

Ancilla Iuris

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

*„...ein eigenes, religiös-kulturell geprägtes
Verständnis [...] von ‚Recht‘...“ – Kommentar zum
Beitrag von René Pahud de Mortanges*

*“...its own, religiously and culturally shaped
understanding ... of ‘law’...” – Comment on the
article by René Pahud de Mortanges*

Ino Augsberg*
Translated by Jacob Watson

Der Text knüpft an die Beobachtung eines spezifisch „religiös-kulturell geprägten Verständnisses von Recht“ an und untersucht dessen mögliche Konsequenzen. Gefragt wird, inwiefern ein vergleichender Blick auf das „Recht der Religionen“, und das heißt jetzt vor allem: auf das „Recht“ der nicht-christlichen Religionen, den traditionellen Begriff des Rechts (und möglicherweise entsprechend: den überkommenen Begriff der Religion) erschüttern könnte, weil er ihn in seiner „religiös-kulturellen“ Bedingtheit offenlegt.

I.

René Pahud de Mortanges zeigt in seinem überaus instruktiven „komparativen Blick auf jüdisches, christliches und islamisches Recht“ ein ebenso breites wie reiches Panorama; es gelingt ihm, auf knappem Raum eine Vielzahl der unterschiedlichen Facetten des Gesamtproblems zur Sprache zu bringen.¹ Mit Bezug auf zahlreiche Felder werden sowohl Übereinstimmungen als auch Differenzen der drei religiösen Traditionen ebenso knapp wie konzis benannt. Auf noch knapperem Raum zu all diesen konzisen Ausführungen Stellung zu nehmen, ist kaum möglich. Ich möchte mich im Folgenden daher auf eine spezifische Problematik konzentrieren, die ganz am Beginn des Beitrags in den „Vorbemerkungen“ ausdrücklich genannt wird und im Weiteren immer wieder eine entscheidende Rolle spielt, namentlich dann, wenn mit der Insistenz auf dem „Rechtspluralismus“ eine Verengung des Rechtsverständnisses auf staatliches Recht vermieden werden soll: die Beobachtung, dass „jedes religiöse Recht [...] ein eigenes, religiös-kulturell geprägtes Verständnis von ‚Religion‘, von ‚Recht‘ und von der Durchsetzung und Verbindlichkeit von Normen“ besitzt. Besonders signifikant sind die verwendeten An- und Abführungszeichen. Sie zeigen an, dass unter dem scheinbar einheitlichen Titel möglicherweise Phänomene zusammengefasst werden, die sich strukturell doch deutlich voneinander unterscheiden.

II.

An diesen Ausgangsbefund ließe sich zunächst etwa die Behauptung des US-amerikanischen-Rechtswissenschaftlers Robert Cover anschließen, der zufolge jedes Rechtsverständnis auf einem

The text takes up the observation of a specifically “religiously and culturally shaped understanding of law” and examines its possible consequences. It asks to what extent a comparative view of the “law of religions”, and that means now above all: of the “law” of non-Christian religions, could shake the traditional concept of law (and possibly correspondingly: the traditional concept of religion), because it reveals its “religious and cultural” conditionality.

I.

René Pahud de Mortanges shows in his extremely instructive “comparative view of Jewish, Christian, and Islamic law” a vivid panorama that is as broad as it is rich; he succeeds in raising quite a number of the different facets of the overall problem in a compact piece.¹ With reference to numerous fields, both similarities and differences of the three religious traditions are treated both succinctly and concisely. It is hardly possible to comment on all these concise remarks in even less space. In the following, I would therefore like to focus on a specific issue, which is explicitly mentioned at the very beginning of the article in the “Preliminary remarks” and plays a decisive role again and again in the following, namely when the insistence on “legal pluralism” is intended to avoid a narrowing of the understanding of law to state law: the observation that “each body of religious law has its own, religiously and culturally shaped understanding of ‘religion,’ of ‘law’ and of the enforcement and binding nature of norms.” The quotation marks used are particularly significant. They indicate that under the seemingly uniform title, phenomena may be grouped together that are nevertheless structurally quite different from one another.

