

# Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung

Herausgegeben von  
REINHARD ZIMMERMANN

*Max-Planck-Institut  
für ausländisches und internationales  
Privatrecht*

*Beiträge zum ausländischen  
und internationalen Privatrecht*

113

---

**Mohr Siebeck**

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

113

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches  
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann





# Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung

herausgegeben von  
Reinhard Zimmermann

Mohr Siebeck

e-ISBN PDF 978-3-16-154950-2

ISBN 978-3-16-154949-6

ISSN 0340-6709 (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Dieses Werk ist seit 01/2023 lizenziert unter der Lizenz ‚Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International‘ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>

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

# Religiöse Rechte und postsäkulare Rechtsvergleichung

*Ralf Michaels\**

I.	Einleitung .....	40
II.	Die Marginalisierung religiöser Rechte in der Rechtsvergleichung .....	43
	1. Religiöse Rechte in der Rechtsvergleichung heute .....	43
	2. Religiöses Recht als nichtstaatliches Recht .....	45
	a) Marginalisierung .....	45
	b) Verstaatlichung .....	47
	c) Religiöses Recht als nichtpositives Recht .....	48
	3. Religiöses Recht als Recht niederer Entwicklungsstufe? .....	49
	a) Der marginalisierte Einfluss .....	50
	b) Die abgebrochene Modernisierung .....	52
	4. Religiöses Recht als fundamental anders? .....	53
	a) Verabsolutierung der Religiosität? .....	53
	b) Irrelevanz der Religiosität? .....	54
III.	Postsäkulare Rechtsvergleichung: Grundlagen .....	56
	1. Herausforderungen .....	56
	a) Religiöses Recht als globalisiertes Recht .....	56
	b) Die Irrelevanz des Entwicklungsstands für die Rechtsvergleichung .....	57
	c) Die religiöse Natur der religiösen Rechte .....	59
	2. Rechtsvergleichung in der postsäkularen Gesellschaft .....	59
	3. Anerkennung religiöser Rechte .....	60
	a) Die Notwendigkeit der Anerkennung .....	60
	b) Religiöse Rechte als Kategorie .....	61
	c) Ebenen religiösen Rechts: Taking Sacred Books Less Seriously .....	62
	d) Ambiguitätstoleranz .....	64
	4. Übersetzung .....	66
	a) Die Notwendigkeit der Übersetzung .....	66
	b) Die Möglichkeit der Übersetzung .....	67
IV.	Postsäkulare Rechtsvergleichung: Vergleichbarkeit .....	68
	1. Formale Vergleichbarkeit: Offenbarung und Grundnorm .....	68
	a) Juristenrecht .....	69
	b) Offenbartes Recht und Verfassung .....	70
	c) Offenbarung und Grundnorm .....	71
	d) Ebenenverwechslung und Vergleich verschiedener Ebenen .....	72

---

\* Dank für wertvolle Hinweise an Félix Aden, Kilian Bälz, Nils Jansen, Clark Lombardi, Lena-Maria Möller, Mathias Reimann, James Whitman, und Teilnehmer des Symposiums „Zukunftsfragen der Rechtsvergleichung“ in Hamburg, 26. November 2015.

2.	Materielle Vergleichbarkeit .....	73
a)	Erfahrungen aus der „intersystemaren“ Rechtsvergleichung .....	73
b)	Religiöse Elemente im staatlichen Recht? .....	74
3.	Vergleichskonstellationen .....	75
a)	Interreligiöse Rechtsvergleichung .....	75
b)	Intrareligiöse Rechtsvergleichung .....	76
c)	Vergleichung zwischen religiösem und staatlichem Recht .....	78
V.	Postsäkulare Rechtsvergleichung: Anwendungsbeispiele .....	78
1.	Postsäkulares Familienrecht .....	79
a)	Säkulares Familienrecht .....	79
b)	Postsäkulares Familienrecht: Fragen .....	80
c)	Postsäkulares Familienrecht: Modelle .....	83
2.	Islamic Finance .....	85
a)	Islamic Finance als Phänomen .....	85
b)	Islamisches Vertragsrecht .....	87
c)	Islamic Finance als Rechtsgebiet .....	88
aa)	Schariakonformität als Frage der Ethik? .....	89
bb)	Schariakonformität als Vertragsrisiko? .....	90
cc)	Schariakonformität als Frage nichtstaatlichen Rechts .....	91
d)	Umgehung? .....	92
e)	Sharia Boards als privatisierte Finanzaufsicht? .....	93
3.	Kollisionsrecht der religiösen Rechte .....	94
a)	Das Verhältnis zwischen Staat und Religion als Rechtskollision .....	94
b)	Staatliches Recht aus Sicht des religiösen Rechts .....	96
c)	Die Lösung von Rechtskollisionen .....	98
VI.	Zusammenfassung in Thesen .....	99

## I. Einleitung

Die größte Herausforderung für die heutige Rechtsvergleichung liegt zweifellos im Umgang mit sogenannten religiösen Rechten.<sup>1</sup> Hunderttausende Ehen in der Welt werden nach den Regeln eines religiösen Rechts geschlossen (und viele nach den Regeln desselben Rechts geschieden). Millionen von Euro

---

<sup>1</sup> Unter „religiösen Rechten“ verstehe ich für diesen Aufsatz solche Rechte, die Geltung und Inhalt (jedenfalls zum Teil) nicht vom Staat sondern aus einer Religion herleiten. Nicht umfasst ist dabei einerseits staatliches Recht, selbst wenn es sich – wie in einigen mehrheitlich islamischen Staaten – als religiös (in diesem Fall islamisch) versteht (siehe unten II.2.). Nicht umfasst sind dabei andererseits Gewohnheitsrechte wie etwa afrikanische Stammesrechte. Gemeint sind also insbesondere jüdisches und islamisches Recht, daneben aber auch etwa hinduistisches und buddhistisches Recht und andere (siehe unten bei Fn. 3–11). Eine solche Definition ist nicht unproblematisch. Sie setzt voraus, dass ein neutraler und umfassender Begriff der Religion existiert. Genau das aber ist in der vergleichenden Religionswissenschaft und auch der Religionssoziologie in den letzten Jahrzehnten zweifelhaft geworden. Die Auswirkungen dieser Definitionsprobleme auf die Rechtsvergleichung müssen anderswo umfassend diskutiert werden. Siehe einstweilen unten bei Fn. 137.

werden implizit oder explizit nach religiösem Recht vererbt. Milliarden von Euro werden nach religiösen Regeln investiert. In Kanada und England diskutiert man die Anerkennungsfähigkeit der Entscheidungen religiöser Schiedsgerichte, in Deutschland fürchtet man eine religiöse Paralleljustiz. In Indien hofft man auf eine Stärkung des Hindu-Rechts; in den USA verlangen fundamentalistische Christen eine stärkere Berücksichtigung christlicher Prinzipien im Recht. Jüdisches Recht erlebt eine Renaissance in der Rechtstheorie. Schon die bloße Erwähnung des Worts Scharia, als Bezeichnung des islamischen Rechts, macht Menschen in westlichen Ländern nervös.

Die Rechtsvergleichung spürt die Bedeutung der religiösen Rechte,<sup>2</sup> aber sie weiß nicht recht, was sie damit anfangen soll. Religiöse Rechte werden behandelt, aber meist am Rande – als „sonstige Rechte“ in der Makrovergleichung, als „ganz andere Perspektiven“ in der Mikrovergleichung. Im Großen und Ganzen sind religiöse Rechte für die Rechtsvergleichung immer noch mehr Ornament denn echtes Objekt. Das Erstarken religiöser Rechte wird als Problem für das Recht eingeordnet und bearbeitet: die Rechtsvergleichung fragt, wie staatliches Recht mit religiösen Rechten umgehen soll, aber nicht, was diese religiöse Rechte selbst sagen.

Diese Diskrepanz zwischen tatsächlicher Bedeutung und wissenschaftlicher Behandlung ist ein Problem. Freilich reicht es nicht aus, einfach zu verlangen, dass die Rechtsvergleichung den religiösen Rechten stärkere Aufmerksamkeit schenkt. Es gibt Gründe für die Schwierigkeiten, die die Rechtsvergleichung mit religiösen Rechten hat, und diese Gründe müssen erkannt werden. Nötig ist zum einen ein besseres Verständnis dessen, was wir unter religiösen Rechten verstehen, und insbesondere, was ihr religiöser Charakter für die Rechtsvergleichung bedeutet. Nötig ist zum anderen aber auch eine Besinnung darauf, wie sich die Rechtsvergleichung als Disziplin selbst umstellen muss, wenn sie religiöse Rechte adäquat vergleichen will.

Im Folgenden möchte ich entwerfen, wie das geschehen könnte. Ich nenne meinen Ansatz postsäkulare Rechtsvergleichung, um anzudeuten, worum es geht: eine Rechtsvergleichung, die das Verhältnis zwischen säkularem und religiösem Recht verarbeiten kann, ohne selbst Stellung beziehen zu müssen zwischen Säkularität und Religion. Dabei kann hier vieles nur angedeutet werden. Es geht um nicht mehr (aber auch nicht weniger) als den Entwurf einer Methode und den Abriss eines Forschungsprogramms. Geliefert werden

---

<sup>2</sup> Das Thema der 35. Jahrestagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Bayreuth (2015) war „Religion, Werte und Recht“. Die Beiträge sind mittlerweile veröffentlicht in *U. Kischel* (Hg.), *Religiöses Recht und religiöse Gerichte als Herausforderung des Staates: Rechtspluralismus in vergleichender Perspektive* (2016). Siehe den Tagungsbericht von *E. Lohse*, RW 2015, 359. Das Thema der Jahrestagung 2017 der American Society of Comparative Law an der American University in Washington DC soll sein „Comparative Law, Faith and Religion: the Role of Faith in Formulation, Development and Application of Law“.



mehr Fragen als Antworten, mehr Hypothesen als Nachweise, mehr Ideen als Einsichten. Viel bleibt zu tun.

Die Analyse beginnt in Teil II mit einer Bestandsaufnahme der marginalen Rolle, die religiöse Rechte in der heutigen Rechtsvergleichung spielen. Diese marginale Rolle lässt sich auf drei Gründe zurückführen: die Fokussierung der Rechtsvergleichung auf staatliche Rechte, das Verständnis religiöser Rechte als vormodern, und schließlich eine angenommene Unvereinbarkeit von weltlichem und religiösem Recht. Als Antwort auf diese Probleme wird sodann in Teil III die Idee einer postsäkularen Rechtsvergleichung entwickelt. Inspiriert von Habermas' Vorschlägen zum Umgang mit der Religion in der postsäkularen Gesellschaft baut postsäkulare Rechtsvergleichung insbesondere auf zwei Elementen auf, die diskutiert werden: der Anerkennung religiöser Rechte als Rechte, und der Übersetzung zwischen religiösrechtlicher und säkularrechtlicher Sprache zur Herstellung der Vergleichbarkeit. Die Vergleichbarkeit wird dann in Teil IV ausgeführt, und zwar in formaler und in substantieller Hinsicht. Formal muss im religiösen Recht getrennt werden zwischen den Ebenen des Juristenrechts, des offenbarten Rechts und der Offenbarung selbst, die ihre Äquivalente im säkularen Recht in einfachem Recht, Verfassungsrecht und Grundnorm finden. Substantiell geht es darum, ob der religiöse Inhalt des religiösen Rechts der Vergleichung entgegensteht. Daraus ergeben sich drei Vergleichskonstellationen – Vergleichung zwischen religiösen Rechten, innerhalb religiöser Rechte, und religiösen Rechts mit staatlichem Recht – von denen die letzte am wichtigsten ist.

Bis dahin bleibt der Artikel theoretisch. In Teil V finden sich dagegen drei Anwendungsbeispiele, in denen angedeutet wird, was postsäkulare Rechtsvergleichung leisten könnte. Das erste Beispiel betrifft das postsäkulare Familienrecht und die Frage, wie religiöses Recht hier einbezogen werden kann. Im zweiten Beispiel wird die Islamic Finance aus spezifisch rechtsvergleichender Perspektive als Rechtsordnung eigener Art diskutiert und verglichen. Schließlich geht es in einem dritten Beispiel um die Rekonzeptualisierung des Verhältnisses zwischen Staat und Religion als ein Kollisionsrecht. Dieses Verständnis ermöglicht es insbesondere, nicht nur die Position des Staates zu analysieren, sondern auch die Kollisionsnormen der religiösen Rechte in den Blick zu nehmen und mit einander zu vergleichen. Beschlossen wird der Aufsatz mit einer Liste der wichtigsten Ergebnisse als Thesen (Teil VI).

## II. Die Marginalisierung religiöser Rechte in der Rechtsvergleichung

### 1. Religiöse Rechte in der Rechtsvergleichung heute

Wenn die Rechtsvergleichung heute aufgefordert ist, sich mit den zurückgekehrten religiösen Rechten zu befassen, so tut sie das zwar, aber sie tut es zögerlich. Es gibt natürlich Einführungen in die wichtigsten religiösen Rechte:<sup>3</sup> das islamische Recht vor allem,<sup>4</sup> daneben aber auch jüdisches Recht,<sup>5</sup> christliches Recht,<sup>6</sup> Hindu-Recht,<sup>7</sup> buddhistisches Recht,<sup>8</sup> sowie das Recht

---

<sup>3</sup> Eine Bibliographie englischsprachiger Texte und Websites findet sich unter <[www.nyulawglobal.org/globalex/Religious\\_Legal\\_Systems1.html](http://www.nyulawglobal.org/globalex/Religious_Legal_Systems1.html)>.

<sup>4</sup> An Einführungstexten zum islamischen Recht herrscht kein Mangel. Siehe auf Deutsch vor allem *M. Rohe*, *Das islamische Recht: Geschichte und Gegenwart* (3. Aufl., 2011); erweiterte und aktualisierte englische Ausgabe: *Islamic Law in Past and Present* (2015). Ein historischer Abriss bis zur Gegenwart ist *W.B. Hallaq*, *An Introduction to Islamic Law* (2009); vgl. auch *ders.*, *Shari'a: Theory, Practice, Transformations* (2009); *ders.*, *The Origins and Evolution of Islamic Law*. Umfassend *P. Bearman/R. Peters* (Hg.), *The Ashgate Research Companion to Islamic Law* (2014); *A. Emon/R. Ahmed* (Hg.), *The Oxford Handbook of Islamic Law* (2015). Auf Französisch siehe insb. *B. Dupret*, *La charia: Des sources à la pratique, un concept pluriel* (2014); *ders.*, *La Charia aujourd'hui: Usages de la reference au droit islamique* (2014).

<sup>5</sup> Angekündigt ist *W. Homolka/S. Shetreet*, *Einführung in das jüdische und israelische Recht* (2017); vgl. einstweilen *W. Homolka*, *Das jüdische Recht: Eigenart und Entwicklung in der Geschichte*, *Humboldt Forum Recht* 2009, 251 ff. – <[www.humboldt-forum-recht.de/deutsch/17-2009/index.html](http://www.humboldt-forum-recht.de/deutsch/17-2009/index.html)>. Siehe auch *A. Cohen*, *Introduction to Jewish Civil Law* (1994); *M. Levittes*, *Jewish Law – An Introduction* (1994); *C. Saiman*, *Halakhah: The Rabbinic Idea of Law* (im Erscheinen). Umfassend *M. Elon*, *Jewish Law – History, Sources, Principles* (4 Bände, 1994).

<sup>6</sup> Zum historischen Recht der Bibel (hier ist oft das jüdische Recht mitumfasst) etwa *D. Daube*, *Studies in Biblical Law* (1969); *C. Carmichael*, *The Spirit of Biblical Law* (1996). Zum kanonischen Recht etwa historisch *R.H. Helmholz*, *Kanonisches Recht und Europäische Rechtskultur* (2014); interkonfessionell vergleichend *N. Doe*, *Christian Law: Contemporary Principles* (2013). Zu christlichen Perspektiven auf das geltende Recht, eingeschlossen der Einfluss des Christentums: *J. Witte, Jr./F.S. Alexander* (Hg.), *Christianity and Law: An Introduction* (2008).

<sup>7</sup> Zum historischen Hindurecht insb. *D.R. Davis, Jr.*, *The Spirit of Hindu Law* (2010). Umstritten ist unter Wissenschaftlern, in welchem Maße Hindurecht als gelebtes Recht heute besteht. Siehe einerseits *W. Menski*, *Hindu Law – Beyond Tradition and Modernity* (2008) und andererseits die sehr kritische Bespr. von *D.R. Davis, Jr.*, *Traditional Hindu Law in the Guise of „Postmodernism“*, *Mich. J. Int'l L.* 25 (2004); ferner *R.T. Lubin/D.R. Davis, Jr./J.K. Krishnan* (Hg.), *Hinduism and Law: An Introduction* (2010); vgl. dazu *A. Parashar*, *Religious personal laws as non-state laws: implications for gender justice*, *Journal of Legal Pluralism* 45 (2013), 5.

<sup>8</sup> Siehe etwa das Themenheft „Buddhism and Law“ des *Journal of the International Association of Buddhist Studies* 18:1 (1995); *R. French u.a.*, *Law, Buddhism, and Social*

kleineren Religionen wie des Zoroastrismus<sup>9</sup> der Jain<sup>10</sup> oder der Baha'i.<sup>11</sup> Aber diese sind meistens nicht, oder nur ganz unvollständig, vergleichend angelegt.<sup>12</sup> Soweit es echte Vergleiche gibt, findet diese zum großen Teil außerhalb der Rechtsvergleichung statt, insbesondere in der vergleichenden Religionswissenschaft, und oft als Vergleich ethischer, nicht rechtlicher Normen.<sup>13</sup>

Nun muss man sagen, dass manche neuere Veröffentlichungen zur Rechtsvergleichung zumindest einigen religiösen Rechten etwas mehr Raum geben. Uwe Kischels neues Lehrbuch zur Rechtsvergleichung etwa enthält ein Kapitel zum islamischen Recht, in dessen Zusammenhang auch Hindurecht und kanonisches Recht diskutiert werden.<sup>14</sup> Der „Cambridge Companion to Comparative Law“ enthält Kapitel zur jüdischen und zur islamischen Rechtstradition.<sup>15</sup> In Patrick Glenns „Legal Traditions of the World“ sind drei der sieben von ihm diskutierten Traditionen religiös, nämlich die jüdische (von ihm talmudisch genannte), die islamische, und die hinduistische Tradition.<sup>16</sup> Und in Werner Menskis „Comparative Law“ spielt religiöses Recht schon wegen der Fokussierung auf das Recht Asiens und Afrikas eine wichtige Rolle.<sup>17</sup>

---

Change: A Conversation with the 14<sup>th</sup> Dalai Lama, September 20-21, 2006, Buff. L. Rev. 55 (2007), 635–735; R. French, What is Buddhist Law? – Opening Ideas, Buff. L. Rev. 63 (2015), 833–872; dies./M.A.Nathan (Hg.), Buddhism and Law: An Introduction (2014).

<sup>9</sup> M. Macuch, „Vorislamisches iranisches Recht“, in: L. Paul (Hg.), Handbuch der Iranistik (2013), 123–132; dies., „Law in Pre-modern Zoroastrianism“, in: M. Stausberg/Y. Sohrab-Dinshaw Vavaina (Hg.), The Wiley Blackwell Companion to Zoroastrianism (2015), 289; M. Sharafi, Law and Modern Zoroastrians, in: Stausberg/Sohrab-Dinshaw Vavaina (diese Fn.), 299–312, beide m.w.N.

<sup>10</sup> W. Menski, Jaina law as an unofficial legal system, in: P. Fluegel (Hg.), Studies in Jaina History and Culture: Disputes and Dialogues (2006), 417; P. Fluegel, A Short History of Jaina Law, International Journal of Jaina Studies 3 (2007), 1.

<sup>11</sup> U. Schaefer, Das Recht der Religionsgemeinschaft der Bahā'ī: Grundlagen, Prinzipien und Strukturen, Kirche und Recht 4 (2001), 19–48.

<sup>12</sup> Vgl. aber etwa H. Cohen, Some notes on resemblances of Hebrew and English law, Jewish Quarterly Review 20 (1908), 784.

<sup>13</sup> Beispielhaft S.B. Twiss/B. Gelle (Hg.), Explorations in Global Ethics – Comparative Religious Ethics & Interreligious Dialogue (2000); siehe auch K. v. Stosch (Hg.), Wirtschaftsethik interreligiös (2014). In einem der wenigen rechtsvergleichenden Bücher zum Thema, beruhend auf einem 2000 in England gehaltenen Workshop, werden die Teilnehmer ausdrücklich als „friendly outsiders“ bezeichnet: A. Huxley, Introduction, in: ders. (Hg.), Religion, Law and Tradition: Comparative Studies in Religious Law (2000), 1, 5.

<sup>14</sup> U. Kischel, Rechtsvergleichung (2015), § 10.

<sup>15</sup> J.D. Bleich/A.J. Jacobson, The Jewish Legal Tradition, in: M. Bussani/U. Mattei (Hg.), The Cambridge Companion to Comparative Law (2012), 278–294; K. Abou El Fadl, The Islamic Legal Tradition, in: Bussani/Mattei (diese Fn.), 295.

<sup>16</sup> H.P. Glenn, Legal Traditions of the World (5. Aufl., 2014).

<sup>17</sup> W. Menski, Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa (2. Aufl., 2002).

Jedenfalls das islamische Recht wird auch in einigen anderen Lehrbüchern behandelt.

Trotz alledem stimmt im Großen und Ganzen noch das, was *Harold Berman* 2006 in seinem Beitrag zum *Oxford Handbook of Comparative Law* schrieb: „The scholarly literature on interrelationships of comparative law and religion is skimpy, to say the least“.<sup>18</sup> Dreierlei fällt auf. Erstens wird in rechtsvergleichenden Diskussionen zum religiösen Recht oft weit mehr Gewicht auf die Ursprünge und die frühe Entwicklung solcher Rechte gelegt als auf ihre heutige Bedeutung; wir lernen mehr über mittelalterliches islamisches Recht als zu den heutigen Diskussionen. Zweitens liegt dort, wo es um heutiges Recht geht, der Schwerpunkt oft auf dem kodifizierten, nicht dem gelebten Recht; wir lernen viel über die Personalstatute in Rechtsordnungen mit interner Rechtspaltung, aber wenig über religiöse Schiedsgerichtsbarkeit und die dort gefällten Entscheidungen, oder gar das in der religiösen Gemeinschaft praktisch gelebte Recht (*law in action*). Drittens taucht religiöses Recht meist nur in der Makrovergleichung auf; in der Mikrovergleichung, also wo es um spezifische Sachprobleme geht, sind religiöse Rechte regelmäßig nur ein Problem, das durch staatliches Recht zu lösen ist.

## 2. Religiöses Recht als nichtstaatliches Recht

Woran liegt das? Der vielleicht offensichtlichste Grund dafür, dass die religiösen Rechte vernachlässigt werden, liegt in der Beschränkung der Objekte moderner Rechtsvergleichung. Wenn etwa *Zweigert* und *Kötz* gleich zu Anfang ihres Lehrbuchs fast nebenbei schreiben, dass „die Rechtsvergleichung es mit dem Vergleichen verschiedener *nationaler* Rechtsordnungen zu tun hat“,<sup>19</sup> so scheinen sie eine Selbstverständlichkeit auszudrücken, die keiner Begründung bedarf. Moderne Rechtsvergleichung ist die Vergleichung moderner, und das heißt: staatlicher Rechte.<sup>20</sup>

### a) Marginalisierung

Das heißt zunächst: insoweit religiöses Recht nicht staatlich ist, wird es marginalisiert, und aus demselben Grund wird es auch für relativ marginal erach-

---

<sup>18</sup> *H.J. Berman*, *Comparative Law and Religion*, in: M. Reimann/R. Zimmermann (Hg.), *Oxford Handbook of Comparative Law* (2008), 739. Positiver das Verdikt bei *R. Zimmermann*, Einführung, in: ders. (Hg.), *Der Einfluss religiöser Vorstellungen auf die Entwicklung des Erbrechts* (2012), 1, 4 f.

<sup>19</sup> *K. Zweigert/H. Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts (3. Aufl., 1996), § 1.II, S. 4 (Hervorhebung nicht im Original).

<sup>20</sup> *R. Michaels*, *Transnationalizing Comparative Law*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 23 (2016), 352; *ders.*, *Transnational Law and Comparative Law*, in: P. Zumbansen (Hg.), *Oxford Handbook of Transnational Law* (im Erscheinen).

tet. Das gilt für das jüdische Recht,<sup>21</sup> für buddhistisches Recht, aber auch für das kanonische Recht.<sup>22</sup> Selbst das Hindu-Recht wird so für unwichtig gehalten, weil es eben nur zu einem geringen Grade staatliches Recht sei.<sup>23</sup>

Für das kanonische Recht mag diese Behauptung der Marginalität zutreffen; es verzichtet (mittlerweile) auf die Regelung weiter Bereiche, die der Staat regelt. Für andere religiöse Rechte stimmt das aber nicht so einfach. So ist kaum ernsthaft zu bestreiten, dass etwa jüdisches Recht eine wichtige Rolle für große Teile der jüdischen Bevölkerung in aller Welt spielt, schon weil die jüdische Religion in so starkem Maße rechtlich konstituiert ist. Das gleiche gilt für islamisches Recht, und zwar auch für Muslime außerhalb islamischer Staaten.

Nun ist man sich bewusst, dass islamisches Recht auch in westlichen Staaten von Bedeutung ist. In Deutschland spricht man von der Gefahr einer Paralleljustiz.<sup>24</sup> In den USA haben mehrere Staaten ihr Recht dahingehend geändert, dass ausländisches Recht keine Rolle mehr spielen dürfe<sup>25</sup> – gemeint ist damit implizit oft islamisches Recht.<sup>26</sup> Teilweise versucht man, dem islamischen Recht eine begrenzte Autonomie zuzugestehen, so etwa im (letztlich gescheiterten) Versuch, in Ontario islamische Familienschiedsgerichtsbarkeit zuzulassen,<sup>27</sup> oder aber auch in der durch den Erzbischof von Canterbury ausgelösten Debatte zur Rolle islamischen Rechts im Vereinigten Königreich.<sup>28</sup> Was aber sogar in diesen Debatten auffällt, ist, wie selten das religiöse Recht in westlichen Staaten als eigenständiges Recht inhaltlich ernstgenommen und analysiert wird.

Dieses Bild wird nicht dadurch wesentlich geändert, dass die Rechtsvergleichung durchaus Rechte mit personaler Rechtspaltung als solche behandelt. Gewiss lernen wir, dass es etwa in Indien und Israel religiöse Rechte gibt, dass etwa Muslime in diesen Staaten in einigen Bereichen speziellem Recht und auch speziellen Gerichten unterworfen sind. Aber die Rechtsvergleichung bleibt häufig dabei stehen, den gespaltenen Charakter dieser staatlichen Rechtsordnungen festzustellen, anstatt den Inhalt der Personalstatute selbst zu untersuchen.

