

Ancilla Iuris

Special Issue: Comparing religious laws:
Different approaches and methods
Prof. Dr. Burkhard Berkmann,
Dr. Britta Müller-Schauenburg (Editors)

*Zur Vergleichbarkeit religiöser Rechte**

*On the comparability of religious law**

Ralf Michaels**
Translated by Jacob Watson

Die moderne Rechtsvergleichung ist eine säkulare Disziplin. Damit sie als solche staatliche und religiöse Rechte überhaupt sinnvoll vergleichen kann, ist es nötig, erstens religiöse Rechte als Recht anzuerkennen und zweitens Übersetzung zu ermöglichen. Das macht die postsäkulare Rechtsvergleichung möglich. Als hilfreich für die formale Vergleichbarkeit erweist sich dabei insbesondere die Unterscheidung verschiedener Schichten – juridisches Recht, offenbartes Recht und Verfassung, Offenbarung und Grundnorm. Die substantive Vergleichbarkeit ist möglich anhand der Erfahrungen intersystemarer Rechtsvergleichung. Insgesamt zeigt sich, dass Vergleichung möglich ist, ohne dass der religiöse Charakter religiösen Rechts entweder absolutiert oder geleugnet werden müsste.

Die moderne Rechtsvergleichung ist eine säkulare Disziplin. Kann sie als solche staatliche und religiöse Rechte überhaupt sinnvoll vergleichen? Oder besteht hier ein fundamentaler Unterschied, da „bei [religiösen Rechten] in so ausgeprägtem Maße der göttliche Ursprung und der Glaubensaspekt [überwiegen], dass sie sich schon deshalb grundlegend von den hier betrachteten, rein menschengemachten Rechtsordnungen unterscheiden“?¹

I. RELIGIÖSES RECHT ALS FUNDAMENTAL ANDERS?

1. 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).² Religiöses Recht wird zum vollständig anderen gemacht.³ Das bedeutet, im Ernstfall, dass

* Im wesentlichen unveränderter Wiederabdruck von *Ralf Michaels*, Religiöse Rechte und postsäkulare Rechtsvergleichung, in: Zimmermann (Hg.), *Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung* (2016), 39–103, Abschnitte II.4, III.2–4, IV.1–2. Eine umfassende Überarbeitung des Arguments ist für die Zukunft geplant.

** Prof. Dr., LL.M. (Cambridge); Direktor, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg; Chair in Global Law, Queen Mary University, London; Professor, Universität Hamburg.

¹ *Uwe Kischel*, *Rechtsvergleichung* (2015), § 11 Rn. 3.

² Siehe zum jüdischen Recht die Diskussion bei *Amihai 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.

³ Zu *R. Davids* Behandlung des islamischen Rechts siehe *Judith Schacherreiter*, Das Verhängnis von Ethnozentrismus und Kulturrelativismus in der Rechtsvergleichung: Ursachen, Ausprägungsformen und Strategien zur Überwindung, *Recht und Religion* 77 (2013), 272, 281f.

Modern comparative law is a secular discipline. In order for it to be able to meaningfully compare state and religious rights at all, it is necessary, firstly, to recognise religious rights as law and, secondly, to make translation possible. This makes post-secular comparative law possible. The distinction between different layers - juridical law, revealed law and constitution, revelation and basic norm - proves particularly helpful for formal comparability. Substantive comparability is possible on the basis of the experience of intersystemic comparative law. Overall, it is shown that comparison is possible without having to either absolutise or deny the religious character of religious law.

Modern comparative law is a secular discipline. As such, can it even meaningfully compare state and religious law? Or is there a fundamental difference here in that “divine origins and faith dominate [religious laws] to such a degree that they clearly belong to a different category than the merely man-made legal systems under consideration here.”¹

I. RELIGIOUS LAW AS FUNDAMENTALLY DIFFERENT?

1. Religiosity as absolute?

A fundamental contradiction is formulated here. Religious laws are reduced to their religious nature. The difference between religious and secular law is thus both absolutized and essentialized (which, incidentally, is sometimes done from the side of religious law as well).² Religious law is completely otherized.³ This means, at worst, that comparison is simply not possible without ignoring the

* Translation with minor changes by *Ralf Michaels*, Religiöse Rechte und postsäkulare Rechtsvergleichung, in: Zimmermann (ed.), *Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung* (2016), 39–103, para. II.4, III.2–4, IV.1–2. A comprehensive revision of the argument is in the works for future publishing.

Translator’s note: There is a general problem with the use of “Rechte” and whether to translate as “law” or “laws” throughout this text. It seems that “religiöse Rechte” in German simply means the three monotheistic legal systems, or differing religious systems, for the most part; whereas “laws” in English would tend to signify the individual laws of each system. As a consequence, the English version often says “religious law” (in the singular) as a distinction from “state law.” Where the context is clear I have translated “religious laws” as is.

** Prof. Dr., LL.M. (Cambridge); Director, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg; Chair in Global Law, Queen Mary University, London; Professor, University of Hamburg.

¹ *Uwe Kischel*, *Comparative law* (2019), 870.

² On Jewish law, see the discussion in *Amihai 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.

³ On *R. David’s* treatment of Islamic law, see *Judith Schacherreiter*, Postcolonial Theory and Comparative Law: On the Methodological and Epistemological Benefits to Comparative Law through Postcolonial Theory, *Verfassung und Recht in Übersee* 49 (2016) 291, 300.

ein Vergleich schlicht nicht möglich ist, ohne dass der religiöse Charakter des religiösen Rechts ignoriert wird. 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 nicht auf islamisches Recht reduziert werden.⁴ Aber selbst für nichtstaatliches religiöses Recht ist eine solche Reduzierung, verbunden mit der behaupteten Unvergleichbarkeit, nicht recht einsichtig. Warum sollte etwa ein Wucherverbot 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.⁵ 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.⁶ Letztere wurde *Mishpat 'Ivri* genannt, hebräisches Recht, zur Abgrenzung nicht nur von *Halacha*, sondern auch von *Mishpat ha-Torah* (Torah-Recht).⁷ Diese Tendenzen lassen sich für eine Rechtsvergleichung, die den religiösen Charakter verabsolutiert, überhaupt nicht erfassen.

2. 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

religious nature of religious law. In this opposition the religiosity of religious law is made absolute.

But why should religious law be reduced to its religiosity? At least for the laws of Islamic states, this is highly questionable – they cannot be reduced to Islamic law.⁴ But even for non-state religious law, such a reduction, combined with the imputed incomparability, is not quite plausible. Why, for example, should a prohibition of usury in Jewish law not be comparable to the rules on *lésion énorme* in the French *Code civil*? On the level of rules, at any rate, there are rules in religious law, too, where the connection to religion is only very indirect.

Moreover, there is a tendency within various religious laws to reinterpret their own law as secular, so to speak. Thus, for a long time there was talk of a secularization of Islamic law, which seemed to be transforming from a religious basis and immutability to a secular and evolving law.⁵ In Israel, since the founding of the state, there have been attempts to accept Jewish law as the basis of the Jewish state, all the while with only some understanding this Jewish law as specifically religious, while others preferred a secularized variant.⁶ The latter was called *Mishpat 'Ivri*, Hebrew law, to distinguish it not only from *halacha* but also from *Mishpat ha-Torah* (Torah law).⁷ These tendencies cannot be grasped at all for a comparative law that absolutizes the religious character.

2. Irrelevance of religiosity?

So if it is misleading to absolutize the religious character of religious laws, should we instead simply deem the religious character to be irrelevant? *Paul Heinrich Neuhaus*, for example, has claimed this for canon law:

In itself, what is significant for comparative law is not the theological evaluation of canon law, whether, for example, according to Sohm's famous thesis, canon law is in contradiction with the nature of the Church, or canon law, as has otherwise been stated, 'is the theological mode

⁴ Vgl. *Michaels* (Fn. *), 47f. m.w.N.

⁵ Siehe etwa *Aharon Layish*, The Contribution of the Modernists to the Secularization of Islamic Law, *Middle Eastern Studies* 14 (1978), 263.

⁶ Siehe etwa *Izhak Englard*, The Problem of Jewish Law in a Jewish State, *Israel Law Review* 3 (1968), 254; *Joseph E. David*, Beyond the Janus Face of Zionist Legalism: The Theo-Political Conditions of the Jewish Law Project, *Ratio Juris* 18 (2005), 206.

⁷ *Assaf Likhovski*, The Invention of "Hebrew Law" in Mandatory Palestine, *Am. J. Comp. L.* 46 (1998) 339; *Radzyner* (Fn. 2), 193–199.

⁴ See *Michaels* (fn. *) 47 et seq. with further references.

⁵ See, e.g., *Aharon Layish*, The Contribution of the Modernists to the Secularization of Islamic Law, *Middle Eastern Studies* 14 (1978), 263.