II.

This initial finding could then connect to, for example, the assertion by the American legal scholar Robert Cover that every understanding of law rests on a founding myth that underpins it.² In the

* Prof. Dr., Lehrstuhl für Rechtsphilosophie und Öffentliches Recht, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

1 Vgl. ausführlich zum Problem bereits René Pahud de Mortanges u.a., Religionsrecht. Eine Einführung in das jüdische, christliche und islamische Recht (Zürich, 2. Aufl. 2018); sowie Burkhard Josef Berkmann, Internes Recht der Religionen. Einführung in eine vergleichende Disziplin (Stuttgart 2018).

* Prof. Dr., Chair of Philosophy of Law and Public Law, Christian Albrechts University of Kiel

1 In detail on the problem, see René Pahud de Mortanges et al, Religionsrecht. Eine Einführung in das jüdische, christliche und islamische Recht (Zurich 2nd ed. 2018); as well as Burkhard Josef Berkmann, Internes Recht der Religionen. Einführung in eine vergleichende Disziplin (Stuttgart 2018).

2 See Robert Cover, Obligation: A Jewish Jurisprudence of the Social Order, in: Minow/ Ryan/Sarat (eds.), Narrative, Violence, and the Law. The

ihn fundierenden Gründungsmythos aufrucht.² Die Pointe von Covers Untersuchung besteht im hier interessierenden Zusammenhang aber nicht in dem allgemeinen Verweis auf die Bedeutung fundierender Narrative (die im Übrigen auch Pahud de Mortanges betont), sondern in einer daraus abgeleiteten Differenzierung unterschiedlicher Formen von Recht. Cover behauptet, dass das westliche, christlich geprägte Rechtsmodell auf einem Gründungsmythos aufrucht, den er als den Mythos des Gesellschaftsvertrags bezeichnet. Entscheidend dabei ist die Konsequenz dieses Gründungsmythos für das gesamte Rechtsverständnis: Der Gesellschaftsvertrag muss Recht zunächst und grundlegend als Rechte der einzelnen, also als „rights“, verstehen; erst in einem zweiten Schritt, aufbauend auf diesen in jeder Beziehung primären individuellen Rechten qua Berechtigungen, soll dann ein objektives Rechtssystem entstehen. Cover stellt dieser Konzeption das jüdische Rechtsverständnis gegenüber, das seinerseits auf dem Gründungsmythos der Übergabe der Gebote auf dem Berg Sinai beruhe und diesem konstitutiven Narrativ entsprechend ein Grundverständnis von Recht als Verpflichtung, *mitzvah*, aufweise.

Für den Vergleich von religiösen Rechtssystemen ist diese Perspektive deswegen instruktiv, weil sie auf strukturelle Differenzen verweist, die durch inhaltliche Übereinstimmungen aus dem Blick geraten könnten: Tötungsverbot und Recht auf Leben laufen offenbar im Ergebnis weitgehend auf dasselbe hinaus. Konstruktiv ist der Ausgang von der Alterität aber etwas ganz anderes als eine „ego-ontologische“ Konzeption,³ die das Ich und seine Fähigkeit, Rechte zu haben, an den Anfang der Genese der auf spezifische Weise ausgebildeten, in Rechtsform verdichteten Normativität stellt. Pahud de Mortanges' Hinweis fordert in diesem Sinn den Vergleich zwischen dem jüdischen, christlichen und islamischen religiösen Recht von Anfang an auf, sich nicht mit den oberflächlichen Übereinstimmungen oder offensichtlichen inhaltlichen Differenzen zu begnügen, sondern ebenso die den inhaltlichen Fragen zugrundeliegenden Strukturentscheidungen herauszuarbeiten.

