

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 112

# Der übermächtige Dritte

Eine rechtsvergleichende Untersuchung über den  
streitschlichtenden und streitentscheidenden Dritten

Von

Dr. Andrea Holtwick-Mainzer



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

*Andrea Holtwick-Mainzer / Der übermächtige Dritte*

**Schriften zur Rechtstheorie**

**Heft 112**

# Der übermächtige Dritte

Eine rechtsvergleichende Untersuchung über den  
streitschlichtenden und streitentscheidenden Dritten

Von

Dr. Andrea Holtwick-Mainzer



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Holtwick-Mainzer, Andrea:**

Der übermächtige Dritte: e. rechtsvergleichende  
Unters. über d. streitschlichtenden u. streit-  
entscheidenden Dritten / von Andrea Holtwick-  
Mainzer. — Berlin: Duncker und Humblot, 1985. —  
(Schriften zur Rechtstheorie; H. 112)  
ISBN 3-428-05705-8

NE: GT

D 6

Alle Rechte vorbehalten

© 1985 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1985 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65

Printed in Germany

ISBN 3-428-05705-8

## **Vorwort**

Die vorliegende Untersuchung hat der Juristischen Fakultät der Universität Münster im Jahre 1983 als Doktorarbeit vorgelegen.

Die Anregung zu dieser interdisziplinären Arbeit verdanke ich der Zusammenarbeit zwischen einem Juristen und einem Ethnologen der Universität Münster, den Professoren Dr. Bernhard Großfeld und Dr. Rüdiger Schott. Für die Unterstützung bei der Anfertigung der Arbeit bin ich beiden zu großem Dank verpflichtet.

Dem Inhaber des Verlages Duncker & Humblot, Herrn Prof. Dr. Broermann, danke ich für die Aufnahme des Manuskripts in die Reihe ‚Schriften zur Rechtstheorie‘, der Universität Münster für den gewährten Druckkostenzuschuß.

Konstanz, im Oktober 1984

*Andrea Holtwick-Mainzer*



# Inhaltsverzeichnis

## 1. Kapitel

<b>Zum Verhältnis von gerichtlichen und nichtgerichtlichen Formen der Konfliktbehandlung</b>	15
I. Einführung: Richten und Vermitteln als die zwei Modelle der Konfliktbehandlung	15
1. Vermittlung als universales Modell der Konfliktbehandlung	15
a) Die evolutionistische Betrachtungsweise	16
b) Die Bedeutung der Vermittlung in modernen Rechtssystemen	16
c) Vermittlung als alternative Rechtsform? — Zur Vorbildfunktion außereuropäischer Gesellschaften	17
II. Einführung in das Recht segmentärer Gesellschaften	20
1. Kennzeichen segmentärer Gesellschaften	20
2. Das soziale Ganze segmentärer Gesellschaften	20
3. Die verschiedenen Ebenen des Rechts und der Konfliktbehandlung in einer Gesellschaft	22
III. Zur Bedeutung der Vermittlung im Verhältnis zum Richten	24
1. Die Vernachlässigung der Vermittlung durch die Rechtstheorie	24
2. Die Schlichtung — rechtshistorisch betrachtet	25
a) Die Güteverhandlung im griechischen Zivilprozeß	26
b) Die Güteverhandlung im römischen Zivilprozeß	27

## 2. Kapitel

<b>Formen der Konfliktbehandlung durch Dritte</b>	30
I. Überbrückende Beratung	33

