

Schriften zur Rechtslehre

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

Zum Verhältnis von gerichtlichen und nichtgerichtlichen Formen der Konfliktbehandlung	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

Formen der Konfliktbehandlung durch Dritte	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

Inhaltsverzeichnis	9
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

Zur unterschiedlichen Funktion von Richten und Vermitteln	104
I. Unterschiede in der Art der Behandlung von Konflikten	104
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
Literaturverzeichnis	165

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 kennen¹. Dies gilt unabhängig vom Stand der jeweiligen gesellschaftlichen, ökonomischen und technologischen Entwicklung. Richterliche Funktionen — unserem Verständnis nach — finden sich dagegen in vorkolonial-

¹ 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 Häuptlingstümern).

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 Staat². 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 Selbsthilfe³ oder auch als „self help in a jurial institution“⁴ 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 Verfahrens⁵, 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, geschehen⁶.

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

³ Luhmann, Rechtssoziologie 1 (1972), S. 158.

⁴ Bohannon, Justice and Judgement among the Tiv (1957), S. 137.

⁵ Vgl. z. B. Weick, Vorbeugung und Beilegung von Konflikten in internationalen Verträgen.

⁶ 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 sind⁷. 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 regeln⁸.

**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 worden⁹. Man spricht sogar von einer Rückführung der Konfliktbehandlung vom Staat in den gesellschaftlichen Bereich¹⁰.

Das Anschauungsmaterial und die Vorbilder dafür findet man in den traditionellen Verfahren der Streitschlichtung vorkolonialen Ursprungs der bereits erwähnten außereuropäischen Gesellschaften¹¹. 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

⁷ Heuser, Die Schiedsgerichtsbarkeit im Wirtschaftsverkehr mit der VR China, S. 440.

⁸ Heuser, a.a.O., S. 441.

⁹ 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).

¹⁰ 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.

¹¹ 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.