Pahud de Mortanges verweist zugleich allerdings auch auf die weitergehenden Schwierigkeiten, die mit derartigen Verfahren wie dem exemplarisch genannten Cover'schen Vorschlag verbunden sind. Sie bergen in sich die Gefahr einer unzulässigen Generalisierung, die die Unmöglichkeit verkennt, überhaupt im Singular von „dem“ jüdischen oder islamischen Recht zu sprechen, statt gerade die

context of interest here, however, the point of Cover's investigation is not the general reference to the importance of foundational narratives (which, incidentally, Pahud de Mortanges also emphasizes), but rather a differentiation of various forms of law derived from them. Cover contends that the Western, Christian-based legal model rests on a foundational myth, which he calls the myth of the social contract. What is decisive here is the consequence of this founding myth for the entire understanding of law: The social contract must first and fundamentally understand law as the rights of individuals; only in a second step, building on these in every respect primary individual rights qua entitlements, an objective legal system is then to emerge. Cover contrasts this conception with the Jewish understanding of law, which for its part is based on the founding myth of God's having given the commandments on Mount Sinai and, in accordance with this constitutive narrative, conceives of law fundamentally as an obligation, *mitzvah*.

This perspective is instructive for the comparison of religious legal systems, because it points to structural differences that could be lost sight of through similarities in content: Prohibition of killing and right to life seem to amount to much the same thing in the result. Constructively, however, starting off from alterity is something quite different than an “ego-ontological” conception,³ which places the ego and its capacity to have rights at the beginning of the genesis of how normativity is formed in a specific way and condensed into legal form. In this sense, Pahud de Mortanges's remark calls from the outset for the comparison between Jewish, Christian, and Islamic religious law not to be content with the superficial similarities or obvious substantive differences, but rather to elaborate equally the structural choices underlying the substantive issues.

At the same time, however, Pahud de Mortanges points out the more far-reaching difficulties associated with such procedures like Cover's exemplary proposal. They bear the danger of an inadmissible generalization that fails to recognize the impossibility of speaking of “the” Jewish or Islamic law in the singular at all, instead of emphasizing precisely the diversity of the different understandings as the relevant characteristic in each case.

2 Vgl. Robert Cover, *Obligation: A Jewish Jurisprudence of the Social Order*, in: Martha Minow/Michael Ryan/Austin Sarat (Hrsg.), *Narrative, Violence, and the Law. The Essays of Robert Cover* (Ann Arbor 1993), S. 239 ff.

3 Vgl. Werner Hamacher, *Rechte. Glauben. Centologie. Mendelssohns Jerusalem und Hamanns Golgatha und Scheblimini*, in: ders., *Sprachgerechtigkeit* (Frankfurt a.M. 2018), 194 ff., 246.

Essays of Robert Cover (Ann Arbor 1993), 239 et seq.

3 See Werner Hamacher, *Rechte. Glauben. Centologie. Mendelssohns Jerusalem und Hamanns Golgatha und Scheblimini*, in: Hamacher, *Sprachgerechtigkeit* (Frankfurt a.M. 2018), 194 et seq., 246.

Vielfalt der unterschiedlichen Verständnisse als das jeweils einschlägige Charakteristikum zu betonen.

Dementsprechend wäre gegenüber Simplifizierungen im Sinne von Covers binärem Modell zunächst (auch) auf Konzeptionen zu verweisen, die sich jener Zweiteilung entziehen, weil sie entweder Teile von beiden behaupteten Traditionslinien integrieren oder zu beiden Modellen vollständig querstehen. Namentlich Moses Mendelssohns Entwurf eines Gesellschaftsvertragsmodells, den er ausgerechnet in seine Schrift „Jerusalem“ integriert hat, also in jene Schrift, die im Übrigen einer Verteidigung der Eigenständigkeit des Judentums im Allgemeinen und seiner eigenen jüdischen Identität im Besonderen dienen sollte, wäre in dieser Hinsicht als ein Beispiel zu nennen, das zeigt, wie zu den angeblichen binären Unterscheidungen auch immer wieder ganz andere, zu diesen Unterscheidungen in vielfältiger Hinsicht querlaufende, sie immer wieder kreuzende Bewegungen möglich sind.⁴

Die Unmöglichkeit der Vereinheitlichung darf aber umgekehrt auch nicht dazu führen, auf allen Seiten dieselbe Vielfalt zu konstatieren und damit vor lauter Bäumen den Wald nicht mehr zu sehen. So holzschnittartig-grob ein Verfahren sein mag, das „das“ jüdische „dem“ westlichen Modell entgegensetzt, so wenig kann daraus die Schlussfolgerung gezogen werden, dass alle Seiten aufgrund ihrer jeweils gegebenen inneren Heterogenität und Vielfalt dann doch im Großen und Ganzen wieder miteinander übereinstimmen. Die scheinbar paradoxe Formel „gleich und doch anders“ bringt diese als solche auszuhaltende Spannung prägnant auf den Punkt.