⁶ See, e.g., *Izhak Englard*, The Problem of Jewish Law in a Jewish State, *Israel Law Review* 3 (1968), 254; *Joseph E. David*, Beyond the Janus Face of Zionist Legalism: The Theo-Political Conditions of the Jewish Law Project, *Ratio Juris* 18 (2005), 206.

⁷ *Assaf Likhovski*, The Invention of "Hebrew Law" in Mandatory Palestine, *Am. J. Comp. L.* 46 (1998) 339; *Radzyner* (fn. 2), 193–199.

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.⁸

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.⁹ 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.¹⁰ 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.¹¹ Ein Rechtsvergleich, der diese Aspek-

of law.’ Such questions are as irrelevant for the comparative lawyer as the historian of art asks, for example, about the degree of piety of an icon’s painter, or about its veneration by the faithful, or about its reputation as ‘miraculous.’⁸

Now, that cannot be right either. There are probably only a few art historians for whom the reputation of an icon as miraculous is irrelevant – namely, those who want to understand a work of art from within the work itself, as it were, to the exclusion of its social significance.⁹ The same applies to the comparative lawyer, for whom the religious background of religious law is irrelevant. Such a limitation of the law to its positive rules may not be completely meaningless. But it makes it impossible to understand law in its social context, as comparative law rightly demands. And it makes it impossible to grasp the symbolic meaning of law.

Such a restriction seems particularly problematic in the case of religious law. *Suzanne Last Stone* has made this point very powerfully with respect to Jewish law, which is increasingly being discussed as relevant to legal theory and constitutional law.¹⁰ She argues that Jewish law, however doctrinal it may appear, cannot be properly understood without its transcendent background. *Nils Jansen* makes a similar point about attempts to trace modern contract law back to the late scholastics: What the late scholastics developed, and what seems to us today like surprisingly modern private law doctrine, was something else at the time, namely a collection of rules to save one’s soul.¹¹ A legal comparison that dismisses these aspects as irrelevant without further justification must necessarily be incomplete; it cannot do full justice to religious law.

⁸ *Paul H. Neuhaus*, *Ehe und Kindschaft in rechtsvergleichender Sicht* (1979), 284. Der Hinweis auf Sohm ist aufgeschlüsselt als *Rudolf 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 *Carl G. Fürst*, *Kirchenrecht oder Kirchenordnung? Zur Ideengeschichte der kirchlichen Rechtsordnung*, in: *Mosiek/Zapp* (Hg.), *Ius et salus animarum – Festschrift für Bernhard Panzram* (1977), 43.

⁹ Vgl. *Erwin 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. *Hubert Damisch*, *Semiotics and Iconography* (1975).

¹⁰ *Suzanne L. Stone*, *The Pursuit of the Countertext: The Turn to the Jewish Legal Model in Contemporary American Legal Theory*, *Harvard LR* 106 (1993), 813; *dies.*, *Jüdisches Recht in der postmodernen Rechtstheorie*, in: *Ladeur/Augsberg* (Hg.), *Talmudische Tradition und moderne Rechtstheorie* (2013), 153. Zur US-amerikanischen Debatte zusammenfassend *Justus v. Daniels*, *Religiöses Recht als Referenz – Jüdisches Recht im rechtswissenschaftlichen Vergleich* (2009). Siehe jetzt auch *Ladeur/Augsberg* (diese Fn.).

¹¹ *Nils Jansen*, *Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in der spätscholastischen Lehre von der Restitution: Außervertragliche Ausgleichsansprüche im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs* (2013); *ders.*, *Verwicklungen und Entflechtungen: Zur Verbindung und Differenzierung von Recht und Religion, Gesetz und rechtlicher Vernunft im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs*, *ZSS (GA)* 132 (2015), 29.

⁸ *Paul H. Neuhaus*, *Ehe und Kindschaft in rechtsvergleichender Sicht* (1979), 284. The reference to Sohm is in fact to *Rudolf Sohm*, *Kirchenrecht I* (1892), 1. I have not been able to locate the reference to canon law as “the theological mode of law.” Perhaps Neuhaus is referring to the converse idea that canon law is the legal modus of the theological, as in *Carl G. Fürst*, *Kirchenrecht oder Kirchenordnung? Zur Ideengeschichte der kirchlichen Rechtsordnung*, in: *Mosiek/Zapp* (eds.), *Ius et salus animarum – Festschrift für Bernhard Panzram* (1977), 43.

⁹ See *Erwin Panofsky*, *Iconography and Iconology: An Introduction to the Study of Renaissance Art*, in: *Panofsky*, *Meaning in the Visual Arts: Papers in and on Art History* (1955), 26. *Hubert Damisch*, *Semiotics and Iconography* (1975).

¹⁰ *Suzanne L. Stone*, *The Pursuit of the Countertext: The Turn to the Jewish Legal Model in Contemporary American Legal Theory*, *Harvard LR* 106 (1993), 813; *Stone*, *Jüdisches Recht in der postmodernen Rechtstheorie*, in: *Ladeur/Augsberg* (eds.), *Talmudische Tradition und moderne Rechtstheorie* (2013), 153. For a summary of the US debate, see *Justus v. Daniels*, *Religiöses Recht als Referenz – Jüdisches Recht im rechtswissenschaftlichen Vergleich* (2009). See now also *Ladeur/Augsberg* (this footnote).

¹¹ *Nils Jansen*, *Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in der spätscholastischen Lehre von der Restitution: Außervertragliche Ausgleichsansprüche im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs* (2013); *Jansen*, *Verwicklungen und Entflechtungen: Zur Verbindung und Differenzierung von Recht und Religion, Gesetz und rechtlicher Vernunft im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs*, *ZSS (GA)* 132 (2015), 29.

te ohne weitere Begründung als irrelevant abtut, muss notwendig unvollständig sein; er kann dem religiösen Recht nicht vollständig gerecht werden.

3. Rechtsvergleichung in der postsäkularen Gesellschaft

Religiöses Recht ist also 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.

In dieser 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 lebhaft diskutierte Positionen. Für die Rechtsvergleichung besonders fruchtbar ist die Idee der postsäkularen Gesellschaft, wie sie *Jürgen Habermas* formuliert hat.¹² Hintergrund für seine 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.¹³ 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.

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. Abge-

3. Comparative law in post-secular society

So religious law is both religious and law. Making the religious element absolute leads to incomparability, but it distorts religious law. Negating the religious element allows comparability, but also leads to distortion. What is needed is an approach to comparative law that makes it possible to compare secular law with religious law without denying the religious element of the latter.

This question of how to deal with the religious character of religious law reflects a more fundamental question in comparative law: How should our secularized society deal with resurgent religion? There is a lively discussion on this with a wide variety of positions. Particularly fruitful for comparative law is the idea of the post-secular society as formulated by *Jürgen Habermas*.¹² The backdrop for his idea of a post-secular society is the realization that secularization has by no means led to the disappearance of religion. It has not even led to religion becoming a purely private affair.¹³ Rather – certainly in other parts of the world, but even in Europe – religions call for their positions to be taken seriously and considered, also in questions of public life. This goes beyond ritual issues (such as kosher or halal butchery, or the headscarf) to social issues such as the regulation of marriage and the family, and even the permissibility of genetic engineering.

Now, by a post-secular society, *Habermas* understands a society that not only tolerates religion but indeed grants it an important role in society, but conversely also demands from religion to respect the law and human rights. Thus, religious fundamentalism, on the one hand, and radical atheism, on the other, are rejected as positions that do not accept any counter-position, but not only. Also rejected is an idea of secularity according to which

¹² *Jürgen Habermas*, *Glauben und Wissen* (2001); vgl. auch *ders.*, *Politik und Religion*, in: *Graf/Meier* (Hg.), *Politik und Religion. Zur Diagnose der Gegenwart* (2013); *Michael Reder/Josef Schmidt* (Hg.), „Ein Bewußtsein von dem, was fehlt“: Eine Diskussion mit Jürgen Habermas (2008). Aus der Diskussion, siehe auch etwa *Matthias Lutz-Bachmann*, *Postsäkularismus: Zur Diskussion eines umstrittenen Begriffs* (2015); *Martin Breul*, *Religion in der politischen Öffentlichkeit* (2015). Habermas' Theorie ist nicht unproblematisch; dass sie hier als Grundlage genommen wird, bedeutet nicht Zustimmung im Einzelnen.

¹³ Dazu insbesondere *Jose Casanova*, *Public Religions in the Modern World* (1994); siehe jetzt auch *ders.*, *Europas Angst vor der Religion* (3. Aufl., 2015).

