

## **XXVII Internationaler Kongress des Notariats Lima (Peru) – 9.-12. Oktober 2013**

### **Thema I**

### **Überlegungen des Notariats zum Familien- und Erbrecht angesichts neuer sozialer Beziehungen**

#### **Schlussfolgerungen**

1. Die Familie und ihre Regulierung sind Teil der Kultur eines jeden Landes. Mit Rücksicht auf die kulturelle Vielfalt kann man nicht in Anspruch nehmen, eine allgemeingültige Lösung für alle Probleme aus diesem Bereich zu haben, auch wenn sich diese im Hinblick auf die Weiterentwicklung der Familie in allen Kontinenten ähneln. Es ist im Gegenteil notwendig, die Vielfalt als Wesensmerkmal des kulturellen Reichtums unserer Zivilisationen zu fördern. Hieraus ergeben sich in diesem Bereich die natürlichen Grenzen von Vereinheitlichung (unmöglich) und Harmonisierung (beschränkt, vorzugsweise im Rahmen regionaler Organisationen – EU, OHADA, MERCOSUR, CEI, etc.). Der jeweilige nationale Gesetzgeber und die Rechtspraxis müssen in der Lage sein, eine sachgerechte Antwort auf die neue Familie im Rahmen ihrer jeweils eigenen Traditionen zu geben, insbesondere mit Bezug auf die Anerkennung innerhalb traditioneller Gesellschaften (katholisch, orthodox und islamisch).
2. Gleichwohl bildet das Prinzip der Nichtdiskriminierung die allgemeine Grundlage der Regulierung im Familienrecht. Gesetzgeber und Rechtspraxis müssen dementsprechend darauf achten, dass dieses Grundprinzip im jeweiligen positiven Recht ebenso wie in der täglichen Praxis beachtet wird. Nicht akzeptabel sind jegliche Maßnahmen oder Verhaltensweisen, die darauf abzielen, voll geschäftsfähige erwachsene Personen auf Grund ihrer sexuellen Präferenzen oder wegen anderer intimer Bestandteile ihrer Persönlichkeit direkt oder indirekt zu bestrafen.
3. Eine der für das Funktionieren der modernen Familie wesentlichen Fragen betrifft in allen Ländern das Verhältnis zwischen dem öffentlichen und dem privaten Teil der Regulierung familiärer Beziehungen. Der jeweiligen Antwort entsprechend kann man daraus die gesetzgeberischen und praktischen Prioritäten ableiten: In denjenigen Ländern, in denen die Familie hauptsächlich eine intime Angelegenheit der Ehe- bzw. Lebenspartner ist, stellt man eine vermehrte Regelung familiärer Beziehungen durch Verträge fest, so dass die Einigung der Vertragsteile zur hauptsächlichlichen Quelle ihrer Regulierung wird. Umgekehrt kommt dort, wo die Familie vor allem als eine mit wichtigen sozialen Funktionen (Geburt und Erziehung von Kindern) ausgestattete öffentliche Einrichtung gesehen wird, dem positiven Recht die Funktion zu, die Grundregeln des Lebens als Paar festzulegen. Die Aufgabe des Notars un-

terscheidet sich deutlich innerhalb dieser Modelle: Im ersten Fall ist es der Notar der „das Recht spricht“, im zweiten Fall kontrolliert er die Anwendung von Regeln des öffentlichen Interesses. Natürlich ist das System, innerhalb dessen der Notar die Grundlage für den Willen der Ehe- bzw. Lebenspartner herstellt, nämlich deren Regeln für das Zusammenleben, dem Beruf im weitesten Sinn des Wortes gemäßer. In der Tat sind in bestimmten Ländern durch dieses Konzept neue Aufgaben für das Notariat entstanden (Beispiel: Eheschließung und -auflösung).