---

<sup>21</sup> Kischel (Fn. 14), § 10.172.

<sup>22</sup> Kischel (Fn. 14), § 10.191.

<sup>23</sup> Kischel (Fn. 14), § 9.244.

<sup>24</sup> J. Wagner, Richter ohne Gesetz: Islamische Paralleljustiz gefährdet unseren Rechtsstaat (2011).

<sup>25</sup> Überblick unter <[www.ncsl.org/research/civil-and-criminal-justice/-state-resources-on-the-prohibition-of-the-use-of-foreign-law-in-state-courts.aspx](http://www.ncsl.org/research/civil-and-criminal-justice/-state-resources-on-the-prohibition-of-the-use-of-foreign-law-in-state-courts.aspx)> (Dokument v. 13.4.2015).

<sup>26</sup> Das explizite Verbot der Scharia verstößt gegen das Gebot der staatlichen Neutralität in Religionsfragen: *Awad v. Ziriax*, 670 F.3d 1111 (2012).

<sup>27</sup> Siehe dazu die Beiträge in A. Korteweg/J. Selby (Hg.), *Debating Sharia: Islam, Gender Politics, and Family Law Arbitration* (2012).

<sup>28</sup> Vgl. die Beiträge in R. Griffith-Jones (Hg.), *Islam and English Law* (2013).

### b) Verstaatlichung

Wenn religiöses Recht in der Rechtsvergleichung eine Rolle spielt, dann meist als verstaatlichtes Recht. So lässt sich hinduistisches Recht im Rahmen des indischen Rechts behandeln;<sup>29</sup> das jüdische Recht etwas ungenau als das Recht Israels,<sup>30</sup> islamisches Recht kann als das Recht islamischer Staaten eine bedeutende Rolle spielen.<sup>31</sup> Diese Verstaatlichung religiöser Rechte bringt aber ihre eigenen Probleme mit sich. In Indien ist Hindu-Recht nur eine von vielen Rechtsordnungen in Indien. Auch in Israel, das sich als jüdischer Staat sieht, konnten sich die säkularen Zionisten bei der Gründung Israel weitgehend mit ihrer Forderung nach einer säkularen Rechtsordnung für den neuen Staat durchsetzen.<sup>32</sup>

Letztlich ist es selbst mit islamischem Recht nicht anders. Zugegeben, es ist nicht nur Daesch, der selbsternannte Islamische Staat, der den Zusatz islamisch im Namen trägt,<sup>33</sup> das gilt auch etwa für die islamischen Republiken Pakistan, Mauretanien, Iran, Afghanistan und neuerdings Gambia. Zudem findet sich das islamische Recht als wichtige Rechtsquelle und gleichzeitig Begrenzung der Gesetzgebung in den Verfassungen zahlreicher Staaten mit mehrheitlich islamischer Bevölkerung.<sup>34</sup> Dennoch ist es eine problematische Simplifizierung, das Recht solcher Staaten einfach als „islamisch“ zu deklarieren – zumindest dann, wenn das als Gegensatz zum Recht westlicher Staaten gemeint ist. Nicht nur beruht ein Großteil des Rechts islamischer Staaten auf Transfers (*legal transplants*) aus westlichen Rechtsordnungen und kann schon insofern nicht rein islamisch genannt werden.<sup>35</sup> Die Rechtsordnungen islamischer Staaten sind so gesehen Mischrechtsordnungen. Hinzu kommt ein weiteres Problem. Wenn das Recht islamischer Staaten mit religiösem Recht

---

<sup>29</sup> *Zweigert/Kötz* (Fn. 19), § 23, S. 306–313; *Kischel* (Fn. 14), §§ 9.235–244.

<sup>30</sup> *M. Müller-Chen/C. Müller/C. Widmer Lüchinger*, *Comparative Private Law* (2015), 411–424. Genauer heißt der Abschnitt „Legal Systems Influenced by Religion“ (ebenda 349), mit dieser Definition ist aber im Grunde jedes Recht umfasst. (Meine Kritik bezieht sich hier auf den Titel, nicht den Inhalt des Abschnitts.)

<sup>31</sup> *Zweigert/Kötz* (Fn. 19), § 22, S. 296–305.

<sup>32</sup> Siehe zur Diskussion etwa die Beiträge in: *F. Oz-Salzberger/Y.Z. Stern* (Hg.), *The Israel Nation-State: Political, Constitutional, and Cultural Challenges* (2014).

<sup>33</sup> Die angebliche Grundlage des islamischen Staats im islamischen Recht ist ein beliebtes Thema für Journalisten: *G. Wood*, *What ISIS Really Wants*, *The Atlantic* (March 2015), <<http://www.theatlantic.com/magazine/archive/2015/03/what-isis-really-wants/384980/>>; siehe dagegen etwa *A. Duderija*, *The “Islamic State” as Proponent of Neo-ahl ḥadīth Manhāj on Gender Related Issues*, *Hawwa* 13 (2015), 198.

<sup>34</sup> Dazu *C.B. Lombardi*, *Constitutional Provisions making sharia “a” or “the” chief source of legislation: where did they come from? What do they mean? Do they matter?*, *Am. U. Int’l L.Rev.* 28 (2013), 737.

<sup>35</sup> Gute Diskussion bei *H.A. Hamoudi*, *The Death of Islamic Law*, *Ga. J. Int’l & Com. L.* 38 (2010), 293; siehe schon *L. Abu-Odeh*, *The Politics of (Mis-)recognition: Islamic Law Pedagogy in American Academia*, *Am. J. Comp. L.* 52 (2004), 789 ff.

gleichgesetzt wird, verstellt das für uns den Blick darauf, dass gerade auch in mehrheitlich islamischen Staaten staatliches Recht und nichtstaatliches religiösem Recht oft im Konflikt stehen.<sup>36</sup>

c) *Religiöses Recht als nichtpositives Recht*

Hinzu kommt ein weiteres. Selbst wo religiöse Rechte in der Rechtsvergleichung als nichtstaatliche Rechte auftauchen, werden sie ganz weitgehend wie staatliche Rechte behandelt. Genauer: sie werden so behandelt, wie staatliche Rechte im 19. Jahrhundert, zu Zeiten der *législation comparée* behandelt wurden: streng positivistisch.

Das bedeutet erstens, dass die Rechtsvergleichung sich wesentlich auf die Interpretation von Texten beschränkt, also *law in the books* im Auge hat, anstatt *law in action*. Wir lernen viel über den Inhalt des Korans, weit weniger über seine heutige Anwendung. Juristen, die den Umgang mit modernen westlichen Gesetzen gelernt haben, sollten wissen, wie wenig ein Gesetzestext allein über die Wirklichkeit des Rechts aussagt. Dennoch meinen erstaunlicherweise viele offenbar immer noch, den Inhalt eines ihnen fremden Rechts allein aufgrund ihrer Lektüre von Quellen bestimmen zu können, die viele hundert Jahre alt sind. Anders als bei der Vergleichung westlicher Rechte, die die Rechtsprechung als wesentliche Quelle akzeptiert hat, wird bei religiösen Rechten existierende Rechtsprechung ganz oft marginalisiert oder sogar ignoriert – selbst dort, wo sie zugänglich wäre. Kaum mehr Aufmerksamkeit wird den Meinungen heutiger Rechtsgelehrter geschenkt. Das alte antisemitische Klischee von Juden und Arabern, die blind dem Gesetz folgen und nicht unabhängig davon denken können, bricht unterbewusst immer noch durch.

Freilich bietet religiöses Recht – wie auch andere nichtstaatliche Rechte<sup>37</sup> – besondere Probleme: Religiöses Recht wird oft eher gelebt als judiziert, und man braucht daher soziologische, nicht nur dogmatische Analysen. Wirkliches Verständnis des *law in action* müsste also über die Quellen hinausgehen und das tatsächliche Recht in der Gesellschaft erforschen. Das ist problematisch, weil vielen Rechtsvergleichern die notwendige rechtssoziologische und -anthropologische Expertise fehlt.

---

<sup>36</sup> Die Frage, ob Staat und Islam mit einander vereinbar sind, beschäftigt weiterhin Wissenschaft und Politik; siehe etwa für Argumente grundsätzlicher Unvereinbarkeit aus islamischer Sicht A.A. *An-Na'im*, *Islam and the Secular State: Negotiating the Future of Shari'a* (2008); W.B. *Hallaq*, *The Impossible State: Islam, Politics, and Modernity's Predicament* (2014).

<sup>37</sup> R. Michaels, Was ist nichtstaatliches Recht?, Eine Einführung, in: G.-P. Calliess (Hg.), *Transnationales Recht: Stand und Perspektiven* (2014), 39.

### 3. Religiöses Recht als Recht niederer Entwicklungsstufe?

Dass religiöses Recht nichtstaatlich ist, ist allerdings nicht der einzige Grund dafür, dass die Rechtsvergleichung sich mit religiösen Rechten schwertut. Verbunden mit der Nichtstaatlichkeit ist die Annahme (implizit oder explizit), religiöse Rechte stünden auf einer niedrigeren Entwicklungsstufe als westliche staatliche Rechte und seien deshalb nicht gut zu vergleichen.

Das war nicht immer so. Bis zum 19. Jahrhundert spielten religiöse Rechte eine wichtige Rolle in der Rechtsvergleichung. Freilich zeigt sich schon im Fortschrittsdenken des 19. Jahrhunderts eine kategorische Entgegensetzung von fortschrittlichem westlich-säkularem Recht einerseits und (angeblich) unwandelbarem religiösen Recht andererseits. *Jhering* etwa stellt das westliche Recht, das Recht und Religion trennen kann, als einen Fortschritt dar, und setzte dem einen Orient entgegen, der „die Dogmen, Satzungen, Pflichten der Religion in die Fesseln des Rechts“ schlägt.<sup>38</sup> Verwissenschaftlicht wird dieser Gedanke bei *Max Weber*, dessen (vergleichend angelegte) Rechtssoziologie sich ganz maßgeblich mit religiösen Rechten befasst.<sup>39</sup> Weber entwirft einen Prozess der Rationalisierung, in dem das rationale, von Religion und Moral getrennte Recht westlicher Staaten auf einer höheren Entwicklungsstufe steht als das religiöse Recht mit seiner von ihm so genannten „Kadi-Justiz“.<sup>40</sup>

Obwohl die Idee eines einheitlichen Fortschritts zweifelhaft geworden ist, ist der Gedanke der Rückständigkeit religiösen Rechts auch heute noch weit verbreitet, wenn auch häufig nur implizit. Insbesondere zum islamischen Recht heißt es häufig, dass es in der Entwicklung hinter dem westlichen Recht zurückgeblieben sei. *Timur Kuran* etwa hat die vielbeachtete These entwickelt, das islamische Recht sei schuld am Rückstand islamischer Länder.<sup>41</sup> Allgemein fordert man eine islamische Aufklärung und auch eine Übernahme der westlichen Idee der Trennung von Staat und Religion.<sup>42</sup> Man verlangt also vom nichtwestlichen religiösen Recht, dass es einen Modernisierungsschritt nachholt, den das westliche Recht bereits vollzogen habe.

---

<sup>38</sup> *R. v. Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung Theil II.1 (3. Aufl., 1874) § 24 (S. 26); vgl. auch ebenda § 30 (S. 131).

<sup>39</sup> *M. Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (5. Aufl., 1972), 387–513.

<sup>40</sup> *M. Weber* (Fn. 39), 563. Zur Nutzung der Kadijustiz als Abgrenzungskriterium siehe *I. Rabb*, Against Kadijustiz: On the Negative Citation of Foreign Law, Suffolk U. L. Rev. 48 (2015) 343–377.

<sup>41</sup> *T. Kuran*, The Long Divergence: How Islamic Law Held Back the Middle East (2012).

<sup>42</sup> Das ist eine spezifisch auf das Recht bezogene Variante der allgemeinen These, dass die islamische Welt durch das Ausbleiben der Säkularisierung zurückgeworfen werde: *D. Diner*, Versiegelte Zeit: Über den Stillstand in der islamischen Welt (2007); *H. Abdel-Samad*, Der Untergang der islamischen Welt – Eine Prognose (2011).



Diese Entgegensetzung von „modernem“ westlich-säkularem Recht einerseits und zurückgebliebenem religiösen Recht andererseits hat maßgeblich zur Marginalisierung religiöser Rechte geführt. Wenn man annimmt, wie es vielfach geschieht, dass nur Rechtsordnungen auf derselben Entwicklungsstufe vergleichbar seien,<sup>43</sup> müssen religiöse Rechte notwendig aus der Vergleichung herausfallen. Die moderne Rechtsvergleichung, wie sie sich insbesondere seit dem Pariser Kongress von 1900 entwickelt hat,<sup>44</sup> verengt, als spezifisch juristische Disziplin, ihren Blick ganz wesentlich auf europäische und europäisch geprägte Rechte. Insbesondere die Vergleichbarkeit zwischen *civil law* und *common law* wird nun wichtig, ebenso der Export europäischen Rechts in andere Staaten. Die traditionell nichteuropäischen Rechte werden dagegen nunmehr in einer Ausdifferenzierung der Rechtswissenschaften anderen, häufig neu gebildeten Disziplinen zugewiesen; neben der Rechtssoziologie insbesondere der Rechtsethnologie und auch der Religionswissenschaft. (Und *Weber* selbst spielt, erstaunlicherweise, in der Rechtsvergleichung kaum noch eine Rolle.<sup>45</sup>)

#### a) *Der marginalisierte Einfluss*

Allerdings waren religiöse Rechte nicht immer rückständig. Dass das kanonische Recht im Mittelalter entwickelter war als das weltliche Recht und dieses maßgeblich beeinflusst hat, ist bekannt,<sup>46</sup> wenn es auch erstaunlicherweise nicht oft diskutiert wird.<sup>47</sup> Noch weniger bekannt, vielleicht auch weniger bedeutsam, ist der direkte Einfluss des jüdischen Rechts auf das westlich-staatliche Recht, also ohne den Zwischenschritt des christlichen Rechts.<sup>48</sup>

---

<sup>43</sup> *G. Radbruch*, Über die Methode der Rechtsvergleichung, *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform* 2 (1905/06), 422–425.

<sup>44</sup> In Paris spielten auch religiöse Rechte eine Rolle. Siehe *M. Rapaport*, *L'esprit du Talmud et son influence sur le droit judaïque*, in *Congrès international de droit compare tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900: Procès-verbaux des séances* (1905) 310–316. Von Rapaport stammt auch eine der wenigen monographischen Behandlungen religiösen Rechts als Kategorie: *M. Rapaport*, *Das religiöse Recht und dessen Charakterisierung als Rechts-theologie* (1913).

<sup>45</sup> Siehe aber etwa *A. Riles*, *Comparative Law and Socio-legal Studies*, in: Reimann/Zimmermann (Fn. 18), 775.

<sup>46</sup> Grundlegend *H.J. Berman*, *Recht und Revolution: Die Bildung der westlichen Rechts-tradition* (1991); *ders.*, *Law and Revolution II: The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition* (2003); daneben etwa *O. Condorelli/Y. Mauten/F. Roumy/M. Schmoekel* (Hg.), *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur* (5 Bände, 2009/2012/2014/2016).

<sup>47</sup> So auch *Berman* (Fn. 18), 740.

<sup>48</sup> Zweifelnd *H.J. Berman*, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition* (1983), 588. Für solchen Einfluss aber etwa *N. Isaacs*, *The influence of Judaism on Western law*, in: *The legacy of Israel* (Oxford, 1927), 377; *E. Grafman*, *Influence of Mosaic Law upon Current Legal Systems*, *J. Marshall L.Q.* 2 (1936–37), 351; *C. Auerbach*,

Sicherlich unterschätzt ist dagegen, jedenfalls in weiten Teilen der Rechtsvergleichung, der Einfluss des islamischen Rechts auf das europäische.<sup>49</sup> So meinen einige, den *trust* des *common law* auf den islamischen *waqf* zurückführen zu können.<sup>50</sup> Auch das europäische Gesellschaftsrecht findet jedenfalls zum Teil Ursprünge im islamischen Recht; jedenfalls ist die Kommende höchstwahrscheinlich von der islamischen *mudharaba* beeinflusst.<sup>51</sup> Weitere Institutionen des westlichen Rechts sind vielleicht vom islamischen Recht beeinflusst, so etwa die *Inns of Court* des *common law*<sup>52</sup> und vielleicht sogar das *trial by jury*.<sup>53</sup>

Diese weitgehende Ignorierung und Marginalisierung der Einflüsse religiösen Rechts ist nicht zufällig. Sie ist zu einem großen Teil konstitutiv für die westliche Rechtstradition – und eben aus diesem Grunde problematisch.<sup>54</sup> Es gehört maßgeblich zum Selbstverständnis des europäischen Rechts, dass es im Rahmen von Aufklärung und Säkularisierung die Dominanz der Religion überwunden hat. Das kanonische Recht blieb akzeptabel für das säkulare Recht, weil es sich auf den innerkirchlichen Bereich beschränkte. Das jüdische Recht dagegen war im 19. Jahrhundert das Objekt wütender Polemiken, weil es, nach Ansicht aufgeklärter christlicher Juristen, den Juden bei der Emanzipation und Modernisierung im Wege stand, die die Christen bereits

---

The Talmud – A Gateway to the Common Law, *Western Reserve L.Rev.* 3 (1951), 5; für eine spezielle Regelung *M.J. Brody*, *The Hidden Influence of Jewish Law on the Common Law: One Lost Example*, *Emory L.J.* 57 (2008), 1403.

<sup>49</sup> Siehe dazu etwa *J.A. Makdisi*, *The Islamic Origins of the Common Law*, *N.C.L.Rev.* 77 (1998–99), 1635–1739; *R. Sakrani*, *The Law of the Other: An unknown Islamic chapter in the legal history of Europe*, *Rechtsgeschichte* 22 (2014), 90, insb. 97 ff.; ferner *R. Potz*, *Islam und islamisches Recht in der europäischen Rechtsgeschichte* (2011), <[www.ieg-ego.eu/potzr-2011a-de](http://www.ieg-ego.eu/potzr-2011a-de)> (erschienen 11.1.2011).

<sup>50</sup> *M.M. Gaudiosi*, *The Influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England: The Case of Merton College*, *Penn. L.Rev.* 136, No. 4 (1988), 1231; *A. Avini*, *The Origins of the Modern English Trust Revisited*, *Tul.L.Rev.* 70 (1995–96), 1139; *G. P. Verbit*, *The Origins of the Trust* (2002).

<sup>51</sup> *A.L. Udovitch*, *At the Origins of the Western Commenda: Islam, Israel or Byzantium?*, *Speculum* 37 (1962), 198; *J.H. Pryor*, *The Origins of the Commenda Contract*, *Speculum* 52 (1977), 5; *A.E. Lieber*, *Eastern Business Practises and Medieval European Commerce*, *The Economic History Review* 21 (1968), 230; vgl. auch *S. Aslanian*, *The Circulation of Men and Credit: The Role of the Commenda and the Family Firm in Julfan Society*, *Journal of the Economic and Social History of the Orient*, Vol. 50, No. 2/3, *Spatial and Temporal Continuities of Merchant Networks in South Asia and the Indian Ocean* (2007), 124, 127 f.

<sup>52</sup> *G. Makdisi*, *The Guilds of Law in Medieval Legal History: An Inquiry into the Origins of the Inns of Court*, *Zeitschrift für Geschichte der Arabisch-Islamischen Wissenschaften* 1 (1984), 233; wieder abgedruckt in *Clev. St. L.Rev.* 34 (1985–86).

<sup>53</sup> *J.A. Makdisi*, *The Islamic Origins of the Common Law*, *N.C.L.Rev.* 77 (1998–99), 1635, 1681–1695.

<sup>54</sup> Klassisch dazu *P.G. Monateri*, *Black Gaius – A Quest for the Multicultural Origins of the “Western Legal Tradition”*, *Hastings L.J.* 51 (2000), 479–556.

vollzogen hatten.<sup>55</sup> In der heutigen, häufig heftigen, Kritik des islamischen Rechts wiederholt sich dieser Topos: Wenn es heißt, der Islam müsse seine eigene Aufklärung unternehmen, wird Modernisierung über das europäische Modell definiert.

### b) *Die abgebrochene Modernisierung*

Selbst wenn es richtig sein sollte, dass religiöses Recht sich heute auf einer niedrigeren Entwicklungsstufe befinde, so verweist das auf eine auch für die Rechtsvergleichung relevante Entwicklung: die abgebrochene Modernisierung. Bis ins 18. und 19. Jahrhundert hinein nämlich waren verschiedene religiöse Rechte in einer Modernisierung begriffen, die derjenigen des weltlich-säkular-staatlichen Rechts in vielerlei Hinsicht entsprach – bis auf eben den Unterschied, dass sie nicht säkular waren. Die Diskussionen innerhalb des jüdischen Rechts des 19. Jahrhunderts etwa verlaufen über die ganze Bandbreite von ultraorthodox bis ausgesprochen liberal.<sup>56</sup> Auch das islamische Recht war im Begriff sich zu modernisieren: wir finden Professionalisierung, Rationalisierung, Systematisierung, Kodifikation (insbesondere in der *Majalla*, der osmanischen Kodifikation des islamischen Rechts), und sogar Verstaatlichung.<sup>57</sup> Diese Modernisierung erfolgte teilweise nach westlichem Vorbild, teilweise als eigenständige Entwicklung.

Indes ist diese Form der Modernisierung abgebrochen. Innerhalb westlicher Staaten hatten religiöse Rechte eine zunehmend marginale Stellung; hier bedeutete Modernisierung notwendig Säkularisierung. Diese Gleichsetzung von Modernisierung und Säkularisierung wurde nun auch in die europäischen Kolonien übertragen: Die europäische Entwicklungshilfe bei der Modernisierung beschränkte sich häufig darauf, das lokale religiöse Recht durch westlich-säkulares Recht zu ersetzen, anstatt ihm bei der eigenen Modernisierung zu helfen. Noch heute sehen wir diese Entwicklung häufig, sowohl im Recht der Menschenrechte als auch bei der Entwicklungshilfe durch die Weltbank und andere Institutionen. Religiöses Recht wird durch westlich-säkulares Recht ersetzt und lediglich in Teilbereichen, insbesondere im angeblich kulturintensiveren Familien- und Erbrecht, in eine „ethnische Nische“ verbannt.<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> A. Gotzmann, *Jüdisches Recht im kulturellen Prozess: Die Wahrnehmung der Halacha im Deutschland des 19. Jahrhunderts* (1997); K. Gerhardt, *Frühneuzeitliches Judentum und „Rabbinismus“ – Zur Wahrnehmung des jüdischen Rechts in den Zivilisationsdebatten der Aufklärung*, *trajectoires* 4 (2010), <[trajectoires.revues.org/474](http://trajectoires.revues.org/474)>.

<sup>56</sup> Vgl. Gotzmann (vorige Fn.).

<sup>57</sup> J.N.D. Anderson, *Codification in the Muslim World: Some Reflections*, *LabelsZ* 30 (1966), 241; S. Zubaida, *Law and power in the Islamic World* (2003).

<sup>58</sup> Begriff (zum Hindu-Recht) bei W. Menski, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Africa and Asia* (2. Aufl., 2006), 243; vgl. ebenda 199 zum Fundamentalismus als Reaktion.

Diese Gleichsetzung von Modernisierung mit Europäisierung hatte fatale Folgen für die religiösen Rechte. Wenn Modernisierung notwendig Säkularisierung bedeutete, dann blieb für Modernisierung innerhalb des religiösen Rechts kein Raum. Damit erstarkten notwendig im religiösen Recht die konservativen, reformfeindlichen Elemente. Dass religiöse Rechte heute oft so reaktionär wirken, ist insofern auch eine Folge der Kolonialisierung. Insofern jedenfalls muss der religiöse Fundamentalismus, der sich in allen wichtigen Religionen und ihrem Recht findet (ohne sie zu bestimmen), auch als anti-kolonialistisches Projekt verstanden werden. Ebenso, wie sich das westlich-säkulare Recht im Gegensatz zum religiösen Recht definiert, definiert sich das fundamentalistische religiöse Recht im Gegensatz zum westlichen Recht.

#### 4. *Religiöses Recht als fundamental anders?*

Das führt zum dritten und wichtigsten Grund für die marginale Rolle religiöser Rechte in der Rechtsvergleichung. In der Behauptung, religiöse Rechte stünden auf einer niedrigeren Entwicklungsstufe als westlich-säkulare Rechte, spiegelt sich auch die Idee eines fundamentalen Unterschieds: es „überwiegt bei [religiösen Rechten] in so ausgeprägtem Maße der göttliche Ursprung und der Glaubensaspekt, dass sie sich schon deshalb grundlegend von den hier betrachteten, rein menschengemachten Rechtsordnungen unterscheiden“.<sup>59</sup>

##### a) *Verabsolutierung der Religiosität?*

Damit wird ein fundamentaler Gegensatz formuliert. Religiöse Rechte werden auf ihren religiösen Charakter reduziert. Die Differenz zwischen religiösen und säkularen Rechten wird also sowohl absolutiert als auch essentialisiert (was im Übrigen manchmal auch von Seiten des religiösen Rechts erfolgt).<sup>60</sup> Religiöses Recht wird zum vollständig anderen gemacht.<sup>61</sup> Das bedeutet, im Ernstfall, dass ein Vergleich schlicht nicht möglich ist, ohne den religiösen Charakter des religiösen Rechts zu ignorieren. In dieser Entgegensetzung wird die Religiosität des religiösen Rechts verabsolutiert.

Warum aber soll religiöses Recht auf seine Religiosität reduziert werden? Jedenfalls für das Recht islamischer Staaten ist das sehr fraglich – dieses kann, wie oben bereits gesagt, nicht auf islamisches Recht reduziert werden. Aber selbst für nichtstaatliches religiöses Recht ist eine solche Reduzierung,

<sup>59</sup> *Kischel* (Fn. 14), § 11 Rn. 3.

<sup>60</sup> Siehe zum jüdischen Recht die Diskussion bei *A. Radzyner*, *Between Scholar and Jurist: The Controversy over the Research of Jewish Law Using Comparative Methods at the Early Time of the Field*, *Journal of Law and Religion* 23 (2007–08), 189.

<sup>61</sup> Zu *R. Davids* Behandlung des islamischen Rechts siehe *J. Schacherreiter*, *Das Verhältnis von Ethnozentrismus und Kulturrelativismus in der Rechtsvergleichung: Ursachen, Ausprägungsformen und Strategien zur Überwindung*, *RabelsZ* 77 (2013), 272, 281 f.

verbunden mit der behaupteten Unvergleichbarkeit, nicht recht einsichtig. Warum sollte etwa ein Wucherbot im jüdischen Recht nicht mit den Regeln zur *lésion énorme* des französischen *Code civil* vergleichbar sein? Auf der Regelebene jedenfalls gibt es Regeln auch im religiösen Recht bei denen die Rückbindung an die Religion nur sehr indirekt ist.