¹² *Jürgen Habermas*, *Glauben und Wissen* (2001); *Habermas*, *Notes on a post-secular society*, *New Perspectives Quarterly* 25 (2008) 17; see also *Habermas*, *Politik und Religion*, in: *Graf/Meier* (eds.), *Politik und Religion. Zur Diagnose der Gegenwart* (2013); *Michael Reder/Josef Schmidt* (eds.), „Ein Bewußtsein von dem, was fehlt“: Eine Diskussion mit Jürgen Habermas (2008). From the discussion, see also for example *Matthias Lutz-Bachmann*, *Postsäkularismus: Zur Diskussion eines umstrittenen Begriffs* (2015); *Martin Breul*, *Religion in der politischen Öffentlichkeit* (2015). Habermas's theory is not without problems; that it is taken as a basis here does not imply agreement in detail.

¹³ On this, in particular *Jose Casanova*, *Public Religions in the Modern World* (1994); see now also *Casanova*, *Europas Angst vor der Religion* (3rd ed., 2015).

lehnt 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.

II.

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.

1. 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-dogmatischen Vorurteilen ra-

religions are recognized only for the private sphere, but where secular politics takes primacy for questions of the public sphere.

Dialogue between state and religion, according to Habermas, is possible and necessary, albeit not without translation between the particular-religious language, on the one hand, and the general-rational language which dominates politics and philosophy, on the other. Whereas in a purely secular society such positions would be treated merely as arbitrary expressions of opinion, the post-secular society must assume that the positions of religions must for their part be taken seriously as such. That means firstly that their specifically religious character cannot be dissolved, for one, but also their claim to contribute to the discourse cannot be marginalized merely as a particular statement. It means, secondly, that religions have something independent to contribute to the political discussion that secular politics and philosophy lack.

II.

RECOGNITION OF RELIGIOUS LAWS

How can these ideas be translated into comparative law? Two ideas in particular can be fruitful. The first is the idea to recognize religion as a debate participant in its own right. Translated into comparative law, this means that religious laws must be recognized as laws. The second idea is that of the necessary translation. Although this concerns a core competence of comparative law, special problems arise for religious law.

1. The need for recognition

First, on the idea of recognition. In the post-secular society, the concept of law cannot be limited to secular-state law. Just as society negotiates political questions not only within the framework of the secular state but also includes religion in this, comparative law must also be open to including religious laws in the comparison.

The frequent restriction of comparative law to the laws of states violates a central postulate of comparative law, namely “that the comparatist must eradicate the preconceptions of his native legal system”¹⁴ When Zweigert and Kötz rightly warn

¹⁴ Konrad Zweigert/Hein Kötz, Introduction to Comparative Law (Tony Weir transl., 3rd ed., 1998), 35.

dikal befreien muss“.¹⁴ 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“,¹⁵ 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.

2. 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*,¹⁶ die arabischen Begriffe *fiqh* und *sharia*, wirklich mit Recht übersetzt werden können.¹⁷

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).¹⁸ 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.

Die Aufgabe für die Rechtsvergleichung ist daher zunächst, diejenigen Regeln und Gebräuche reli-

“that concepts and features which the comparative lawyer regards as ‘neutral ... are in fact nationally or culturally conditioned, or that they implicitly presuppose the existence of a specific social context,”¹⁵ this warning must correctly also be applied to the concept of law in comparative law. Indeed, limiting law to state and secular law is by no means neutral. Rather, it is culturally colored by the European experience of secularization and state formation, and it presupposes a social environment in which state authority is superior to religion. This has already become doubtful in the West; it is even less adequate for the rest of the world. A legal concept adequate for comparative law must also be open to religious law.

2. Religious law as a category

Admittedly, the decision to recognize religious law as law does not fully solve the problem of definition. It is not entirely certain, for example, whether the Chinese terms *li* and *fa*, the Indian *dharma*,¹⁶ the Arabic terms *fiqh* and *shari‘a*, can really be translated as law.¹⁷

Now, translation problems also exist in Western law, where the English language in particular does not distinguish between *ius* and *lex*. Nevertheless, the issues with religious law point to a more fundamental problem. In Western law, law is strictly differentiated externally from religion (and also, at least in principle, from morality). In addition, there is an internal differentiation of law between public law (the relationship between the individual and the ruler) and private law (the relationship between private individuals).¹⁸ We often do not find such differentiations in religious law, at least not explicitly. Legal norms are not formally separated from religious and moral ones. Moreover, questions which from our understanding concern private law are often formulated as obligations not towards one’s neighbor but towards God, and thus are not actually legal obligations.

The task for comparative law is therefore first of all to focus on those rules and customs of religious

¹⁴ Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts (3. Aufl., 1996), 34.

¹⁵ Zweigert/Kötz (Fn. 14), 11.

¹⁶ Rebecca R. French, What is Buddhist Law? – Opening Ideas, Buffalo Law Review 63 (2015), 833, 845.

¹⁷ Wael B. Hallaq, What is Shari‘a?, Y.B. Islamic & Middle E. L. 12 (2005–06), 151, 151–153.

¹⁸ Im Einzelnen ist die Trennung zwischen öffentlichem und privatem Recht natürlich komplizierter, insbesondere in vergleichender Sicht; siehe insoweit John H. Merryman, The Public Law–Private Law Distinction in European and American Law, J. Pub. L. 17 (1968), 3–19; Ralf Michaels/Nils Jansen, Private Law Beyond the State: Europeanization, Globalization, Privatization, Am. J. Comp. L. 54 (2006), 843, 846–853.

¹⁵ Zweigert/Kötz (fn. 14), 11.

¹⁶ Rebecca R. French, What is Buddhist Law? – Opening Ideas, Buffalo Law Review 63 (2015), 833, 845.

¹⁷ Wael B. Hallaq, What is Shari‘a?, Y.B. Islamic & Middle E. L. 12 (2005–06), 151, 151–153.

¹⁸ More specifically, of course, the public/private law distinction is more complicated, especially from a comparative perspective; see in this regard John H. Merryman, The Public Law–Private Law Distinction in European and American Law, J. Pub. L. 17 (1968), 3–19; Ralf Michaels/Nils Jansen, Private Law Beyond the State: Europeanization, Globalization, Privatization, Am. J. Comp. L. 54 (2006), 843, 846–853.

göser 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 weit hin 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.“¹⁹ Ob es der postsäkularen Rechtsvergleichung gelingen wird, einen wirklich neutralen, postsäkularen, Rechtsbegriff hervorzubringen, muss sich erst zeigen.

3. 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*).²⁰ 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 diese mittelalterlichen Diskussionen oft ungeprüft für heute relevant gehalten. Wie das

normative systems that functionally correspond to the legal ones in Western law. This is relatively easy for some religions. In Islam and Judaism, for example, it is widely recognized that law concerns a relatively well-defined domain. It is more difficult with Asian religions and philosophies, where morality and law are more difficult to differentiate from each other.

Such an orientation towards the functions of Western law does not, however, completely overcome the ethnocentric view. *Simon Roberts* has warned against expanding the concept of law: “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.”¹⁹ Whether post-secular comparative law will succeed in producing a truly neutral, post-secular concept of law remains to be seen.

3. Levels of religious law: Taking Sacred Books Less Seriously

Another problem arises from the fact that religious law, as non-state law, often does not come in the form of rules. Specifically, its formulation as rules alone is not sufficient to resolve legal cases conclusively. In this respect, at least, religious law is not law in the sense of Western state law. It is remarkable that the term for law in many religious traditions can be translated as “way”; this applies not only to Islamic (*shari‘a*) and Jewish law (*halacha*), but also, for example, to Confucianism (*dao*).²⁰ Often we need to understand religious laws more as discourses than as rules; this is especially true of Jewish law, but also of Islamic law.

Comparative law does not always do this justice. Religious laws are often imperfectly represented in comparative law scholarship. Disproportionate weight is given to the presentation of the fundamental texts (Qur’an, Talmud, etc.) and the early, often medieval, legal discussion. Then, when the role of religious law in the contemporary state is discussed, these medieval discussions are often deemed relevant today without further ado. How religious law actually develops – especially in ju-

¹⁹ *Simon 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. LR* 1 68 (2005), 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.“

²⁰ Vergleichend *Galia Patt-Shamir*, Way as Dao; Way as Halakha: Confucianism, Judaism and Way Metaphors, *Dao* 5 (2005), 137–158.

¹⁹ *Simon Roberts*, Against Legal Pluralism: Some Reflections on the Contemporary Enlargement of the Legal Domain, *J. of Leg. Plur.* 42 (1998), 95, 98; see also *Roberts*, After Government? On Representing Law without the State, *Mod. LR* 1 68 (2005), 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.”

²⁰ Comparatively, *Galia Patt-Shamir*, Way as Dao; Way as Halakha: Confucianism, Judaism and Way Metaphors, *Dao* 5 (2005), 137–158.

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“.²¹

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),²² 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

risprudence, but also as lived law – is on the other hand rarely an issue. Thus, it is the law in the books that is analyzed, not – as is usually required in comparative law – the law in action.