4. Der freie Wille der Ehe- bzw. Lebenspartner ist die hauptsächliche Quelle und der Antrieb der Entwicklung familiärer Beziehungen. Der Notar nimmt hier eine ideale Position ein, als Richter des Vertrages und Führer par excellence. Seine klassischen Aufgaben (Verfassen des Dokuments, Beurkundung, unparteilichen Beratung etc.) machen ihn praktisch vom Beginn des Zusammenlebens an bis zu seinem Ende unersetzlich, um einen Minimalstandard an Rechtssicherheit in den Beziehungen der Partner sicherzustellen. Seine naturgemäßen Zuständigkeitsbereiche umfassen die Schaffung persönlicher und finanzieller Beziehungen ebenso zwischen den Partnern wie auch in Bezug auf Dritte, wobei die neuere Entwicklung des Familienrechts in bestimmten Ländern zudem das Interesse erkennen lässt, die notarielle Urkunde auf andere Bereiche zu erstrecken (wie die Eheschließung und -auflösung). Der rechtliche Wirkungsgrad der Beteiligung des Notars hängt wesentlich vom Zeitpunkt und der Komplexität der den Familien angebotenen Lösungen ab: Er muss frühest möglich tätig werden und eine Gesamtlösung anbieten. Hier wird abermals die natürliche Rolle des Notars als Vermittler deutlich. Er kann gefährdeten Familien umfassenden rechtlichen Beistand leisten, insbesondere im Rahmen der Mediation.
5. Für Systeme mit zivilrechtlicher Tradition ist die Vielzahl der in den nationalen Rechtsordnungen vorgesehenen Instrumente charakteristisch, um den Erfordernissen moderner Familien zu entsprechen (gleichgeschlechtliche Ehe, pacte civil de solidarité/pacs, freie Lebensgemeinschaften, eingetragene Lebenspartnerschaften, Zusammenleben mit Rechtswirkungen, etc.): Der Gesetzgeber möchte kein Vakuum. Es ist aber auch in den Ländern mit traditionellem Familienrecht wünschenswert, Rahmenbedingungen für diese neuen Formen des Zusammenlebens festzulegen, um Situationen grober Ungerechtigkeit zu vermeiden (z. B. bei Auflösung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit Kindern). Des weiteren unterstreicht diese Palette rechtlicher Mittel zur freien Organisation des Familienlebens einmal mehr die Bedeutung des freien Willens der Partner: Je mehr Formen des Zusammenlebens vorhanden sind, umso größer ist die Wahlfreiheit und umso eher entspricht das Ergebnis den Bedürfnissen und der Wirklichkeit. Es erscheint daher unangebracht, eine Vereinheitlichung der Formen des Zusammenlebens vorzuschlagen mit einer einzigen Regelungsform „light“ als Minderung der „starken“ Regelungsformen. Jeder nationale Gesetzgeber sollte im Gegenteil verschiedene Formen anbieten, flexible ebenso wie strenge, die als Grundlage für eine Vereinbarung zwischen den beteiligten Partnern dienen können. Diese müssen zum Schutz aller Mitglieder der Familie Regelungen hinsichtlich der Erbfolge enthalten, damit

die Organisation der Erbschaft, insbesondere durch testamentarische Verfügungen im Rahmen der Vertragsfreiheit möglich ist.

**Vorschläge:**

1. Das Prinzip der Nichtdiskriminierung muss die Grundlage der Regulierung im Bereich des Familienrechts bilden. Dies umfasst die Anerkennung und den Schutz der verschiedenen Ausprägungen der Persönlichkeitsentfaltung sowie die Gleichbehandlung innerhalb der Partnerschaft, unbeschadet der Möglichkeit für jeden Gesetzgeber, bestimmte Lebensformen zu bevorzugen, die am besten der kulturellen Eigenständigkeit und den sozialen Bedürfnissen der jeweiligen Gemeinschaft entsprechen.
2. Dem entsprechend muss jeder Gesetzgeber seinen Bürgern einen stabilen und klaren rechtlichen Rahmen anbieten, der diesem Schutz die unverzichtbare Rechtssicherheit garantiert und der unter Berücksichtigung der jeweiligen besonderen Situation sowie in Abhängigkeit von den unterschiedlichen Möglichkeiten die Freiheit aller Mitglieder der familiären Einheit respektiert. Das Prinzip der Freiheit muss auch bei der Nachlassplanung eine bedeutendere Rolle spielen.
3. Die Wesensmerkmale des Notariats stellen für den Notar eine günstige Ausgangsposition dar, wenn eine sachgerechte Auswahl im Zusammenhang mit dem vom Gesetzgeber vorgeschlagenen Angebot und seinen Folgen zu treffen ist. Der Gesetzgeber muss dem Notar darüber hinaus ermöglichen, bei zahlreichen Gelegenheiten eine regulierende und die Rechtmäßigkeit überprüfende Rolle zu übernehmen, unabhängig davon, ob es sich um die traditionelle Eheschließung oder um die Scheidung handelt oder um andere mögliche Formen des Zusammenlebens.