



Dominik Helmut Carle

A Comparative Analysis of Mediation

**Examination and critique of the Theory and Practice
in Germany, Switzerland and Scotland**

WISSENSCHAFTLICHE BEITRÄGE AUS DEM TECTUM VERLAG

Reihe Rechtswissenschaften

WISSENSCHAFTLICHE BEITRÄGE AUS DEM TECTUM VERLAG

Reihe Rechtswissenschaften

Band 96

Dominik Helmut Carle

A Comparative Analysis of Mediation

Examination and critique of the Theory and Practice
in Germany, Switzerland and Scotland

Tectum Verlag

Dominik Helmut Carle

A Comparative Analysis of Mediation. Examination and critique
of the Theory and Practice in Germany, Switzerland and Scotland

Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag:

Reihe: Rechtswissenschaften; Bd. 96

© Tectum – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017

eISBN: 978-3-8288-6928-8

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Werk unter der ISBN
978-3-8288-4087-4 im Tectum Verlag erschienen.)

ISSN: 1861-7875

Umschlagabbildung: © Frank Wagner/fotolia.com

Besuchen Sie uns im Internet
www.tectum-verlag.de

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben sind
im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Abstract

Mediation is a special form of alternative dispute resolution which is becoming more and more popular. This thesis is concerned with the development of the legal framework and the practical use of mediation in Germany, Scotland and Switzerland.

To harmonize the rules on mediation within the European Union, Directive 2008/52/EC was created imposing mandatory standards on certain aspects of mediation. The Directive is binding only in respect of cross-border dispute mediations (i.e. where at least one of the parties to the dispute is domiciled or habitually resident in a Member State other than that of any other party), but its provisions may also be applied to internal dispute mediation processes.

This led to the monistic approach on the one hand, where a legislation system simultaneously seeks to regulate both internal dispute and cross-border dispute mediations and thus treats them equally, and the dualistic approach, on the other hand, where cross-border dispute mediations are regulated separately, and thus internal dispute and cross-border dispute mediations may be treated differently.

In particular, this thesis is concerned with the question whether the distinction between internal dispute and cross-border dispute mediations drawn by Directive 2008/52/EC complicates the harmonization of the rules on mediation.

The implementation of Directive 2008/52/EC by the monistic approach in Germany, and by the dualistic approach in Scotland, and the autonomous handling of mediation legislation in Switzerland (which is not a Member State of the European Union and thus not bound by Directive 2008/52/EC) show different patterns of development with regard to mediation in Europe. The comparison among those different developments (regarding domestic dispute mediation and cross-border-dispute mediation) finally answers the question whether Directive 2008/52/EC in its current form was appropriate.

Table of Contents

Abstract.....	5
Table of Contents	7
List of Legislation.....	11
Chapter 1: Introduction	17
Chapter 2: Mediation under the Domestic Laws.....	23
2.1 Germany	23
2.1.1 Out-of-court Mediation	23
2.1.1.1 Mediator	24
2.1.1.2 Training of the Mediator	25
2.1.1.3 Certified Mediator	26
2.1.1.4 Person of Mediator	26
2.1.1.5 Mediation Procedure	28
2.1.1.6 Legal outcomes and aspects of Mediation	30
2.1.1.7 Costs of Mediation	31
2.1.2 Court-annexed Mediation	32
2.1.3 Judicial Mediation	34
2.1.4 Conclusion on the Domestic Law of Germany	35
2.2 Scotland	35
2.2.1 Out-of-court Mediation	36
2.2.1.1 Mediator	37
2.2.1.2 Mediation Procedure	38
2.2.1.3 Legal outcomes and aspects of Mediation	39