Darüber hinaus gibt es innerhalb verschiedener religiöser Rechte eine Tendenz, das eigene Recht gewissermaßen als säkulares neu zu interpretieren. So sprach man längere Zeit von einer Säkularisierung des islamischen Rechts, das sich von der religiösen Basis und Unabänderlichkeit hin zu einem weltlichen und veränderlichen Recht zu wandeln schien.<sup>62</sup> In Israel gab es seit der Staatsgründung Versuche, das jüdische Recht als Grundlage des jüdischen Staats zu akzeptieren, wobei aber nur einige dieses jüdische Recht als spezifisch religiös verstanden, andere dagegen eine säkularisierte Variante bevorzugten.<sup>63</sup> Letztere wurde *Mishpat 'Ivri* genannt, hebräisches Recht, zur Abgrenzung nicht nur von *Halacha*, sondern auch von *Mishpat ha-Torah* (Torah-Recht).<sup>64</sup> Diese Tendenzen lassen sich für eine Rechtsvergleichung, die den religiösen Charakter verabsolutiert, überhaupt nicht erfassen.

#### b) Irrelevanz der Religiosität?

Wenn es also in die Irre führt, den religiösen Charakter religiöser Rechte zu verabsolutieren, sollte man dann stattdessen den religiösen Charakter schlicht für irrelevant erachten? *Paul Heinrich Neuhaus* etwa hat das für das kanonische Recht behauptet:

„An sich ist für die Rechtsvergleichung nicht die theologische Bewertung des kanonischen Rechts bedeutsam, ob etwa nach der berühmten These von *Sohm* das Kirchenrecht mit dem Wesen der Kirche im Widerspruch steht oder das Kirchenrecht, wie man andererseits gesagt hat, ‚der theologische Modus des Rechtes ist‘. Solche Fragen berühren den Rechtsvergleicher ebenso wenig, wie der Kunstgeschichtler angesichts einer Ikone etwa nach dem Grade der Frömmigkeit ihres Malers oder nach ihrer Verehrung durch die Gläubigen oder nach ihrem Ruf als ‚wundertätig‘ fragt“.<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> Siehe etwa *A. Layish*, *The Contribution of the Modernists to the Secularization of Islamic Law*, *Middle Eastern Studies* 14 (1978), 263.

<sup>63</sup> Siehe etwa *I. England*, *The Problem of Jewish Law in a Jewish State*, *Israel Law Review* 3 (1968), 254; *J.E. David*, *Beyond the Janus Face of Zionist Legalism: The Theopolitical Conditions of the Jewish Law Project*, *Ratio Juris* 18 (2005), 206.

<sup>64</sup> *A. Likhovski*, *The Invention of "Hebrew Law" in Mandatory Palestine*, *Am. J. Comp. L.* 46 (1998) 339; *Radzyner* (Fn. 60), 193–199.

<sup>65</sup> *P. Neuhaus*, *Ehe und Kindschaft in rechtsvergleichender Sicht* (1979), 284. Der Hinweis auf *Sohm* ist aufgeschlüsselt als *R. Sohm*, *Kirchenrecht I* (1892), 1. Den Hinweis auf das Kirchenrecht als „der theologische Modus des Rechtes“ habe ich nicht ausfindig machen können. Vielleicht bezieht sich *Neuhaus* auf die umgekehrte Idee, dass das Kirchenrecht der juristische modus des Theologischen sei; so *C.G. Fürst*, *Kirchenrecht oder Kirchen-*

Das kann nun aber auch nicht richtig sein. Es dürften nur wenige Kunstgeschichtler sein, für die der Ruf einer Ikone als wundertätig irrelevant ist – diejenigen nämlich, die ein Kunstwerk gewissermaßen aus sich selbst heraus verstehen wollen, unter Ausschluss seiner gesellschaftlichen Bedeutung.<sup>66</sup> Gleiches gilt für den Rechtsvergleicher, für den der religiöse Hintergrund des religiösen Rechts irrelevant ist. Eine solche Beschränkung des Rechts auf seinen positiven Regelungsgehalt mag nicht völlig bedeutungslos sein. Aber sie macht es unmöglich, das Recht im gesellschaftlichen Kontext zu verstehen, wie es in der Rechtsvergleichung zu Recht gefordert wird. Und sie macht es unmöglich, die symbolische Bedeutung des Rechts zu erfassen.

Solche Beschränkung erscheint insbesondere beim religiösen Recht problematisch. *Suzanne Last Stone* hat das sehr eindrucksvoll hinsichtlich des jüdischen Rechts dargelegt, das zunehmend als relevant für Rechts- und Verfassungstheorie und Verfassungsrecht diskutiert wird.<sup>67</sup> Sie legt dar, dass das jüdische Recht, so dogmatisch es sich auch gibt, ohne seinen transzendenten Hintergrund nicht richtig zu verstehen sei. Einen ähnlichen Punkt macht *Nils Jansen* gegenüber Versuchen, das moderne Vertragsrecht auf die Spätscholastiker zurückzuführen: Was die Spätscholastiker entwickelten und was uns heute wie eine überraschend moderne Privatrechtsdogmatik erscheint, war seinerzeit etwas anderes, nämlich eine Sammlung von Regeln zur Rettung der eigenen Seele.<sup>68</sup> Ein Rechtsvergleich, der diese Aspekte ohne weitere Begründung als irrelevant abtut, muss notwendig unvollständig sein; er kann dem religiösen Recht nicht vollständig gerecht werden.

---

ordnung?, Zur Ideengeschichte der kirchlichen Rechtsordnung, in: U. Mosiek/H. Zapp (Hg.), *Ius et salus animarum – Festschrift für Bernhard Panzram* (1977), 43.

<sup>66</sup> Vgl. *E. Panofsky*, *Iconography and Iconology: An Introduction to the Study of Renaissance Art*, in: ders., *Meaning in the Visual Arts: Papers in and on Art History* (1955), 26. *H. Damisch*, *Semiotics and Iconography* (1975).

<sup>67</sup> *S.L. Stone*, *The Pursuit of the Countertext: The Turn to the Jewish Legal Model in Contemporary American Legal Theory*, *Harv. L.Rev.* 106 (1993), 813; *dies.*, *Jüdisches Recht in der postmodernen Rechtstheorie*, in: K.-H. Ladeur/I. Augsberg (Hg.), *Talmudische Tradition und moderne Rechtstheorie* (2012), 153. Zur US-amerikanischen Debatte zusammenfassend *J. v. Daniels*, *Religiöses Recht als Referenz – Jüdisches Recht im rechtswissenschaftlichen Vergleich* (2009). Siehe jetzt auch *Ladeur/Augsberg* (diese Fn.).

<sup>68</sup> *N. Jansen*, *Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in der spätscholastischen Lehre von der Restitution: Außervertragliche Ausgleichsansprüche im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs* (2013); *dies.*, *Verwicklungen und Entflechtungen: Zur Verbindung und Differenzierung von Recht und Religion, Gesetz und rechtlicher Vernunft im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs*, *ZSS (GA)* 132 (2015), 29.

### III. Postsäkulare Rechtsvergleichung: Grundlagen

#### 1. Herausforderungen

Es gibt also Gründe, weswegen religiöse Rechte in der Rechtsvergleichung marginalisiert werden. Freilich lassen sich aus den drei genannten Gründen auch Anstöße für die Rechtsvergleichung entwickeln.

##### a) *Religiöses Recht als globalisiertes Recht*

Ich habe oben zu zeigen versucht, warum religiöses Recht schlecht in eine auf staatliches Recht fokussierte Rechtsvergleichung passt. Freilich ist diese Fixierung der Rechtsvergleichung auf staatliche und westliche Rechte selbst ein Problem – *William Twining* spricht abschätzig von der „country and western tradition of comparative law“. <sup>69</sup> Im selben Maße, in dem wir das Staatsparadigma der Rechtsvergleichung als veraltet durch ein neues transnationales Paradigma ersetzen müssen, <sup>70</sup> erkennen wir, dass religiöse Rechte in dieses transnationale Paradigma gut passen können. <sup>71</sup>

Tatsächlich sind nämlich die allermeisten religiösen Rechte nicht nur nichtstaatlich, sondern auch transnational, entsprechend der Ausbreitung ihrer Religionen. Anders als staatliches Recht ist religiöses Recht nicht territorial sondern personal begrenzt. Das ist am offensichtlichsten vielleicht für das jüdische und das islamische Recht. <sup>72</sup> Das jüdische Recht, das historisch stark lokal differenziert war, verliert unter dem Einfluss der Globalisierung den traditionell bestimmenden Schwerpunkt auf das Verhältnis zum Staat; es wird intern gleichzeitig plural und stärker verbunden. <sup>73</sup> Auch die islamische Idee der *umma*, also der weltweiten Gemeinschaft der Gläubigen, postuliert eine transnationale Gemeinschaft, die auch Rechtsgemeinschaft ist, und dadurch in der Globalisierung besondere Bedeutung gewinnt, <sup>74</sup> wenn auch vielleicht eher als intern differenzierte Gemeinschaft <sup>75</sup> denn als fundamentalistische und damit notwendig intern vereinheitlichte. Der Vergleich mit dem *ius commune*,

---

<sup>69</sup> *W.L. Twining*, *Comparative Law and Legal Theory: The Country and Western Tradition*, in: I. Edge (Hg.), *Comparative Law in Global Perspective* (2000), 21.

<sup>70</sup> *R. Michaels* (Fn. 20).

<sup>71</sup> Siehe allgemein *P. James/P. Mandaville* (Hg.), *Globalization and Culture*, Bd. II: *Globalizing Religions* (2010).

<sup>72</sup> Vgl. *A.A. An-Na'im*, *Globalization and Jurisprudence: An Islamic Law Perspective*, *Emory L.J.* 54 (2005), 25.

<sup>73</sup> *A. Israel-Vleeschhouwer*, *Jewish law in the age of globalisation: conceptual impacts, multi-player interaction and halachic re-organisation of the Jewish 'community'*, *European Review of History* 18 (2011), 57.

<sup>74</sup> *P. Mandaville*, *Transnational Muslim Politics: Reimagining the Umma* (2001).

<sup>75</sup> So jedenfalls *R. Hassan*, *Globalisation's Challenge to the Islamic Ummah*, *Asian Journal of Social Science* 34 (2006), 311.

das ja auch intern differenziert war, bietet sich an.<sup>76</sup> Aber auch andere religiöse Rechte haben eine transnationale Komponente. Hinduistisches Recht etwa gilt zwar vornehmlich in Indien, hat aber Bedeutung auch etwa in Ostafrika<sup>77</sup> und in Südafrika.<sup>78</sup> Auch das buddhistische Recht hat eine globale Komponente, und zwar sowohl in seinem Fokus auf die Menschheit als Ganze als auch in seiner Verbreitung auch außerhalb Asiens.<sup>79</sup> Und auch der christliche Fundamentalismus hat eine globale Komponente, die sich auch auf das Recht auswirkt.<sup>80</sup>

Wenn nun zu Recht gefordert wird, dass sich die Rechtsvergleichung für transnationale Rechte öffnen muss, spricht man oft in erster Linie von transnationalem Wirtschaftsrecht, insbesondere der sogenannten *lex mercatoria*. Selbst wenn religiöse Rechte als transnational erkannt werden, hält man sie für so unterschiedlich, dass man sie nicht vergleichen will.<sup>81</sup> Sieht man sich allerdings den Diskurs zum westlichen nichtstaatlichen Wirtschaftsrecht an, findet man eine Fülle religiöser und quasireligiöser Begründungsmodelle.<sup>82</sup> Unterbewusst dienen offenbar religiöse Rechte doch als Vorbild. Und in der Tat sind religiöse Rechte in vielerlei Hinsicht ein lohnenderes Objekt für die Studie transnationaler Rechte als die *lex mercatoria*. Bei ihnen handelt es sich um entwickelte Rechte mit langer Geschichte, verankert in real existierenden Gemeinschaften – alles Dinge, die man von der sogenannten modernen *lex mercatoria* weit weniger sicher sagen kann.

### b) Die Irrelevanz des Entwicklungsstands für die Rechtsvergleichung

Dass religiöse Rechte transnationaler Natur sind, schwächt den oben diskutierten zweiten Grund für ihre marginale Rolle: ihre angeblich rückständige Natur. Freilich stellt sich hierzu eine fundamentale Frage, die über religiöse Rechte hinausgeht: ob es nämlich in der Rechtsvergleichung auf den Ent-

---

<sup>76</sup> H. P. Glenn, *On Common Laws* (2005), 134–140.

<sup>77</sup> Dazu J.D. Derrett, *Introduction to Modern Hindu Law* (1963), 535–556.

<sup>78</sup> C. Rautenbach, in: dies. (Hg.), *Introduction to Legal Pluralism* (4. Aufl., 2014), 257, 269–271, 291 f., 308 f.

<sup>79</sup> Siehe etwa S.B. King, *An Engaged Buddhist Response to John Rawls' The Law of Peoples*, *Journal of Religious Ethics* 34 (2006), 637; U. Dessi, *Shin Buddhism and Globalization: Attitudes toward the Political Subsystem and Pluralism at the Organizational and Individual Levels*, in: ders. (Hg.), *The Social Dimension of Shin Buddhism* (2010), 251; ders., *Japanese Religions and Globalization* (2013). Allgemein zum Buddhismus als einer transnationalen Religion, siehe L. Kalmanson/J.M. Shields (Hg.), *Buddhist Responses to Globalization* (2014).

<sup>80</sup> Vgl. G.F. Thompson, *Religious fundamentalisms, territories and 'globalization'*, *Economy and Society* 36 (2007), 19, 30–40.

<sup>81</sup> Kischel (Fn. 14), § 11 Rn. 3.

<sup>82</sup> Vgl. R. Michaels, *Dreaming law without a state: scholarship on autonomous international arbitration as utopian literature*, *London Review of International Law* 1 (2013), 35.



wicklungsstand überhaupt ankommen kann. Die Idee verschiedener Entwicklungsstufen, die Gesellschaften notwendig durchlaufen, ist nämlich mittlerweile fast völlig diskreditiert. Natürlich haben Gesellschaften unterschiedliche Entwicklungsstandards. Aber messbar ist das nur als Unterschied zwischen Gesellschaften, nicht hinsichtlich einer behaupteten objektiv notwendigen Richtung, die Gesellschaften nehmen müssen. Das alles sollte kaum mehr der Diskussion bedürfen.

Für die Rechtsvergleichung ergeben sich zwei konkrete Implikationen. Erstens wissen wir, dass wir interkulturell vergleichen *müssen*. Die Globalisierung macht es schlicht notwendig, auch Rechtsordnungen unterschiedlicher Entwicklungsstufe miteinander zu vergleichen, schon weil diese koexistieren und miteinander ständig in Kontakt kommen.<sup>83</sup> *Ernst Blochs* Wort von der Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen trifft hier ganz besonders zu.<sup>84</sup> Wir müssen etwa jüdisches Scheidungsrecht mit dem deutschen schon deshalb vergleichen, weil uns ein solcher Vergleich in der *ordre public*-Prüfung aufgegeben ist.<sup>85</sup>

Zweitens wissen wir, dass wir auch interkulturell vergleichen *können* und daher auch zwischen Gesellschaften unterschiedlicher Entwicklungsstufe. Gewiss mag die behauptete Voraussetzung für die funktionale Rechtsvergleichung, dass nämlich verschiedene Gesellschaften die gleichen Funktionen zu erfüllen haben, bei sehr unterschiedlichen Gesellschaften schwieriger zu erfüllen sein.<sup>86</sup> Unmöglich ist solche Vergleichung indes nicht. Vielmehr ist funktionale Rechtsvergleichung gerade deshalb so attraktiv für solche Vergleiche, weil sie sich auf einzelne Funktionen beschränkt und nicht Gesellschaften oder Rechtsordnungen als ganze vergleichen muss.<sup>87</sup> Das gilt verstärkt dann, wenn man, wie anderswo vorgeschlagen, Probleme wie auch Funktionen nicht als objektive Elemente der Welt versteht, sondern vielmehr als Konstrukte, die dabei helfen, Rechtsordnungen zu verstehen und vergleichbar zu machen.<sup>88</sup>

---

<sup>83</sup> *H. Kötz*, Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung, *JZ* 2002, 257, 263.

<sup>84</sup> *A. Büchler*, Jenseits des ganz normalen Chaos des Familienrechts, in: dies./M. Müller-Chen (Hg.), *Festschrift für Ingeborg Schwenzer* (Bd. 1, 2011), 285, 291 f.

<sup>85</sup> *R. Michaels*, Comparative Law and Private International Law, in: J. Basedow/G. Rühl/F. Ferrari/P. de Miguel Asensio (Hg.), *Encyclopedia of Private International Law* (im Erscheinen), unter III.G.

<sup>86</sup> Zum islamischen Recht etwa *K. Bälz*, *Sharia Risk?, How Islamic Finance Has Transformed Islamic Contract Law* (2008), 6.

<sup>87</sup> Ebenso (allerdings aufgrund der eher zweifelhaften Annahme, Rechtsprobleme seien in jedem Land gleichartig) *Zweigert/Kötz* (Fn. 19), 45.

<sup>88</sup> *R. Michaels*, The Functional Method of Comparative Law, in: Reimann/Zimmerman (Fn. 18), 339, 368 f.

### c) Die religiöse Natur der religiösen Rechte

Damit komme ich zum dritten Grund dafür, dass religiöse Rechte marginalisiert sind: ihre religiöse Natur. In gewisser Weise umfasst dieser Grund die beiden anderen. Schließlich ist es die Säkularisierung, die – zumindest in Europa – zur Staatlichkeit allen Rechtes geführt hat, und die gleichzeitig als Bewegung der Modernisierung das religiöse Recht als vergleichsweise rückständig erscheinen lässt.

Oben wurde diskutiert, dass das religiöse Element weder absolutiert noch negiert werden darf. Religiöses Recht ist auch religiös, aber es ist auch Recht. Die Verabsolutierung des religiösen Elements führt zur Unvergleichbarkeit, aber sie verzerrt das religiöse Recht. Die Negierung des religiösen Elements ermöglicht Vergleichbarkeit, führt aber ebenfalls zur Verzerrung. Benötigt wird ein Ansatz an die Rechtsvergleichung, der es ermöglicht, säkulare mit religiösen Rechten zu vergleichen, ohne dabei das religiöse Element der letzteren zu leugnen. Ein solcher Ansatz soll im Folgenden entworfen werden.

## 2. Rechtsvergleichung in der postsäkularen Gesellschaft

Bei der Frage, wie mit dem religiösen Charakter des religiösen Rechts umzugehen ist, spiegelt sich in der Rechtsvergleichung eine grundsätzlichere Frage wider: Wie soll unsere säkularisierte Gesellschaft mit der wiedererstarkten Religion umgehen? Hierzu gibt es eine lebhafte Diskussion mit den unterschiedlichsten Positionen. Für die Rechtsvergleichung besonders fruchtbar ist die Idee der postsäkularen Gesellschaft, die *Jürgen Habermas* fruchtbar gemacht hat.<sup>89</sup> Hintergrund für die Idee der postsäkularen Gesellschaft ist die Erkenntnis, dass die Säkularisierung keineswegs zum Verschwinden der Religion geführt hat. Sie hat nicht einmal dazu geführt, dass die Religion zur reinen Privatsache wird.<sup>90</sup> Vielmehr stellen – sicher in anderen Teilen der Welt, aber sogar in Europa – Religionen den Anspruch, dass ihre Positionen auch zu Fragen des öffentlichen Lebens ernst genommen und berücksichtigt werden. Das geht über rituelle Fragen (wie etwa das Schächten oder das Kopftuch) hinaus auch in gesellschaftliche Fragen wie die Regelung von Ehe und Familie bis hin zur Zulässigkeit der Gentechnologie.

---

<sup>89</sup> *J. Habermas*, *Glauben und Wissen* (2001); vgl. auch *ders.*, *Politik und Religion*, in: F.W. Graf/H. Meier (Hg.), *Politik und Religion. Zur Diagnose der Gegenwart* (2013); *M. Reder/J. Schmidt* (Hg.), „Ein Bewußtsein von dem, was fehlt“: Eine Diskussion mit Jürgen Habermas (2007). Aus der Diskussion, siehe auch etwa *M. Lutz-Bachmann*, *Postsäkularismus: Zur Diskussion eines umstrittenen Begriffs* (2015); *M. Breul*, *Religion in der politischen Öffentlichkeit* (2015). Habermas' Theorie ist nicht unproblematisch; dass sie hier als Grundlage genommen wird, bedeutet nicht Zustimmung im Einzelnen.

<sup>90</sup> Dazu insbesondere *J. Casanova*, *Public Religions in the Modern World* (1994); siehe jetzt auch *ders.*, *Europas Angst vor der Religion* (3. Aufl., 2015).

Unter einer postsäkularen Gesellschaft versteht *Habermas* nun 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. Abgelehnt werden also nicht nur religiöser Fundamentalismus einerseits und radikaler Atheismus andererseits als Positionen, die keine Gegenposition akzeptieren. Abgelehnt wird auch eine Idee der Säkularität, nach der Religionen nur für den Privatbereich anerkannt werden, für Fragen der Öffentlichkeit dagegen ein Primat der säkularen Politik verlangt wird.

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

### 3. *Anerkennung religiöser Rechte*

Wie können diese Gedanken in die Rechtsvergleichung übersetzt werden? Insbesondere zwei Ideen lassen sich fruchtbar machen. Das erste ist die Idee der Anerkennung der Religion als eigenständigem Dialogteilnehmer. Übersetzt in die Rechtsvergleichung bedeutet das, dass religiöse Rechte als Rechte anerkannt werden müssen. Die zweite Idee ist die der notwendigen Übersetzung. Das betrifft zwar eine Kernkompetenz der Rechtsvergleichung; freilich stellen sich für religiöse Rechte besondere Probleme.

#### a) *Die Notwendigkeit der Anerkennung*

Zunächst zur Idee der Anerkennung. In der postsäkularen Gesellschaft lässt sich der Begriff des Rechts nicht auf säkular-staatliches Recht beschränken. Ebenso wie die Gesellschaft politische Fragen nicht nur im Rahmen des säkularen Staats verhandelt, sondern auch die Religion dazu einbezieht, muss die Rechtsvergleichung auch religiösen Rechten gegenüber offen sein, sie in die Vergleichung mit einbeziehen.

Die häufige Beschränkung der Rechtsvergleichung auf staatliche Rechte verstößt gegen ein zentrales Postulat, der Rechtsvergleichung, nämlich „daß man sich in der Rechtsvergleichung von seinen eigenen juristisch-dogmati-

schen Vorurteilen radikal befreien muss“.<sup>91</sup> Wenn *Zweigert* und *Kötz* zu Recht davor warnen, „daß Begriffe und Merkmale, die der Rechtsvergleicher als ‚neutral‘ [...] ansieht, in Wahrheit national oder kulturell gefärbt sind oder unausgesprochen die Existenz eines bestimmten sozialen Umfelds voraussetzen“,<sup>92</sup> so muss diese Warnung richtigerweise auch auf den Rechtsbegriff der Rechtsvergleichung bezogen werden. Die Beschränkung des Rechts auf staatliches und säkulares Recht ist nämlich keineswegs neutral. Sie ist vielmehr kulturell gefärbt durch die europäische Erfahrung der Säkularisierung und Staatenbildung, und sie setzt ein soziales Umfeld voraus, in dem die staatliche Hoheitsgewalt über der Religion steht. Das ist schon im Westen zweifelhaft geworden; für den Rest der Welt ist es noch weniger adäquat. Ein für die Rechtsvergleichung adäquater Rechtsbegriff muss auch für religiöse Rechte offen sein.

### b) Religiöse Rechte als Kategorie

Freilich ist mit der Entscheidung, religiöse Rechte als Rechte anzuerkennen, das Definitionsproblem noch nicht voll gelöst. Es ist etwa nicht sicher, ob die chinesischen Begriffe *li* und *fa*, das indische *dharma*,<sup>93</sup> die arabischen Begriffe *fiqh* und *sharia*, wirklich mit Recht übersetzt werden können.<sup>94</sup>

Übersetzungsprobleme bestehen nun auch im westlichen Recht, wo insbesondere die englische Sprache nicht zwischen *ius* und *lex* unterscheidet. Trotzdem verweisen die Fragen beim religiösen Recht auf ein grundsätzlicheres Problem. Im westlichen Recht ist das Recht extern strikt von der Religion differenziert (und auch, jedenfalls grundsätzlich, von der Moral). Hinzu kommt eine interne Differenzierung des Rechts zwischen öffentlichem Recht (das Verhältnis zwischen Individuum und Herrscher) und privatem Recht (das Verhältnis zwischen Privaten).<sup>95</sup> Solche Differenzierungen finden wir in religiösen Rechten oft nicht, jedenfalls nicht explizit. Rechtliche Normen sind formal nicht von religiösen und moralischen getrennt. Zudem sind Fragen, die aus unserem Verständnis Privatrecht betreffen, oft als Verpflichtungen nicht gegen den Nächsten, sondern gegen Gott formuliert und damit nicht eigentlich rechtliche Pflichten.

---

<sup>91</sup> *Zweigert/Kötz* (Fn. 19), 34.

<sup>92</sup> *Zweigert/Kötz* (Fn. 19), 11.

<sup>93</sup> *French*, *Buff. L.Rev.* 63 (2015), 845.

<sup>94</sup> *W. Hallaq*, *What is Shari'a?*, *Y.B. Islamic & Middle E. L.* 12 (2005–06), 151, 151–153.

<sup>95</sup> Im Einzelnen ist die Trennung zwischen öffentlichem und privatem Recht natürlich komplizierter, insbesondere in vergleichender Sicht; siehe insoweit *J. Merryman*, *The Public Law–Private Law Distinction in European and American Law*, *J. Pub. L.* 17 (1968), 3–19; *R. Michaels/N. Jansen*, *Private Law Beyond the State: Europeanization, Globalization, Privatization*, *Am. J. Comp. L.* 54 (2006), 843, 846–853.

Die Aufgabe für die Rechtsvergleichung ist daher zunächst, diejenigen Regeln und Gebräuche religiöser Normensysteme in den Blick zu fassen, die den rechtlichen im westlichen Recht funktional entsprechen. Das ist für einige Religionen relativ einfach. Im Islam und im Judentum etwa ist weithin anerkannt, dass das Recht einen relativ gut abgegrenzten Bereich betrifft. Schwieriger wird es bei asiatischen Religionen und Philosophien, wo sich Moral und Recht schwieriger voneinander differenzieren lassen.

