der Wählende die Zugehörigkeit zu einer Religion wählt und nicht nur deren Recht. Deshalb dürfte es zu weit gehen, die Religionsfreiheit so extensiv auszulegen, dass sie zur verkappten Rechtswahlfreiheit wird.

Die Religionszugehörigkeit als solche ist nun im Prinzip eine Frage, die Religionen selbst regeln; der Staat hat hier nur begrenzte Eingriffsmöglich-

---

[116] Etwa *Nadjma Yassari,* The Application of Iranian Succession Law in German Courts and Its Compatibility with German Public Policy, in: Iranian Family and Succession Laws and their Application in German Courts, hrsg. von Jürgen Basedow/ders. (Tübingen 2004) 35–49; *Peter Scholz,* Ordre Public, Menschenrechte und Scharia, in: Beiträge zum Islamischen Recht VII: Islam und Menschenrechte (Frankfurt am Main 2010) 477–498.

keiten. Andererseits ist der Staat nicht streng an die Kriterien gebunden, die die Religion selbst anlegt. So kann er für Fragen der Rechtsanwendung einerseits höhere Anforderungen stellen als die Religion selbst. Er kann etwa vom Konvertiten zum Islam fordern, dass dieser seine Religionszugehörigkeit auch durch seine Lebensweise nachweist, selbst wenn aus Sicht des Islams die bloße Anerkennung Allahs genügt.[117] Andererseits kann der Staat aber auch den Religionsübergang erleichtern. Das mag insbesondere im Rahmen der Religionsfreiheit erforderlich sein.

3. Wahl religiösen Rechts als säkularen Rechts

Drittens schließlich ist es auch nicht undenkbar, die Wahl religiöser Rechte insgesamt zu eröffnen, also etwa auch dem Christen das jüdische und dem Atheisten das islamische Recht zur Wahl anzubieten. Ohne Religionswechsel ist das freilich nur dann akzeptabel, wenn man das religiöse Recht seines religiösen Charakters enthebt und als säkulares Recht versteht.[118] Für staatliches Recht ist das selbstverständlich: auch Nichtmuslime können etwa das Recht Saudi-Arabiens wählen – eben weil es aus Sicht des IPR als staatliches, nicht als religiöses Recht verstanden wird. Ähnliches gilt im Bereich nichtstaatlichen religiösen Rechts. So sind etwa die Finanzprodukte der Islamic Finance selbstverständlich auch für Nichtmuslime zugänglich.

Soll das Gleiche für religiöse Rechte gelten – vorausgesetzt man beschränkt die Rechtswahlfreiheit nicht grundsätzlich auf staatliches Recht? Ermittlungsschwierigkeiten wie im Fall *Shamil Bank*[119] lassen sich im Einzelfall behandeln; pauschal begründen sie die Nichtwählbarkeit nicht. Inhaltliche Probleme, etwa die Diskriminierung nach dem Geschlecht, lassen sich im Rahmen der *ordre public*-Prüfung lösen. Institutionelle Fragen, etwa die notwendige Mitwirkung eines Geistlichen, können manchmal durch Substitution beantwortet werden: Wenn Parteien jüdisches Recht gewählt haben, kann man davon ausgehen, sie seien auch mit der Mitwirkung des deutschen Richters anstelle des Rabbis einverstanden.

Das Hauptproblem dürfte in der Voraussetzung der Neutralität liegen, die etwa auch die Hague Principles aufstellen.[120] Diese Neutralität ist eine formale, die sich aus der Säkularisierung erklärt. Staatliches Recht ist neutral, weil es die interreligiösen Differenzen gewissermaßen transzendiert. Religiöses Recht ist aus ebendiesem Grund nicht neutral. Aus Sicht der Postsäkularen ginge es darum, diesen Begriff der Neutralität neu zu formulieren. Einerseits kann er auch dem religiösen Recht zustehen, das nicht nur persönlichen Glau-

---

[117] Zu solchen Beweisfragen etwa *Bruno Menhofer,* Religiöses Recht und internationales Privatrecht (Heidelberg 1995) 160–163.

[118] Vgl. *Erik Jayme,* Religiöses Recht vor staatlichen Gerichten (Heidelberg 1999) 13 f.

[119] Oben Fn. 15.

[120] Oben Fn. 28.

ben ausdrückt sondern – insofern wie der Staat – eine „gemeinsame Sache" ausdrückt.[121] Andererseits würde es helfen, stärker in den Blick zu nehmen, dass die Neutralität des liberalen Staates ihrerseits bestimmte Werte ausdrückt und dieser insofern gerade nicht vollständig neutral ist. Unter diesen Voraussetzungen wäre die allgemeine Rechtswahl religiösen Rechts mit einem liberalen Verständnis von Recht, IPR und Rechtswahl zu vereinbaren, wie es *Jürgen Basedow* in seiner Haager Vorlesung in beeindruckender und umfassender Weise entwickelt hat.[122]

[121] *Karl-Heinz Ladeur/Ino Augsberg,* Der Mythos vom neutralen Staat, JZ 2007, 12–18, 16–18.

[122] Oben Fn. 2.