1. Konfliktbehandlung bei den Arusha .....	33
a) Das Gesellschaftssystem .....	33
b) Das System der Konfliktbehandlung .....	34
c) Der Fall Maru gegen Namoiya .....	35
d) Zusammenfassung .....	37
2. Die Rolle Dritter bei der Beilegung von Konflikten innerhalb internationaler Vertragsbeziehungen vor der Einleitung eines Schiedsverfahrens .....	38
II. Vermitteln .....	40
1. Das Ndendeuli moot .....	41
a) Das Gesellschaftssystem — insbesondere die Rolle der ‚action-sets‘ .....	41
b) Das System der Konfliktbehandlung .....	41
c) Der Fall Sedi gegen Rajabu .....	42
2. Der Prozeßvergleich — oder der Richter in der Rolle des Vermittlers .....	46
a) Der Vergleich im Unterschied zu anderen Formen der Vermittlung .....	46
b) Ergebnisse einer Befragung unter Zivilrichtern .....	48
c) Einordnung der Tätigkeit des Vergleichsrichters .....	49
3. Das Schiedsmannsinstitut .....	50
a) Zuständigkeit und Verfahren .....	50
b) Die Rolle des Schiedsmannes — Ergebnisse einer Befragung ..	51
III. Entscheiden .....	52
1. ‚Jir mbatarev‘ und ‚jir at home‘ bei den Tiv .....	53
a) Das System der Konfliktbehandlung .....	53
b) Der religiös-magische Hintergrund der Konfliktbehandlung ..	54
c) Die moots .....	55
d) Einordnung des Modells .....	57
2. Die Lozi ‚Kuta‘ .....	58
a) Gesellschaft und Konfliktbehandlungssystem .....	58
b) Öffentliche Darstellung und die Rolle der Normen .....	60
3. Der Kapauku ‚tonowi‘ .....	61

a) Die Gesellschaft der Kapauku .....	61
b) Konfliktbehandlung durch den ‚tonowi‘ .....	62
c) Der funktionale Begriff der Autorität .....	63
4. Der Nuer ‚leopard-skin chief‘ .....	63
a) Die Gesellschaft der Nuer .....	63
b) Der leopard-skin chief .....	64
c) Das Verfahren im Konfliktfall .....	66
d) Einordnung des Modells .....	66
5. Informal hearing und Primary Court bei den Chagga .....	67
a) Das Gesellschaftssystem der Chagga .....	67
b) Der Fall Richard gegen Elifato .....	68
c) Einordnung der Verfahren .....	69
6. Zusammenfassung: Die Entscheidung von Konflikten und die Anwendung von Zwangsgewalt sind begrifflich und tatsächlich zu trennen .....	70
a) Die Darstellung von Entscheidungen und Umstrukturierung von Verhaltenserwartungen .....	71
b) Die Annahme der Entscheidung oder deren Durchsetzung als funktional äquivalent .....	73

### 3. Kapitel

#### **Die Rolle des Dritten im Konflikt** 75

I. Die Einschaltung der dritten Partei .....	75
1. Gründe für die Einschaltung der dritten Partei .....	76
a) Gründe aus dem Gegenstand des Streites .....	76
b) Gründe aus dem Verhalten der Parteien .....	77
c) Gründe in der Person des Dritten .....	78
d) Gründe aus der Umwelt des Konflikts .....	78
2. Die Person des Dritten .....	79
a) Die multifunktionale Position des Dritten in der Gesellschaft .....	79
b) Der Experte als Dritter .....	80
c) Die Position des Dritten im Verhältnis zu den Parteien .....	80