Eine solche Orientierung an den Funktionen westlichen Rechts überwindet freilich noch nicht völlig den ethnozentristischen Blick. *Simon Roberts* hat vor einer Ausweitung des Rechtsbegriffs gewarnt: „Law, long so garrulous about itself, is now, in its contemporary enlargement, graciously embracing others in its discourse, seeking to tell those others what they are.“<sup>96</sup> Ob es der postsäkularen Rechtsvergleichung gelingen wird, einen wirklichen neutralen, postsäkularen, Rechtsbegriff hervorzubringen, muss sich erst zeigen.

### c) *Ebenen religiösen Rechts: Taking Sacred Books Less Seriously*

Ein weiteres Problem ergibt sich daraus, dass religiöses Recht als nichtstaatliches Recht oft nicht in Regelform daherkommt. Genauer gesagt: Seine Formulierung als Regeln allein reicht nicht aus, um Rechtsfälle konklusiv lösen zu können. In dieser Hinsicht jedenfalls ist religiöses Recht nicht Recht im Sinne des westlichen staatlichen Rechts. Es ist bezeichnend, dass sich der Begriff für Recht in vielen religiösen Rechten als „Weg“ übersetzen lässt; das gilt nicht nur für das islamische (*sharia*) und jüdische Recht (*halacha*), sondern auch etwa für den Konfuzianismus (*dao*).<sup>97</sup> Oft müssen wir religiöse Rechte mehr als Diskurse denn als Regeln verstehen; das gilt vor allem für das jüdische Recht, aber auch für das islamische Recht.

Die Rechtsvergleichung wird dem nicht immer gerecht. Religiöse Rechte werden in der rechtsvergleichenden Lehre oft unvollkommen dargestellt. Unverhältnismäßiges Gewicht liegt auf der Darstellung der fundamentalen Texte (Koran, Talmud, etc.) und der frühen, oft mittelalterlichen juristischen Diskussion. Wenn dann die Rolle des religiösen Rechts im heutigen Staat behandelt wird, werden oft ungeprüft diese mittelalterlichen Diskussionen für

---

<sup>96</sup> *S. Roberts*, Against Legal Pluralism: Some Reflections on the Contemporary Enlargement of the Legal Domain, *J. of Leg. Plur.* 42 (1998), 95, 98; siehe auch *ders.*, After Government?, On Representing Law without the State, *Mod.L.Rev.* 68 (2005), 1, 23: „Negotiated orders have their own rationalities: they involve a different orientation to the normative repertoire from those of state law; decision-making is through agreement, reached through cyclical processes of information exchange and learning rather than the imposed order of a third party; different forms of trust are involved. Today under an onslaught of jural discourse and institutional design, these distinctive values of negotiated order, far from being celebrated, are actually effaced.“

<sup>97</sup> Vergleichend *G. Patt-Shamir*, Way as Dao; Way as Halakha: Confucianism, Judaism and Way Metaphors, *Dao* 5 (2005), 137–158.

heute relevant gehalten. Wie das religiöse Recht tatsächlich fortentwickelt wird – insbesondere in der Rechtsprechung, aber auch als gelebtes Recht – ist dagegen selten ein Thema. Beobachtet wird also das *law in the books*, nicht – wie sonst in der Rechtsvergleichung gefordert – das *law in action*.

Bei aller Vorsicht mit der Verallgemeinerung zwischen unterschiedlichen religiösen Rechten scheint es doch angemessen, diese drei Ebenen – historische Grundlagen, moderne Gesetzgebung, *law in action* – zu unterscheiden, wie wir das bei staatlichen Rechten auch tun. Sicherlich spielen die historischen Grundlagen, insbesondere die kanonischen Texte, bei einigen religiösen Rechten eine größere Rolle als bei staatlichen Rechten. Die Idee, dass das Recht maßgeblich in solchen Texten zu finden sei, ist allerdings eine spezifisch europäische. Unterschätzt wird oft die Frage, inwieweit Aussagen dieser Texte heute wörtlich oder anders verstanden werden, und ob sie nur referiert werden. Unterschätzt wird auch, dass die Wirklichkeit des Rechts sich weitgehend außerhalb der Quellen abspielt. In Abwandlung einer Forderung von *Hein Kötz zu civil codes* wäre ein Postulat für die postsäkulare Rechtsvergleichung: „Taking Sacred Books Less Seriously“.<sup>98</sup>

Die wichtigste schriftliche Quelle für modernes religiöses Recht besteht ohnehin vielfach nicht in kanonischen historischen Texten, sondern in (modernen) Kodifikationen. Solche Kodifikationen sind manchmal Versuche, das Recht abzubilden (so etwa bei der osmanischen *Mejelle* oder dem darauf aufbauenden Restatement des ägyptischen Juristen *Qadrî Pâshâ* von 1875),<sup>99</sup> manchmal auch (wie bei der *Moudawana*, dem marokkanischen Familienrechtskodex von 2004) es fortzubilden. Diese Kodifikationen sind natürlich wichtig für die Rechtsvergleichung, aber es ist nicht garantiert, dass sie das nichtstaatliche religiöse Recht adäquat darstellen. Vielfach erfolgten zudem Kodifikationen im Rahmen der Kolonialisierung. Sie stehen also vor den bekannten Problemen des Kolonialrechts: mangelndes Verständnis durch die Kolonisatoren, strategische Interessen der einheimischen Informanten, fundamentaler Konflikt zwischen religiösem Recht als organisch und gelebtem Recht einerseits und seiner Fassung in abstrakten Regeln andererseits.

Hinzu kommt ein spezielles Problem für religiöse Rechte, ob sie nämlich einen wichtigen Teil ihrer Natur dadurch verlieren, dass sie zu staatlichem Recht gemacht werden. Die meisten dieser Probleme bestehen nach der Kolonialisierung fort. Der indische *Hindu Marriage Act* von 1955, um nur ein Beispiel zu nennen, ist also sicherlich Hindu-Recht, aber er ist eben auch staatliches Recht, und das bedeutet, dass er nicht notwendig die tatsächliche

---

<sup>98</sup> Nach *H. Kötz*, *Taking Civil Codes Less Seriously*, *Mod.L.Rev.* 50 (1987), 1–15. Es ist insgesamt fraglich, ob fremde Religionen jenseits von Judentum und Islam so zentral auf heiligen Büchern beruhen wie das Christentum.

<sup>99</sup> *H.-G. Ebert/A. Hefny*, *Die Qadrî-Pâshâ-Kodifikation: Islamisches Personalstatut der hanafitischen Rechtsschule* (2013).

Praxis des bestehenden Hindurechts widerspiegelt. Oder, genauer gesagt: indem sich die Kodifikation auf bestimmte Inhalte des Rechts festlegt, werden konkurrierende Entwicklungen im lebenden Recht abgeschnitten.<sup>100</sup>

Insoweit bewegt sich die Rechtsvergleichung noch auf der bekannten Ebene der Rechtstexte. Daneben müssen Rechtsvergleicher dem *law in action* mehr Achtung entgegenbringen, als sie das vielfach tun. Das bedeutet zunächst, dass sie auch auf die Rechtsprechung zum religiösen Recht achten müssen, und zwar nicht nur die historische, sondern auch und gerade die heutige. Eine solche Tendenz weg von legislativen Texten und hin zur Rechtsprechung existiert generell in der Rechtsvergleichung. Einige religiöse Rechte haben hochentwickelte Rechtsprechungsorgane, deren Entscheidungen ebenso analysiert werden können wie jene staatlicher Gerichte. Manchmal sind dies selbst staatliche Gerichte (wie etwa in Indien), deren Entscheidungen leicht zugänglich sind. Manchmal sind es nichtstaatliche Organe (wie etwa jüdische Rabbinatsgerichte); hier ist der Zugang schwieriger, aber nicht weniger wichtig. Studien existieren insbesondere für englische *shariah councils*,<sup>101</sup> für jüdische *Bet Din* gibt es sogar englischsprachliche Entscheidungssammlungen.<sup>102</sup> Historisch wird die osmanische Rechtsprechung mittlerweile stärker berücksichtigt.<sup>103</sup>

Kanonische Texte, Kodifikationen und Gerichtsentscheidungen sind bekannte Materialien; hiermit sollten Rechtsvergleicher vertraut sein. Indes findet ein Großteil des religiösen Rechts außerhalb von Institutionen statt; es handelt sich um gelebtes Recht. Hier sind Rechtsvergleicher wohl immer noch auf die Hilfe von Rechtssoziologen und -anthropologen angewiesen. Freilich existiert mittlerweile eine umfangreiche Literatur zu diesem gelebten Recht, die zwar teilweise noch der Übersetzung in juristische Terminologie bedarf, dann aber in der Rechtsvergleichung genutzt werden kann und muss.

#### d) *Ambiguitätstoleranz*

Religiöses Recht ist also nur teilweise institutionalisiert. Das stellt die Rechtsvergleichung noch vor eine weitere Herausforderung, die bei staatlichem

---

<sup>100</sup> M. Kishwar, *Codified Hindu Law – Myth and Reality*, *Economic and Political Weekly* 29 (1983), 2145.

<sup>101</sup> S. Bano, *Muslim Women and Shari'ah Councils: Transcending the Boundaries of Community and Law* (2013); J.R. Bowen, *On British Islam: Religion, Law, and Everyday Practice in Shari'a Councils* (2016). Zu Israel, siehe A. Layish, *Women and Islamic Law in a Non-Muslim State: A Study Based on Decisions of the Shari'a Courts in Israel* (2006). Allgemeiner I. Shahr, *Legal Pluralism and the Study of Shari'a Courts*, *Islamic Law & Society* 15 (2008), 112.

<sup>102</sup> Y. Warburg, *Rabbinic Authority: The Vision and the Reality*, *Beit Din Decisions in English* (Bd. 1, 2013; Bd. 2, 2016).

<sup>103</sup> A.A. Shalakany, *Islamic Legal Histories*, *Berkeley Journal of Middle Eastern & Islamic Law* 1 (2008), <scholarship.law.berkeley.edu/jmeil/vol1/iss1/1>.

Recht weit weniger relevant ist. Rechtsvergleicher fragen häufig, was „die“ Antwort einer Rechtsordnung auf eine bestimmte Frage ist. Vorausgesetzt wird damit implizit, dass ein Rechtssystem genau eine Antwort auf eine Frage bereithält. Das ist im staatlichen Recht, jedenfalls bei entwickelten Staaten häufig der Fall. Staaten haben Mechanismen, mit denen sie streitige Fragen bindend entscheiden können – nicht nur höchste Gerichte, sondern vor allem auch einen Gesetzgeber. Viele religiöse Gemeinschaften haben das nicht, mit der Folge, dass Fragen offenbleiben – es gibt mehrere Antworten auf diese Fragen von unterschiedlichen Instanzen.<sup>104</sup> Das Ergebnis ist eine gewisse Ergebnisoffenheit religiöser Rechte, die zwar von Fundamentalisten gelehrt wird, für weite Kreise aber alltägliche Erfahrung ist: entschieden werden Rechtsfragen in konkreten Situationen, aber nicht mit Wirkung für alle. Eine Rechtsvergleichung, die bloß Ergebnisse vergleicht, sucht daher bei nicht-staatlichem Recht oft vergeblich. Wie weit etwa im islamischen Recht der Kopf der Frau bedeckt sein muss, ob (und wann) die Abtreibung zulässig ist – all das sind Fragen, die innerhalb des Rechts streitig sind und deshalb keine einheitliche Antwort ermöglichen. Der Rechtsvergleicher muss hier eine besondere Fähigkeit aufbringen: Ambiguitätstoleranz.<sup>105</sup>

Völlig ungewöhnlich ist das nun für das Recht, entgegen manchmal geäußerter Ansicht,<sup>106</sup> nicht. Auch im staatlichen Recht führt die Vagheit der rechtlichen Sprache notwendig zu Ambiguität. Insbesondere offene Rechtsbegriffe müssen häufig so fallspezifisch ausgelegt werden, dass einheitliche Aussagen nicht gemacht werden können. Wo es keine höchstrichterlichen Entscheidungen gibt (etwa weil die Revisionssumme nicht erreicht wird oder Landesrecht betroffen ist), besteht die Möglichkeit, dass unterschiedliche gerichtliche Entscheidungen Bestand haben. Während aber hier Ambiguität relativ beschränkt bleibt, stellt sie in vielen religiösen Rechten ein konstitutives Element dar.<sup>107</sup> So besteht etwa zum islamischen Recht der (allerdings umstrittene) Grundsatz, wonach jeder Jurist Recht hat<sup>108</sup> – er hat eine eigene Entscheidungskompetenz (und Entscheidungspflicht) zu rechtlichen Fragen

---

<sup>104</sup> Zur zentralen Rolle des Zweifels im islamischen Recht grundlegend *I. Rabb*, Doubt in Islamic Law (2014).

<sup>105</sup> Begriff nach *T. Bauer*, Die Kultur der Ambiguität – Eine andere Geschichte des Islams (2011). Der Begriff entstammt der Psychologie: *A. Furnham/T. Ribchester*, Tolerance of Ambiguity: A Review of the Recent Literature, *Psychology* 4 (2013), 717–728.

<sup>106</sup> *H. Honsell/T. Mayer-Maly*, Rechtswissenschaft: Eine Einführung in das Recht und seine Grundlagen (6. Aufl., 2015), 100: „Widersprüchliche Aussagen kann das Recht nicht zulassen [...]. Insofern ist die von der Psychologie für Kultur und Religion geforderte Ambiguitätstoleranz für die Jurisprudenz keine Option.“

<sup>107</sup> *A. B. Seligman*, Ambiguität und Notation: Jüdisches Recht und Rechtspluralismus, in *Ladueur/Augsberg* (Fn. 67), 197–212; siehe auch *ders./R.P. Weller*, Rethinking Pluralism: Ritual, Experience, and Ambiguity (2012).

<sup>108</sup> *Hallaq*, *Y.B. Islamic & Middle E. L.* 12 (2005–06), 151, 159.



und ist nicht an die Entscheidungen anderer gebunden.<sup>109</sup> Wenn das so ist, kann der Rechtsvergleicher nicht die Meinung einer einzelnen Institution so behandeln kann wie eine Entscheidung des höchsten Gerichts. Feststellen lassen sich, außer bei einheitlich beantworteten Fragen, daher allenfalls Trends und Mehrheitsmeinungen.

Eine Rechtsvergleichung, die eine solche Ambiguitätstoleranz aufweist, muss ihre Fragen daher umstellen. Der Inhalt religiöser Rechte lässt sich nicht gleichermaßen wie der staatlichen Rechts als ein System von Regeln darstellen; er muss eher als Prozess aufgefasst werden. Die Frage des Rechtsvergleichers kann nicht mehr sein: Was ist die Entscheidung des Rechtssystems zu dieser Frage? Stattdessen muss gefragt werden: Auf welche Art und Weise wird entschieden? Wie wird mit einer Frage umgegangen? Welche Materialien, welche Argumente werden verwendet? Das muss kein Nachteil sein. Häufig lehren uns die Antworten auf solche Fragen generell, also auch beim staatlichen Recht, mehr über das Funktionieren eines Rechtssystems als die Feststellung seines konkreten Inhalts. Beim religiösen Recht ist das häufig der einzige Weg.

#### 4. Übersetzung

Die Anerkennung religiöser Rechte als Rechte macht es möglich, diese als Objekte in die Rechtsvergleichung einzubeziehen. Freilich ist eine solche Einbeziehung religiöser Rechte nicht automatisch möglich. *Habermas* diskutiert, wie gesehen, für die postsäkulare Gesellschaft die Notwendigkeit, zwischen politischem und religiösem Argument zu übersetzen. In der Rechtsvergleichung entspricht dem das Problem, Vergleichbarkeit herzustellen, das sich auch als ein Problem der Dialogfähigkeit darstellen lässt.

##### a) Die Notwendigkeit der Übersetzung

Können religiöse und säkulare Rechte miteinander in Verbindung gebracht werden? Zum parallelen Problem der Politik schlägt *Habermas* vor, dass es sich um ein Problem der Übersetzung handle. Einerseits müssten Fragen der säkularen Politik in die Sprache der Religion übersetzt werden, um auch für diese akzeptabel zu sein. Auf das Recht bezogen, bedeutet das, dass staatliches Recht auch innerhalb des religiösen Rechts akzeptiert werden muss. Ein Beispiel für diesen Vorgang lässt sich finden im Gedanken einiger religiöser Gemeinschaften, die staatliche Eheschließung religionsrechtlich als Verlobung anzuerkennen. Wichtiger noch ist andererseits die Übersetzung in der Gegenrichtung, also die Übersetzung religiöser Positionen in solche, die allgemein verhandelt werden können. *Habermas* fordert diese Übersetzungsleistung von Religiösen und Säkularen zugleich: Die Religion muss bereit

---

<sup>109</sup> *Hallaq*, Y.B. *Islamic & Middle E. L.* 12 (2005–06), 151 ff.

sein, ihre Positionen der Gesellschaft zur Diskussion anzubieten, die (nicht-religiöse) Gesellschaft ihrerseits muss dazu beitragen, dass diese Positionen im Diskurs verarbeitet werden können.

Im Umgang mit religiösen Rechten sind beide Leistungen problematisch. Einerseits wird solche Übersetzbarkeit von Vertretern der Religion oft geleugnet. Sie behaupten, ihr Recht könne nur von Mitgliedern der Religion verstanden und ausgelegt werden. Insbesondere aus dem Islam wird die Kritik an nichtislamischen Wissenschaftlern lauter, diese könnten, weil sie nicht Gläubige seien, das islamische Recht nicht verstehen. Würde diese Kritik akzeptiert, so wäre Rechtsvergleichung unmöglich. Tatsächlich ist sie wohl auch eine Mindermeinung.

Andererseits wird die Übersetzung auch von Seiten der Säkularen oftweigert. Das zeigt sich am klarsten in der Rechtsprechung. Englische Gerichte etwa haben es lange Zeit abgelehnt, islamisches Recht anzuwenden, mit dem Argument, es sei ihnen nicht zugänglich.<sup>110</sup> In den Vereinigten Staaten ist dem Richter die Stellungnahme zu Fragen religiösen Rechts sogar verfassungsrechtlich verboten – mit allen möglichen Problemen, die daraus folgen.<sup>111</sup> In der Rechtsvergleichung finden wir diese Position da, wo sie religiöse Rechte wegen ihres religiösen Charakters für unvergleichbar erachtet, anstatt eine Übersetzung zu versuchen.

### b) Die Möglichkeit der Übersetzung

Das spezielle Problem bei religiösen Rechten scheint darin zu liegen, dass der Glaube (im weitesten Sinne) konstitutiv für das Recht ist. Wie soll unter diesen Umständen eine solche Übersetzung von religiösem Recht in die Begrifflichkeit des säkularen Rechts erfolgen? Der vielversprechendste Ansatz an ein solches Problem ist derjenige der funktionalen Rechtsvergleichung. In der funktionalen Rechtsvergleichung fragen wir nicht, ob Institutionen unterschiedlicher Ordnung substantiell identisch sind, sondern ob sie die gleiche Funktion erfüllen, so dass sie dann hinsichtlich dieser Funktion verglichen werden können.<sup>112</sup> Religiöses und säkulares Recht sind daher vergleichbar, insoweit sie die gleiche Funktion erfüllen.

Das scheint zunächst problematisch. Denn bei religiösen Rechten kommen oft mehrere Funktionen zusammen. Regeln zum richtigen Umgang im Geschäftsleben etwa dienen nicht nur einem funktionierenden Markt und der Gerechtigkeit zwischen Marktteilnehmern, sondern auch dem Seelenheil des

---

<sup>110</sup> *Shamil Bank of Bahrain EC v. Beximco Pharmaceuticals Ltd and others*, [2004] EWCA Civ 19; ähnlich LG Tübingen, 18.12.2015, Az. 4 O 197/15.

<sup>111</sup> Siehe etwa *M.A. Helfand/B.D. Richman*, *The Challenge of Co-Religionist Commerce*, Duke L.J. 64 (2015) 879, 803–810.

<sup>112</sup> Grundlegend immer noch *Zweigert/Kötz* (Fn. 19), § 3; mein eigener Ansatz findet sich in *Michaels* (Fn. 88).

Gläubigen. Diese letzte Funktion lässt sich kaum in säkulare Begriffe übersetzen. Richtig verstanden, kann funktionale Rechtsvergleichung dieses Problem aber überwinden. Denn die funktionale Rechtsvergleichung vergleicht ja rechtliche Institute nicht als Ganze, sondern nur hinsichtlich bestimmter Funktionen. Wenn etwa eine Regel eines religiösen Rechts die Funktion hat, dem Gläubigen den Weg ins Jenseits zu erleichtern, so ist die Regel hinsichtlich dieser Funktion mit dem säkularen Recht nicht vergleichbar, wohl aber hinsichtlich anderer Funktionen, die sie auch haben mag.

Wir finden diesen Ansatz bei *Zweigert* und *Kötz* in der Darstellung des islamischen Rechts. Dort wird entwickelt, dass von den vier Wurzeln des islamischen Rechts zwei funktional als Quellen bezeichnet werden können (*Koran* und *Sunna*), eine als Methode (*qiyas*, Analogie) und eine als Instanz (*idschma*, der Konsens der Rechtsgelehrten).<sup>113</sup> Damit wird die religiöse Grundlage nicht geleugnet, trotzdem aber Vergleichbarkeit hergestellt. Die Vergleichbarkeit besteht hinsichtlich einer Funktion (nämlich der Rechtserkenntnis im weitesten Sinne), ohne dass es dafür notwendig wäre, dass das, was als Recht verstanden wird, das gleiche ist. Freilich macht die Tatsache, dass die verschiedenen Techniken einander ähnlich sind, es gleichzeitig wahrscheinlicher, dass auch das so erkannte Recht nicht so fundamental unterschiedlich ist.

#### IV. Postsäkulare Rechtsvergleichung: Vergleichbarkeit

##### 1. Formale Vergleichbarkeit: Offenbarung und Grundnorm

Was heißt das alles nun konkret? Wie soll man mit der Religiosität des religiösen Rechts in der Rechtsvergleichung umgehen, ohne sie zu ignorieren, aber auch ohne dass sie der Vergleichbarkeit entgegensteht? Ein wichtiger Schritt liegt in der Differenzierung. Er besteht darin, verschiedene Ebenen des Rechts zu unterscheiden und funktional miteinander zu vergleichen. Das lässt sich gut an den Offenbarungsreligionen zeigen, also neben dem Christentum vor allem Judentum und Islam. Hier kann man, etwas schematisch, zwei Arten von Recht unterscheiden: das offenbarte Recht, das von Gott hergeleitet wird, und das juristische Recht, das zwar dem offenbartem Recht nicht widersprechen darf, im Einzelnen aber durch Juristen hergestellt und verwaltet wird. Im Islamischen Recht bestimmt sich so das Verhältnis zwischen *shari'a*

---

<sup>113</sup> *Zweigert/Kötz* (Fn. 19), 301. Wenn dort im Folgenden gesagt wird, dass „die zentrale Bedeutung dem Gelehrtenkonsens zukommt; denn er allein entscheidet letztlich darüber, was – mit oder ohne Hilfe einer Analogie – dem Qur’ān oder der Sunna als geltende Rechtsregel entnommen werden kann“, so gilt das nicht nur für den Islam: es dürfte überall gelten, dass das Recht mit seiner epistemischen Gemeinschaft entscheidet, was Recht ist; vgl. *N. Jansen*, *The Making of Legal Authority* (2010).

(hier verstanden als offenbartes Recht) einerseits und *fiqh* (also Auslegung und Fortbildung durch Juristen) andererseits. Ähnlich lässt sich das jüdische Recht trennen in *mitzvot* einerseits (die 613 zwingenden, von Gott offenbarten Gebote), und die *halacha* andererseits, das juristische Recht, insbesondere die *mishpat ivri*, also den Teil des Rechts, der sich auf weltliche Dinge bezieht.

#### a) Juristenrecht

Diese Differenzierung ist nun für die Rechtsvergleichung hilfreich. Das juristische Recht selbst lässt sich nämlich weitgehend ohne Rückgriff auf das offenbarte Recht verstehen, und insofern auch mit säkularem Recht, oder auch mit dem Recht anderer Religionsgemeinschaften, relativ unbefangen vergleichen. Der religiöse Charakter des Rechts wird nicht geleugnet, aber er ist eben nicht unmittelbar relevant. Diskussionen zur Zulässigkeit der Abtreibung im jüdischen Rechts etwa gehen zwar von Quellen aus, werden aber letzten Endes unter Juristen geführt.<sup>114</sup> Es ist insofern nicht anders als im deutschen Recht, wo eine Diskussion zur Sittenwidrigkeit der Globalzession zwar an Normen des BGB ansetzt, letztlich aber sich weitgehend davon autonom entwickelt. Tatsächlich dürfte bei religiösen Rechten diese weitgehende Autonomie noch umfassender sein als beim BGB, da die kanonischen Texte alt und oft vage sind.

Nirgends wird diese Autonomie des juristischen Rechts deutlicher als in der (vielzitierten) Erzählung von Rabbi Elieser, der in einem Meinungsstreit immer mehr Wunder vollbringt, ohne dass die anderen Rabbis sich überzeugen lassen. Als selbst Gott ihm Recht gibt, überzeugt auch das die Rabbis nicht. Sie weisen darauf hin, das Recht sei nicht im Himmel, sondern auf der Erde. Und Gott gibt sich geschlagen und lacht: „Meine Kinder haben mich besiegt.“<sup>115</sup>

Da dieses juristische Recht den Großteil des Rechts umfasst, ist damit die Rechtsvergleichung in weitem Maße recht unproblematisch möglich. Es ist deshalb nicht nur ungenau, sondern letzten Endes falsch, bei jeder Regel etwa des islamischen Rechts zu sagen, sie sei auf Allahs Wille zurückzuführen, oder, noch weiter, sie sei, wie das gesamte islamische Recht, unveränderbar. Ob eine Regel geändert werden kann oder nicht, bestimmt sich im religiösen wie im staatlichen Recht durch Diskurse und Verfahren. Und ungeachtet

---

<sup>114</sup> D.B. Sinclair, The Legal Basis for the Prohibition on Abortion in Jewish Law, Israel Law Review 5 (1980) 109; v. Daniels (Fn. 67), 53ff.

<sup>115</sup> Babylonischer Talmud, Baba Mezi'a 59b. Besonders anregend unter den zahlreichen juristischen Diskussionen der Erzählung ist D. Luban, The Coiled Serpent of Argument: Reason, Authority and Law in a Talmudic Tale: Epilogue: Law and Fable, Chi.-Kent L.Rev. 79 (2004), 1253.

jeglicher Fiktion der Unwandelbarkeit wissen wir faktisch, dass religiöse Rechte in stetem Wandel stehen.

