

does not enter reality by itself, but rather most often by procedure, because courts are needed to try to transpose material law into real life.« In diesem Zusammenhang geht er auch ein auf das Internationale Privatrecht, dessen anthropologische Problematik er besonders vermittelt an dem indianischen Stammesrecht in den Vereinigten Staaten von Amerika. Hier bezieht er sich vor allem auf seine Pionierarbeiten gemeinsam mit *Robert D. Cooter*<sup>2</sup>.

8. All diese Überlegungen fließen zusammen in der »legal anthropology of ethnic groups«, besonders der amerikanischen Indianer. Hier macht sich *Fikentschers* Forschung vor Ort durch besondere Anschaulichkeit bemerkbar. Im Vordergrund steht der unterschiedliche Grad an Schriftlichkeit für die Sprache: Schriftlose Kulturen brauchen mehr Wörter. Daher sind Indianer »more word-versed« (»wortläufiger«) mit der Folge, dass Außenstehende als arm an Wörtern erscheinen. Wörter bedeuten demgemäß sehr viel in Indianer-Kulturen: »Contracts need no writing, a promise is a promise.«

9. Aber *Fikentscher* reicht über die Betrachtung einzelner Ethnien hinaus. Er hofft auf die allgemeine Beachtung der Anthropologie in politischen Entscheidungen: »Applied anthropology is the transformation of anthropological findings into political decisions.« Die Notwendigkeit dazu hat er in seinem großartigen Buch (seinem Lebenswerk!) umfassend und liebevoll dargestellt.

Das Buch zeigt überall die langjährige Auseinandersetzung mit dem Fach, vor allem aber erweist es die überragende internationale Sicht des Autors. Zu jedem Punkt bringt er eigene Erfahrungen ein und verbindet so Kontinente miteinander. Er begründet eine globale Rechtsanthropologie; die Besprechung kann leider nur einen Bruchteil davon vermitteln. Trotz aller kultureller Verschiedenheit entsteht ein Bild menschlicher Universalien. Für diese Leistung schulden ihm seine Leser und vor allem seine vielen Schüler in Münster, Tübingen, München, Den Haag und Berkeley herzlichen Dank.

Münster

BERNHARD GROSSFELD

The Law of Presumptions: Essays in Comparative Legal History. Ed. by *R. H. Helmholz* and *W. David H. Sellar*. – (Berlin:) Duncker & Humblot (2009). 254 S. (Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History. Bd. 27.)

I. Vermutungen sind interessante juristische Phänomene. Sie nehmen eine merkwürdige Mittlerstellung zwischen Tatsachen und Recht, zwischen materiellem und prozessuellem Recht ein. Welche Rolle Vermutungen in einer Rechtsordnung spielen, hängt von den jeweiligen Besonderheiten dieser Rechtsordnung ab, insbesondere davon, wie und von wem in einem konkreten Gerichtsverfahren der Sachverhalt ermittelt wird. Das »Law of Presumptions« ist ein besonders geeigneter Gegenstand für eine historisch-vergleichende Analyse, weil sich mit ihm zugleich wesentliche Entwicklungen des Gerichtsverfahrens und des Prozessrechts nachvollziehen lassen. Freilich fehlte es bislang an einer solchen Untersuchung. Der zu besprechende Sammelband ist ein erster Ansatz,

<sup>2</sup> *Cooter/Fikentscher, Is there Indian Common Law? (Berkeley 1992).*

diese Forschungslücke zu schließen, indem er Aufsätze zur Entwicklung des »Rechts der Vermutungen« im kontinentalen Recht, im *common law* und in den »Mixed Legal Systems« Schottlands und Süd-Afrikas vereint.

II. In ihrem einleitenden Aufsatz (»Presumptions in Comparative Legal History«, S. 9–18) stellen *R. H. Helmholz* und *W. David H. Sellar* die übergreifenden Gemeinsamkeiten der verschiedenen Rechtsordnungen bei ihrem Umgang mit Vermutungen dar. Dabei machen sie drei wichtige Problemfelder aus: Erstens gebe es eine unbestimmte Vielzahl von Quellen für Vermutungen; zweitens fehle es an einer klaren Definition der »Vermutung« und an Klarheit über ihre Funktion; drittens hätten Vermutungen einen subsidiären Charakter, ließen sich widerlegen und könnten daher nur eine Art »zweiten Rang« unter den Beweisen beanspruchen. Trotz dieser Schwierigkeiten sei aber bislang noch keine Rechtsordnung ohne den Einsatz von Vermutungen ausgekommen. Zwar gibt es tatsächlich keinen eindeutigen, über die Zeiten festen Begriff der Vermutung, aber es wäre zum besseren Verständnis der folgenden Aufsätze doch hilfreich gewesen, wenn *Helmholz* und *Sellar* die konzeptuelle Vielfalt, die sich hinter dem Wort »presumption« verbirgt, grob skizziert und diese Vielfalt in einen Zusammenhang mit der Entwicklung des Prozessrechts gestellt hätten. Denn im Wesentlichen existierten drei verschiedene Kategorien der Vermutungen. Erstens gab es Indizien, die Anlass boten, ein bestimmtes Geschehen zu »vermuten« (die den Richter überzeugen, wie wir heute sagen). Zweitens kamen Vermutungen vor, die die Beweislast umkehrten oder diese doch zumindest beeinflussen. Und drittens entwickelte man »unwiderlegliche Vermutungen«, die regelmäßig auch als materielle Rechtsregeln hätten formuliert werden können (242).