2.2.1.4 Costs of Mediation	40
2.2.2 Court-annexed Mediation	40
2.2.3 Judicial Mediation	42
2.2.4 Conclusion on the Domestic Law of Scotland	43
2.3 Switzerland	44
2.3.1 Out-of-court Mediation	45
2.3.1.1 Mediator	45
2.3.1.2 Training of the Mediator	46
2.3.1.3 Certified Mediator	46
2.3.1.4 Person of Mediator	47
2.3.1.5 Mediation Procedure	48
2.3.1.6 Legal outcomes and aspects of Mediation	48
2.3.1.7 Costs of Mediation	50
2.3.2 Court-annexed Mediation	50
2.3.2.1 Mediator	51
2.3.2.2 Training of the Mediator	51
2.3.2.3 Person of Mediator	52
2.3.2.4 Mediation Procedure	52
2.3.2.5 Legal outcomes of Mediation	53
2.3.2.6 Costs of Mediation	53
2.3.3 Mediation-Arbitration	54
2.3.4 Conclusion on the Domestic Law of Switzerland	56
2.4 Comparison of the Domestic Laws	57
2.5 Conclusion	58
Chapter 3: Cross-border Dispute Mediation	61
3.1 The European Union Position	62
3.1.1 Similarities between Germany and Scotland	63
3.1.1.1 The Agreement to go to Mediation	65
3.1.1.2 The Agreement to mediate	66
3.1.1.3 The Mediation Settlement	68
3.1.2 Differences between Germany and Scotland	71

3.1.2.1 Quality of Mediation	71
3.1.2.1.1 Germany	72
3.1.2.1.2 Scotland	75
3.1.2.2 Limitation and Prescription Periods.....	76
3.1.2.2.1 Germany	76
3.1.2.2.2 Scotland	76
3.1.2.3 Confidentiality of Mediation.....	77
3.1.2.3.1 Germany	78
3.1.2.3.2 Scotland	79
3.1.3 Conclusion.....	79
3.2 The Swiss Position	80
3.2.1 Enforceability of Agreements	81
3.2.1.1 The Agreement to go to Mediation	81
3.2.1.2 The Agreement to mediate	82
3.2.1.3 The Mediation Settlement	82
3.2.2 Quality of Mediation	83
3.2.3 Limitation and Prescription Periods.....	84
3.2.4 Confidentiality of Mediation.....	85
3.2.5 Conclusion of the Swiss Position.....	85
3.3 Comparison	86
3.4 Conclusion	87
Chapter 4: Domestic Mediation/Cross-border Mediation	89
4.1 Monistic Approach.....	89
4.2 Dualistic Approach	89
4.2.1 Quality of Mediation	90
4.2.2 Enforceability of Agreements resulting from Mediation.....	90
4.2.3 Limitation and Prescription Periods.....	91
4.2.4 Confidentiality of Mediation.....	92
Chapter 5: Conclusion	95
5.1 Review.....	95
5.2 Hypothetical Development	97

5.3 Extended Application of Directive 2008/52/EC	99
5.4 Result.....	100
Appendix	101
Bibliography	107

List of Legislation

International Conventions

Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance, 23.11.2007 (Hague Convention)

Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, 30.10.2007 (New Lugano Convention)

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 10.6.1958 (New York Convention)

European Union

Treaties

Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326, 26.10.2012

Treaty establishing the European Community, OJ C 325, 24.12.2002

Regulations

Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters

Regulations (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations

Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters

Directive

Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters

Other

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, Commission of the European Communities, EU: COM (2004) 718, 22.10.2004

Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law, Commission of the European Communities, EU: COM (2002) 196, 19.4.2002

Germany

Federal Law

Beratungshilfegesetz vom 18. Juni 1980 (BGBl. I S. 689), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 31. August 2013 (BGBl. I S. 3533) geändert worden ist (“Law on Legal Aid“)

Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 22. Juli 2014 (BGBl. I S. 1218) geändert worden ist (“German Civil Code”)

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 22. Juli 2014 (BGBl. I S. 1218) geändert worden ist (“Introductory Act to the German Civil Code”)

Gerichtsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 1975 (BGBl. I S. 1077), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 2 des Gesetzes vom 21. Januar 2015 (BGBl. I S. 10) geändert worden ist (“German Code on Court Constitution”)