d) Der oktroyierte und der selbstgewählte Dritte .....	81
3. Die mit der Rolle des Dritten verknüpften Interessen .....	81
a) Der ‚desinteressierte‘ Dritte .....	82
b) Der Dritte als Vertreter der Interessen der Parteien oder der Allgemeinheit und das eigene Interesse des Dritten .....	82
II. Folgen der Einschaltung einer dritten Partei und ihre Stellung im Verfahren .....	83
1. Förderung der Kompromißbereitschaft .....	84
2. Die Stellung des Dritten im Verfahren .....	85
a) Sieben Formen der Vermittlung .....	86
b) Das wechselnde Rollenverständnis des Dritten .....	88
c) Die Neutralität des Dritten .....	89
aa) Die Neutralität des Dritten und seine Beziehungen zu den Parteien .....	89
bb) Die Neutralität des Dritten als Repräsentant der Allge- meinheit .....	90
cc) Der Glaube an die Neutralität .....	91
d) Die Autorität des Dritten .....	91
aa) Amtsautorität und persönliche Autorität .....	92
bb) Der funktionale Begriff der Autorität .....	93
III. Die Rolle der Öffentlichkeit bei der Behandlung von Konflikten ....	93
1. Öffentlichkeit als konstitutives Prinzip des Rechts .....	93
2. Die Veröffentlichung des Konflikts .....	95
a) Selektionsmechanismen bei der Veröffentlichung .....	95
aa) Voraussetzungen der Einleitung eines Verfahrens .....	95
bb) Die Notwendigkeit der Unterstützung in der Verhandlung	96
b) Formen der Veröffentlichung .....	97
3. Die kollektive Reaktion von (Gruppen-) Öffentlichkeit oder Staat als funktional äquivalentes Prinzip des Rechts .....	98
IV. Explizite und implizite Vermittlung: Gibt es einen unsichtbaren Ver- mittler? .....	100
1. Die Einbeziehung der Erwartungen des Anderen .....	100
2. Annäherung durch gemeinsame Normvorstellungen .....	101

3. Vorstrukturierung durch vorausgegangene Entscheidungen .....	101
4. Der Wunsch nach Aufrechterhaltung der Beziehungen .....	102

#### *4. Kapitel*

<b>Zur unterschiedlichen Funktion von Richten und Vermitteln</b> .....	<b>104</b>
<b>I. Unterschiede in der Art der Behandlung von Konflikten</b> .....	<b>104</b>
1. Die Komplexität von Konflikten und ihre einzelnen Faktoren ...	105
a) Kurzfristige und langfristige Sozialbeziehungen .....	105
b) Konfliktsituationen und Konfliktbehandlungsverfahren .....	107
aa) Erwartungen aus personenbezogenen Beziehungen .....	107
bb) Erwartungen aus rollenbezogenen Beziehungen .....	108
cc) Erwartungen aus normbezogenen Beziehungen .....	108
dd) Einschränkungen .....	108
2. Verfahren der Konfliktbehandlung und ihre Voraussetzungen ...	109
a) Aufrechterhaltung oder Abbruch der Beziehungen .....	110
aa) Enger vorkonfliktueller Kontakt zwischen den Parteien ..	110
(1) Die verwandtschaftliche Natur des Sozialkontaktes in	
tribalen Gesellschaften .....	110
(2) Die ökonomische, familiäre oder nachbarschaftliche Na-	
tur des Sozialkontaktes in modernen Gesellschaften ..	111
bb) Auswirkungen auf das Verfahren .....	112
(1) Der Prozeßvergleich .....	112
(2) Die Sühneverhandlung .....	112
b) Weiter oder enger Gegenstand des Konflikts .....	114
aa) Der weite Gegenstand der informellen Verfahren .....	115
bb) Die therapeutische Funktion informeller Verfahren .....	115
(1) Das Kpelle moot .....	115
(2) Der Schiedsmann .....	117
(3) Der Prozeßvergleich .....	117
c) Transzendenter Hintergrund der Konfliktbehandlung .....	118
d) Die Flexibilität der Verfahren .....	121
e) Die Professionalisierung des Dritten .....	122
aa) Befugnis von Amts wegen .....	122
bb) Autorität der Person in anderen Bereichen .....	122
cc) Nicht-rechtlicher Expertenstatus .....	122
(1) Sachverständige im genealogischen und religiös-magi-	
schen Bereich .....	123