III. Vor allem die Rolle von Indizien im Beweisrecht hat sich über die Jahrhunderte im Zuge einer stetig zunehmenden Freiheit des Richters bei der Beweiswürdigung sehr gewandelt. Waren in dem enumerativen Beweissystem des kontinentalen *ius commune* zunächst überhaupt nur Augenzeugen und Geständnis als direkte, »volle« Beweise zulässig, konnte später ein Urteil auch auf Indizien gestützt werden, deren Wert man freilich durch Vermutungsregeln genau festzulegen versuchte, um richterliche Willkür auszuschließen. Dies führte zu immer feinsinnigeren Vermutungen und folglich immer umfangreicheren Werken über dieses Thema.

1. *Adolfo Giuliani* betrachtet in seinem Beitrag (»Civilian Treatises on Presumptions, 1580–1620«, 21–71) den Zeitraum von 1580–1620, in dem besonders viele besonders umfangreiche dieser Abhandlungen erschienen<sup>1</sup>. Während ihre barocke Kasuistik und die scheinbar fehlende Systematik üblicherweise als Zeichen der Dekadenz am Ende einer Epoche interpretiert werden, unternimmt es *Giuliani*, diese Werke über das Recht der Vermutungen in drei Punkten als fortschrittlich und zukunftsweisend darzustellen. Zunächst erkannten die Autoren den empirischen Charakter von Tatsachen und führten unter Verwendung von Gedankengut der antiken Rhetorik eine strenge Trennung von Recht und Tatsachen ein. Während Rechtsfragen eine eindeutige

<sup>1</sup> Unter anderem das für die weitere Entwicklung wohl bedeutendste Werk von *Jacopo Menochio*, *De Praesumptionibus, conjecturis signis & indiciis* (Venice 1587).

Lösung hatten, ließen sich Tatsachen nur durch richterliches Urteil (*arbitrium*) bestimmen. Dieses Urteil musste der Richter durch eine *ratiocinatio*, d. h. eine vernünftige Argumentation begründen, indem er von bestimmten Tatsachen auf andere Tatsachen schloss. Das Interesse an solch vernünftigen Vermutungen nahm laut *Giuliani* gegen Ende des 16. Jahrhunderts stark zu. Schließlich führte die aufkommende Willenstheorie als Erklärung der vertraglichen Bindung zu einer wachsenden Bedeutung von Vermutungen. Denn der Wille der Vertragsparteien ließ sich nicht unmittelbar wahrnehmen, sondern bloß anhand von Indizien und d. h. mittels Vermutungen ermitteln. *Giulianis* sorgfältig belegter Beitrag stellt die voluminösen Werke über das Recht der Vermutungen in einen größeren Zusammenhang. Leider lässt er jedoch offen, warum ihre Blütezeit so kurz war und sie nach 1620 keine Nachfolger mehr fanden. Insofern bleibt dann doch der Eindruck, dass sie das Ende einer Epoche markierten.

2. Einen Zeitsprung von dreihundert Jahren macht der Aufsatz von *Knut Wolfgang Nörr* (»On the Early History of *prima facie* Evidence in German Law«, 73–83), der sich der Geschichte des Anscheinsbeweises vor den deutschen Gerichten des 19. Jahrhunderts widmet. Dabei verfolgt *Nörr* die Entwicklung der Rechtsprechung in Schadensersatzprozessen bei Schiffskollisionen. Hier gab es regelmäßig große Beweisschwierigkeiten, weil außer parteiischen Zeugen meist keine weiteren Beweismittel existierten. *Nörr* zeigt, wie die Gerichte sich langsam von den hergebrachten Kategorien der Vermutungen lösten und das flexiblere Konzept des Anscheinsbeweises entwickelten.