III.

Im Sinne einer derartigen Perspektive, die die Differenzen nicht verwischen, sondern sie – oder zumindest: ihre Möglichkeit – sogar noch einmal auf einer anderen, tieferliegenden Ebene besonders betonen will, ließe sich der Ausgangsbefund zu den fundamental unterschiedlichen Verständnissen davon, was in den religiösen Traditionen jeweils „Recht“ genannt wird, möglicherweise noch einmal verschärfen und weiter problematisieren. Vielleicht ist jener Prozess, der als „Ausdifferen-

4 Vgl. dazu näher etwa *Adrian Loretan*, Religion und Recht in der Rechtsphilosophie von Moses Mendelssohn – Moses Mendelssohns ‚Jerusalem oder über religiöse Macht und Judentum‘, in: Anne Kühler/Felix Hafner/Jürgen Mohn (Hrsg.), *Interdependenzen von Recht und Religion* (Würzburg 2014), S. 93 ff.; sowie die Beiträge in *Ursula Goldenbaum/Stephan Meder/Matthias Armgardt* (Hrsg.), *Moses Mendelssohns Rechtsphilosophie im Kontext* (Hannover 2021). Zu weiteren die klare Trennung zwischen Recht und Religion unterlaufenden Verwicklungen *Ino Augsberg*, Religiöses Recht in der postmodernen Rechtsphilosophie, in: Burkhard Josef Berkmann (Hrsg.), *Hat religiöses Recht eine Existenzberechtigung in säkularer Gesellschaft?* (Berlin 2019), S. 29 ff.

Accordingly, in contrast to simplifications in the sense of Cover’s binary model, one should first of all (also) refer to conceptions that escape this dichotomy, because they either integrate parts of both asserted lines of tradition or are completely at odds with both models. Moses Mendelssohn’s proposal for a social contract model could be mentioned in this respect. He integrated it into his work “Jerusalem” of all things, i.e. into that work which, incidentally, was supposed to serve as a defense of the autonomy of Judaism in general and of his own Jewish identity in particular. As an example, it shows how again and again quite divergent movements towards the alleged binary distinctions also remain open, ones that cross these distinctions in a multitude of respects, and that cross them again and again.⁴

Conversely, the impossibility of standardization must not lead to the same diversity on all sides and thus to not seeing the forest for the trees. As crude as a procedure may be that opposes “the” Jewish model to “the” Western model, the conclusion cannot be drawn that all sides, due to their respective inner heterogeneity and diversity, are then by and large in agreement with each other again. The seemingly paradoxical formula “the same and yet different” succinctly sums up this tension, which must be endured as such.

III.

Following such a perspective, which does not want to blur the differences but indeed to emphasize them once over – or at least: their possibility – on another, deeper level, the initial finding on the fundamentally different understandings of what is called “law” in the religious traditions could possibly be intensified and further problematized. Perhaps the process that has been described as the “differentiation” of law and thus appears to be placed in a general social-theoretical context is by

4 More closely on this, see *Adrian Loretan*, Religion und Recht in der Rechtsphilosophie von Moses Mendelssohn – Moses Mendelssohns ‚Jerusalem oder über religiöse Macht und Judentum‘, in: Kühler/Hafner/Mohn (eds.), *Interdependenzen von Recht und Religion* (Würzburg 2014), 93 et seq.; as well as the pieces in *Ursula Goldenbaum/Stephan Meder/Matthias Armgardt* (eds.), *Moses Mendelssohns Rechtsphilosophie im Kontext* (Hannover 2021). On further entanglements undermining the clear distinction between law and religion, see *Ino Augsberg*, Religiöses Recht in der postmodernen Rechtsphilosophie, in: Berkmann (ed.), *Hat religiöses Recht eine Existenzberechtigung in säkularer Gesellschaft?* (Berlin 2019), 29 et seq.