*b) Offenbartes Recht und Verfassung*

Wie ist es nun mit dem offenbarten Recht? Ist dieses auch vergleichbar? Natürlich gibt es im säkularen Recht kein offenbartes Recht. Wohl aber kennen wir auch hier ein hierarchisches Verhältnis zwischen juristischem Recht einerseits, das relativ leicht geändert werden kann, und der Änderung weitgehend entzogenem höherem Recht andererseits. Im staatlichen Recht beschreibt das das Verhältnis zwischen einfachem Recht und Verfassungsrecht.<sup>116</sup> Gewiss gibt es wichtige Unterschiede. Nicht nur ist das Verfassungsrecht nicht offenbartes, sondern gesetztes Recht. Auch kann die Verfassung formal geändert werden, anders als das göttlich gesetzte Recht.<sup>117</sup> Aber neben diesen Unterschieden ergibt sich doch die Gemeinsamkeit des Stufenbaus: das juristische Recht muss mit einem höherrangigen Recht im Einklang stehen, und die normale juristische Diskussion verbleibt begrenzt durch Rahmen dieses höherrangigen Rechts, kann dieses aber nicht selbst verändern. Ebenso wie der Gesetzgeber im islamischen Staat (neben der Verfassung) an den Islam gebunden ist, ist der staatliche Gesetzgeber an die Verfassung gebunden.

Ob der staatliche Gesetzgeber oder gar Richter dabei mehr Freiheit hat als der islamische, wie manche meinen, ist eine durchaus offene (und der Forschung würdige) Frage. Einerseits wird die Auffassung, dass islamische Gesetzgeber nur sklavisch die Scharia umsetzen, nicht der oft stupenden rechtsschöpfenden Kreativität gerecht, die wir in islamischen Staaten finden. Andererseits gibt es im Westen durchaus Tendenzen, jegliche rechtspolitische Entscheidung aus der Verfassung abzuleiten und damit der Verfügbarkeit durch den Gesetzgeber zu entziehen; das Forsthoff'sche Wort von der Verfassung als juristischem Weltenei, aus dem die Gesamtrechtsordnung schlüpft, ist hier noch heute manchmal treffend.<sup>118</sup>

---

<sup>116</sup> Insofern bezeichnet das viel diskutierte Problem der Schariakonformitätsklauseln in den Verfassungen islamischer Staaten (oben Fn. 34) auch einen Rangkonflikt höherrangiger Rechte. Indem die Schariakonformität als Verfassungsnorm etabliert wird, scheint einerseits das religiöse Recht den Vorrang zu erlangen; dass dieser Vorrang allerdings seinerseits aus einer Verfassungsnorm folgt, spricht für den Vorrang der Verfassung.

<sup>117</sup> Allenfalls könnte man das Neue Testament jedenfalls in Teilen als Abänderung des Alten Testaments einordnen.

<sup>118</sup> E. Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft* (1971), 144. Die Figur des Welteneis, die sich in den Schöpfungsmythen vieler Kulturen findet, ist ihrerseits häufig religiös besetzt; H. Nakamura, *A Comparative History of Ideas* (1992), 56 ff.

c) *Offenbarung und Grundnorm*

Damit bliebe als fundamentaler Unterschied nur noch das Moment der Offenbarung selbst. Die Offenbarung scheint im säkularen Recht keine direkte Entsprechung zu finden. Auch hier hilft indes der Fokus auf das zu lösende Problem. Die Offenbarung ist im religiösen Recht die Antwort auf eine Frage, die sich auch im staatlichen Recht stellt, nämlich diejenige der Letztbegründung. Wenn wir etwa mit *Hans Kelsen* diese Frage mit der Idee der Grundnorm beantworten, die gesetzt ist, so vermeiden wir zwar die Transzendentalisierung des Rechts, die im religiösen Recht vorgenommen wird. Wir müssen uns dann aber stattdessen mit einer bewusst gesetzten Fiktion begnügen – derjenigen eben der Grundnorm. Formuliert ist diese Grundidee des Rechtspositivismus nun als direkte Antwort auf das Wegfallen der Religion. *Kelsen* selbst sagt es so: „[M]an muß sich bewußt bleiben, daß die Befriedigung des Bedürfnisses nach einer absoluten Rechtfertigung des positiven Rechts nicht auf dem Wege wissenschaftlich-rationaler Erkenntnis, sondern nur auf dem Wege theologisch-metaphysischer Spekulation erreichbar ist.“<sup>119</sup> Funktional sind also Grundnorm und Offenbarung seit jeher äquivalent.

Das ermöglicht die Vergleichung in beiden Richtungen. Einerseits muss die Grundnorm im säkularen Recht als Platzhalter für eine transzendente Begründung erhalten. Das gelingt nicht immer. Nicht zu Unrecht sieht *John Gardner*, in Anlehnung an *Kierkegaard*, im Recht einen „Leap of Faith“.<sup>120</sup> Umgekehrt kann im religiösen Recht die Offenbarung als Grundnorm des religiösen Rechts gesehen werden. Derartige Thesen findet man nicht nur zum jüdischen Recht,<sup>121</sup> sondern auch zum islamischen Recht<sup>122</sup> und zum Hindu-recht.<sup>123</sup> In Pakistan wurde nach dem Putsch sogar explizit mit dem Instrument der Grundnorm für die Weitergeltung islamischen Rechts argumentiert.<sup>124</sup>

---

<sup>119</sup> *H. Kelsen*, Die Selbstbestimmung des Rechts, in: H. Klecatsky u.a. (Hg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule (Bd. 2, 1968), 1445, 1453.

<sup>120</sup> *J. Gardner*, Law as a Leap of Faith (2012); insb. das gleichnamige Kapitel 1.

<sup>121</sup> *M. Elon*, „The Basic Norm and the Sources of Jewish Law“, in: ders. (n. 5) Bd. 1, S. 229, 232–234. Ähnlich *B.J. Fisher*, Peering into the Kaleidoscope: Revisiting the Grundnorm of Jewish Law, *Oxford Journal of Law and Religion* 1 (2012), 470–495.

<sup>122</sup> *A. Dahlén*, Islamic Law, Epistemology and Modernity: Legal Philosophy in Contemporary Iran (2003), 79; vgl. *E. Moosa*, Allegory of the Rule (Hukm): Law as Simulacrum in Islam?, *History of Religions* 38 (1998) 1, 21–23.

<sup>123</sup> *Menski* (Fn. 17) 204.

<sup>124</sup> Siehe *T.K.K. Iyer*, Constitutional Law in Pakistan: Kelsen in the Courts, *Am. J. Comp. L.* 21 (1973), 759; *M. Lau*, The Role of Islam in the Legal System of Pakistan (2006), 9, 14 ff.

Natürlich ist all dies umstritten<sup>125</sup> (ebenso wie ja auch die Idee der Grundnorm nicht unumstritten ist). Es geht hier auch nicht um den Nachweis der Gleichheit oder auch nur der funktionalen Äquivalenz im Einzelnen. Es geht nur, aber immerhin, darum, aufzuzeigen, dass und wie eine Vergleichung säkularen und religiösen Rechts sogar hinsichtlich des Moments der Offenbarung jedenfalls erwogen werden könnte.

*d) Ebenenverwechslung und Vergleich verschiedener Ebenen*

Trennt man, wie hier gezeigt, säkulares und religiöses Recht in verschiedene Ebenen auf, so zeigt sich, woher die behauptete Unvergleichbarkeit von religiösem und staatlichem Recht stammt. Es handelt sich schlicht um eine Ebenenverwechslung. Verglichen werden staatliches Juristenrecht einerseits und religiöses Quasi-Verfassungsrecht andererseits. Oder, anders gesagt: Das gesamte religiöse Recht wird so verstanden, als ob es Quasiverfassungsrecht wäre, und als solches für unvergleichlich gehalten.

Hält man dagegen die verschiedenen Ebenen auseinander, so ergibt sich Vergleichbarkeit gleich auf mehreren Ebenen. Hinsichtlich der Ebene des juristischen Rechts sind staatliche und religiöse Rechte relativ leicht miteinander vergleichbar. Damit dürften die meisten Fragen des Rechts umfasst sein.

Vergleichbar sind zweitens auch das offenbarte Recht einerseits und das Verfassungsrecht andererseits – nicht bezüglich ihrer Herkunft, wohl aber hinsichtlich ihrer Funktion als höherrangiges Recht. Für die Rechtsvergleichung ergibt sich hier eine Fülle vielversprechender Themen, die bislang noch viel zu wenig bearbeitet worden sind. Nur ein Beispiel: Macht etwa die absolute Unabänderbarkeit des höherrangigen Rechts (wie im islamischen Recht) die tatsächliche Rechtsänderung schwieriger? Oder ist es letztlich ebenso schwierig, staatliches Verfassungsrecht zu ändern? Formelle Verfassungsänderung scheitert oft an ihren hohen Hürden. Materielle Änderung unter Beibehaltung des Textes muss sich entgegenhalten lassen, dass sie die Regeln zur formalen Änderung unterlaufen.

Vergleichbar sind schließlich rechtstheoretisch die Momente der Letztbegründung im Recht, also insbesondere die Grundnorm und ihre Äquivalente im staatlichen Recht, die Offenbarung im religiösen Recht. Hier lässt sich zum einen rechtsvergleichend erforschen, welche Rolle die Letztbegründung für das Rechtssystem spielt. Daneben wäre es interessant zu erfahren, inwieweit das staatliche Recht wirklich mithilfe der Grundnorm oder ähnlicher Konstrukte die Notwendigkeit metaphysischer Letztbegründung vermeidet.

---

<sup>125</sup> Ablehnend etwa *M.K. Masud*, Muslim Jurists' Quest for the Normative Basis of Shari'a (2001); siehe auch *B.S. Jackson*, Mishpat Ivri, Halakah and Legal Philosophy: Agunah and the Theory of 'Legal Sources', JSIJ 1 (2002) 69, <[www.biu.ac.il/JS/JSIJ/jsij1.html](http://www.biu.ac.il/JS/JSIJ/jsij1.html)>.

## 2. Materielle Vergleichbarkeit

Probleme mit der Vergleichbarkeit betreffen indes nicht nur formale Aspekte. Materiell stellt sich als Problem, ob staatliches und religiöses Recht von ihrer Ideologie her so unterschiedlich seien, dass man sie nicht sinnvoll vergleichen könne.

### a) Erfahrungen aus der „intersystemaren“ Rechtsvergleichung

Nun ist das Problem der Vergleichbarkeit ideologisch unterschiedlicher Rechte für die Rechtsvergleichung nicht neu. Es ist bekannt aus der Diskussion zur Vergleichbarkeit zwischen sogenanntem kapitalistischem und sogenanntem sozialistischem Recht.<sup>126</sup> Begründet wurde das mit einer behaupteten grundsätzlich anderen Rolle, die das Recht im Sozialismus spiele. Insbesondere von Seiten sozialistischer Staaten wurde oft eine Vergleichbarkeit geleugnet.<sup>127</sup> Aber auch im Westen tat man sich lange Zeit schwer mit einer Vergleichung sozialistischer Rechte, die über eine Ideologiekritik hinausging.<sup>128</sup>

Diese Einwände haben sich zu Recht nicht durchgesetzt. Insbesondere für die funktionale Rechtsvergleichung stehen ideologische Unterschiede der Vergleichbarkeit nicht entgegen. Vielmehr ermöglicht es gerade die funktionale Rechtsvergleichung, die ganz unterschiedlichen Problemlösungsmechanismen in verschiedenen Rechtsordnungen als funktional äquivalente Antworten auf gleiche Probleme anzusehen und damit vergleichbar zu machen, ohne eine Identität behaupten zu müssen. Dass formal gleiche Institute in unterschiedlichen Gesellschaftsordnungen unterschiedliche Funktionen erfüllen, ist ein Ergebnis der Vergleichung und steht ihr also nicht entgegen.<sup>129</sup> Selbst sogenannte systembezogene Rechtsinstitute sind daher vergleichbar.<sup>130</sup> Unvergleichbar ist sozialistisches Recht nur insoweit, als es Funktionen erfüllt, die in anderen Gesellschaften nicht existieren.

Diese Gedanken lassen sich auf die Vergleichung zwischen staatlich-säkularem und religiösem Recht übertragen. Ideologische Differenzen führen zu

---

<sup>126</sup> Einführend *K. Zweigert/H. Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, Bd. I (2. Aufl., 1984), 42–44 (in der 3. Aufl., Fn. 19, nicht mehr enthalten; siehe dort zum Fortfall des sozialistischen Rechtskreises Seite V).

<sup>127</sup> Darstellung bei *H.-J. Bartels*, Methode und Gegenstand intersystemarer Rechtsvergleichung (1982), 23–29.

<sup>128</sup> *A. Bilinsky*, Das sowjetische Wirtschaftsrecht (1968), 18.

<sup>129</sup> *U. Drobniq*, Rechtsvergleichung zwischen Rechtsordnungen verschiedener Wirtschaftssysteme: Zum Problem der intersystemaren Rechtsvergleichung, *RabelsZ* 48 (1984), 233, 239 f.; vgl. auch *K. Zweigert/H.-J. Puttfarcken*, Zur Vergleichbarkeit analoger Rechtsinstitute in verschiedenen Gesellschaftsordnungen, in: dies. (Hg.), *Rechtvergleichung* (1978), 395.

<sup>130</sup> *Drobniq* (vorige Fn.), 239; gegen *D.A. Loeber*, Rechtsvergleichung zwischen Ländern mit verschiedener Wirtschaftsordnung, *RabelsZ* 26 (1961), 201.



unterschiedlichen Lösungen, aber nicht zu Unvergleichbarkeit. Wenn etwa religiöses Vertragsrecht von Vertragsparteien verlangt, das Wohl des anderen Vertragspartners stärker zu berücksichtigen, als es im staatlichen Recht der Fall wäre, so ist das kein Grund, Vergleichbarkeit abzulehnen. Unvergleichbarkeit besteht lediglich dort, wo religiöse Rechte spezifisch spirituelle oder rituelle Funktionen erfüllen. Bei solchen Regeln wird es sich indes häufig nicht mehr um rechtliche Regeln im engeren Sinne handeln.

b) *Religiöse Elemente im staatlichen Recht?*

Selbst ein fundamentaler ideologischer Unterschied zwischen säkularem und religiösem Recht steht also der Rechtsvergleichung nicht entgegen. Freilich ist gar nicht ganz klar, ob dieser ideologische Unterschied tatsächlich so fundamental ist. Insbesondere die Behauptung, das staatliche Recht in Europa und Amerika sei fundamental nichtreligiös, ist zumindest nicht unumstritten. *Böckenförde* hat bekanntlich postuliert, der freiheitliche, säkularisierte Staat lebe von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren könne.<sup>131</sup> Implizit bezieht sich das auf religiöse Grundlagen, auch wenn *Böckenförde* selbst nicht ausschließlich so verstanden werden wollte.

Manchmal werden die christlichen (manchmal auch judaeo-christlichen) Grundlagen der westlichen Rechtstradition explizit genannt und insbesondere gegen islamisches Recht in Stellung gebracht. In der Tat ist das westliche Recht voll von Werten, die aus der christlichen Religion stammen, von Fragen des Vertragsrechts bis zum Recht der Menschenrechte.<sup>132</sup> Hierbei geht es dann durchaus um einen behaupteten fundamentalen ideologischen Konflikt, aber der besteht nicht zwischen Säkularismus einerseits und Religion andererseits, sondern zwischen zwei Religionen. Diese religiösen Grundlagen des staatlichen Rechts deutlich zu machen, ist eine wesentliche Aufgabe für die postsäkulare Rechtsvergleichung.

Nun ist westliches Recht natürlich nicht rein christliches Recht, und selbstverständlich hat es sich mit der Säkularisierung stärker vom religiösen Recht getrennt, als das für das Recht islamischer Staaten gilt. Freilich ist, worauf insbesondere die Religionssoziologie hinweist, die Säkularisierung ihrerseits

---

<sup>131</sup> E.-W. *Böckenförde*, Staat, Gesellschaft, Freiheit (1976), 60. Vgl. jetzt *ders.*, Der säkularisierte Staat – Sein Charakter, seine Rechtfertigung und seine Probleme im 21. Jahrhundert (2006). Hilfreiche Analyse und Aufarbeitung der Diskussion bei *M. Ingenfeld*, Das Wagnis der Freiheit: Das Böckenförde-Diktum und seine Implikationen für eine moderne Demokratie, <[www.gsi.uni-muenchen.de/forschung/forsch\\_zentr/voegelin/publikationen/studierendensymposium/ingenfeld\\_b\\_\\_ckenf\\_\\_rde.pdf](http://www.gsi.uni-muenchen.de/forschung/forsch_zentr/voegelin/publikationen/studierendensymposium/ingenfeld_b__ckenf__rde.pdf)>; *H.-J. Kracht*, Fünfzig Jahre Böckenförde-Theorem. Eine bundesrepublikanische Bekenntnisformel im Streit der Interpretationen, in: *ders./K. Große Kracht* (Hg.), Religion-Recht-Republik: Studien zu Ernst-Wolfgang Böckenförde (2014), 155.

<sup>132</sup> Siehe dazu zuletzt *S. Moyn*, Christian Human Rights (2015).

eine spezifisch europäische (und christliche!) Entwicklung, vom Investiturstreit über die Konfessionsstreitigkeiten hin zur Aufklärung und zur Trennung von Staat und Religion.<sup>133</sup> Infolgedessen lässt das westliche Recht seine christlich-religiösen Hintergründe auch gerade dort erkennen, wo es sich spezifisch dagegen gewandt hat, wie etwa in der Ablehnung einer transzendental-göttlichen Begründung von Normen. Die Trennung zwischen Staat und Kirche etwa, mit ihren unterschiedlichen Ausgestaltungen in verschiedenen westlichen Staaten, ist historisch ganz spezifisch auf das Christentum bezogen. Auch solche Erkenntnisse kann die postsäkulare Rechtsvergleichung fördern.

### 3. Vergleichskonstellationen

Wenn religiöse Rechte so als mögliche Objekte der Rechtsvergleichung etabliert sind, womit soll man sie vergleichen? Unterschiedliche Vergleichskonstellationen stellen unterschiedliche Herausforderungen.

#### a) Interreligiöse Rechtsvergleichung

Insoweit religiöse Rechte in der Rechtsvergleichung vorkommen, beschränkt sie sich häufig auf den Vergleich zwischen religiösen Rechten. Relativ häufig ist der Vergleich zwischen islamischem und jüdischem Recht, sicherlich auch deshalb, weil sich dieser Vergleich besonders anbietet. Oft wird auch islamisches Recht mit christlichem verglichen.<sup>134</sup> Manchmal kommen die drei Buchreligionen zusammen.<sup>135</sup> Auch weitergehende, umfassende interreligiöse Rechtsvergleichung findet sich.<sup>136</sup>

Indem religiöse Rechte als solche miteinander verglichen werden, wird vorausgesetzt, dass ihr religiöser Charakter eine Gemeinsamkeit bezeichnet. Es ist aber keineswegs sicher, wie sich diese Gemeinsamkeit definieren lässt. In der vergleichenden Religionswissenschaft sind die zahlreichen Versuche, einen umfassenden Begriff der Religion zu definieren, allesamt gescheitert.<sup>137</sup>

---

<sup>133</sup> Insofern besteht eine Parallele zur Diskussion über den Liberalismus, der auch zunehmend als eine Ideologie unter anderen angesehen wird und nicht als Alternative zu Ideologien.

<sup>134</sup> Etwa *U. Hepperle*, Die Stellung der Frau im islamisch-sunnitischen und römisch-katholischen Eherecht: Ein Rechtsvergleich (2006).

<sup>135</sup> *A.M. Emon/M. Levering/D. Novak*, Natural Law: A Jewish, Christian, and Islamic Trialogue (2014). Siehe auch *R. Pahud de Mortanges/P. Bleisch Bouzar/D. Bollag/ C.R. Tappenberg*, Religionsrecht – Eine Einführung in das jüdische, christliche und islamische Recht (2010), wo freilich einzelne religiöse Rechte nur vorgestellt, nicht aber verglichen werden. Andere Dreiteilung bei *J. Jany*, Judging in the Islamic, Jewish and Zoroastrian legal traditions: a comparison of theory and practice (2012).

<sup>136</sup> *Huxley* (Fn. 13).

<sup>137</sup> Gute Darstellung der Diskussion und interessanter Vorschlag zur Vergleichbarkeit bei *A. Hermann*, Unterscheidungen der Religion: Analysen zum globalen Religionsdiskurs

Es lässt sich schlicht keine umfassende Definition finden, die breit genug ist, um alle anerkannten Religionen zu erfassen, und andererseits eng genug, um nicht erwünschte Weltanschauungen – wie etwa Kommunismus und Liberalismus – außen vor zu lassen. So sind etwa nicht alle Religionen durch den Glauben an einen Gott, oder eine Auferstehung, oder transzendente moralische Normen geprägt. Glaube ist im Christentum wichtiger als Rituale, nicht unbedingt in anderen Religionen. Was buddhistisches und jüdisches Recht vereint, ist im Wesentlichen nicht viel mehr als das Kriterium der Nichtstaatlichkeit, das sie freilich auch mit Gewohnheitsrechten teilen.

All das ist nun aus Sicht postsäkularer Rechtsvergleichung nicht unproblematisch. Erstens besteht die Gefahr, dass man mehr Einigkeit zwischen religiösen Rechten annimmt, als man tatsächlich findet. Man stellt etwa fest, dass sowohl jüdisches als auch islamisches Recht die Knabenbeschneidung kennen, und übersieht, dass sie in beiden Rechten eine fundamental unterschiedliche Bedeutung hat: sie ist konstitutiv für die Zugehörigkeit zur jüdischen Gemeinschaft, aber von „nur“ kultureller Bedeutung im Islam.<sup>138</sup> Zweitens drohen Unterschiede, die innerhalb der religiösen Rechte existieren, unterschätzt werden, Vergleicht man das jüdische mit dem islamischen Recht, kann man leicht übersehen, dass sich innerhalb jedes dieser Rechte ganz ähnliche Meinungsstreitigkeiten abspielen. Drittens schließlich besteht die Gefahr, dass die Unterschiede zum staatlichen Recht überschätzt werden. Freilich: gute interreligiöse Rechtsvergleichung kann auch gerade dabei helfen, solche Vorurteile zu überwinden.

#### b) *Intrareligiöse Rechtsvergleichung*

Mehr verspricht es, innerhalb der religiösen Rechte zu vergleichen. Das mag als Vorschlag überraschen. Häufig werden religiöse Rechte als einheitliche Systeme dargestellt, oft auf Basis nur primärer Quellen wie etwa Koran oder Talmud. Das ist ein wenig, als ob man den Inhalt des *common law* nur darstellte anhand von englischen Gerichtsentscheidungen aus dem 15. Jahrhundert. Außer Acht würde dabei gelassen, dass das Recht von England, den USA, und Neuseelands nicht nur ganz unterschiedlich ist, sondern auch sich weiterentwickelt hat. In diesem Sinne ist es deutlich vorzuziehen, wenn etwa *Chibli Mallat* in seiner Einführung in das Recht des Mittleren Ostens das islamische Recht als eine Art gemeines Recht darstellt und dabei die Unterschiede zwi-

---

und dem Problem der Differenzierung von „Religion“ in buddhistischen Kontexten des 19. und frühen 20. Jahrhunderts (2015).

<sup>138</sup> Dazu *L. Salaymeh*, „Comparing“ Jewish and Islamic Legal Traditions: Between Disciplinarity and Critical Historical Jurisprudence, *Critical Analysis of Law* 2 (2015), 153.

schen verschiedenen Rechten deutlich hervorhebt.<sup>139</sup> Ebenso wie das *common law* sind auch die meisten religiösen Rechte in Wirklichkeit Rechtskreise.<sup>140</sup>

Angesichts des Pluralismus innerhalb religiöser Rechte ist es daher nicht nur sinnlos, zu fragen, was die Antwort des islamischen, jüdischen, oder hinduistischen Rechts zu einer Rechtsfrage ist. Es ist auch weniger interessant, als die verschiedenen Antworten mit einander zu vergleichen. Die Rechtsvergleichung sollte nicht nur anerkennen, dass innerhalb all dieser religiösen Rechte mehrere Rechte existieren, die unterschiedliche Antworten geben; sie sollte auch durch internen Vergleich ein besseres Verständnis erreichen.

Wie sieht solche intrareligiöse Rechtsvergleichung aus? Beim islamischen Recht bietet es sich zunächst an, die Rechte verschiedener islamischer Staaten mit einander zu vergleichen.<sup>141</sup> Das ist in gewisser Weise intrareligiöse Rechtsvergleichung. Freilich sind, wie schon gesagt, die staatlichen Rechte auch islamischer Staaten nicht sinnvoll vollständig als islamisches Recht zu verstehen.<sup>142</sup> Zudem wird nichtstaatliches islamisches Recht so nicht erfasst. Vollständige innerislamische Rechtsvergleichung müsste noch weiter gehen und jedenfalls auch das islamische Recht in Ländern mit personaler Rechtspaltung einbeziehen, also etwa Indien und Israel.

Schließlich würde man sich wünschen, dass auch das islamische Recht in westlichen Staaten in eine solche intrareligiöse Vergleichung einbezogen würde.<sup>143</sup> Islamisches Recht in England ist nicht das gleiche wie islamisches Recht im Iran, und es ist auch nicht das gleiche wie islamisches Recht in den USA, weil das islamische Recht jeweils durch lokale Gegebenheiten und auch lokales Recht beeinflusst wird.<sup>144</sup> Wenn etwa Pakistanis in England die standesamtliche Trauung als Verlobung ansehen, bedeutet das eine lokale Variante islamischen Rechts. *Werner Menski* hat hierzu den hilfreichen Vorschlag gemacht, das islamische Recht in England mit einem eigenen Namen zu bezeichnen, nämlich *angrezi shariat*,<sup>145</sup> und behandelt es auch in seinem Lehrbuch zum „Muslim Family Law“.<sup>146</sup> Ein ähnlicher Vorschlag existiert für

---

<sup>139</sup> *C. Mallat*, Introduction to Middle Eastern Law (2007, Paperback 2009); siehe auch *ders./M. Revkin*, Middle Eastern Law, Annual Review of Law and Social Science 9 (2013), 405.

<sup>140</sup> Zum Hindurecht *Menski* (Fn. 7).

<sup>141</sup> Ebenso etwa *J.M. Otto* (Hg.), Sharia Incorporated: A Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present (2010).

<sup>142</sup> Oben II.2.b).

<sup>143</sup> *Rohe* (Fn. 4), 277–394.