While being cautious about generalizing between the laws of different religions, it seems appropriate to distinguish three levels – historical foundations, modern legislation, law in action – just as we do with state law. Certainly the historical foundations, especially the canonical texts, play a greater role in some religious laws than in state law. The idea that law is to be found authoritatively in such texts is, however, specifically European. Often underappreciated is the question to what extent statements of these texts are understood literally or differently today, and whether they are merely being referred to. It is also underestimated that the reality of law takes place largely outside the sources. To paraphrase a claim by *Hein Kötz* regarding civil codes, a postulate for post-secular comparative law would be: “Taking Sacred Books Less Seriously.”²¹

In any case, the most important written source for modern religious law often consists not in canonical historical texts but in (modern) codifications. Such codifications are sometimes attempts to reproduce the law (as in the case of the Ottoman *Mejelle* or the restatement of the Egyptian jurist *Qadrî Pâshâ* of 1875, which is based on it),²² sometimes also (as in the case of the *Moudawana*, the Moroccan family law code of 2004) to develop it. These codifications are of course important for comparative law, but there is no guarantee that they adequately represent non-state religious law. In many cases, codification also took place in the context of colonization. So they face the well-known problems of colonial law: lack of understanding by the colonizers, strategic interests of the native informants, fundamental conflict between religious law as organic and lived law, on the one hand, and its formulation in abstract rules, on the other.

In addition, there is a special problem for religious laws, namely whether they lose an important part of their nature by being made into state law. Most of these problems persist beyond colonization. The Indian *Hindu Marriage Act* of 1955, to take just one

²¹ Nach *Hein Kötz*, Taking Civil Codes Less Seriously, *Modern Law Review* 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.

²² *Hans-Georg Ebert/Assem Hefny*, Die *Qadrî-Pâshâ*-Kodifikation: Islamisches Personalstatut der hanafitischen Rechtsschule (2013).

²¹ From *Hein Kötz*, Taking Civil Codes Less Seriously, *Modern Law Review* 50 (1987), 1–15. It is altogether questionable whether foreign religions beyond Judaism and Islam are as centrally based on holy books as Christianity.

²² *Hans-Georg Ebert/Assem Hefny*, Die *Qadrî-Pâshâ*-Kodifikation: Islamisches Personalstatut der hanafitischen Rechtsschule (2013).

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 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.²³

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;²⁴ für jüdische Bet Din gibt es sogar englischsprachliche Entscheidungssammlungen.²⁵ Historisch wird die osmanische Rechtsprechung mittlerweile stärker berücksichtigt.²⁶

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.

example, is certainly Hindu law, but it is also just as much state law, and this means that it does not necessarily reflect the actual practice of existing Hindu law. Or, more precisely, by committing itself to certain contents of the law, codification cuts off competing developments in lived law.²³

In this respect, comparative law still operates at the familiar level of legal texts. In addition, comparative lawyers need to show more respect for law in action than they often do. This means, first of all, that they must also pay attention to jurisprudence on religious law, but not only historical jurisprudence, rather also and especially contemporary jurisprudence. Such a tendency away from legislative texts and towards case law exists generally in comparative law. Some religious laws have sophisticated judicial bodies whose decisions can be analyzed as well as those of state courts. Sometimes these are even state courts (such as in India), whose decisions are easily accessible. Sometimes they are non-governmental bodies (such as Jewish rabbinical courts); here access is more difficult, but no less important. Studies exist especially for British shari'a councils;²⁴ for Jewish *Bet Din* there are even collections of English-language verdicts.²⁵ Historical Ottoman jurisprudence is now more widely considered.²⁶

Canonical texts, codifications, and court decisions are well-known materials; comparative lawyers should be familiar with them. However, much of religious law takes place outside institutions; it is lived law. Here, comparative law scholars are probably still dependent on the help of legal sociologists and anthropologists. There is now extensive literature on this lived law, which can and must then be used in comparative law, though some of it still needs to be translated into legal terminology.

²³ *Madhu Kishwar*, Codified Hindu Law – Myth and Reality, *Economic and Political Weekly* 29 (1983), 2145.

²⁴ *Samia Bano*, Muslim Women and Shari'ah Councils: Transcending the Boundaries of Community and Law (2013); *John R. Bowen*, On British Islam: Religion, Law, and Everyday Practice in Shari'a Councils (2016). Zu Israel, siehe *Aharon Layish*, Women and Islamic Law in a Non-Muslim State: A Study Based on Decisions of the Shari'a Courts in Israel (2006). Allgemeiner *Ido Shahar*, Legal Pluralism and the Study of Shari'a Courts, *Islamic Law & Society* 15 (2008), 112.

²⁵ *Yehuda Warburg*, Rabbinic Authority: The Vision and the Reality, *Beit Din Decisions in English* (Bd. 1, 2013; Bd. 2, 2016).

²⁶ *Amr A. Shalakany*, Islamic Legal Histories, *Berkeley Journal of Middle Eastern & Islamic Law* 1 (2008), <scholarship.law.berkeley.edu/jmeil/vol1/iss1/1>, letzter Zugriff: 22. November 2021.

²³ *Madhu Kishwar*, Codified Hindu Law – Myth and Reality, *Economic and Political Weekly* 29 (1983), 2145.

²⁴ *Samia Bano*, Muslim Women and Shari'ah Councils: Transcending the Boundaries of Community and Law (2013); *John R. Bowen*, On British Islam: Religion, Law, and Everyday Practice in Shari'a Councils (2016). On Israel, see *Aharon Layish*, Women and Islamic Law in a Non-Muslim State: A Study Based on Decisions of the Shari'a Courts in Israel (2006). More generally *Ido Shahar*, Legal Pluralism and the Study of Shari'a Courts, *Islamic Law & Society* 15 (2008), 112.

²⁵ *Yehuda Warburg*, Rabbinic Authority: The Vision and the Reality, *Beit Din Decisions in English* (vol. 1, 2013; vol. 2, 2016).

²⁶ *Amr A. Shalakany*, Islamic Legal Histories, *Berkeley Journal of Middle Eastern & Islamic Law* 1 (2008), <scholarship.law.berkeley.edu/jmeil/vol1/iss1/1>, last accessed: 22 November 2021.

4. Ambiguitätstoleranz

Religiöses Recht ist also nur teilweise institutionalisiert. Das stellt die Rechtsvergleichung noch vor eine weitere Herausforderung, die bei staatlichem 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.²⁷ Insgesamt zeigt sich eine gewisse Ergebnisoffenheit religiöser Rechte, die zwar von Fundamentalisten geleugnet 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 nichtstaatlichem 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.²⁸

Völlig ungewöhnlich ist das nun für das Recht, entgegen manchmal geäußerter Ansicht,²⁹ 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.³⁰ So besteht etwa zum islamischen Recht der (aller-

4. Tolerance for ambiguity

Religious law is thus only partially institutionalized. This poses yet another challenge to comparative law that is far less relevant in the case of state law. Comparative law scholars often ask for “the” answer a legal system gives to a particular question. This implicitly assumes that a legal system provides exactly one answer to a question. In state law, this is often the case, at least in developed states. States have mechanisms by which they can make binding decisions on disputed issues – not just highest courts but also, most importantly, legislatures. Many religious communities do not have this, the consequence being that questions remain unanswered – there are several answers to these questions from a variety of authorities.²⁷ The result is a certain openness to results of religious laws, which fundamentalists may deny but is broadly the lived experience: Legal questions are decided in concrete situations, but not with universal effect. A comparative law that merely compares results therefore often searches in vain when looking at non-state law. For example, in Islamic law, how much of a woman’s head must be covered, whether (and when) abortion is permissible – these are questions that are disputed within the law and therefore do not allow for a uniform answer. The comparative lawyer must have a special skill here: tolerance of ambiguity.²⁸

Now, contrary to what is sometimes said,²⁹ this is not entirely unusual for law. Even in state law, the vagueness of legal language necessarily leads to ambiguity. Open legal concepts in particular often have to be interpreted in such a case-specific manner that uniform statements simply cannot be made. Where there are no highest court decisions (for example, because an appeal is not available or national law is involved), there is a possibility that differing court decisions will stand simultaneously. But while ambiguity remains relatively limited here, it is a constitutive element in many religious laws.³⁰ For example, in Islamic law there is the (albeit controversial) principle that every master-jurist (*mujtahid*) is right³¹ – he has his own deci-

²⁷ Zur zentralen Rolle des Zweifels im islamischen Recht grundlegend *Intisar A. Rabb*, *Doubt in Islamic Law* (2014).

²⁸ Begriff nach *Thomas Bauer*, *Die Kultur der Ambiguität – Eine andere Geschichte des Islams* (2011). Der Begriff entstammt der Psychologie: *Adrian Furnham/Tracy Ribchester*, *Tolerance of Ambiguity: A Review of the Recent Literature*, *Psychology* 4 (2013), 717–728.