zierung“ des Rechts bezeichnet worden ist und damit in einen allgemeinen gesellschaftstheoretischen Kontext gerückt erscheint, keineswegs für alle Religionen im selben Maße, gegebenenfalls nur zeitlich verrückt, zu konstatieren. Vielleicht muss man umgekehrt fragen, ob nicht eben jener „Ausdifferenzierungsprozess“ überhaupt nur im Kontext einer ganz bestimmten Religion vollzogen und dann lediglich im Sinne einer Art Projektion auf die anderen Religionsgemeinschaften übertragen wurde. Vielleicht, so ließe sich die Frage zuspitzen, ist noch die Möglichkeit, Religion und Recht als zwei strukturell voneinander getrennte Bereiche zu unterstellen und daher das „religiöse Recht“ als eine Unterart der allgemeinen Gattung Recht zu systematisieren, bereits das Resultat einer spezifischen religiösen Tradition, die in ihrer historischen Entwicklung die Selbstrelativierung zu einem bloßen sozialen Subsystem unter anderen vollbracht hat, aber deswegen noch lange nicht erwarten kann, dass alle anderen Religionen ihr in dieser Bewegung folgen werden.⁵

Pahud de Mortanges' Vortrag sprach diese Problematik ganz am Ende noch einmal an (in die schriftliche Ausarbeitung ist diese Schlussbemerkung nicht übernommen worden), indem er unter Verweis auf die Ausführungen in dem früheren Vortrag von Russel Sandberg unterstrich, dass und „wie die Religionen im Westen einer Art *interner Säkularisierung* unterliegen“. An diese Bemerkung anschließend ließe sich fragen, wie die an dieser Stelle genannten „Religionen im Westen“ spezifischer zu fassen sein könnten, also welche Religionsgemeinschaften genau damit gemeint sein sollen. Denkbar wäre nämlich zum einen, dass alle rein geographisch-tatsächlich nunmehr „im Westen“ bestehenden Religionen aufgrund der hier ausgebildeten allgemeinen Sozialstruktur zu einer Selbstsäkularisierung in dem Sinn gedrängt werden, dass sie sich an jene Sozialstruktur, und das heißt wiederum: an die funktionale Differenzierung der Gesellschaft, die keine überwölbenden, alle Gesellschaftsbereiche übergreifenden Absolutheitsansprüche mehr kennen möchte, vollziehen müssen. Ebenso denkbar wäre es aber auch, zum anderen, genau umgekehrt nicht die Selbstsäkularisierung als Folge der Ausdifferenzierung, sondern diese als Konsequenz von jener zu begreifen – zwar nicht im Sinn einer Ursache, aber doch als notwendige Voraussetzung, um den Prozess überhaupt in Gang setzen zu können.

Damit wiederum wäre dann die Frage zu verknüpfen, ob ein derartiger Prozess der Selbstsäkularisierung ein grundsätzlich für alle Religionen glei-

no means to be postulated for all religions to the same extent, if necessary only in a manner that is displaced in time. Perhaps, conversely, one must ask if indeed that very “process of differentiation” was not simply carried out in the context of a very specific religion and then merely transferred to the other religious communities in the sense of a kind of projection. Perhaps the question, even more pointedly, is whether religion and law may be assumed to be two structurally separate areas and hence “religious law” systematized as a subspecies of the general category of law, already the result of a specific religious tradition, which in its historical development has concluded its own self-relativization into merely one social subsystem among others, yet cannot therefore expect that all other religions will follow it in this vein.⁵