<sup>144</sup> *L. Buskens*, An Islamic Triangle: Changing Relationships between Shari'a, State Law, and Local Customs, ISIM Newsletter 5 (2000), 8.

<sup>145</sup> *D. Pearl/W. Menski*, Muslim Family Law (3. Aufl. 1998), 58–59. Vgl. auch *D. Taha*, Muslim Minorities in the West: Between fiqh of Minorities and Integration, Electronic Journal of Islamic and Middle Eastern Law 1 (2013), <[www.zora.uzh.ch/77593/1/Beitrag\\_DinaTaha\\_final.pdf](http://www.zora.uzh.ch/77593/1/Beitrag_DinaTaha_final.pdf)>.

<sup>146</sup> *Pearl/Menski* (vorige Fn.), 74–77 und *passim*.

das islamische Recht in den USA unter dem Begriff *Amrikan Shari'a*.<sup>147</sup> Ebenso spricht Menski von *angrezi dharma* für Hindu-Recht in England;<sup>148</sup> Prakash Shah schlägt ein *European li* für die Chinesische Diaspora vor.<sup>149</sup> In der Rechtsvergleichung tauchen diese Rechte bislang nur zu vereinzelt auf.

### c) *Vergleichung zwischen religiösem und staatlichem Recht*

Intrareligiöse und interreligiöse Vergleichung betreffen nur Teilbereiche. Die wichtigste Vergleichskonstellation ist diejenige, die religiöse und säkular-staatliche Rechte miteinander in Verbindung bringt. In der postsäkularen Gesellschaft geht es hauptsächlich nicht darum, den Diskurs innerhalb und zwischen religiösen Gemeinschaften zu fördern, sondern darum, die Religion in den politischen Diskurs einzubeziehen, der im Rahmen des Staates geführt wird. Ebenso ist das Hauptziel der postsäkularen Rechtsvergleichung nicht, ein separates Feld religiöser Rechtsvergleichung zu schaffen, sondern vielmehr, das Feld traditioneller Rechtsvergleichung so zu erweitern, dass auch religiöse Rechte umfasst werden können. Andererseits ist es nur so möglich, den religiösen Rechten Anschluss an die traditionelle Rechtsvergleichung zu ermöglichen.

Insofern sind inner- und interreligiöse Rechtsvergleichung letztlich nur Vorstufen. Die echte postsäkulare Rechtsvergleichung vergleicht religiöse und säkulare Rechte. Wie das geschehen kann, soll in drei Beispielen im Folgenden gezeigt werden.

## V. Postsäkulare Rechtsvergleichung: Anwendungsbeispiele

Im Rahmen dieses Aufsatzes kann die Idee der postsäkularen Rechtsvergleichung nicht umfassend praktisch durchgeführt werden. Immerhin lässt sich an drei Beispielen andeuten, was postsäkulare Rechtsvergleichung beitragen könnte. Am Beispiel des europäischen Familienrechts zeigt sich, wie die Rechtsvergleichung profitieren kann, wenn sie religiöses Recht miteinbezieht. Umgekehrt lässt sich an der *Islamic Finance* demonstrieren, wie ein religiös-rechtliches Phänomen mit einem genuin rechtsvergleichenden Ansatz besser verstanden und eingeordnet werden kann. Schließlich eröffnet postsäkulare Rechtsvergleichung die Möglichkeit, Konflikte zwischen Staat und Religion

---

<sup>147</sup> S. Zaman, *Amrikan Shari'a – The Reconstruction of Islamic Family Law in the United States*, South Asia Research 28 (2008), 185. Vergleichend K. Moore, *The Unfamiliar Abode: Islamic Law in the United States and Britain* (2010).

<sup>148</sup> Menski (Fn. 7), 592; zustimmend Glenn (Fn. 16), 314 f.

<sup>149</sup> P. Shah, *Globalisation and the Challenges of Asian Legal Transplants in Europe*, Singapore Journal of Legal Studies 2005, 348, 358.

als genuine Rechtskollisionen zu verstehen und kollisionsrechtlich zu behandeln.

## 1. Postsäkulares Familienrecht

### a) Säkulares Familienrecht

Als erstes Anwendungsbeispiel bietet sich das Familienrecht an. Außerhalb Europas spielen religiöse Familienrechte immer noch eine starke Rolle; in vielen Ländern werden familienrechtliche Fragen auch offiziell religiösen Rechten überlassen. In Europa ist die Lage schwieriger, wie sich etwa an der (anhaltenden) Diskussion zum islamischen Familienrecht in England zeigt. Das komplizierte Verhältnis ist aus der Geschichte zu begründen: auch das europäische Familienrecht hat eine religiöse Geschichte, stellt sich allerdings heute ganz wesentlich als eine Emanzipation vom kirchlichen Recht dar.<sup>150</sup> Dieser betont säkulare Charakter zeigt sich besonders in aktuellen Rechtsvereinheitlichungsprojekten. *Ingeborg Schwenger* etwa hat in ihrer Rabel-Vorlesung überzeugend argumentiert, dass das moderne Familienrecht unter dem Einfluss zweier Entwicklungen stehen sollte: Säkularisierung und Emanzipation, insbesondere (aber nicht nur) Gleichberechtigung der Frau.<sup>151</sup> Auf dieser Grundlage hat sie, zusammen mit *Mariel Dimsey*, einen „Model Family Code from a Global Perspective“ ausgearbeitet, der in vielen Aspekten weit moderner ist als die meisten geltenden Familienrechte.<sup>152</sup> Auch die im Entstehen begriffenen „Principles of European Family Law“ muss man als ein solches säkulares Familienrecht verstehen.<sup>153</sup>

Es kann insofern nicht überraschen, dass dieses säkulare Familienrecht prinzipiell nur staatliche Rechte vergleicht. Die „Principles of European Family Law“ etwa beruhen explizit auf einem Vergleich staatlicher Rechtsordnungen; beim „Model Family Code“ sieht es nicht anders aus. Wo religiöse Rechte diskutiert werden, erscheinen sie als Problem für das staatliche Recht,

---

<sup>150</sup> Umfassend *M. Antokoloskaia*, Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective. A Tale of Two Millennia (2006); zu fortbestehender Relevanz der Religion aber etwa *E. Öricü*, Diverse Cultures and Official Laws: Multiculturalism and Euroscepticism?, *Utrecht L.Rev.* 6 (2010), 75, 83 f.

<sup>151</sup> *I. Schwenger*, Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtsvergleichender Sicht, *RabelsZ* 71 (2007), 705, 707 f. Als dritten Faktor könnte man Individualisierung und Privatisierung hinzufügen: *E. Beck-Gernsheim*, From Rights and Obligations to Contested Rights and Obligations: Individualization, Globalization, and Family Law, *Theoretical Inquiries in Law* 13 (2012), 1.

<sup>152</sup> *I. Schwenger/M. Dimsey*, Model Family Code from a Global Perspective (2006).

<sup>153</sup> <<http://ceflonline.net/principles/>>; grundlegend zum Projekt *K. Boele-Woelki*, The Principles of European Family Law: Its Aims and Prospects, *Utrecht L.Rev.* 1 (2005), 160.

nicht als Lösungsmodell.<sup>154</sup> So beschreibt etwa *Jane Mair* im Schlusswort zum Buch „The Place of Religion in Family Law: A Comparative Search“ den Ausgangspunkt der Studie (nicht ganz ohne Selbstironie) als „a search embarked upon with confidence from the citadel of family law, with religion quite clearly placed in the position of challenger“.<sup>155</sup> Solches säkulares Recht grenzt sich nicht nur historisch gegen das kanonische Recht ab (das vielfach auch noch das staatliche Recht beeinflusste),<sup>156</sup> sondern auch vergleichend gegen andere religiöse Rechte. Insbesondere islamisches Familienrecht ist für ein solches Projekt das fundamental andere.<sup>157</sup> Unbewusst (oder vielleicht sogar bewusst?) wird mit dieser Ablehnung islamischen Familienrechts ein Projekt wiederaufgenommen, das bereits im 19. Jahrhundert bestand: die Einbeziehung Griechenlands nach Europa wurde ganz wesentlich auch mit der Ablehnung des ottomanischen Familienrechts begründet.<sup>158</sup>

### b) Postsäkulares Familienrecht: Fragen

Ein solch säkulares Familienrecht ist in vielerlei Hinsicht ein enormer Fortschritt gegenüber dem spezifisch religiösen Familienrecht, wie es über lange Zeit in Europa offen gelolten hat.<sup>159</sup> Für eine postsäkulare Rechtsverglei-

---

<sup>154</sup> Vgl. etwa den bezeichnenden Titel von *S. Cretney*, *Breaking the Shackles of Culture and Religion in the Field of Divorce?*, in: K. Boele-Woelki (Hg.), *Common Core and Better Law in European Family Law* (2005), 3–14. Stark kritisch gegenüber dem islamischen Recht in Westthrazien etwa *A. Tsaoussi/E. Zervogianni*, *Multiculturalism and Family Law: The Case of Greek Muslims*, in: K. Boele-Woelki/T. Sverdrup (Hg.), *European Challenges in Contemporary Family Law* (2008), 209.

<sup>155</sup> *J. Mair*, *The place of religion in family law: a comparative search*, in: dies./E. Örücü (Hg.), *The Place of Religion in Family Law: A Comparative Search* (2011), 3–9, 385. Siehe die Kritik bei *J.A. Nichols*, *Bespr.*, *Journal of Law and Religion* 29 (2014), 344.

<sup>156</sup> Siehe etwa zum Scheidungsrecht *M.A. Glendon*, *The Transformation of Family Law* (1989), 31; *D. Bradley*, *A Family Law for Europe?, Sovereignty, Political Economy and Legitimation*, in: K. Boele-Woelki (Hg.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe* (2003), 65.

<sup>157</sup> *W. Gephart*, *Family Law as Culture*, in: K. Boele-Woelki/N. Dethloff/W. Gephart (Hg.), *Family Law and Culture in Europe – Developments, Challenges and Opportunities* (2014), 347, 356: „The family law of the ‘other’ is represented by Islamic law and different Muslim communities in Europe [...]. The whole matter is very complex, even though the ‘otherness’ is remarkable [...].“

<sup>158</sup> *P. Tsoukala*, *Marrying Family Law to the Nation*, *Am. J. Comp. L.* 58 (2010), 873.

<sup>159</sup> Allerdings ist die Behauptung, dass „[t]he family law of the whole European continent before the Reformation was mainly uniform canon law“ (*M. Antokolskaia* *Development of Family Law in Western and Eastern Europe: Common Origins, Common Driving Forces, Common Tendencies*, *J. of Family History* 28 (2003) 52, 53), allenfalls dann möglich, wenn man den europäischen Kontinent auf seine christliche Bevölkerung beschränken will, so offenbar in der Tat *dies.*, *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective – A Tale of Two Millennia* (2006); ähnlich *N. Dethloff*, *Europäische Vereinheitlichung des Familienrechts?*, *AcP* 204 (2004), 544, 545 f.; *dies.*, *Arguments for the*

chung stellen sich dagegen Fragen. Die erste ist diejenige, wie säkular dieses neue Familienrecht wirklich ist. Säkulares Familienrecht, so *Schwenzer*, beruht auf einem Prinzip der Nichteinmischung in private Lebensbereiche. Das bedeutet für sie insbesondere, dass der Staat die gleichgeschlechtliche Ehe nicht verbieten darf.<sup>160</sup> Es bedeutet auch, dass er der Scheidung jedenfalls dann nichts in den Weg legen darf, wenn beide Partner sich darüber einig sind und Interessen von Dritten, insbesondere Kindern, nicht betroffen sind.<sup>161</sup> Allerdings gilt das Prinzip der Nichteinmischung für *Schwenzer* nicht grenzenlos. Sie will an gewissen „Ehehindernissen, die allen Rechtsordnungen des westlichen Kulturkreises gemeinsam sind“ festhalten, also insbesondere Kinderehe, Mehrfachehe und inzestuöse Verbindung. Begründet wird das Verbot der Mehrehe auf einmal mit „christlichen Werten“.<sup>162</sup> Letzten Endes ist die Säkularisierung also nur partiell; der Ausgangspunkt ist hier die christliche Ordnung. Warum die Grenze gerade hier und nicht anderswo gesetzt wird, ist nicht klar.

Dass selbst das säkulare Familienrecht nicht vollständig säkular ist, ist nun kein Grund, es zu verwerfen. Im Gegenteil: die Erkenntnis bietet Anlass, das Familienrecht umfassender auf seine religiösen Elemente hin zu untersuchen. Auch unser heutiges Familienrecht verbindet säkulare und (christlich-)religiöse Elemente. Genauer: insoweit die Säkularisierung ihrerseits eine Fortsetzung des Christentums ist,<sup>163</sup> sollten wir auch erwarten, dass das säkulare Familienrecht seinerseits Spuren seiner christlichen Vergangenheit zeigt. Heutiges Familienrecht lässt sich wahrscheinlich nicht nur im Gegensatz zu seiner kanonischen Vergangenheit definieren, sondern notwendig auch als dessen Fortsetzung.

Darüber hinaus freilich muss die postsäkulare Rechtsvergleichung fordern, dass ein modernes Familienrecht den Dialog zwischen säkularem und religiösem Gedankengut nutzt. Das bedeutet erstens, dass postsäkulare Rechtsvergleichung sich nicht auf staatliches Familienrecht beschränken kann, sondern auch religiöse Rechtsordnungen miteinbeziehen muss. Wenn verlangt ist, dass der Blick der Rechtsvergleichung auf das *law in action*, das tatsächlich

---

Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, in: Boele-Woelki (Fn. 156), 37, 59 f. Tatsächlich hatten verschiedene Religionen ihr jeweils eigenes Familienrecht.

<sup>160</sup> *Schwenzer*, *RabelsZ* 71 (2007), 705, 714.

<sup>161</sup> *Ebenda* 714–715.

<sup>162</sup> Vgl. Family Model Code Art. 1.7 Comment 1 (p. 10): „This Article is in accordance with all western legal systems that forbid bigamous marriages, e.g. in all parts of America, Europe, Australia and those parts of Asia and Africa, where neither a tribal law nor any religious laws allowing polygamy dominate. At this stage, although there is an ongoing process of assimilation of Islamic and Christian values in many parts of the world, the time does not seem to be ripe to abandon the principle of monogamy.“

<sup>163</sup> *Oben* IV.2.b).



gelebte Familienrecht gerichtet ist,<sup>164</sup> dann muss auch berücksichtigt werden, dass viele Menschen entsprechend religiösem Familienrecht leben. Wenn gefordert wird, dass „das Regelungsmodell einer europäischen Ehe, das Menschen unterschiedlichster religiöser und weltanschaulicher Grundüberzeugungen wie auch verschiedener kultureller Prägung zugänglich sein soll, von größtmöglicher Toleranz geprägt sein“ muss,<sup>165</sup> so kann religiöses Recht bei seiner Entstehung nicht fehlen. Wenn es heißt: „Finden sich in europäischen Rechtsordnungen verschiedene Regelungstypen, müssen diese – soweit in dem betreffenden Bereich Raum für privatautonome Entscheidungen ist – auch im Rahmen der europäischen Ehe offen stehen“, so muss zumindest begründet werden, warum das nicht auch für Regelungstypen religiöser Rechtsordnungen gelten soll.

Dieser letzte Gedanke lässt sich verallgemeinern. In einer postsäkularen Rechtsvergleichung kann man nicht von vornherein sagen, dass eine säkulare Position schon wegen ihres säkularen Charakters einer religiösen Position überlegen ist. Die gleichgeschlechtliche Ehe etwa ist also nicht schon deshalb zuzulassen, weil das Christentum traditionell die verschiedengeschlechtliche Ehe verlangt (was nicht heißt, dass es nicht andere Gründe für sie gäbe).

Schließlich – und das ist schwierig – verlangt postsäkulare Rechtsvergleichung, dass auch gegenüber nichtchristlich-religiösem Recht kein automatischer Vorrang für säkulares oder auch für christliches Recht bestehen kann. Das heißt zunächst, dass die Mehrehe nicht schon mit dem Argument abgelehnt werden kann, dass sie nicht der christlichen Tradition entspricht.<sup>166</sup> Vielmehr müssen auch die religiös-rechtlichen Argumente für die Mehrehe ernstgenommen werden; man muss mehr als nur oberflächlich prüfen, ob sie nicht vielleicht mit Grundrechten und Gleichberechtigung vereinbar sein kann; man muss fragen, ob sie wichtige Funktionen erfüllt, und wenn ja, ob diese Funktionen auf andere Art und Weise erfüllt werden können.<sup>167</sup> Steht man der religiös begründeten Mehrehe auf diese Weise vorurteilsfrei gegenüber (was noch nicht heißt, dass man sie auch anerkennen muss), kann man sie auch mit westlichen Lebensmodellen vergleichen, etwa von polyamourö-

---

<sup>164</sup> *I. Schwenger*, Methodological Aspects of Harmonization of Family Law, in: Boele-Woelki (Fn. 156), 144–146.

<sup>165</sup> *N. Dethloff*, Europäische Vereinheitlichung des Familienrechts?, AcP 204 (2004), 544, 566.

<sup>166</sup> Auch *I. Schwenger*, die dieses wie gesehen noch in ihrem Family Model Code ablehnte, hält die Frage mittlerweile in einem Gutachten für den schweizerischen Nationalrat für offen, *I. Schwenger*, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen – Gutachten zum Postulat 12.3607 Fehr „Zeitgemässes kohärentes Zivil- insbesondere Familienrecht“ (2013), <[www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/veranstaltungen/familienrecht/gutachten-schwenger-d.pdf](http://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/veranstaltungen/familienrecht/gutachten-schwenger-d.pdf)>, Rn. 46 (S. 17).

<sup>167</sup> Vgl. etwa *N. Dethloff*, Polygamie – Wer definiert Ehe und Familie in Europa?, in: Festschrift für Ingeborg Schwenger, Bd. 1 (2011), 409.

sen Verbindungen<sup>168</sup> oder der Wiederheirat nach Scheidung. Und wenn man sie als Status ablehnt, muss man sich weiterhin fragen, wie ein postsäkulares Familienrecht mit ihrem tatsächlichen Vorkommen umgehen kann.

c) *Postsäkulares Familienrecht: Modelle*

In welchem Rahmen können solche und andere Fragen beantwortet werden? Wie soll das staatliche Familienrecht auf religiöse Rechte reagieren?<sup>169</sup> Drei Modelle sind denkbar, die hier skizziert werden sollen: ein säkulares, ein pluralistisches und ein postsäkulares.

Das säkulare Modell des Familienrechts, so wie es in bestehenden Vorschlägen erkennbar ist, verbietet nicht grundsätzlich religiöses Familienrecht. Es akzeptiert dieses aber nur insoweit, als es sich in das Modell des säkularstaatlichen Familienrechts einfügen lässt. Das bedeutet etwa, dass formale Akte, wie zum Beispiel Heirat und Scheidung, nicht wirksam sind, wenn sie nicht vor staatlichen Stellen erfolgen. Es bedeutet für besondere Rechtsfiguren, wie die *Mahr* des islamischen Rechts, dass sie akzeptabel sind, soweit sie sich in Figuren des säkularen Rechts übersetzen lassen.<sup>170</sup> Gelingt eine solche Übersetzung nicht, so ist das Institut nicht anerkennungsfähig. Gleichzeitig bedeutet das, dass Familienrecht jedenfalls aus Sicht des Staates jeglichen religiösen Charakter ablegen muss. In den USA führt das teilweise so weit, dass Eheverträge dann nicht eingeklagt werden können, wenn sie religiöse Terminologie verwenden, weil es Richtern verboten sein soll, Stellung zu religiösen Fragen zu nehmen. Alles in allem ist also in einem solchen säkularen Familienrecht religiöses Familienrecht nur sehr unvollständig aufrecht zu erhalten.

In einem pluralistischen Modell dagegen wird dem religiösen Recht seine Autonomie belassen. In nichteuropäischen Ländern erfolgt das durch ein System der Personalrechte, wie sie im *Millet*-System des osmanischen Reichs, aber auch in britischen Kolonien und ihren Nachfolgestaaten üblich war und ist. Mitglieder einer religiösen Gruppe unterliegen danach dem Recht ihrer eigenen Religion; sie haben Zugang zu speziellen religiösen Gerichten. In Europa existiert ein solches System offiziell nur noch in Westthrakien in Griechenland für die muslimische Minderheit.<sup>171</sup> Darüber hinaus ist aber auch

---

<sup>168</sup> E.S. Scott/R.E. Scott, From Contract to Status: Collaboration and the Evolution of Novel Family Relationships, Colum. L.Rev. 115 (2014), 293, 365–369 und *passim*.

<sup>169</sup> Kurze vergleichende Bestandsaufnahme bei P. Shah, Distorting Minority Laws?, Religious Diversity and European Legal Systems, in: ders./M.C. Foblets/M. Rohe (Hg.), Family, Religion and Law – Cultural Encounters in Europe (2014), 1.

<sup>170</sup> Dazu N. Yassari, Die Brautgabe im Familienrecht (2014), 333–402.

<sup>171</sup> A. Ziaka, Greece – Debates and Challenges, in: M.S. Berger (Hg.), Applying Shari'a in the West – Facts, Fears and the Future of Islamic Rules on Family Relations in the West (2013), 125.

etwa für das Vereinigte Königreich ein pluralistisches System mit religiös-personlichen Rechten vorgeschlagen worden.<sup>172</sup> Begrenzt wird der Inhalt solcher Personalstatuten durch die Verfassung und die Grundrechte. Ein solches Modell kann also religiöse Rechte anerkennen und zur Wirksamkeit bringen. Sein Nachteil liegt darin, dass religiöses Recht gewissermaßen essentialisiert wird: in dem Moment, in dem der Inhalt etwa islamischen Rechts offiziell definiert wird, wird der vorher bestehende interne Pluralismus ausgeschaltet. Zudem werden Religionsangehörige religiösem Recht unterstellt, das sie vielleicht gar nicht wollen. So gibt es etwa in der muslimischen Gemeinschaft in England unterschiedliche Einstellungen gegenüber den *sharia councils*; viele Muslime bevorzugen staatliches Recht und staatliche Gerichte.<sup>173</sup> In Indien wird seit langem für die Abschaffung religiöser Rechte zugunsten eines säkularen einheitlichen Zivilgesetzbuchs gekämpft.<sup>174</sup>

Ein postsäkulares Familienrecht schließlich kann sich beider Techniken bedienen, unterscheidet sich aber von beiden. Einerseits wird es versuchen, das religiöse Recht weder auszuschließen noch zu marginalisieren und als dem säkularen Familienrecht untergeordnet anzuerkennen, wie im säkularen Familienrechtsmodell. Andererseits wird es aber dem pluralistischen Modell nicht soweit folgen, als dieses getrennte Rechtsordnungen postuliert, die unter Umständen Mitglieder einer Religionsgemeinschaft zu sehr einschränken. Gesucht wird vielmehr ein Familienrecht, das staatliches und religiöses Familienrecht zusammenbringen kann und für verschiedene Familienformen und Institutionen offensteht. Teilweise wird ein solches Familienrecht auf staatlicher Ebene auch solche Institutionen regeln, die aus religiösen Rechten herkommen. Teilweise wird es solche Institute ermöglichen, indem es Parteien eine recht freie Institutionenwahl überlässt. Daneben wird es ihnen den Zugang zu nichtstaatlichen religiösen Institutionen ermöglichen und deren Entscheidungen unter gewissen Voraussetzungen anerkennen. Im Einzelnen lässt sich das hier nicht entwickeln. Freilich gibt es durchaus bereits vielversprechende Projekte, die unter diese Definition eines religionsoffenen postsäkularen Familienrechts fallen können.<sup>175</sup>

---

<sup>172</sup> *I. Yilmaz*, Law as Chameleon: The Question of Incorporation of Muslim Personal Law into the English Law, *Journal of Muslim Minority Affairs* 21 (2001), 297.

<sup>173</sup> Siehe etwa *S. Bano*, In Pursuit of Religious and Legal Diversity: A Response to the Archbishop of Canterbury and the 'Sharia Debate' in Britain, *Ecclesiastical L.J.* 10 (2008), 283.

<sup>174</sup> *W. Menski*, The Uniform Civil Code debate in Indian law: New developments and changing agenda, *German L.J.* 9 (2008), 211.

<sup>175</sup> Siehe insb. *A. Büchler*, Islamic Law in Europe?, *Legal Pluralism and its Limits in European Family Law* (2011); *dies.*, Islamic family law in Europe?, From dichotomies to discourse – or: beyond cultural and religious identity in family law, *International Journal of Law in Context* 8 (2012), 196.

## 2. Islamic Finance

### a) Islamic Finance als Phänomen

Familien- und Erbrecht sind klassische Gebiete für religiöse Rechte. Umso wichtiger ist es, in die postsäkulare Rechtsvergleichung auch andere Rechtsgebiete einzubeziehen, so insbesondere das Wirtschaftsrecht.<sup>176</sup> Das wichtigste Thema hier dürfte das Recht der Islamic Finance sein. Mit Islamic Finance bezeichnet man das Gebiet schariakonformer Finanzprodukte im Banken- und Versicherungswesen. Viele Transaktionen, die bei uns gang und gäbe sind, verstoßen gegen das islamische Recht. Insbesondere drei Prinzipien des islamischen Rechts sind hier relevant: das Zinsverbot, das Spekulationsverbot und das Glücksspielverbot. Vereinfacht gesagt, gilt folgendes: Das Zinsverbot wird weithin so ausgelegt, dass ein Darlehensgeber keine Zinsen nehmen darf.<sup>177</sup> Das Spekulationsverbot verbietet den Verkauf fremder Sachen, insbesondere also das *short selling*. Das Glücksspielverbot bedeutet, dass Verträge über Risiken, insbesondere also Versicherungsverträge, nicht erlaubt sind.

Im Rahmen der Islamic Finance werden nun Geschäftstypen entwickelt, die es Marktteilnehmern erlauben, gewinnbringend zu investieren bzw. Risiken zu versichern, ohne dabei gegen das islamische Recht zu verstoßen. Beispielsweise lässt sich das Zinsverbot durch die *murabaha* umgehen. Eine Bank darf etwa einem Hauskäufer kein verzinste Darlehen für den Kaufpreis gewähren. Stattdessen kann aber die Bank das Haus selbst vom Verkäufer gegen sofortige Kaufpreiszahlung erwerben, und es nach einer juristischen Sekunde an den Käufer weiterveräußern – zu einem erhöhten Kaufpreis, der in Raten zu bezahlen ist. Wirtschaftlich wird so das gleiche Ergebnis erreicht wie beim verzinste Darlehen, formal aber handelt es sich um zwei Kaufverträge.