²⁹ *Heinrich Honsell/Theo 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.“

³⁰ *Adam B. Seligman*, *Ambiguity and Notation: Jüdisches Recht und Rechtspluralismus*, in: *Ladeur/Augsberg* (Fn. 10), 197–212; siehe auch *ders./Robert P. Weller*, *Rethinking Pluralism: Ritual, Experience, and Ambiguity* (2012).

²⁷ On the central role of doubt in Islamic law, see *Intisar A. Rabb*, *Doubt in Islamic Law* (2014).

²⁸ Term adapted from *Thomas Bauer*, *A Culture of Amniguity: An Alternative History of Islam* (2021). The term comes from psychology: *Adrian Furnham/Tracy Ribchester*, *Tolerance of Ambiguity: A Review of the Recent Literature*, *Psychology* 4 (2013), 717–728.

²⁹ *Heinrich Honsell/Theo Mayer-Maly*, *Rechtswissenschaft* (6th ed., 2015), 100: “The law cannot admit contradictory statements... In this respect, the tolerance of ambiguity demanded by psychology for culture and religion is not an option for jurisprudence.”

³⁰ *Adam B. Seligman*, *Ambiguity and Notation: Jewish Law and Legal Pluralism*, in: *Ladeur/Augsberg* (fn. 10), 197–212; see also *Seligman/Robert P. Weller*, *Rethinking Pluralism: Ritual, Experience, and Ambiguity* (2012).

³¹ *Hallaq* (fn. 17), 159.

dings umstrittene) Grundsatz, wonach jeder Jurist Recht hat³¹ – er hat eine eigene Entscheidungskompetenz (und Entscheidungspflicht) zu rechtlichen Fragen und ist nicht an die Entscheidungen anderer gebunden.³² Wenn das so ist, kann der Rechtsvergleicher nicht die Meinung einer einzelnen Institution so behandeln 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.

III. 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.

1. 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 fin-

sion-making authority (and duty to decide) on legal issues and is not bound by the decisions of others.³² If that is so, the comparative lawyer cannot treat the opinion of a single institution in the same way as a decision by the highest court. Therefore, except in the case of uniformly answered questions, only trends and majority opinions can be identified.

Comparative law with such a tolerance for ambiguity must therefore rearrange its questions. The content of religious laws cannot be represented as a system of rules in the same way as that of state law; it must rather be understood as a process. The question of the comparative law expert can no longer be: What is the decision of the legal system on this question? Instead, the questions must be: In what way is the decision made? How is an issue handled? What materials, what arguments are used? And this is not necessarily disadvantageous. Often, the answers to such questions in general, including in the case of state law, teach us more about the functioning of a legal system than the determination of its concrete content. In religious law, this is often the only way.

III. TRANSLATION

The recognition of religious laws as laws makes it possible to include them as objects in comparative law. Of course, such inclusion of religious laws is by no means automatic. *Habermas*, as seen, discusses for post-secular society the need to translate between political and religious argument. In comparative law, this corresponds to the problem of establishing comparability, which can also be presented as a problem of the ability to engage in dialogue.

1. The need for translation

Can religious and secular laws be brought into relation with one another? For the parallel problem of politics, *Habermas* suggests that it is a problem of translation. In one direction, questions of secular politics would have to be translated into the language of religion in order to be acceptable to them as well. In terms of law, this means that state law must also be accepted within religious law. An example of this process can be found in the idea held by some religious communities to recognize

³¹ *Hallaq* (Fn. 17), 159.

³² *Ibid.*, 151 ff.

³² *Ibid.*, 151 et seq.

den 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 sein, ihre Positionen der Gesellschaft zur Diskussion anzubieten, die (nichtreligiöse) 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 oft verweigert. 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.³³ In den Vereinigten Staaten ist dem Richter die Stellungnahme zu Fragen religiösen Rechts sogar verfassungsrechtlich verboten – mit allen möglichen Problemen, die daraus folgen.³⁴ In der Rechtsvergleichung finden wir diese Position da, wo sie religiöse Rechte wegen ihres religiösen Charakters für unvergleichbar erachtet, anstatt eine Übersetzung zu versuchen.

2. 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

the state marriage as a betrothal in terms of religious law. More important still is the translation in the opposite direction, that is, the translation of religious positions into those that can be negotiated generally. *Habermas* tasks both the religious and the secular with this translation effort at the same time: Religion must be prepared to offer its positions to society for discussion, and (non-religious) society for its part must help to ensure that these positions can be processed in discourse.

In dealing with religious laws, both efforts are problematic. On the one hand, such translatability is often denied by representatives of religion. They claim that their law can only be understood and interpreted by members of the religion. Particularly from Islam, criticism of non-Islamic scholars is growing louder, claiming that because those are not believers, they cannot understand Islamic law. To accept this criticism is to deem comparative law impossible. As a matter of fact, this is probably the minority opinion, too.

On the other hand, translation is also often refused on the part of secular scholars. This is most clearly visible in jurisprudence. English courts, for example, long refused to apply Islamic law, arguing that it is not accessible to them.³³ In the United States, judges are even constitutionally prohibited from commenting on matters of religious law – with many possible problems following.³⁴ In comparative law, we find this position among those who deem religious law incomparable because of its religious nature, rather than attempting a translation.

2. The possibility of translation

The special problem with religious law seems to be that faith (in the broadest sense) is constitutive of the law. Under these circumstances, how is such a translation of religious law into the terminology of secular law to take place? The most promising approach to such a problem is that of functional comparative law. In functional comparative law, we do not ask whether institutions of different orders are substantially identical, but whether they perform the same function, so that they can then be compared in terms of that function.³⁵ Religious

³³ *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.

³⁴ Siehe etwa *Michael A. Helfand/Barak D. Richman*, *The Challenge of Co-Religionist Commerce*, Duke L.J 64 (2015), 879, 803–810.

³³ *Shamil Bank of Bahrain EC v. Beximco Pharmaceuticals Ltd and others*, [2004] EWCA Civ 19; similarly, LG Tübingen, 18.12.2015, Az. 4 O 197/15.

³⁴ See, for example, *Michael A. Helfand/Barak D. Richman*, *The Challenge of Co-Religionist Commerce*, Duke L.J 64 (2015), 879, 803–810.

³⁵ For the fundamentals again see *Zweigert/Kötz* (fn. 14), ch. 3; for my own approach, see *Ralf Michaels*, *The Functional Method of Comparative Law*, in: *Reimann/Zimmermann* (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2007), 339–382.

erfüllen, so dass sie dann hinsichtlich dieser Funktion verglichen werden können.³⁵ 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 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).³⁶ 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.

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

³⁵ Grundlegend immer noch *Zweigert/Kötz* (Fn. 14), Kap. 3; mein eigener Ansatz findet sich in *Ralf Michaels*, *The Functional Method of Comparative Law*, in: *Reimann/Zimmermann* (Hg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2007), 339–382.

³⁶ *Zweigert/Kötz* (Fn. 14), 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’an 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. *Nils Jansen*, *The Making of Legal Authority* (2010).

and secular law are therefore comparable insofar as they fulfil the same function.

This seems problematic at first. With religious law, several functions often come together. Rules for the proper conduct of business, for example, serve not only a functioning market and justice between market participants, they may also attend to the salvation of the believer. This last function can hardly be translated into secular terms. Properly understood, however, functional comparative law can overcome this problem. This is because functional comparative law does not compare legal institutions as a whole, but only with regard to specific functions. If, for example, a rule of religious law has the function of facilitating the believer’s path to the hereafter, the rule is not comparable to secular law with respect to this function; however, it is comparable to secular law with respect to other functions it may have.

We find this approach in *Zweigert* and *Kötz’s* account of Islamic law. They lay out how of the four roots of Islamic law, two can functionally be called sources (*Qur’an* and *Sunnah*), one as a method (*qiyas*, analogy), and one as an institution (*ijma*, consensus between the legal scholars).³⁶ This does not deny the religious basis, but nevertheless establishes comparability. Comparability exists in respect of one function (namely, the recognition of law in the broadest sense), without it being necessary for what is understood as law to be the same. Admittedly, the fact that the various techniques are similar makes it at the same time more likely that the law so recognized is not so fundamentally different either.

IV.

FORMAL COMPARABILITY: REVELATION AND BASIC NORM

Now, what does all this mean concretely? How should one deal with the religiosity of religious law in comparative law without ignoring it, but also without it getting in the way of comparability? An important step lies in differentiation. It consists

³⁶ *Zweigert/Kötz* (fn. 14), 308. When it is said thereafter that “among these roots the agreed judgment of scholars has the critical role; for it alone can finally decide, with or without the use of analogy, what valid rule of law can be taken from the Koran or the Sunna,” it is true not only for Islam; it is probably true everywhere that the law with its epistemic community decides what law is; see *Nils Jansen*, *The Making of Legal Authority* (2010).