Pahud de Mortanges's lecture addressed this issue again at the very end (the written article did not include this concluding remark) in reference to remarks in Russel Sandberg's earlier talk, emphasizing that and “how religions in the West are undergoing a kind of *internal secularization*.” Following this remark, one could ask how the “religions in the West” mentioned at this point could be defined more specifically, i.e. which religious communities are meant by this precisely. On the one hand, it would be conceivable that all religions which now exist “in the West” – this term understood in a purely geographical sense – on account of the general social structure that has developed here, would be forced to a certain form of self-secularization. This self-secularization would mean, then, that they would have to adapt to that social structure, and that is to say, in turn, to the functional differentiation of society, which no longer wants to recognize any overarching claims to absoluteness that extend across all areas of society. However, it would also be conceivable, on the other hand, to understand this self-secularization not as a result of differentiation, but rather the other way round: to understand the differentiation as a consequence of the secularization – not in the oversimplified sense of a cause-and-effect-scheme, but nevertheless as a necessary precondition for being able to set the process in motion at all.

This, in turn, would then raise the question of whether such a process of self-secularization designates something equally possible for all religions

5 Vgl. zu dieser Frage näher *Ino Augsberg*, Protestantisches Vorverständnis und juristische Methodenwahl. Probleme und Perspektiven richterlicher Rechtsfindung unter der Bedingung religiöser Heterogenität, in: Friedhelm Hase (Hrsg.), Richterliche Rechtsfindung unter den Bedingungen beschleunigten gesellschaftlichen Wandels (Tübingen 2022) (i.E.).

5 On this question, see *Ino Augsberg*, Protestantisches Vorverständnis und juristische Methodenwahl. Probleme und Perspektiven richterlicher Rechtsfindung unter der Bedingung religiöser Heterogenität, in: Hase (ed.), Richterliche Rechtsfindung unter den Bedingungen beschleunigten gesellschaftlichen Wandels (Tübingen 2022) (in preparation).

chermaßen mögliches Geschehen benennt, oder ob das gerade nicht der Fall ist, vielmehr diese Selbstrelativierung die nicht verallgemeinerungsfähige Besonderheit einer einzigen, wenngleich im westlichen Kulturkreis dominanten und daher unbewusst als Maßstab für alles andere fungierenden Religion ist. Wäre Letzteres der Fall, was aus unterschiedlichen sowohl philosophischen als auch rechtswissenschaftlichen Perspektiven mit Bezug auf das Christentum im Allgemeinen und den Protestantismus im Besonderen behauptet wird,⁶ wäre nicht allein die scharfe Trennung von Recht und Religion in Zweifel zu ziehen. In Frage stünde darüber hinaus der Begriff der Religion selbst, der sich danach ebenso sehr dem Verdacht ausgesetzt sieht, am Modell einer bestimmten einzelnen Religionsgemeinschaft entwickelt worden zu sein, aus genau diesem Grund dann aber auf andere Religionsgemeinschaften nicht passen könnte.⁷

Pahud de Mortanges verweist in seinem Beitrag in dieser Hinsicht sehr instruktiv auf die asiatischen „Religionen“, die in das übliche Betrachtungsschema kaum hineinzupassen scheinen. Ergänzend hierzu ließe sich fragen, ob das Problem nicht noch weiter reicht und ebenso schon Judentum und Islam betrifft.

IV.

Aus einer rein juristischen Perspektive lässt sich diese Frage kaum beantworten; sie müsste religionswissenschaftlich und theologisch genauer analysiert und erörtert werden. Rein juristisch klar beschreibbar sind dagegen einige Fälle aus der Rechtsprechung, die ihrer einschlägigen Entscheidungspraxis ein offensichtlich sehr spezifisches und eben deshalb problematisches Verständnis von Religion zugrunde legen. Sowohl aus der deutschen wie der britischen Rechtspraxis lassen sich Fallkonstellationen benennen, in denen die jeweils tätig gewordenen obersten Gerichte Religion vorwiegend als Frage einer individuellen Entschei-

6 Vgl. aus philosophischer Perspektive etwa *Gianni Vattimo*, *Jenseits des Christentums. Gibt es eine Welt ohne Gott?* (München 2004), v.a. S. 95, 130 ff., 164 f.; *Jean-Luc Nancy*, *Dekonstruktion des Christentums*, Zürich/Berlin 2008; *Marcel Gauchet*, *La religion dans la démocratie. Parcours de la laïcité* (Paris 1998). Aus juristischer Sicht etwa *Silvio Ferrari*, *The Christian Roots of the Secular State*, in: René Provost (Hrsg.), *Mapping the Boundaries of Belonging: Religion and Multiculturalism from Israel to Canada* (Oxford 2014), S. 25 ff.