(2) Sachverständige im Bereich der Wirtschaft .....	123
(3) Die therapeutischen Fähigkeiten des Schiedsmannes ...	124
(4) Die therapeutische Funktion des Prozeßvergleichs ....	125
dd) Der unterschiedliche Grad der Formalisierung der Verfahren .....	126
II. Konfliktverhalten der Parteien .....	127
1. Die Rolle der vorkonfliktuellen Beziehungen der Parteien .....	127
a) Die Wahl zwischen Richter und Schiedsrichter im amerikanischen Small Claims Court .....	127
b) Konfliktbehandlung bei den Lenje in Sambia .....	129
aa) Theorie der Konfliktbegrenzung .....	130
bb) Die Rolle des Wohnsitzes der Parteien .....	130
cc) Prestige und Ansehen der Parteien .....	131
dd) Die Herkunft der Parteien .....	132
ee) Ökonomische und psychologische Kosten der Konfliktbehandlung .....	133
2. Der soziale Status der Parteien — Konfliktbehandlung in einem oberbayerischen Dorf .....	133

### *5. Kapitel*

## **Gerichtliche und außergerichtliche Behandlung von Konflikten**   135

I. Zum Verhältnis von gerichtlicher und außergerichtlicher Behandlung von Konflikten .....	135
1. Die Notwendigkeit der Entscheidung von Konflikten .....	135
a) Formen der Behandlung bei hoher Komplexität des Konflikts	135
aa) Rangunterschiede zwischen den Parteien .....	136
bb) Erwartungen der Parteien im Hinblick auf den Ausgang des Verfahrens .....	138
cc) Entscheidung bei Unteilbarkeit des Konfliktgegenstands ..	138
dd) Entscheidung bei angestrebter Auflösung der Parteibeziehungen .....	139
ee) Entscheidung bei Eskalation des Streits .....	139
ff) Entscheidung zwecks öffentlicher Bestätigung der Parteibeziehungen .....	139
gg) Das Nebeneinander von Aussöhnung und Entscheidung ..	140
b) Konfliktempfindlichkeit einer Gesellschaft .....	142

aa) Unterschiede und Gemeinsamkeiten in segmentären und staatlich organisierten Gesellschaften .....	143
bb) Die Aufrechterhaltung der Unabhängigkeit der Teilsysteme .....	144
2. Die Rolle des Zwangscharakters im Verhältnis von Richten und Vermitteln .....	147
a) Nicht-gerichtliche Sanktionsformen .....	147
b) Akzeptieren der Entscheidung als funktional äquivalent ....	148
c) Die Komplementärfunktion von gerichtlichen und außergerichtlichen Verfahren .....	148
aa) Die Behauptung der Dominanz einverständlicher Konfliktregelung in ehemals segmentären Gesellschaften .....	148
bb) Die Wechselwirkung beider Systeme .....	150
cc) Die Bewertung des Phänomens .....	150
3. ‚Entrechtlichung‘: Chancen und Gefahren .....	152
a) Ansätze zu einer ‚Entrechtlichung‘ bestimmter Bereiche. Beispiele aus dem amerikanischen Rechtssystem .....	153
b) Der ideologische Hintergrund .....	156
c) Voraussetzungen für eine (weitere) Entrechtlichung .....	156
d) Konsequenzen für das Rechtssystem .....	159
II. Zusammenfassung: Leitideen einer interkulturellen Betrachtung der Behandlung von Konflikten .....	162
1. Die verschiedenen Ebenen der Gesellschaft und der Konfliktbehandlung .....	162
2. Die Ergänzungsfunktion gerichtlicher und außergerichtlicher Formen der Konfliktbehandlung .....	163
3. Die sich überschneidenden Handlungsspielräume des Dritten bei der Konfliktbehandlung .....	164
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>165</b>



## *1. Kapitel*

# **Zum Verhältnis von gerichtlichen und nichtgerichtlichen Formen der Konfliktbehandlung**

## **I. Einführung:**

### **Richten und Vermitteln als die zwei Modelle der Konfliktbehandlung**

Streiterledigung durch richterlichen Urteilsspruch, wenn auch im Mittelpunkt des juristischen Interesses, ist nicht die einzige Form der rechtlichen Behandlung von Konflikten in der Gesellschaft. Neben der vermittelnden Tätigkeit des Richters im Prozeßvergleich gibt es außerhalb der gerichtlichen Institutionen eine Vielzahl von Formen der Konfliktbehandlung durch Dritte: die Schiedsgerichtsbarkeit (§§ 1025 ff. ZPO), das Sühneverfahren vor dem Schiedsmann (§§ 33 ff. SchiedsmannO NW), den Schlichter in Tarifverhandlungen (§ 2 TarifvertragsG i. V. m. § 101 I ArbGG), Schlichtungsstellen von Parteien, Vereinen, Berufsverbänden und Verbraucherorganisationen und auch die prozeßvorbeugende Tätigkeit der Anwälte.