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 offenbarten Recht nicht widersprechen darf, im Einzelnen aber durch Juristen hergestellt und verwaltet wird. Im Islamischen Recht bestimmt sich so das Verhältnis zwischen *shari'a* (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.

1. 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.³⁷ 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.“³⁸

Da dieses juristische Recht den Großteil des Rechts umfasst, ist damit die Rechtsvergleichung in wei-

in distinguishing different levels of law and comparing them functionally. This can be shown well for the religions of revelation, i.e. besides Christianity, above all, Judaism and Islam. Here we can distinguish, somewhat schematically, two kinds of law: revealed law, which is derived from God, and juridical law, which, although it may not contradict revealed law, is produced and administered in detail by jurists. In Islamic law, this determines the relationship between *shari'a* (understood here as revealed law), on the one hand, and *fiqh* (interpretation and further education by jurists), on the other. Similarly, Jewish law can be divided into *mitzvot*, on the one hand, (the 613 imperative commandments revealed by God), and *halacha*, on the other, juridical law, especially the *mishpat ivri*, that is, the part of the law that relates to worldly matters.

1. Juridical law

This differentiation is helpful for comparative law. Juridical law can be understood to a large extent without recourse to revealed law. In this respect it can also be compared with secular law, or even with the law of other religious communities, relatively impartially. The religious character of law is not denied, yet it is just not directly relevant. Discussions on the permissibility of abortion in Jewish law, for example, start from religious sources but are ultimately conducted among jurists.³⁷ In this respect, religious law is no different from German law, where a discussion on the immorality of blanket assignments is based on norms of the German civil code, but ultimately develops largely autonomously from it. In fact, in the case of religious laws, this autonomy is likely to be even more extensive than in the case of the civil code, since the religious sources are old and often vague.

Nowhere is this autonomy of juridical law more evident than in the (oft-cited) tale of Rabbi Eliezer, who performs miracle after miracle in a dispute, without persuading the other rabbis. When God himself agrees with him, even this fails to convince the rabbis. They point out that justice is not in heaven but on earth. And God surrenders and laughs: “My sons have defeated Me.”³⁸

Since this juridical law covers the majority of the law, comparative law is to a large extent relatively

³⁷ Daniel B. Sinclair, The Legal Basis for the Prohibition on Abortion in Jewish Law, *Israel Law Review* 5 (1980), 109; v. Daniels (Fn. 10), 53 ff.

³⁸ Babylonischer Talmud, Baba Mezi'a 59b. Besonders anregend unter den zahlreichen juristischen Diskussionen der Erzählung ist David Luban, The Coiled Serpent of Argument: Reason, Authority and Law in a Talmudic Tale: Epilogue: Law and Fable, *Chi.-Kent LR* 79 (2004), 1253.

³⁷ Daniel B. Sinclair, The Legal Basis for the Prohibition on Abortion in Jewish Law, *Israel Law Review* 5 (1980), 109; v. Daniels (fn. 10), 53 et seq.

³⁸ Babylonian Talmud, Baba Mezi'a 59b. Particularly stimulating among the many legal discussions of the narrative is David Luban, The Coiled Serpent of Argument: Reason, Authority and Law in a Talmudic Tale: Epilogue: Law and Fable, *Chi.-Kent LR* 79 (2004), 1253.

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

2. 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.³⁹ 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.⁴⁰ 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 Forsthoffsche Wort

unproblematic. It is therefore not only inaccurate but ultimately wrong to say of every rule of Islamic law, for example, that it is due to Allah's will, or, even further, that it is, like all Islamic law, changeless. Whether or not a rule can be changed is determined by discourse and procedure in both religious and state law. And regardless of any fiction of immutability, we know factually that religious rights are in constant flux.

2. Revealed law and constitution

Now, what about revealed law? Is this also comparable? There is of course no revealed law in secular law. But here, too, we are familiar with a hierarchical relationship between juridical law, on the one hand, which can be changed relatively easily, and higher law, on the other, which is largely immune to change. In state law, this describes the relationship between statutes and constitutional law.³⁹ Granted, there are important differences. Not only is constitutional law not revealed law, it is positive law. Also, the constitution can be formally amended, unlike divinely established law.⁴⁰ But apart from these differences, the common feature of the tiered structure is that the juridical law must be in harmony with a higher-ranking law, and the normal legal discussion remains limited by the framework of this higher-ranking law, but cannot itself change it. Just as the legislature in the Islamic state is bound by Islam (in addition to the constitution), the state legislature is bound by the constitution.

Whether the state legislator or even judge has more freedom in this respect than the Islamic one, as some think, is a thoroughly open (and research-worthy) question. On the one hand, the notion that Islamic lawmakers only slavishly implement shari'a law does not do justice to the often stupendous law-making creativity we find in Islamic states. On the other hand, there are definitely tendencies in the West to derive any legal policy decision from the constitution and thus to withdraw it from the scope of the legislature; Forsthoff's word for the constitution as a juridical "cosmic

³⁹ Insofern bezeichnet das viel diskutierte Problem der Schariakonformitätsklauseln in den Verfassungen islamischer Staaten (oben Fn. 33) 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.

⁴⁰ Allenfalls könnte man das Neue Testament jedenfalls in Teilen als Abänderung des Alten Testaments einordnen.

³⁹ In this respect the much discussed problem of the shari'a conformity clauses in the constitutions of Islamic states (above fn. 33) also represent a conflict of priority of higher-ranking laws. By establishing shari'a conformity as a constitutional norm, on the one hand religious law seems to gain primacy; the very fact that this primacy in turn follows from a constitutional norm, however, speaks to the primacy of the constitution.

⁴⁰ At best one could classify the New Testament, at least in parts, as an amendment to the Old Testament.

von der Verfassung als juristischem Weltenei, aus dem die Gesamtrechtsordnung schlüpft, ist hier noch heute manchmal treffend.⁴¹

3. 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.“⁴² 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 herhalten. Das gelingt nicht immer. Nicht zu Unrecht sieht John Gardner, in Anlehnung an Kierkegaard, im Recht einen „Leap of Faith“.⁴³ Umgekehrt kann im religiösen Recht die Offenbarung als Grundnorm des religiösen Rechts gesehen werden. Derartige Thesen findet man nicht nur zum jüdischen Recht,⁴⁴ sondern auch zum islamischen Recht⁴⁵ und zum Hindurecht.⁴⁶ In Pakistan wurde nach dem Putsch sogar explizit

egg” (*Weltenei*) from which the overall legal order hatches is still sometimes apt here today.⁴¹

3. Revelation and basic norm

This would leave as fundamental difference only the moment of revelation itself. Revelation seems to have no direct counterpart in secular law. Here too, however, it helps to focus on the function that is performed. In religious law, revelation is the answer to a question that also arises in state law, namely that of ultimate justification. If, for example, we answer this question with *Hans Kelsen*, with the idea of the basic norm that is set, then we avoid the transcendentalization of law that is carried out in religious law. But then we have to make do with a deliberately fixed fiction instead – that of the basic norm. This basic idea of legal positivism was actually formulated as a direct answer to the receding of religion. *Kelsen* himself puts it this way: “[M]an must remain aware that the satisfaction of the need for an absolute justification of positive law is not attainable by way of scientific-rational knowledge, but only by way of theological-metaphysical speculation.”⁴² Functionally, then, the basic norm and revelation have always been equivalent.

This allows comparison in both directions. On the one hand, the basic norm in secular law must serve as a placeholder for a transcendent justification. This is not always successful. Not without reason *John Gardner*, following *Kierkegaard*, sees in law a “Leap of Faith.”⁴³ Conversely, in religious law, revelation can be seen as the (Kelsenian) basic norm of religious law. Such theses can be found not only for Jewish law⁴⁴ but also for Islamic law⁴⁵ and Hindu law.⁴⁶ In Pakistan, after the coup, the instrument of the basic norm was even explicitly used to argue for the continued validity of Islamic law.⁴⁷

⁴¹ *Ernst Forsthoff*, *Der Staat der Industriegesellschaft* (1971), 144. Die Figur des Welteneis, die sich in den Schöpfungsmythen vieler Kulturen findet, ist ihrerseits häufig religiös besetzt. *Hajime Nakamura*, *A Comparative History of Ideas* (1992), 56ff.

⁴² *Hans Kelsen*, *Die Selbstbestimmung des Rechts*, in: Klecatsky u.a. (Hg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule* (Bd. 2, 1968), 1445, 1453.

⁴³ *John Gardner*, *Law as a Leap of Faith* (2012); insb. das gleichnamige Kapitel 1.