7 Vgl. entsprechend etwa *Talal Asad*, *Formations of the Secular. Christianity, Islam, Modernity* (Stanford 2003), v.a. S. 159 ff.

in principle, or whether this is precisely not the case and this self-relativization might rather be the non-generalizable peculiarity of a single religion, albeit one that is dominant in the Western cultural sphere and therefore unwittingly functions as a standard for everything else. If the latter proved to be the case, which is claimed from different perspectives, both philosophical and jurisprudential, with reference to Christianity in general and Protestantism in particular,⁶ not only the sharp separation of law and religion would be in doubt. Moreover, the concept of religion itself would be in question, as it would then be suspect of having been developed on the model of one certain individual religious community, and for precisely this reason would not fit other religious communities.⁷

Pahud de Mortanges refers in his contribution in this respect very instructively to the Asian “religions,” which hardly seem to fit the observational mold here. Going further, one could also ask, however, whether the problem does not apply to Judaism and Islam already.

IV.

This question can hardly be answered from a purely legal perspective; it would have to be analyzed and discussed in greater detail from the perspectives of religious studies and theology. On the other hand, there are a number of cases from jurisdiction that can be clearly described in purely legal terms. These cases are based on an obviously very specific and therefore problematic understanding of religion. From both German and British legal practice, it is possible to name case constellations in which the supreme courts that have taken action in each case have conceived of religion primarily as a question of individual freedom of choice.⁸ If

6 From a philosophical perspective, see *Gianni Vattimo*, *Jenseits des Christentums. Gibt es eine Welt ohne Gott?* (Munich 2004), above all 95, 130 et seq., 164 et seq.; *Jean-Luc Nancy*, *Dekonstruktion des Christentums* (Zurich/Berlin 2008); *Marcel Gauchet*, *La religion dans la démocratie. Parcours de la laïcité* (Paris 1998). From a legal perspective, for example, *Silvio Ferrari*, *The Christian Roots of the Secular State*, in: Provost (ed.), *Mapping the Boundaries of Belonging: Religion and Multiculturalism from Israel to Canada* (Oxford 2014), 25 et seq.

7 See, for example, *Talal Asad*, *Formations of the Secular. Christianity, Islam, Modernity* (Stanford 2003), above all 159 et seq.

8 On a much-discussed case from Great Britain, see *R v. The Governing Body of JFS and the Admission Appeal Panel of JFS and others*, UKSC 15 (2009); on this, *Christopher McCrudden*, *Multiculturalism, Freedom of Religion, Equality, and the British Constitution: The JFS Case Considered*, *International Journal of Constitutional Law* 9 (2011), 200 et seq.; very pointedly, *Joseph H. H. Weiler*, *Discrimination and Identity: The Jewish Free School Case*, *Jewish Review of Books* No. 1 (2010), 45 et seq. On a corresponding problem in German case law BFH, NVwZ 1999, 1149 et seq., and BVerwG, NVwZ-RR 2011, 90 et seq. On the whole in more detail, see *Ino Augsberg*, *Soziale Integration durch Religionsfreiheit? Zur Neubestimmung des Religionsverfassungsrechts im Verständnishorizont eines reflexiven Rechtspluralismus*, in: Heinig/Walter (eds.), *Religionsverfassungsrechtliche Spannungsfelder* (Tübingen 2015), 113 et seq.