Ein komplizierterer Typ der *murabaha* ist die *commodity murabaha*, oder *reverse tawarruq*: Hier kauft die Bank von einem Händler Rohstoffe zum Marktpreis, verkauft sie dann an ihren Kunden zu einem höheren Preis und verkauft sie dann sogleich, nunmehr im Namen des Kreditnehmers, an den Händler zurück, und zwar zum Marktpreis abzüglich einer Gebühr für den Händler. Der aus dem Verkauf erzielte Kaufpreis wird dabei sofort an den Kunden ausgekehrt, während die Bank dem Kunden den Kaufpreis (im Gegenzug für den Aufschlag) stundet. Der Kunde erwirbt so den Rückkaufpreis sofort, muss aber seinen eigenen Kaufpreis erst später an die Bank zahlen. Auch hier handelt es sich um ein Funktionsäquivalent zum Darlehen gegen

---

<sup>176</sup> Siehe auch H. Hirte, Zukunftsperspektiven der privatrechtlichen Forschung, ZGR 36 (2007), 511, 516 f.

<sup>177</sup> R. Lohlker, Das islamische Recht im Wandel: Riba, Zins und Wucher in Vergangenheit und Gegenwart (1999).

Zinsen; auch hier handelt es sich rechtstechnisch nur um eine Verbindung von Kaufverträgen.

Was der Scharia entspricht und was nicht, ist nun im Einzelnen umstritten. Unter den genannten Beispielen wird etwa die einfache *murabaha* ganz überwiegend für zulässig gehalten. Die Zulässigkeit des *tawarruq* ist dagegen sehr zweifelhaft und wird von vielen abgelehnt.<sup>178</sup> Solche Meinungsunterschiede gibt es zu einigen Instituten der Islamic Finance. Sie sind häufig deshalb nicht aufzulösen, weil es keine Letztinstanz zu solchen Fragen gibt. Ihre Zulässigkeit wird von Gerichten und Schiedsgerichten beurteilt, daneben aber auch durch Institute wie etwa das *Accounting and Auditing Organization for Islamic Finance Institutions* (AAOIFI) und das *Islamic Financial Services Board* (IFSB), einzelne Juristen (durch Gutachten, sogenannte *Fatwas*) und schließlich *sharia boards*, die einzelnen Banken oder Versicherungen wie Beiräte zugeordnet sind und ihre Produkte auf Schariakonformität hin überprüfen.

Islamic Finance ist praktisch relevant. Das Investitionsvolumen in Islamic Finance betrug 2014 etwa 2 Billionen US-Dollar, bis Ende 2018 werden 3 Billionen US-Dollar prognostiziert.<sup>179</sup> Ein nicht unbeträchtlicher Anteil dieser Investments erfolgt in westlichen Staaten. Dabei wird nicht nur das Recht in der islamischen Welt relevant. Da Banken in Europa und Nordamerika festgestellt haben, dass es sich um lukrative Geschäfte handeln kann, wird auch gefragt, wie Islamic Finance mit dem Recht europäischer und nordamerikanischer Staaten vereinbar sein kann.<sup>180</sup> Spätestens damit wird Islamic Finance auch zum relevanten Gebiet für die Wissenschaft, die Rechtswissenschaft eingeschlossen.<sup>181</sup> Behandelt wird Islamic Finance hier allerdings meist nicht als Recht, sondern als ein Geschäftsbereich. Gefragt wird nicht nach dem Recht *der* Islamic Finance sondern nach dem Recht *für die* Islamic Finance.

---

<sup>178</sup> H. Ahmed/N. Mohammad Aleshaik, Debate on Tawarruq: Historical Discourse and Current Rulings, Arab Law Quarterly 28 (2014), 278.

<sup>179</sup> IMF Staff Discussion Note, Islamic Finance: Opportunities, Challenges, and Policy Options (April 2015), <[www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2015/sdn1505.pdf](http://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2015/sdn1505.pdf)>. TheCityUK, The UK: Leading Western Center for Islamic Finance (November 2015), 6, <[www.thecityuk.com/research/our-work/reports-list/islamic-finance-2015](http://www.thecityuk.com/research/our-work/reports-list/islamic-finance-2015)>.

<sup>180</sup> Z.B. K. Bälz, Islamic Finance for European Muslims: The Diversity Management of Shari'ah-Compliant Transactions, Chi. J. Int'l L. 7 (2006), 551; F. Khan/M. Porzio (Hg.), Islamic Banking and Finance in the European Union: A Challenge (2010); V. Cattelan (Hg.), Islamic Finance in Europe: Towards a Plural Financial System (2013).

<sup>181</sup> Aus der deutschsprachigen Literatur etwa M. Gaßner/P. Wackerbeck, Islamic Finance: Islam-gerechte Finanzanlagen und Finanzierungen (2. Aufl., 2009); M. Mahlknecht, Islamic Finance: Einführung in Theorie und Praxis (2008); D. Ernst/B. Akbiyik/A. Srouf, Islamic Banking und Islamic Finance (2013).

Speziell in der rechtsvergleichenden Literatur ist die Rolle der Islamic Finance dagegen weitgehend marginal.<sup>182</sup> Das gilt sowohl für allgemeine Bücher zur Rechtsvergleichung<sup>183</sup> als auch für Werke zum vergleichenden Vertragsrecht.<sup>184</sup> Wie sollte die Rechtsvergleichung hier reagieren?

### b) Islamisches Vertragsrecht

Ein erster Schritt läge darin, das islamische Vertragsrecht in die Vertragsrechtsvergleichung einzufügen. Das scheitert bislang wohl hauptsächlich aus den oben genannten Gründen: unter islamischem Vertragsrecht versteht man oft nur das historische (und insofern nicht mehr geltende) mittelalterliche Recht, das als rückständig gilt; zudem erscheint es, als religiöses Recht, im Prinzip unvergleichbar. Diese zwei Begründungen führen dazu, dass selbst staatliches Vertragsrecht aus mehrheitlich islamischen Ländern für weltweite Vertragsrechtsvergleichung oft nicht hinreichend berücksichtigt wird. Bei den Beratungen für die UNIDROIT Principles etwa spielte islamisches Recht, soweit man sehen kann, nur eine marginale Rolle.<sup>185</sup> Allenfalls wird darauf hingewiesen, dass ähnliche Grundsätze wie die des islamischen Vertragsrechts einst auch in Europa galten, und zwar insbesondere im Christentum.<sup>186</sup> Aber religiöse Wertungen sollen ja gerade vom säkularen Recht überwunden (oder höchstens in die Ethik verwiesen) worden sein; die Abgrenzung des europäischen Rechts von der eigenen christlichen Geschichte führt hier also implizit zur Abgrenzung auch vom islamischen Recht.

Nun sind die Regeln des islamischen Vertragsrechts aus heutiger europäischer Sicht vielleicht ungewöhnlich; unvergleichbar ist ihr Inhalt nicht. Noch heute gibt es etwa im westlichen Recht nicht nur ein Verbot für übermäßige Zinsen, sondern auch ein Zinseszinsverbot.<sup>187</sup> Auch Verträge über Spiel und Wette sind im westlichen Recht regelmäßig unzulässig; das Verbot erstreckt

---

<sup>182</sup> Ähnliches Verdikt bei *M. Heckel*, Islamische Finanzwirtschaft (Islamic Finance) – Eine Aufgabe für die Rechtsvergleichung, *ZVglRWiss* 111 (2012), 311–328.

<sup>183</sup> Kurz behandelt bei *Kischel* (Fn. 14), § 10 Rn. 113–118.

<sup>184</sup> (Sehr) kurz immerhin *J. Smits*, Contract Law: A Comparative Introduction (2014), 35. Siehe auch *P. Owsia*, Formation of contract: a comparative study under English, French, Islamic, and Iranian law (1994). Speziell im Rahmen der Islamic Finance etwa *B.H. Malkawi*, Financial derivatives between Western legal tradition and Islamic Finance: A comparative approach, *Journal of Banking Regulation* 15 (2014), 41, 49–51.

<sup>185</sup> *R. Michaels*, Preamble I, in: S. Vogenauer (Hg.), Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (2. Aufl., 2015), Rn. 16.

<sup>186</sup> Siehe dazu etwa *H.-J. Becker*, Das Zinsverbot im lateinischen Mittelalter, in: M. Casper/N. Oberauer/F. Wittreck (Hg.), Was vom Wucher übrigbleibt – Zinsverbote im historischen und interkulturellen Vergleich (2014), 15.

<sup>187</sup> § 248 BGB (anders für Kaufleute § 355 HGB); zur Zulässigkeit in England *O. Brand*, Das internationale Zinsrecht Englands (2002), 45–46.

sich nur eben nicht, wie im islamischen Recht, auf Versicherungsverträge.<sup>188</sup> Islamisches Vertragsrecht ist also nicht gleich, wohl aber vergleichbar. Das gilt sicherlich für das heutige Vertragsrecht, aber es gilt auch für das historische.

Auch der religiöse Ursprung der islamischen Regeln sollte kein Hindernis für die Vergleichbarkeit der Regeln als Recht darstellen. Gewiss gibt es theologische Begründungen für diese Regeln, die keinen direkten Gegenpart im säkularen Recht haben (so wie etwa die Idee, Zinsen seien Gotteslästerung, weil nur Gott etwas aus nichts erschaffen könne). Diese brauchen uns aus Sicht der Rechtsvergleichung aber weitgehend, wie oben dargelegt, nicht zu interessieren. Relevant sind für uns die Funktionen der Regeln hinsichtlich der Marktordnung, und diese sind ohne Religion zu verstehen.<sup>189</sup> Insoweit Prinzipien der Islamic Finance als Prinzipien der Gerechtigkeit dargestellt werden,<sup>190</sup> mag man sie einem strikt liberalen Wirtschaftsrecht entgegensetzen. Aber Fragen der Gerechtigkeit werden auch im säkularen Recht diskutiert. Zudem unterliegen dem islamischen Vertragsrecht einschließlich der Islamic Finance auch solche Grundsätze, die ebenso westlichem Denken entsprechen, was die Vergleichbarkeit zusätzlich erleichtern sollte. Man kann insbesondere in vielen Regeln des islamischen Vertragsrechts das Prinzip sehen, dass Gewinne aus Risikogeschäften nur jemandem zustehen sollen, der auch das Risiko des Geschäfts trägt. Ein solcher Grundsatz ist auch säkularerem Denken nicht fremd.

### c) *Islamic Finance als Rechtsgebiet*

Islamic Finance muss allerdings vom islamischen Vertragsrecht unterschieden werden. Es entstand als Gebiet in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts, als Zusammenführung moderner kapitalistischer Finanzierungsmechanismen mit den Beschränkungen des Islam. Während islamisches Vertragsrecht unzweifelhaft Recht ist, ist es eine andere Frage, ob die Grundsätze der *Islamic Finance* ihrerseits als Rechtsgebiet angesehen werden können, und wenn ja, welcher Art dieses Rechtsgebiet ist.<sup>191</sup>

---

<sup>188</sup> Dazu W. Ebel, Glücksvertrag und Versicherung – Zur Geschichte der rechtstheoretischen Erfassung des Versicherungsverhältnisses, ZVersWiss 1962, 53.

<sup>189</sup> Ähnlich schon der Ansatz von C. Chehata, Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit hanéfite (1936, Nachdruck 2005).

<sup>190</sup> Nachweise etwa bei H.A. Hamoudi, Muhammad's Social Justice or Muslim Cant: Langdellianism and the Failures of Islamic Finance, Cornell Int'l L.J. 40 (2007), 89, 92–94.

<sup>191</sup> Interessante Verbindung mit globalem Rechtspluralismus bei J. Ercanbrack, The Transformation of Islamic Law in Global Financial Markets (2015), 11–13 und *passim*.

*aa) Schariakonformität als Frage der Ethik?*

Insbesondere geht es hier darum, zu bewerten, ob die Voraussetzung der Schariakonformität rechtlicher Art ist. Vielfach wird das bezweifelt. Weit verbreitet ist etwa die Ansicht, Islamic Finance als einen Unterbereich der Ethik anzusehen. Schariakonforme Anlagen werden aus dieser Sicht ähnlich behandelt wie ethische Anlagemodelle, etwa grüne Anlagefonds. Das Argument, dass es sich um Ethik und nicht um Recht handle, wird dabei auch auf Grundlage des Vokabulars gemacht. Geprüft werde eine Finanztransaktion anhand der religiös-ethischen Kriterien von *halal* und *haram*, nicht den rechtlichen Kriterien von gültig/ungültig.<sup>192</sup> Freilich ist die Terminologie nicht immer strikt getrennt.<sup>193</sup> Und streng betrachtet, weist die schariakonforme Anlagepraxis doch wesentliche Unterschiede zu ethischen Anlagen auf. Ethische Anlagen entspringen einer Präferenz von Anlegern, die sich letztlich aufgrund persönlicher Überzeugung für die eine oder andere Anlageform entscheiden. Die Schariakonformität ist dagegen für den gläubigen Anleger eine Frage nicht persönlicher Überzeugung sondern religiöser Notwendigkeit. Der Gläubige hat, anders als der ethische Anleger, keine Wahl. Das allein würde die Schariakonformität nur zur religiösen, nicht zur rechtlichen Voraussetzung machen. Aber die Erfordernisse der Religion sind eben nicht als ethische, sondern als rechtliche Normen formuliert. All das spricht gegen ihre bloße Natur als Ethik.

Tatsächlich spiegelt sich in der Einstufung der Islamic Finance als Frage der Ethik ein wenig die problematische Entgegensetzung zwischen rationaler säkularer Rationalität einerseits und irrationaler religiöser Rationalität andererseits. Implizit wird angenommen, der islamische Anleger verzichte auf maximalen wirtschaftlichen Erfolg, um stattdessen spirituell das Richtige zu tun. Studien zur Islamic Finance deuten dagegen an, dass schariakonforme Anlagen gar nicht notwendig schlechter am Markt abschneiden als säkulare Anlageprojekte.<sup>194</sup> Insofern ist Islamic Finance mit nutzenmaximierender wirtschaftlicher Rationalität nicht von vornherein unvereinbar.

---

<sup>192</sup> Bälz (Fn. 86), 11–14.

<sup>193</sup> B. Johansen, Contingency in a Sacred Law – Legal and Ethical Norms in the Muslim Fiqh (1999), 79–80. Allgemeiner zum Verhältnis etwa A.K. Reinhart, Islamic Law as Islamic Ethics, Journal of Religious Ethics 11 (1983), 186.

<sup>194</sup> Die Literatur ist unübersichtlich. Siehe etwa M. Hasan/J. Dridi, The Effects of the Global Crisis on Islamic and Conventional Banks: A Comparative Study (2010), IMF Working Paper # WP/10/201; T. Beck/A. Demirgüç-Kunt/O. Merrouche, Islamic vs. conventional banking: Business model, efficiency and stability, Journal of Banking & Finance 37 (2013), 433; beide m.w.N.



*bb) Schariakonformität als Vertragsrisiko?*

Verbunden damit ist die Ansicht, Schariakonformität sei eine Frage nicht des Rechts sondern des Risikos. *Kilian Bälz* etwa argumentiert den Gegensatz folgendermaßen:

„In the world of finance, law (and lawyers) normally serve to make the transaction enforceable in court. Law provides transaction security. In Islamic Finance, in contrast, the role of the Sharia is reversed. Sharia is a risk, which allows the transaction to be attacked on the basis that it did not conform to Islamic legal principles.“<sup>195</sup>

Aber auch dieses Argument scheint nicht zwingend. Dass das Recht nur die Funktion habe, „transaction security“ zu gewährleisten, ist nicht einmal vollständig zutreffend für das Vertragsrecht. Vertragsrecht dient auch dazu, Grenzen für Transaktionen zu formulieren. Finanzmarktrecht im weiteren Sinne dient dagegen maßgeblich auch dazu, ungewollte Finanzmarktprojekte auszuschließen. Das Recht der *Islamic Finance* ist vielleicht nicht ermöglichendes Vertragsrecht, aber es fungiert doch, faktisch, als eine Art Finanzmarktrecht im weiteren Sinne.

Zweitens ist der Unterschied zwischen Recht und Risiko ein Unterschied der Perspektive – je nachdem, ob man juristisch oder wirtschaftlich argumentiert. *Richard Fentiman* etwa definiert in seinem großen Handbuch zur *International Litigation* als „transaction risk“ das „risk that the parties’ expectations will be defeated by the application of a law which does not give effect to the object of the transaction“.<sup>196</sup> Das lässt sich zwanglos auf das Verhältnis zwischen Vertrag und Scharia anwenden, sofern man bereit ist, dieses als nichtstaatliches Recht anzusehen – was indes *Bälz* selbst in einer früheren Veröffentlichung getan hat.<sup>197</sup> Dass nun Parteien in Verträgen regelmäßig die sogenannte Scharia-Einrede auszuschließen versuchen,<sup>198</sup> ist daher auch nichts Besonderes. Parteien versuchen, wenn sie können, manchmal auch, die Berufung auf staatliches Recht auszuschließen. Die Frage ist in beiden Fällen lediglich, ob ein solcher Ausschluss wirksam ist. Das ist nun nach geltendem Recht hinsichtlich der Scharia weitgehend der Fall, hinsichtlich staatlichen Rechts dagegen nicht. Aber das ist nur eine Folge der kollisionsrechtlichen Entscheidung, religiöses Recht nicht als Recht anzuerkennen.

---

<sup>195</sup> *Bälz* (Fn. 86), 23. Siehe auch *M. Casper*, *Islamisches und ethisches Wirtschaftsrecht – Risikoverteilung bei fehlender Vereinbarkeit mit den religiösen oder ethischen Vorgaben*, RW 2011, 251, 267–273.

<sup>196</sup> *R. Fentiman*, *International Commercial Litigation* (2. Aufl., 2015), no. 1.02.

<sup>197</sup> *K. Bälz*, *Shari’a and Qanun in Egyptian Law: A Systems Theory Approach to Legal Pluralism*, Y.B. Islamic & Middle E. L. 2 (1995), 37.

<sup>198</sup> Dazu *K. Bälz*, *Islamisches Kreditwesen – Religion, Wirtschaft und Recht im Islam*, ZVglRWiss 109 (2010), 272, bei Fn. 48; *Casper*, RW 2011, 251, 271–273.

*cc) Schariakonformität als Frage nichtstaatlichen Rechts*

Man muss unterscheiden. Gewiss ist die Schariakonformität regelmäßig keine Frage des *staatlichen* Rechts. Staatliche Rechte, selbst in islamischen Staaten, verlangen typischerweise nicht, dass Finanzmarktprodukte mit der Scharia übereinstimmen. Die Staaten, die der Scharia ein größeres Gewicht geben, sind typischerweise nicht Hochburgen der Islamic Finance. Auch sind staatliche Gerichte ganz regelmäßig nicht mit der Überprüfung dieser Kriterien befasst. In England existieren mehrere Entscheidungen, in denen es englische Richter mit verschiedenen Begründungen abgelehnt haben, die Scharia anzuwenden.<sup>199</sup> In anderen Staaten wird die Frage der Schariakonformität an spezielle Institutionen abgegeben. In Malaysia etwa haben Zivilgerichte die Möglichkeit, Fragen zum islamischen Recht einer speziellen Institution vorzulegen.<sup>200</sup>

Wenn Islamic Finance nicht staatliches Recht ist, ist damit aber noch nicht gesagt, dass es überhaupt kein Recht ist. Meines Erachtens spricht vieles dafür, die Erfordernisse der Islamic Finance als Rechtsfragen anzusehen, weil sie ganz genauso funktionieren. *Nicholas Foster* hat dementsprechend zu Recht die Islamic Finance als „emergent legal system“ bezeichnet.<sup>201</sup> Dieses Rechtssystem beruht, wie er ausführt, nicht, wie staatliches Recht, auf Gesetzen und Rechtsprechung, sondern auf institutionellen Standards, *fatwas*, der Suche nach gemeinsamen Überzeugungen, usw. Vergleichbar ist es insofern, so Foster, eher der Selbstregulierung des Finanzwesens im Westen durch die Standards von ISDA und ICC, und ähnlichem,<sup>202</sup> also seinerseits einem nicht-staatlichen oder jedenfalls unvollständig staatlichem Recht.

Der Charakter der Islamic Finance als Recht wird dadurch häufig übersehen, dass man direkte Verbindungen zieht von historischen Quellen zum islamischen Recht zur Praxis der Islamic Finance, so wie ja auch sonst den historischen Textquellen zu viel, der heutigen Praxis zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt wird. Damit wird aber mehreres vernachlässigt. Erstens bilden die historischen Quellen zwar durchaus den textlichen Ausgangspunkt; das bestehende islamische Vertragsrecht aber muss als moderne Ausarbeitung

---

<sup>199</sup> Speziell zur Islamic Finance siehe *The Islamic Investment Company of the Gulf (Bahamas) Ltd v Symphony Gems N.V.*, [2002] WL 346969 (QBD); *Shamil Bank of Bahrain E.C. v Beximco Pharmaceuticals Ltd*, [2004] 4 All ER 1072.

<sup>200</sup> Siehe etwa *Z. Hasan/M. Atusay*, An Analysis of the Courts' Decisions on Islamic Financial Disputes, *ISRA International Journal of Islamic Finance* 3 (2011), 41, 43–49; *T. Arifin Bin Zakaria*, A Judicial Perspective on Islamic Finance Litigation in Malaysia, *IUMLJ* 21 (2013), 143.

<sup>201</sup> *N.H.D. Foster*, Islamic Finance Law as an Emergent Legal System, *Arab Law Quarterly* 21 (2007), 170, 186.

<sup>202</sup> Dazu etwa *C. Brummer*, Soft Law and the Global Financial System: Rule Making in the 21st Century (2011).

von historischen Prinzipien verstanden werden.<sup>203</sup> Zweitens ist Islamic Finance im wesentlichen Kautelarrecht, muss also weitgehend aus den tatsächlichen Verträgen und Vertragstypen verstanden werden. Drittens schließlich ist die Islamic Finance nicht bloß eine islaminterne Entwicklung von Rechtsgrundsätzen. Vielmehr entspringt sie in ihrer modernen Form einer Verbindung von westlichen Prinzipien der *Finance* mit islamisch-rechtlichen Regeln. Insofern müsste man sie eher als *mixed legal system* ansehen.

#### d) Umgehung?

Zwei Aspekte verdienen besondere Aufmerksamkeit. Der erste ist der Eindruck, den fast jeder westliche Beobachter hat, wenn er zum ersten Mal mit Islamic Finance konfrontiert wird: dass nämlich hier einfach Regeln umgangen werden. Der oben diskutierte *reverse tawarruq* etwa kommt einem normalen verzinsten Darlehen wirtschaftlich so nahe, dass der Unterschied fast nur formal besteht.<sup>204</sup> Dass solche Geschäfte trotzdem wirksam sein sollen, wird dann erklärt mit einem übertriebenen Formalismus des heutigen islamischen Rechtsdenkens, das einerseits unangemessen strikte Regeln formuliert und andererseits Verstöße gegen den Geist der Regeln duldet, solange nur dem Text Genüge getan ist.<sup>205</sup>

Diese Analyse ist vielleicht nicht falsch. Insofern sie allerdings auf ein (häufiges) Klischee recurriert, nach dem islamisches Denken (im Recht und anderswo) insgesamt zu formalistisch und regelhörig wäre, ist sie in zweierlei Hinsicht problematisch. Erstens ist der Formalismus des islamischen Rechts ein Klischee (und zudem eines mit einer problematischen Ideengeschichte, in der semitische-jüdische und arabische Autoritätsgläubigkeit dem europäischen Freiheitsdenken gegenübergestellt wurde).<sup>206</sup> Tatsächlich kann man durchaus davon ausgehen, dass auch islamische Juristen sich der Funktionen des Rechts bewusst sind und diese im Auge haben.<sup>207</sup>

Zweitens, und vor allem, ist aber ein solcher Regelformalismus jedenfalls im Bereich des Finanzmarkt- und Gesellschaftsrechts keine islamische Eigenheit. Dass Juristen versuchen, strikte Regeln durch komplizierte Konstruktionen zu umgehen, kennen wir im westlichen Recht auch. Die GmbH&Co KG

---

<sup>203</sup> Dazu *N.H.D. Foster*, *Islamic Commercial Law – An Overview*, in Dret 4/2006 No. 384, <[www.indret.com/pdf/384\\_en.pdf](http://www.indret.com/pdf/384_en.pdf)> und in Dret 1/2007 No. 405 <[www.indret.com/pdf/405\\_en.pdf](http://www.indret.com/pdf/405_en.pdf)>; *Mallat* (Fn. 139), Kap. 9.

<sup>204</sup> Allgemein *B. Soon Chong/M. Liu*, *Islamic banking: Interest-free or interest-based?*, *Pacific-Basin Finance Journal* 17 (2009), 125.

<sup>205</sup> Siehe etwa sehr kritisch *Hamoudi* (Fn. 190); allgemeiner zum Formalismus im islamischen Rechtsdenken *S.A. Jackson*, *Fiction and Formalism: Towards a Functional Analysis of Usul al-fiqh*, in: B. Weiss (Hg.), *Studies in Islamic Legal Theory* (2002), 177.

<sup>206</sup> Siehe schon oben bei Fn. 38.

<sup>207</sup> Ähnlich auch *H.A. Hamoudi*, *The Muezzin's Call and the Dow Jones Bell: On the Necessity of Realism in the Study of Islamic Law*, *Am. J. Comp. L.* 56 (2008), 423.

etwa ist, streng betrachtet, eine Umgehung der Regeln zur unbeschränkten Haftung der KG. Die Vorratsgesellschaft dient der Umgehung der Probleme der Vorgesellschaft. Sogenannte „Special Purpose Vehicles“ dienen der Isolierung finanzieller Risiken. Transaktionen werden dadurch steueroptimiert, dass man sie bewusst als vom wirtschaftlichen Ziel abweichenden Vertragstyp formuliert, um bestimmte steuerliche Ergebnisse zu erreichen. Wir haben uns an all diese Instrumente gewöhnt. Warum sollten wir formal ganz ähnliche Konstruktionen in der Islamic Finance ablehnen?

Ohnehin liegt die wichtigste Quelle der Islamic Finance weniger in den Vertragsrechtsregeln des klassischen islamischen Rechts und mehr in den Innovationen der modernen westlichen Finanzindustrie. Die Erfindung neuer Finanzprodukte, die den Rahmen bestehenden Rechts ausmessen, war die wichtigste Inspiration für den Gedanken, das gleiche auch für die islamische Welt zu testen. So gesehen ist die Islamic Finance geradezu ein *legal transplant* – eine Transposition von Figuren westlich-säkularen Rechts in das islamische Recht, die, wie auch sonst bei *legal transplants*, nicht ohne Veränderung vor sich ging. Für die Rechtsvergleichung besteht hier noch reiches Potential.