⁴⁴ *Menachem Elon*, „The Basic Norm and the Sources of Jewish Law“, in: *Iders* (n. 5) Bd. 1, 229, 232–234. Ähnlich *Bernd J. Fisher*, *Peering into the Kaleidoscope: Revisiting the Grundnorm of Jewish Law*, *Oxford Journal of Law and Religion* 1 (2012), 470–495.

⁴⁵ *Ashk Dahlén*, *Islamic Law, Epistemology and Modernity: Legal Philosophy in Contemporary Iran* (2003), 79; vgl. *Ebrahim Moosa*, *Allegory of the Rule (Hukm): Law as Simulacrum in Islam?*, *History of Religions* 38 (1998), 1, 21–23.

⁴⁶ *Werner Menski*, *Comparative Law in a Global Context – The Legal Systems of Asia and Africa* (2. Aufl., 2006), 204.

⁴¹ *Ernst Forsthoff*, *Der Staat der Industriegesellschaft* (1971), 144. The figure of the “cosmic egg,” which is found in the creation myths of many cultures, is itself often religiously connoted. *Hajime Nakamura*, *A Comparative History of Ideas* (1992), 56 et seq.

⁴² *Hans Kelsen*, *Die Selbstbestimmung des Rechts*, in: Klecatsky et al. (ed.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule* (vol. 2, 1968), 1445, 1453. Cf. *Hans Kelsen*, *On the Basic Norm*, *Cal. L. Rev.* 47 (1959) 107–110.

⁴³ *John Gardner*, *Law as a Leap of Faith* (2012); esp. chapter 1.

⁴⁴ *Menachem Elon*, „The Basic Norm and the Sources of Jewish Law“, in: *Elon* (n. 5) vol. 1, 229, 232–234. Similarly, *Bernd J. Fisher*, *Peering into the Kaleidoscope: Revisiting the Grundnorm of Jewish Law*, *Oxford Journal of Law and Religion* 1 (2012), 470–495.

⁴⁵ *Ashk Dahlén*, *Islamic Law, Epistemology and Modernity: Legal Philosophy in Contemporary Iran* (2003), 79; see *Ebrahim Moosa*, *Allegory of the Rule (Hukm): Law as Simulacrum in Islam?*, *History of Religions* 38 (1998), 1, 21–23.

⁴⁶ *Werner Menski*, *Comparative Law in a Global Context – The Legal Systems of Asia and Africa* (2nd ed., 2006), 204.

⁴⁷ See *T.K. Krishna Iyer*, *Constitutional Law in Pakistan: Kelsen in the Courts*, *Am. J. Comp. L.* 21 (1973), 759; *Martin Lau*, *The Role of Islam in the Legal System of Pakistan* (2006), 9, 14 et seq.

mit dem Instrument der Grundnorm für die Weitergeltung islamischen Rechts argumentiert.⁴⁷

Natürlich ist all dies umstritten⁴⁸ (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.

4. 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 Quasi-verfassungsrecht 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 mit einander 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 unterlaufe.

Of course, all this is controversial⁴⁸ (just as, indeed, the idea of the basic norm itself is not without controversy). Nor is the issue here one of proving equality or even functional equivalence in detail. The point is merely, but still, to show that and how a comparison of secular and religious law could at least be considered, even with regard to the moment of revelation.

4. Confounding levels and comparing different levels

If one separates secular and religious law into different levels, as shown here, one can see where the claimed incomparability of religious and state law comes from. It is simply a case of confounding levels. The juridical law of states on the one hand is compared to the quasi-constitutional law of religion on the other. Or, to put it another way, all religious law is understood as if it were quasi-constitutional law, and as such is held to be incomparable.

If, on the other hand, the various levels are kept apart, comparability is achieved at several levels. With regard to the level of juridical law, state and religious laws are relatively easy to compare with each other. This should cover most legal questions.

Secondly, revealed law, on the one side, and constitutional law, on the other, are also comparable – not with regard to their origin but with regard to their function as higher-ranking law. For comparative law, this opens up a wealth of promising topics that have hitherto been dealt with far too little. Just one example: Does the absolute immutability of higher-ranking law (as in Islamic law) make it more difficult to actually change the law? Or is it ultimately just as difficult to change state constitutional law? Formal constitutional amendment often fails because of its high hurdles. Substantive amendment while retaining the text must be upheld to undermine the rules on formal amendment.

⁴⁷ Siehe *T.K. Krishna Iyer*, *Constitutional Law in Pakistan: Kelsen in the Courts*, *Am. J. Comp. L.* 21 (1973), 759; *Martin Lau*, *The Role of Islam in the Legal System of Pakistan* (2006), 9, 14 ff.

⁴⁸ Ablehnend etwa *Muhammad K. Masud*, *Muslim Jurists' Quest for the Normative Basis of Shari'a* (2001); siehe auch *Bernard S. Jackson*, *Mishpat Ivri, Halakhah and Legal Philosophy: Agunah and the Theory of 'Legal Sources'*, *JSLJ* 1 (2002), 69, <www.biu.ac.il/JS/JSLJ/jsij1.html>, letzter Zugriff: 22. November 2021.

⁴⁸ *Contra*, for example, *Muhammad K. Masud*, *Muslim Jurists' Quest for the Normative Basis of Shari'a* (2001); see also *Bernard S. Jackson*, *Mishpat Ivri, Halakhah and Legal Philosophy: Agunah and the Theory of 'Legal Sources'*, *JSLJ* 1 (2002), 69, <www.biu.ac.il/JS/JSLJ/jsij1.html>, last accessed: 22 November 2021.

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.

V.

MATERIELLE VERGLEICHBARKEIT

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

1. 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.⁴⁹ 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.⁵⁰ Aber auch im Westen tat man sich lange Zeit schwer mit einer Vergleichung sozialistischer Rechte, die über eine Ideologiekritik hinausging.⁵¹

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 Vergleich-

⁴⁹ Einführend *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, Bd. I (2. Aufl., 1984), 42–44 (in der 3. Aufl., 72, nicht mehr enthalten; siehe dort zum Fortfall des sozialistischen Rechtskreises v.).

⁵⁰ Darstellung bei *Hans J. Bartels*, Methode und Gegenstand intersystemarer Rechtsvergleichung (1982), 23–29.

⁵¹ *Andreas Bilinsky*, Das sowjetische Wirtschaftsrecht (1968), 18.

Finally, comparable in terms of legal theory are also the moments of ultimate justification in law, i.e. in particular the basic norm and its equivalents in state law, revelation in religious law. Here, on the one hand, comparative law can be used to explore the role that ultimate justification plays in the legal system. In addition, it would be interesting to know to what extent state law really avoids the necessity of metaphysical ultimate justification with the help of the basic norm or similar constructs.

V.

SUBSTANTIVE COMPARABILITY

Problems with comparability do not only concern formal aspects, however. Substantively, the problem is whether state law and religious law are so different in ideology that they cannot be meaningfully compared.

1. Experiences from “inter-systemic” comparative law

Now, the problem of comparability of ideologically different legal orders is not new to comparative law. It is well known from the discussion on the comparability between so-called capitalist and so-called socialist law.⁴⁹ The justification for this was the alleged fundamentally different role played by the law under socialism. Especially on the part of socialist states, comparability was often denied.⁵⁰ But in the West, too, it was difficult for a long time to compare socialist law in a way that went beyond a critique of ideology.⁵¹

These objections have not prevailed and rightly so. Especially for functional comparative law, ideological differences do not stand in the way of comparability. Rather, it is precisely functional comparative law that makes it possible to view the quite different problem-solving mechanisms in different legal systems as functionally equivalent answers to the same problems, and thus to make them comparable without having to assert identity between them. The fact that formally identical institutions fulfil different functions in different social orders is a result of the comparison and therefore does not contradict it.⁵² Even so-called system-specific le-

⁴⁹ For an introduction, *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, vol. I (2nd ed., 1984), 42–44 (in the 3rd no longer included; see there on the discontinuation of the socialist legal circle v.).

⁵⁰ Illustrated in *Hans J. Bartels*, Methode und Gegenstand intersystemarer Rechtsvergleichung (1982), 23–29.

⁵¹ *Andreas Bilinsky*, Das sowjetische Wirtschaftsrecht (1968), 18.

⁵² *Ulrich Drobnig*, Rechtsvergleichung zwischen Rechtsordnungen verschiedener Wirtschaftssysteme: Zum Problem der intersystemaren Rechtsvergleichung, *RabelsZ* 48 (1984), 233, 239 et seq.; see also *Konrad Zweigert/Hans-Jürgen Puttfarcken*, Zur Vergleichbarkeit analoger Rechtsinstitute in verschiedenen Gesellschaftsordnungen, in: *Zweigert/*

chung und steht ihr also nicht entgegen.⁵² Selbst sogenannte systembezogene Rechtsinstitute sind daher vergleichbar.⁵³ 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 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.