dungsfreiheit konzipiert haben.⁸ Stellt man dem gegenüber, dass, wie auch Pahud de Mortanges betont, etwa im Judentum so etwas wie „Frömmigkeit“ gerade nicht *sola fide* bedeutet, das heißt sich nicht als ein Akt individuellen Glaubens bestimmt, sondern sich als konkrete Lebenspraxis vollzieht, in Gestalt eines Gehorsams gegenüber den 613 Geboten aus der Thora, dass also hier „fromm“ nicht „gläubig“, sondern „observant“ meint,⁹ dann wird deutlich, welche möglichen Spannungen zwischen religiösem und staatlichem Recht zumal und schon allein dadurch entstehen können, dass das staatliche Recht noch für seine Bestimmung dessen, was Religionsfreiheit heißen soll, einen sehr spezifischen Begriff von Religion zugrunde legt. Die damit aufscheinende Problematik ließe sich, so mein Verdacht, auch auf die Frage des Vergleichs der religiösen Rechte spiegeln.

one contrasts this with the fact that, as Pahud de Mortanges also emphasizes, in Judaism, for example, something like “piety” expressly does not mean *sola fide*, that is, it does not take place as an act of individual faith but rather as a concrete practice of life, in the form of obedience to the 613 commandments from the Torah, that here “pious” does not mean “believing” but “observant,”⁹ then it becomes clear what possible tensions can arise between religious and state law, especially and even simply because state law still uses a very specific concept of religion as the basis for its definition of what religious freedom should mean. The problem that this raises, suspicion tells me, could also be mirrored on the question of the comparison of religious laws.

8 Vgl. zu einem viel diskutierten Fall aus Großbritannien *R v. The Governing Body of JFS and the Admission Appeal Panel of JFS and others*, UKSC 15 (2009); dazu etwa *Christopher McCrudden*, Multiculturalism, Freedom of Religion, Equality, and the British Constitution: The JFS Case Considered, *International Journal of Constitutional Law* 9 (2011), S. 200 ff.; sehr pointiert *Joseph H. H. Weiler*, Discrimination and Identity: The Jewish Free School Case, *Jewish Review of Books*, 2010, No. 1, S. 45 f. Zu einer entsprechenden Problematik in der deutschen Rechtsprechung BFH, NVwZ 1999, S. 1149 ff., und BVerwG, NVwZ-RR 2011, S. 90 ff. Zum Ganzen näher *Ino Augsberg*, Soziale Integration durch Religionsfreiheit? Zur Neubestimmung des Religionsverfassungsrechts im Verständnishorizont eines reflexiven Rechtspluralismus, in: Hans Michael Heinig/Christian Walter (Hrsg.), *Religionsverfassungsrechtliche Spannungsfelder* (Tübingen 2015), S. 113 ff.

9 Vgl. zum entsprechenden Problem mit Bezug auf die Rechtsprechung des Supreme Court im JFS-Fall prägnant *Weiler*, Discrimination and Identity, a.a.O., S. 46: „On this view, you are Christian if and only if you believe in Christ. This idea of religion as a matter of doctrinal conviction has shaped the Western sensibility as to what religious membership means. It is to be respected. But it is not the Jewish understanding of religious belonging. In fact it originated in a rejection of Judaism. [...] One can, as a Jewish religious proposition, belong to the Jewish people even if you have lost your faith. What is troubling about the Majority is its sheer incomprehension and consequent intolerance of a religion whose self-understanding is different than that of Christianity. Their anthropological reading of ethnicity is suitable in the circumstances for which the Race Relations Act was intended. But when the law makes an exception for religion and the religion in question is Judaism, it should be understood on its own terms, not on Christian (or, more precisely, Protestant) terms.“

9 For a succinct review on the relevant problem with reference to the supreme court’s jurisprudence in the JFS case, see *Weiler*, Discrimination and Identity, op. cit. at 46: “On this view, you are Christian if and only if you believe in Christ. This idea of religion as a matter of doctrinal conviction has shaped the Western sensibility as to what religious membership means. It is to be respected. But it is not the Jewish understanding of religious belonging. In fact it originated in a rejection of Judaism. ... One can, as a Jewish religious proposition, belong to the Jewish people even if you have lost your faith. What is troubling about the Majority is its sheer incomprehension and consequent intolerance of a religion whose self-understanding is different than that of Christianity. Their anthropological reading of ethnicity is suitable in the circumstances for which the Race Relations Act was intended. But when the law makes an exception for religion and the religion in question is Judaism, it should be understood on its own terms, not on Christian (or, more precisely, Protestant) terms.”