#### e) *Sharia Boards als privatisierte Finanzaufsicht?*

Auch ein weiterer Aspekt der Islamic Finance verspricht wertvolle Einsichten, sobald man Vergleichbarkeit erreicht hat. Gemeint sind die *sharia boards*, also die Institutionen, die die Schariakonformität von Finanzprodukten feststellen.<sup>208</sup> In vielerlei Hinsicht sind *sharia boards* speziell ausgestaltete Berater und können auch als solche behandelt werden.<sup>209</sup> Ihre spezielle Aufgabe, die Schariakonformität von Finanzprodukten festzustellen, ist aber damit nur sehr unzureichend erfasst.

In Bezug auf diese Aufgabe wird in der Wissenschaft ein solches Prädikat der Schariakonformität oft in Parallele zu anderen als privat qualifizierten Siegeln dar, so etwa das Siegel „umweltfreundlich“ oder „artgerecht“ oder ähnliches. Damit wird das religiöse Recht anderen nichtstaatlichen Selbstregulierungen gleichgestellt, freilich aber auch seines besonderen religiösen Charakters beraubt. Dass das einen Unterschied macht, sieht man an folgendem: während man bei anderen Gütesiegeln (umweltfreundlich etc.) sich gut vorstellen könnte, dass der Staat diese Siegel vergibt, ist das bei der Schariakonformität jedenfalls in nichtislamischen Staaten schlecht möglich. Nicht nur ist die Frage der Religionskompatibilität keine Aufgabe des Staates; es fehlt dem Staat im Zweifel auch die Kompetenz. Zudem ist, wie schon oben

---

<sup>208</sup> M. Casper, *Sharia Boards und Corporate Governance*, in: Festschrift für Klaus J. Hopt (2010), 457.

<sup>209</sup> Dazu etwa M. Casper (vorige Fn.), 457, 473 f.

gesagt, die Schariakonformität nicht bloß ein Reputationsmechanismus sondern ein echtes Erfordernis für den gläubigen Anleger.

Sieht man, wie oben argumentiert, die Schariakonformität als eine Rechtsfrage an, dann ist auch die Funktion des *sharia board* diejenige einer Rechtsaufsicht. Dafür spricht nicht zuletzt die Tatsache, dass in einigen islamische Staaten *sharia boards* sogar vorgeschrieben sind. Insofern könnte man eine Parallele zur Beleihung sehen, also der Übertragung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung auf private Akteure, etwa den TÜV. Dafür mag sprechen, dass in einigen Staaten eine Pflicht für islamische Bank besteht, ein *sharia board* zu haben,<sup>210</sup> ähnlich etwa einem Wirtschaftsprüfer. Aber das wird der Sache nicht gerecht: selbst wenn der Staat ein *sharia board* verlangt, so ist doch das vom *sharia board* selbst angewandte Recht letzten Endes gerade nicht staatliches, sondern nichtstaatliches islamisches Recht.

Das spricht vielleicht für die Idee, im *sharia board* eine Art privatisierte Rechtsaufsichtsbehörde zu sehen. Das Argument ginge etwa so: Islamische Banken sind verpflichtet, im Rahmen des islamischen Rechts zu bleiben, haben aber selbst weder die Kompetenz,<sup>211</sup> noch den Anreiz, das richtig zu tun. Auch fehlt für das religiöse Recht eine andere zentrale Instanz, die die Aufsicht übernehmen könnte: der Staat kann es nicht, weil sein Recht ein anderes ist,<sup>212</sup> und eine oberste kirchliche Behörde, die es könnte, existiert nicht (anders als etwa in der katholischen Kirche). Versuche, die Standards der Islamic Finance zu kodifizieren und damit zu vereinheitlichen, sind bislang gescheitert. Dass das Recht somit dezentral ausgelegt wird und uneinheitlich bleibt, stimmt dann mit allgemeinem Verständnis des islamischen Rechts überein.

### 3. Kollisionsrecht der religiösen Rechte

#### a) Das Verhältnis zwischen Staat und Religion als Rechtskollision

Ein drittes Anwendungsbeispiel für die postsäkulare Rechtsvergleichung betrifft schließlich das Verhältnis zwischen Staat und Religion. Dieses Verhältnis wird traditionell in der Rechtsvergleichung als verfassungsrechtliches Problem behandelt, betreffend die Religionsfreiheit einerseits, die religiöse Neutralität des Staates andererseits.<sup>213</sup> So verstanden, handelt es sich also um

---

<sup>210</sup> Zu Bahrain und Jordanien Casper (Fn. 208), 457, 461–464.

<sup>211</sup> Allerdings gibt es oft zusätzlich zum *sharia board* noch eine interne Scharia-Kontrolle.

<sup>212</sup> Allerdings existiert in Malaysia bei der staatlichen Zentralbank ein „Shariah Advisory Council on Islamic Finance“, der bindende Richtlinien erlassen kann; siehe Art. 51(1) Central Bank of Malaysia Act (2009).

<sup>213</sup> Etwa A. Sajó/R. Uitz, Freedom of Religion, in: M. Rosenfeld/A. Sajó (Hg.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law (2012), 909–928.

ein Problem, das von der Perspektive des Staates und seines Rechts aus behandelt wird, dem die Religion als nichtrechtliches Phänomen gegenübersteht. Die Perspektive der Religion ihrerseits ist nicht relevant.

Aus dieser Sicht müssen alle Religionen im Prinzip gleichbehandelt werden: was dem Christentum erlaubt ist, muss auch dem Islam verboten werden; was der Jude nicht darf, darf auch der Hindu nicht. Unbeachtet bleibt dabei, dass die Erfordernisse der verschiedenen Religionen ganz unterschiedlich sind. Wenn man etwa, wie es das Landgericht Köln in einer viel beachteten Entscheidung getan hat, die Knabenbeschneidung als Körperverletzung einstuft,<sup>214</sup> behandelt man nur scheinbar alle Religionen gleich – in Wirklichkeit werden Judentum und Islam eingeschränkt, die christliche Religion dagegen überhaupt nicht, da für sie Beschneidung keine Rolle spielt.

Dass Religionen formal gleichbehandelt werden, substantiell dagegen dem Christentum weniger Einschränkungen abverlangt werden als anderen Religionen, ist nun kein Zufall. Denn die Religionsfreiheit hat sich im Westen entlang der historischen Trennung von Staat und christlicher Kirche entwickelt und ist daher auf dieses Verhältnis besonders eingerichtet. Religionsfreiheit hat dadurch oft eine spezifisch christliche Ausrichtung, die freilich nicht sofort sichtbar ist.<sup>215</sup> Wenn man etwa meint, dem Juden sei sein Glauben als innere Überzeugung unbenommen, die Beschneidung seines neugeborenen Sohns dagegen als nicht zum Kernbereich der Religion gehörend verboten, so erscheint das auf den ersten Blick wie eine einfache liberale Abgrenzung von religiösen und weltlichen Fragen. Tatsächlich aber wird damit für die Definition der Religion ein Charakteristikum des Christentums, speziell des Protestantismus, verallgemeinert: die Idee nämlich, dass Religion primär eine innere Angelegenheit sei.<sup>216</sup>

Demgegenüber kann es nun helfen, religiöse Rechte als Rechte einzuordnen. Das hat als erste Folge, dass der Konflikt zwischen Staat und Religion zur Rechtskollision wird. Gegenüber stehen sich nicht mehr Recht und Religion, sondern vielmehr verschiedene Rechte. Die Frage der Religionsfreiheit wird damit zur kollisionsrechtlichen Frage. Das Verhältnis zwischen weltlicher und geistlicher Macht in Europa war über Jahrhunderte ein kollisionsrechtliches Verhältnis. Ebenso wie in der Rechtsvergleichung ist auch im internationalen Privatrecht die Beschränkung auf staatliche Rechte eine rela-

---

<sup>214</sup> LG Köln, NJW 2012, 2128.

<sup>215</sup> R. Bhargava, 'Rehabilitating secularism', in: C. Calhoun/M. Jurgensmayer/J. v. Antwerpen (Hg.), *Rethinking Secularism* (Oxford, 2011), 101; M. Tushnet, *Religion and the Roberts Court: The Limits of Religious Pluralism in Constitutional Law*, in: M. Schwartzman/C. Flanders/Z. Robinson (Hg.), *The Rise of Corporate Religious Liberty* (2016), 465–477.

<sup>216</sup> T. Asad, *Formations of the Secular: Christianity, Islam, Modernity* (2003), 209.

tiv junge Entwicklung.<sup>217</sup> Eine solche Einordnung des Konflikts als Rechtskollision ist insofern nicht ausgeschlossen.

Damit verbunden ist zweitens, dass das Verhältnis zwischen Staat und Religion nicht mehr hierarchisch konzipiert werden muss. Es ist nicht mehr von vornherein gesagt, dass der Staat das letzte Wort zur Grenzziehung zwischen Staat und Religion behält. Prinzipiell können staatliches und religiöses Recht auf gleicher Ebene behandelt werden.

Drittens lässt sich dieser Konflikt nun besser aus zwei Richtungen betrachten. Gefragt ist nicht mehr nur, wie sich der Staat zur Religion verhält, sondern auch umgekehrt, wie sich die Religion zum Staat verhält. Tatsächlich sind nämlich zwei Kollisionsrechte gefragt. Das eine ist das Kollisionsrecht des Staates – die Frage, wieweit er bereit ist, auf religiöses Recht zu verweisen. Das andere relevante Kollisionsrecht ist dasjenige des religiösen Rechts, das zu bestimmen hat, wieweit es auf staatliches Recht zu verweisen bereit ist. Dabei handelt es sich streng genommen nicht um interreligiöses Kollisionsrecht (weil dieses jedenfalls dem Begriff nach, den Konflikt zwischen unterschiedlichen religiösen Rechten bezeichnet). Will man dieses Kollisionsrecht benennen, so kann man, analog der postsäkularen Rechtsvergleichung, vielleicht von postsäkularem Kollisionsrecht sprechen.

#### *b) Staatliches Recht aus Sicht des religiösen Rechts*

In einem solchen Verständnis muss die Grenzziehung zwischen Staat und Religion für jede Religion gesondert untersucht werden. Von Seiten des staatlichen säkularen Rechts ergeben sich zunächst nur wenige neue Herausforderungen. Denn das staatliche Recht, jedenfalls in westlichen Staaten, behandelt jedenfalls formell alle Religionen gleich. Anders sieht es von Seiten der Religion aus. Hier muss für jede Religion gesondert untersucht werden, wie es sich zu staatlichem Recht verhält. Dazu existieren, soweit ich sehen kann, keine umfassenden vergleichenden Untersuchungen. Auch sind die relevanten Regeln typischerweise nicht in der Form des modernen Kollisionsrechts formuliert. Vielmehr muss das Kollisionsrecht aus zwei Typen von Normen hergeleitet werden: Anweisungen an den Einzelnen, wie er sich im Fall eines Normenkonflikts zu verhalten hat, und Grundsätze der religiösen Gerichtsbarkeit zur Zuständigkeit und zur Anerkennung staatlicher Entscheidungen. Insofern können hier im Folgenden nur Andeutungen gemacht werden.

Um mit dem christlichen Recht zu beginnen: hier besteht mittlerweile ein relativ umfassendes Kollisionsrecht. Zurückführen lässt es sich auf den Ausspruch Jesu im Neuen Testament: „So gebt dem Kaiser, was des Kaisers ist, und Gott, was Gottes ist.“<sup>218</sup> Es handelt sich formal um eine allseitige Kollisi-

<sup>217</sup> Vgl. E. Ehrlich, Internationales Privatrecht, Deutsche Rundschau 126 (1906), 419, 425.

<sup>218</sup> Lukas 20, 25; ähnlich Matthäus 22, 21–22.

sionsnorm (auch wenn sie inhaltlich leer bleibt). Ansonsten ist die Bibel nicht einheitlich: einerseits heißt es, dass Christen um des Herrn Willen aller menschlichen Ordnung untertan sein sollen,<sup>219</sup> andererseits aber, dass man Gott mehr gehorchen soll als den Menschen.<sup>220</sup> Faktisch hat das kanonische Recht im Mittelalter wichtige Grundsätze zum Kollisionsrecht entwickelt und insbesondere seinen eigenen Bereich gegenüber demjenigen des weltlichen Rechts abgesteckt.<sup>221</sup> Eine Zeit lang war dieser Bereich sehr weit und ging bis ins Vertragsrecht; lange Zeit beanspruchte die christliche Kirche die Vorherrschaft über das Eherecht. Heute ist das kanonische Recht in seinem Regelungsanspruch weitgehend beschränkt. Der *Codex Iuris Canonici* enthält ein unvollständiges System einseitiger Kollisionsnormen, die freilich sehr allgemein bleiben.<sup>222</sup>

Im Judentum mit seiner Erfahrung aus der Diaspora geht die Unterordnung unter staatliches Recht relativ weit.<sup>223</sup> Unter dem Prinzip *dina d'malkuta dina* (das Recht des Staates ist das Recht)<sup>224</sup> erlangt staatliches Recht im Ausgangspunkt vollständige Priorität. Allerdings beschränkt man typischerweise den Vorrang auf zivile Angelegenheiten und beansprucht Vorrang jüdischen Rechts für religiöse Angelegenheiten. Früher fasste man darunter auch Fragen des Familien- und Erbrechts; noch heute versuchen viele Juden, jedenfalls zusätzlich zum staatlichen, dem jüdischen Recht in diesen Bereichen zu entsprechen. Zudem besteht eine Art *ordre public*-Vorbehalt gegenüber diskriminierenden Gesetzen und gegenüber Vorschriften der Torah.

Komplexer ist das Kollisionsrecht des islamischen Rechts, weil dieses grundsätzlich Vorrang über alle anderen Rechte beansprucht. Hier wird getrennt danach, ob der Staat islamisch ist oder nicht. Gegenüber dem Recht islamischer Staaten steht nichtstaatliches islamisches Recht zurück. Es steht dem Gläubigen in diesem Verhältnis also nicht frei, seine eigene Interpretation über diejenige des Staates zu stellen. Vielmehr erkennt das islamische Recht die Notwendigkeit für den Herrscher an, islamisches Recht mit Allgemeinwirkung bindend zu konkretisieren.<sup>225</sup> Anders sieht es aus für den Gläubigen, der in einem nichtmuslimischen Staat lebt. Zwar gilt auch hier grund-

---

<sup>219</sup> 1. Petrus 2, 13–14.

<sup>220</sup> Apostelgeschichte 5, 29.

<sup>221</sup> K. Neumeyer, Das kanonische Recht und die Lehren der Kanonisten in ihrem Einfluss auf die Entwicklung des Internationalen Privatrechts, TRG 33 (1965), 177.

<sup>222</sup> P. Neuhaus, Zum Kollisionsrecht des Codex Iuris Canonici, *RabelsZ* 30 (1966), 40; ders. (Fn. 65), 510–511.

<sup>223</sup> Siehe etwa J.D.M. Lew, Jewish Law – Its Development and Co-Existence in the Non-Jewish World, *RabelsZ* 40 (1976), 101–122.

<sup>224</sup> S. Shilo, Dina de-Malkhuta Dina (1974) (hebr.); G. Graff, Separation of Church and State: Dina de-Malkhuta Dina in Jewish Law, 1750–1848 (2003).

<sup>225</sup> Siehe K. Wähler, Interreligiöses Kollisionsrecht im Bereich privatrechtlicher Rechtsbeziehungen (1978), 282.



sätzlich der Vorrang des islamischen Rechts. Dass der Gläubige sich trotzdem an das staatliche Recht zu halten hat, begründet sich aus einem (tatsächlichen oder fiktiven) Unterwerfungsvertrag mit dem Staat.<sup>226</sup> Im Einzelnen ist allerdings vieles umstritten.<sup>227</sup>

### c) Die Lösung von Rechtskollisionen

In einer solchen Neuformulierung des Verhältnisses zwischen Staat und Religion als Kollisionsrecht lassen sich die Kollisionen zwischen staatlichem und religiösem Recht genauer beschreiben als in der herkömmlichen Sprache des Verfassungsrechts. Wie sollen solche Kollisionen nun aufgelöst werden? Eine Möglichkeit wäre es, in der Tradition des europäischen Kollisionsrechts nach dem Sitz eines Rechtsverhältnisses zu suchen und danach zu bestimmen, ob es vom staatlichen oder vom religiösen Recht beantwortet werden sollte. Insoweit das primär berufene Recht auf das andere Recht verweist – religiöses Recht etwa auf staatliches – lässt sich eine Rückverweisung annehmen.

Da allerdings die relevanten Kollisionsnormen weder im staatlichen noch im religiösen Recht als echte Verweisungsnormen formuliert sind, hat man vorgeschlagen, sich der *interest analysis* zu bedienen.<sup>228</sup> Bei dieser Methode wird zunächst untersucht, ob die beteiligten Rechtsordnungen jeweils für sich Anwendung beanspruchen. Ist das nur für eine der Rechtsordnungen der Fall, so ist diese ohne weiteres anzuwenden. Man spricht von einem *false conflict*. Nur wenn beide Rechtsordnungen Anwendung beanspruchen – im Falle eines sogenannten *true conflict* – muss dieser Konflikt aufgelöst werden. Wie das im Einzelfall zu geschehen hat, ist im Kollisionsrecht sehr umstritten. Für die Kollision zwischen staatlichem und religiösem Recht bedürfte es genauerer Analyse.

---

<sup>226</sup> Das Bild des Vertrages findet sich umgesetzt in der Erklärung des Zentralrats der Muslime aus dem Jahr 2001, <[www.zentralrat.de/3035.php](http://www.zentralrat.de/3035.php)>: Das islamische Recht verpflichtet Muslime in der Diaspora, sich grundsätzlich an die lokale Rechtsordnung zu halten. In diesem Sinn gelten Visumserteilung, Aufenthaltsgenehmigung und Einbürgerung als Verträge, die von der muslimischen Minderheit einzuhalten sind.

<sup>227</sup> Vgl. M. Rohe, Sharia and the Muslim Diaspora, in: Bearman/Peters (Fn. 4), 261. Zur Geschichte K. Abou El Fadl, Islamic Law and Muslim Minorities: The Juristic Discourse on Muslim Minorities From the 2nd/8th to the 11th/17th Centuries, *Journal of Islamic Law & Society* 1 (1994), 141.

<sup>228</sup> A. Kirschenbaum/J. Trafimow, The Sovereign Power of the State: A Proposed Theory of Accommodation in Jewish Law, *Cardozo L.Rev.* 12 (1990–91), 925, 932 ff.

## VI. Zusammenfassung in Thesen

1. Die größte Herausforderung für die heutige Rechtsvergleichung liegt im Umgang mit sogenannten religiösen Rechten. Die Rechtsvergleichung ist auf solche Rechte schlecht vorbereitet (II.1.).
2. Die heutige Rechtsvergleichung ist auf staatliches Recht ausgerichtet (II.2.).
  - a) Nichtstaatliches religiöses Recht wird in der Rechtsvergleichung marginalisiert.
  - b) Bei staatlichem religiöses Recht wird übersehen, dass es nicht das gleiche ist wie nichtstaatliches religiöses Recht.
  - c) Religiöses Recht wird oft als positivistisches Recht verstanden, dessen Inhalt sich aus geschriebenen Quellen herleiten lasse. Dem gelebten religiösen Recht wird zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt.
  - d) Als transnationales nichtstaatliches Recht verstanden, sind religiöse Rechte für Rechtsvergleichung in der Globalisierung besonders lohnend (III.1.a)).
3. Religiöses Recht wird oft als ein Recht niedriger Entwicklungsstufe angesehen (II.3.).
  - a) Dabei wird übersehen, wie sehr religiöse Rechte auch das westliche Recht beeinflusst haben.
  - b) Es wird übersehen, dass auch religiöse Rechte einer Modernisierung unterlagen, bevor sie durch westliche Rechte verdrängt wurden.
  - c) Zudem ist die Entwicklungsstufe für die Rechtsvergleichung irrelevant (III.1.b)).
4. Religiöses Recht wird wegen seines religiösen Charakters als fundamental anders verstanden (II.4.).
  - a) Religiöse Rechte lassen sich aber nicht auf ihren religiösen Charakter beschränken.
  - b) Andererseits wird es religiösen Rechten auch nicht gerecht, wenn man für Zwecke der Rechtsvergleichung ihren religiösen Charakter leugnet.
5. Postsäkulare Rechtsvergleichung muss religiöse Rechte als Rechte anerkennen und behandeln, weil sie als Rechte fungieren und als solche wesentlich an der globalen Normativität teilnehmen. Die traditionelle Beschränkung des Rechts auf staatliches und säkulares Recht ist kulturell gefärbt durch die europäische Erfahrung der Säkularisierung und Staatenbildung; sie ist nicht neutral und damit für die Rechtsvergleichung nicht adäquat (III.3.a)).

6. Die Aufgabe für die postsäkulare Rechtsvergleichung ist zunächst, diejenigen Regeln und Gebräuche religiöser Normensysteme in den Blick zu fassen, die den rechtlichen im westlichen Recht funktional entsprechen. Ob ein wahrhaft postsäkularer neutraler Rechtsbegriff gefunden werden kann, bleibt offen (III.3.b)).
7. Der Inhalt religiöser Rechte kann nicht auf den Inhalt heiliger Bücher reduziert werden. Hinzu kommen moderne Kodifikationen und Rechtsprechung. Besonders wichtig ist bei religiösen Rechten das außerhalb der Institutionen existierende gelebte Recht (III.3.c)).
8. Weil für religiöse Rechte oft keine Letztentscheidungsinstanz besteht (wie ein Gesetzgeber oder ein höchstes Gericht), bleibt die Antwort auf viele Fragen in ihnen umstritten. Die Rechtsvergleichung muss daher den religiösen Rechten Ambiguitätstoleranz entgegenbringen. Anstatt vergeblich eine einheitliche Entscheidung des religiösen Rechts zu einer Frage zu suchen, muss sie sich häufig auf den Modus der Entscheidung beschränken (III.3.d)).
9. Die Vergleichbarkeit religiöser und säkularer Rechte setzt einen Übersetzungsprozess in beide Richtungen voraus. Für diesen Prozess bietet sich die funktionale Methode der Rechtsvergleichung an (III.4.).
10. Formal setzt die Vergleichbarkeit zwischen religiösem und staatlichem Recht Differenzierung von Ebenen voraus (IV.1.).
  - a) Juristisches religiöses Recht lässt sich weitgehend ohne Rückgriff auf offenbartes Recht verstehen und insofern mit säkularem Recht oder auch dem Recht anderer Religionsgemeinschaften relativ unbefangen vergleichen.
  - b) Die Idee offenbarten Rechts findet im staatlichen Recht eine Äquivalenz im Verfassungsrecht.
  - c) Das Moment der Offenbarung lässt sich für die Rechtsvergleichung vergleichen mit der Grundnorm.
  - d) Die oft behauptete Unvergleichbarkeit zwischen staatlichem und religiösem Recht beruht auf einer Ebenenverwechslung. Verglichen werden westliches Juristenrecht einerseits und religiöses Quasi-Verfassungsrecht andererseits. Hält man dagegen die verschiedenen Ebenen auseinander, so ergibt sich Vergleichbarkeit auf mehreren Ebenen.
11. Materiell steht ein ideologischer Unterschied der Vergleichung von staatlichem mit religiösem Recht nicht entgegen (IV.2.).
  - a) Auch Rechtssysteme mit unterschiedlichen Ideologien können verglichen werden, wie wir aus der Rechtsvergleichung mit sozialistischem Recht wissen.

- b) Das westliche Recht ist voll von Werten, die aus der christlichen Religion stammen. Selbst sein säkularer Charakter ist vor dem Hintergrund der Religion zu verstehen. Ideologische Unvereinbarkeit besteht daher nicht.
12. Es ergeben sich drei Vergleichskonstellationen: interreligiöse, intrareligiöse, und Vergleichung zwischen religiösem und staatlichem Recht
- a) Die interreligiöse Vergleichung vergleicht verschiedene religiöse Rechte. Die Gefahr besteht, dass hierbei zu viele Gemeinsamkeiten zwischen religiösen Rechten und zu große Unterschiede gegenüber staatlichem Recht angenommen werden.
  - b) Die intrareligiöse Vergleichung vergleicht Rechte innerhalb einer Religion und kann dadurch den internen Pluralismus aufzeigen.
  - c) Am wichtigsten ist die Vergleichung zwischen religiösem und staatlichem Recht.
13. Die moderne Familienrechtsvergleichung ist weitgehend säkular. Religiöse Rechte tauchen hier nur als Probleme für das Recht auf, nicht selbst als Rechte (V.1.a)).
14. Postsäkulare Rechtsvergleichung ermöglicht es, weiterbestehende religiöse Elemente im modernen Familienrecht zu finden und zudem religiöse Rechte in die Rechtsvergleichung miteinzubeziehen (V.1.b)).
15. Für das Verhältnis zwischen staatlichem und religiösem Familienrecht bieten sich drei Modelle an: ein säkulares, ein pluralistisches, und ein postsäkulares (V.1.c)).
- a) Das säkulare Modell des Familienrechts, so wie es in bestehenden Vorschlägen erkennbar ist, verbietet nicht grundsätzlich religiöses Familienrecht. Es akzeptiert dieses aber nur insoweit, als es sich in das Modell des säkular-staatlichen Familienrechts einfügen lässt.
  - b) In einem pluralistischen Modell wird dem religiösen Recht seine Autonomie belassen. Sein Nachteil liegt darin, dass religiöses Recht gewissermaßen essentialisiert wird. Zudem werden Religionsangehörige religiösem Recht unterstellt, das sie vielleicht gar nicht wollen.
  - c) Ein postsäkulares Familienrecht bringt westlich-säkulares und religiöses Familienrecht zusammen und steht für verschiedene Familienformen und Institutionen offen.
16. Obwohl Islamic Finance ein wichtiges Phänomen ist, ist seine Rolle in der Rechtsvergleichung weitgehend marginal (V.2.a)).
17. Islamisches Vertragsrecht kann in die Vertragsrechtsvergleichung einbezogen werden; weder sein Inhalt noch seine religiöse Grundlage stehen dem entgegen (V.2.b)).

18. Islamic Finance sollte als eigenes Rechtsgebiet verstanden werden. Schariakonformität ist eine Rechtsfrage (V.2.c)).
19. Das Verhältnis zwischen Staat und Religion kann für die postsäkulare Rechtsvergleichung als Rechtskollision beschrieben werden. Die so verstandene Rechtskollision kann sowohl aus der Sicht des Staates als auch aus der der Religion betrachtet werden (V.3.a)).
20. Christliches, jüdisches und islamisches Recht haben jeweils Regeln zum Verhältnis zum staatlichen Recht, die sich als Kollisionsregeln verstehen lassen (V.3.b)).
21. Kollisionen zwischen staatlichem und religiösem Recht lassen sich unter Umständen am besten durch eine *interest analysis* lösen.