Gesetz, betreffend die Einführung der Zivilprozeßordnung (EGZPO) in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 310-2, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3044) geändert worden ist (“Introductory Act to the German Code of Civil Procedure”)

Mediationsgesetz vom 21. Juli 2012 (BGBl. I S. 1577) (“Mediation Act”)

Rechtsberatungsgesetz in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 303-12, veröffentlichten bereinigten Fassung, 13.12.1935 (“Legal Advice Act”)

Rechtsdienstleistungsgesetz vom 12. Dezember 2007 (BGBl. I S. 2840), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 1. Oktober 2013 (BGBl. I S. 3714) geändert worden ist (“Legal Services Act”)

Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. Januar 2015 (Bundesgesetzblatt I S. 10) geändert worden ist (“German Criminal Code”)

Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S.431; 2007 I S. 1781), die zuletzt durch

Artikel 1 des Gesetzes vom 8. Juli 2014 (Bundesgesetzblatt I S. 890) geändert worden ist (“German Code of Civil Procedure“)

Other

Drucksache 17/8058, Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, 01. 12. 2011, Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksachen 17/5335, 17/5496 – Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (“Resolution on Government's Draft for the Mediation Act”)

Drucksache 17/5335, Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, 01. 04. 2011, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (“Government's Draft for the Mediation Act”)

Verordnungsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, 31.01.2014, Verordnung über die Aus- und Fortbildung von zertifizierten Mediatoren, (Zertifizierte-Mediatoren-Ausbildungs-Verordnung – ZMediatAusvV) (“Draft Regulation for the Education of Certified Mediators”)

Scotland

UK Public General Acts

Civil Evidence (Family Mediation) (Scotland) Act 1995, 1995 c. 6

UK Statutory Instruments

The Cross-Border Mediation (EU Directive) Regulations 2011, 2011 No. 1133

Act of Sederunt (Rules of the Court of Session 1994) 1994, 1994 No. 1443 (S. 69)

Act of Sederunt (Sheriff Court Ordinary Cause Rules) 1993, 1993 No. 1956 (S.223)

Acts of the Scottish Parliament

Arbitration (Scotland) Act 2010, 2010 asp 1

Scottish Statutory Instruments

The Cross-Border Mediation (Scotland) Regulations 2011, 2011 No. 234

The Law Applicable to Contractual Obligations (Scotland) Regulations 2009, 2009 No.410

Act of Sederunt (Small Claim Rules) 2002, 2002 No. 133

Other

Explanatory Memorandum to the Cross-Border Mediation (EU Directive) Regulations 2011, 2011 No.1133

Court of Session - Practice Note - Number 6 of 2004, Commercial actions

Switzerland

Federal Law

Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (Stand am 1. Juli 2014) (“Swiss Federal Code of Obligations”)

Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 (Stand am 1. Juli 2014) (“Swiss Federal Act on Private International Law”)

Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 19.12.2008 (“Swiss Federal Code on Civil Procedure”)

Cantonal Law

Code de droit privé judiciaire vaudois (CDPJ) du 12 janvier 2010 (“Code of Civil Procedure of the Canton of Vaud”)

Gesetz über die Organisation der Gerichte und Behörden in Zivil-, Straf- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren (Justizgesetz, JusG) vom 10. Mai 2010 (Stand 1. Juni 2013) (“Law on the Judicial System of the Canton of Lucerne”)

Loi d'introduction du Code de procédure civile suisse (LiCPC) du 16 juin 2010 (“Introductory Act to the Swiss Code of Civil Procedure of the Canton of Jura”)

Loi sur la justice (LJ) du 31 mai 2010 (“Law on the Judicial System of the Canton of Fribourg”)

Loi sur l'organisation judiciaire (LOJ) du 26 septembre 2010 (“Law on judicial organization of the Canton of Geneva”)

Other

Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 28.6.2006 (“Message on the Code on Civil Procedure”)