### **1. Vermittlung als universales Modell der Konfliktbehandlung**

Das Studium des Rechts in außereuropäischen Gesellschaften und Kulturen zeigt, daß sich bestimmte Grundmodelle der Konfliktbehandlung weltweit rekonstruieren lassen. Formen der Vermittlung von Streitigkeiten finden sich in allen Gesellschaften, die überhaupt kommunikative (friedliche) Verfahren der Austragung von Konflikten kennen<sup>1</sup>. Dies gilt unabhängig vom Stand der jeweiligen gesellschaftlichen, ökonomischen und technologischen Entwicklung. Richterliche Funktionen — unserem Verständnis nach — finden sich dagegen in vorkolonial-

---

<sup>1</sup> Zu den politisch-ökonomischen, ökologischen und sozialen Voraussetzungen vgl. Koch, *Konfliktmanagement und Rechtsanthropologie* (1978) S. 97 ff.; Schwarz / Miller, *Legal Evolution and Social Complexity* (1973), S. 379 ff.

ler Zeit im außereuropäischen Raum nur in ganz wenigen politisch zentral organisierten Gesellschaften (Barotse in Afrika und in einigen polynesischen und indianischen Häuptlingstüchern).

#### a) Die evolutionistische Betrachtungsweise

Die rechtsethnologische Literatur und Darstellung solcher Verfahren der Konfliktbehandlung vermittelt aber zugleich den Eindruck, daß die uns geläufige Unterscheidung von Richten und Vermitteln angesichts der vielfältigen, sich teilweise überschneidenden Formen kaum möglich erscheint. Diese Untersuchung arbeitet mit einer idealtypischen Gegenüberstellung unter Außerachtlassung der zahlreichen und teilweise disparaten Ausdrucksformen beider Modelle. Bezogen auf eine theoretische Erfassung und Beschreibung der Handlungsformen führt dies zu einer Verkürzung, zur Betonung der Unterschiede unter Vernachlässigung der Gemeinsamkeiten. Aus rechtssoziologischer Sicht stehen beide Modelle gar stellvertretend für die Stufen der gesellschaftlichen Entwicklung, vom archaischen, vorhochkulturellen Zustand zur modernen Gesellschaft, zum Staat<sup>2</sup>. Die Einschaltung Dritter zum Zwecke der Streitentscheidung gilt als Errungenschaft hochkultureller, d. h. zugleich staatlich organisierter Gesellschaften. Vermittlung, Schlichtung und auch die autoritative Schlichtung werden lediglich als vorgeschaltete Bedingungen der Rechtmäßigkeit der Selbsthilfe<sup>3</sup> oder auch als „self help in a jurial institution“<sup>4</sup> angesehen.

#### b) Die Bedeutung der Vermittlung in modernen Rechtssystemen

Im Bereich der Rechtspraxis ist dagegen die Vermittlung auch in modernen Rechtssystemen nicht gänzlich zurückgedrängt worden. Allein die Entwicklung im Handelsrecht und im internationalen Wirtschaftsverkehr legt dies nahe. Dort sind vielfältige informelle Formen der Streiterledigung zur Vermeidung bestimmter Nachteile des gerichtlichen Verfahrens<sup>5</sup>, zum Teil sogar unter bewußter Anlehnung an traditionelle außergerichtliche („vorstaatliche“) Formen der Konfliktbehandlung in einzelnen Ländern entwickelt worden. In Japan ist dies z. B. mit dem Rückgriff auf das traditionelle, in religiösen Vorstellungen wurzelnde Schlichtungsverfahren, ‚tschotei‘ genannt, geschehen<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Eder, Die Entstehung staatlich organisierter Gesellschaften (1976), S. 70 und 162/3.