2. 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.⁵⁴ 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

gal institutions are therefore comparable.⁵³ Socialist law is incomparable only insofar as it performs functions that do not exist in other societies.

These ideas can be applied to the comparison between state secular and religious law. Ideological differences lead to different solutions, but not to incomparability. If, for example, religious contract law requires contracting parties to give greater consideration to the welfare of the other contracting party than would be the case under state law, this is no reason to reject comparability. Incomparability exists only where religious laws fulfil specifically spiritual or ritual functions. However, such rules will often no longer be legal rules in the strict sense.

2. Religious elements in state law?

Thus, even a fundamental ideological difference between secular and religious law does not stand in the way of legal comparison. Of course, whether this ideological difference is really so fundamental is not at all clear. In particular, the claim that state law in Europe and America is fundamentally non-religious is not without controversy, to say the least. *Böckenförde* famously postulated that “[t]he liberal, secularized state draws its life from preconditions it cannot itself guarantee”.⁵⁴ Implicitly this refers to religious foundations, even if *Böckenförde* himself did not want to be understood exclusively in this way.

Sometimes the Christian foundations of the Western legal tradition are explicitly mentioned and especially brought into position against Islamic law. Indeed, Western law is replete with values derived from Christianity, from matters of contract law to law regarding human rights.⁵⁵ Here it is then certainly about an alleged fundamental ideological

⁵² Ulrich Drobniq, Rechtsvergleichung zwischen Rechtsordnungen verschiedener Wirtschaftssysteme: Zum Problem der intersystemaren Rechtsvergleichung, *RabelsZ* 48 (1984), 233, 239 f.; vgl. auch Konrad Zweigert/Hans-Jürgen Puttfarcken, Zur Vergleichbarkeit analoger Rechtsinstitute in verschiedenen Gesellschaftsordnungen, in: dies. (Hg.), *Rechtvergleichung* (1978), 395.

⁵³ Drobniq (Fn. 52), 239; gegen Dietrich A. Loeber, Rechtsvergleichung zwischen Ländern mit verschiedener Wirtschaftsordnung, *RabelsZ* 26 (1961), 201.

⁵⁴ Ernst-Wolfgang 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 Martin 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>, letzter Zugriff: 22. November 2021; Hermann-Josef Große Kracht, *Fünfzig Jahre Böckenförde-Theorem. Eine bundesrepublikanische Bekenntnisformel im Streit der Interpretationen*, in: ders./ Kracht (Hg.), *Religion-Recht-Republik: Studien zu Ernst-Wolfgang Böckenförde* (2014), 155.

Puttfarcken (ed.), *Rechtvergleichung* (1978), 395.

⁵³ Drobniq (fn. 52), 239; against Dietrich A. Loeber, *Rechtvergleichung zwischen Ländern mit unterschiedlichen Wirtschaftsordnungen*, *RabelsZ* 26 (1961), 201.

⁵⁴ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *The Rise of the State as a Process of Secularization* (1967), in id., *Religion, Law, and Democracy: Selected Writings* (2020) 152, 167. See now Böckenförde, *The Secularized State: Ist Character, Justification, and Problems in the Twenty-first Century* (2007), *ibid* 220. Helpful analysis and review of the discussion in Martin 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>, last accessed: 22 November 2021; Hermann-Josef Große Kracht, *Fünfzig Jahre Böckenförde-Theorem. Eine bundesrepublikanische Bekenntnisformel im Streit der Interpretationen*, in: Kracht (ed.), *Religion-Recht-Republik: Studien zu Ernst-Wolfgang Böckenförde* (2014), 155.

⁵⁵ See most recently Samuel Moyn, *Christian Human Rights* (2015).

der Menschenrechte.⁵⁵ 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 post-säkulare 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 eine spezifisch europäische (und christliche!) Entwicklung, vom Investiturstreit über die Konfessionsstreitigkeiten hin zur Aufklärung und zur Trennung von Staat und Religion.⁵⁶ 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.

VI.

ZUSAMMENFASSUNG IN THESEN

1. Religiöses Recht wird wegen seines religiösen Charakters als fundamental anders verstanden.
 - a) Religiöse Rechte lassen sich aber nicht auf ihren religiösen Charakter beschränken (I.1).
 - b) Andererseits wird es religiösen Rechten auch nicht gerecht, wenn man für Zwecke der Rechtsvergleichung ihren religiösen Charakter leugnet (I.2).
2. 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 Staatenbil-

conflict, but one that does not exist between secularism, on the one hand, and religion, on the other, but between two religions. Making clearly discernible these religious foundations of state law is an essential task for post-secular comparative law.

Now, Western law is of course not purely Christian law, and of course with secularization it has become more separated from religious law than is the case for the law of Islamic states. Admittedly, as especially the sociology of religion points out, secularization is for its part a specifically European (and Christian!) process, a development, from the Investiture Controversy to the Confessional Disputes to the Enlightenment and the separation of state and religion.⁵⁶ As a result, Western law reveals its Christian religious background even in those areas where it has specifically opposed it, such as in its rejection of a transcendental divine justification of norms. The separation between church and state, for example, with its different forms in different Western states, is historically quite specifically related to Christianity. Post-secular comparative law can also promote such insights.

VI.

THESIS SUMMARY

1. Religious law is often understood to be fundamentally different because of its religious nature.
 - a) On the one hand, however, religious law cannot be limited to its religious character (I.1).
 - b) On the other hand, it also does not do justice to religious laws to deny their religious character for purposes of comparative law (I.2).
2. Post-secular comparative law must recognize and treat religious law as law because it functions as law and as such participates substantially in global normativity. The traditional restriction of law to state law and secular law is specific to the European experience of secularization and state formation; it is not neutral and thus not adequate for comparative law (II.1).

⁵⁵ Siehe dazu zuletzt *Samuel Moyn*, *Christian Human Rights* (2015).

⁵⁶ 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.

⁵⁶ In this respect, there is a parallel with the discussion of liberalism, which is also increasingly seen as one ideology among others, rather than as an alternative to ideologies.

dung; sie ist nicht neutral und damit für die Rechtsvergleichung nicht adäquat (II.1).

3. 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. (II.2).
 4. 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 (II.3).
 5. 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 (II.4).
 6. 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).
 7. Formal setzt die Vergleichbarkeit zwischen religiösem und staatlichem Recht Differenzierung von Ebenen voraus.
 - 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 (IV.1).
 - b) Die Idee offenbarten Rechts findet im staatlichen Recht eine Äquivalenz im Verfassungsrecht (IV.2).
 - c) Das Moment der Offenbarung lässt sich für die Rechtsvergleichung vergleichen mit der Grundnorm (IV.3).
 - 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 (IV.4).
3. The task for post-secular comparative law is first of all to focus on those rules and customs of religious normative systems that functionally correspond to the juridical ones in Western law. Whether a truly post-secular neutral concept of law can be found remains an open question (II.2).
 4. The content of religious law cannot be reduced to the content of holy books. In addition, there are modern codifications and case law. Particularly important in the case of religious laws is the lived law that exists outside the institutions (II.3).
 5. Because religious laws often lack a final decision-making authority (such as a legislature or a supreme court), the answer to many questions in them remains controversial. Comparative law must therefore be tolerant of religious laws' ambiguity. Rather than seeking in vain for a uniform decision of religious law on an issue, it must often confine itself to the process of decisionmaking (II.4).
 6. The comparability of religious and secular law presupposes a translation process in both directions. The functional method of comparative law lends itself to this process (III).
 7. Formally, comparability between religious and state law presupposes differentiation of levels.
 - a) Juridical religious law can largely be understood without recourse to revealed law. Insofar, it can be compared with secular law or also the law of other religious communities without great obstacles (IV.1).
 - b) The idea of revealed law finds an equivalence in state law in constitutional law (IV.2).
 - c) For the purposes of comparative law, the moment of revelation can be compared with the basic norm (IV.3).
 - d) The often claimed incomparability between state and religious law is based on a confounding of levels. Western juridical law, on the one hand, and religious quasi-constitutional, law on the other, are compared. If, by contrast, the different levels are kept apart, comparability is possible at several levels (IV.4).

8. Materiell steht ein ideologischer Unterschied der Vergleichung von staatlichem mit religiösem Recht nicht entgegen.

a) Auch Rechtssysteme mit unterschiedlichen Ideologien können verglichen werden, wie wir aus der Rechtsvergleichung mit sozialistischem Recht wissen (V.1).

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 (VI.2).

8. Substantively, an ideological difference does not prevent the comparison of state law with religious law.

a) Legal systems with different ideologies can also be compared, as we know from the comparative study of socialist law (V.1).

b) Western law is full of values that come from the Christian religion. Even its secular character is to be understood against the background of religion. Ergo, there is no ideological incompatibility (VI.2).