3. Eine Art historische Kommentierung der bis 1988 in den Niederlanden geltenden Vorschriften über Vermutungen unternimmt *C. H. van Rhee* in seinem Aufsatz (»Presumptions in Dutch Private Law <19th and 20th Centuries> within a European Context«, 85–101). Er zeigt zwar einige Verbindungen zum französischen Recht auf, das die Grundlage für das 1838 erlassene niederländische Zivilgesetzbuch bildete. Aber insgesamt steht die Darstellung des niederländischen Rechts und seiner speziellen Auslegungsprobleme doch zu sehr im Vordergrund, als dass seine Stellung im historischen europäischen Kontext wirklich erkennbar würde.

4. *Francesco Migliorino* (»The Night Bird of Minerva – On to Truth and Evidence in the Turning Point of Modernity«, 103–113) gibt einen essayistischen Überblick über die Wandlungen der semantischen Bezüge zwischen »conscience, secrecy, body, conviction, and simulation« (103), bei dem er das Gebiet der Vermutungen nur gelegentlich streift (107, 112). Sein eigentliches Thema mit Variationen ist eine Geschichte des Strafrechts und seiner Grundlagen. *Migliorino* unterscheidet drei verschiedene Prozessarten auf dem Kontinent: den Inquisitionsprozess, der vor allem mit der katholischen Kirche verbunden ist, den akusatorischen Prozess der französischen Revolution und schließlich eine Art Mischform, die in Frankreich durch die Napoleonischen Gesetzbücher eingeführt worden sei. Der Essay ist von vielen aphoristischen Gedanken (wenn auch meist nicht zum Thema des Buches) geprägt, die eine nähere Ausführung sicher noch interessanter machen würde.

IV. 1. Den Reigen der folgenden vier Beiträge, die sich dem englischen *common law* widmen, eröffnet *David J. Seipp* (»Presumptions in Early English Common Law«, 117–136), der die Rolle der Vermutungen bei *Bracton* und in den

»Year Books« zwischen 1290 und 1500 untersucht. Während Vermutungen bei *Bracton* wohl unter starkem Einfluss römisch-rechtlicher Quellen eine große Rolle spielten, tauchen sie im gerichtlichen Alltag der »Year Books« nur vereinzelt auf. Dies lag nach *Seipp* vor allem daran, dass der Sachverhalt in England von einer Jury festgestellt wurde, die dabei fast unbeschränkte Freiheit genoss. So bleibt für *Seipp* letztlich rätselhaft, welche Funktion Vermutungen in dem mittelalterlichen Jurysystem überhaupt erfüllen konnten (132). Die wahrscheinliche Lösung dieses Rätsels bringt erst *Jacques du Plessis* im abschließenden Beitrag des Bandes (238f.): Ob Vermutungen in einem Jurysystem einen Zweck erfüllen können, hängt von der Instruktion der Jury und der Formulierung der von ihr zu beantwortenden Frage ab.

2. *R. H. Helmholz* analysiert in seinem Aufsatz (»The Law of Presumptions and the English Ecclesiastical Courts«, 137–151) die Geschichte der Vermutungen vor den Gerichten der Kirche in England. Die kirchlichen Gerichte nehmen in der Rechtsentwicklung Englands eine Sonderstellung ein, da sie nicht das *common law* der königlichen Gerichte anwandten, sondern durch das kanonische Recht eng mit dem kontinentalen *ius commune* verbunden waren. Vor den kirchlichen Gerichten wurde der Sachverhalt durch einen Richter und nicht von einer Jury festgestellt. Wenn Vermutungen in der gerichtlichen Praxis gleichwohl keine bedeutende Stellung einnahmen, so lag das laut *Helmholz* u. a. daran, dass lange Zeit viele Verfahren durch einen Unschuldseid des Angeklagten beendet wurden, dass das Ziel des Verfahrens häufig die künftige Besserung des Angeklagten und weniger die Feststellung seiner vergangenen Verfehlungen war und dass überhaupt Misstrauen gegenüber einer Verurteilung aufgrund bloßer Vermutungen bestand.

3. Die wechselhafte Geschichte des Beweisrechts und der Bedeutung von Indizien bei der Sachverhaltsermittlung in der angloamerikanischen Tradition von 1500–1900 stellt *Barbara Shapiro* (»Presumptions and Circumstantial Evidence in the Anglo-American Legal Tradition, 1500–1900«, 153–187) in einen größeren geistesgeschichtlichen Zusammenhang. Dabei ist besonders interessant, wie der Erkenntniswert unterschiedlicher Beweismittel abhängig von philosophisch-epistemologischen Strömungen im Laufe der Zeit ganz verschieden beurteilt wurde. Während ursprünglich allein der Zeugenbeweis als echter Beweis anerkannt war, geriet er später aufgrund der Unzuverlässigkeit der Zeugen in Verruf, und man zog »harte Fakten« vor (»facts can't lie«, 171). Erst im 19. Jahrhundert wurden dann alle Beweismittel als prinzipiell gleichwertig betrachtet und der Sachverhalt als bewiesen angenommen, wenn kein »reasonable doubt« mehr bestand. Leider bleibt in *Shapiros* Aufsatz ungeklärt, wann und von wem genau dieser im *common law* auch heute noch entscheidende Maßstab des »reasonable doubt« entwickelt wurde.