<sup>3</sup> Luhmann, Rechtssoziologie 1 (1972), S. 158.

<sup>4</sup> Bohannan, Justice and Judgement among the Tiv (1957), S. 137.

<sup>5</sup> Vgl. z. B. Weick, Vorbeugung und Beilegung von Konflikten in internationalen Verträgen.

<sup>6</sup> Rokumoto, Tschotei (Schlichtung) — Eine japanische Alternative zum Recht.

Eine ähnliche Konstellation ist bei der Behandlung von Konflikten im internationalen Wirtschaftsverkehr mit der Volksrepublik China zu beobachten. Sämtliche Verträge enthalten eine Schiedsklausel mit der Folge, daß staatliche Gerichte in keinem Fall zuständig sind<sup>7</sup>. Die chinesische Praxis sieht jedoch in dem nach europäischem Vorbild gestalteten Schiedsverfahren bereits ein Zuviel an Formalisierung und Entscheidungsbefugnis. Sie bevorzugt daher informellere Methoden wie die der sog. ‚freundschaftlichen Verhandlungen‘, deren Ursprung in traditionellen chinesischen Rechtsvorstellungen zu sehen ist. Danach bestand und besteht das Bestreben noch heute darin, Streitigkeiten im privaten Kreis der Beteiligten unter Mitwirkung von möglichst wenigen Drittpersonen zu regeln<sup>8</sup>.

**c) Vermittlung als alternative Rechtsform?  
Zur Vorbildfunktion außereuropäischer Gesellschaften**

Mehr noch, im Zusammenhang mit der Diskussion um den Zugang zum Gericht und einer Entrechtlichung („delegalization“), genauer Entgerichtlichung, sind in den vergangenen Jahren in Europa und in den USA Vorschläge zu einer noch weitergehenden außergerichtlichen Behandlung von Streitigkeiten auch in zahlreichen anderen Bereichen gemacht worden<sup>9</sup>. Man spricht sogar von einer Rückführung der Konfliktbehandlung vom Staat in den gesellschaftlichen Bereich<sup>10</sup>.

Das Anschauungsmaterial und die Vorbilder dafür findet man in den traditionellen Verfahren der Streitschlichtung vorkolonialen Ursprungs der bereits erwähnten außereuropäischen Gesellschaften<sup>11</sup>. Aufgrund des Fehlens einer funktionalen, arbeitsteiligen Gliederung dieser Gesellschaften in voreuropäischer Zeit im allgemeinen und der öffentlichen Gewalt im besonderen kommt das Recht in diesen nicht staatlich organisierten Gesellschaften — vorläufig gesprochen — in weit informellerer Form zum Ausdruck; es ist weitgehend eingebunden in die anderen Lebensbereiche und daher häufig nur der Funktion nach zu

---

<sup>7</sup> Heuser, Die Schiedsgerichtsbarkeit im Wirtschaftsverkehr mit der VR China, S. 440.

<sup>8</sup> Heuser, a.a.O., S. 441.

<sup>9</sup> Vgl. Blankenburg u. a., Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht (1980); ders., Recht als gradualisiertes Konzept — Begriffsdimensionen der Diskussion um Verrechtlichung und Entrechtlichung (1980), S. 83 ff.; vgl. auch *Law and Society Review* 319 (1974/75).

<sup>10</sup> Hegenbarth, Sichtbegrenzungen, Forschungsdefizite und Zielkonflikte in der Diskussion um Alternativen zum Recht (1980), S. 71 f.; Blankenburg u. a., Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht (1980), S. 7 f.

<sup>11</sup> Vgl. Abel in *Theories of Litigation in Society* — „Modern“ Dispute Institutions in „Tribal“ Society and „Tribal“ Dispute Institutions in Modern Society as Alternative Legal Forms (1980), S. 165 ff.