4. *T. P. Gallanis* (»Death by Disaster: Anglo-American Presumptions, 1766–2006«, 189–200) untersucht mit den verschiedenen Lösungsansätzen des Problems der *commorientes* im angloamerikanischen Recht von 1766–2006 ein Spezialproblem des Rechts der Vermutungen. Verunglücken zwei nahestehende Personen zugleich, lässt sich häufig nicht mehr klären, wer von beiden den anderen überlebt hat und damit der Erbe des anderen geworden ist. Die Gerichte des *common law* erkannten in solchen Fällen freilich keine Vermutungen an,

sondern forderten vollen Beweis. So sah sich der Gesetzgeber zum Eingriff mit Hilfe von *statutes* gezwungen. *Gallanis* stellt die unterschiedlichen gesetzlichen Lösungen in England und Amerika dar. Dabei verstehen die Gesetzgeber das Problem der *commorientes* heute so weit, dass es nicht mehr (allein) um die Klärung eines unerforschlichen Sachverhalts geht: Die modernen Regeln behandeln alle Fälle gleich, in denen nahestehende Personen nach einem gemeinsamen Unglück in engem zeitlichen Abstand sterben. *Gallanis* Beitrag zeigt damit, wie eng Beweisrecht und materielles Recht beieinanderliegen und wie sehr die technisch-dogmatische Lösung von der Problemstellung abhängt.

V. Der dritte Teil des zu besprechenden Buches ist den sogenannten »Mixed Systems« gewidmet, die Elemente sowohl des englischen *common law* als auch der kontinentalen Rechtstraditionen aufweisen.

1. *W. David H. Sellar* behandelt in seinem Aufsatz (»Presumptions in Scots Law«, 203–226) die Geschichte der Vermutungen im schottischen Recht. Ganz im Vordergrund stehen dabei die akademischen Werke der »Institutional Writers« von *Stair* bis *Bell*, die der Gedanken- und Begriffswelt des kontinentalen *ius commune* eng verhaftet blieben, und der »Textbook Writers« seit dem 19. Jahrhundert, die das moderne materielle Recht darstellen, ohne die überkommene Systematik wesentlich fortzuentwickeln. Auf die Rechtsprechung und das praktische Recht überhaupt geht *Sellar* leider nur eher beiläufig ein, und die Relevanz dogmatischer Überlegungen wird nicht immer deutlich. So erwähnt *Sellar* etwa, dass in der Entscheidung *Millar v. Mitchell, Cadell & Co.*<sup>2</sup> 1860 der *Court of Session* die Unterscheidung zwischen »presumptions of law« und »presumption of facts« bestätigte (215), aber er lässt offen, welche Rechtsfolgen sich für das Gericht an diese Differenzierung knüpfen.

2. Den Band schließt *Jacques du Plessis* mit einem Beitrag über das südafrikanische Recht (»Presumptions in South African Law: An Historical Perspective«, 227–252), in dem das englische *common law* und das römisch-niederländische Recht des späten *ius commune* eine einzigartige Verbindung eingegangen sind. *Du Plessis* gelingt es, diese Entwicklung und ihre Bedingungen klar und gut verständlich darzustellen und auch das Potential aufzuzeigen, das in diesem Erbe verschiedener Traditionen für die Lösung aktueller Rechtsfragen heute noch besteht. Gleichzeitig führt sein Aufsatz sehr glücklich verschiedene Themen des Buches noch einmal zusammen und bietet dadurch wenigstens teilweise die Zusammenfassung, die dem Band im Übrigen leider fehlt.

VI. Die Geschichte des Rechts der Vermutungen ist äußerst komplex und stark mit der Entwicklung sowohl des materiellen als auch vor allem des prozesualen Rechts verbunden. Der vorliegende Sammelband bietet eine Fülle von Einzeluntersuchungen, die viele interessante Gedanken und Informationen enthalten. Wenn sie kein vollständiges Bild zeichnen können, sondern nur einzelne Punkte beleuchten und immer wieder Fragen offenlassen, bzw. überhaupt erst aufwerfen, so ist dies kein Nachteil, sondern zeigt eher die Bedeutung des Untersuchungsgegenstands auf. Insofern ist zu hoffen, dass das lesenswerte Buch Anregungen für weitere notwendige Forschung geben wird!

Hamburg

SEBASTIAN A. E. MARTENS

<sup>2</sup> *Millar v. Mitchell, Cadell & Co.* (1860), 22D 833.